

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II
Droit, économie et sciences sociales

École doctorale Georges Vedel
Droit public interne, science administrative et science politique

LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en Droit
(discipline : Droit public)

par

Sébastien Ferrari

Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves Gaudemet

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS PARIS II
Droit, économie et sciences sociales

École doctorale Georges Vedel. Droit public interne, science administrative et science politique

LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Tome I

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur de l'Université Panthéon-Assas Paris II
Discipline : droit public

Présentée et soutenue publiquement le 10 décembre 2011 par

Sébastien FERRARI

Jury :

M. Yves GAUDEMET

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Directeur de recherche

M. Daniel LABETOULLE

Président de Section honoraire au Conseil d'État
Suffragant

Mme Rozen NOGUELLOU

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil
Rapporteur

M. Jacques PETIT

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Suffragant

M. Xavier PRÉTOT

Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation
Professeur associé à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Rapporteur

L'Université Paris II – Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mon père,

parti trop tôt.

À ma fille,

arrivée à temps.

REMERCIEMENTS

Ma sincère gratitude va à Monsieur le Professeur Yves Gaudemet pour m'avoir confié cette recherche et m'avoir, en toute occasion, prodigué ses précieux conseils. Je tiens également à le remercier du soutien indéfectible qu'il m'a apporté tout au long de ces huit années de thèse.

Mes profonds remerciements s'adressent ensuite à ma mère, ma compagne, ma grand-mère, François, ainsi qu'à Michelle, sans le soutien desquels ce travail solitaire n'aurait pas abouti.

Je tiens aussi à exprimer ma vive reconnaissance à ma mère, Charles-Édouard, Johan, Amadis, Julien, Benjamin et Julie pour leur contribution inestimable à l'achèvement de la thèse.

Enfin, je remercie Miguel, Nadi, Jean, Philippe, Cristelle, Charlotte, Nathalie, Sophie et Brunessen pour leur amitié et leurs encouragements.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDC	Association française des constitutionnalistes
AFDI	Annuaire français de droit international
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
aff.	affaire
AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
AJFP	Actualité juridique - Fonctions publiques
al.	alinéa
ALD	Actualités législatives Dalloz
AN	Rapports de l'Assemblée nationale
APT	Administration publique trimestriel - Revue belge de droit public et des sciences administratives
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
art.	article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation ou du Conseil d'État
att.	attendu
BCD	Bulletin des contributions directes
BDCF	Bulletin des conclusions fiscales
BDEI	Bulletin de droit de l'environnement industriel
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics à partir de 2006
BJDCP	Bulletin juridique des contrats publics avant 2006
BJDU	Bulletin juridique du droit de l'urbanisme
BOI	Bulletin officiel des impôts.
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles, de la chambre commerciale et de la chambre sociale de la Cour de cassation
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Jol. Soc.	Bulletin Joly, mensuel d'information des sociétés
c/	contre
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Cons. Const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. dr. entr.	Cahiers du droit de l'entreprise
Cah. dr. europ.	Cahiers de droit européen
Cass. Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte

Cass. Ch. réun.	Cour de cassation, chambres réunies
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile (Civ. 1 ^{ère} , 2 ^e , 3 ^e)
Cass. Com.	Cour de cassation chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes (supprimée en 1947)
Cass. Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C.Const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CFP	Cahiers de la fonction publique et de l'administration de l'État à la commune
CGI	Code général des impôts
chap.	chapitre
chr.	chronique
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes devenue Cour de Justice de l'Union européenne
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, devenue Revue juridique de l'entreprise publique en 2002, puis Revue juridique de l'économie publique en 2007.
CJF	Courrier juridique des finances
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne, anciennement Cour de Justice des Communautés européennes
CMLR	Common Market Law Review
coll.	collection
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
cons.	considérant
Construct.-Urb.	Construction-Urbanisme
Contr.-Conc.-Cons.	Contrats-Concurrence-Consommation
D.	Dalloz
DH	Dalloz hebdomadaire
dir.	direction
doctr.	doctrine
DF	Droit fiscal, devenue Revue de droit fiscal en 1998.

DP	Dalloz périodique
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
Droits éd.	Droits. Revue française de théorie juridique édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
eod. loc.	au même endroit
EPCI	établissement public de coopération intercommunale
esp.	espèce
Fasc.	Fascicule
GACA	Grands arrêts du contentieux administratif
GACE	Grands avis du Conseil d'État
GACEDH	Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GDCC	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
ISF	Impôt de solidarité sur le fortune
IR	Informations rapides (Recueil Dalloz)
J.	jurisprudence
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur périodique (éd. A. Administration et Collectivités territoriales ; éd. G. édition générale ; éd. N. édition notariale ; éd. C.I. édition commerce et industrie devenue en 1984 éd. E édition entreprise ; éd. C.T.I. édition Collectivités Territoriales Intercommunalité ; éd. S. édition Sociale, anciennement revue Travail et protection sociale)
JO	Journal officiel (Déb. : débats ; AN : Assemblée nationale ; ANC : Assemblée nationale constituante)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
Leb.	Recueil Lebon
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
loc. cit.	au même endroit
LPF	Livre des procédures fiscales
ment.	mentionner

n°	numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
obs.	observations
op. cit.	ouvrage cité
Plén.	Plénière
postf.	postface
pourv.	pourvoi
préc.	précité
préf.	préface
p., pp.	page, pages
pt., pts.	point, points
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
pub.	publier
PUC	Presses Universitaires de Caen
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
Pulim	Presses Universitaires de Limoges
Quot. jur.	Le quotidien juridique - Journal spécial des sociétés
RAE	Revue des affaires européennes
rappr.	Rapprocher
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État, du Conseil constitutionnel ou de la Cour de justice des communautés européennes
Rép. cont. adm.	Répertoire Dalloz de contentieux administratif
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. coll. territ.	Répertoire Dalloz des collectivités locales
Rép. dr. pén.	Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. resp. puiss. pub.	Répertoire Dalloz de responsabilité de la puissance publique
req.	requête
RDC	Revue des contrats
RDF	Revue de droit fiscal, anciennement Droit fiscal jusqu'en 1998.
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rev. adm.	Revue administrative
Rev. adm. belg.	Revue de l'administration et de droit administratif de la Belgique
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation

Rev. crit. lég. jurisp.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. dr. rural	Revue de droit rural
Rev. Jur. Thémis	Revue juridique Thémis
Rev. Soc.	Revue des sociétés
Rev. Sc. Crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFFP	Revue française de finances publiques
RGa	Revue générale de l'administration
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RJEP	Revue juridique de l'économie publique, anciennement Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz jusqu'en 2002, puis Revue juridique de l'entreprise publique jusqu'en 2007.
RJE	Revue juridique de l'environnement
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RJPUF	Revue juridique et politique de l'Union française
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLC	Revue Lamy Concurrence
RLCT	Revue Lamy des Collectivités Territoriales
RMUE	Revue du marché unique européen
RPDA	Revue pratique de droit administratif
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif.
RSF	Revue de science financière, anciennement Revue de science et de législation financière jusqu'en 1956.
RSLF	Revue de science et de législation financière, devenue Revue de science financière en 1956.
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RTDSS	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social
S.	Sirey
s.	suivant(es)
SC	sommaires commentés (recueil Dalloz)
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État

spéc.	spécialement
t.	tome
T.	Tables du Recueil des arrêts du Conseil d'État
T. décenn.	Tables décennales du Recueil des arrêts du Conseil d'État
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
trib.	tribune
Vol.	volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE LA MANIFESTATION PLURIELLE DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

TITRE I : LES ACTEURS DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

Chapitre I : La rétroactivité de la loi

Chapitre II : La rétroactivité de l'acte administratif

Chapitre III : La rétroactivité de la décision de justice

TITRE II : LES STATUTS DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

Chapitre I : Le statut à géométrie variable de la rétroactivité de la loi

Chapitre II : Le statut d'exception de la rétroactivité de l'acte administratif

Chapitre III : Le statut en construction de la rétroactivité de la décision de justice

SECONDE PARTIE ESSAI DE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

TITRE I : LA NOTION DE RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

Chapitre I : La relativité de la notion de rétroactivité

Chapitre II : Le contenu variable de la notion de rétroactivité

TITRE II : LES FONCTIONS TRANSVERSALES DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

Chapitre I : La fonction d'unification de la rétroactivité

Chapitre II : La fonction de correction de la rétroactivité

Chapitre III : La fonction de stabilisation de la rétroactivité

« Les éléments des situations juridiques, des rapports de droit, des institutions sont des volontés, des activités, des situations de fait. Mais le temps contribue, comme une quatrième dimension, à constituer le milieu dans lequel il faut plonger ces objets pour les voir s'animer ».

Pierre Hébraud

INTRODUCTION

1. En des temps mythologiques reculés, Kronos, fils de Gaïa, la terre, et d'Ouranos, le ciel, averti par une prophétie qui annonçait qu'il serait détrôné un jour par l'un de ses fils, prenait soin de dévorer chacun de ses enfants aussitôt que son épouse, Rhéa, les mettait au monde. Symboliquement, celui-ci se plaçait en position de maître du temps, bloquant ses issues tant du côté du passé que du futur¹. Il advint que son sixième enfant, Zeus, fût soustrait par sa mère, excédée, à un inéluctable et funeste destin. Une fois adulte, ce dernier prit la tête d'une révolte et contraignit son père à régurgiter l'ensemble de ses frères et sœurs. Le dieu de l'Olympe venait, par cet acte, de donner naissance au concept de rétroactivité.

Certes, il n'est pas nécessaire de remonter au mythe des origines de l'humanité pour attester de l'ancienneté de cette idée. Le droit romain connaissait déjà ce procédé². Le citoyen romain fait prisonnier à la guerre et devenu, par conséquent, esclave de l'ennemi, s'il parvenait à rentrer à Rome, était censé n'avoir jamais quitté la cité³. Cette technique a depuis traversé les différents âges du droit⁴ et résisté à ses différentes évolutions. Autant dire qu'il existe peu de procédés qui ont été employés avec une pareille constance – et avec autant de succès – dans le domaine juridique. Le phénomène transcende, en effet, les branches du droit et touche tous les aspects de la vie juridique.

2. Une des raisons susceptibles d'expliquer cette longévité, autant que cette fortune, réside très certainement dans les propriétés qui lui sont attribuées. La rétroactivité, dit-on, possède le pouvoir d'inverser l'ordre immuable du temps, de modifier le cours des événements. Plus précisément, revenir sur le passé signifie à la fois nier la réalité de l'écoulement du temps et recréer une chronologie nouvelle. La rétroactivité consiste, en quelque sorte, à poser une « dérivation » sur l'axe du temps. Abstraitement, deux réalités coexistent en parallèle, mais concrètement, l'une s'est substituée à l'autre, du moins dans la représentation que peut s'en faire l'esprit humain. Un tel moyen d'action sur la chronologie présente plusieurs intérêts indéniables, comme de rattraper le temps perdu ou de revenir sur les erreurs passées. De fait, la possibilité de maîtriser le temps exerce un étrange pouvoir de séduction sur l'esprit humain et, en particulier, sur celui du juriste. Comme le remarquait un auteur, « *qu'il y ait un fantasme humain de négation du temps, chacun peut le mesurer en constatant que le législateur peut, par un artifice extraordinaire, décider de transformer en or ce que chacun croyait en bronze. Le miracle des lois rétroactives, ce paroxysme dans le refoulement du cours des choses, démontre suffisamment que le droit n'a – de temps à autre – que faire de la nature* »⁵. Le concept de rétroactivité semble s'être construit sur cette idée de rupture radicale entre le droit et la réalité de la nature, que seul le recours à l'irrationnel ou à la fiction serait susceptible d'expliquer.

¹ Voir, notamment, P. GRIMAL, *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, Paris, PUF, 13^e éd., 1996, p. 104 ; F. OST, *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999, pp. 9-10 ; P. MALAURIE, « La mythologie et le droit », in *Mouvements du droit contemporain, Mélanges offerts au Professeur S. BEN HALIMA*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2005, p. 15, spéc. p. 25.

² Il en va de même dans la Grèce antique. Voir, notamment, J.-M. BERTRAND, « Rhétorique judiciaire et rétroactivité de la loi en Grèce antique » in *Le législateur et la loi dans l'Antiquité*, Caen, PUC, p. 77 et s.

³ Une telle règle se fondait sur diverses fictions juridiques (*de la Capitis deminutio maxima et jus postliminii*). De même, s'il mourait en captivité, le citoyen était censé être décédé au moment de sa capture, en vertu d'une autre fiction établie par la *lex Cornelia*. Voir, H. DUMÉNIL, « Les fictions juridiques », *Revue générale du droit et de la législation en France et à l'étranger*, 1882, p. 450 ; P. G. H. WILLEMS, *Le droit public romain*, publié par J. WILLEMS, Louvain, Impr. Charles Peeters, 1910, 7^e éd., p. 99.

⁴ Pour une présentation historique, voir P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, Paris, Dalloz et Sirey, 2^e éd., 1960, rééd. Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2008, pp. 30-145, n° 8-28.

⁵ D. GUTMAN, « Temps », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, coll. Quadrige, Dicos poche, 2003, p. 1473.

3. Ce que l'on nomme rétroactivité désigne en réalité autre chose. Comme le remarque M. Weil, « le temps est irréversible, on le sait : aussi n'y a-t-il pas, en pure logique, de rétroactivité : on n'agit jamais en remontant le temps, tout ce que l'on peut faire, c'est agir dans "l'avenir" de manière à créer une situation se rapprochant le plus possible d'une situation passée, et il y a là, non pas rétroactivité au sens réel du mot, mais simple projection du passé dans l'avenir »⁶. En d'autres termes, la réalité de l'écoulement du temps ne peut être méconnue par le droit, sauf à créer une fiction. La particularité du procédé de la rétroactivité apparaît dans cette proposition. Revenir matériellement sur le passé constitue une impossibilité commandée par les lois de la Physique. Le passé est irrémédiable. Aussi modifier littéralement et concrètement le cours de la chronologie constitue-t-il un non-sens. La rétroactivité ne signifie donc pas « remonter » dans le temps pour modifier le passé tel qu'il s'est produit, mais « retraire » au présent les conséquences qui en sont découlées. En d'autres termes, la rétroactivité désigne le mécanisme par lequel sont révisées au présent les situations juridiques qui se sont constituées dans le passé. Tel qu'il se présente, le concept de rétroactivité ne se laisse pas aisément saisir.

4. En tant qu'il remet en cause ce qui s'est produit antérieurement, le mécanisme de la rétroactivité est toujours apparu aux yeux de la doctrine comme un phénomène contre-nature. Aussi la défiance de celle-ci à l'égard de la rétroactivité est-elle au moins aussi ancienne que le procédé lui-même. En particulier, les auteurs classiques tenaient la rétroactivité pour une fiction juridique insupportable, dont il fallait débarrasser l'ordre juridique français⁷. Ainsi, un auteur concluait l'étude qu'il venait de consacrer à la fiction de rétroactivité en la désignant comme « un rouage absolument artificiel dans le mécanisme du droit. Une science est un enchaînement de principes. Ceux-ci ne doivent pas être soudés les uns aux autres à l'aide de suppositions et de figures »⁸.

5. Un des principaux arguments avancés par les procureurs de ce procès mené contre la rétroactivité tient à ce que celle-ci heurte frontalement la sécurité juridique⁹.

La sécurité est une des raisons d'être du droit¹⁰. Elle lui est même, à certains égards, consubstantielle¹¹. La sécurité constitue pour le droit autant une valeur fondamentale, qu'il a pour fonction de sauvegarder, qu'une de ses qualités premières¹². Cette dualité existe dès l'époque romaine à travers la distinction entre l'orientation ou *certitudo* et la réalisation ou *securitas*¹³. D'une part, le droit doit permettre la prévisibilité des conséquences juridiques de leurs actes par les sujets de droit et, d'autre part, assurer le respect concret de ses règles. La distinction effectuée entre sécurité par le droit et

⁶ P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Pedone, 1952, p. 136.

⁷ À la fin du XIX^e siècle, les doctrinaires des droits acquis partageaient de l'idée que la rétroactivité de la loi comportait nécessairement une fiction et qu'en tant que telle, elle devait être supprimée. Selon Toullier, « la fiction est la ressource de la faiblesse ; c'est la supposition du fait contraire à la vérité. La fiction est donc indigne de la majesté du législateur ; il n'a pas besoin de feindre, il commande » (C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. IV, Paris, 5^e éd., 1830, p. 188, n° 189).

⁸ A. GALLET, *Étude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, thèse dactyl., Poitiers, 1903, p. 176.

⁹ Voir, en dernier lieu, B. SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, n° 29, 2007, p. 15.

¹⁰ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4^e éd., 2003, p. 282 ; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 1996, n° spécial, p. 178 ; J.-P. PUISSOCHET et H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n° 11, p. 98 ; N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse dactyl., Dijon, 1979 p. 23.

¹¹ J. Boulouis soulignait cette redondance (cf. J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum P. PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 53). Voir, dans le même sens, J.-P. PUISSOCHET et H. LEGAL, art. préc., p. 98.

¹² B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 151.

¹³ D. J. M. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, 2003, n° 1, p. 85, spéc. pp. 96-97.

sécurité du droit est ainsi des plus classique¹⁴. D'un côté, la sécurité exige que le droit protège l'homme contre l'arbitraire et assure l'ordre, ainsi que la paix sociale. De l'autre, le droit doit remplir une fonction de « sécurisation du système juridique »¹⁵.

6. Or, la rétroactivité compromet les exigences fondamentales qui peuvent être tirées du premier versant de la notion de sécurité juridique. Celles-ci touchent principalement à la connaissance du droit, sa prévisibilité, ainsi qu'à sa stabilité¹⁶. Ainsi, au XIX^{ème} siècle, la rétroactivité de la loi a pu être perçue comme « *le plus grand attentat que la loi puisse commettre, le déchirement du pacte social et l'annulation des conditions en vertu desquelles la société a le droit d'exiger l'obéissance de l'individu, car elle lui ravit les garanties qu'elle assurait en échange de cette obéissance qui est un sacrifice. La rétroactivité ôte à la loi son caractère, la loi qui rétroagit n'est plus la loi* »¹⁷. De même, les doctrinaires des droits acquis¹⁸, qui fondaient l'ensemble de leur théorie sur l'idée que la non-rétroactivité répond à une exigence de la vie sociale, estimaient qu'il fallait que la confiance dans la sécurité et la stabilité des rapports juridiques ne soit pas menacée par la crainte qu'une loi future ne vienne troubler ceux déjà formés d'une façon valable¹⁹.

Non seulement la rétroactivité remet en cause la stabilité des relations qui se sont nouées dans le passé, mais elle compromet tout autant la confiance que peuvent avoir ses destinataires dans la règle de droit. La règle rétroactive rompt le lien temporel entre la règle de droit et son sujet²⁰. Celui-ci se trouve dans la situation paradoxale de devoir supporter, *a posteriori*, les effets d'une règle qu'il ne pouvait pas connaître au moment où il a agi²¹. Corrélativement, la règle rétroactive, en modifiant les conséquences de ses actes, a privé son destinataire de la possibilité de les prévoir avec certitude. Combinée à d'autres

¹⁴ A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 122, 2005, p. 4, n° 4.

¹⁵ Cette fonction, qui consiste, notamment, à lutter contre l'insécurité par des instruments juridiques, résulterait de la perte par le droit de sa faculté à assurer la sécurité juridique prise dans sa première acception. Par ex., « *la multiplication des normes, leurs raffinements byzantins, l'impossibilité où l'on se trouve de pénétrer leurs couches de sédiments successifs, engendrent un sentiment d'angoisse diffuse, le droit n'apparaît plus comme une protection mais comme une menace* » (Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, EDCE, 1991, n° 43, p. 20). Ce sentiment d'insécurité est en partie l'expression d'un fantasme, celui que le droit est capable d'offrir une sécurité parfaite, ainsi que d'une certaine nostalgie, celle d'un âge d'or de la sécurité juridique ouvert par les codifications napoléoniennes. Voir A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 8, n° 8.

¹⁶ Sur ces différents aspects, cf., outre les références déjà citées, R. GUILLIEN, « Nul n'est censé ignorer la loi », in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, t. I, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 253 ; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, p. 92 ; M. KDHIR, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *Rev. adm.*, 1993, n° 276, p. 538 ; N. MOLFESSIS, « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTDCiv.*, 2000, p. 663 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 13 et s., n° 14 et s.

¹⁷ Discours de Benjamin Constant dans la discussion de la loi sur la presse (Moniteur du 1^{er} juin 1828, p. 755, cité par O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Paris, LGDJ, 1954, p. 18, n° 14 et par F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Durand & Pedone, 1869, p. 232, n° 161, note 1).

¹⁸ Pour un exposé, cf., notamment, P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, éd. Yvon Blais, 2^e éd., 1990, p. 135 ; O. DEBAT, *La rétroactivité et le droit fiscal*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 18, 2006, p. 18, n° 10 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 195, 2002, p. 3, n° 6 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 112, n° 26.

¹⁹ R. DEMOGUE, « Valeur et base de la notion de rétroactivité », in *Studi Filosofico-Giuridici dedicati a G. DEL VECCHIO*, Modène, 1930, Vol. 1, p. 163, spéc. p. 164. Demolombe jugeait, quant à lui, que la rétroactivité des lois serait « *désastreuse, surtout puisque la société serait ainsi livrée à l'instabilité la plus déplorable, au plus effrayant arbitraire ; puisque les intérêts les plus précieux et les plus sacrés des citoyens et des familles ne reposeraient plus sur aucune base, sur aucune garantie* » (C. DEMOLOMBE, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, Paris, Durand-Hachette, Cours de Code Napoléon, 4^e éd., 1845-1880, t. I, p. 41, n° 37).

²⁰ M. MERCIER, *La rétroactivité (Essai d'une théorie générale)*, thèse dactyl., Paris I, 2003, spéc. p. 31, n° 39.

²¹ L'un des personnages de Kafka s'exclamait déjà : « *Quel supplice que d'être gouverné par des lois qu'on ne connaît pas !* » (cité par Conseil d'État, rapp. préc. p. 20). Voir également, B. JEANNEAU, thèse préc., p. 187. C'est là une des conséquences les plus extrêmes de la fiction contenue dans la maxime *nemo censetur ignorare legem*, « nul n'est censé ignorer la loi ». Sur cette maxime, voir O. DEBAT, thèse préc., p. 9, n° 5 ; J. CARBONNIER, « La maxime "nul n'est censé ignorer la loi" en droit français », *RIDC*, 1984, n° spécial, p. 321 et s. ; R. GUILLIEN, art. préc., p. 253 et s.

facteurs²², la rétroactivité de la norme juridique apparaît bien comme étant néfaste pour la sécurité juridique. De ce point de vue, la seconde doit être conçue comme un principe limitant la première.

De surcroît, alors même que la rétroactivité apparaît comme inhérente à la fonction de juger, elle est susceptible de provoquer des effets néfastes sur l'ordre juridique. Le mécanisme même de la rétroactivité peut avoir des conséquences imprévues et non voulues par le juge, à l'image, parfois spectaculaire, des revirements de jurisprudence²³. La même constatation peut être faite vis-à-vis du caractère automatique et radical d'une annulation prononcée par le juge. À certains égards, la rétroactivité juridictionnelle cause au moins autant de difficultés que la rétroactivité jurisprudentielle. La mécanique de la rétroactivité devient en elle-même pathogène. Ce sont les conséquences résultant de l'effet rétroactif lui-même qui entraînent une perturbation de l'ordre juridique. Aussi le juge administratif a-t-il souvent été conduit à tenter de limiter cette rétroactivité, cherchant à en réduire les effets néfastes de ce processus implacable²⁴.

7. Cependant, le reproche fait à la rétroactivité par ses détracteurs n'est pas entièrement pertinent. En effet, les relations que sécurité juridique et rétroactivité entretiennent ne sont pas univoques. La rétroactivité peut tout autant servir la sécurité juridique. Le second versant de la sécurité juridique permet de le montrer. Il est parfois primordial de « sécuriser » le système juridique, au besoin en recourant à la rétroactivité. Aussi le procédé se trouve-t-il, sinon légitimé, du moins acceptable chaque fois qu'il permet d'assurer cette fonction.

D'abord, la rétroactivité des annulations contentieuses et des décisions de retrait prononcées unilatéralement par l'autorité administrative est avant tout justifiée par la nécessité de garantir le respect

²² Comme le constatait déjà en 1985 F. Ost, « *inflation législative et accélération des changements de législation provoquent une rétroactivité 'in potentia'* » (F. OST, « Les multiples temps du droit », in *Varii auctores, Le droit et le futur*, Paris, PUF, Paris II, 1985, p. 115, spéc. pp. 150-151). Le phénomène de la prolifération des normes est déjà ancien et n'a pas, à ce jour, été enrayer par les efforts entrepris. R. von IHERING notait déjà que « *la richesse quantitative des règles de droit est un signe de faiblesse. Elle dénonce l'impuissance de la force intellectuelle pour extraire la quintessence logique de la somme des règles* » (R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. I, Paris, A. Marescq 1877, 3^e éd., p. 42). Sur cette question, voir Conseil d'État, rapp. préc., pp. 15-58 et *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, 2006, n° 57, p. 230 et s. ; F. TERRÉ, « La crise de la loi », *Arch. phil. dr.*, 1980, t. 25, p. 17, spéc. pp. 23-25. De même, l'instabilité de la règle de droit peut conduire, dans certains domaines, à recourir à la rétroactivité comme remède pour tenter de fixer le droit applicable. Cette tendance a été dénoncée dans le domaine fiscal, ainsi que, plus ponctuellement, en matière sociale (Conseil d'État, rapp. préc., 1991, p. 15 et 31 et rapp. préc., 2006, p. 257 et 273). La multiplication des sources du droit, notamment internationales et communautaires, n'y est pas non plus étrangère. En particulier, l'intégration de l'ordre juridique de l'Union européenne à l'ordre juridique interne implique nécessairement une imbrication des règles applicables susceptibles de générer des antinomies ou des incohérences entre des systèmes juridiques complexes. Par ailleurs, l'ensemble des pouvoirs constitutifs de l'État est contraint, voire submergé, par les impératifs liés à la mise en œuvre du droit communautaire. Voir, en ce qui concerne les exigences de l'article 88-4 de la Constitution et les mesures de transposition du droit communautaire, Conseil d'État, rapp. préc., 2006, p. 263.

²³ Le juge est bien obligé d'appliquer la règle nouvelle à tous les procès qui lui sont soumis, quelle que soit la date des faits litigieux. Seule une limitation du champ matériel de la règle nouvelle permet au juge de cantonner quelque peu les effets néfastes qui peuvent résulter de son application rétroactive. Le moment et les limites inhérents au procès privent le juge des moyens de maîtriser cette rétroactivité, quand bien même il est devenu un expert pour choisir le moment propice à l'édiction de la règle. Sur ce point, voir, notamment, G. X. BOURIN, « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal ? », *Gaz. Pal.*, 2-3 juin 1995, doctr., p. 599 ; C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G*, 1994, I, 3776. Pour un exposé critique, cf. H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 207, 1999, p. 379 et s., n° 258 et s.

²⁴ Comme le soulignait le Doyen Rivero, le Conseil d'État ne manque pas d'imaginer des solutions pour tenter de remédier à la rétroactivité de ses décisions. Cherchant à réduire les effets néfastes de ce processus inévitable, le juge peut rechercher une affaire banale, dont l'enjeu est faible, pour affirmer un nouveau principe. De même, il peut insérer une motivation inédite qui reste sans influence sur le dispositif. Encore, l'apparition de la modification de jurisprudence peut apparaître dans un arrêt de rejet. À ces différentes méthodes, s'ajoutent les techniques utilisées par le juge afin d'éviter de prononcer une annulation, parmi lesquelles on compte la substitution de motifs ou de moyens. Cependant, ces pratiques trouvent rapidement leurs limites (J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, n° 1, p. 15, spéc. p. 16). Ce n'est qu'à une période récente que le juge administratif s'est reconnu le pouvoir de limiter dans le temps aussi bien les effets des annulations qu'il prononce que ceux des revirements qu'il opère (sur ces points, cf., plus bas, p. 507 et s., n° 648 et s.).

le principe de légalité. Toute sécurité dans les rapports juridiques s'évanouirait si les sujets de droit n'avaient pas l'assurance que le non-respect de la règle de droit soit dûment sanctionné *ex post facto*, avec toutes les conséquences que cela implique pour la période au cours de laquelle l'irrégularité a pu sévir. Le respect de la règle de droit est « sécurisé » par l'anéantissement de tous les effets produits dans le passé par l'illégalité commise et le rétablissement corrélatif de l'ordre juridique dans l'état qui était le sien un instant avant que la règle de droit ait été enfreinte.

Ensuite, c'est une même sécurisation du système juridique que la rétroactivité permet d'opérer à travers la consolidation des situations précaires²⁵. Il est parfois nécessaire que le législateur puisse intervenir rétroactivement pour dénouer un imbroglio juridique, sortir d'une impasse²⁶ ou prévenir un risque de déstabilisation de nombreuses situations juridiques, notamment dans l'éventualité où toutes les conséquences du non-respect de la règle de droit seraient tirées. La protection de la situation des fonctionnaires ou la régularisation de concours administratifs sont les exemples les plus fréquents du recours aux lois de validation²⁷.

Enfin, la rétroactivité permet de favoriser l'innovation, d'accélérer le progrès du droit²⁸ à un moment donné, en réalisant l'unité et la simultanéité de l'action. La rétroactivité établit ou rétablit un équilibre entre passé et futur, entre maintien et remise en cause du droit²⁹.

8. La complexité des liens entre sécurité et rétroactivité démontre, s'il en est, toute l'ambivalence du procédé. En fonction des intérêts qu'elle sert, la rétroactivité est susceptible d'être considérée tantôt comme pathologique pour le droit, tantôt comme une thérapeutique de celui-ci. Ce dualisme du procédé n'a, semble-t-il, jamais été complètement ignoré par la doctrine. Aussi cette dernière s'est-elle, dans sa grande majorité, bien gardée de condamner de manière générale et définitive la rétroactivité. La rétroactivité se présente bien plus comme un mal redouté que comme une calamité redoutable et persistante, qu'il faudrait éradiquer³⁰. C'est dire que la rétroactivité est loin d'être une institution neutre.

De fait, la critique du procédé est restée largement épisodique et cristallisée autour de certaines institutions. La rétroactivité de la loi³¹ ou de la jurisprudence³² ont chacune dû compter avec leurs

²⁵ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1^{ère} éd., 2001, p. 197.

²⁶ Le législateur vient libérer l'Administration de la situation dans laquelle elle se trouve, alors même qu'elle ne peut effacer à elle seule l'illégalité des actes qu'elle prend. Voir, en ce sens, C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, p. 91 ; B. MATHIEU, *Les « validations » législatives, Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1987, pp. 16-22. Il faut tout de même réserver les cas marginaux dans lesquels l'Administration peut, malgré l'obstacle puissant que constitue le principe de non-rétroactivité des actes administratifs, agir sur les situations qui sont résultées d'actes illégaux, notamment face à un vide juridique laissé par son annulation par le juge ou grâce à la technique de la régularisation (cf., en ce sens, B. MATHIEU, thèse préc., p. 17 ; J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 138, 1981, pp. 18-19.

²⁷ B. MATHIEU, thèse préc., pp. 7-8.

²⁸ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, rééd. 1994, p. 86, n° 31 ; O. DEBAT, thèse préc., p. 23, n° 12.

²⁹ O. DEBAT, thèse préc., p. 19, n° 11. F. Ost utilise l'expression de « *juste mesure temporelle* » (F. OST, *Le temps du droit*, préc., p. 33).

³⁰ C'est ce que certains doctrinaires des droits acquis préconisaient au nom de la protection des libertés de l'individu (F. LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis*, t. I, Paris, éd. V. Giard & E. Brière, 2^e éd., 1904, pp. 69-71 ; pour un exposé critique, voir P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 120, n° 27).

³¹ Ceux-ci semblent animés par la crainte que la rétroactivité de la loi puisse être employée à mauvais escient et, notamment, à des fins purement politiques. Le Doyen Roubier rapporte qu'à l'occasion de l'adoption tardive dans l'année 1925 d'une loi fiscale établissant un nouvel impôt, « *certaines partis politiques se mirent en campagne pour la défense du principe de la non-rétroactivité des lois. L'intention était louable, car ce principe ne trouverait jamais assez de défenseurs* ». D'autant qu'il n'y avait eu, en l'occurrence, aucune violation de ce principe (P. ROUBIER, *op. cit.*, préf., p. V). Aucun débat n'a davantage déchaîné les contempteurs de la rétroactivité que celui du combat entre la jurisprudence et la loi. Celui-ci ressurgit chaque fois que le législateur vient contredire une jurisprudence, s'ingérant ainsi dans le dénouement judiciaire des litiges, en méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs (P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges en l'honneur de R. SAVATIER*, Paris, Dalloz, 1965, p. 603).

détracteurs. Toutefois, ce sont davantage les conséquences funestes que la rétroactivité de l'une ou l'autre a pu comporter qui sont stigmatisées, que l'utilité ou l'existence du procédé, en tant que tel, qui est remise en cause. Pour ne prendre que cet exemple, les lois rétroactives ont toujours existé, sans que la doctrine y ait systématiquement trouvé à redire³³. Du reste, les exhortations doctrinales à la condamnation de la rétroactivité de la loi n'ont jamais trouvé d'écho en droit positif. Historiquement, le principe de non-rétroactivité des lois³⁴ n'a jamais revêtu une portée absolue³⁵. Au contraire, il semble bien exister une certaine coïncidence entre les critiques les plus vives de la rétroactivité de la loi et les instants où celle-ci a entraîné les conséquences les plus rigoureuses³⁶.

Adoptant une position plus nuancée que naguère, la doctrine moderne reconnaît ainsi que « *la rétroactivité produit des effets trop utiles pour qu'on puisse songer à l'éliminer totalement* »³⁷. Cependant, en raison des perturbations dans les rapports juridiques qu'elle est susceptible d'entraîner, par cela même qu'elle influe sur le rythme et le mouvement du temps, la rétroactivité ne peut être appréciée que « *sous le sceau de l'utilité* »³⁸. Elle doit, par conséquent, être conçue comme une *ultima ratio*³⁹, une solution de dernier recours dont l'emploi doit être strictement finalisé et limité.

9. Malgré l'importance et l'intensité du débat auquel donne lieu la rétroactivité, aucune étude générale n'a été entreprise en droit public sur cette question⁴⁰. Cela ne signifie pas pour autant que la doctrine publiciste se soit désintéressée de la rétroactivité, bien au contraire. Seulement, l'appréhension du phénomène de la rétroactivité est demeuré indirect ou, au mieux, partiel.

D'un côté, la doctrine publiciste s'est principalement intéressée à l'étude générale de l'application dans le temps des actes de droit public. S'agissant des actes administratifs, les auteurs ont moins étudié la notion de rétroactivité pour elle-même que le champ d'application de sa prohibition en droit public. L'enjeu principal pour eux a été de déterminer la nature et la portée de la règle de non-

³² Pour un exposé, voir N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à M. le Premier Président de la Cour de cassation G. CANIVET, Paris, Litec, 2005, p. 5.

³³ Tout au plus, a-t-on proposé de renforcer la valeur du principe de non-rétroactivité ou son efficacité en durcissant les conditions que le législateur doit respecter pour y déroger. Sur la question de la constitutionnalisation progressive du principe de non-rétroactivité, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 43, n° 87.

³⁴ La formulation de ce principe est fort ancienne. Le Doyen Roubier la fait remonter à l'époque romaine (P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 31-33, n° 8 et 9).

³⁵ Ce principe a toujours connu de nombreuses exceptions. Pour un historique, voir P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 33, n° 9 et p. 45 et s., n° 13 et s. La période révolutionnaire offre les affirmations les plus solennelles du principe de non-rétroactivité, avec, en particulier, l'adoption de l'art. 14 de la Constitution du 5 Fructidor de l'an III (22 août 1795). Néanmoins, elle a également connu les violations les plus surprenantes et les plus radicales (P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 69, n° 19).

³⁶ L'ex. le plus célèbre est celui du Décret du 17-21 Nivôse an II (6-10 janvier 1794) sur les successions dont l'article 61, alinéa 2, prévoyait son application aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, même si celles-ci avaient été, entre-temps, liquidées et partagées (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, éd. E. de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 237, § 21 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., pp. 15-16, n° 11 ; M. A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la rétroactivité des lois. Commentaire approfondi du Code civil*, t. I, Paris, A. Durand, 1832, rééd. 1845, p. 120 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 73, n° 20). Ce décret a nécessité, compte tenu de ses conséquences, l'intervention de lois de contre-rétroactivité, elles-mêmes rétroactives et tout aussi funestement connues : le décret du 9 Fructidor an III (26 août 1795) qui rapportait le décret de l'an II ; le décret du 3 Vendémiaire an IV (25 septembre 1795) de la Convention qui annulait tous les jugements qui se fondaient sur ses dispositions ; et la loi du 18 pluviôse an V (6 février 1797) rédigée par Tronchet sous le Directoire garantissant l'intangibilité des contrats touchés par ces mêmes dispositions (P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 131 et s., spéc. p. 161 et s., n° 25).

³⁷ J. DEPRESZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, t. II, thèse dactyl., Rennes, 1953, p. 703. Voir également, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 19, n° 15.

³⁸ O. DEBAT, thèse préc., p. 30, n° 15.

³⁹ Ce vocable est tiré de la maxime *ultima ratio regis*, l'ultime raison du Roi, attribuée à Richelieu qui l'utilisait pour justifier le recours à l'argument coercitif des canons.

⁴⁰ Cette étude a, en revanche, été menée en droit privé. Voir M. MERCIER, *La rétroactivité (Essai d'une théorie générale)*, préc.

rétroactivité en droit administratif⁴¹. Le phénomène de la rétroactivité y est envisagé tout au plus comme une collection d'exceptions ponctuelles au principe de non-rétroactivité. De même, si la question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois a été largement débattue par la doctrine de droit privé⁴², bien peu d'auteurs classiques du droit public en ont fait un objet direct d'étude⁴³. Ce n'est que très récemment que la notion de rétroactivité de la loi, et plus largement de la règle écrite, a été abordée par quelques auteurs, à la faveur de la construction doctrinale d'un droit public transitoire⁴⁴. Enfin, on rechercherait en vain des travaux traitant, pour le droit public, directement et principalement de la question de la rétroactivité des contrats, du jugement ou de la jurisprudence.

De l'autre, les quelques auteurs de droit public qui se sont attachés à étudier, de manière positive, la rétroactivité, ont limité le champ de leur recherche à un objet ou à un domaine particulier. Les travaux menés sur la rétroactivité restent partiels du point de vue du champ couvert. Tantôt l'étude de la rétroactivité se cantonne à un domaine précis. La rétroactivité a principalement été abordée en droit fiscal⁴⁵, en droit privé des contrats⁴⁶ et en droit international⁴⁷. Tantôt les auteurs concentrent leur analyse sur un phénomène particulier. Ainsi, de nombreuses études traitent de la rétroactivité en rapport avec une notion particulière, telle celle de validation législative⁴⁸, de loi interprétative⁴⁹, d'annulation

⁴¹ Cf. les études classiques de J. CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 134, 1980 et d' O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, préc. Voir également, M. LETOURNEUR, « Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs », *EDCE*, 1955, n° 9, p. 37.

⁴² T. BONNEAU, *La Cour de Cassation et l'application de la loi dans le temps*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1990 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 151, 1977 ; P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 43, 2005 ; P. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps (Contribution à la théorie générale du droit transitoire)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 14, 1959. Voir, auparavant, A. BOUVIER, *Du principe de la non-rétroactivité des lois, étude sur l'application des lois*, thèse dactyl., Grenoble, 1864 ; A. De LACROIX, *Du principe de la non-rétroactivité des lois, son influence sur la prescription*, 1875 ; H. MAILLE, *De l'empire des lois par rapport au temps, ou du principe de la non-rétroactivité des lois (Dr. rom. et Dr. fr.)*, 1873 ; A. MISSEREY, *Du principe de non-rétroactivité des lois tant en matière civile qu'en matière criminelle et en particulier de son influence*, 1867 ; REVERAND, *La non-rétroactivité des lois*, Paris, 1916 ; M. C. THEODOSIADES, *Essai sur la non-rétroactivité des lois*, 1866. Voir également, H. BATTIFOL, « Essai sur ce que l'on appelle l'effet rétroactif de la loi », *S.*, 1809, II, p. 277 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 197 ; P.-A. CÔTÉ, « Contribution à la théorie de la rétroactivité de la loi », *Revue du Barreau canadien*, mars 1989, p. 153 ; M. A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la rétroactivité des lois*, préc. ; G. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. Critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1893, n° 7, p. 444 et n° 8, p. 492.

⁴³ G. JÈZE, « La rétroactivité des lois de compétence. Contribution à la théorie de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois », *RDV*, 1913, n° 1, p. 61, « Les lois rétroactives : à propos de la loi du 7 avril 1915 autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France », *RDV*, 1916, n° 1, p. 26, et « Contribution à l'étude du principe de la non-rétroactivité des lois – Les lois interprétatives », *RDV*, 1924, n° 1, p. 157. Voir également, J.-M. AUBY, « L'incompétence *ratione temporis*, Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », *RDV*, 1953, n° 1, p. 5 ; T. RENOUX, « Table ronde sur le principe de non-rétroactivité des lois : France », *AJCC*, 1999, p. 357 ; A. WERNER, « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », *RDV*, 1982, n° 3, p. 737.

⁴⁴ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 62, 2007 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préc.

⁴⁵ A. BERTRAND, *La rétroactivité en droit fiscal*, thèse dactyl., Paris II, 1999 ; O. DEBAT, *La rétroactivité et le droit fiscal*, préc. ; A. KOUAKOU KOFFI, *Rétroactivité en droit fiscal*, thèse dactyl., Montpellier I, 1998 ; G. LAFON, *La rétroactivité en droit fiscal*, Impr. Causse, Graille et Castelnaud, 1941 ; O. NÉGRIN, *L'application dans le temps des textes fiscaux*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1997.

⁴⁶ E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, thèse, Paris II, 2003 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, PUAM, 2001.

⁴⁷ C. RADULESCU-LIVEZI, *Le principe de la non-rétroactivité et son application aux traités internationaux*, thèse dactyl., Paris II, 1972 ; C. SHACHOR, *La rétroactivité en droit international*, thèse dactyl., Paris, 1952 ; P. TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public (Problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire)*, Paris, LGDJ, 1970. Voir également, L. OLIVI, « De la rétroactivité des règles juridiques en droit international », *RDILC*, 1892, p. 553.

⁴⁸ M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice (contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 28, 1960 ; B. MATHIEU, *Les « validations » législatives, Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, préc. ; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, 2001, Paris, LGDJ, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2003.

⁴⁹ J. REYMOND, *Des lois d'interprétation et de leur rétroactivité*, Aix-en-Provence, éd. P. Roubaud, 1925. Voir également, J. BARTHÉLÉMY, « Sur l'interprétation des lois par le Parlement : la rétroactivité des lois ; l'État et le contrat », *RDV*, 1911, n° 1, p.

pour excès de pouvoir⁵⁰, de revirement de jurisprudence⁵¹, de retrait⁵², de régularisation⁵³, de nullité⁵⁴. Il est, en effet, communément admis qu'un effet rétroactif est attaché, de plein droit, à ces divers instruments. D'autres auteurs abordent la question de la rétroactivité à l'occasion de l'étude de principes particuliers, tels celui des droits acquis⁵⁵, de sécurité juridique⁵⁶ ou de confiance légitime⁵⁷, dès lors que ces principes sont classiquement présentés comme s'opposant à l'emploi du procédé.

10. Le traitement doctrinal du problème de la rétroactivité en droit public positif fait apparaître une asymétrie dans l'appréhension du phénomène. La compréhension générale de la rétroactivité a, trop souvent, été altérée par la priorité donnée à l'étude de certaines de ses sources. Ainsi, la rétroactivité de la loi et des actes administratifs unilatéraux a été largement abordée⁵⁸, tandis que la rétroactivité des contrats administratifs ou de la décision de justice n'a suscité qu'un intérêt modéré de la part de la doctrine publiciste. La raison peut en être recherchée dans la rareté de la première en pratique et dans l'évidence de la seconde pour une grande majorité d'auteurs. C'est dire que certains aspects du

129 et « De l'interprétation des lois par le législateur : à propos de l'interprétation de l'article 9 § 2 de la loi du 9 décembre 1905 par la loi du 4 avril 1908 », *RDP*, 1908, n° 3, p. 456 ; L. DUGUIT, « La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois », *RDP*, 1910, n° 4, p. 764. Voir également, N. MOLFESSIS, « La notion de loi interprétative », *RTDCiv.*, 2002, n° 3, chr., p. 599.

⁵⁰ P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Pedone, 1952 ; F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, coll. du Centre de Recherches Administratives, 2010.

⁵¹ H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, préc. ; O. SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl., Paris II, 1983 ; V. TCHEN, *Les revirements dans la jurisprudence administrative du Conseil d'État*, thèse dactyl., Paris XIII, 1993.

⁵² Parmi une bibliographie abondante, voir Y. ANDRÉ, *Le retrait des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1943 ; F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2003 ; G. DUPUIS, *Recherches sur le régime juridique de l'acte administratif unilatéral*, thèse dactyl., 1975 ; M. A. LETEMENDIA, *Retrait et abrogation des actes administratifs individuels en droit communautaire et en droit anglais*, Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. Études européennes, 1987. Voir également, G. JÈZE, « Du retrait des actes juridiques », *RDP*, 1913, n° 2, p. 255 ; P. LOUIS-LUCAS, « Le retrait des actes administratifs individuels », *D.*, 1952, chr., p. 107 ; J. PUISOYE, « Le retrait des actes administratifs », *AJDA*, 1960, I, p. 117 ; J.-Y. VINCENT, « Le retrait des actes administratifs unilatéraux. Examen comparatif des solutions adoptées en droit européen et en droit français », *RTDE*, 1974, n° 1, p. 31 ; G. VLACHOS, « Le retrait des actes administratifs », *Rev. adm.*, 1970, n° 136, p. 412 ; M. WALINE, « Le retrait des actes administratifs », in *L'évolution du droit public, Études offertes à A. MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, p. 563.

⁵³ J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français*, préc. ; A. LAMBERT-RIBOT, *Des moyens dont dispose l'administration pour mettre fin aux situations qu'elle a irrégulièrement créées*, Paris, éd. A. Rousseau, 1913.

⁵⁴ L. ALCINDOR, *Des différentes espèces de nullité des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1912 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 158, 1991 ; J. de SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Paris, éd. R. Bernard, 1941 ; L. THIBAUT, *Les effets de la nullité des contrats administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1955. Voir également, J. BOULOUIS, « L'inexistence, la nullité, l'annulation des actes juridiques en droit public français », *Travaux de l'association H. Capitant*, 1961-1962, Paris, Dalloz, p. 771 ; G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP*, 1913, n° 2, p. 294.

⁵⁵ J. BARDE, *La notion de droits acquis en droit international public*, Publications Universitaires de Paris, 1981 ; R. MUZELLEC, *Le principe d'intangibilité des actes administratifs individuels en droit français*, thèse dactyl., Rennes, 1971 ; TALLINEAU, *Les actes particuliers non créateurs de droit. Essai critique de la théorie des droits acquis en droit administratif*, thèse dactyl., Poitiers, 1972 ; C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 188, 1997. Voir également, P. AUVRET, « La notion de droit acquis en droit administratif français », *RDP*, 1985, n° 1, p. 53 ;

⁵⁶ Voir, notamment, F. DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 280, 1997 ; T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, coll. Doctorat & Notariat, t. 35, 2009 ; E. PRÉVÉDOU, *Le principe de sécurité juridique en droit public français*, Athènes, 1998 ; P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 256, 2009 ; C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse, Montpellier, 2003 ; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, préc. Voir également, J.-R. PELLAS, « Le principe de sécurité juridique en droit fiscal », in *Études en l'honneur de G. DUPUIS*, Paris, LGDJ, 1997, p. 261.

⁵⁷ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 1, 2001.

⁵⁸ Par ex., O. DEBAT critique les positions d'une partie de la doctrine qui privilégie la législation et la réglementation fiscale dans l'étude de la rétroactivité (O. DEBAT, thèse préc., p. 34, n° 16). Une critique similaire est adressée par E. CARTIER à la théorie des conflits de lois dans le temps qui se concentre exclusivement sur la règle de droit (E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 126, 2005, p. 8).

problème de la rétroactivité ont fait l'objet d'un examen doctrinal approfondi par préférence à d'autres, sans que, dans le même temps, il soit cherché à les inscrire dans une perspective plus générale. Il en résulte que le phénomène de la rétroactivité est bien connu dans ses manifestations les plus fréquentes, mais que son domaine n'est pas circonscrit avec exactitude en droit public⁵⁹.

11. Une meilleure connaissance générale du phénomène en droit public justifie, à elle seule, l'intérêt d'une étude transversale de la rétroactivité en droit public. Un examen plus approfondi de l'objet de la recherche fera apparaître les enjeux d'une telle approche (Section 1). Le champ de la recherche doit également être précisé, dès lors que celle-ci entend se limiter au droit public français (Section 2).

Section 1 : Détermination de l'objet de la recherche

12. L'étude de la rétroactivité comporte une double difficulté. D'une part, parce qu'elle touche aux rapports entre le droit et le temps, la rétroactivité constitue un objet d'étude complexe, qu'il n'est pas aisé d'appréhender théoriquement (§ 1). D'autre part, la rétroactivité est un phénomène qui n'est ni globalement homogène, ni complètement circonscrit en droit positif (§ 2).

§ 1 : La complexité de l'appréhension théorique de la rétroactivité

13. De prime abord, la rétroactivité peut se définir comme le procédé par lequel les conséquences juridiques du passé sont retraitées au présent. Pour mieux se figurer ce en quoi il consiste, il est souvent recouru à une représentation désignant la rétroactivité comme le report d'un effet de droit dans le passé. Elle donne ainsi l'impression que la rétroactivité agit en « remontant » le temps pour remettre en cause le passé, tel qu'il s'est produit. Cette manière de décrire la rétroactivité constitue davantage à un besoin de recreation logique d'un certain ordre chronologique qu'elle ne recouvre la réalité du procédé. Cette projection intellectuelle permet de dire qu'un effet de droit s'est produit à un moment antérieur à celui auquel il aurait dû intervenir, ce qui facilite le « reclassement » des effets de droit visés par la rétroactivité, ceux-là précédant nécessairement l'intervention de celle-ci dans la chronologie.

Toutefois, cette façon d'appréhender la rétroactivité présente une double difficulté. D'abord, la définition de la rétroactivité suppose de préciser, au préalable, les différents éléments qui la composent. Touchant aux rapports complexes qu'entretient le droit avec le temps, le concept de rétroactivité n'est pas facile à circonscrire (I). Ensuite, la représentation intellectuelle dont fait l'objet la rétroactivité contribue à entretenir un doute sur la nature du procédé. Partant du constat que la rétroactivité contrarie la chronologie des événements, certains auteurs ont entendu la classer, trop rapidement peut-être, parmi les fictions juridiques. Il est possible de montrer que la nature de la rétroactivité est plus complexe et, en particulier, qu'elle ne correspond que rarement à une fiction (II). Il s'ensuit que tant la définition que la nature du procédé ne sont pas encore clairement établies.

⁵⁹ Pour un constat similaire en droit privé, voir J. DEPRESZ, thèse préc., t. I, p. 10.

I – LES DIFFICULTES DE DEFINITION DE LA RETROACTIVITE

14. La rétroactivité n'est pas de ces concepts qui se laissent aisément saisir, d'autant plus qu'il n'existe aucun texte de droit interne qui en donne une définition précise. La définition qu'adopte généralement la doctrine combine plusieurs éléments dont il n'apparaît pas évident, à première vue, de tracer les contours avec exactitude. Cette complexité n'a d'ailleurs pas toujours été perçue, dans toutes ses dimensions, par les auteurs qui se sont intéressés à la question. D'un côté, les différents éléments de définition de la rétroactivité ne sont pas systématiquement abordés dans les études qui lui sont consacrées. De l'autre, les analyses proposées par ces auteurs ne lèvent pas toutes les incertitudes pesant sur l'un ou l'autre de ces éléments (A). Il s'ensuit que la rétroactivité ne fait pas l'objet d'une conception univoque et unanimement partagée. Selon la signification attribuée à l'un ou l'autre des éléments de définition ou le critère employé pour les identifier, la rétroactivité n'a pas été appréhendée de la même façon par la doctrine (B).

A/ Les éléments constitutifs du concept de rétroactivité

15. Il n'est pas aisé de donner une définition précise de la rétroactivité. Pour mieux la saisir, il n'est pas inutile de partir de son étymologie. Le terme « rétroactivité » est issu de la racine latine *retroactus*, participe passé du verbe *retroagere*⁶⁰, qui signifie « ramener en arrière »⁶¹. Cette racine a produit deux termes distincts⁶² : « rétroactif » et « rétroaction »⁶³. Le premier signifie « ce qui exerce une action sur ce qui est antérieur, sur le passé »⁶⁴. Historiquement, le mot « rétroactivité » a été ultérieurement tiré de cet adjectif, dont il constitue donc un dérivé⁶⁵. De son côté, le terme « rétroaction », pris dans son sens didactique, se définit comme « l'action d'une chose dont le pouvoir ou l'influence remonte au passé »⁶⁶.

De ces éléments, il découle que la rétroactivité présente deux caractéristiques essentielles. En premier lieu, la rétroactivité désigne une action qui se rapporte à ce qui est antérieur, au passé. En second lieu, cette action est elle-même pourvue d'une certaine efficacité. Il ne s'agit pas seulement de prendre en compte un événement qui s'est produit dans le passé, mais de lui apporter une ou plusieurs modifications. En d'autres termes, la rétroactivité consiste à *revenir* sur le passé, à le changer. Partant, la rétroactivité peut se définir, de manière générale, comme une action sur le passé présentant une certaine efficacité. Ces deux éléments se retrouvent dans l'expression « effet rétroactif » que certaines définitions juridiques tiennent pour équivalente au terme « rétroactivité »⁶⁷.

⁶⁰ Ce verbe a lui-même donné le verbe « rétroagir », lequel signifie « avoir une force rétroactive ». Voir, notamment, *Le nouveau Littré*, éd. Augmentée du Petit Littré, Paris, éd. Garnier, 2004, p. 1221 ; *Le nouveau Petit Robert*, Paris, éd. Le Robert, 2007, p. 2236.

⁶¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, Dicos poche, 8^e éd., 2011, p. 917.

⁶² Cf., notamment, *Le nouveau Littré*, loc. cit. ; *Le nouveau Petit Robert*, loc. cit.

⁶³ La première utilisation de l'adjectif « rétroactif », par Isambert, remonte à 1510, alors que le nom « rétroaction » n'est employé qu'à partir de 1750. Cf. *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Paris, Larousse, 1998, p. 666.

⁶⁴ G. CORNU (dir.), loc. cit. ; S. BISSARDON, *Guide du langage juridique*, Paris, Litec, 3^e éd., 2009, p. 400.

⁶⁵ Dérivé employé à partir de 1801. Cf. *Dictionnaire étymologique et historique du français*, loc. cit.

⁶⁶ *Le nouveau Littré*, loc. cit. ; *Le nouveau Petit Robert*, loc. cit. Pour une confusion entre l'effet rétroactif et la rétroaction, cf. la définition donnée par R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Lexis-Nexis, Litec, 2011, p. 433.

⁶⁷ Certaines définitions renvoient indifféremment de l'un à l'autre de ces deux termes Comp. G. CORNU (dir.), *eod. loc.* et S. BISSARDON, loc. cit. Voir également, *Le nouveau Petit Robert*, loc. cit.

16. Cette première définition reste cependant insuffisante, en raison de l'ambiguïté persistante de ses composantes.

D'abord, le passé – ce sur quoi porte la rétroactivité –, ne peut lui-même se définir que relativement à un moment présent. *A priori*, le passé désigne ce qui apparaît, au présent, comme étant révolu, clos. Définir ce qui doit être rattaché au passé suppose donc d'opérer une différenciation entre un antérieur et un postérieur. Pour savoir si le passé est affecté par une action donnée, il faut avoir fixé « au préalable le point de référence, le moment choisi dans la durée pour séparer le passé et l'avenir »⁶⁸. Ainsi, le premier enjeu de la définition de la rétroactivité est d'établir une frontière servant à délimiter ce qui relève du passé par rapport à ce qui relève du présent⁶⁹. Une fois cette première étape franchie, il devient alors possible, par comparaison, de déterminer si un élément du passé a été touché par une action engagée au présent. C'est dire que la notion de rétroactivité pose, avant tout, un problème d'ordre chronologique.

Ensuite, l'action – ce en quoi consiste la rétroactivité –, peut elle-même signifier des choses différentes. Il n'existe pas une seule manière d'influer sur le passé. Au minimum, il s'agit de porter un regard différent sur ce passé⁷⁰, exercice auquel se livraient, par exemple, les anciens monarques qui souhaitaient voir réécrite l'histoire officielle de leur règne⁷¹. Au maximum, il peut être envisagé que le passé soit matériellement changé à l'aide d'instruments tels que ceux imaginés par les auteurs de la littérature de science-fiction⁷². Entre ces deux extrêmes, les moyens de revenir sur ce qui s'est produit antérieurement sont nombreux et variés, tant dans leur forme que dans leur intensité. Le second enjeu de la définition de la rétroactivité est donc de fixer un seuil à partir duquel le passé n'est pas simplement revisité, mais bel et bien modifié. Cela signifie, en creux, que toute action entretenant un lien quelconque avec le passé ne revêt pas *ipso facto* un caractère rétroactif.

Définir la rétroactivité suppose donc tout à la fois de dégager un critère permettant de séparer le passé du présent (1) et de préciser en quoi consiste l'action sur le passé (2).

1°) Le critère de séparation entre le passé et le présent

17. Pour la majorité des auteurs, la définition de la rétroactivité repose sur la prise en considération de la date d'effet de l'acte juridique, cette dernière étant réputée être intervenue dans le passé⁷³. Suivant la formule de M. Moreau, il faut que l'« acte en cause "utilise" une période antérieure pour y faire rétroagir la norme nouvelle »⁷⁴. Ainsi, la rétroactivité se définit comme l'antériorité de la production de l'effet de l'acte juridique par rapport à un point de repère choisi dans la chronologie. En d'autres termes,

⁶⁸ J.-M. AUBY, « L'incompétence *ratione temporis*, Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », préc., p. 14. Voir également, P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 181-182, n° 39.

⁶⁹ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, Précis droit privé, 1^{ère} éd., 2002, p. 117.

⁷⁰ À cet égard, on peut le rapprocher de la fonction rétrograde de la pensée. Voir H. BERGSON, *La Pensée et le mouvant*, 1946, Paris, PUF, coll. Quadrige, 15^e éd., 2003, p. 14.

⁷¹ Si l'Histoire a pu être manipulée par certains gouvernants, le retraitement de celle-ci est légitime et naturel pour les archéologues et les historiens. Voir, par ex., O. DEBAT, thèse préc., p. 6, n° 3. Cf., également, l'idée de rétro-diction développée par les historiens. Lire P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971, p. 201 et s.

⁷² L'ex. de la machine à remonter le temps est bien connu (H. G. WELLS, *La machine à explorer le temps*, 1959, Paris, Folio, 1982).

⁷³ Cf., notamment, R. DEMOGUE, art. préc., p. 163 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 10, n° 3.

⁷⁴ J. MOREAU, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, p. 233, n° 168.

la définition de la rétroactivité dépend du choix d'une coordonnée chronologique permettant de faire le départ entre le passé du présent, d'une « date-frontière »⁷⁵.

En droit public, c'est à partir des actes administratifs unilatéraux et de la loi que la doctrine a principalement raisonné pour déterminer ce point de repère. Si la doctrine publiciste s'accorde pour définir la rétroactivité comme la technique consistant à anticiper dans le temps les effets de l'acte juridique, elle se sépare quant à l'instant retenu pour séparer le présent du passé. Sur cette question de la détermination de la « date-frontière », deux conceptions s'opposent.

18. Suivant la conception classique, un acte est rétroactif si ses effets sont antérieurs à son entrée en vigueur⁷⁶. Toute la question devient alors de savoir à quelle coordonnée chronologique correspond le moment de l'entrée en vigueur de l'acte juridique. Sur ce point, la plupart des auteurs s'entendent pour fixer l'entrée en vigueur à l'instant à compter duquel l'acte juridique a reçu une publicité adéquate⁷⁷. Nonobstant certaines approximations et imprécisions, ces auteurs considèrent généralement que la loi et le règlement administratifs rétroagissent s'ils développent des effets antérieurement à la date de leur publication, tandis que c'est par rapport à la date d'édiction que doit être appréciée l'antériorité des effets produits par les actes administratifs unilatéraux individuels⁷⁸. Suivant cette conception, il faut comparer la date de prise d'effet de l'acte avec sa date d'entrée en vigueur pour établir qu'un effet rétroactif lui a été conféré.

19. Suivant une seconde conception, c'est l'entrée en vigueur de l'acte juridique qui est reportée dans le passé. La difficulté porte alors sur le point de savoir par rapport à quel point de repère l'entrée en vigueur anticipée de l'acte juridique doit être comparée pour déduire sa rétroactivité. Suivant l'opinion des tenants de cette position, l'acte rétroactif est celui dont l'entrée en vigueur est antérieure à sa publication ou, plus largement, à la publicité qu'il doit recevoir⁷⁹. Schématiquement, la loi et le règlement administratif rétroagissent s'ils entrent en vigueur antérieurement à leur publication, tandis que l'acte administratif individuel produit un effet rétroactif lorsque son entrée en vigueur précède sa

⁷⁵ Suivant l'expression employée par C. GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Paris, Sirey, 1955, p. 199, n° 154.

⁷⁶ Outre les références citées plus bas, voir J. CARBAJO, thèse préc., p. 57 ; P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, La Haye, éd. M. Nijhoff, coll. scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Vol. 37, 1975, p. 161 et p. 181 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 95, n° 77. Voir également, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 3^e éd., t. I, p. 146, n° 83 et t. II, p. 347, n° 1234 ; J. PUISSOYE, « L'application du principe de non-rétroactivité des actes administratifs », préc. p. 46 ; A. WERNER, « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », préc., p. 739.

⁷⁷ J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Cours, 12^e éd., 2011, p. 334 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. II, Paris, Dalloz, 2007, p. 366 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. I, Paris, PUF, coll. Thémis droit public, 1992, p. 305.

⁷⁸ Voir, en ce sens, J.-M. AUBY, art. préc., p. 14 ; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, coll. Droit public, 1983, pp. 221-222, n° 544-546 ; M. LETOURNEUR, « Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs », préc., p. 39 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis droit public, 4^e éd., 2011, p. 247 ; J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Application dans le temps », *J.-Cl. adm.*, fasc. 108-30, 2005, p. 7, n° 30. Certaines positions exprimées sur la question manquent parfois de rigueur. Ainsi, certains auteurs estiment que, de manière générale, c'est la date d'édiction qui constitue la « date-frontière » de la rétroactivité de l'acte administratif, tout en prenant le soin de préciser ultérieurement le rôle tenu par la publicité dans l'entrée en vigueur de celui-ci (J. MORAND-DEVILLER, *loc. cit.* ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 303). D'autres auteurs se contentent simplement d'indiquer que la rétroactivité consiste en l'antériorité des effets de l'acte à son intervention (J. WALINE, *Droit administratif*, préc., p. 410, n° 417).

⁷⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 1147, n° 1336 ; B. JEANNEAU thèse préc., pp. 93-94 ; M. LOMBARD et G. DUMONT, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 8^e éd., 2009, p. 246, n° 432 ; B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA*, 2004, n° 28, p. 1463, spéc. pp. 1467-1468 et « Acte administratif (II – Régime) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2010, p. 55, n° 392 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 394, n° 754. Voir également, R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 367 : la position de l'auteur témoigne d'une confusion sur cette question, dès lors qu'il se réfère indifféremment à l'une ou l'autre des conceptions évoquées.

notification. Dans cette conception, il convient donc de différencier la date d'entrée en vigueur « normale » de l'acte juridique, telle qu'elle résulte de l'application du régime gouvernant cette entrée en vigueur, et sa date d'entrée en vigueur « effective »⁸⁰.

20. Entre ces deux conceptions, un argument d'ordre logique permet de trancher en faveur de la seconde. Si l'entrée en vigueur correspond au moment à compter duquel l'acte juridique commence à produire son effet⁸¹, les deux éléments deviennent alors indissociables. En d'autres termes, un acte juridique ne peut produire d'effet qu'à la condition d'avoir été, au préalable, mis en vigueur. L'entrée en vigueur de l'acte juridique doit donc nécessairement précéder dans la chronologie la production de ses effets juridiques. Par suite, la première conception de la rétroactivité, qui la définit comme l'anticipation de la prise d'effet de l'acte juridique par rapport à la date de son entrée en vigueur, apparaît logiquement inadmissible. Les tenants de cette position ont ici confondu la conséquence – l'entrée en vigueur de l'acte juridique – avec sa cause – la publication ou la notification.

Néanmoins, il existe bien un lien entre ces éléments. L'acte juridique entre en vigueur normalement à la date à laquelle sont remplies les conditions posées à cette entrée en vigueur, lesquelles incluent souvent une mesure de publicité. Toutefois, cet ordre se trouve bouleversé dans le cas de la rétroactivité, puisque l'entrée en vigueur se produit avant que les conditions auxquelles elle est soumise soient toutes satisfaites. Il s'ensuit que la rétroactivité correspond bien à une mise en vigueur « effective » de l'acte juridique qui est anticipée par rapport à la date à laquelle il aurait dû « normalement » dû entrer en vigueur⁸².

De ce qui précède, il découle que la rétroactivité se définit comme la technique juridique par laquelle un acte juridique entre en vigueur de manière anticipée dans le temps. Parce qu'elle permet de fournir la « date-frontière », la notion d'entrée en vigueur est essentielle à une parfaite compréhension du concept de rétroactivité. Partant, l'étude de la rétroactivité doit nécessairement intégrer l'analyse du processus d'entrée en vigueur des actes juridiques, ainsi que de l'ensemble des régimes correspondants.

S'il paraît évident que la technique de rétroactivité porte sur l'efficacité juridique, encore faut-il préciser ce qu'il faut entendre par là.

2°) Le critère de l'efficacité de l'action sur le passé

21. Le second élément de définition de la rétroactivité tenant à l'efficacité de l'action sur le passé ne pose guère de difficulté, du moins en apparence. Il ne peut y avoir de rétroactivité qu'à la condition qu'un élément de l'ordonnement juridique, survenu dans le passé, soit affecté. En d'autres termes, la question de la rétroactivité se rapporte, à l'évidence, à la production d'un effet de droit, dont on a souhaité qu'il touche le passé. Les auteurs classiques envisagent ainsi la rétroactivité comme une « *efficacité renforcée* » attribuée à un acte juridique⁸³. La rétroactivité se définit alors comme la

⁸⁰ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, Les cours de droit, 1958-1959, pp. 232-233 ; G. ÉVEILLARD thèse préc., p. 62, n° 80 et p. 206, n° 278 ; J. PETIT, thèse préc., p. 100, n° 202.

⁸¹ Cf., outre les références citées à la note suivante, J.-M. AUBY, art. préc., p. 11 ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 259.

⁸² Sur l'ensemble de ces points, voir J. PETIT, thèse préc., pp. 95-96, n° 190-192 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 158, n° 271. Voir, dans le même sens, P. FLEURY-LEGROS, thèse préc., p. 52, n° 100 ; J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTDCiv.*, 1985, p. 277, spéc. p. 282.

⁸³ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 917. Pour J. Deprez, la rétroactivité constitue une technique d'opposabilité privilégiée qui consiste à reporter dans le passé l'efficacité d'un droit. Cette opposabilité renforcée permet d'attribuer un rang privilégié dans le classement chronologique des droits (J. DEPREZ, thèse préc., t. I, pp. 25-38 et p. 75).

technique permettant le report dans le passé d'un effet de droit. Ainsi précisé, le problème de la rétroactivité renvoie fondamentalement à celui de la normativité.

Or, si la plupart des auteurs s'accordent sur l'objet de la rétroactivité qu'est l'efficacité juridique, ils se séparent, en revanche, sur le contenu qu'il convient de lui attribuer. C'est dire que le double lien entre effet juridique et effet rétroactif, d'une part, et normativité et rétroactivité, d'autre part, n'est pas toujours établi avec clarté. L'exemple des actes juridiques qui se bornent à reconnaître ou à confirmer un état du droit préexistant, auxquels il est souvent associé un effet rétroactif, permet de prendre la mesure de cette double difficulté.

22. La doctrine classique limite le rôle des actes déclaratifs, constatatifs et confirmatifs à celui d'un simple « révélateur » d'un état du droit qui existait déjà⁸⁴. Ces actes ne font que « lever le voile » sur cet état du droit, qui a pu se trouver, un temps, occulté. Une telle manière de voir se retrouve également en matière d'interprétation et de nullité des actes juridiques. Dans une logique déclarative, la fonction de l'interprétation se résume à mettre à jour un sens caché, obscur, ou sujet à controverses, mais qui était, en tout état de cause, déjà contenu dans l'acte initial. L'acte interprétatif ne fait donc que révéler la signification que l'acte interprété est censé avoir toujours eu⁸⁵. De même, l'acte déclarant nul ou inexistant un acte antérieur n'est que le révélateur d'un état qui affecte ce dernier *ab initio*. L'acte entaché d'un vice d'une particulière gravité est censé n'avoir jamais existé. La déclaration de nullité ou d'inexistence se cantonne à divulguer un état préexistant de néant juridique⁸⁶. C'est également suivant une logique identique que l'activité du juge est traditionnellement présentée. Le rôle du juge se résume à « dire le droit », sans rien y ajouter, et, le cas échéant, à « découvrir » des principes qui sont réputés avoir, de tout temps, fait partie de l'ordre juridique français⁸⁷.

Dans toutes ces hypothèses, il est généralement admis que la rétroactivité constitue l'attribut naturel de ces différentes catégories d'actes. En effet, l'objet de ces actes est principalement tourné vers le passé, dès lors qu'ils se rapportent à d'autres actes juridiques qui les précèdent dans la chronologie. Toutefois, il semble paradoxal de soutenir que ces actes se bornent à constater un état naturel des choses qui a toujours existé, tout en affirmant, dans le même temps, qu'ils produiraient par là un effet rétroactif.

⁸⁴ F. LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 237, n° 167 ; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, éd. Rousseau, 1948, p. 14, n° 10 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 45, n° 13. Sur la distinction entre rétroactivité et déclarativité, voir O. DEBAT, thèse préc., pp. 14-15, n° 8. Voir également, J. CARBAJO, thèse préc., p. 94 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 503, n° 671.

⁸⁵ C. AUBRY et C. F. RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal et Billard, 5^e éd., 1897, t. I, § 30, p. 61, note 13 et p. 102 ; J. BARTHÉLÉMY, « De l'interprétation des lois par le législateur : à propos de l'interprétation de l'article 9 § 2 de la loi du 9 décembre 1905 par la loi du 4 avril 1908 », *RDJ*, 1908, n° 3, p. 456, spéc. p. 480 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 274, § 22 ; F. LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 366, n° 286 et également, p. 237, n° 167 ; M. A. MAILHER DE CHASSAT, *op. cit.*, t. I, p. 130. Pour un exposé, voir G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, Paris, éd. M. Giard, 3^e éd., 1925, rééd. Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2005 p. 168 et s.

⁸⁶ Cette idée est éclairée par l'adage « *quod nullum est nullum producit effectum* ». Voir L. ALCINDOR, *Des différentes espèces de nullité des actes administratifs*, préc. ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse dactyl. Dijon, 1909. Pour un exposé de cette position, voir O. DEBAT, thèse préc., p. 14, n° 7 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Droit public, 2003, p. 116, n° 99 et p. 127, n° 111.

⁸⁷ Cf., notamment, T. BONNEAU, thèse préc., p. 73 et s., n° 85 et s. et « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, chr., p. 24, n° 5 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, t. I, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 27^e éd., 2002, p. 285, n° 144 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007, pp. 47-48, n° 73 et p. 227, n° 438 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, éd. E. de Boccard, 3^e éd., 1927, p. 164, § 15 et *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, rééd. Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2003, pp. 416-317 ; J. ROCHE, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *AJDA*, 1962, n° 10, p. 532, spéc. p. 538 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Précis Dalloz, 8^e éd., 2009, p. 456, n° 532 ; P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP G*, 1959, 1467, n° 6 ; F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, p. 155.

N'étant pas censés modifier l'état du droit, ils ne sauraient entraîner, à proprement parler, un quelconque effet de droit. En toute logique, ils seraient donc incapables de développer un effet rétroactif. Raisonner autrement reviendrait, en effet, à accepter qu'il puisse y avoir effet rétroactif sans que l'ordonnancement juridique soit aucunement affecté, sans effet de droit. Si l'on admet l'absence de corrélation entre ces deux éléments, il faut se résoudre à en déduire que seul l'objet de l'acte juridique importe pour définir la rétroactivité. Tout acte entretenant un lien avec une situation passée serait ainsi susceptible d'être qualifié de rétroactif, alors même qu'il n'a aucune incidence sur le passé de l'ordonnancement juridique.

À l'inverse, si l'on retient cette corrélation, il faut considérer que seul l'acte juridique qui affecte le passé de l'ordonnancement juridique est susceptible de rétroagir. Mais il faut alors faire la part entre ce qui relève de la rétroactivité « véritable » et ce qui relève plutôt de l'apparence.

23. Il ne fait plus guère de doute, dans l'esprit de la doctrine contemporaine, que toutes ces catégories d'actes – qu'il s'agisse des actes prononçant la nullité d'autres actes, des actes interprétatifs, des jugements, de la jurisprudence, ainsi que des actes qui se bornent à reconnaître ou à confirmer un état du droit préexistant –, produisent bel et bien un véritable effet de droit, dont le mécanisme de la rétroactivité autorise le report dans le temps. Ce constat peut être fait pour une grande majorité d'entre eux, même s'il faut reconnaître que l'effet de droit qui doit parfois être attribué à certains reste relativement modeste⁸⁸. En revanche, il paraît beaucoup plus aventureux d'aller jusqu'à leur reconnaître un effet proprement normatif.

Outre la circonstance qu'il leur est, tout au plus, reconnu un effet limité sur l'ordonnancement juridique, ces actes réputés non modificateurs de l'état du droit sont habituellement exclus du champ de la norme juridique. Il ne s'agit pas ici de reprendre la définition la plus classique de la norme juridique qui renvoie, peu ou prou, à celle de la règle de droit, mais de se référer à celle, plus largement répandue dans la doctrine publiciste contemporaine, qui l'assimile plus généralement à la signification d'un acte de volonté⁸⁹. Or, cette acception de la norme juridique tend à exclure ce qui est de l'ordre de la description de ce qui est, pour ne retenir que ce qui relève de la prescription de ce qui doit être⁹⁰. Par exemple, un acte qui se borne à confirmer un état du droit préexistant ne fait que décrire ce qui existe, tandis qu'un acte qui déclare nul un acte existant prescrit ce qui doit être ou, plutôt, ce qui aurait dû être si la règle de droit avait été respectée. Si un effet rétroactif est reconnu à l'un comme à l'autre, seul le second produit un effet normatif.

Néanmoins, certains auteurs ont récemment pu démontrer que la normativité repose moins sur cette opposition entre prescription et description qu'elle ne réside dans l'impérativité⁹¹. La norme juridique constitue alors la signification de ce qui est prescrit par une autorité habilitée par l'ordre juridique. Cette conception sensiblement élargie de la norme juridique a le mérite de lier rétroactivité et normativité. En tant qu'ils *imposent* de tirer les conséquences qu'attache la règle de droit à leur

⁸⁸ Cf. l'ex. des dispositions interprétatives, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 287, n° 262 ; G. JÈZE, *op. cit.*, t. I, p. 170 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 247, n° 56. Sur l'ensemble de la question, voir J. PETIT, thèse préc., p. 339 et s. n° 704 et s. ; B. SEILLER, « Acte administratif (I - Identification) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2010, p. 32 et s., n° 217 et s. Pour les jugements et la jurisprudence, voir, en dernier lieu, F. MELLERAY, « Décision juridictionnelle et règle jurisprudentielle », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 35.

⁸⁹ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, 1979, rééd. Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 2. Sur ces différents points, voir O. PFERSMANN, « Norme », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 1079.

⁹⁰ Sur cette distinction, voir, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962, 2^e éd., p. 6 et *Théorie générale des normes*, préc., p. 125.

⁹¹ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 6^e éd., 2010, p. 38, n° 48 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 31, n° 212. Cet élément est déjà présent dans la doctrine de Kelsen (*ibid.*, p. 2).

intervention, les actes réputés reconnaître ou confirmer un état du droit préexistant peuvent se voir reconnaître un effet normatif. Parce que leur objet porte sur des situations ou des actes qui les précèdent nécessairement dans la chronologie, ces mêmes actes produisent, de plein droit, un effet rétroactif.

Par exemple, l'acte reconnaissant se borne à reconnaître un état du droit qui lui préexiste, si bien qu'il semble, à l'évidence, relever de la description. Pourtant, l'acte reconnaissant, en affirmant ce qui existe, n'en établit pas moins un certain état du droit. De fait, tant qu'il n'a pas été édicté, il est impossible de tirer les conséquences qu'attache la règle de droit à la reconnaissance du fait ou de la situation concernée⁹². En revanche, du moment que l'acte reconnaissant a été émis, l'effet de droit prévu par la règle se déclenche et ce, à compter du moment où la situation reconnue *a posteriori* est née. Toute la difficulté consiste alors à vérifier qu'une telle conséquence juridique est bien produite par l'acte reconnaissant, et plus largement par les actes réputés non modificatifs de l'ordonnement juridique, ce qui n'est pas toujours le cas. En effet, dans la négative, la rétroactivité qui est réputée découler de l'objet même de ces différentes catégories d'actes ne constitue guère plus qu'une apparence.

Des développements qui précèdent, il découle que le problème de la rétroactivité se rapporte à une question de normativité. Plus précisément, il ne saurait y avoir de rétroactivité que de la norme juridique. La précision des différents éléments qui composent le concept de rétroactivité ne réduit cependant qu'en partie les difficultés attachées à sa définition. En effet, l'action sur le passé des normes juridiques n'est pas uniforme, si bien que les contours de la notion sont susceptibles de variations.

B/ Les contours mouvants de la notion de rétroactivité

24. La définition de la rétroactivité proposée par la doctrine varie considérablement selon le système explicatif adopté pour apprécier l'application dans le temps des actes juridiques (1). Au fur et à mesure de l'évolution qu'a connue l'analyse doctrinale de la rétroactivité, les contours de la notion se sont élargis. La mesure de la complexité des rapports qu'entretient le droit avec le temps a conduit certains auteurs à distinguer plusieurs formes d'action sur le passé, de rétroactivité (2).

1°) Les différentes conceptions de la rétroactivité

25. L'étude de la rétroactivité repose sur plusieurs systèmes explicatifs qui ont en commun de proposer un ou plusieurs critères permettant de la différencier des autres types de rapports qu'entretiennent le droit et le temps. Toutefois, il convient de préciser que cette recherche n'a pas concerné spécifiquement le problème de la rétroactivité, mais plus largement celui des effets dans le temps des actes juridiques. C'est donc dans le cadre plus général de la construction d'un système explicatif de l'application dans le temps des actes juridiques, et en particulier des règles de droit écrites, que les réflexions doctrinales sur la notion de rétroactivité ont principalement pris place. Il s'ensuit que la conception de la rétroactivité a évolué au fur et à mesure du développement, en tant que discipline juridique, du droit transitoire⁹³. Historiquement, on peut distinguer trois systèmes explicatifs sur

⁹² Voir, en ce sens, B. SEILLER, fasc. préc., p. 32, n° 220.

⁹³ Sur ces différents points, voir J. PETIT, « Droit transitoire et terminologie », in G. DRAGO, D. LE PRADO, B. SEILLER et P. THÉRY (dir.), *Repenser le droit transitoire*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, p. 7.

lesquels se sont successivement appuyées les analyses doctrinales de la notion de rétroactivité. Elles sont principalement l'œuvre des auteurs de droit privé.

26. La doctrine des droits acquis ou la théorie de la non-rétroactivité. Les premiers jalons du droit transitoire ont été dégagés par la doctrine privatiste dominante au cours du XIX^{ème} siècle, à partir de l'interprétation de la règle de la non-rétroactivité de la loi posée par l'article 2 du code civil. Cette doctrine est d'inspiration libérale et individualiste. Elle vise à protéger, dans un système légicentriste, les droits subjectifs des individus contre les atteintes potentielles du législateur⁹⁴. Partant, la question de l'application de la loi dans le temps revient essentiellement à déterminer à quel moment de la chronologie le droit subjectif a été acquis. Si le droit subjectif est acquis au moment où la loi nouvelle intervient, celle-ci ne pourra léser celui-là sans produire par là un effet rétroactif. À l'inverse, si le droit subjectif n'est pas encore acquis à cette date, il n'est qu'une simple expectative que la loi nouvelle peut remettre en cause sans comporter un effet rétroactif. La rétroactivité se définit donc comme l'atteinte portée par la loi nouvelle à un droit acquis antérieurement à son entrée en vigueur. Outre le fait que sa portée se limite à la loi, au sens organique, la doctrine des droits acquis apparaît doublement critiquable.

D'abord, elle propose un système binaire qui ne rend compte que très grossièrement des différents modes d'action des actes juridiques dans le temps. En distinguant seulement entre la rétroactivité et la non-rétroactivité, la doctrine des droits acquis propose une représentation statique des rapports entre le droit et le temps. Le droit se résume à une succession d'instantanés créateurs, dont la localisation dans la chronologie suffit pour apprécier les effets dans le temps des actes juridiques. Il s'ensuit que la rétroactivité repose exclusivement sur la recherche de coordonnées chronologiques : l'instant acquisitif du droit et le moment où la loi nouvelle entre en vigueur. Dans une telle conception, la durée – c'est-à-dire la dimension temporelle que peuvent revêtir parfois les rapports juridiques – est totalement absente. C'est dire que la doctrine des droits acquis est impuissante à saisir, dans toutes leurs nuances, les différentes manières qu'ont les actes juridiques d'agir sur le passé. Celles-ci sont diluées au sein de la notion résiduelle de la non-rétroactivité.

Ensuite et corrélativement, le critère retenu pour isoler l'effet rétroactif de la loi s'avère particulièrement périlleux dans son maniement, principalement en raison des incertitudes qui pèsent sur la notion même de droits acquis. Cette insuffisance est bien connue et a été maintes fois dénoncée par la doctrine⁹⁵. En premier lieu, la théorie des droits acquis a pour inconvénient principal d'envisager toutes les situations juridiques sous la forme de droits subjectifs. Or, l'on sait que toute loi n'a pas exclusivement pour objet, en particulier en droit public, d'octroyer des droits subjectifs⁹⁶. En second lieu, la détermination, parmi les différentes catégories de droits subjectifs, de ceux qui présentent le caractère de droits susceptibles d'être acquis paraît particulièrement hasardeuse. Faute pour les tenants de cette théorie de fournir une définition claire de ce qu'est un droit acquis, il faut constater qu'elle varie

⁹⁴ C. AUBRY et C. F. RAU, *op. cit.*, t. I, § 30, p. 98 ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, Paris, Durand-Hachette, coll. Cours de Code Napoléon, t. 1, 2^e éd., 1869, p. 44, n° 40 ; F. LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 213 ; G. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. Critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives », *préc.*, p. 453. Pour un exposé, voir J. PETIT, thèse *préc.*, p. 3, n° 6 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 112, n° 26 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse *préc.*, p. 3, n° 4.

⁹⁵ T. BONNEAU, thèse *préc.*, p. 6, n° 5 ; P. FLEURY-LEGROS, thèse *préc.*, p. 7, n° 11 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 166 et s., n° 36 et s., C. YANNAKOPOULOS, thèse *préc.*, p. 4, n° 5.

⁹⁶ Cf. la démonstration des auteurs de l'époque, L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *préc.*, p. 224 et p. 586 et *Traité de droit constitutionnel*, *préc.*, t. II, p. 238, § 21 ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, rééd. Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 648 ; G. JÈZE, *op. cit.*, t. I, p. 10

considérablement d'un auteur à un autre. Au mieux, le droit acquis est entendu comme un droit irrévocable et qui, en tant que tel, ne peut plus être retiré à son titulaire, ce qui laisse une grande place à l'incertitude. En raison de l'indéterminabilité intrinsèque de la catégorie des droits acquis, les auteurs en sont réduits *in fine* à faire entrer sous ce pavillon tous les droits qui, selon eux, doivent être respectés par le législateur⁹⁷. C'est dire que le critère sur lequel repose la rétroactivité est emprunt d'une subjectivité patente. Sous le terme de droits acquis, ce sont en réalité des solutions de pure opportunité qui sont retenues, la doctrine ou la jurisprudence proclamant l'existence d'un droit acquis lorsqu'elle estime que la loi nouvelle ne doit pas s'appliquer. Sur ce point, la théorie des droits acquis est entachée d'un défaut logique imparable. L'existence d'un droit acquis n'est plus la raison de l'inapplicabilité de la loi au passé, mais sa conséquence⁹⁸.

En dépit des critiques dont elle a fait l'objet, la théorie des droits acquis demeure présente au moins dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁹. En revanche, elle est restée largement ignorée de la doctrine publiciste de l'époque¹⁰⁰. De son côté, la jurisprudence administrative n'a jamais fait sienne l'une ou l'autre des théories précédentes. Historiquement, la notion de droits acquis n'a d'abord été utilisée qu'en matière de recevabilité du recours pour excès de pouvoir¹⁰¹. Puis, elle a été amenée à jouer un certain rôle en matière d'application dans le temps des actes administratifs. La jurisprudence administrative a effectivement fait référence, en quelques occasions, à la notion de droits acquis en matière d'application du principe général de non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux, sans pour autant que l'on puisse en déduire que celle-là constitue le critère de mise en œuvre de celui-ci¹⁰². En réalité, la notion de droits acquis a principalement servi à l'élaboration par la jurisprudence administrative du régime du retrait et de l'abrogation de ceux-ci¹⁰³. Son rôle en droit transitoire est donc demeuré relativement marginal.

À cette époque, il n'y a guère que l'École de Bordeaux qui ait proposé pour le droit public une théorie de l'application dans le temps des actes juridiques, à partir des idées de Duguit.

27. La doctrine de Duguit, variante de la théorie de la non-rétroactivité. L'éminent auteur rejette tout subjectivisme juridique et, par conséquent, la théorie des droits acquis. Toutefois, le système que propose l'École de Bordeaux aboutit, au moins en partie, à des solutions approchantes de celles de la doctrine des droits acquis du point de vue du droit transitoire¹⁰⁴. Partant de la distinction

⁹⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 113, n° 26 et p. 168, n° 36.

⁹⁸ L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTDCiv.*, 1969, p. 405, spéc. p. 410, n° 5 ; J. PETIT, « Droit transitoire et terminologie », *préc.*, p. 13 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse *préc.*, p. 157, n° 270.

⁹⁹ Voir, en ce sens, T. BONNEAU, thèse *préc.*

¹⁰⁰ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 3^{ème} éd., 1885-1886 ; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Larose, 2^e éd., 1885-1886 ; T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Paris, Fontemoing, 7^e éd., 1897-1905 ; M. MACAREL, *Cours de droit administratif*, Paris, Thorel, 2^e éd., 1848 ; É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896. Pour un exposé, cf. J. PETIT, thèse *préc.*, p. 6, n° 13.

¹⁰¹ É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 532.

¹⁰² CE, 1^{er} août 1924, *Sieur Mattéi*, *Rec.*, p. 773 ; 26 juin 1968, *Société civile des immeubles Séré*, req. n° 65.790, *Rec.*, p. 403. Cf. également, de manière moins nette, CE, 17 juin 1927, *Union des sociétés coopératives de Savigny, Ballay, Liry, Quatre-Champs, Tages, Saint-Morel et Challerange*, *Rec.*, p. 686, *S.*, 1928, III, p. 102 ; Sect., 19 décembre 1980, *Revilod et autres*, req. n° 12.387, *Rec.*, p. 479, *D.*, 1981, J., p. 398, concl. B. GENEVOIS. Partant d'un examen partiel de la jurisprudence, certains auteurs considèrent, de façon contestable, que le juge administratif aurait fait de la notion de droit acquis le critère de la rétroactivité (cf., en ce sens, O. DUPEYROUX, thèse *préc.*, p. 110, n° 87 ; P. LEWALLE, thèse *préc.*, p. 171 et p. 184).

¹⁰³ CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, req. n° 74.010, *Rec.*, p. 790, *RD*, 1922, n° 5, p. 552, concl. R. RIVET, *S.*, 1925, III, p. 9, note M. HAURIU. Sur l'ensemble de ces points, voir C. YANNAKOPOULOS, thèse *préc.*, p. 5, n° 7.

¹⁰⁴ Par ex., le Doyen Roubier assimile les deux théories (P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 122, n° 27). Pour un exposé montrant les différences et les points communs entre les deux théories, cf. J. PETIT, thèse *préc.*, p. 7, n° 15.

fondamentale entre situations juridiques subjectives et situations juridiques objectives, la doctrine de Duguit repose principalement sur le couple rétroactivité – non-rétroactivité, à l’instar de la théorie précédente. En présence d’une situation juridique qualifiée de subjective, la loi nouvelle ne peut s’appliquer sans rétroactivité si la première précède la seconde dans la chronologie. À l’inverse, la loi nouvelle peut affecter les situations juridiques objectives antérieurement nées, sans revêtir par là un caractère rétroactif¹⁰⁵.

C’est donc toujours le contenu de la situation qui commande les solutions du droit transitoire et, en particulier, la notion de rétroactivité. Seulement, dans la théorie de Duguit, le système explicatif de la rétroactivité repose sur la nature de l’acte juridique – et non du droit conféré – qui est à l’origine de la situation concernée. Sur ce plan, il s’agit ni plus ni moins que de faire application de l’adage *tempus regit actum*¹⁰⁶. L’acte créateur d’une situation subjective, concrète et individuelle, devient intangible une fois édicté, si bien qu’un texte ultérieur ne peut, sans rétroagir, modifier son contenu ou ses effets. À l’inverse, l’acte créateur d’une situation objective, abstraite et générale, demeure mutable à tout moment. Cela signifie qu’un texte postérieur peut venir apporter des modifications ou mettre fin aux situations déjà nées, sans jamais emporter un quelconque effet rétroactif. On parvient donc à une situation dans laquelle il ne peut y avoir de rétroactivité qu’en cas d’atteinte faite à une situation juridique subjective¹⁰⁷. Alors que Duguit considérait qu’il existait une séparation étanche entre le droit objectif et les situations juridiques subjectives, les auteurs qui l’ont suivi ont montré qu’en réalité l’application de l’acte créateur d’une situation objective transforme cette dernière en situation juridique subjective.

Telle qu’elle se présente, la doctrine de Duguit constitue une étape intermédiaire entre la doctrine des droits acquis et celle défendue par le Doyen Roubier, en tant qu’elle porte en germe l’idée d’un effet immédiat produit par la règle de droit objectif¹⁰⁸.

28. La doctrine du Doyen Roubier ou la théorie de l’effet immédiat. Dans la première partie du XX^{ème} siècle, la doctrine des droits acquis été remise en cause par le Doyen Roubier, lequel a proposé un système concurrent du précédent et ayant vocation à le remplacer. La théorie développée par le Doyen Roubier réalise une double avancée par rapport à celle des droits acquis. D’un côté, la première affranchit l’étude de l’effet dans le temps des actes juridiques du préjugé d’ordre politique, la défense de l’individu face à l’État, qui caractérisait la seconde. De l’autre, la théorie du Doyen Roubier constitue techniquement une étape décisive dans le perfectionnement de l’analyse des effets dans le temps des actes juridiques et, partant, dans la définition de la notion de rétroactivité. De ce point de vue, l’apport des idées du Doyen Roubier est double.

D’abord, l’auteur s’efforce de préciser les différents concepts sur lesquels il entend faire désormais reposer l’étude du droit transitoire. À la notion de droits acquis, il substitue celle, plus

¹⁰⁵ Sur l’ensemble de ces points, voir L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, préc., p. 315, § 29 et t. II, préc., pp. 231-239, § 21. Voir, dans le même sens, G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, Paris, éd. M. Giard, 3^e éd., 1930, rééd. Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 108 et s.

¹⁰⁶ Outre les références déjà citées, voir L. DUGUIT, « L’acte administratif et l’acte juridictionnel », *RDP*, 1906, n° 4, p. 413, spéc. p. 455.

¹⁰⁷ Cf., en ce sens, P. DAMERVALLE, *La nature juridique de la créance de l’impôt*, Paris, éd. R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1937, p. 37, note 4 ; J. PETIT, thèse préc., p. 129, n° 266.

¹⁰⁸ Toutefois, le principe de l’effet immédiat se confond dans le principe de mutabilité de l’acte créateur d’une situation de droit objectif. Voir, L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 258, § 21 et G. JÈZE, *loc. cit.*

objective, de situation juridique¹⁰⁹. Cette notion se définit elle-même comme « *l'ensemble des droits et obligations dont une personne est titulaire en une certaine qualité* »¹¹⁰. Elle devient la donnée de base de l'analyse de l'action dans le temps de la loi. Le système binaire de la doctrine des droits acquis est remplacé par un système ternaire correspondant aux trois dimensions du temps : le passé, le présent et le futur. La catégorie résiduelle de la non-rétroactivité disparaît au profit de plusieurs solutions, de telle manière à rendre compte de la diversité des modes d'action de la loi dans le temps. L'effet immédiat de la loi nouvelle, c'est-à-dire son application dès le présent, constitue le principe¹¹¹, auquel il est apporté deux exceptions. L'effet rétroactif traduit l'action sur le passé de la loi nouvelle, tandis que la survie de la loi ancienne marque l'action dans l'avenir de la loi nouvelle.

Ensuite, la doctrine de Roubier entend mieux prendre en compte la dimension temporelle du droit. Le droit ne se limite pas à quelques instants créateurs, mais s'inscrit dans la durée. C'est donc à travers une représentation dynamique du temps que l'incidence de la loi nouvelle sur les situations juridiques va être examinée. Comme le souligne l'auteur, les « *situations juridiques ne se réalisent pas en général en un seul moment ; elles ont un développement dans le temps, de telle manière que la loi nouvelle peut intervenir à un certain moment de ce développement ; si elle atteint des parties antérieures, elle a un effet rétroactif ; si elle n'atteint, au contraire, que des parties postérieures, elle n'a qu'un effet immédiat* »¹¹². Pour rendre compte du développement dans le temps des situations juridiques, il est alors distingué entre deux phases : une phase dynamique qui correspond au moment où la situation se constitue ou s'éteint ; une phase statique au cours de laquelle la situation produit ses effets. Par exemple, la délivrance d'une autorisation d'occupation des sols puis, le cas échéant, sa péremption se rattachent à la première phase, tandis que la période au cours de laquelle le bénéficiaire réalise son opération de construction, c'est-à-dire met en œuvre les droits qu'il tient de l'autorisation administrative en même temps qu'il se soumet aux obligations que celle-ci lui impose, relève de la seconde.

À partir de ces éléments, la rétroactivité de la loi nouvelle intervient dans deux hypothèses. En présence d'une loi qui détermine les conditions de constitution ou d'extinction des situations juridiques, il y a rétroactivité lorsque la loi nouvelle modifie ces conditions pour les situations antérieurement constituées ou éteintes. Par exemple, une loi qui change les conditions d'octroi des autorisations d'occupation des sols qui ont déjà été délivrées au moment de son entrée en vigueur est rétroactive. En présence d'une loi qui détermine les effets des situations juridiques, il y a rétroactivité lorsque la loi nouvelle remet en cause ces effets pour la période antérieure à son entrée en vigueur. Ainsi, la loi qui modifie les droits et obligations des titulaires d'une autorisation d'occupation des sols pour la période antérieure à son entrée en vigueur est rétroactive. Dans le système proposé par Roubier, la définition de la rétroactivité repose donc sur un double critère : la notion de situation constituée et la prise en compte du moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

29. On rechercherait en vain les traces de l'adhésion d'un auteur de droit public aux idées professées par le Doyen Roubier, que ce soit à l'époque contemporaine de l'auteur ou ultérieurement. Tout au plus peut-on remarquer que la doctrine publiciste¹¹³, de même que la jurisprudence administrative¹¹⁴, se sont

¹⁰⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 181, n° 39.

¹¹⁰ J. PETIT, thèse préc., p. 4, n° 8.

¹¹¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 293, n° 63.

¹¹² P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 182, n° 39.

¹¹³ G. ÉVEILLARD, thèse préc. ; J. PETIT, thèse préc.

progressivement appropriées le vocabulaire employé par cet auteur. Toutefois, on ne saurait en inférer que l'une ou l'autre aurait entendu par là reprendre à son compte, dans son ensemble, le système proposé par le Doyen Roubier. D'un côté, la jurisprudence administrative semble avoir repris les différentes solutions de droit transitoire établies par l'auteur, sans pour autant adopter le même raisonnement¹¹⁵. En tout état de cause, celle-là n'a jamais manifesté son ralliement à la théorie échafaudée par celui-ci. De l'autre, la doctrine publiciste a fait de même, préférant s'orienter vers une analyse normative du droit transitoire, tout en conservant néanmoins la terminologie employée par Roubier¹¹⁶.

30. La doctrine de l'école de Caen ou l'analyse normative du droit transitoire. Au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, plusieurs auteurs de droit privé ont développé une analyse abstraite de l'action dans le temps des normes juridiques¹¹⁷.

Selon ces auteurs, il est possible d'établir un lien entre la structure interne des normes juridiques et la manière dont elles agissent dans le temps. Par exemple, la structure de la règle de droit comporte deux éléments distincts : le présupposé et l'effet juridique¹¹⁸. Dans le premier, la règle de droit envisage, de manière abstraite, un ou plusieurs faits ou actes juridiques. Dans le second, elle détermine les conséquences juridiques attachées à la réalisation du présupposé. Partant, pour apprécier l'action dans le temps de la règle de droit, il convient de partir de l'analyse de son présupposé pour situer dans le temps le moment où l'ensemble des éléments correspondant à celui-ci se sont produits.

Suivant ce raisonnement, la rétroactivité correspond à la situation dans laquelle tous les éléments entrant dans le présupposé se sont réalisés antérieurement à l'entrée en vigueur de la règle de droit sur l'axe du temps. En d'autres termes, il y aura rétroactivité chaque fois que la date de réalisation du présupposé précède dans la chronologie celle à laquelle la règle entre en vigueur. Par exemple, une règle consacrant un nouveau cas de responsabilité de la puissance publique sera rétroactive si elle atteint des faits dommageables qui sont survenus avant son entrée en vigueur. Il en va différemment lorsqu'une

¹¹⁴ CE, 29 juillet 1994, *Fédération des professeurs français résidant à l'étranger*, req. n° 147.467, 148.217, 148.226, 148.243 et 148.362, Rec., T., p. 773, *Dr. adm.*, 1994, n° 10, p. 3, obs. D. KESSLER ; Sect., 11 décembre 1998, *Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Angeli*, req. n° 170.717, Rec., p. 461, *CJEG*, 1999, n° 553, p. 134, concl. F. LAMY ; 21 février 2000, *Mme Couteau*, req. n° 183.844, Rec., p. 54, *RDSS*, 2000, n° 3, p. 583, note P. FOMBEUR ; Avis, 16 février 2004, *Association familiale Les papillons blancs de Denain et environs*, req. n° 261.652, Rec., T., p. 585 ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, req. n° 287.845, Rec., p. 541, *AJDA*, 2007, n° 7, p. 358, chr. F. LENICA et J. BOUCHER, *D.*, 2007, n° 12, p. 847, note O. BUI-XIAN, *RDP*, 2007, n° 2, p. 590, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2007, n° 1, p. 6, concl. M. GUYOMAR et n° 2, p. 275, note G. ÉVEILLARD, *RTDCiv.*, 2007, p. 72, note P. DEUMIER ; 13 juillet 2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, req. n° 313.386, Rec., T., p. 845, *AJDA*, 2008, n° 36, p. 2025 et *BJDU*, 2008, n° 4, p. 278, concl. A. COURRÈGES, *Environnement*, 2008, n° 10, p. 65, note D. GILLIG, *JCP A*, 2008, n° 41, act. 664, obs. M.-C. ROUAULT, *LPA*, 26 septembre 2008, n° 194, p. 10, note A. ZIANI, *RDI*, 2008, n° 9, p. 461, note P. SOLER-COUTEAUX.

¹¹⁵ Y. AGUILA, concl. sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, req. n° 288.460, 288.465, 288.474 et 288.485, Rec., p. 154, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 463 ; É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, req. n° 271.737 et 271.782, Rec., p. 116, *BJCP*, 2009, n° 65, p. 287 ; B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Reveillod et autres*, préc., *D.*, 1981, J., p. 398 ; M. GUYOMAR, concl. sur CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc., *RFDA*, 2007, n° 1, p. 6.

¹¹⁶ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 219, n° 295 ; J. PETIT, thèse préc., p. 93, n° 185 et art. préc., p. 14.

¹¹⁷ E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », préc., p. 405 et « Contribution à l'étude de la notion de rétroactivité de la loi », in *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1981, p. 47 ; P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, préc. ; J. HÉRON « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », préc. et *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et Théorie générale du droit, 1996.

¹¹⁸ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, t. 17, 1973, p. 36 et s., n° 50 et s. ; H. MOTULSKI, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948, rééd. Paris, Dalloz, 2002, p. 18, n° 16. Voir également, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 55 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 140 ; C. du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Paris-Neuchâtel, éd. Delachaux et Niestlé, 4^e éd., 1967, p. 89, n° 112.

partie seulement du présupposé s'est produite antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la règle de droit. Les différents éléments du présupposé se répartissent alors de part et d'autre de l'entrée en vigueur de la règle de droit. Alors même que la règle de droit affecte une partie du passé, la solution de la rétroactivité sera écartée au profit de celle de l'application immédiate, voire, dans certains cas, de celle de la survie de la règle ancienne¹¹⁹. Par exemple, une règle qui organise la procédure d'édiction d'une autorisation administrative peut prévoir plusieurs formalités à accomplir par le pétitionnaire. Dans le cas où une règle nouvelle viendrait ajouter une formalité supplémentaire à remplir, elle pourrait s'appliquer sans rétroactivité à l'ensemble des demandeurs qui n'ont accompli qu'une partie des formalités au moment de son entrée en vigueur.

Cette manière d'appréhender le problème de l'application dans le temps des actes juridiques comporte plusieurs avantages. D'abord, elle entend remédier à la part de subjectivisme qui était reprochée à la théorie du Doyen Roubier, à travers le recours à la notion de situation constituée. Ainsi le Doyen Bach estimait-il que la notion de situation constituée apparaît comme « *une notion parasite, comme l'était dans la théorie des droits acquis la notion de droits subjectifs, parce qu'elle se trouve placée, conventionnellement entre les normes législatives, c'est-à-dire les règles de conduite posées par le législateur, et l'interprète* »¹²⁰. Ensuite, elle permet d'élargir considérablement le champ de l'analyse de l'application dans le temps des actes juridiques. D'un côté, l'étude du droit transitoire s'est limitée, pendant longtemps, aux conflits de lois¹²¹ dans le temps et excluait, par conséquent, les autres catégories de règles¹²². De l'autre, l'analyse normative permet d'envisager également le mode d'action dans le temps d'autres catégories de normes juridiques, en particulier celui des prescriptions catégoriques et concrètes, et auquel les systèmes explicatifs précédents ne laissaient guère de place.

31. Pratiquée par une partie de la doctrine publiciste¹²³, l'analyse normative est, encore moins que les théories précédentes, présente en jurisprudence. Encore que les auteurs de droit public qui se sont inspirés de cette méthode d'analyse n'ont-ils pas pour autant renoncé, ne serait-ce que d'un point de vue formel, à la terminologie du Doyen Roubier.

32. Il résulte de ce qui précède que suivant le système explicatif adopté, la notion de rétroactivité n'aura pas la même signification, ni le même champ d'application. L'approfondissement qu'a connu l'analyse de l'action sur le passé des normes juridiques a, de surcroît, conduit à multiplier les catégories intermédiaires, faisant de la rétroactivité une notion polysémique.

2°) Les différentes formes d'action sur le passé

33. Au fur et à mesure de son approfondissement, l'analyse doctrinale de la rétroactivité s'est inéluctablement complexifiée. À la distinction binaire initiale entre non-rétroactivité et rétroactivité ont été progressivement ajoutées d'autres formes d'action sur le passé. La frontière entre passé et présent n'étant pas étanche et définitivement fixée, la diversité des situations juridiques, ainsi que leur

¹¹⁹ J. PETIT, art. préc., p. 15.

¹²⁰ E. L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », préc., pp. 422-423, n° 17 ; P. FLEURY-LEGROS, thèse préc., p. 9, n° 15. Voir, également, C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., pp. 298-305, n° 551-560.

¹²¹ Le terme « loi » ne renvoie pas ici au sens organique qui lui est habituellement attribué, c'est-à-dire comme désignant les actes adoptés par le Parlement, mais à son sens matériel, c'est-à-dire comme englobant toute règle de droit écrite.

¹²² Il en va ainsi, notamment, des règles jurisprudentielles. Voir, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 23, n° 7.

¹²³ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 199, n° 267 ; J. PETIT, thèse préc., p. 114, n° 231.

dimension temporelle, ne sont pas solubles dans le couple rétroactivité - non-rétroactivité et il est nécessaire de recourir à des notions intermédiaires pour la couvrir¹²⁴.

34. Au départ, suivant la vision statique de la chronologie adoptée par la doctrine des droits acquis, seules relevaient de la notion de rétroactivité les atteintes portées par la loi nouvelle aux situations nées dans le passé et qui étaient acquises ou qui avaient épuisé leurs effets au moment de son intervention.

35. À la faveur de la diffusion de la théorie du Doyen Roubier et du développement d'une vision dynamique de la chronologie, il a été admis par la suite qu'une partie du passé pouvait avoir encore prise sur le présent. C'est le résultat de la prise en compte de la durée dans le développement des situations juridiques que réalise la doctrine de l'effet immédiat. L'action normative peut ainsi affecter des situations nées dans le passé, mais qui ne sont ni acquises – ou plus justement constituées – ni éteintes au moment de l'intervention de la loi nouvelle. En d'autres termes, selon que la situation juridique est considérée comme appartenant totalement ou partiellement au passé, les effets développés par loi nouvelle sont susceptibles d'être ou non qualifiés de rétroactifs. C'est ainsi qu'à la notion de rétroactivité, au sens strict, s'est greffée celle de rétroactivité au sens large¹²⁵. À titre d'exemple, les juridictions de l'Union européenne ont elles-mêmes, très tôt, opéré cette distinction entre la rétroactivité au sens propre du terme, qualifiée de « rétroactivité véritable », selon les termes de l'avocat général Roemer, et qui affecte un acte entièrement accompli¹²⁶ et la rétroactivité au sens large ou rétroactivité matérielle ou « impropre », qui touche des situations non encore accomplies¹²⁷.

Si la règle nouvelle touche une situation en cours de constitution, il n'y aura que simple application immédiate, quand bien même une partie des faits qu'elle régit se sont produits dans le passé. En effet, les actes qui ont un effet immédiat peuvent régir des faits et actes antérieurs à leur intervention sans pour autant être considérés comme rétroactifs, dans la mesure où ils s'appliquent à des situations en cours de constitution¹²⁸.

La distinction entre effet rétroactif et effet immédiat reste cependant relative et parfois difficile à délimiter, notamment lorsque la situation juridique résulte de faits successifs, c'est-à-dire dans une hypothèse de dispersion de faits¹²⁹, ou continus, c'est-à-dire s'inscrivant dans la durée¹³⁰.

¹²⁴ La solution consistant à parvenir à un partage définitif entre la sphère de la rétroactivité et celle de la non-rétroactivité reste idéale. Voir, en ce sens, J. DEPRESZ, thèse préc., t. II, p. 589.

¹²⁵ Cf., en ce sens, P. DELVOLVÉ, « Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à M. WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 355, spéc. p. 361 et *op. cit.*, p. 220, n° 542.

¹²⁶ K. ROEMER, concl. sur CJCE, 4 juillet 1973, *Westzucker*, aff. 1/73, Rec., p. 723, spéc., p. 739 et s. Cf. également, CJCE, 14 mai 1975, *CNTA*, aff. 74/74, Rec., p. 547, att. 32.

¹²⁷ CJCE, 9 décembre 1965, *Maison Singer et fils*, aff. 44/65, Rec., p. 1191 ; 14 avril 1970, *Brock*, aff. 68/69, Rec., p. 171 ; 4 juillet 1973, *Westzucker*, préc. Sur cette question, voir M. A. LETEMENDIA, « La rétroactivité en droit communautaire », *Cah. dr. eur.*, 1977, n° 5-6, p. 518 ; F. LAMOUREUX, « *The retroactivity of Community acts in the case law of the Court of Justice* », *CMLR*, 1983, n° 2, p. 269, spéc. p. 271 et s.

¹²⁸ La constitution d'une situation juridique se définit comme « l'individualisation d'un effet de droit par suite de la réalisation des conditions dont une règle fait dépendre la création de cet effet » (J. PETIT, thèse préc., p. 113, n° 229).

¹²⁹ L'analyse de la position temporelle des faits ne pose pas de difficulté particulière dans les cas les plus simples, lorsqu'un seul fait est concerné ou lorsque plusieurs faits occupent la même place dans le temps. Il suffit que la survenance de ces faits intervienne avant l'intervention de l'acte rétroactif pour qu'il y ait rétroactivité. Par contre, elle devient complexe en cas de dispersion de faits dans le temps, c'est-à-dire lorsque plusieurs faits surviennent à des moments différents. Il en va ainsi des cas dans lesquels un acte s'applique à une série de faits qui appartiennent pour partie au présent et pour partie au passé. De même, alors qu'une partie des faits qui vont être affectés par l'acte nouveau se sont déjà produits, certains d'entre eux ne sont pas encore intervenus au moment de son édicton. L'acte qui vient modifier le droit applicable à ces faits ne pourra être tenu pour rétroactif au seul motif que son champ d'application effleure, d'une manière quelconque, le passé. Sur cette question, voir, notamment, P. FLEURY-LEGROS, thèse préc., p. 127, n° 280 ; J. HÉRON, art. préc., p. 304, n° 39 et *op. cit.*, p. 82, n° 89 ; J. PETIT, thèse préc., p. 415, n° 854.

36. Une distinction supplémentaire a été ultérieurement effectuée, cette fois par les tenants de l'École de Caen, entre la notion de rétroactivité et celle de rétrospectivité¹³¹, souvent utilisée en matière fiscale. Les dispositions rétrospectives prennent en compte des faits ou des actes antérieurs à leur survenance, mais régissent des situations juridiques qui ne sont pas entièrement fixées. Elles s'appliquent à un ensemble de faits ou d'actes qui se sont déjà réalisés, mais n'emportent pas de remise en cause des effets juridiques qui ont pu se développer dans le passé¹³². En d'autres termes, elles se situent à une étape intermédiaire entre le passé et le présent, si bien qu'il n'est pas toujours aisé de rattacher, avec une certitude suffisante, de telles dispositions à la rétroactivité ou à la non-rétroactivité. C'est dire qu'il n'existe pas de différence de nature entre la rétroactivité et la rétrospectivité, mais une différence de degré¹³³.

37. La complexification de l'analyse de la rétroactivité de la règle de droit a progressivement rendu la notion polysémique¹³⁴. En raison des multiples formes d'action sur le passé dont est capable la règle de droit, l'identification de la rétroactivité reste éminemment contingente et les contours de la notion difficilement déterminables. Toutefois, cette relativité, au demeurant inhérente à toute construction conceptuelle¹³⁵ que l'on confronte à la réalité matérielle des faits, ne remet pas en cause l'existence même de la notion de rétroactivité. Elle traduit davantage le fait que la rétroactivité n'est pas une technique agissant de façon uniforme. Elle est une notion complexe, dont le sens, la fonction et la portée varient selon chacune de ses applications¹³⁶.

Ce pluralisme se retrouve à nouveau lorsqu'est abordée, non plus la question de la définition de la rétroactivité, mais celle de la détermination de sa nature.

II – LA DOUBLE NATURE DE LA RETROACTIVITE

38. La nature de la rétroactivité est déterminée, au premier chef, par le facteur « temps »¹³⁷ dans sa relation avec la science juridique¹³⁸. En raison de la complexité des rapports qu'entretient la seconde

¹³⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 290, n° 62 : l'auteur parle de rétroactivité tempérée pour désigner les hypothèses dans lesquelles la loi nouvelle s'applique à des situations continues nées antérieurement à sa promulgation. Voir également, P.-A. CÔTÉ, art. préc., p. 219 ; J. HÉRON, art. préc., p. 322, n° 70 et *op. cit.*, p. 96, n° 103.

¹³¹ Voir, notamment, P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 247 et s., n° 567 et s. ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 99, n° 107.

¹³² J. HÉRON, *op. cit.*, p. 107, n° 117 ; P. FLEURY-LEGROS, thèse préc., p. 273, n° 573.

¹³³ Comp. J. HÉRON, *op. cit.*, p. 110, n° 119 et P. FLEURY-LEGROS, thèse préc., p. 283, n° 652.

¹³⁴ J. BECQUART, *Les mots à sens multiple en droit civil français*, Paris, PUF, 1928. L'auteur explique que la polysémie peut survenir lorsque certains mots ne signifient qu'une seule notion mais sur les caractères de laquelle les auteurs sont divisés (pp. 31-32). Les caractères sont différemment analysés et il en résulte une confusion réelle d'idées claires. Cela peut se produire, notamment, à l'occasion de l'analyse d'une idée complexe (p. 212, n° 126). Il en résulte qu'un vocable identique désigne des notions différentes. C'est ce qui semble s'être produit avec la notion de rétroactivité, compte tenu des différentes analyses dont elle a pu faire l'objet et la multiplication des notions intermédiaires.

¹³⁵ Voir, par, ex., C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 296 et s. ; R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, Sirey, 1952, p. 177, spéc. p. 196.

¹³⁶ G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997, p. 246, n° 256 ; R. JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *RTDCiv.*, 1948, p. 270, n° 1 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les fictions en droit privé », *Arch. phil. dr.*, t. 20, 1975, p. 273, spéc. pp. 282-283.

¹³⁷ Pour une position similaire, cf. C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 19, n° 23. Voir également, M. MERCIER, thèse préc., p. 8, n° 11.

¹³⁸ Certains auteurs avancent ainsi l'idée qu'il existe une temporalité propre au droit. Cette temporalité juridique correspond à la forme particulière que prend le temps lorsqu'il se trouve en rapport avec les divers phénomènes juridiques. Voir, F. OST, « Temporalité juridique », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ et E. Story-Scientia, 1988, p. 414 et s.

avec le premier, cette nature est difficile à établir. En effet, suivant la conception que l'on se fait de la relation du temps avec le droit, le procédé de la rétroactivité n'a pas la même signification. D'un côté, il peut être soutenu que le droit mesure le temps à l'aune de ses propres catégories, si bien qu'il peut tout à fait autoriser une négation de la chronologie. De l'autre, il peut être objecté que le droit ne saurait se détacher complètement de cette chronologie. Les événements tels qu'ils se sont produits ne sauraient être concrètement modifiés ou remplacés. Ils sont matériellement indestructibles. Selon l'une ou l'autre des perspectives adoptées, la nature de la rétroactivité change. Le plus souvent, elle doit être conçue comme une technique réelle de retraitement du passé au présent (A). Plus rarement, elle constitue une fiction portant sur le passé (B).

A/ Une technique réelle de retraitement du passé au présent

39. L'idée de retour en arrière que suggère celle de rétroactivité suppose nécessairement la remise en cause de ce qui s'est produit, du passé. Toutefois, cette action sur le passé n'a de réalité qu'au présent. Plus précisément, le mécanisme de la rétroaction consiste à modifier le passé au présent. Peu importe la forme que l'action sur le passé est susceptible de revêtir ou l'ampleur du changement opéré. L'essence même du procédé est la réévaluation du passé au présent. Comme le soulignait un auteur, « l'on n'imagine pas un acte réellement rétroactif, le passé échappe à l'emprise de notre volonté. Nous ne pouvons pas faire qu'il n'ait pas été ou qu'il ait été autrement qu'il fût. Il a, par cela même qu'il est passé, quelque chose d'irréversible, de définitif, qui s'oppose à ce qu'on puisse le remanier »¹³⁹.

L'impossibilité matérielle d'effacer le passé et de remonter le cours de la chronologie correspond à l'idée de *clôture modale*¹⁴⁰ du passé, avancée par M. Pfersmann¹⁴¹. Appliquant cette idée aux normes juridiques, l'auteur soutient qu'il existe une *clôture normative* du passé. S'il est possible d'édicter une norme relative à des faits et actes passés, ces événements sont irréversibles et leur signification pour le passé également. Il n'est pas possible de commander qu'un événement passé aura, au passé, une autre signification que celle qu'il a eue au moment où il s'est déroulé¹⁴². Par conséquent, les faits et actes survenus dans ce passé se révèlent être intangibles dans la réalité. Seule l'appréciation normative de ces actions passées pourra être modifiée¹⁴³, au présent.

L'ouverture du passé opérée par la rétroactivité n'est ainsi qu'indirecte et ne concerne que ses conséquences sur le présent. Ce qui est modifié par ce procédé ne le sera véritablement et effectivement que dans l'avenir. La rétroactivité ne signifie pas remise en l'état « matériel » antérieur des éléments appartenant au passé, mais remise en l'état « juridique ». Si donc la situation antérieure ne peut être modifiée matériellement, du moins peut-elle l'être indirectement, par équivalence¹⁴⁴. Pour s'en

¹³⁹ J. CHEVALLIER, *De l'effet déclaratif des conventions et des contrats*, Paris, Dalloz, 1932, p. 20. Voir également, J. DEPREZ, thèse préc., t. I, pp. 5-6.

¹⁴⁰ Il est fait référence ici à la théorie des modalités. Il s'agit d'une structure logique, appelée « carré d'Aristote », qui distingue entre le nécessaire, le possible, l'impossible et le contingent. Le possible est ce qui réalisé dans quelque temps (quelque fois oui). Le nécessaire est ce qui est réalisé en tout temps (toujours), à l'opposé de l'impossible, lequel ne se réalise jamais. Le contingent est ce qui ne se réalise pas dans quelque temps (quelque fois non). Voir, J.-L. GARDIES, *La logique du temps*, Paris, PUF, 1975, p. 24 et s.

¹⁴¹ O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ*, 1994, n° 1, p. 235, note 26. Cf., notamment, J.-L. GARDIES, *op. cit.*, p. 41 et s. L'auteur raisonne à partir des différents domaines de validité des normes, en particulier leur domaine temporel. Voir, dans le même sens, E. CARTIER, thèse préc., p. 6 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., pp. 17-18.

¹⁴² O. PFERSMANN, art. préc., p. 237.

¹⁴³ O. PFERSMANN, art. préc., p. 238. L'auteur parle de modification de l'appréciation normative de l'action passé par la norme rétroactive, laquelle impose une nouvelle signification à celle-ci.

¹⁴⁴ J. DEPREZ, *op. cit.*, t. I, pp. 184-185.

convaincre, il suffit de suivre le raisonnement développé par Eisenmann. S'interrogeant sur les conséquences de l'annulation d'une norme irrégulière, l'auteur relevait que celle-ci « *a régi des conduites un temps. Aucun mécanisme juridique n'y peut rien. Ce qui est seulement vrai, c'est qu'il pourra intervenir des mesures rétablissant la situation qui aurait existé si la norme irrégulière n'avait pas été posée* »¹⁴⁵.

La remarque d'Eisenmann met également en exergue la particularité de la rétroaction, du processus rétroactif. Il s'agit d'organiser un cadre juridique dans le présent permettant de réévaluer le passé. Un acte produira des conséquences juridiques différentes de celles qui en ont découlé auparavant. De même, un fait se verra attribuer des conséquences différentes de celles que le droit lui avait antérieurement assignées.

Dès lors que la réalité de l'écoulement du temps n'est pas contredite, la rétroactivité n'est pas une simple construction de l'esprit, mais une technique concrète d'évaluation du passé. Elle consiste à procéder à un « re-traitement juridique »¹⁴⁶ de ce passé au présent. Cela signifie qu'elle affecte non pas l'existence matérielle des faits et actes survenus dans le passé, mais les conséquences que le droit leur a attachées. Le droit peut traiter ces faits et actes différemment, leur faire produire des conséquences différentes, mais il ne peut les remettre en cause réellement. Il ne fait que leur imposer, au présent et à l'avenir, une signification nouvelle¹⁴⁷. C'est dire que la rétroactivité consiste à opérer une qualification juridique nouvelle de faits et actes survenus dans le passé, en vue de leur attacher des conséquences juridiques nouvelles.

Énoncée au présent, la rétroactivité prête aux faits du passé des conséquences qu'ils n'avaient pas. Elle offre ainsi un cadre juridique dans lequel ces conséquences juridiques vont pouvoir être retraitées et modifiées pour l'avenir. La logique de la rétroactivité peut alors être présentée en deux propositions : « *d'une part, la possibilité de réexaminer la valeur juridique d'actes ou de droits passés, et d'autre part, l'impossibilité de revenir sur leur existence matérielle, ce qui contraint éventuellement à des mesures nouvelles, pour faire concorder la nouvelle réalité juridique résultant de l'examen rétrospectif* »¹⁴⁸.

À l'inverse, lorsque la réalité de la chronologique est contredite, la rétroactivité devient une fiction au moyen de laquelle un passé est substitué à un autre.

B/ Une technique fictive de substitution du passé

¹⁴⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Cours de doctorat, Paris, Faculté de droit, dactyl., 1958-1959, pp. 190-191. Cf., également, P. WEIL, thèse préc., p. 165 et s.

¹⁴⁶ Par ex., R. Demogue disait ainsi de l'acte rétroactif qu'il n'agit dans le passé « *non pas en ce sens qu'il remonte le cours des temps, mais il produit dans l'avenir des conséquences telles qu'un acte qui, pendant un certain temps, était considéré comme régulier, ayant des conséquences juridiques, est traité désormais comme un fait illicite ou non avenu* » (R. DEMOGUE, art. préc., p. 163). Voir, également, Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 43, 1963, p. 159 ; A. GALLET, thèse préc., p. 115 ; S. MERCOLI, thèse préc., p. 22.

¹⁴⁷ La rétroactivité supprime ainsi les options nées des différentes propositions modales qui s'appliquaient dans le passé pour n'en retenir qu'une. Comp. O. PFERSMANN, art. préc. et J.-L. GARDIES, *op. cit.* Sur cette question, voir M. MERCIER, thèse préc., p. 19, n° 24.

¹⁴⁸ P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à P. KAYSER*, t. II, PUAM, 1979, p. 1, spéc. p. 47. Voir, dans le même sens, J. HÉRON, *op. cit.*, p. 30, n° 25.

40. Pour un certain nombre d'auteurs, la rétroactivité se présente comme l'archétype même de la fiction¹⁴⁹.

La fiction est un procédé de logique juridique destiné à rendre compte de certains effets de droit et fondé sur une méconnaissance volontaire de la réalité¹⁵⁰. La fiction de rétroactivité se définit alors comme la supposition qu'un acte a développé des effets de droit pour une période antérieure à sa naissance. Il s'agit donc d'une fiction portant sur le temps, d'une fiction chronologique¹⁵¹. Plus précisément, par le jeu de la fiction, il y a report dans le passé des effets d'un acte juridique. Mme Costa la qualifie de « *fiction translative dans le temps* »¹⁵². À en croire ces auteurs, il y aurait quelque alchimie à l'œuvre dans le procédé de la rétroactivité. Celle-ci, par un « *coup de baguette magique* »¹⁵³, autorise une rupture radicale entre le droit et la réalité du temps, que seul le recours à la fiction serait susceptible d'expliquer.

Cette manière de concevoir la nature de la rétroactivité est néanmoins difficilement acceptable, notamment parce que la fiction n'est pas elle-même un concept univoque. Elle peut être entendue de deux manières : soit elle est contraire à la vérité lorsqu'elle se rapproche du mensonge, soit elle signifie une construction abstraite sans nul rapport avec la réalité¹⁵⁴. C'est suivant cette seconde acception de la fiction que la rétroactivité est appréhendée. Elle traduit alors l'idée d'un divorce entre le droit et la réalité, celle de l'écoulement du temps.

C'est précisément là que réside toute la difficulté du recours à la fiction pour décrire la manière dont opère la rétroactivité, dès lors qu'il est nécessaire de préciser, au préalable, la réalité qu'elle prétend méconnaître¹⁵⁵. La réalité « matérielle », c'est-à-dire la réalité perçue à l'extérieur de la sphère juridique¹⁵⁶ s'oppose classiquement à la réalité « juridique », laquelle renvoie à la réalité telle qu'elle est saisie par le droit¹⁵⁷.

Si la réalité « matérielle » est prise en compte, la fiction de rétroactivité prétend modifier la chronologie et, de ce fait, contredire l'ordre immuable et irréversible du temps objectif¹⁵⁸. À l'inverse, si c'est la réalité « juridique » qui est cette fois considérée la rétroactivité n'est pas une fiction, comme en atteste, par exemple, la notion de nullité.

¹⁴⁹ D. COSTA, thèse préc., p. 222 ; O. DEBAT, thèse préc., p. 8, n° 5 ; J.-J. ISRAEL, thèse préc., p. 19 ; R. JAMBU-MERLIN, art. préc., p. 270, n° 1 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 309 ; M. MERCIER, thèse préc., p. 8, n° 11 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, art. préc., pp. 282-283, n° 14 ; G. WICKER, art. préc., p. 246, n° 256.

¹⁵⁰ A. GALLET, thèse préc., p. 2 ; R. HOUIN, rapport in Travaux de l'association H. CAPITANT pour la culture juridique française, *Le problème des fictions en droit civil*, Journées de Droit civil de Liège des 24 et 25 novembre 1947, t. 3, Paris, Dalloz, 1948, p. 242 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., p. 454.

¹⁵¹ A. GALLET, thèse préc., p. 7.

¹⁵² La rétroactivité est une « *fiction juridique endogène qui feint que ce qui ne s'est pas passé s'est réalisé et ce qui s'est réalisé n'est pas survenu. La fiction endogène opère une translation dans le temps* » (D. COSTA, *loc. cit.*). D'autres auteurs la désignent plus justement comme contenant une fiction de préexistence de la loi (J. PETIT, thèse préc., 2002 p. 97, n° 195 et P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 10, n° 3).

¹⁵³ D. GUTMAN, art. préc., p. 1473.

¹⁵⁴ D. COSTA, thèse préc., p. 34. Voir également, M. MERCIER, thèse préc., p. 9, n° 12 ; S. MERCOLI, thèse préc., pp. 19-20.

¹⁵⁵ D. COSTA, thèse préc., p. 33 et 36.

¹⁵⁶ Il serait vain de prendre en compte la réalité naturelle, c'est-à-dire la réalité brute livrée par les faits. Compte tenu de ce que le droit, comme tout système scientifique, a recours à des conceptualisations et des abstractions, sa confrontation avec la réalité proprement matérielle ne peut conduire qu'à le concevoir comme un tissu de fictions. Certains auteurs définissent le droit comme un « *discours performatif, un tissu de fictions opératoires qui disent le sens et la valeur de la vie en société* » (F. OST, *op. cit.*, p. 13 ; D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, éd. O. Jacob, 1997, p. 181). Dès lors, il devient plus pertinent d'entendre la réalité matérielle comme celle qui est appréhendée en dehors de la sphère juridique. Cette « réalité ajuridique » renvoie alors à la réalité sociale, naturelle, rationnelle, etc.... (cf., en ce sens, D. COSTA, thèse préc., p. 64 et 92).

¹⁵⁷ R. HOUIN, rapp. préc., p. 248.

¹⁵⁸ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *loc. cit.*

Dans sa conception classique, la nullité est destinée à rétablir la réalité tenant à ce qu'un acte nul ne peut exister juridiquement¹⁵⁹, alors même que celui-ci a pu, un temps, matériellement emporter certaines conséquences. C'est dire que la rétroactivité peut parfois correspondre à une fonction de la pensée par laquelle il est tenté de trouver ou de retrouver la signification des choses et leur qualité¹⁶⁰, conformément à la conception bergsonienne du mouvement rétrograde de la pensée¹⁶¹. Cette idée a été développée, notamment, par M. Hébraud qui considère que « *les événements, au moment où ils se produisent ne révèlent qu'une partie d'eux-mêmes ; l'idée que l'on s'en fait est, par conséquent, fautive par inexactitude ou insuffisance ; ils s'éclairent les uns les autres ou par leur descendance. La rétroactivité est l'âme de ce passé revécu, qui, loin d'être une fiction, est la reconquête de la vérité* »¹⁶².

41. La rétroactivité est une fiction uniquement lorsqu'elle provoque une « *fautive qualification des faits* »¹⁶³, c'est-à-dire lorsque le droit ignore volontairement les faits et actes du passé pour les remplacer par d'autres. En d'autres termes, le droit « fait comme si » certains faits et actes ne s'étaient pas concrètement produits. La rétroactivité constitue donc une fiction seulement lorsqu'elle contrarie l'indestructibilité matérielle des faits accomplis dans le passé pour construire juridiquement un passé qui n'a jamais existé. Il y a alors véritable substitution d'un passé à un autre¹⁶⁴.

À titre d'exemple, la reconstitution de la carrière d'un fonctionnaire qui fait suite à une annulation contentieuse peut, dans certains cas, aboutir à un tel résultat. Comme l'a montré M. Weil dans sa thèse, le juge administratif adopte, à cette occasion, un raisonnement en « uchronie » afin de restituer rétroactivement les avantages et obligations de carrière qui auraient été ceux du fonctionnaire s'il n'avait pas été l'objet de la mesure annulée. Une partie de cette opération de reconstruction de la situation juridique du fonctionnaire implique de lui faire passer fictivement les divers postes qu'il aurait occupés l'un après l'autre s'il avait été maintenu en fonctions, ainsi qu'à lui accorder les droits et obligations correspondants¹⁶⁵.

42. Des développements précédents il ressort que la rétroactivité ne contredit que rarement la réalité du temps. Partant, elle ne constitue une fiction que de manière tout à fait résiduelle. Dans la grande majorité des cas, la réalité du temps n'est pas méconnue, dès lors que seules les conséquences juridiques du passé font l'objet d'une révision au présent. Il n'en reste pas moins que la rétroactivité présente, d'un point de vue théorique, une nature plurielle. C'est un même pluralisme qui doit être constaté lorsqu'est envisagée la concrétisation de la rétroactivité en droit public positif.

¹⁵⁹ Lorsque la nullité d'un acte est constatée, le principe est que cet acte est censé n'avoir jamais existé, alors même que celui-ci a matériellement et réellement vécu. Il a pu développer des effets de droit et recevoir une certaine exécution sur lesquels la rétroactivité a précisément pour but de revenir. Il n'en est cependant pas moins vrai que l'acte était entaché d'un vice *ab initio* qui l'empêchait d'exister. La prise en compte de la réalité dans son intégralité conduit ainsi à conclure à l'absence de caractère fictif en raison de la nécessité logique d'une telle sanction. Dans pareil cas, J. Dabin affirme que la rétroactivité s'impose au juriste comme une « *conclusion du donné naturel, conclusion à laquelle il ne saurait se soustraire sans artifice et même sans fiction* ». Et de poursuivre, la « *fiction serait donc plutôt du côté des solutions de non-rétroactivité totale ou partielle* » (J. DABIN, *La technique d'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935, p. 275).

¹⁶⁰ C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 398, n° 764. Voir, dans le même sens F. OST, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶¹ H. BERGSON, *La Pensée et le mouvement*, préc., p. 14.

¹⁶² P. HÉBRAUD, art. préc., p. 48.

¹⁶³ C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable, Essai de synthèse », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, 1984, p. 365.

¹⁶⁴ Voir, O. DEBAT, thèse préc., p. 13, n° 7.

¹⁶⁵ P. WEIL, thèse préc., p. 237 et s. Voir également, J. CARBAJO, thèse préc., p. 81 et s. ; D. COSTA, thèse préc., p. 359 et s. ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 243 et s., n° 215 et s.

§ 2 : La réalité plurielle de la rétroactivité dans le droit public positif

43. Un constat s'impose, celui de l'absence de ligne directrice gouvernant de manière générale l'utilisation du procédé de la rétroactivité en droit public. On rechercherait en vain un texte ou un principe régissant, de manière positive et globale, l'emploi de la rétroactivité en cette matière.

De fait, la plupart des hypothèses de rétroactivité se sont développées en dehors de tout fondement textuel, en vue de répondre à des besoins spécifiques. Il en découle que les hypothèses de rétroactivité poursuivent souvent des finalités autonomes les unes des autres¹⁶⁶. Par exemple, il n'y a rien de commun entre la rétroactivité de la règle répressive de fond plus douce et celle attachée au prononcé d'une annulation juridictionnelle ou administrative. Dans certains cas, l'absence de rationalisation de l'emploi de la rétroactivité a conduit à une multiplication anarchique de ces cas d'application. Telle est, par exemple, la situation en matière d'actes administratifs unilatéraux. La jurisprudence administrative a consenti un nombre croissant de dérogations au principe de non-rétroactivité, qui sont autant d'hypothèses ponctuelles et autonomes de rétroactivité de la décision administrative¹⁶⁷. On peut même ajouter que la portée même de certains de ces cas de rétroactivité administrative prête parfois à discussion¹⁶⁸.

Le pluralisme du phénomène en droit positif se manifeste à un double point de vue. Les rapports entre le procédé et les autorités publiques sont hétérogènes (I). Les emplois que celles-ci font de celui-là sont divers (II).

I – L'HETEROGENEITE DES RAPPORTS DE LA RETROACTIVITE AVEC LES AUTORITES PUBLIQUES

44. Les acteurs du droit public ne situent pas tous dans la même perspective vis-à-vis du passé. Cette différence de positionnement explique que le droit positif ne leur reconnaisse pas la même faculté de retraiter au présent les conséquences juridiques du passé.

45. Chaque pouvoir constitutif de l'État¹⁶⁹ – ou pour utiliser une expression plus contemporaine –, chaque autorité publique évolue dans un « espace-temps » qui lui est propre. Comme l'a notamment montré Husserl, chacune d'elles s'inscrit spécifiquement dans une des trois dimensions du temps¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Un même constat est fait par les auteurs de droit privé. Ainsi R. Jambu-Merlin remarquait-il que « l'analyse de la rétroactivité et de ses sources n'est pas de nature à fournir des conclusions suffisamment précises. Chaque cas de rétroactivité conserve ses buts autonomes, qui s'opposent à une construction d'ensemble » (R. JAMBU-MERLIN, art. préc., p. 273, n° 3).

¹⁶⁷ Cf. l'inventaire régulièrement dressé par la doctrine, J.-M. AUBY, art. préc., p. 43 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 73 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 191, n° 170 ; J. PETIT, thèse préc., p. 229, n° 486 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 47 ; J. PUISOYE, art. préc., p. 48.

¹⁶⁸ C'est le cas notamment de la réglementation des campagnes agricoles, de la caducité des ordonnances ou des actes recognitifs, dont font partie les actes confirmatifs et les rectificatifs. Voir, notamment, J. CARBAJO, thèse préc., p. 95 et 176 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 272, n° 244 et p. 291, n° 266 ; J. PETIT, thèse préc., p. 350 et s., n° 351 et s.

¹⁶⁹ Le droit public est classiquement conçu comme cette partie du droit qui règle l'organisation, le fonctionnement et l'activité de l'État et de ses organes (cf., en ce sens, R. BONNARD, *Précis de droit public*, Paris, Sirey, 4^e éd., 1938, p. 11 et s. et *Précis de droit public*, Paris, Sirey, 7^e éd., 1946, p. 1 ; D. TRUCHET, *Le droit public*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 2010, p. 1).

¹⁷⁰ G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, Frankfurt am Main, 1955, cité par F. OST, *op. cit.*, p. 123. Voir, également, F. OST et M. van de KERCHOVE, « Pluralisme temporel et changements. Les jeux du droit », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommages à F. RIGAUX*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 389 ; F. OST, art. préc., in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 415.

D'abord, l'exécutif agit dans le présent et l'Administration applique le droit en vigueur. Son temps est celui de l'instantané¹⁷¹. Ainsi, son action est principalement orientée vers le présent et l'avenir. Cette représentation trouve sa traduction juridique dans la règle de non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux. En tant que principe général du droit¹⁷², la prohibition de la rétroactivité constitue une règle de validité qui borne le champ d'action dans le temps de l'ensemble des autorités administratives. En d'autres termes, il est fait interdiction à l'Administration d'agir unilatéralement sur le passé. Son action doit, en principe, se limiter au présent et à l'avenir. Il s'agit là d'une véritable spécificité du droit public transitoire, sans équivalent dans les autres branches du droit¹⁷³.

Ensuite, le passé est, à l'inverse, le domaine naturel du juge. Comme le rappelait Portalis, « *il est de nature des jugements de régler le passé, parce qu'ils ne peuvent intervenir que sur des actions ouvertes, et sur des faits auxquels ils appliquent les lois existantes* »¹⁷⁴. Ainsi, parce que le juge statue nécessairement sur des situations qui se sont formées antérieurement à son intervention, son action est principalement tournée vers le passé. Il est habituel d'affirmer que la rétroactivité est inhérente à la fonction de juger, même si certaines conséquences du jugement sont susceptibles de se prolonger dans le présent ou de ne concerner que lui. L'orientation de la mission principale du juge exerce une influence déterminante sur celle, plus occasionnelle, qui le fait participer à la création des règles du droit positif¹⁷⁵. Au titre de sa mission jurisprudentielle, le juge est parfois conduit à dégager un principe nouveau qui sera appliqué à l'ensemble des situations sujettes à litige, indépendamment de la date à laquelle elles sont nées. Comme le remarquait le Doyen Rivero, « *la technique d'édition de la règle juridictionnelle, qui lie formulation de la règle et application à l'espèce, le condamne à la rétroactivité* »¹⁷⁶. Aussi est-il également fréquent de relever que la rétroactivité constitue une des caractéristiques essentielles de la jurisprudence¹⁷⁷.

Enfin, le temps du législateur est celui du futur. Il lui appartient, au nom de l'intérêt général, de modeler et de modifier, par les règles générales qu'il pose, les comportements sociaux. La technique même d'énonciation de la règle de droit implique cette projection dans l'avenir. Le rapport au temps du législateur est donc plus complexe, partagé entre l'instantané et la durée. M. Ost évoque, à son propos, l'expression de temps prométhéen¹⁷⁸, consistant en « *un temps conscient, volontaire même, maîtrisé par la raison en vue de la réalisation d'objectifs déterminés* »¹⁷⁹. Si son œuvre est principalement tendue vers l'avenir, le législateur souverain bénéficie, en réalité, d'une grande latitude pour agir dans le présent, comme dans le passé. Il est même le seul à disposer du pouvoir de fixer *a priori* le champ de son action temporelle. Il lui est donc loisible de revenir sur le passé des situations juridiques, même si ce

¹⁷¹ F. OST, *Le temps et le droit*, préc., p. 126 ; F. OST et M. van de KERCHOVE, art. préc., p. 391.

¹⁷² CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, req. n° 94.511, Rec., p. 289, *GAJA* n° 60, *D.*, 1948, J., p. 437, note M. WALINE, *Gaz. Pal.*, 1948, 2, p. 7 et *S.* 1948, III, p. 69, concl. M. LETOURNEUR, *JCP G*, 1948, II, 4427, note A. MESTRE.

¹⁷³ J. PETIT, thèse préc., p. 611, n° 1242.

¹⁷⁴ J.-É.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, coll. des Publications du Centre de Philosophie du Droit, 1988, p. 72. Cf., dans le même sens, J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, I, p. 15.

¹⁷⁵ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 108, 1972, p. 11.

¹⁷⁶ J. RIVERO, art. préc., p. 16.

¹⁷⁷ Y. GAUDEMET, *loc. cit.* On peut noter, à titre incident, que cette jurisprudence se caractérise également par la durée et la répétition. Son temps est celui de la longue durée (F. OST, *op. cit.*, p. 128 ; F. OST et M. van de KERCHOVE, art. préc., p. 392).

¹⁷⁸ Dans la mythologie grecque, le mythe de Prométhée est lié à l'apport de la connaissance aux hommes et inaugure l'Histoire qui marche au rythme des progrès de la raison humaine. Ce dernier était un Titan qui, pour avoir donné le feu aux hommes, et leur avoir enseigné la métallurgie et d'autres arts, encourut le courroux de Zeus.

¹⁷⁹ F. OST, *op. cit.*, p. 130 ; F. OST et M. van de KERCHOVE, art. préc., p. 393.

n'est pas là son office naturel¹⁸⁰. Cette liberté reconnue au législateur se concrétise à travers l'absence de portée contraignante à son égard du principe de non-rétroactivité de la loi consacré par l'article 2 du code civil, ainsi que par l'absence de consécration d'une règle ou d'un principe de rang constitutionnel s'opposant à l'action sur le passé de la loi en dehors de la matière pénale.

46. Cette présentation rapide montre, s'il en était besoin, que les autorités publiques n'entretiennent pas un rapport identique avec le passé dans l'exercice de leurs fonctions¹⁸¹. Plusieurs éléments viennent conforter cette première impression.

47. D'abord, l'action normative du législateur et de l'autorité administrative apparaît essentiellement réfractaire à la rétroactivité. Le propre de la règle de droit est de régler, à l'avance et pour l'avenir, les comportements des sujets de droit. Ce faisant, il revient à la règle de droit d'assurer à ses destinataires une certaine prévisibilité du droit applicable, ainsi qu'une certaine stabilité de leur situation. Or, la règle écrite qui rétroagit faillit à garantir aux sujets de droit ce besoin fondamental de sécurité. Comme le relevait à nouveau Portalis, « *Partout où la rétroactivité des lois serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même* » et d'ajouter « *Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure* »¹⁸². D'un point de vue logique, il y a, de surcroît, une part d'absurdité dans la volonté de l'autorité normative de régir des comportements qui ont déjà été adoptés¹⁸³. Cette incompatibilité essentielle entre la création des règles de droit et l'action sur le passé a une incidence sur les caractéristiques intrinsèques de la norme juridique. Elle provoque une anomalie structurelle qui altère la nature de la règle de droit. Parce qu'elle s'adresse à un cercle de personnes qui ont, par hypothèse, agi avant son édicition, la règle rétroactive perd son caractère abstrait et général. En d'autres termes, la règle rétroactive n'est plus, à strictement parler, une règle de droit¹⁸⁴. Compte tenu de ces différents éléments, il apparaît contre-nature de légiférer ou de réglementer pour le passé.

À l'inverse, la rétroactivité est un phénomène naturel pour le juge¹⁸⁵, dès lors qu'il statue principalement sur des actions passées. Agir sur le passé est donc intimement lié à l'exercice de sa mission juridictionnelle qui est de trancher des litiges déjà nés. Il lui appartient, en effet, d'établir la règle de droit qui aurait dû être respectée au moment où les justiciables ont agi et, le cas échéant, de rétablir le respect de la règle qui a été méconnue par eux. Par construction, la décision du juge étendra ses effets sur le passé de l'ordonnancement juridique. Un même constat peut être établi, quoique pour une raison différente, s'agissant cette fois de l'exercice par le juge de sa mission jurisprudentielle. Le juge n'a pas d'autre occasion de formuler un principe jurisprudentiel nouveau ou de lui apporter des modifications qu'au moment où il tranche un litige. Dès lors que sa mission principale consiste à faire application de la règle de droit à des situations déjà nées, le juge n'a d'autre choix que d'appliquer

¹⁸⁰ Sur cette idée, voir J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 71 : « *L'office des lois est de régler l'avenir. Le passé n'est plus en leur pouvoir* ».

¹⁸¹ Il s'agit là d'une spécificité du droit public par rapport au droit privé. Cf., en ce sens, M. MERCIER, thèse préc., p. 10, n° 15.

¹⁸² J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁸³ O. PFERSMANN, art. préc., p. 235. L'auteur prend en exemple l'énoncé suivant « *tu iras à l'école hier !* ».

¹⁸⁴ P. FLEURY-LEGROS, thèse préc., p. 82, n° 180 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 54, n° 56. Voir également, M. MERCIER, thèse préc., p. 17, n° 21 et p. 39, n° 55.

¹⁸⁵ Cf., dans le même sens, M. MERCIER, thèse préc., p. 6, n° 8.

rétroactivement celle qu'il vient de dégager à l'ensemble des situations litigieuses dont il a à connaître, indépendamment de la date à laquelle celles-ci se sont formées.

Il existe donc une opposition de perspective entre les autorités publiques quant à leur relation au passé, dont il faut tenir compte dans l'appréhension de l'utilisation qui est faite du procédé de rétroactivité.

48. Ensuite et corrélativement, les autorités publiques ne disposent pas de la même latitude pour agir sur le passé. Il est classique de souligner l'inégalité qui existe entre le législateur et l'autorité administrative du point de vue de leur soumission respective au principe de non-rétroactivité¹⁸⁶ et, par conséquent, de la possibilité de revenir sur les situations antérieurement constituées. D'un côté, la vigueur du principe général du droit de non-rétroactivité s'oppose, du moins en principe, à toute forme d'action administrative unilatérale sur le passé. L'autorité administrative ne peut s'affranchir du respect de cette règle, si bien qu'il est nécessaire pour elle de requérir l'autorisation d'une autorité supérieure pour recourir à la rétroactivité. De l'autre, la faiblesse de la portée de l'article 2 du code civil, lequel prévoit que « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* », n'empêche aucunement le législateur d'édicter des dispositions rétroactives. Tout au plus peut-on déduire du principe à valeur législative posé par l'article 2 une directive d'interprétation destinée aux organes d'application du droit¹⁸⁷ dans la mise en œuvre de la loi. Certes, il existe un principe à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité de la loi en matière pénale découlant des dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789¹⁸⁸ et dont le champ d'application s'étend au droit public répressif. Néanmoins, le législateur demeure relativement libre, hors la matière répressive, de remettre en cause les situations passées en prescrivant la rétroactivité de la loi.

Il est également tout aussi habituel de présenter la rétroactivité de la décision de justice comme échappant à l'emprise du juge. Les conséquences incontrôlées de la rétroactivité attachée aux annulations contentieuses et aux revirements de jurisprudence sont ainsi régulièrement dénoncées par la doctrine¹⁸⁹. Aux premières, il est reproché de provoquer une déstabilisation des situations juridiques, la rétroactivité de l'annulation prononcée à l'encontre de la décision irrégulière affectant les situations qui se sont construites sur son fondement ou par rapport à elle. Aux seconds il est adressé plusieurs critiques dont les deux principales sont leur caractère imprévisible et leur effet déstabilisateur. Les justiciables sont soumis à une règle qui n'existait pas au moment où ils ont agi et dont l'intervention ne pouvait être anticipée par eux. Certes, le juge n'a jamais été complètement désarmé face aux conséquences néfastes de ses propres décisions. Celui-là a, très tôt, tenté de « gérer » au mieux la rétroactivité attachée de plein droit de celles-ci, sans pour autant parvenir à une parfaite maîtrise des incidences de son œuvre sur le passé de l'ordonnancement juridique.

¹⁸⁶ Sur cette question, voir J. PETIT, thèse préc., p. 31, n° 65.

¹⁸⁷ J. CARBAJO, thèse préc., p. 69 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 24, n° 19 ; J. PETIT, thèse préc., p. 31 et s., n° 66 et s.

¹⁸⁸ Lequel dispose que « *... nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

¹⁸⁹ Parmi une bibliographie abondante, voir A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989, n° 2, p. 257, spéc. p. 269, n° 10 ; B. LAVERGNE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », *RRJ*, 2008, n° 1, p. 283, spéc. p. 300 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 353, n° 238 ; C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53, p. 9, spéc. p. 10 ; B. PACTEAU, « La rétroactivité jurisprudentielle insupportable ? », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de J.-F. LACHAUME*, Paris, Dalloz, 2007, p. 807, spéc. pp. 812-813 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 28-29, n° 7 ; B. SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 17 et s.

De ce qui précède, il ressort que les autorités publiques entretiennent un rapport spécifique avec la rétroactivité et qui influe directement sur la place qui doit être réservée à celle-ci dans l'exercice par celles-là de leurs fonctions respectives. En tant que telles, les différences de situation constatées entre les autorités publiques conduisent à repousser toute tentative d'approche unitaire du phénomène de la rétroactivité en droit positif.

Un premier aperçu des emplois de la rétroactivité par les différentes autorités publiques confirme la pluralité du phénomène étudié.

II – LA DIVERSITE DES EMPLOIS DE LA RETROACTIVITE PAR LES AUTORITES PUBLIQUES

49. Le retraitement au présent des effets du passé est susceptible de revêtir de multiples formes. Certains cas de rétroactivité bénéficient d'une portée étendue, comme par exemple l'annulation, tandis que d'autres obéissent à une logique qui leur est propre et ont une portée plus restreinte, comme par exemple l'approbation ou la ratification.

50. Il est généralement admis que la rétroactivité puisse être utilisée pour anéantir des actes ou des situations juridiques passées. Elle devient alors l'instrument de cette annihilation. Le retrait d'un acte unilatéral par l'autorité administrative ou son annulation par le juge entraîne, en principe, sa disparition *ab initio* de l'ordonnancement juridique. Il est censé n'avoir jamais existé. De même, l'intervention d'une loi qui pose une règle nouvelle assortie d'un effet rétroactif va remettre en cause les rapports de droit qui se sont noués sous l'empire de la loi ancienne et les soumettre à un régime nouveau qui se substitue au régime préexistant.

51. À l'inverse, la rétroactivité peut être employée pour consolider les actes ou les situations passés¹⁹⁰. Alors que leur irrégularité est patente, ils vont être maintenus dans l'ordonnancement juridique. L'effet rétroactif de la régularisation¹⁹¹ va leur permettre de « *se perpétuer ou revivre dans la légalité pleinement retrouvée* », selon l'heureuse formule du Doyen Vedel¹⁹² en consolidant les effets qu'ils ont pu développer dans le passé. L'exemple des lois de validation est bien connu¹⁹³. Le législateur maintient en vigueur les effets d'un acte administratif, en le soustrayant au contrôle juridictionnel¹⁹⁴. En particulier, les conséquences que l'acte régularisé aura pu avoir pour le passé ne pourront plus être contestées.

C'est une même logique que l'on retrouve également en contentieux administratif avec le pouvoir de réformation dont disposent respectivement le juge d'appel sur les jugements antérieurement

¹⁹⁰ Par ex., J. Deprez considère que, dans ce cas, la rétroactivité protège l'affaiblissement d'un droit qui résulterait logiquement de sa base fragile dans la période antérieure. La rétroactivité accompagne ainsi la plupart des actes conditionnels et des actes d'option, de ratification et de confirmation (J. DEPREZ, thèse préc., t. I, p. 77 et s.).

¹⁹¹ Pour une position contraire, voir J.-J. ISRAËL, thèse préc., pp. 18-19. L'auteur distingue l'effet confirmatif qui permet le maintien pour l'avenir de la situation de fait de l'effet rétroactif qui vise à permettre, au prix d'une fiction, à considérer comme légal, dès l'origine, un acte irrégulier lors de son émission.

¹⁹² Selon l'éminent juriste, la régularisation est un « *mécanisme opératoire grâce auquel un acte ou une situation juridique contraire au droit peut (...) se perpétuer ou revivre dans la légalité pleinement retrouvée* » (cf. préf. à la thèse de J.-J. ISRAËL préc., spéc. p. I).

¹⁹³ Voir, notamment, J. CARBAJO, thèse préc., p. 77 et s. ; B. MATHIEU, *Les « validations » législatives : Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1987, spéc. p. 37 et s. Elles sont fréquentes en matière fiscale (cf., notamment, A. BERTRAND, thèse préc. p. 137 et s.).

¹⁹⁴ Pour une synthèse, voir A. BERTRAND, thèse préc., p. 224 ; B. MATHIEU, thèse préc., pp. 156-158.

rendus et le juge de pleine juridiction sur les actes administratifs relevant de sa compétence. Le jugement de réformation opère la consolidation, pour le passé, de la situation ou de l'acte litigieux, de telle manière à réaliser la consolidation des effets antérieurement produits. Doivent également être mentionnés les quelques cas de régularisation strictement encadrés en droit administratif¹⁹⁵.

Il convient de remarquer que la distinction entre ces deux emplois, – consolidation, anéantissement – apparaît quelque peu réductrice¹⁹⁶, la rétroactivité étant, bien souvent, susceptible de véhiculer simultanément plusieurs effets. Par exemple, l'annulation contentieuse d'un acte administratif aura pour effet, en sus de la suppression de l'acte illégal et de ses conséquences, de remettre en vigueur rétroactivement le régime juridique antérieurement applicable¹⁹⁷. Celui-ci sera censé n'avoir jamais cessé de s'appliquer.

52. La rétroactivité peut encore correspondre au rétablissement ou à la découverte d'une vérité passée qui a été, d'une manière ou d'une autre, tronquée, altérée ou occultée. La reconnaissance d'un droit préexistant ou l'éclairage nouveau apporté sur le passé appelleront nécessairement une certaine rétroactivité. Comme on l'a vu, telle a été l'explication avancée pour justifier la rétroactivité qui était traditionnellement attribuée à certaines catégories d'actes juridiques. Par exemple, la rétroactivité de la nullité, en tant qu'elle découle de la simple constatation d'un vice grave affectant *ab initio* l'existence d'un acte juridique, remet en concordance le droit avec la vérité passée. C'est suivant un raisonnement analogue que la rétroactivité des revirements de jurisprudence a pu être présentée. Lorsque le juge opère un revirement de jurisprudence, celui-ci est censé substituer son interprétation à celle qui préexistait ou révéler une règle nouvelle qui est réputée avoir toujours existé. D'une certaine façon, la nouvelle interprétation ne faisait que mettre un terme à une divergence sur le sens ou préciser le sens d'une règle préexistante¹⁹⁸. La « découverte » d'un principe général du droit par le juge administratif constitue un exemple topique de cette approche¹⁹⁹.

Dans le même ordre d'idées, l'interprétation permet de dissiper l'obscurité ou l'ambiguïté que comportaient les dispositions d'un texte antérieur. Il est ainsi communément admis que l'éclairage du sens du texte initial emporte nécessairement un effet rétroactif, à raison de l'objet même du texte interprétatif ou de l'interprétation délivrée par le juge. Le texte interprété est appliqué comme s'il était entré en vigueur à la même date que le texte interprété et inversement, le second est considéré comme ayant eu, dès son entrée en vigueur, le sens que lui attribue le premier. Réputé faire corps avec le texte interprété, le second rétroagit à la date d'édition du premier²⁰⁰.

¹⁹⁵ J.-J. ISRAËL, thèse préc. ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 427, n° 671 et p. 462 et s., n° 752 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 339 et s., n° 706 et s.

¹⁹⁶ Ne serait-ce que parce que l'effet destructeur de la rétroactivité se double parfois d'une reconstitution positive du passé au présent ou d'un rétablissement de la situation préexistante. C. Eisenmann remarquait fort justement que « *supprimer des obligations ou des droits, c'est tout autant fixer les conditions des sujets de droit qu'en créer* » (C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 421). Pour une discussion sur la distinction entre norme négative et norme positive, voir également, J. PETIT, thèse préc., p. 139, n° 285 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., pp. 394-395, n° 757.

¹⁹⁷ De même, dans l'hypothèse où l'administration est en situation de compétence liée, l'annulation de son refus de délivrer une autorisation, pour laquelle elle ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, implique nécessairement l'octroi de celle-ci.

¹⁹⁸ Développant l'idée selon laquelle la jurisprudence n'est pas rétroactive car l'interprétation d'un texte par le juge fait corps avec ce texte et cette interprétation est censée avoir toujours existé, F. TERRÉ en déduit que la jurisprudence a une « *nature déclarative, d'où résulte le caractère rétroactif* » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., p. 291, n° 359 et p. 456, n° 532. Voir, également, T. BONNEAU, thèse préc., p. 73 et s., n° 85 et s. et art. préc. p. 24, n° 5. Toutefois, il convient plutôt de dire, avec H. Le Berre, que « *le nouveau principe s'appliquant à des situations constituées antérieurement à son apparition, il y a rétroactivité* ». (H. LE BERRE, thèse préc., p. 349 et s., n° 235 et s.)

¹⁹⁹ B. JEANNEAU, thèse préc., p. 245 et s. Voir également, J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chr., p. 21.

²⁰⁰ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 286, n° 261 ; J. PETIT, thèse préc., p. 312 et s., n° 642 et s.

53. D'autres hypothèses de rétroactivité obéissent à une logique plus spécifique et, en tant que telle, ont un domaine plus restreint. On en donnera quelques exemples.

En conséquence de l'annulation par le juge d'une décision administrative, l'autorité compétente est parfois tenue d'édicter des mesures rétroactives afin de rétablir la situation litigieuse dans l'état qui était le sien un moment avant la commission de l'illégalité. En vue de revenir au *statu quo ante*, l'autorité administrative doit non seulement retirer de l'ordonnancement juridique les actes devenus illégaux par suite de la disparition de l'acte sur le fondement duquel ils avaient été pris, mais également combler le vide juridique éventuellement créé par la rétroactivité de l'annulation prononcée par le juge²⁰¹.

La rétroactivité peut également répondre à la préoccupation de faire bénéficier, de manière anticipée, les sujets de droit d'une mesure qui leur est favorable²⁰². Dans le domaine répressif, le principe à valeur constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius* participe, au moins en partie, de cette logique, en tant qu'il permet aux dispositions répressives de fond plus favorables de s'appliquer à des faits délictueux commis dans le passé²⁰³. Certains auteurs se sont également attachés à recenser les cas dans lesquels le juge administratif ne sanctionne pas la rétroactivité, au motif qu'elle bénéficierait à son destinataire²⁰⁴.

Une manifestation supplémentaire peut être trouvée dans le domaine de la législation déléguée avec le mécanisme de ratification par le Parlement, laquelle a nécessairement une portée rétroactive, des ordonnances, prises en application des dispositions de l'article 38 de la Constitution de 1958, qui interviennent dans le domaine de la loi. On peut rapprocher de l'hypothèse précédente le cas des actes approbatifs en matière administrative. Certains actes administratifs nécessitent, pour produire leur effet, l'accord préalable de l'autorité en charge de la tutelle. Une fois que ce dernier a été donné, l'acte approuvé est réputé avoir commencé à produire son effet du jour où il a été pris, ce qui signifie qu'il est attaché un effet rétroactif à l'approbation²⁰⁵.

54. Ce bref panorama, qui ne se veut aucunement exhaustif, montre bien le polymorphisme du phénomène en droit public positif. Les applications de la rétroactivité y sont nombreuses et disparates. Combinée à la position particulière qu'occupe chaque autorité publique par rapport au procédé lui-même, une analyse unitaire de la pratique de la rétroactivité paraît *prima facie* largement compromise²⁰⁶. L'étude positive de la rétroactivité en droit public doit prendre en compte ce double élément.

²⁰¹ A. BERTRAND, thèse préc., p. 471 et s. ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 78 ; D. COSTA, thèse préc., p. 357 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 19 ; J. PETIT, thèse préc., p. 567 et s., n° 1149 et s.

²⁰² C'est le cas, notamment, de la loi fiscale en tant qu'elle est l'expression d'une politique gouvernementale. Voir, en ce sens, A. BERTRAND, thèse préc., p. 77 ; O. DEBAT, thèse préc., p. 31, n° 16 ; F. DOUET, thèse préc., p. 106, n° 170 ; P. MARCHESSOU, *L'interprétation des textes fiscaux*, Paris, Economica, p. 101, n° 79.

²⁰³ A. BERTRAND, thèse préc. p. 85 et s. ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 195 et s., n° 171 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 235 et s., n° 495 et s.

²⁰⁴ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 212, n° 189. Cette idée a été reprise par J. CARBAJO, thèse préc., spéc. p. 89 et p. 159.

²⁰⁵ M.-A.-G. de BÉZIN, *Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative*, thèse, Toulouse, imprim. J. Fournier, 1906, p. 83 et s. ; R. MASPÉTIOL et P. LAROQUE, *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, pp. 109-110 ; S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 142, 1982, p. 438, n° 419. Voir également, C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, pp. 198-199 ; P. FERRARI, note sous CE, Ass., 8 janvier 1971, *U.R.S.S.A.F. des Alpes-Maritimes*, *AJDA*, 1971, n° 3, p. 161 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 82, n° 167 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 120, n° 228 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933, p. 93 ; C. LAVIALLE, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 118, 1974, p. 39.

²⁰⁶ Pour une opinion concordante en droit privé, voir M. MERCIER, thèse préc., p. 2, n° 2.

D'un côté, il paraît nécessaire de préciser la place que le procédé tient en droit public. En l'absence d'étude générale portant sur la rétroactivité en cette matière, la connaissance de l'utilisation qu'en font les autorités publiques demeure incomplète et la réflexion doctrinale sur cette question inaboutie. Une telle entreprise permettra de délimiter avec précision son domaine et de dégager les caractéristiques spécifiques que revêt le procédé en cette matière.

De l'autre et corrélativement, cette démarche ne peut ignorer la « position » particulière qu'occupe chaque autorité publique – le législateur, l'autorité administrative et le juge – vis-à-vis de la possibilité de retraiter les conséquences du passé. L'utilisation qui est faite de la rétroactivité en droit public, et partant la place qui doit lui être accordée, diffèrent selon l'autorité publique qui y recourt. C'est donc une analyse transversale qu'il convient d'adopter pour rendre compte de la pratique de la rétroactivité en droit public.

55. En tant qu'elle permet de tracer les contours d'une technique dont les applications demeurent mal connues, la mesure du phénomène de la rétroactivité en droit public positif constitue le préalable nécessaire à toute tentative de réaliser une théorie générale de celle-ci en cette matière. La pluralité que connaît le procédé de rétroactivité dans sa concrétisation n'empêche pas de réaliser l'unité de la notion. En tant qu'elle réalise le retraitement normatif du passé au présent, la rétroactivité présente une unité fondamentale, tant dans sa signification, que dans les fonctions qu'elle est appelée à remplir au sein du système juridique. De manière générale, c'est par rapport à l'exigence de sécurité juridique, avec laquelle la rétroactivité entretient des rapports ambivalents, que la place et les fonctions de celle-ci peuvent être circonscrites en droit public.

Ainsi déterminé, l'objet de la recherche consiste à analyser le procédé en droit public positif suivant une approche transversale, en vue de tenter de construire une théorie générale de la rétroactivité en cette matière. Encore faut-il délimiter avec davantage de précision le champ couvert par la recherche entreprise.

Section 2 : Délimitation du champ de la recherche

56. Le champ de la recherche doit être précisé dans sa matière avant d'être délimité dans son domaine. L'étude porte sur la rétroactivité des normes juridiques (§1) en droit public français (§2).

§ 1 : La matière de l'étude : la rétroactivité des normes juridiques en droit public français

57. La question de la rétroactivité relève du droit de l'application dans le temps des normes juridiques, ce qui correspond à la conception moderne du droit transitoire²⁰⁷. Cette perspective ne s'impose pas *a priori* avec la force de l'évidence.

Pendant longtemps, le droit transitoire s'est limité à l'étude des conflits de lois²⁰⁸ dans le temps. Concrètement, un conflit survient lorsque deux lois se succèdent dans le temps, la première venant modifier ou abroger la seconde. En cas de rétroactivité de la loi nouvelle, ce conflit est même inéluctable, dès lors que la loi rétroactive est rendue applicable à des situations juridiques qui se sont constituées sous l'empire de la loi antérieure. Par construction, le champ d'application de l'une empiète nécessairement sur celui de l'autre. Dans le cas de la rétroactivité, ce conflit se trouve systématiquement résolu par l'application de la loi nouvelle par préférence à celle de la loi ancienne aux situations qu'elles ont toutes deux vocation à régir. En revanche, étaient exclues de l'objet du droit transitoire les règles de droit non écrites, au motif que la date du changement de règles ne pouvait être déterminée avec précision²⁰⁹, ainsi que les autres catégories de normes juridiques. Était également indifférente la question de l'entrée en vigueur de la loi, ainsi que celle de son abrogation²¹⁰.

Au cours de la période récente, la doctrine moderne, sous l'impulsion du Doyen Héron, a remis en cause cette double exclusion. D'abord, il a été démontré qu'il existait un lien indissociable entre création et application du droit pour définir la rétroactivité. Plus précisément, l'analyse du processus de l'entrée en vigueur des normes juridiques est nécessaire à la parfaite compréhension du concept de rétroactivité²¹¹. La rétroactivité implique une mise en vigueur anticipée dans le temps de la loi nouvelle, mécanisme qui se situe à la source même du conflit avec la loi antérieurement en vigueur. Ensuite, élargi à l'ensemble des aspects de l'application dans le temps des normes juridiques, le droit transitoire ne peut plus concerner que les seules règles de droit écrites, mais doit englober toutes les catégories de normes.

Cette manière de voir comporte un double avantage. D'une part, elle autorise à concevoir le problème de la rétroactivité comme se rapportant à une question de droit transitoire et ce, quelle que soit la nature de la norme juridique impliquée. D'autre part et corrélativement, elle permet d'appliquer les

²⁰⁷ J. PETIT, « Droit transitoire et terminologie », préc., pp. 8-9.

²⁰⁸ Le terme « loi » ne renvoie pas ici au sens organique qui lui est habituellement attribué, c'est-à-dire comme désignant les actes adoptés par le Parlement, mais à son sens matériel, c'est-à-dire comme englobant toute règle de droit écrite.

²⁰⁹ C'est le cas, notamment, de la jurisprudence. Cf., en ce sens, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 23, n° 7.

²¹⁰ Outre la référence déjà citée, voir T. BONNEAU, thèse préc., p. 2, note 18.

²¹¹ E.-L. BACH, « Contribution à l'étude de la notion de rétroactivité de la loi », préc., p. 52 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 29, n° 24 ; J. PETIT, thèse préc., p. 93, n° 186. Voir également, P. FLEURY-LEGROS, thèse préc., p. 50, n° 97. Pour une position contraire, cf. M. MERCIER, thèse préc., p. 51 et s. n° 76 et s.

concepts développés par le droit transitoire pour résoudre le problème de la rétroactivité des normes juridiques.

58. Au bénéfice de ce qui précède, le champ de l'étude couvre l'ensemble des normes juridiques édictées par les autorités publiques. Deux précisions doivent encore être apportées : l'une tenant à la définition de la norme juridique retenue ; l'autre tenant aux autorités susceptibles d'émettre des normes juridiques rétroactives.

La norme juridique est ici entendue dans son sens le plus large, comme recouvrant l'ensemble des « *prescriptions à caractère impératif qui règlent des situations ou dirigent la conduite des individus* »²¹². Il en découle que le problème de la rétroactivité ne touche pas uniquement les règles de droit, mais concerne également les autres catégories de normes juridiques, c'est-à-dire les prescriptions catégoriques et concrètes.

Quant aux autorités normatives, il va sans dire que le constituant, le législateur et l'autorité administrative sont traditionnellement désignés comme telles. Tel n'est pas, en revanche, le cas du juge. Rejetée en dehors des sources formelles du droit, l'activité du juge se voit traditionnellement dénier toute normativité. Cette position, au demeurant difficilement tenable²¹³, a été dépassée une fois qu'il a été reconnu que le juge dispose bel et bien d'un pouvoir créateur de règles de droit²¹⁴. Pour le juge administratif en particulier, la cause semblait entendue de longue date pour la doctrine publiciste, le Conseil d'État ayant été à l'origine de nombre des règles du droit administratif²¹⁵. En parallèle, plusieurs auteurs se sont attachés, dans le droit fil des idées de Kelsen, à démontrer que le jugement implique également un processus normatif²¹⁶.

59. Ainsi précisé, l'objet de l'étude couvre l'ensemble des normes juridiques édictées par toute autorité publique. Le législateur, l'autorité administrative et le juge émettent chacun des normes dont les effets sont susceptibles d'affecter le passé. En revanche, tel n'est pas, en principe, la vocation de la norme fondamentale édictée par le constituant.

Alors qu'elle consacre l'avènement d'un nouvel ordre juridique²¹⁷, la Constitution n'a pas vocation à régir le passé²¹⁸. La Constitution se présente comme une norme exclusive dans le temps, en

²¹² P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, préc., p. 38, n° 48. Voir également, B. SEILLER, « Acte administratif (I - Identification) », préc., p. 31, n° 209. Sur cette définition, cf., plus haut, p. 16, n° 23.

²¹³ Comme le soulignait à juste titre B. Jeanneau, « *qui oserait, de nos jours, soutenir, à la suite de Carré de Malberg, que les règles de nature juridictionnelle présentent un caractère de particularisme qui ne permet pas de les considérer comme partie intégrante de l'ordre juridique national ? Il est bien possible qu'en théorie les décisions de justice n'aient d'effet qu'à l'égard des parties en cause, mais en pratique elles ont un tout autre rayonnement* » (B. JEANNEAU, thèse préc., p. 258). Pour une discussion, voir H. LE BERRE, thèse préc., p. 19 et s., n° 16 et s. ; O. DEBAT, thèse préc., p. 28, n° 13.

²¹⁴ Le groupe de travail dirigé par N. Molfessis considère que « *le système juridique français a suffisamment évolué pour qu'il puisse admettre sans trop de discussion que la jurisprudence est source de règles, lesquelles appellent un régime et un contrôle jusqu'alors rendu impossible par la fiction d'absence de pouvoir créateur du juge en droit français* » (N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 5).

²¹⁵ Conscient de l'autorité qu'il tire de sa situation particulière au sein de l'Administration « *en même temps que poussé par la nécessité de suppléer un législateur défaillant, le juge administratif s'accoutuma ainsi dès l'origine à créer un droit sans le moindre scrupule et se trouva bientôt conduit par un mouvement insensible à élaborer de nombreuses règles qui constituent l'essentiel du droit administratif* » (R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 2, ainsi que p. 33 et p. 47). Voir, dans le même sens, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 92, n° 116 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, Paris, LGDJ, 16^e éd., 2001, p. 5, n° 6.

²¹⁶ J. HÉRON, « *Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit* », *RRJ*, 1992, n° 4, p. 961 ; J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 4^e éd., 2010, p. 270, n° 324. Voir, dans le même sens, C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 328, 2000.

²¹⁷ À ce titre, elle est qualifiée par certains auteurs de « *révolution juridique* » (G. LIET-VEAUX, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey, 1943). Suivant la théorie de H. Kelsen, la Constitution possède une portée normative « *substantielle* », autant qu'elle a vocation à répartir les différents pouvoirs au sein d'un État (pour une discussion, cf. M. TROPER, « *Les effets du contrôle de constitutionnalité des lois sur le droit matériel* », in *Mélanges P. AMSELEK*, Bruxelles,

tant qu'elle est orientée uniquement vers l'avenir. Bien que le passage entre deux Constitutions signifie la succession temporelle de deux systèmes juridiques²¹⁹ et suppose, selon la formule de M. Cartier, « une transition constitutionnelle »²²⁰, cette question ne saurait, d'un point de vue théorique, se poser en termes de rétroactivité. En effet, deux systèmes juridiques ne peuvent coexister simultanément. Par conséquent, les normes édictées conformément aux règles alors en vigueur sous l'ordre ancien ne sauraient voir leur validité remise en cause par la nouvelle Constitution²²¹. De fait, les constitutions françaises successives ont généralement consacré, par leur silence, le maintien du droit antérieur²²² à leur entrée en vigueur. Même lorsque certaines d'entre elles ont remis en cause, par le biais des dispositions transitoires, le régime précédent, celui-ci n'a jamais été rétroactivement anéanti²²³. Malgré la portée temporelle parfois incertaine de telles dispositions²²⁴, le sort du régime ancien n'a été scellé que pour l'avenir. Dans la période récente, il n'a été effectivement recouru à la rétroactivité qu'en une seule occasion, le rétablissement de la légalité républicaine par l'ordonnance du 9 août 1944, laquelle a été l'objet d'études spécifiques²²⁵.

Dans le silence de la Constitution sur son effet dans le temps, le juge a constamment privilégié la continuité du droit antérieurement applicable et ne s'est résolu à le condamner qu'en cas

Bruylant, 2005, p. 751, spéc. pp. 751-752). Norme suprême, la Constitution fonde la validité d'un ordre juridique nouveau. À ce titre, elle détermine les conditions de production des normes générales – leur validité – au sein d'un système juridique donné, c'est-à-dire les conditions de leur appartenance à ce système. Ce faisant, elle fonde la chaîne de validité du système jusqu'à la norme de degré le plus bas. Son abrogation ou son remplacement affecte nécessairement l'ensemble du système (H. KELSEN, « La garantie constitutionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 2, p. 197 ; G. HÉRAUD, « La validité juridique », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 477). Voir également G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2011, p. 3 n° 2 et s. ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 299 et *Théorie générale des normes*, préc., p. 346 ; J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJJC*, 1990, p. 219).

²¹⁸ Comme le remarque P. Ardant, « *Les constitutions s'écrivent au futur, elles disposent pour l'avenir. Le temps y est toujours sous-jacent, mais en réalité, de façon explicite tout au moins, assez peu le temps passé. Quelques constitutions seulement y font allusion, non dans leur partie dispositives mais dans le Préambule. [...] Une fois cet hommage éventuel rendu au passé, c'est l'avenir qu'il s'agit d'organiser* » (P. ARDANT, « Le temps dans les Constitutions écrites », in *La République, Mélanges en l'honneur de P. AVRIL*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 503). Voir également, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 12, n° 4.

²¹⁹ Au demeurant, cette question s'est souvent posée, notre histoire constitutionnelle ayant été marquée par une succession de textes constitutionnels et de régimes politiques, dont le nombre reste encore inégal à ce jour. Sur ce point, voir G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à M. WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 777 ; F. BATAILLER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966, p. 634.

²²⁰ E. CARTIER, thèse préc., p. 2.

²²¹ Dès lors, cette succession prend, le plus souvent, la forme d'une abrogation c'est-à-dire la disparition pour l'avenir de l'ancienne Constitution.

²²² C'est ce que E. Cartier qualifie de « fonction intégrative » de la transition constitutionnelle, c'est-à-dire la capacité de la Constitution nouvelle à intégrer les normes déjà en vigueur au moment de sa promulgation (É. CARTIER, thèse préc., p. 9). Cf., par ex., sur le maintien des habilitations législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, CE, 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, req. n° 12.851, Rec., p. 198, *AJDA*, 1981, n° 9, p. 429, note B. GENEVOIS, *JCP G*, 1981, 19580, concl. M.-D. HAGELSTEEN ; 14 mai 1993, *M. Beaumanoir*, req. n° 85.822, Rec., p. 154, *RFDA*, 1995, n° 4, p. 794, note J. TRÉMEAU.

²²³ Le plus souvent, les dispositions constitutionnelles transitoires ont mis en place un système d'abrogation générale, au demeurant superfétatoire (J. TRÉMEAU, art. préc., p. 252). Ainsi, l'art. 68 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, repris par l'art. 59 de la Charte de 1830, l'art. 112 de la Constitution du 4 novembre 1848 puis l'art. 56 de la Constitution du 14 janvier 1852, dispose que : « le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé ». Il en a été également ainsi pour les actes constitutionnels n° 1 et 2 du 11 juillet 1940 édicté par le Gouvernement de Vichy. Le même constat peut être fait pour les « constitutions provisoires », intervenues dans l'attente de l'adoption de la constitution définitive (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 166, n° 223 ; L. PECH, « Les dispositions transitoires en droit constitutionnel », *RRJ*, 1999, n° spéc., p. 1407 ; O. SAMBARÉ-NATCHABA, « Les régimes constitutionnels provisoires en France », *RRJ*, 1994, n° 3, p. 975).

²²⁴ Par ex., l'art. 70 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 disposait : « Toutes les lois et ordonnances, en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la réforme de la Charte, sont dès à présent et demeurent annulées et abrogées ».

²²⁵ Cette ordonnance prise par le Gouvernement Provisoire de la République Française (JORF, 1944, p. 688) frappait de nullité les actes du gouvernement de Vichy, y compris ceux ayant valeur constitutionnelle. Toutefois, la mise en œuvre de la nullité restait soumise par son constat expresse, si bien que la pratique a plutôt montré une tendance à la validation, dans leur grande majorité, des actes intervenus durant la période 1940-1944, plutôt que leur annulation. Sur cette question, voir p. 120, n° 69 et les références citées.

d'incompatibilité absolue avec la nouvelle Constitution et, là encore, uniquement pour l'avenir²²⁶. Reste la question des lois constitutionnelles apportant des modifications au texte initial. Si ce n'est sa place dans l'ordre juridique, la loi constitutionnelle ne présente, du point de vue de son application dans le temps, aucune spécificité par rapport à celle de la loi ordinaire. Elle lui est même en tous points identique et peut lui être, dans la limite de l'objet de l'étude menée, pleinement assimilée²²⁷.

Ainsi précisé, le champ de l'étude de la rétroactivité ne saurait excéder celui du droit public français.

§ 2 : Le domaine de l'étude : le droit public français

60. Si la technique de la rétroactivité irrigue les différentes branches du droit, la présente étude ne l'envisage que dans ses manifestations en droit public (I). Encore, seul le droit public français sera abordé (II).

I – LA LIMITATION DE L'ETUDE AU DROIT PUBLIC

61. Le droit public se définit en opposition au droit privé²²⁸ selon trois critères principaux²²⁹. Le critère organique, fondé sur la qualité des personnes en cause dans le rapport juridique considéré²³⁰. Le droit public régit les relations que les personnes publiques²³¹ ont entre elles ou avec les personnes privées, qu'il s'agisse de relations de subordination ou de collaboration²³². Il consacre l'existence de plusieurs catégories de sujets de droit qui ne disposent pas des mêmes droits²³³ et obligations. Le critère matériel est déterminé en fonction du contenu des règles de chaque catégorie et repose sur les intérêts que ces règles ont pour but de défendre. Le droit public est ainsi le droit de l'intérêt général auquel sont subordonnés tous les intérêts particuliers, individuels ou collectifs²³⁴. Le droit public a pour fonction première, selon le Président Odent, de « concilier des exigences en apparence contradictoires et de

²²⁶ Sur la technique de l'abrogation implicite par la Constitution de lois antérieures, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 148, n° 84 ; H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 161, 1991, p. 207 ; J.-B. DUBRULLE, « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité ? », *AJDA*, 2007, n° 3, p. 127 ; G. ÉVEILLARD, « Abrogation implicite ou inconstitutionnalité de la loi ? Les vicissitudes de l'abrogation implicite de la loi par une disposition constitutionnelle postérieure, entre postériorité et supériorité », *RFDA*, 2011, n° 3, p. 353 ; J. MOREAU, « De l'abrogation implicite en droit public français », *JCP A*, 2005, n° 42, p. 1557 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 337 ; C.-É. SÉNAC, « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *RDP*, 2008, n° 4, p. 1081 ; J. TRÉMEAU, art. préc., p. 251 et s.

²²⁷ Cf., par ex., l'art. 4 de la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 (JORF n° 172 du 28 juillet 1993, p. 10600) ou l'art. 10 de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 (JORF n° 181 du 5 août 1995, p. 11744). On relèvera tout de même une particularité dans le régime d'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle. Sa promulgation a lieu de plein droit après son adoption définitive, le chef de l'État se trouvant alors en position de compétence liée (O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 225-226). Sur ce point, voir J. PETIT, thèse préc., p. 2, n° 3 ; E. MELLA, « La promulgation de la Constitution », *RDP*, 2002, n° 4, p. 1706.

²²⁸ A. BATBIE, *Précis du Cours de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 5^e éd., 1885, p. 1.

²²⁹ Voir, notamment, M. DUVERGER, *Éléments de droit public*, Paris, PUF, coll. Thémis droit public, 13^e éd., 1995, p. 20 et s.

²³⁰ Voir, notamment, F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1914, 1^{ère} éd., t. I, n° 20, p. 64 ; L. IMBERT, *Droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1972-1973, p. 3 ; A. de LAUBADÈRE, *Cours de droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1965-1966, pp. 5-9.

²³¹ Pour une conception organique du droit public fondée sur l'éminence de l'État, voir J.-J. CHEVALLIER, *Cours de droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1953-1954 et 1954-1955, p. 4 et s. et p. 126 et s. ; 1955-1956, p. 3 et s. et p. 102 et s.

²³² J.-M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *Droit public*, t. I, Paris, Sirey, coll. Cours élémentaire de droit, 1959, pp. 1-2 ; J.-M. AUBY et J.-B. AUBY, *Droit public*, t. I, Paris, Sirey, 11^e éd., 1993, pp. 1-2.

²³³ À l'opposé du droit privé dans lequel on ne trouve, en principe, qu'une seule catégorie de sujets de droit ayant les mêmes droits. Voir, en ce sens, A. HAURIOU, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GÉNY : Les sources des diverses branches du droit*, t. III, Paris Sirey, 1934, p. 92 et s.

²³⁴ G. JÈZE, *op. cit.*, t. II, pp. 2-3.

réaliser un équilibre où l'intérêt général soit toujours satisfait sans que soient sacrifiés, dans ce qu'ils ont de légitime, les intérêts particuliers »²³⁵. Enfin, le critère formel prend en considération la forme des rapports juridiques caractérisée par l'utilisation de procédés de contrainte, mais également la forme même des règles posées. La règle de droit public est généralement impérative et prend la forme d'un commandement ou d'une interdiction²³⁶. Certains auteurs ont parfois mentionné le caractère exclusivement légal du droit public par opposition au caractère consensuel du droit privé²³⁷. Cette différence est marquée également s'agissant des sanctions attachées à ces règles²³⁸.

De cette combinaison de critères, qui ne coïncident pas toujours, on retient classiquement, que le droit public se définit comme l'ensemble des règles prises dans l'intérêt public par les gouvernants ou sous leur contrôle et dont la mise en œuvre se caractérise par l'emploi de procédés de contrainte²³⁹. Le droit public présente donc trois caractéristiques profondes. Il s'agit d'un droit déséquilibré, inégalitaire dans les rapports juridiques²⁴⁰ qu'il régit ; d'un droit de l'unilatéral dans les procédés qu'il autorise ; d'un droit de l'intérêt général²⁴¹, de l'utilité publique²⁴², dans les finalités qu'il poursuit.

62. Alors même que, comme on l'a dit, la rétroactivité est une technique qui transcende les branches du droit, les caractéristiques du droit public qui viennent d'être rappelées imprègnent le procédé d'un particularisme certain et que l'on ne retrouve pas en droit privé. Les sources de la rétroactivité ne sont pas les mêmes, non plus que la place qu'elle occupe dans l'un et dans l'autre.

D'abord, les sources de la rétroactivité en droit privé sont principalement législatives et conventionnelles. Le législateur a directement organisé le régime de certains actes juridiques, dont la rétroactivité est un des éléments. Les règles relatives au partage et à la renonciation en matière successorale et, plus généralement, le régime des nullités sont des exemples bien connus de rétroactivité d'origine légale²⁴³. De même, la rétroactivité d'origine conventionnelle est assez répandue en droit privé²⁴⁴. Rien de tel en droit public. Non seulement il convient de remarquer qu'aucun texte ne régit directement la rétroactivité des normes juridiques de droit public, mais il faut également constater que la rétroactivité contractuelle occupe une part congrue en cette matière, notamment en raison du régime spécial auquel sont soumis les contrats publics. Contrairement au droit privé, la source principale de la rétroactivité en droit public est l'acte unilatéral. De surcroît, le phénomène de la rétroactivité s'est développé largement en dehors des textes en droit public.

²³⁵ R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 30.

²³⁶ Ce trait est opposé au double caractère permissif ou interprétatif de la règle de droit privé. Voir J.-M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *op. cit.*, p. 3.

²³⁷ B. BRACHET, *Droit public*, Paris, Les Cours de droit, Litec, 1995, p. 8.

²³⁸ En particulier, les sanctions attachées à la règle de droit public diffèrent selon qu'elles ont été méconnues par une personne privée ou une personne publique. Ces sanctions présentent un caractère bien plus limité s'agissant des secondes que des premières. Voir, en ce sens, J.-M. AUBY et J.-B. AUBY, *op. cit.*, pp. 3-4.

²³⁹ Le Doyen Hauriou considérait que le principe du privilège du préalable lié au caractère exécutoire des décisions exécutoires constituait la règle fondamentale du droit public. Le Conseil d'État lui-même adopte cette analyse quant à la portée de ce caractère, au sens où il traduit le pouvoir unilatéral de décision (cf. CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, req. n° 25.288, Rec., p. 257, *AJDA*, 1982, n° 11, p. 657, concl. J. BIANCARELLI et note J.-P. LUKASZEWICZ, *D.*, 1983, IR, p. 270, obs. P. DELVOLVÉ et J., p. 327, note O. DUGRIP, *Rev. adm.*, 1982, n° 210, p. 627, note J.-P. LUKASZEWICZ et B. PACTEAU).

²⁴⁰ B. BRACHET, *op. cit.*, p. 9 ; J.-M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *op. cit.*, p. 2 ; J.-M. AUBY et J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 2 ; A. HAURIOU, art. préc., p. 93 ; G. JÈZE, *op. cit.*, t. II, p. 4.

²⁴¹ R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 10.

²⁴² J.-M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *ibid.* ; A. HAURIOU, art. préc., p. 94.

²⁴³ Pour un inventaire, voir J. DEPREEZ, thèse préc., p. 71, n° 66 ; M. MERCIER, thèse préc., p. 7, n° 9.

²⁴⁴ Voir, en ce sens, E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, préc. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, préc.

Ensuite, on ne peut certes nier que certaines techniques existant en droit privé se retrouvent en droit public, que l'on songe à la nullité, à la renonciation, à la condition, à la ratification ou encore à la confirmation²⁴⁵. Néanmoins, celles-ci ne tiennent pas la même place en droit public qu'en droit privé, non plus qu'elles poursuivent les mêmes objectifs ou servent les mêmes intérêts. C'est dire que la logique du droit public transforme, le plus souvent, les instruments venus du droit privé. Du reste, on sera amené à constater que la plupart de ces techniques importées du droit privé en matière de rétroactivité jouent un rôle relativement marginal en droit public.

Au bénéfice de ce qui précède, il faut admettre que les différences fondamentales qui séparent généralement le droit privé et le droit public se reflètent en matière de rétroactivité. Dès lors, on ne saurait envisager d'entreprendre une étude générale de la rétroactivité sans méconnaître les spécificités qu'elle revêt en droit privé comme en droit public. De surcroît, le mécanisme de la rétroactivité recouvre, dans son aspect technique, une réalité en droit privé tout à fait différente de celle qu'il convient de lui attribuer en droit public. Là où le premier confère une place importante à certaines techniques, le second en privilégie d'autres. Partant, le domaine qu'occupe la rétroactivité en droit privé ne correspond aucunement à celui qui doit lui être reconnu en droit public.

Il s'ensuit que la rétroactivité reçoit un traitement spécifique en droit public, ce qui justifie que le champ de l'étude se limite à ce dernier.

63. Cependant, la définition du droit public retenue implique d'inclure, non seulement les textes, mais également l'ensemble de la jurisprudence relative à la matière, y compris celle des juridictions judiciaires. Néanmoins, la prise en compte de l'ensemble de la jurisprudence relative au droit public paraît matériellement impossible. La jurisprudence « de droit public », au sens où elle sera entendue dans le cadre de cette étude, sera nécessairement celle rendue par le Conseil constitutionnel et le juge administratif. Ce choix se trouve conforté par le constat que ni le juge judiciaire, ni la doctrine de droit privé, ne distinguent une jurisprudence « de droit public » par rapport à celle relative au pur droit privé²⁴⁶. Exclue dans son ensemble, la jurisprudence judiciaire sera néanmoins ponctuellement abordée, chaque fois qu'elle contribue à éclairer tel ou tel aspect du sujet traité.

64. L'approche du droit public retenue ici suivra la division classiquement opérée en trois branches²⁴⁷ : droit constitutionnel, droit administratif et droit financier, chacune entretenant une relation particulière avec la notion de rétroactivité. Il convient de souligner que scientifiquement ces trois branches ne sont pas dissociables²⁴⁸. Même, les imbrications entre elles ont été accrues par les

²⁴⁵ Pour un inventaire, voir J. DEPREZ, *loc. cit.* ; M. MERCIER, *loc. cit.*

²⁴⁶ Le Doyen Roubier avait tenté une telle approche dans la première édition de son ouvrage consacré aux conflits de lois dans le temps. Malheureusement, celle-ci n'est pas reprise dans la seconde édition (P. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, Paris, Sirey, 1^{ère} éd., t. II, 1933, p. 461 et s.). Voir, dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 25, n° 36 ; J. PETIT, thèse préc., pp. 21-22, n° 50.

²⁴⁷ Cf., par ex., J.-J. CHEVALLIER, *Cours de droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1956-1957 et 1957-1958 ; L. DUBOUIS et G. PEISER, *Droit public*, Paris, Dalloz, Mémentos, 17^e éd., 2005 ; M. DUVERGER, *Éléments de droit public*, Paris, PUF, coll. Thémis droit public, 13^e éd., 1995 ; L. IMBERT, *op. cit.* ; A. de LAUBADÈRE, *op. cit.* ; M. WALINE, *Cours de droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1945-1946 et 1946-1947. Cependant, certains ouvrages n'abordent que deux d'entre elles. Voir, P. FRAISSEX et J.-P. VALETTE, *Précis de droit public*, PUF, coll. Major, 2000. D'autres encore y ajoutent le droit public économique. Voir, G. HUBRECHT et J. MOREAU, *Notions essentielles de droit public*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1966.

²⁴⁸ De nombreux ouvrages soulignent le caractère quelque peu artificiel de ce découpage. Cf. M. DUVERGER, *Éléments de droit public*, préc., p. 22. Par ailleurs, la doctrine s'attache depuis fort longtemps à montrer et analyser les liens étroits qui les unissent. Voir, s'agissant du droit constitutionnel et du droit administratif, G. VEDEL, « Les sources constitutionnelles du droit

jurisprudences combinées du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, lesquelles consacrent un ensemble de principes, découverts par l'un puis hissés progressivement au niveau constitutionnel par l'autre²⁴⁹. L'application et l'interprétation des règles et principes à valeur constitutionnelle conduisent à une convergence qui n'est pas sans incidence sur l'objet de l'étude.

Il faut tout de même tenir compte de ce que le droit financier est, le plus souvent, détaché des autres branches du droit public, en raison de son objet. Ce dernier recouvre l'ensemble des moyens par lesquels l'État se procure les ressources nécessaires pour couvrir ses dépenses²⁵⁰. Scientifiquement, il fait partie intégrante des deux autres branches. Toutefois, son étude se limitera au finances publiques et au système fiscal²⁵¹. Partant, la prise en compte par le droit fiscal de la rétroactivité des actes de droit privé échappe logiquement au champ de l'étude ainsi délimité²⁵².

II – LA LIMITATION DE L'ETUDE AU DROIT PUBLIC FRANÇAIS

65. Au sens large, le droit public français couvre l'ensemble des normes juridiques applicables dans l'ordre juridique français. En toute logique, il faudrait intégrer dans le champ de l'étude l'ensemble des normes d'origine internationale qui s'y appliquent.

Cette extension ne paraît pas justifiée s'agissant du droit international public, en raison des spécificités importantes qu'il présente. En particulier, le droit international public constitue un ordre juridique distinct et autonome qui régit la société internationale. Il obéit à des règles qui lui sont propres, ce qui justifie son exclusion du champ de l'étude.

En revanche, le droit de l'Union européenne, ainsi que le droit conventionnel européen, doivent être inclus dans le champ de l'étude, dans la mesure où ils ne constituent plus des espaces clos. Un tel constat s'impose avec la force de l'évidence pour le droit de l'Union européenne qui a vocation à s'intégrer au droit français. En tant qu'elles sont pourvues d'un effet direct, les normes européennes sont susceptibles d'autoriser ou de s'opposer à la rétroactivité des normes juridiques françaises. Pour le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est davantage d'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur le droit français qu'il s'agit. L'évolution singulière qu'a connu le droit conventionnel européen lui a permis de tenir une place importante droit public français²⁵³. L'emprise grandissante des exigences tirées du premier sur le second se manifeste, notamment, à travers les contraintes qu'il fait peser sur les autorités publiques lorsqu'elles entendent recourir au procédé de rétroactivité, ce qui justifie son inclusion dans le champ de l'étude.

administratif », *EDCE*, 1954, n° 8, p. 21 ; B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif : Introduction au droit public*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Systèmes droit, 7^e éd., 2011, pp. 5-7 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 25 et s.

²⁴⁹ G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *loc. cit.* ; D. TRUCHET, *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁰ M. DUVERGER, *op. cit.*, p. 24.

²⁵¹ M. DUVERGER, *op. cit.*, p. 416 et s.

²⁵² CE, 2 mai 1973, *Dlle Nuss et sieur Nuss*, req. n° 81.587, Rec., p. 312 ; 18 mars 1992, *SA Leybold-Heraeus-Sogev*, req. n° 62.402, Rec., p. 118, *DF*, 1992, n° 10, p. 482, obs. anonymes, *RJF*, 1992, n° 5, p. 376, concl. O. FOUQUET et p. 409, obs. anonymes.

²⁵³ Cf., en ce sens, S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 27. Sur cette question, voir également, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français : Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 192, 1998 ; L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 187, 1999 ; L. SERMET, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, Paris, Economica, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires Université d'Aix-Marseille III, 1996.

66. Plan de l'étude. La rétroactivité ne possède qu'en apparence le pouvoir d'inverser l'ordre immuable du temps. Il semble vain de chercher à revenir sur le passé tel qui s'est produit et d'en altérer la matière. Ce que la rétroactivité autorise, c'est la modification des conséquences du passé au présent. Énoncée au présent, la rétroactivité prête aux faits et actes du passé des conséquences juridiques qu'ils n'avaient pas. Plus précisément, elle offre un cadre dans lequel ces conséquences vont pouvoir être, en droit, retraitées et changées pour l'avenir. L'unité conceptuelle de la rétroactivité incite *a priori* à adopter une approche unitaire du phénomène. C'est pourtant une approche transversale, consistant à étudier de façon séparée la place qu'occupe la rétroactivité dans l'activité normative des autorités publiques, qui doit être privilégiée.

En effet, la réalité plurielle du procédé en droit positif rendrait pour le moins artificielle une approche unitaire de la rétroactivité. Plusieurs éléments vont dans ce sens. L'utilisation de la rétroactivité est tributaire de la relation qu'entretiennent avec elle les différentes autorités publiques. Ces dernières ne se trouvent pas dans une situation identique vis-à-vis de la possibilité de retraiter les effets du passé. La perspective du juge n'est pas celle du législateur ou de l'autorité administrative en matière de rétroactivité. De même, l'autorité administrative est, en principe, privée de la faculté d'agir sur le passé, à l'inverse du législateur et du juge. Par suite, les fondements sur lesquels l'emploi de la rétroactivité repose, ainsi que les objectifs poursuivis, ne sauraient être identiques, même s'il faut reconnaître qu'ils peuvent parfois se recouper. Ce premier élément est renforcé par le double constat de l'absence d'organisation positive du pouvoir de retraiter les conséquences du passé au présent et de la diversité des cas d'application de la rétroactivité, dont il n'a pas toujours été complètement rendu compte jusqu'à présent par la doctrine.

L'impossibilité d'adopter une approche unitaire de la rétroactivité n'a pas pour conséquence de priver de son intérêt la perspective transversale envisagée. En effet, cette dernière apparaît nécessaire pour circonscrire le phénomène dans toutes ses implications en droit public positif. Outre le fait qu'elle contribue à améliorer la compréhension générale de la rétroactivité, l'approche transversale retenue permet de faire apparaître les spécificités de l'utilisation qui est faite du procédé par chaque autorité publique. Elle autorise également à fixer un statut de la rétroactivité, propre à chacune d'elles, et que sa relation ambivalente avec l'exigence fondamentale de sécurité juridique a progressivement tracé. Si elle présente une utilité indéniable, la rétroactivité n'en est pas moins susceptible de compromettre la stabilité des situations juridiques, ce qui la rend, par essence, nocive. Au nom de la préservation de la sécurité juridique, tout un arsenal a été progressivement mis en place pour rationaliser, en amont, l'emploi de la rétroactivité et, en aval, contrôler la perturbation qu'elle provoque sur l'ordonnement juridique. Au regard de l'exigence fondamentale de sécurité juridique, la rétroactivité ne doit, en effet, être tolérée que dans la mesure où elle répond à des intérêts légitimes et susceptibles de se rattacher au cœur même du droit public, l'intérêt général.

67. Le polymorphisme du phénomène en droit positif n'empêche pas de tenter de construire une théorie générale de la rétroactivité. Le pluralisme de la concrétisation de la rétroactivité ne s'oppose pas à ce qu'il lui soit attribuée une signification unique, non plus qu'à ce que ses manifestations puissent être regroupées autour d'un certain nombre de fonctions. D'abord, l'analyse normative du droit transitoire permet, en effet, d'adopter une perspective objective qui transcende le particularisme du

procédé. Attachée à la structure de la norme juridique impliquée dans le processus de rétroaction, cette approche rend compte de la manière dont elle agit dans le temps. Elle fournit des instruments d'analyse utiles pour mieux comprendre la manière dont opère le mécanisme de la mise en vigueur anticipée de la norme juridique que réalise la rétroactivité et ce, indifféremment de l'autorité publique qui l'emploie. Ensuite, les manifestations de la rétroactivité correspondent à un certain nombre de fonctions que remplit la rétroactivité au sein de l'ordre juridique. La rétroactivité offrant un cadre normatif au sein duquel les effets de droit produits au cours d'une période définie vont être révisés, c'est naturellement à partir des différentes façons de retraiter la période de temps considérée que ces fonctions peuvent être dégagées. La dialectique entre sécurité juridique et rétroactivité éclaire, là encore, le rôle que peut jouer celle-ci au service de celle-là. C'est dire que la rétroactivité produit parfois des effets irremplaçables et salutaires, lorsqu'il s'agit de consolider les situations précaires ou, à l'inverse, de corriger les situations irrégulières. Outre la garantie d'une certaine stabilité juridique et du respect de la légalité, la rétroactivité contribue à maintenir l'unité et la cohérence du droit, en apportant un nouvel éclairage sur le passé ou en établissant un nouvel équilibre normatif entre le passé et le présent.

68. La rétroactivité constitue un phénomène polymorphe et autonome, dont il n'est pas aisé de cerner les contours. Derrière la formule, se cachent des techniques diverses et des objets variés, dont il n'a pas été pleinement rendu compte jusqu'à présent. Pourtant, le procédé présente une unité fondamentale. Techniquement, la rétroactivité consiste à réaliser la mise en vigueur anticipée des normes juridiques. Fonctionnellement, elle offre un cadre au sein duquel vont être retraités au présent les effets juridiques passés. S'il s'agit toujours du même procédé, il existe plusieurs façons de réviser les conséquences du passé. Partant, il convient de mesurer la place que tient le procédé en droit public positif préalablement à la construction d'une théorie unitaire de la rétroactivité en cette matière.

69. Au sein de cette démarche, la rétroactivité doit être traitée comme une technique normative exorbitante en droit public. Les multiples manifestations qu'elle connaît en droit positif attestent son utilité, tout autant qu'elles montrent les dangers que recèle la remise en cause *a posteriori* du passé de l'ordonnement juridique. Malgré les difficultés qu'il permet d'aplanir, le procédé de la rétroactivité provoque une perturbation du système juridique. C'est dire que, quels que soient les avantages que cette action procure, il n'est pas dans l'ordre naturel des choses de prétendre agir sur le passé. En raison de cette ambivalence, la rétroactivité n'est pas une technique juridique neutre, un simple expédient. Outre les conséquences spectaculaires qu'elle est susceptible de produire en pratique, la rétroactivité entretient un rapport intime avec la façon de concevoir et de créer le droit ou, plus exactement, avec la manière dont le système juridique tente de régler ses propres anomalies. Étudier la rétroactivité, c'est mesurer la place que tient – ou plutôt que peut tenir – ce procédé pathologique du droit en droit public positif (Partie I). Cette étape constitue le préalable nécessaire à une tentative d'élaborer une théorie générale de la rétroactivité en cette matière (Partie II).

PREMIÈRE PARTIE : LA MANIFESTATION PLURIELLE DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

70. Objet et plan de la partie. L'examen de la pratique de la rétroactivité en droit public montre la réalité plurielle de ce procédé, tant du point de vue de l'utilisation qui en est faite par les différentes autorités publiques, que du traitement qu'elle reçoit en droit public positif.

71. Le retraitement normatif du passé est nécessairement générateur de perturbations, dès lors que sa mise en œuvre aboutit à la remise en cause des situations juridiques antérieurement constituées. Partant de ce constat, on aurait pu s'attendre à ce que la rétroactivité soit employée avec précaution et parcimonie par les autorités publiques, à plus forte raison dans un domaine où les rapports de droit sont inégalitaires et où la garantie des droits constitue un rempart contre l'arbitraire. Le retraitement des effets du passé par la puissance publique apparaît d'autant plus sujet à caution que l'autorité publique dispose de moyens exorbitants lui permettant de dépasser, au nom de l'intérêt général, les intérêts particuliers, même légitimes. Corrélativement, on aurait pu également escompter que l'emploi de la rétroactivité soit non seulement rigoureusement limité, mais encore strictement encadré par le droit positif. Traiter la rétroactivité comme une technique exorbitante du droit commun, dont l'utilisation ne serait envisageable que dans des cas exceptionnels, paraît même s'imposer, si l'on tient compte de ce que les exigences tirées du principe de sécurité juridique, comme celle de la prévisibilité et de la stabilité du droit, se font progressivement plus pressantes en droit français. Par suite, il n'y aurait rien de surprenant à ne trouver, en pratique, que de rares cas d'application de la rétroactivité. Or, la réalité de la rétroactivité en droit public est à l'opposé de ce double présupposé.

D'abord, le procédé est largement utilisé par les autorités publiques, quelles que soient par ailleurs les contraintes qui pèsent sur leur action. Ainsi, le législateur, le juge, et, de manière plus surprenante compte tenu de la vigueur du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, l'autorité administrative connaissent chacun de la rétroactivité. De fait, la rétroactivité connaît, en droit public, des applications nombreuses, en même temps qu'elle se manifeste sous les formes les plus diverses. Au sein de cette diversité, il existe une rétroactivité propre à l'activité de chacune des autorités qui y recourt, dès lors que, dans chaque situation, elle ne répond pas aux mêmes besoins, non plus qu'elle ne présente les mêmes caractéristiques.

Ensuite, le traitement que reçoit la rétroactivité en droit public positif est également tributaire de l'autorité qui y recourt. Le législateur, le juge et l'autorité administrative ne sont pas placés dans une même position vis-à-vis de la rétroactivité. Cette différence se manifeste à travers les contraintes et les limites auxquelles est soumis l'emploi du procédé en droit public. En cette matière comme dans d'autres, la réalité de la rétroactivité est plurielle.

72. Il s'agira donc de procéder, dans un premier temps, à l'identification des différentes manifestations de la rétroactivité en droit public. L'inventaire des applications de la rétroactivité montrera que celles-ci sont nombreuses et disparates et qu'elles recouvrent une réalité différente selon l'autorité publique qui y recourt. À chaque acteur de la rétroactivité correspond une utilisation spécifique

du procédé (Titre I). Dans un second temps, il s'agira de montrer que la rétroactivité ne bénéficie pas d'un statut général et unique, mais fait l'objet d'un traitement différent selon l'autorité publique qui la met en œuvre. Cette disparité de traitement se retrouve à la fois dans son domaine d'application et dans les limites qui lui sont opposées (Titre II).

TITRE I : LES ACTEURS DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT

PUBLIC

73. Objet du Titre. Le phénomène de la rétroactivité peut être mieux cerné en procédant à l'inventaire de ses manifestations en droit public. La « géographie » de ses acteurs montre que la rétroactivité recouvre une réalité plurielle en droit public. Outre la meilleure connaissance d'une technique juridique qui ne se laisse pas aisément saisir, il ressort de ce recensement que la rétroactivité fait l'objet d'une application courante par les autorités publiques et qu'elle présente une physionomie propre à chacune d'elles.

74. Introduction. La rétroactivité reçoit des applications nombreuses et disparates en droit public. De fait, les acteurs de la rétroactivité y recourent dans de multiples situations et de diverses façons.

Le constat que les autorités publiques connaissent toutes de la rétroactivité, quoiqu'à des degrés divers, n'a, en soi, rien d'original. Le droit n'étant ni un phénomène instantané, ni un ensemble figé, il connaît un processus d'adaptation constante à la réalité des situations qu'il vient régir et qui, souvent, lui préexistent²⁵⁴. Or, cette adaptation nécessaire se fait rarement de manière immédiate, ce qui signifie que toute activité normative a, par essence, un lien avec le passé. Il en résulte que toute autorité normative doit reprendre, d'une manière ou d'une autre, le passé. Le tout est de faire la part entre ce qui relève du phénomène de la rétroactivité *stricto sensu* de ce qui appartient au processus rétrospectif d'adaptation constante du droit.

De fait, un certain nombre d'actes juridiques ou de procédés sont qualifiés de rétroactifs, alors même que l'effet de droit sur le passé que ceux-ci sont censés produire n'est, en réalité, qu'apparence. Le recours intempestif au champ lexical de la rétroactivité, soit que tel acte soit qualifié de rétroactif, soit qu'une référence soit faite à une technique à laquelle est attachée un effet rétroactif – comme par exemple le recours à l'idée d'annulation –, obscurcit grandement le phénomène. Or, il ne peut y avoir de rétroactivité en l'absence de conséquence juridique sur le passé des situations affectées par la norme nouvelle. La question d'une définition plus serrée du concept de rétroactivité étant réservée à ce stade, on raisonnera principalement à partir des cas dans lesquels la rétroactivité semble *a priori* s'imposer comme solution pour décrire les effets dans le temps de l'acte de droit public. Le recensement des diverses manifestations de la rétroactivité sera ainsi l'occasion de faire la distinction entre rétroactivité véritable et rétroactivité apparente. Parmi tous les actes de droit public auxquels on reconnaît un effet rétroactif, seuls certains ont réellement une incidence sur le passé de l'ordonnement juridique.

75. Pluriel, le phénomène de la rétroactivité est également emprunt d'un particularisme certain. Chaque autorité publique entretient, en effet, un rapport avec le passé qui lui est propre. C'est dire que la rétroactivité ne recouvre pas la même réalité suivant l'autorité qui y recourt. Chaque autorité publique a sa propre rétroactivité. Alors que l'activité normative du législateur et de l'autorité administrative est principalement tournée vers l'avenir, celle du juge est naturellement orientée vers le passé. Selon qu'elle est mise en œuvre par l'une ou l'autre de ces autorités, la rétroactivité ne présente donc pas le même

²⁵⁴ Cf., en ce sens, T. RENOUX, « Table ronde sur le principe de non-rétroactivité des lois : France », *AJJC*, 1999, p. 357, spéc. p. 360.

visage, non plus qu'elle ne revêt la même portée. Détenteur d'un pouvoir de rétroactivité au nom de l'intérêt général, le législateur l'exerce sous les formes les plus diverses. La rétroactivité de la loi revêt, de surcroît, une portée générale, dont l'étendue varie en fonction du but poursuivi par l'autorité normative. Dans certaines matières, la rétroactivité de la loi se présente sous un jour singulier en raison de l'aménagement de l'action temporelle du législateur, que ce soit dans le domaine répressif ou dans le domaine financier et fiscal. De son côté, l'autorité administrative voit le champ temporel de son action normative borné par le principe de non-rétroactivité. Pourtant, il faut constater que ce dernier reçoit, en réalité, de nombreuses exceptions. La plupart d'entre elles concernent des situations juridiques individuelles, ce qui contribue à limiter la portée de la rétroactivité administrative. Il existe ainsi une multitude d'« îlots » de rétroactivité en matière administrative, dont le fondement n'est pas toujours fermement établi. À l'opposé, la rétroactivité constitue le mode d'action naturel du juge. Jusqu'à une période récente, on pouvait même affirmer que la rétroactivité était de l'essence même de son office. La rétroactivité du juge se manifeste ainsi dans chacune de ses missions, qu'il s'agisse pour lui de trancher des litiges antérieurement nés ou, de manière plus occasionnelle, de participer à la création des règles du droit positif.

76. Au-delà de son polymorphisme prononcé, la rétroactivité constitue, au moins en partie, un « fonds commun » à l'ensemble de ses acteurs. En effet, certaines normes juridiques, à raison de leur objet même, produisent un effet rétroactif, indifféremment de l'autorité qui les édicte. C'est dire que leur mise en œuvre passe nécessairement par un retraitement des effets antérieurement développés par une norme préexistante. Ainsi, la rétroactivité se présente comme l'accessoire naturel de techniques normatives que sont l'annulation, la confirmation et l'interprétation, et que l'une quelconque des autorités publiques est amenée à employer. Ces « techniques de rétroactivité » seraient privées de toute effectivité, voire même de toute raison d'être, si elles ne comportaient aucun effet sur le passé. Au sein d'un ensemble disparate, il existe donc un « noyau dur » communément partagé par les acteurs de la rétroactivité.

77. Justification du plan. Au bénéfice de ce qui précède, on aurait pu envisager de dresser un inventaire faisant la part entre ce qui relève du « fonds commun » de la rétroactivité en droit public et ce qui appartient spécifiquement à l'un ou l'autre de ses acteurs, pris isolément. Un tel parti débouche néanmoins sur un double écueil. D'une part, le recours à ces « techniques de rétroactivité » n'est pas propre au seul droit public. Le droit privé connaît lui-même de cas de rétroactivité similaires, ce qui réduit d'autant l'intérêt, à ce stade, de les regrouper au sein d'un même ensemble. D'autre part, même si les autorités publiques recourent à des techniques identiques, cela ne signifie pas pour autant que l'utilisation qu'elles en font est comparable. C'est même tout le contraire. Tant les procédés employés que la place que ceux-ci tiennent dans l'activité normative de l'une ou l'autre des autorités publiques montrent que c'est le particularisme qui prédomine dans le maniement de la rétroactivité. Partant, le classement des multiples cas de rétroactivité en fonction de l'autorité qui y recourt commande naturellement la structure de l'étude.

78. Plan du Titre. La rétroactivité présente un visage différent selon l'autorité publique qui la met en œuvre. La rétroactivité de la loi se caractérise par la grande diversité des formes et des procédés utilisés (Chapitre I). La rétroactivité de l'acte administratif est, quant à elle, davantage marquée par le sceau de l'éclatement. Elle se manifeste par une multitude d'exceptions ponctuelles au principe de non-rétroactivité, si bien qu'il est difficile de parvenir à une vue d'ensemble homogène du phénomène en la matière (Chapitre II). La rétroactivité de la décision de justice apparaît, pour sa part, comme relevant de l'évidence même. Pourtant, l'activité du juge n'est pas, toute entière, le siège d'une rétroactivité. Cette dernière n'en demeure pas moins sa caractéristique fondamentale (Chapitre III).

CHAPITRE I : LA RETROACTIVITE DE LA LOI

79. Introduction et délimitation de l'objet du chapitre. Détenteur du pouvoir de rétroactivité, le législateur en dispose librement pour organiser dans l'intérêt général l'application dans le temps de la règle de droit. Cela ne signifie pas pour autant que celui-là peut, à loisir, étendre l'emprise de celle-ci sur le passé. En dépit du nombre important des lois rétroactives, la rétroactivité ne saurait constituer une technique de législation « ordinaire ». En effet, son emploi a pour conséquence de remettre en cause les situations juridiques nées sous l'empire de la loi ancienne. Alors que les sujets de droit ont cru s'être conformés, au moment où ils ont agi, à la loi en vigueur, la loi rétroactive vient ultérieurement les priver des conséquences auxquelles ils auraient pu légitimement s'attendre. Du fait de la loi rétroactive, ces sujets sont regardés *ex post facto* comme ayant adopté un comportement non conforme à la loi. Le caractère général de la loi aggrave encore l'ampleur des conséquences sur l'ordonnement juridique de ce « revirement » législatif. Ce faisant, la loi rétroactive porte atteinte à la stabilité des situations juridiques et compromet la prévisibilité du droit. Plus largement, l'utilisation de la rétroactivité entraîne une dégradation de l'image de la loi. Dès lors qu'un comportement adopté hier peut être déclaré hors la loi demain et inversement, le recours à la rétroactivité n'encourage pas le citoyen à obéir à la loi²⁵⁵. Pour toutes ces raisons, la rétroactivité de la loi n'est un procédé recommandable, ni juridiquement, ni politiquement.

80. Le recensement des manifestations de la rétroactivité de la loi en droit public montre pourtant l'usage fréquent que fait le législateur de ce procédé. Il peut être rendu compte des multiples manifestations de la rétroactivité de la loi en tenant compte à la fois du domaine considéré et du procédé employé.

D'abord, l'action dans le temps du législateur s'exerce selon des modalités propres à certaines matières. En droit répressif, la rétroactivité est un mode d'action qui s'impose parfois au législateur. En droit financier et fiscal, la rétroactivité adopte une forme particulière en raison de l'influence du principe de l'annualité. Quel que soit le domaine, le législateur dispose ensuite de deux moyens pour remettre tout ou partie des conséquences juridiques qu'a eues la loi ancienne. D'un côté, il peut choisir d'étendre le champ d'application de la loi nouvelle à des faits ou actes antérieurement accomplis ou de lui donner une date d'effet dans le passé. L'effet sur le passé de la loi nouvelle est formalisée par l'insertion d'une « clause de rétroactivité » dans l'une de ses dispositions ou déduite de l'analyse de son présumé. Ce faisant, le législateur prescrit l'application anticipée de la règle nouvelle, en même temps que l'éviction de la règle ancienne.

Ensuite, le législateur a, à l'instar de toute autorité normative, à sa disposition un certain nombre de techniques auxquelles un effet rétroactif est associé de plein droit. Recourir à l'une d'elles, c'est nécessairement conférer une portée rétroactive à la loi nouvelle. Il suffit d'évoquer les notions de loi interprétative, de loi de validation ou encore de loi de ratification pour attester de la diversité de ces procédés, dont il faut bien reconnaître que le législateur fait un usage habituel. Ainsi, la rétroactivité de la loi est loin de représenter un phénomène uniforme en droit public.

²⁵⁵ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, préc., 2007, p. 280, n° 353.

81. Enfin, la question de la rétroactivité peut être posée, en matière législative, à propos des effets *ratione temporis* des décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Dès lors qu'il joue le rôle d'un censeur de la loi, voire même dans une certaine mesure celui d'un « coauteur », l'activité du Conseil constitutionnel participe de la fonction législative. Partant, les décisions se prononçant sur la constitutionnalité de la loi affectent directement ses effets. Le caractère *a priori* du contrôle de constitutionnalité des lois a longtemps empêché toute rétroactivité en ce domaine. La mise en place de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008 a profondément renouvelé cette question. Désormais, le contrôle de constitutionnalité des lois affecte largement le passé de l'ordonnement juridique. Suivant le sens et la portée de la décision du Conseil constitutionnel, la loi verra ses effets rétroactivement modifiés ou remis en cause.

82. Plan du chapitre. Nul n'est besoin de s'intéresser aux raisons d'être ou aux fondements de la rétroactivité de la loi dans la recherche d'un critère opérant pour classer ses diverses manifestations. Le législateur en dispose librement, ou presque. De même, le domaine dans lequel le législateur intervient ne permet de rendre compte que partiellement du phénomène de la rétroactivité de la loi. À tout prendre, les différents moyens dont dispose le législateur pour doter la loi d'un effet rétroactif semble offrir un critère pertinent. La rétroactivité de la loi nouvelle peut être prescrite par le législateur (Section 1) ou ce dernier peut recourir à une technique produisant, de plein droit, un tel effet (Section 2). Enfin, le contrôle de constitutionnalité produit également un effet sur le passé des lois et, plus largement, de l'ordonnement juridique (Section 3). À cette occasion, le Conseil constitutionnel est susceptible d'user de la rétroactivité au moyen de la remise en cause des effets de la loi pour le passé ou de l'émission d'une réserve d'interprétation.

Section 1 : La rétroactivité de la règle nouvelle prescrite par le législateur

83. Objet de la section. La rétroactivité de la règle législative n'est pas un phénomène uniforme en droit public. L'action dans le temps du législateur s'exerce, en effet, selon des modalités diverses. De manière générale, le législateur est libre de déterminer la forme et le procédé utilisé pour étendre au passé l'effet de la règle nouvelle. À côté de cette rétroactivité ordinaire de la loi, il existe une rétroactivité spécifique à plusieurs domaines dans lesquels l'action du législateur fait l'objet d'un encadrement d'ordre temporel.

La rétroactivité s'exprime selon des modalités propres à certaines matières. En droit répressif, la rétroactivité constitue un mode d'action dans le temps qui lui est, dans une certaine mesure, imposé. Lorsqu'elle s'avère favorable à son destinataire, la règle répressive de fond rétroagit de plein droit (§ 2). Dans d'autres domaines, tels le droit financier ou fiscal, c'est le cadre temporel prédéfini dans lequel s'inscrit l'action du législateur qui est parfois la cause de la rétroactivité de la loi. Le principe d'annualité qui gouverne le budget, ainsi que certains impôts, comporte une double incidence sur la rétroactivité de la loi. D'un côté, il contraint le législateur à recourir à la rétroactivité en cas de non-respect du commencement ou du terme de l'exercice budgétaire ou fiscal. De l'autre, le jeu du principe d'annualité conduit à dénier tout caractère rétroactif aux changements budgétaires opérés en cours d'exercice par le législateur ou aux règles de nature fiscale qu'il édicte avant le terme de l'exercice (§ 3).

En dehors de ces domaines particuliers, le législateur dispose, dans l'intérêt général, de la faculté de commander l'application pour le passé de la règle de droit. La liberté du législateur est à la source d'une grande variété dans l'expression de son pouvoir de rétroactivité. Suivant la nature de la règle de droit et les modalités de sa formulation, la rétroactivité de la loi nouvelle est susceptible de prendre les formes les plus diverses (§ 1).

§ 1 : La rétroactivité ordinaire de la loi

84. Parce que le législateur dispose, au nom de l'intérêt général, d'un pouvoir de rétroactivité, nul n'est besoin de s'interroger sur les fondements de la rétroactivité de la loi. Ainsi, le recensement des diverses manifestations de la rétroactivité ordinaire de la loi passe principalement par la recherche de l'intention du législateur de conférer un effet rétroactif à une disposition (I). Si l'identification de la rétroactivité est, avant tout, un problème de datation, la nature de la règle de droit exerce également une influence sur l'appréciation de la portée dans le temps de la loi. Parce qu'elles ont un objet fondamentalement différent, le droit transitoire appréhende différemment l'action dans le temps des lois de fond de celle des lois de forme et de procédure. Partant, la rétroactivité d'une loi de fond ne saurait être déterminée suivant la même méthode que celle d'une loi de forme et de procédure. C'est dire qu'il existe plusieurs catégories de lois rétroactives ordinaires (II).

I – LES FORMES DE RETROACTIVITE DE LA REGLE LEGISLATIVE

85. Il est tout à fait exceptionnel qu'une loi se déclare elle-même rétroactive, ou qu'elle confère explicitement à l'une ou l'autre de ses dispositions un tel effet. On peut néanmoins trouver quelques exemples de ces « clauses de rétroactivité »²⁵⁶. La raison de cette discrétion s'explique, de manière assez évidente, par le préjugé défavorable que suscite l'emploi de la rétroactivité dans l'opinion publique. Pour des raisons principalement politiques, l'autorité normative est amenée à recourir à différents procédés qui, tout en évitant d'utiliser le terme même, aboutissent à faire rétroagir expressément ou implicitement la loi nouvelle.

Le premier d'entre eux consiste pour le législateur à utiliser des qualifications auxquelles est traditionnellement attaché un effet rétroactif. Les exemples les plus connus sont ceux des lois interprétatives et des lois confirmatives²⁵⁷. Dans ces hypothèses, la rétroactivité découle naturellement du procédé employé par l'autorité normative. En tant que telles, les lois rétroactives par leur objet seront examinées plus loin²⁵⁸. En tout état de cause, en choisissant de qualifier une disposition d'interprétative ou de confirmative, le législateur entend donc lui conférer expressément un effet rétroactif. Cependant, il arrive parfois que le législateur soit tenté de détourner ces qualifications de leur véritable objet et ce, dans le but invouable de s'affranchir des contraintes qui pèsent désormais sur l'exercice de son pouvoir de prescrire la rétroactivité de la règle de droit. Ainsi, en cachant cette dernière derrière une « fausse qualification »²⁵⁹, le législateur fait rétroagir une règle nouvelle sans avoir à se justifier. De tels abus, assimilables à un détournement de procédure, ne sauraient être admis, dès lors qu'ils conduisent à une méconnaissance par le législateur des principes constitutionnels encadrant son action dans le temps²⁶⁰.

Le législateur peut ordonner expressément que la loi nouvelle produise son effet à compter d'un instant donné dans le passé (A). En l'absence de clause de rétroactivité, la recherche de la volonté du

²⁵⁶ O. NÉGRIN, *L'application dans le temps des textes fiscaux*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1997, p. 127 ; P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, Paris, Dalloz et Sirey, 2^e éd., 1960, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 269, n° 60. Cf., notamment, la loi du 17 février 1927, complétant la loi du 8 janvier 1925 sur l'organisation des cadres des réserves des armées de terre (JORF du 18 février 1927, p. 2114) ; l'art. 3 de la loi n° 54-1295 du 29 décembre 1954, relative au congé spécial pour exercice de fonctions électives des militaires (JORF du 30 décembre 1954, p. 12303), lequel prévoit que « les dispositions de la présente loi sont applicables aux intéressés avec effet rétroactif à la date de leur dernière élection, sans que cette disposition puisse porter atteinte aux droits acquis par eux jusqu'à la date de sa promulgation » ; l'art. 35-II de la loi n° 93-859 du 22 juin 1993, de finances rectificative pour 1993 (JORF n° 143 du 23 juin 1993, p. 8815), dont les dispositions « ont un caractère rétroactif » ; l'art. 116-III de la loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999, de finances pour 2000 (JORF n° 303 du 31 décembre 1999, p. 19914), dont les dispositions « prennent effet rétroactivement à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole ».

²⁵⁷ Ils sont historiquement les plus anciens (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, préc., p. 237, n° 167 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 39, n° 11).

²⁵⁸ Cf., plus bas, p. 132 et s. n° 192 et s.

²⁵⁹ Pour des ex. d'actes faussement confirmatifs ou interprétatifs, cf. CE, 27 avril 1945, *Harlé*, Rec., p. 86 ; de lois faussement interprétatives, cf., notamment, CE, 8 mars 1967, *Leux, Saint Bonnet, et Savary*, req. n° 65.251, 67.784, Rec., p. 107, 109 et T., p. 838 (trois aff.) ; C.Const., déc. n° 84-186 DC, 29 décembre 1984, *Loi de finances rectificative pour 1984*, cons. 2 et 3, Rec., p. 107, *RJF*, 1985, n° 3, comm. 482, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU ; CE, 8 décembre 1986, *SCI "Les Arolles"*, req. n° 44.100, *RJF*, 1987, n° 2, p. 81, concl. B. MARTIN-LAPRADE ; 4 mars 1987, *SCI "Les Terrasses de Clamart"*, req. n° 50.653, *DF*, 1987, comm. 441, *RJF*, 1987, n° 5, comm. 591 ; 29 janvier 1992, *Ministre du Budget c/ Association sportive du tennis club des Caillols*, req. n° 75.611, Rec., T., p. 926 ; 23 mars 1994, *M. Chanel*, req. n° 148.398, Rec., T., p. 794. Voir également la question des rectificatifs, p. 231 et s., n° 297 et s. ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. I, préc., p. 343 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préc., p. 350, n° 731.

²⁶⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, préc., p. 273, § 22 ; O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, préc., p. 150, n° 126 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 209, n° 282 ; P. MARTIN, concl. sur CE, 28 novembre 1986, *SARL "Delattre et Compagnie"*, req. n° 15.196, *DF*, 1987, n° 26, p. 754, spéc. p. 757 ; J. PETIT, thèse préc., p. 307 et s., n° 633 et s. et « À propos de la théorie de la qualification : le juge et les qualifications légales », in *L'office du juge*, colloque organisé au Sénat les 29 et 30 septembre 2006, Paris, Publications du Sénat, coll. Les colloques du Sénat, 2006, p. 148.

législateur peut faire apparaître que ce dernier a implicitement entendu conférer une portée rétroactive à la loi nouvelle (B).

A/ La rétroactivité explicite de la loi

86. Le législateur peut expressément recourir à la rétroactivité dans deux cas. En fixant la date d'effet de la loi, l'autorité normative commande directement le commencement de sa période d'application. En reportant dans le passé, notamment par le biais d'une disposition transitoire²⁶¹, la date d'effet de la loi, le législateur confère explicitement un effet rétroactif à la loi (1). De façon moins évidente cette fois, le législateur peut prescrire la rétroactivité de la loi en se référant à des événements du passé. Dans ce cas, l'effet dans le temps de la loi dépend du moment où les différents éléments qu'elle désigne se sont produits. L'intervention des seconds précédant celle de la première dans le temps, il y a rétroactivité. Toutefois, l'identification de cette rétroactivité de la loi par référence au passé n'est pas toujours évidente, dès lors que toute loi a vocation à tenir compte, à un degré plus ou moins grand, du passé (2).

1°) La fixation dans le passé de la date d'effet de la loi

87. Le moyen le plus évident de conférer un effet rétroactif à la loi est de lui donner explicitement une date d'effet dans le passé. En effet, fixer dans le passé la date d'effet de la loi revient à faire débiter prématurément sa période d'application. En d'autres termes, la loi est réputée s'appliquer à un moment antérieur à son intervention effective. Concrètement, cela signifie qu'une loi rétroagit lorsqu'elle reporte sa date d'effet à une date antérieure à celle de sa publication, au besoin par le biais d'une disposition transitoire²⁶². Du point de vue de l'identification de la rétroactivité de la loi, peu importe le moment choisi par le législateur dans le passé pour fixer la date d'effet anticipé de la loi.

À titre d'exemple, on mentionnera la loi du 30 juin 2004, intervenue à la suite de la célèbre affaire des « recalculés », dont les dispositions autorisent la récupération, à compter du 1^{er} janvier 2004, des sommes versées à nombre d'entre eux au titre d'allocations de solidarité. Le versement de ces aides était, en effet, devenu injustifié du fait de la réintégration rétroactive des « recalculés » dans le régime de l'assurance chômage²⁶³. Le droit de récupération étant reconnu aux organismes gestionnaires de ces allocations à compter d'une date précédant de six mois celle de la loi, il y a bien rétroactivité.

L'écart de temps séparant ces deux dates peut être minime – un jour – ou plus important et couvrir plusieurs années. Un exemple particulièrement intéressant est celui de la rétroactivité potentielle

²⁶¹ Son objet sera d'orienter vers le passé l'application de la loi nouvelle (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 50 et s., n° 66 et s.). Sur les hésitations de la doctrine à qualifier de transitoires les dispositions rétroactives, voir E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTDCiv.*, 1969, p. 416, n° 10 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, préc., p. 161 ; P. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps (Contribution à la théorie générale du droit transitoire)*, préc., p. 23.

²⁶² Sur ce point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 67, n° 99. La disposition transitoire fixe une date catégorique en déterminant avec précision le jour auquel la loi nouvelle entrera en vigueur. En choisissant une date antérieure à sa publication, la disposition transitoire prescrit la rétroactivité de la loi nouvelle.

²⁶³ Art. 2 de la loi n° 2004-627 du 30 juin 2004 modifiant les articles 1^{er} et 2 de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques et relative au recouvrement, par les institutions gestionnaires du régime d'assurance chômage, des prestations de solidarité versées entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} juin 2004 aux travailleurs privés d'emploi dont les droits à l'allocation de retour à l'emploi ont été rétablis (JORF n° 151 du 1^{er} juillet 2004, p. 11949). Il est ici fait référence aux suites de l'affaire ayant donné lieu au prononcé de la décision du Conseil d'État *Association AC ! et autres* (CE, Ass., 11 mai 2004, req. n° 255.886, Rec., p. 197).

des lois de finances en matière fiscale. Depuis 1981, chaque loi de finances initiale fixe elle-même au 31 décembre de l'année en cours la date d'effet des règles d'assiette et de liquidation des impôts directs²⁶⁴. Dans le cas où la loi de finances est publiée avant la fin de l'année, elle ne produit aucun effet rétroactif, dès lors que le fait générateur de ces impôts, fixé au 31 décembre de l'année au titre de laquelle l'impôt est dû, n'est pas réalisé. En revanche, qu'il y ait un retard dans le vote ou la publication de la loi de finances, empêchant cette dernière d'intervenir avant la fin de l'année, il y aura alors rétroactivité des règles fiscales concernant les impôts directs. En effet, la loi de finances prendra effet antérieurement au fait générateur de l'impôt, alors même qu'elle n'aura été édictée ou publiée que postérieurement à sa réalisation.

Il est également indifférent que cette date soit antérieure à l'une ou l'autre des étapes d'élaboration de la loi. Ainsi, que la date de prise d'effet de la loi soit antérieure à celle de son adoption ou de sa promulgation reste sans incidence, pourvu qu'elle précède sa publication²⁶⁵.

Dans le même ordre d'idées, la loi peut encore faire correspondre sa date d'entrée en vigueur avec celle d'un acte juridique intervenu antérieurement à sa publication, qu'il s'agisse d'une disposition législative²⁶⁶ ou d'un acte administratif²⁶⁷. Par exemple, il est fréquent de voir une loi reporter son entrée en vigueur à la date d'intervention de ses mesures d'application. Dans pareille situation, la loi peut prescrire son entrée en vigueur anticipée en prévoyant l'intervention du texte nécessaire à son application à une date antérieure à sa publication. Anticiper l'entrée en vigueur du second revient à anticiper celle de la première²⁶⁸.

En l'absence d'indication par l'autorité normative d'une date précise à laquelle la loi va commencer à produire son effet, il est néanmoins possible de déduire la rétroactivité directement de son champ d'application. Si anticiper la mise en vigueur de la loi nouvelle signifie lui faire régir des faits ou des actes antérieurs à la date légale de son entrée en vigueur, l'inverse est également vrai. En d'autres termes, l'intégration de faits ou actes du passé dans le champ d'application de la loi révèle le choix de l'autorité normative de conférer à cette dernière un effet rétroactif.

²⁶⁴ Depuis la loi de finances pour 1980 (loi n° 80-30 du 18 janvier 1980, JORF du 19 janvier 1980, p. 147), l'art. 1^{er} de chaque loi de finances comporte une disposition rendant celle-ci applicable à l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année en cours et des années suivantes, ainsi qu'à l'impôt dû par les sociétés sur leurs résultats des exercices clos à compter du 31 décembre de l'année en cours. La date d'entrée en vigueur des autres dispositions fiscales est, quant à elle, fixée au 1^{er} janvier de l'année suivante.

²⁶⁵ Sur ce point, voir, respectivement, p. 633 et s., n° 827 et s. et p. 702 et s., n° 913 et s. Cf., par ex., CE, 28 mai 1947, *Mangin*, Rec., p. 222 ; Sect., 7 novembre 1947, *Barut*, Rec., p. 412 ; 7 novembre 1951, *Sieur Francis Ahmed*, Rec., p. 517 ; 30 novembre 1951, *Sieur Lecerf*, Rec., p. 566 ; Sect., 20 juin 1952, *Sieur Bastide et autres*, Rec., p. 327 ; 25 mai 1954, *Société Foreston*, Rec., p. 300, *RJPUF*, 1955, p. 186, note A. PLANTEY ; 15 mai 1961, *Sucrerie et distillerie de Longueuil-Sainte-Marie*, req. n° 46.817, Rec., p. 316. Voir R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 328.

²⁶⁶ Cf., par ex., l'art. 116-III de la loi de finances pour 2000 déjà citée. Voir également, CE, Ass., 21 avril 1944, *Sieur Jacquet*, req. n° 73.389, Rec., p. 121 ; 7 novembre 1951, *Sieur Francis Ahmed*, préc. ; 26 novembre 1958, *Sieur Leroy*, req. n° 77. 262, Rec., p. 587 ; 23 octobre 1974, *Sieur Thami ben Mohamed*, req. n° 91.345, Rec., p. 501 ; 16 décembre 1983, *Noir et autres*, req. n° 42.180, Rec., p. 518.

²⁶⁷ Pour un ex. de renvoi à la date de publication d'un décret antérieur, cf. l'art. 2 de la loi n° 94-639 du 25 juillet 1994, modifiant l'article 21 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur (JORF n° 172 du 27 juillet 1994, p. 10831). Pour un autre ex., voir CE, 25 octobre 1950, *Forestier*, Rec., p. 514.

²⁶⁸ CE, 3 octobre 1986, *Cettier*, req. n° 54.563, Rec., T., p. 382 ; 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, req. n° 189.315, Rec., T., p. 721. La rétroactivité de la règle nouvelle peut également résulter de l'habilitation donnée par le législateur au pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Sur cette question voir, plus loin, p. 166 et s., n° 233 et s. et G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 513, n° 647.

2°) La désignation par la loi d'éléments appartenant au passé

88. La rétroactivité de la loi peut également être identifiée, quoique de manière moins nette, de ce que celle-ci rattache la production de son effet à la réalisation d'évènements passés. Dans ce cas, la position dans le temps des éléments désignés par la loi commande directement le moment de son application. Ainsi, en visant des évènements antérieurs à l'intervention de la loi, le législateur entend étendre son effet dans le passé. Toute la difficulté consiste alors à établir le lien entre les éléments auxquels la loi se réfère et l'effet de droit qu'elle produit. La réponse à cette question n'est pas toujours évidente, dès lors qu'il n'est pas rare de voir la loi tenir plus ou moins compte du passé pour organiser l'avenir.

En tout état de cause, deux cas sont à distinguer, selon que le législateur se réfère à une série d'évènements survenus dans le passé ou à une période ayant débuté dans le passé. Dans un cas comme dans l'autre, l'autorité normative délimite le champ d'application de la loi en précisant à quels faits ou actes juridiques celle-ci s'appliquera. Si ces derniers se sont entièrement produits dans le passé ou au cours d'une période dont le point de départ doit être également fixé dans le passé, il y aura rétroactivité. En circonscrivant de la sorte le champ d'application de la loi, l'autorité normative peut lui conférer un effet rétroactif. Ainsi, la désignation par la loi d'une période passée (a) ou d'évènements du passé (b) peut signifier que celle-là produit son effet à compter de la date de survenance de ceux-ci.

a - La référence à une période passée

89. La mention par la loi d'une période de référence située dans le passé signifie, le plus souvent, que le législateur a entendu prendre en considération la réalisation d'un ensemble d'actes ou de faits juridiques pour déterminer son champ d'application. Néanmoins, il est généralement admis que la loi nouvelle puisse faire référence à certaines situations du passé sans pour autant produire par là un effet rétroactif²⁶⁹. Par exemple, la loi peut soumettre le bénéfice d'une bonification indiciaire à l'accomplissement de plusieurs années de service par les fonctionnaires concernés ou conditionner une exonération d'impôts à la détention d'un capital pendant plusieurs années par le contribuable. Dans un cas comme dans l'autre, la loi ne rétroagit pas du simple fait qu'elle se réfère à des périodes qui peuvent avoir débuté avant son intervention. En d'autres termes, la référence à une période passée ne commande pas *ipso facto* le champ d'application temporel de la loi nouvelle. Ce n'est que si un tel lien existe qu'il peut y avoir rétroactivité de la loi nouvelle.

²⁶⁹ CE, 6 mai 1949, *Société Bourgeois et Cie*, Rec., p. 206 ; 17 juillet 1950, *Société civile de l'école Gerson*, Rec., p. 447, D., 1950, J., p. 720, note J. G., S., 1950, III, p. 114 ; 29 avril 1957, *Dame Blonde*, Rec., T., p. 931 ; Ass. Plén., 9 juin 1961, *Martin*, req. n° 50.882, Rec., p. 382, AJDA, 1961, p. 705, obs. V. SILVERA ; 18 mars 1964, *Dihn-Van-Tran*, req. n° 5.082, Rec., p. 187 ; TC, 28 février 1966, *Manufacture des tabacs de Tonneins c/ Teulie*, req. n° 1878, Rec., T., p. 899, AJDA, 1966, II, p. 512, obs. V. SILVERA ; C.Const., déc. n° 79-109 DC, 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine*, cons. 7, Rec., p. 29, AJDA, 1980, n° 6, p. 356, note C. FRANCK, D., 1980, p. 249, note J.-B. AUBY, *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 1980, n° 258-260, p. 4, note L. HAMON, *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 203, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Rev. adm.*, 1980, p. 363, note J.-Y. VINCENT, *RDP*, 1980, n° 6, p. 1631, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, cons. 14, Rec., p. 36, *AJJC*, 1985, p. 416 et 421, chr. B. GENEVOIS, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU.

90. Tel est le cas lorsque la période de référence détermine directement le champ d'application dans le temps de la règle de droit²⁷⁰. Si la période de référence s'est entièrement réalisée dans le passé, cela signifie que la loi entend régir des faits ou des actes qui sont tous survenus à un moment antérieur à celui auquel elle a été adoptée et/ou publiée²⁷¹. Par exemple, l'article 21 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1998 a fixé le montant de la base mensuelle de calcul des allocations familiales pour la période allant du 1^{er} janvier au 31 décembre 1996. L'extension de la modification des conditions de versement de ces prestations sociales à une période révolue au moment de l'intervention de la loi, soit fin 1997, signifie que le législateur a entendu remettre en cause rétroactivement les allocations liquidées et versées au cours de cette même période²⁷².

Il n'en ira autrement que dans le cas où le choix de la période de référence traduit, en réalité, la volonté de l'autorité normative de saisir une situation durable²⁷³. En d'autres termes, les faits visés dans la période de référence sont « révélateurs d'un état ». Ils ne constituent pas la condition véritable de l'application de la règle de droit, mais servent seulement à démontrer l'existence du fait durable régi par la loi²⁷⁴.

91. À l'inverse, si la période de référence n'exerce aucune incidence sur le champ d'application de la loi, il n'y a aucune raison de tenir compte de la circonstance qu'elle s'est entièrement produite dans le passé pour apprécier l'effet dans le temps de la loi nouvelle. Néanmoins, l'indépendance entre ces deux éléments est parfois difficile à établir. Par exemple, si la période de référence a débuté dans le passé mais n'est pas achevée au moment de la publication de la loi, la qualification de son effet *ratione temporis* peut varier sensiblement. S'il est tenu compte exclusivement de la date d'ouverture de la période de référence, il sera invariablement conclu à la rétroactivité de la loi, alors même que les conditions posées par le législateur pour bénéficier du nouveau régime ne sont peut-être pas encore remplies par son destinataire. À l'inverse, si l'on tient compte du second élément par préférence au premier, la solution de la rétroactivité de la loi nouvelle sera repoussée.

Sous réserve d'une analyse plus approfondie de cette question, qui ne concerne pas exclusivement la loi mais l'ensemble des règles de droit, on peut déjà avancer que l'appréciation du champ d'application de celles-ci doit reposer sur le moment où les conditions qu'elles posent sont réunies, par préférence à tout autre élément. Ce n'est donc que dans le cas où la période de référence

²⁷⁰ P.-A. CÔTÉ, « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps », *Rev. Jur. Thémis*, Vol. 22, 1988, n° 2, p. 207, spéc. p. 219 ; J. PETIT, thèse préc., p. 412, n° 853.

²⁷¹ Cf., par ex., en matière de droits à pension, CE, 13 juillet 1967, *Dame veuve Gas*, req. n° 71.505, Rec., p. 338 ; 31 mai 1968, *Tedeschi*, req. n° 72.177, Rec., p. 351.

²⁷² Loi n° 97-1164 du 19 décembre 1997 (JORF n° 297 du 23 décembre 1997, p. 18635). Sur cette loi, voir C.Const., déc. n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, cons. 19, Rec., p. 320, *GDCC* n° 26, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 127, note, J.-É. SCHOETTL, *D.*, 1998, J., p. 523, note V. CHAMPEIL-DESPLATS et 1999, SC, p. 234, obs. L. FAVOREU, *Dr. soc.*, 1998, p. 164, note X. PRÉTOT, *LPA*, 22 juin 1998, n° 74, p. 9, chr. S. V. AIVAZZADEH-BARRÉ, B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RDP*, 1998, n° 1, p. 11, note X. PRÉTOT, *RFDA*, 1998, n° 1, p. 155, note B. MATHIEU, *RFDC*, 1998, n° 33, p. 167, note L. PHILIP, *RTDSS*, 1998, p. 114, note P.-Y. VERKINDT et p. 169, note F. MONÉGER. Pour un autre ex., voir C.Const., déc. n° 92-311 DC, 29 juillet 1992, *Loi portant adaptation de la loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle*, cons. 2 et 6, Rec., p. 72, *LPA*, 9 décembre 1992, p. 12, chr. B. MATHIEU et 13 janvier 1993, p. 10, note J.-P. CAMBY, *Pouvoirs*, 1993, n° 64, p. 202, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDC*, 1992, n° 12, p. 747, note X. PHILIPPE.

²⁷³ Sur cette question, cf., plus bas, p. 730 et s., n° 951 et s.; CE, Sect., 25 juin 1982, *Raveau et autres*, req. n° 16.636, Rec., p. 247, *AJDA*, 1983, n° 1, p. 28, obs. S. SALON ; 4 novembre 1960, *Faivre et autres*, req. n° 42.064 et 42.323, Rec., p. 587 ; 24 juillet 1981, *Mignot et autres*, req. n° 17.554, 17.556 et 18.090, Rec., p. 314.

²⁷⁴ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 100, n° 136 ; J. PETIT, *loc. cit.* Il en va ainsi, par ex., des règles relatives aux conditions de séjour des étrangers en France tenant compte des condamnations antérieurement subies pour la détermination des conditions de leur éventuelle expulsion (CE, 20 janvier 1988, *Ministre de l'Intérieur c/ Elfenzi*, req. n° 87.036, Rec., p. 17, *AJDA*, 1988, p. 49, concl. C. VIGOUROUX, *JCP G*, 1988, II, 21178, obs. C. S.).

passée constitue elle-même une condition à laquelle est suspendu le déclenchement de l'effet de la règle de droit que cette dernière pourra être qualifiée de rétroactive²⁷⁵.

La rétroactivité de la loi peut, en outre, se déduire du renvoi fait par l'autorité normative à des éléments de fait ou de droit appartenant au passé.

b - Le renvoi à des évènements passés

92. La prise d'effet anticipée de la loi peut résulter de la prise en compte dans son champ d'application d'actes ou de faits juridiques intervenus dans le passé.

Lorsque la loi renvoie explicitement à un acte édicté antérieurement à son édicition ou sa publication sans pour autant préciser la date à laquelle elle prendra elle-même effet, il faut en déduire que le point de départ de son effet coïncide avec celui du texte de référence. Il suffira alors de déterminer la date d'effet du second pour connaître celle de la première. Ainsi, la loi peut renvoyer indistinctement à une loi ou un acte administratif la précédant dans la chronologie. Il n'en va pas différemment dans le cas où la loi intègre à son champ d'application des actes édictés antérieurement à sa publication. Le fait que la loi nouvelle prétende s'appliquer à des actes passés signifie qu'elle prend effet au moment où ils ont été pris²⁷⁶.

Dans le cas où la loi se déclare applicable à un ou plusieurs faits survenus dans le passé, cela signifie qu'elle détermine son champ d'application en fonction d'évènements dont la survenance est, par hypothèse, certaine. La date de la réalisation du fait juridique pris en considération par le législateur commande alors le déclenchement des effets de la loi. Compte tenu de ce que, d'une part, cette date est nécessairement connue à l'avance et que, d'autre part, elle précède l'intervention du législateur dans la chronologie, la date de commencement des effets de la loi coïncidera avec elle²⁷⁷. Un exemple particulièrement éclairant est celui des lois de fond que le législateur déclare applicables « aux litiges en cours ». La référence aux procédures juridictionnelles non encore achevées au jour de la publication de la loi signifie son application à tous les faits et actes qui sont contestés devant les juridictions compétentes. Or, au moment où le législateur intervient, ces faits ou actes ont, par hypothèse, déjà produit tout ou partie des effets que la loi ancienne attachait à leur réalisation, puisque ce sont de ces mêmes effets que les parties sont en train de débattre devant le juge à la date de l'édicition de la loi nouvelle. Ainsi, en rendant applicable la loi de fond aux procès en cours, le législateur a nécessairement

²⁷⁵ Ce n'est pourtant pas la solution retenue par certains auteurs, ainsi que par certains arrêts. Sur l'ensemble de ces points, voir, plus bas, p. 744, n° 964.

²⁷⁶ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 77, n° 103. Cf., par ex., CE, Sect., 14 juin 1946, *Sieur Van den Veegaete*, Rec., p. 167 ; 28 juillet 1951, *de Saivre*, Rec., p. 462 ; C.Const., déc. n° 98-402 DC, 25 juin 1998, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 16, Rec., p. 269, *AJDA*, 1998, n° 9, p. 701, note J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 2 décembre 1998, n° 144, p. 22, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDC*, 1998, n° 35, p. 642, chr. A. ROUX et 1999, n° 38, p. 340, chr. J. PINI.

²⁷⁷ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 87, n° 115. L'auteur cite l'ex. de l'art. 1^{er} de la loi du 7 avril 1915, autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France (JORF du 8 avril 1915, p. 1948), dont les dispositions prévoient que les effets de la déchéance de la nationalité française pourront remonter à la date de la déclaration de guerre. Pour d'autres ex., voir CE, Ass., 21 avril 1944, *Sieur Jacquet*, préc. ; 5 novembre 1948, *Sieur Temporel*, Rec., p. 417 ; 26 novembre 1958, *Sieur Leroy*, préc. ; 17 avril 1967, *Société X...*, req. n° 69.053, Rec., p. 165 ; 15 décembre 1971, *Ministre de l'économie et des finances c/ sieur X.*, req. n° 66.326, Rec., p. 761 : loi attribuant la compétence pour établir ou rectifier des bases d'imposition, y compris pour les vérifications et contrôles effectués avant sa publication, à l'inspecteur des impôts qui reçoit les déclarations correspondantes ; et plus récemment, CE, 21 décembre 2007, *Caisse des dépôts et consignations c/ M. Angst*, req. n° 280.836 : dispositions applicables aux demandes de jouissance immédiate de pension déposées antérieurement à la publication de la loi.

entendu anticiper l'effet de la loi au jour où ces actes ou ces faits ont été accomplis. Il s'ensuit que les lois de fond rendues applicables par le législateur aux litiges en cours sont toujours rétroactives²⁷⁸.

En l'absence de toute référence au passé faite par le législateur, la loi ne saurait, en principe, rétroagir. Néanmoins, le juge a accepté, certes dans des cas exceptionnels, que la rétroactivité de la loi puisse résulter de la volonté implicite du législateur.

B/ Le problème de la rétroactivité implicite de la loi

93. En tant qu'elle déroge au régime général gouvernant l'application de la loi dans le temps, la loi rétroactive est soumise à un principe d'interprétation stricte²⁷⁹. Dans le silence de la loi sur son effet dans le temps, celle-ci doit être interprétée comme ayant privilégié la solution de droit commun, l'application du principe de l'effet immédiat. Si l'on s'en tient à ce principe, en l'absence de disposition expresse en ce sens, la loi ne peut produire d'effet rétroactif. *A priori*, la rétroactivité implicite de la loi semble donc proscrite. Certains auteurs ont ainsi fermement soutenu que la rétroactivité de la loi ne peut, en aucun cas, résulter de la volonté implicite du législateur²⁸⁰. Telle n'est pourtant pas la solution retenue par le droit positif. Le juge accepte, en effet, de faire rétroagir la loi lorsque la volonté du législateur, telle qu'elle ressort des termes de la loi, des travaux préparatoires ou des débats parlementaires, est suffisamment claire²⁸¹. Dans le cas contraire, le juge refusera de trancher dans le sens de la rétroactivité de la loi nouvelle²⁸². En d'autres termes, le principe d'interprétation stricte de la loi rétroactive ne signifie pas l'exclusion générale de la rétroactivité implicite, mais fait seulement interdiction au juge de créer une rétroactivité « inconsciente », c'est-à-dire d'attribuer un effet rétroactif à un texte sans qu'il puisse être établi que telle a bien été la volonté de son auteur²⁸³.

94. Il reste que, dans quelques cas exceptionnels, le juge n'a pas tiré la rétroactivité implicite de l'intention réelle du législateur, mais l'a déduite de l'objet même de la loi. Si la volonté du législateur ne résulte ni des termes mêmes de la loi, ni des travaux préparatoires ou des débats parlementaires, elle n'en est pas nécessairement complètement absente. Comme le soulignait M. Bienvenu dans sa thèse, la recherche de cette volonté « *peut ne pas correspondre à la volonté réelle de l'auteur de l'acte. Le recours à la volonté peut servir de support à des considérations objectives* »²⁸⁴. S'appuyant sur cette

²⁷⁸ J. HÉRON, *op. cit.*, p. 60, n° 62. Pour un ex., en matière de responsabilité, CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Draon*, req. n° 250.167, Rec., p. 423, *AJDA*, 2003, n° 6, p. 283, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *JCP A*, 2003, n° 6, p. 129, étude G. CHAVRIER, *JCP G*, II, 2003, p. 285, note P. MALAURIE, *RFDA*, 2003, n° 2, p. 339, note J. PETIT ; 30 avril 2003, *Caisse primaire d'assurance-maladie du Havre*, req. n° 213.702, Rec., T., p. 646 ; 24 février 2006, *M. et Mme Levenez*, req. n° 250.704, Rec., p. 83, *AJDA*, 2006, n° 23, p. 1272, note S. HENNETTE-VAUCHEZ, *JCP A*, 2006, n° 12, p. 397, note T. OLSON, *JCP G*, 2006, II, 10062, note A. GOUTTENOIRE et S. PORCHY-SIMON, *RDSS*, 2006, n° 2, p. 360, note P. HENNION-JACQUET, *RFDA*, 2006, n° 2, p. 438, note P. TERNEYRE. Sur l'appréciation des effets dans le temps des lois de fond, cf., plus bas, p. 100, n° 66.

²⁷⁹ Cf., plus bas, p. 397 et s., n° 503 et s.

²⁸⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 278, n° 61.

²⁸¹ CE, 5 novembre 1948, *Sieur Temporel*, préc. (termes mêmes de la loi) ; Sect., 14 juin 1946, *Sieur Van den Veegaete*, préc. (travaux préparatoires).

²⁸² CE, 2 novembre 1938, *Sieur X...* (4^e esp.), Rec., p. 813 ; 29 avril 1944, *Sieur X...*, Rec., p. 126 ; 15 mai 1961, *Sucrerie et distillerie de Longueuil-Sainte-Marie*, req. n° 46.817, Rec., p. 316 ; Ass., 7 décembre 1962, *Fédération générale des fonctionnaires C.G.T.-F.O.*, req. n° 54.979 et 55.024, Rec., p. 666, *AJDA*, 1963, II, p. 165 ; 8 mars 1963, *Ministre des finances c/ Sieur N.*, req. n° 59.169, Rec., p. 151, *DF*, mars 1963, doct., p. 22, concl. POUSSIÈRE ; 11 juillet 1979, *Établissements Chasseriau*, req. n° 05.296, Rec., T., p. 694, *RJF*, 1979, n° 10, p. 353 ; 13 juillet 2007, *Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)*, req. n° 293.196, Rec., p. 347, *JCP A*, 2007, n° 36, p. 36 et *RFDA*, 2008, n° 2, p. 337, concl. T. OLSON, *RDSS*, 2007, n° 5, p. 847, note D. CRISTOL ; 13 juillet 2007, *Centre hospitalier intercommunal d'Eaubonne Montmorency*, req. n° 299.693, *RFDA*, 2008, n° 2, p. 337, concl. T. OLSON.

²⁸³ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 216, n° 290.

²⁸⁴ J.-J. BIENVENU, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, thèse dactyl., Paris II, 1979, t. II, p. 237 et s., spéc. p. 240.

analyse, une partie de la doctrine soutient que la rétroactivité implicite peut également découler de la nécessité et de la rationalité objectives de la loi. Ainsi, l'objet de la loi commanderait de manière évidente, et sans aucun besoin d'explicitation, son application rétroactive²⁸⁵. De fait, il semble bien que le juge recourt à une telle reconstruction de la volonté du législateur lorsque la rétroactivité des mesures d'application de la loi s'avère être la seule solution qui permet d'éviter que cette dernière reste « lettre morte ». Il n'en va pas différemment, en matière de validations législatives, lorsque le juge estime que l'intervention du législateur est directement liée à un acte administratif dont la légalité est contestée, ce qui lui permet d'en déduire que l'objet de la première est bien la validation du second²⁸⁶. Enfin, le juge a pu faire bénéficier rétroactivement les requérants d'une loi assouplissant les conditions de recevabilité d'un recours contentieux, dès lors que son objet présumé était de renforcer le droit au recours²⁸⁷.

II – LES CATEGORIES DE LOIS RETROACTIVES ORDINAIRES

95. Parmi les principes gouvernant l'application de la loi dans le temps, il en est un qui concerne plus particulièrement sa rétroactivité. On sait qu'en droit transitoire, la rétroactivité constitue une solution dérogatoire par rapport à la règle générale qui est celle de son effet immédiat. En la matière, l'appréciation de l'effet sur le passé de la loi obéit, en l'absence de volonté clairement exprimée du législateur, au principe fondamental d'indépendance du fond et de la forme²⁸⁸. Selon que l'on se trouve confronté à une loi de fond ou à une loi de forme, l'appréhension de l'action dans le temps de la règle législative répond à une logique différente.

La distinction entre le fond et la forme concernant principalement les règles applicables aux actes juridiques, on raisonnera principalement à partir de cette matière. Tandis que les lois de forme régissent les modalités d'adoption de l'acte juridique, les lois de fond conditionnent ses effets juridiques substantiels. En d'autres termes, l'objet des premières est l'acte lui-même, tandis que celui des secondes est constitué de ce à quoi l'acte se rapporte, c'est-à-dire à son contenu. L'objet de la loi de fond n'est autre que l'objet même de l'acte juridique qu'elle régit.

Au sein de la rétroactivité ordinaire de la loi, il existe donc deux catégories particulières de lois rétroactives : d'un côté, les lois rétroactives de fond (A) ; de l'autre, les lois rétroactives de forme (B).

²⁸⁵ G. ÉVEILLARD, thèse préc., pp. 217-218, n° 292 ; J. PETIT, thèse préc., p. 275, n° 572. Pour une formulation explicite, cf. CE, 15 mai 1961, *Sucrierie et distillerie de Longueuil-Sainte-Marie*, préc.

²⁸⁶ Sur ces points, cf., respectivement, p. 93 et s., n° 136 et s. et p. 202 et s., n° 268 et s.

²⁸⁷ CE, 1^{er} décembre 1899, *Desabres* (1^{ère} esp.), Rec., p. 691 ; 5 janvier 1962, *Sieur Rietsch*, req. n° 49.307, Rec., p. 11 ; 11 mai 1962, *Sieur X...*, req. n° 48.911 et 52.231, Rec., p. 318 ; Sect., 13 mai 1994, *Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie française*, req. n° 106.608, Rec., p. 238, *RDP*, 1994, n° 5, p. 1557, concl. F. SCANVIC. Cf., en ce sens, J. MÉRIC, « L'application dans le temps des lois de procédure en matière fiscale », *AJDA*, 1970, n° 3, p. 132, spéc. p. 144 ; J. PETIT, thèse préc., p. 342, n° 711.

²⁸⁸ A. COURRÈGES, concl. sur CE, 13 juillet 2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, req. n° 313.386, Rec., T., p. 845, *BJDU*, 2008, n° 4, p. 278, spéc. p. 279 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 222, n° 298 ; B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revillod et autres*, D., 1981, J., p. 398, spéc. p. 400 ; J. PETIT, thèse préc., p. 173, n° 364 ; et, de manière moins nette, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. II, préc., pp. 241-242, n° 1136. Voir également, en droit civil, P. ROUBIER, « De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 513, spéc., p. 515 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La loi nouvelle et le litige », *RTDCiv.*, 1968, p. 479, spéc., p. 482 ; pour le droit pénal, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Paris, éd. Cujas, 7^e éd., 1997, p. 337, n° 249 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, éd. Cujas, 18^e éd., 2010, p. 174, n° 206. Pour un ex. en matière réglementaire, voir M. GUYOMAR, concl. sur CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, req. n° 287.845, Rec., p. 541, *RFDA*, 2007, n° 1, p. 12. Pour une position contraire partant de la maxime *tempus regit actum*, voir L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, n° 4, p. 413, spéc. p. 455.

A/ Les lois rétroactives de fond

96. Les lois de fond sont celles qui régissent la légalité interne de l'acte juridique, c'est-à-dire ses motifs de droit et de fait, son dispositif, ainsi que son but. En d'autres termes, elles touchent aux effets juridiques « substantiels » de l'acte juridique. D'un point de vue normatif, cela signifie que la règle de fond se rapporte aux conséquences que doit déduire l'auteur de l'acte de la réalisation du présupposé de la règle de droit²⁸⁹. En d'autres termes, l'acte juridique est le moyen par lequel il est fait application de la loi de fond. Il s'ensuit que le champ d'application de la loi de fond se rapporte, non à l'acte lui-même, mais aux éléments correspondant à son présupposé et dont la réalisation entraîne, parfois indépendamment de l'acte juridique, son application. De ce qui précède, il découle que l'effet dans le temps de la loi de fond n'est pas toujours en rapport avec la date d'édiction de l'acte juridique dont elle régit la légalité interne. La raison en est que, du point de vue du processus d'application du droit, l'objet même de l'acte juridique est soit de reconnaître, soit de préciser le contenu de l'effet de droit prévu par la règle. Ce faisant, il constate ou déclenche la constitution de la situation juridique à laquelle il se rapporte. Dans les deux cas, modifier les règles régissant la légalité interne de l'acte juridique, c'est remettre en cause la situation juridique à laquelle il se rapporte. Néanmoins, selon que l'acte juridique remplit l'un ou l'autre de ces rôles dans l'application de la loi de fond, la rétroactivité de celle-ci ne s'apprécie pas de la même façon (1).

Parmi les lois de fond régissant les actes juridiques, un sort particulier doit être réservé à celles qui s'appliquent aux contrats en cours d'effet au moment de leur publication, en raison de la protection spécifique accordées aux situations juridiques nées d'un contrat légalement conclu (2).

1°) L'action sur le passé des lois de fond

97. Il est communément admis que la validité de l'acte juridique s'apprécie au jour de sa formation²⁹⁰. Dans la grande majorité des cas, c'est en effet à la date d'édiction de l'acte qu'il faut se référer pour connaître la règle de fond applicable. Cette règle vaut à la fois pour l'auteur de l'acte et pour les autorités juridictionnelles²⁹¹ ou administratives²⁹² appelées, sur recours juridictionnel ou

²⁸⁹ Sur ce point, cf. p. 720, n° 935.

²⁹⁰ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 243, n° 1138 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 223, n° 298 ; J. PETIT, thèse préc., p. 169, n° 355. Voir également, J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTDCiv.*, 1985, p. 318, n° 65.

²⁹¹ C'est le cas dans le contentieux d'excès de pouvoir. Voir, par ex., CE, 26 octobre 1955, *Société et Sieur Arrault*, Rec., p. 500, *AJDA*, 1956, II, p. 22, chr. M. LONG ; Sect., 8 mars 1963, *Ministre de l'Agriculture c/ Pradel*, req. n° 54.327, Rec., p. 146, *AJDA*, 1963, II, p. 232, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET ; 25 février 1976, *Ministre des transports c/ Commune de Pluguffan et autres*, req. n° 96.503, Rec., p. 112 ; 18 mars 1983, *Époux Bettinger*, req. n° 21.850, Rec., p. 110, *Dr. adm.*, 1983, n° 151, *Gaz. Pal.*, 11-13 mars 1984, note F. MODERNE ; Sect., 27 mai 1994, *Société Franck-Alexandre*, req. n° 135.410, Rec., p. 261 (sol. impl.), *AJDA*, 1994, n° 7-8, p. 506, chr. C. MAUGÜÉ et L. TOUVET, *RFDA*, 1995, n° 1, p. 43, concl. S. LASVIGNES ; 11 décembre 2000, *Communauté de communes du pays d'Issoudun*, req. n° 214.900, Rec., p. 606. Sur les principes applicables au contentieux de pleine juridiction, cf., plus bas, p. 67, n° 100.

²⁹² Il en va ainsi pour les recours administratifs de droit commun (CE, 28 mars 1958, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec., p. 207 ; Sect., 16 juillet 1990, *Clinique Les Martinets*, req. n° 77.546, Rec., p. 202), sauf lorsqu'une décision créatrice de droits est mise en cause. Dans ce dernier cas, c'est la date d'édiction de la décision initiale qui détermine la règle de fond applicable (CE, 26 février 1969, *Duflocq*, req. n° 72.426, Rec., p. 119 ; 12 mars 1980, *Ministre du Travail c/ Syndicat des travailleurs de la métallurgie toulousaine*, req. n° 09.442, Rec., p. 144, *D.*, 1980, n° 38, p. 515, note F. MODERNE ; 29 avril 1987, *Société Kassbohrer France*, req. n° 64.399, Rec., p. 156, *LPA*, 31 juillet 1987, n° 17, p. 11, note F. MODERNE). Pour les recours administratifs obligatoires, la règle est la même, sauf qu'elle ne connaît aucune exception (CE, Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, req. n° 64.180, Rec., p. 221, *RDV*, 1969, p. 332, concl. G. VUGHT, *AJDA*, 1968, I, p. 335, chr. J. MASSOT et J.-L.

administratif, à en contrôler la légalité interne. Par suite, il en est généralement déduit que la loi de fond sera rétroactive si elle intervient postérieurement à la date d'édiction de l'acte juridique et si elle a pour conséquence de modifier ou de remettre en cause les effets que ce dernier a antérieurement produits. Par exemple, une loi constitutionnelle ou organique ne peut s'appliquer, sans rétroactivité, à une loi ordinaire définitivement adoptée²⁹³, de même qu'une loi ordinaire ne peut imposer de nouvelles conditions à une autorisation administrative antérieurement délivrée et pour la période précédant sa publication au Journal Officiel.

98. Cette solution n'est toutefois valable que pour celles des lois de fond qui font de l'édiction de l'acte juridique une des conditions du déclenchement de leurs effets. Si l'acte était invariablement pris comme point de référence pour déterminer l'application dans le temps de la règle de fond, cela reviendrait à admettre que toute situation juridique ne pourrait se constituer sans qu'intervienne une décision administrative statuant en ce sens. D'un point de vue normatif, cela reviendrait à insérer dans le présupposé de toute règle de droit public l'exigence d'une telle intervention²⁹⁴, ce qui est loin d'être toujours le cas. Pour l'application de la loi de fond, il faut donc considérer l'acte juridique non en lui-même, mais en tant que condition nécessaire ou non nécessaire au déclenchement de l'effet de droit prévu par la règle législative.

99. Dans une première situation, l'acte juridique forme une des conditions de déclenchement de l'effet de droit que la loi de fond a prévu. Par suite, la situation juridique ne peut se constituer qu'à raison de l'adoption définitive de l'acte. Le moment constitutif de la situation coïncide avec la date d'édiction de la décision unilatérale²⁹⁵ ou celle de la conclusion du contrat²⁹⁶. La rétroactivité de la loi de fond sera alors déterminée en fonction de l'antériorité de cette date par rapport à celle de sa publication ou de sa promulgation. À l'inverse, tant que la procédure d'élaboration de l'acte n'est pas achevée, la loi de fond nouvelle s'applique immédiatement, sans qu'il y ait lieu à rétroactivité.

Ainsi, en matière de décisions administratives prises sur demande, la loi peut modifier ou remettre en cause chacun des éléments de fond de celles des décisions qui sont encore en cours d'instruction au moment du changement de règle, sans comporter par là un quelconque effet rétroactif. La loi de fond ne produit alors qu'un effet immédiat²⁹⁷. Néanmoins, la jurisprudence n'est pas toujours cohérente en la matière et, dans certains cas, le point de référence retenu n'est pas la date d'édiction de

DEWOST). Sur ces questions, voir J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 185, 1996, p. 335 ; Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2008, p. 55.

²⁹³ C.Const., déc., n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, cons. 6, Rec., p. 102, *AJJC*, 2005, p. 553, chr. É. BRUCE, *LPA*, 24 août 2005, n° 168, p. 3, note J.-É. SCHOETTL, *RFDA*, 2005, n° 5, p. 930, note W. SABETE.

²⁹⁴ Sur ce point, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 150, n° 314 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 152, n° 169 et s.

²⁹⁵ CE, 22 mars 1944, *Sieur Layec*, Rec., p. 97.

²⁹⁶ CE, Section des travaux publics, Avis, 29 septembre 1997, n° 360.332, *EDCE*, 1998, n° 49, p. 206. Voir également, en matière réglementaire, CE, 12 novembre 2001, *SARL SO.CA.OR*, req. n° 222.159, Rec., p. 548, *BJDCP*, 2002, n° 21, p. 108, concl. C. BERGEAL, *CMP*, 2002, n° 1, p. 23, note G. ECKERT, *JCP CTI*, 2002, n° 2, p. 19, note T. CÉLÉRIÉ.

²⁹⁷ CE, 26 janvier 1964, *Le Corno*, req. n° 5.138, Rec., p. 45 ; Sect., 8 juillet 1966, *Nguyen Kim Hai*, req. n° 66.232, Rec., p. 457 ; 2 octobre 1968, *Hucloux*, req. n° 72.083, Rec., p. 468. Voir également, en matière réglementaire, CE, 28 avril 1965, *Dame Veuve Geffroy*, req. n° 60.381, Rec., p. 252 ; Sect., 7 mars 1975, *Commune de Bordères-sur-l'Échez*, req. n° 91.411, Rec., p. 179, *AJDA*, 1975, p. 230, chr. M. FRANC et M. BOYON ; 7 avril 1976, *Ministre de l'équipement c/ Dame Courtet*, req. n° 99.013, Rec., T., p. 751 ; 23 mai 1980, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, req. n° 13.433, Rec., p. 238 ; 19 février 1982, *Association de sauvegarde de la dune de Thoulars*, req. n° 19.440, Rec., T., p. 683. Voir, récemment, l'art. 3 du décret n° 2008-1212 du 24 novembre 2008, relatif à l'aménagement commercial, *JORF* n° 0274 du 25 novembre 2008, p. 17921. Il en va également ainsi lorsque le délai de formation d'une décision implicite court encore au moment où la règle nouvelle entre en vigueur.

la décision, mais le jour du dépôt de la demande ou de la déclaration²⁹⁸. En d'autres termes, c'est le commencement de la procédure d'édiction de la décision et non plus sa fin qui détermine le texte applicable dans le temps. Partant, la loi de fond sera rétroactive dès lors qu'elle affectera les demandes déjà instruites ou en cours d'instruction au moment de sa publication, alors même que seule l'intervention de la décision administrative ultérieure permettra de tirer toutes les conséquences de ladite loi.

100. Dans une seconde situation, l'acte juridique ne fait que constater l'imputation de l'effet de droit prévu par la règle. Le lien entre l'édiction de l'acte et le déclenchement de l'effet de droit se trouve alors rompu. Dans cette configuration, l'application de la loi ne dépend que de la réalisation des éléments de son présumé, lesquels se réalisent, par définition, antérieurement et indépendamment de l'acte qui les constate. L'application de la loi de fond n'étant aucunement conditionnée par l'intervention de l'acte juridique, il faut tout naturellement en revenir à la date de survenance des éléments formant son présumé pour connaître le moment constitutif de la situation juridique²⁹⁹, ce qui explique que le principe d'après lequel la légalité interne d'une décision administrative s'apprécie au jour de son édiction doive être ici écarté. Ainsi, l'action dans le temps de la loi s'apprécie, non pas au jour de l'édiction de l'acte, mais par rapport au moment où l'ensemble des conditions qu'elle a posées sont remplies.

Par exemple, le droit applicable aux décisions administratives fixant le montant des dommages-intérêts destinés à réparer un préjudice³⁰⁰ ou prononçant une sanction³⁰¹ s'apprécie, par dérogation au principe précédemment exposé, par rapport à la date de réalisation des faits correspondant au présumé de la règle. Dès lors, la loi de fond sera rétroactive si elle modifie, par exemple, les conditions d'indemnisation ou supprime le caractère répréhensible d'un fait, alors que le fait dommageable ou délictueux qu'elle vise s'est produit antérieurement à la date de sa publication et ce, quand bien même la décision indemnitaire ou la sanction est intervenue postérieurement à cette date. Ce raisonnement est transposable non seulement à l'ensemble des actes administratifs se rapportant à un état du droit préexistant³⁰², mais également aux décisions juridictionnelles.

²⁹⁸ CE, 28 octobre 1987, *Communauté urbaine de Lille*, req. n° 59.116, Rec., p. 329 ; 30 décembre 1996, *Mme Randjbar*, req. n° 169.834, Rec., T., p. 707. Cf. également, en matière réglementaire, CE, 5 mai 1976, *Association S.O.S. Montmorency*, req. n° 00.522, Rec., T., p. 751.

²⁹⁹ Sur cette distinction, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 167, n° 352. Pour une approche différente reprenant la théorie des droits acquis, voir S. LASVIGNES, « Droit transitoire et sécurité juridique ou comment un nouveau principe peut raviver d'anciennes questions », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de D. LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 559, spéc. p. 568. Pour un ex. particulièrement éclairant, voir CE, 12 octobre 2005, *Ponniiah, épouse Sathiskumar*, req. n° 269.358, Rec., T., p. 724, *AJDA*, 2006, n° 12, p. 661, note J.-P. THIELLAY : l'acquisition et la perte de la nationalité française sont régies par la loi en vigueur au temps de l'acte ou du fait auquel la loi attache ces effets, si bien que la légalité interne de la décision du Gouvernement s'y opposant s'apprécie non à la date d'édiction de la seconde, mais à celle de la réalisation des premiers.

³⁰⁰ CE, 5 mai 1950, *Clémencelle*, Rec., p. 265 ; Sect., 24 février 1961, *Goujon*, req. n° 35.560, Rec., p. 143 ; 6 décembre 1961, *Repoux*, req. n° 45.592 et 48.793, Rec., p. 682 ; 7 février 1986, *Consorts Carbonneaux*, préc.

³⁰¹ CE, Sect., 12 mai 1928, *Sieur X...*, Rec., p. 613 (pénalité fiscale). Par la suite, la jurisprudence n'a pas toujours été ferme sur ce point, retenant parfois la date du prononcé de la sanction comme moment constitutif de la situation juridique (CE, 9 novembre 1960, *Société Comptoir T...*, Rec., p. 615, *DF*, 1960, comm. 577 et 1961, n° 4, p. 15, concl. POUSSIÈRE).

³⁰² Parmi de nombreux ex., on citera les décisions allouant aux fonctionnaires leur traitement ou celles leur concédant une pension (L. TALLINEAU, *Les actes particuliers non créateurs de droit. Essai critique de la théorie des droits acquis en droit administratif*, thèse dactyl., Poitiers, 1972), les décisions statuant sur l'ouverture d'une action en récupération d'aide sociale (CE, Sect., 4 février 2000, *Département de la Haute-Garonne*, req. n° 192.807, Rec., p. 27, *Dr. adm.*, 2000, n° 3, p. 14, notre M. GARDE, *RDSS*, 2000, n° 2, p. 396, note P. LIGNEAU et n° 3, p. 568, concl. S. BOISSARD ; 21 février 2000, *Mme Couteau*, req. n° 183.844, Rec., p. 54, *RDSS*, 2000, n° 3, p. 583, note P. FOMBEUR) ou encore les actes d'imposition (J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *Droit fiscal*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 4^e éd., 2010, p. 129, n° 134 ; M. PELLETIER, *Les normes en droit fiscal*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 78, 2008, p. 395, n° 641). Comme le remarque M. Petit, tous ces actes « se rapportent à une situation constituée, comme suite de certains faits d'après une règle de droit, avant et donc indépendamment de leur édiction. Le principe de l'applicabilité du droit en vigueur au moment de la constitution de la situation juridique conduit alors,

En effet, lorsqu'il est saisi d'un litige, le juge administratif doit, en principe, rendre sa décision au regard de la loi de fond en vigueur au jour des faits ayant entraîné la constitution de la situation dont il a à connaître³⁰³. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le principe selon lequel le juge doit apprécier la légalité d'une décision administrative au regard des textes en vigueur au jour de l'édition de cette dernière³⁰⁴. Il s'ensuit qu'il ne peut faire application d'un texte de fond intervenu postérieurement à la prise d'effet de l'acte litigieux, sans conférer par là une portée rétroactive à celui-là. Valable pour le contentieux de l'excès de pouvoir, le principe n'est que partiellement transposable à la matière de plein contentieux. En effet, ce n'est que dans certaines hypothèses que le juge de pleine juridiction devra, à l'instar du juge de l'excès de pouvoir, trancher le litige sans tenir compte du droit applicable au moment où il adopte sa décision³⁰⁵. Le plus souvent, le juge de plein contentieux doit faire application des textes en vigueur à la date de son jugement. Cette particularité s'explique aisément, eu égard au pouvoir dont il dispose de refaire l'acte soumis à son contrôle³⁰⁶. Statuer sur le fondement de la loi de fond en vigueur à la date de sa propre décision n'équivaudra pas pour le juge à en faire une application rétroactive.

À ces principes, il est partiellement dérogé en matière contractuelle. La loi de fond nouvelle y est qualifiée de rétroactive même lorsqu'elle ne touche qu'aux effets futurs des contrats conclus antérieurement à sa publication.

2°) Le sort particulier réservé aux lois applicables aux contrats en cours

101. *A priori*, l'appréciation de l'effet dans le temps de la loi de fond sur les contrats antérieurement conclus ne diffère pas de celle qui prévaut plus généralement en matière d'actes juridiques. Toutefois,

nécessairement, à écarter celui d'après lequel la légalité interne d'une décision administrative s'apprécie au jour de sa signature » (J. PETIT, thèse préc., pp. 167-168, n° 352).

³⁰³ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 224, n° 298. Une partie de la doctrine rattache l'obligation faite au juge de faire application du droit en vigueur lors de la réalisation des faits sur lesquels il doit statuer à la nature déclarative du jugement. Au contraire, lorsque le jugement est constitutif, c'est la loi en vigueur au jour où il statue que le juge doit appliquer. Par suite, la loi de fond nouvelle est applicable aux instances en cours (T. BONNEAU, *La Cour de Cassation et l'application de la loi dans le temps*, préc., p. 119, n° 144 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, thèse préc., p. 130, n° 107 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 245, § 21 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 195, n° 171 ; G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, t. I, Paris, éd. M. Giard, 3^e éd., 1925, rééd. Paris Dalloz, 2005, p. 67 ; L. MAZEAUD, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTDCiv.*, 1929, p. 17 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 225-227, n° 50 et « De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours », préc., p. 513 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La loi nouvelle et le litige », *RTDCiv.*, 1968, p. 487, n° 14). Cette analyse procède d'une confusion. La question de la détermination de la loi applicable se rapporte non au fait du juge, mais à celui des parties (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Doctorat 1958-1959, Faculté de droit de Paris, dactyl., Paris, Les cours de droit, 1959, pp. 233-234 ; J. HÉRON, « Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », *RRJ*, 1992, n° 4, p. 962, n° 2 et *op. cit.*, p. 155 et s., n° 173 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 151, n° 317). De plus, une telle analyse n'est valable que dans l'hypothèse où les faits objet du litige n'ont entraîné la constitution d'aucune situation juridique. En tout état de cause, elle est inapplicable au recours en cassation (J. GEORGEL, « Loi », *J.-Cl. adm.*, fasc. 30, 2006, p. 5, n° 34). Sur la distinction entre jugements constitutifs et jugements déclaratifs, cf. plus bas, p. 259 et s., n° 333 et s.

³⁰⁴ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *loc. cit.* ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008, p. 226, n° 249. Voir, outre les ex. cités plus haut note 292, CE, Sect., 22 juillet 1949, *Société des automobiles Berliet*, Rec., p. 368 ; 20 décembre 1967, *Ministre de l'Intérieur c/ Fabre-Luce*, req. n° 71.383, Rec., p. 511 ; Sect., 14 novembre 1969, *Houdebert*, req. n° 73.287, Rec., p. 502 ; 6 mars 1989, *Société de bourse JFA Buisson c/ Chambre de compensation des instruments financiers de Paris (CCIFP)*, req. n° 98.570, Rec., p. 84, *RFDA*, 1989, n° 4, p. 627, concl. E. GUILLAUME ; Sect., 27 mai 1994, *Braun-Ortega et Buisson*, req. n° 112.026, Rec., p. 264, *RFDA*, 1994, n° 4, p. 832, obs. P. TERNEYRE. Le principe est le même en matière de procédure administrative non contentieuse (Cf., de manière implicite, CE, 27 mai 1991, *Ministre de l'Agriculture et de la Forêt c/ Grandjean*, req. n° 98.668, Rec., p. 211).

³⁰⁵ La raison en est donnée par J. Petit, « Le juge ne doit statuer en fonction du droit en vigueur au jour où il se prononce que dans les cas où l'autorité administrative elle-même devait faire application des textes en vigueur au moment de sa décision. Or, ce n'est précisément pas le cas lorsque cette décision se rapporte à une situation antérieurement constituée » (J. PETIT, thèse préc., p. 172, n° 361). Cf., en ce sens, CE, 31 mai 1947, *Élections municipales de Béganne*, Rec., p. 237 ; 14 novembre 1951, *Élections cantonales de Marchiennes*, Rec., p. 529 ; 28 avril 1978, *Élections municipales des Mureaux (Yvelines)*, req. n° 08.891, Rec., p. 198.

³⁰⁶ CE, Ass. 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, req. n° 64.180, Rec., p. 221, *RDP*, 1969, p. 332, concl. G. VUGHT, *AJDA*, 1968, I, p. 335, chr. J. MASSOT et J.-L. DEWOST. Voir Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, préc., p. 55.

les situations juridiques issues des contrats légalement conclus bénéficient d'une protection spécifique contre les changements de législation intervenant ultérieurement. Cette protection doit être mise en relation avec le dogme de l'autonomie de la volonté des parties, ainsi qu'avec les principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat³⁰⁷. L'idée est que le législateur ne saurait bouleverser l'équilibre contractuel antérieurement établi par les parties, pour le passé comme pour l'avenir, en modifiant tout ou parties des effets de leur engagement. Il en va de la sécurité des contractants et du respect de la parole donnée. Suivant une jurisprudence constante du juge administratif³⁰⁸, comme de son homologue judiciaire³⁰⁹, le contrat est régi par la loi en vigueur à la date de sa conclusion, même en cas d'évolution ultérieure des règles applicables. En vertu du principe de survie de la loi ancienne qui en découle, la loi nouvelle demeure inapplicable, pour le passé comme pour l'avenir, aux effets des contrats antérieurement conclus³¹⁰.

La prise en compte de la protection accordée aux relations contractuelles légalement nouées a conduit la jurisprudence à s'écarter des principes gouvernant l'appréciation de l'action sur le passé de la loi de fond nouvelle en matière d'actes juridiques. Celle-ci regarde comme rétroactives³¹¹, non seulement les lois d'ordre public qui entendent modifier pour le passé les contrats précédemment conclus, mais également celles qui remettent en cause, pour l'avenir, les effets propres des contrats en cours.

102. De la même façon que précédemment, l'effet sur le passé de la loi de fond s'apprécie par rapport à la date d'édition de l'acte juridique, c'est-à-dire à celle à laquelle le contrat a été conclu. La loi nouvelle ne peut modifier directement le contenu d'un contrat en cours d'effet au moment de sa publication, qu'il s'agisse de modifier son objet ou de changer l'une de ses clauses, sans produire par là un effet rétroactif. En d'autres termes, le législateur ne peut refaire le contrat déjà conclu et l'imposer

³⁰⁷ Sur ce point, voir p. 434, n° 552. Voir également, J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, 2^e éd., rééd. Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2004, p. 64 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 638, n° 805 ; J. MARTIN, *Les sources du droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse dactyl., Paris II, 2008, p. 305, n° 573 ; J. PETIT, thèse préc., p. 519 et s., n° 1054 et s.

³⁰⁸ CE, Ass., 14 mai 1965, *Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence*, req. n° 55.409, Rec., p. 279, *AJDA*, 1965, n° 6, p. 336, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET. Cf. également, en matière réglementaire, CE, 1^{er} mars 1967, *SA des Établissements Petit-Jean*, req. n° 58.736, Rec., p. 97 ; Sect., 29 janvier 1971, *Sieurs Emery, Barbier et Union des propriétaires de la Sarthe*, req. n° 73.932, Rec., p. 80, *AJDA*, 1971, n° 7-8, p. 409, concl. G. VUGHT ; 3 mai 1972, *Syndicat des propriétaires fonciers de Nouvelle-Calédonie et Nething*, req. n° 82.691, Rec., p. 329 ; 11 mai 1979, *Roy*, req. n° 06.057 et 06.058, Rec., p. 209. Voir J.-M. AUBY, « L'incompétence *ratione temporis*, Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », préc., p. 34 ; J. CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, préc., p. 142 et s. ; P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, préc., p. 381 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 315.

³⁰⁹ Cass. Civ., 5 mars 1834, *S.*, I, p. 597 ; 27 mai 1861, *S.*, 1861, I, p. 507 ; 7 juin 1901, *D.*, 1902, I, p. 105 ; 22 avril 1929, *DH*, 1929, p. 281 ; Ch. réun., 13 janvier 1932, *D.*, 1932, I, p. 18, rapp. PILON ; Civ., 22 avril 1947, *JCP*, 1947, II, 3752 ; Soc., 20 mars 1952, *D.*, 1952, p. 453 ; Com., 28 décembre 1953, *D.*, 1954, p. 190, *Gaz. Pal.*, 1954, I, p. 141 ; Civ. 1^{ère}, 29 avril 1960, *D.*, 1960, p. 429 ; Civ. 3^{ème}, 20 juin 1968, *D.*, 1968, p. 749, note LESAGE-CATEL, *JCP*, 1969, II, 15938, note BOCCARA ; Civ. 3^{ème}, 21 janvier 1971, *JCP*, 1971, II, 16776, note P. LEVEL ; Com., 15 décembre 1975, *SARL Hy Bergerat-Monnoyeur c/ Société Locapel*, pourv. n° 74-11.882, Bull. Civ. IV, n° 301, p. 249 ; 15 novembre 1976, *Société Lomico c/ Syndic du règlement judiciaire de Gosse*, pourv. n° 75-11.598, Bull. Civ. IV, n° 284, p. 238 ; 18 décembre 1978, *Société Vorwek-France*, pourv. n° 77-13.472, Bull. Civ. IV, n° 31, p. 260 ; Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2006, *SA GAN*, pourv. n° 05-12.411, Bull. Civ. II, n° 204, p. 195, *Gaz. Pal.*, 4 mai 2007, n° 124, p. 35, note X. LEDUCQ. Pour un exposé, cf. L. BACH, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2006, p. 92, n° 560 ; N. BAREÏT, « Ordre public et droit transitoire. Exploration d'un lieu commun », *RRJ*, 2010, n° 1, p. 113 ; T. BONNEAU, « Application de la loi dans le temps : lois nouvelles et événements passés », *J.-Cl. civ.*, Art. 2, fasc. 20, p. 6, n° 17 et p. 15, n° 61 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 380 et s., n° 77 et s.

³¹⁰ Sur ce principe, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 147, n° 83 ; É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, req. n° 271.737 et 271.782, Rec., p. 116, *BCJP*, 2009, n° 65, p. 287, spéc. p. 289 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 318, n° 407 ; J. MARTIN, *loc. cit.* ; J. PETIT, thèse préc., p. 483 et s., n° 982 et s. Voir également, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 200 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 11, n° 3.

³¹¹ Pour un rappel, voir Y. AGUILA, concl. sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, préc., p. 471.

aux parties³¹², sans remettre en cause rétroactivement la situation antérieurement constituée. Dans le même ordre d'idées, la loi mettant fin, pour le passé, aux effets d'un contrat régulièrement conclu doit être regardée comme rétroactive³¹³. Dans cette hypothèse, la loi nouvelle produit un effet résolutoire de l'engagement des parties, ce qui la rapproche d'une loi d'annulation.

103. De manière plus surprenante au regard des principes du droit transitoire, la jurisprudence considère que les lois applicables aux contrats en cours d'effet rétroagissent si elles ont pour conséquence de remettre en cause, pour l'avenir, les droits et obligations nés de ces mêmes contrats. En d'autres termes, la loi de fond nouvelle ne peut modifier ou supprimer *ad futurum* les effets produits par un contrat en cours d'exécution, sans produire par là un effet rétroactif. Alors qu'on aurait pu penser que l'application pour l'avenir de la loi de fond nouvelle aux contrats en cours d'effet relevait du principe général de l'application immédiate, la circonstance que cette loi affecte des situations définitivement fixées dans le passé par un contrat la fait regarder par le juge comme étant nécessairement rétroactive. Toutefois, la portée de cette solution varie selon la nature juridique des contrats, auxquels il est apporté des modifications par le législateur.

S'agissant des lois de fond gouvernant les effets futurs des contrats de droit privé en cours, la solution est fermement établie. La jurisprudence judiciaire attribue, de manière constante, un effet rétroactif à de telles lois³¹⁴. Sur cette question, la jurisprudence administrative a été plus hésitante, oscillant entre qualification d'effet immédiat³¹⁵ et celle de rétroactivité³¹⁶ de la loi de fond applicable aux effets futurs des contrats de droit privé, avant de trancher nettement en faveur de la seconde³¹⁷.

³¹² Cf., en ce sens, G. JÈZE, « Révision ou résiliation des concessions de service public de transport en commun d'intérêt local (Décret-loi du 23 octobre 1935 et décret du 22 avril 1936) », *RDP*, 1937, n° 1, p. 5 ; L. ROLLAND, « Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter les dispositions d'un acte de concession de travaux publics », *RDP*, 1910, n° 1, p. 116, spéc. p. 121 et « De la modification des contrats en France par voie d'autorité », *RDP*, 1910, n° 2, p. 309. Sur la même question, en matière réglementaire, voir J. MARTIN, thèse préc., p. 309, n° 583.

³¹³ CE, 28 mars 1947, *Société Jean Damien*, Rec., p. 138 (sol. impl.). Cf., par analogie, le cas d'une loi résiliant d'un engagement antérieurement conclu, CE, 7 décembre 1894, *Compagnie aérienne*, Rec., p. 661, S., 1896, III, p. 89, concl. P. ARRIVIÈRE. Il en va de même de la loi qui se déclare applicable à des contrats ayant épuisé leurs effets au moment de sa publication (cf., par ex., CE, 25 janvier 1952, *Ville de Clermont-Ferrand*, Rec., p. 56).

³¹⁴ Cass. Civ., 27 mai 1861, préc. ; 20 juin 1888, *D.*, 1889, I, p. 26 ; 26 avril 1892, *S.*, 1892, I, p. 304 ; 7 juin 1901, *D.*, 1902, I, p. 105 ; Civ. 1^{ère}, 29 avril 1960, préc. ; Com., 21 octobre 1963, *Société Faïence et poteries de Provence c/ Platon*, pourv. n° 59-11.905, Bull. Civ. III, n° 426 ; Civ. 1^{ère}, 29 janvier 1985, *Compagnie ad'assurances Via IARD c/ Consorts Billiet, Grognet, Compagnie d'assurances La Lutèce, CPAM Savoie*, pourv. n° 83-15.849, Bull. Civ. I, n° 37, p. 35. Voir L. BACH, fasc. préc., p. 19, n° 108 ; T. BONNEAU, thèse préc., p. 169 et s., n° 188 et s.

³¹⁵ CE, 28 avril 1947, *Cie réunionnais O. Ratineau et fils*, Rec., p. 83 ; 20 janvier 1967, *Sieur Carmaran et Amicale des agents généraux du Phénix*, req. n° 65.874, Rec., p. 21 ; 6 janvier 1971, *SA de gérance des vêtements Abdon et Fils*, req. n° 69.141, *Dr. adm.*, 1971, n° 2, p. 1 ; Sect., 2 juin 1972, *Syndicat national de la production autonome d'électricité (SNAPRADEL) et Société "Les forces motrices de la Frasse"*, req. n° 73.839 et 73.918, Rec., p. 409, *CJEG*, 1972, p. 241, concl. ROUGEVIN-BAVILLE ; Ass., 18 octobre 1974, *Dame Veuve Rodet et autres*, req. n° 90.481 à 90.484, Rec., p. 494 ; 27 mai 1998, *Pellegrin*, req. n° 157.808, Rec., T., p. 720 ; 9 octobre 2002, *Fédération de l'hospitalisation privée*, req. n° 237.158, Rec., T., p. 606. Cf., dans le même sens, les concl. de G. VUGHT sur CE, Sect., 29 janvier 1971, *Sieurs Emery, Barbier et Union des propriétaires de la Sarthe*, préc., p. 410. Pour un exposé, cf. J. MARTIN, thèse préc., p. 310, n° 583 ; J. PETIT, thèse préc., p. 202 et s., n° 425 et s.

³¹⁶ CE, 28 février 1947, Sect., 9 juillet 1948, *Syndicat national des courtiers d'assurance et autre*, Rec., p. 316 ; 30 janvier 1953, *Ville de Lyon*, Rec., p. 71 ; 7 janvier 1955, *Vallot-Vernon*, Rec., p. 8 ; Ass., 14 mai 1965, *Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence*, préc. ; 3 mai 1972, *Syndicat des propriétaires fonciers de Nouvelle-Calédonie et Nething*, préc. ; 7 décembre 1973, *Le Couteur et Sloan*, req. n° 80.357, Rec., p. 705 ; Ass., 18 octobre 1974, *Dame veuve Rodet et autres*, préc. ; 11 mai 1979, *Roy*, préc. ; 21 novembre 1979, *Ville de Ligny-en-Barrois c/ Juteau*, req. n° 09.622, Rec., T., p. 796 ; 6 février 1981, *Delattre*, req. n° 06.730 et 06.731, Rec., p. 49, *Gaz. Pal.*, 1981, n° 163-164, note P. de BELOT et J. LEGRAND (sol. impl.) ; Sect., 3 novembre 1997, *Société Intermarbres*, req. n° 165.260, Rec., p. 393 (sol. impl.), *CJEG*, 1997, n° 538, p. 441, concl. J.-H. STAHL, *RDP*, 1998, n° 1, p. 256, note Y. GAUDEMET, *RFDA*, 1997, n° 6, p. 1226, concl. J.-H. STAHL. Cf., dans le même sens, les concl. de B. GENEVOIS sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revillod et autres*, préc., p. 400 et de Y. AGUILA sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, req. n° 288.460, 288.465, 288.474 et 288.485, Rec., p. 154, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 463, spéc. p. 471.

³¹⁷ CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc., *GAJA*, n° 113, *AJDA*, 2006, p. 841, trib. B. MATHIEU, p. 897, trib. F. MELLERAY, n° 19, p. 1028, chr. C. LANDAIS et F. LENICA et n° 40, p. 2214, étude L. TESSOKA,

S'agissant des lois de fond gouvernant les effets futurs des contrats administratifs³¹⁸ en cours, la jurisprudence administrative adopte une solution différente, qualifiant d'immédiat l'effet de la loi nouvelle en pareille hypothèse³¹⁹. Cette divergence d'appréciation de l'action sur le passé de la loi nouvelle en matière contractuelle s'explique principalement au regard de l'exorbitance du droit commun des contrats administratifs. L'intérêt du service public dominant la matière, la modification des effets propres des contrats administratifs antérieurement conclus y est admise avec une plus grande indulgence par la jurisprudence³²⁰. Ainsi le Conseil d'État n'a-t-il pas qualifiée de rétroactive une loi venant limiter la durée de validité des conventions de délégations de service public passées avant sa date de publication³²¹.

Il est admissible que l'autorité publique puisse, au nom de l'intérêt général, intervenir de manière autoritaire dans les contrats administratifs en cours d'effet. Cependant, il paraît plus contestable que cette plus grande liberté laissée à la puissance publique pour remettre en cause les effets des contrats en cours ait une incidence sur l'appréciation de l'action dans le temps de la loi de fond nouvelle. En tout état de cause et comme on le verra, l'attribution d'un effet rétroactif à la loi de fond nouvelle affectant *ad futurum* les effets des contrats antérieurement conclus peut être remise en cause, au regard des principes du droit transitoire, au bénéfice de la solution de l'effet immédiat³²².

Si les lois de forme et de procédure sont applicables également au jour de l'édition de l'acte, l'appréciation de leur effet sur le passé n'obéit pas à la même logique que celui des lois de fond. Pour les premières, c'est l'acte lui-même qui constitue l'élément déterminant à considérer pour identifier la rétroactivité de la loi nouvelle.

Bull. Jol. Soc., 2006, p. 711, note J.-F. BARBIÈRI et p. 723, concl. Y. AGUILA, *BJDCP*, 2006, n° 46, p. 173, concl. Y. AGUILA et p. 178, obs. P. TERNEYRE, *D.*, 2006, n° 18 p. 1191, note P. CASSIA, *Dr. soc.*, 2006, n° 7/8, p. 753, note X. PRÉTOT, *Europe*, 2006, n° 5, p. 9, note D. SIMON, *JCP A*, 2006, n° 22, p. 717, note J.-M. BELORGEY, *JCP G*, 2006, n° 25, p. 1229, chr. B. PLESSIX et n° 27, p. 1343, note J.-M. BELORGEY, *Procédures*, 2006, n° 5, p. 4, note B. TRAVIET, *RDC*, 2006, p. 856, note P. BRUNET et n° 4, p. 1038, note C. PÉRÈS, *RDP*, 2006, n° 5, p. 1169, note P. CAMBY et 2007, n° 1, p. 285, étude J.-M. WOEHLING, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 463, concl. Y. AGUILA et note F. MODERNE, *RLC*, 2006, n° 9, p. 60, obs. G. CLAMOUR, *RMCUE*, 2006, p. 457, note F. CHALTIEL, *RTDCiv.*, 2006, n° 3, p. 527, chr. P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Rev. soc.*, 2006, n° 3, p. 583, obs. P. MERLE.

³¹⁸ On ne s'intéresse ici qu'aux effets propres des contrats administratifs, c'est-à-dire ceux qui ont été prévus par les parties elles-mêmes, à l'exclusion des effets légaux ou réglementaires qu'ils sont susceptibles de se voir attribués par une règle de droit. Quant à ces derniers, ce sont les principes généralement applicables aux actes juridiques qui gouvernent l'appréciation de l'effet sur le passé de la loi de fond nouvelle les concernant (sur ces différents points, voir p. 963 et s., n° 743 Cf., dans le même sens, J. MARTIN, thèse préc., p. 315, n° 593 ; J. PETIT, thèse préc., p. 501, n° 1016). Cette distinction n'est pas toujours clairement faite en doctrine, ce qui est source de confusions chez certains auteurs (cf. J. CARBAJO, thèse préc., p. 132 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 381).

³¹⁹ É. GEFFRAY, concl. préc., p. 291 ; B. GENEVOIS, « Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois », in *La République, Mélanges en l'honneur de P. AVRIL*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 243, spéc. p. 261-262.

³²⁰ Cette solution doit être mise plus particulièrement en rapport avec le principe de mutabilité gouvernant le contrat administratif. Cf. J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Sect. 13 décembre 1991, *Société "Appareils spéciaux échangeurs de température" (ASET)*, *RJF*, 1992, n° 2, p. 17 ; J.-M. AUBY, art. préc., p. 53 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 312 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 648, n° 821 ; P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 76, 2008, p. 190, n° 214 ; É. GEFFRAY, concl. préc., p. 292 ; P. LÉGER, concl. sur CE, Plén., 14 janvier 1983, *Mme X.*, req. n° 28.077, Rec., p. 4, *DF*, 1983, n° 24, p. 838 ; J. PETIT, thèse préc., p. 519, n° 1053 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 398, n° 79 ; B. STIRN, concl. sur CE, Sect., 4 juin 1982, *Ministre de l'Environnement et du Cadre de vie c/ Junique et Richioud*, *AJDA*, 1982, n° 10, p. 654.

³²¹ CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, préc., Rec., p. 116, concl. É. GEFFRAY, préc., *AJDA*, 2009, n° 20, p. 1090, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI et n° 32, p. 1747, étude S. NICINSKI, *Dr. adm.*, 2009, n° 6, p. 23, note F. MELLERAY, *JCP A*, 2009, n° 25, p. 29, note F. LINDITCH et n° 27, p. 35, note B. BONNET, *RFDA*, 2009, n° 3, p. 449, concl. É. GEFFRAY, *RJEP*, 2009, n° 668, p. 19, note B. PLESSIX, *RLCT*, 2009, n° 50, p. 38, note E. GLASER, *RTDCiv.*, 2010, n° 1, p. 58, note P. DEUMIER.

³²² Cf., plus bas, p. 964, n° 745.

B/ Les lois rétroactives de forme

104. Les lois de forme et de procédure sont celles qui régissent la légalité externe de l'acte juridique. Au sein de cette catégorie sont regroupées les règles de forme, de procédure et de compétence. En d'autres termes, ces différentes règles déterminent les modalités de son adoption. Ici, c'est l'acte juridique, considéré en lui-même, qui est l'objet de la règle de droit. Par suite, le moment constitutif de la situation procédurale n'est autre que celui de l'achèvement de la procédure, c'est-à-dire l'instant où l'acte est adopté³²³. La loi de forme applicable à l'acte juridique est donc fort logiquement celle en vigueur au jour de son adoption. C'est donc par rapport à cet instant que la rétroactivité de la loi nouvelle de forme doit être appréciée (1).

À ce principe, il est apporté une exception en matière de procédure contentieuse, l'effet sur le passé de la loi nouvelle devant être, pour partie, déterminé à partir des principes applicables aux lois de fond (2).

1°) L'action sur le passé des lois de forme et de procédure

105. La légalité externe d'un acte juridique s'apprécie au jour de son édicition³²⁴, quelle que soit la date de formation de la situation à laquelle il se rapporte. De manière invariable, la loi de forme sera rétroactive si, d'une part, elle intervient postérieurement à l'édiction de l'acte juridique qu'elle régit et, d'autre part, elle pose de nouvelles conditions à son élaboration ou modifie les conditions existantes pour la période précédant sa publication au Journal officiel. Par exemple, une loi modifiant l'autorité compétente pour délivrer une autorisation administrative s'applique sans rétroactivité à l'ensemble des demandes qui n'ont pas fait l'objet d'une décision à la date de sa publication, tandis qu'elle ne saurait sans rétroactivité remettre en cause la compétence de l'autorité qui a délivré ladite autorisation antérieurement à cette même date³²⁵. Il en va plus généralement de même des lois modifiant la procédure à suivre ou les formes à respecter lors de l'édiction d'un acte administratif³²⁶. Concrètement, les formalités entièrement accomplies au moment où la loi de procédure nouvelle est publiée doivent être recommencées, sans qu'il y ait de distinguer si les premières ont été effectuées conformément à la

³²³ J. PETIT, thèse préc., p. 433, n° 889.

³²⁴ CE, Ass., 9 novembre 1973, *Marot et autres*, req. n° 85.229, Rec., p. 62 ; 72 octobre 1981, *Société agricole foncière solognote*, req. n° 20.835, Rec., p. 353 ; 24 novembre 1982, *Association S.O.S.-Défense et autres*, req. n° 27.219, Rec., p. 391 ; Sect., 4 mai 1984, *Ministre des transports c/ Association des défense des intérêts des propriétaires de Taillefer et du Chatelard*, req. n° 43.348, Rec., p. 170, *AJDA*, 1984, n° 12, p. 704, note G. PAMBOU TCHIVANDOU ; 13 novembre 1991, *SARL "Établissements Gérard"*, req. n° 78.989, *RJF*, 1992, n° 1, n° 91 (sol. impl.) ; 3 février 1992, *Commune de Soulom*, req. n° 107.037, Rec., p. 52, *LPA*, 8 juillet 1992, n° 82, p. 30, note P. HOCRÉITÈRE, *RJE*, 1992, n° 3, p. 385, concl. R. DUTREIL et obs. R. LAFORE. Voir également, en matière réglementaire, CE, 5 mai 1972, *Sieur Guillebaud*, req. n° 77.803, Rec., p. 340.

³²⁵ Sur le premier point, voir CE, 23 décembre 1941, *Société "La brasserie de Vézélise Moreau et Cie"*, Rec., p. 240 ; Sect., 28 juin 1946, *Société "Le Polo" et autres*, Rec., p. 184 ; 23 mai 1980, *Centre obstétrico-pédiatrique du Tertre-Rouge*, req. n° 02.083, Rec., p. 244. Sur le second point, voir, par ex., en matière réglementaire, CE, Sect., 11 décembre 1998, *Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Angeli*, req. n° 170.717, Rec., p. 461, *CJEG*, 1999, n° 553, p. 134, concl. F. LAMY.

³²⁶ Pour des ex. de lois de procédure, voir CE, 9 août 1889, *Ville de Lyon (fabrique de Sainte-Blandine)*, Rec., p. 962, *DP*, 1891, 3, p. 29 ; 20 février 1920, *Durand*, Rec., p. 192 ; 24 octobre 1934, *Ragaru*, Rec., p. 945 ; Sect., 26 juillet 1946, req. n° 81.170, Rec., p. 217 ; Avis, 16 février 2004, *Association familiale Les papillons blancs de Denain et environs*, req. n° 261.652, Rec., T., p. 585. Cf., également, en matière réglementaire, CE, 17 mars 1976, *Centre hospitalier de Corbie c/ Étienne*, req. n° 96.301, Rec., p. 158 ; Sect., 18 avril 1986, *Société des mines de potasse d'Alsace*, req. n° 53.934, Rec., p. 115 ; Sect., 11 décembre 1998, *Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Angeli*, préc. Pour des ex. de lois de forme, voir CE, Sect., 15 juin 1945, *Société "Radio Normandie"*, Rec., p. 125 ; 2 octobre 1968, *Hucleux*, préc. ; 7 avril 1976, *Ministre de l'Équipement c/ Dame Courtet*, préc. ; Avis, 16 février 2004, *Association familiale Les papillons blancs de Denain et environs*, préc.

seconde³²⁷. L'acte étant encore en cours d'élaboration, la situation procédurale ne se trouve pas constituée à cette date. Il n'y a là aucune rétroactivité de la loi de nouvelle, ce qui justifie la reprise de tous les actes de procédure intervenus antérieurement à son adoption. Il n'en va différemment que si la loi nouvelle décide ou implique nécessairement que ces formalités ne soient pas recommencées³²⁸.

À cette règle, il est apporté une exception remarquable dans le domaine du droit public répressif. La loi répressive de forme ou de procédure nouvelle est, en principe, d'application immédiate aux procédures en cours à la date de sa publication. Cela signifie qu'en matière de sanctions administratives, la loi qui modifie les modalités de poursuite et les formes de la procédure à suivre s'applique à toute procédure de sanction non encore achevée à cette même date, alors même que, ce faisant, elle peut conduire à réprimer des manquements commis antérieurement à son intervention. Afin d'atténuer la portée dans le temps de la règle de procédure en matière répressive, la jurisprudence a estimé que les formalités accomplies régulièrement au regard de la loi ancienne ne pouvaient être remises en cause par la loi nouvelle³²⁹. Ce tempérament s'explique aisément à la lumière des garanties procédurales plus rigoureuses qui doivent entourer la procédure de répression au nom du respect des droits du délinquant, notamment de ses droits à la défense. *A contrario*, la loi répressive de forme qui prévoirait la réitération de l'entière procédure de sanction même pour les procédures déjà engagées à la date de sa publication devrait être regardée comme rétroactive.

Applicable aux règles régissant la procédure administrative non contentieuse, ce raisonnement est partiellement extensible à celles qui gouvernent la procédure contentieuse.

2°) Le sort particulier réservé aux lois applicables aux procès en cours

106. L'appréhension de l'effet sur le passé de la loi de forme obéit, en matière de procédure contentieuse, à une logique qui lui est propre et qui repose, au premier chef, sur son objet même. Il est de principe qu'en matière juridictionnelle les lois de compétence et de procédure sont d'application immédiate aux instances en cours³³⁰ au jour de leur publication. Seulement, selon que la loi organise l'activité du juge ou celle des parties, son action dans le temps ne sera pas traitée de la même façon. Dans le premier cas, la loi de forme est regardée comme se rapportant à l'élaboration du jugement, en tant qu'acte juridique, et suit le régime général d'appréciation de la rétroactivité des lois de forme et de

³²⁷ Il est ici fait application du principe de l'application immédiate des lois de procédure aux procédures en cours (CE, 14 mai 1920, *Dhote*, Rec., p. 471 ; Sect., 11 mars 1932, *Tastet*, Rec., p. 293 ; Sect., 7 mars 1975, *Commune de Bordères-sur-l'Échez*, préc. ; 20 février 1920, *Durand*, préc. ; 30 janvier 1970, *Syndicat avicole des Alpes-Maritimes et autres*, req. n° 76.067, 76.119 et 76.140, Rec., p. 66). Pour des ex. en matière réglementaire, voir CE, 28 avril 1989, *Delhon*, req. n° 58.609 ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc., *AJDA*, 2007, n° 7, p. 358, chr. F. LENICA et J. BOUCHER, *D.*, 2007, n° 12, p. 847, note O. BUI-XIAN, *RDP*, 2007, n° 2, p. 590, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2007, n° 1, p. 6, concl. M. GUYOMAR et n° 2, p. 275, note G. ÉVEILLARD, *RTDCiv.*, 2007, p. 72, note P. DEUMIER. Voir également, CE, 8 juillet 1919, *Koudja Bach*, Rec., p. 636 ; Sect., 11 mars 1932, *Tastet*, préc. ; 17 juillet 1937, *Danis*, Rec., p. 707

³²⁸ CE, Sect., 13 décembre 1991, *Société "Appareils spéciaux échangeurs de température" (ASET)*, req. n° 65.940 et 66.868, Rec., p. 437, *JCP E*, 1992, II, 306, note D. F., *RJF*, 1992, n° 1, p. 17, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *DF*, 1992, n° 4, p. 191, note anonyme.

³²⁹ CE, Sect., 17 novembre 2006, *Société CNP Assurances c/ Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM)*, req. n° 276.926, Rec. p. 473, *AJDA*, 2007, n° 19, p. 1006, étude M.-T. VIEL, *JCP G*, 2007, n° 4, p. 34, note D. ISRAËL, *LPA*, 4 juillet 2007, n° 133, p. 14, note J.-B. DUBRULLE. Sur ce point, cf. p. 728, n° 946 et la note 3438 ; L. BACH, fasc. préc., p. 66, n° 409 et 411.

³³⁰ Cass. Civ., 21 mars 1908, *S.*, 1910, I, p. 525 ; CE, 2 avril 1852, *Mestre*, Rec., p. 72, *S.*, 1852, II, p. 476 ; Sect., 7 janvier 1949, *Société provençale des constructions navales*, Rec., p. 6, *D.*, 1949, J., p. 367, note J. G. ; Ass. 4 janvier 1957, *Lamborot*, Rec., p. 12, *AJDA*, 1957, p. 108, concl. CHARDEAU ; 9 juillet 1965, *Voskresensky*, req. n° 60.747, Rec., p. 419, *AJDA*, 1965, II, p. 603, concl. J. FOURNIER ; Sect., 5 juin 1987, *Fontaine*, req. n° 54.964, Rec., p. 197, concl. M. de SAINT-PULGENT ; Sect., Avis, 28 juillet 1995, *Kilou*, req. n° 168.438, Rec., p. 315, *RFDA*, 1996, n° 2, p. 386, concl. C. MAUGÛÉ, *Dr. adm.*, 1995, n° 10, p. 23, obs. C. MAUGÛÉ.

procédure. Dans le second, la loi – bien que portant sur une question de forme ou de procédure – a une incidence sur le fond du droit, dès lors qu'elle touche aux droits et obligations des parties et, plus particulièrement, à leur droit au recours, si bien que la doctrine considère généralement qu'un sort particulier doit lui être réservé. Dans cette dernière hypothèse, la loi de forme constitue, en réalité, une véritable loi de fond³³¹ et doit être traitée comme telle. Sa rétroactivité doit, en conséquence, être appréciée selon les principes gouvernant cette catégorie de lois.

107. Suivant la distinction qui vient d'être établie, la rétroactivité de la loi de forme en matière juridictionnelle s'apprécie tantôt par rapport au jugement lui-même, tantôt par rapport au moment constitutif de la situation des parties. Dans le cas où la loi de forme régit l'activité du juge, sa rétroactivité est déterminée en fonction de la date à laquelle l'acte juridictionnel a été édicté. Ainsi, les lois relatives à la compétence juridictionnelle³³² ou à la forme *stricto sensu* du jugement³³³ ne peuvent être considérées comme rétroactives que si elles remettent en cause les jugements intervenus antérieurement à leur publication. En revanche, la loi de forme peut s'appliquer sans rétroactivité aux jugements pendants, dès lors que l'acte juridictionnel est, à cette date, encore en cours d'élaboration. Parce qu'elles se rattachent aux questions de compétence, les lois qui déterminent les droits et obligations du juge – que l'on regroupe communément sous le vocable « office » –³³⁴, de même que celles qui gouvernent les effets de sa décision³³⁵, suivent le même régime, leur effet sur le passé étant déterminé par rapport à la date à laquelle le jugement est rendu.

³³¹ Sur cette distinction, voir A. COURRÈGES, concl. préc., pp. 279-280 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 230, n° 303 ; B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revilod et autres*, préc., p. 401 ; J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », préc., p. 315, n° 59 ; C. HEUMANN, concl. sur CE, Sect., 13 novembre 1959, *Secrétaire d'État à la reconstruction et au logement et ministre des anciens combattants et victimes de la guerre c/ Bacqué*, Rec., p. 593, D., 1960, J., p. 332 ; S. LAVIGNES, concl. sur CE, Sect., 5 mai 1995, *Société "Coopérative maritime Bidassoa" et autres*, req. n° 140.579, Rec., p. 194, AJDA, 1995, n° 6, p. 463 ; J. PETIT, thèse préc., p. 456, n° 929 et p. 465, n° 950 ; L. TOUVET et J.-H. STAHL, chr. sous CE, Sect., 10 février 1995, *M. Albert Riehl*, req. n° 129.168, Rec., p. 66, AJDA, 1995, n° 5, p. 370, spéc. p. 373 ; A. SEBAN, concl. sur CE, 31 mars 2000, *El Ahmadi*, req. n° 204.447, Rec., p. 156, non publiées.

³³² CE, 28 mars 1924, *Delaunay*, Rec., p. 353 ; 7 mars 1947, *Harang*, Rec., p. 102 ; Sect., 29 juin 1951, *Compagnie générale transatlantique*, Rec., p. 378 ; 30 mars 1955, *Sieur Pluchart*, Rec., p. 187 ; 22 février 1956, *Secrétaire d'État aux forces armées c/ Sieur Vergely*, Rec., p. 86 ; 14 novembre 1956, *Commune de Crotoy*, Rec., p. 431 ; Sect., 7 décembre 1956, *Dame Delecluse-Dufresne*, Rec., p. 466 ; 6 février 1959, *Sieur Fumasoli*, Rec., p. 93 ; 17 février 1965, *Société C...* req. n° 60.664, Rec., p. 111 ; 13 mars 1974, *Ville de Nice*, req. n° 80.129 et 89.819, Rec., p. 175 ; Sect., 6 juillet 1990, *Compagnie des diamantaires d'Anvers et Delcourt*, req. n° 62.716, 77.723 et 84.309, Rec., p. 206, AJDA, 1990, n° 12, p. 907, obs. L. RICHER, CJEG, 1990, p. 380, concl. de la VILLERPIÈRE, RFDA, 1991, n° 2, p. 293, note F. LLORENS ; TC, 7 octobre 1991, *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS) de l'académie de Nancy-Metz*, req. n° 02.651, Rec., p. 472, AJDA, 1992, p. 157, note L. RICHER ; 29 juillet 1994, *Étoile sportive aiglons briviste (E.S.A. Brive Club de football)*, req. n° 115.642, Rec., T., p. 773 ; 27 janvier 1997, *Comité départemental du Vaucluse de la fédération française de pétanque et jeu provençal*, req. n° 141.182, Rec., T., p. 667 (sol. impl.), AJDA, 1997, n° 4, p. 387, concl. R. ABRAHAM ; TC, 17 décembre 2007, *Société Lixxbail c/ État*, req. n° C3651, Rec., T., p. 751.

³³³ CE, 2 novembre 1966, *Société Poléna*, req. n° 65.445, Rec., p. 576 ; 12 mars 1969, *Société X...*, req. n° 69.511, Rec., T., p. 789 ; 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable (SIAEP) de Saint-Martin-de-Ré, la Flotte-en-Ré et Sainte-Marie-en-Ré et autre et société Aquitaine gestion urbaine et rurale (AGUR)*, req. n° 228.856 et 229.824, Rec., T., p. 1141, AJDA, 2001, p. 1090, note J.-P. MARKUS, *Dr. adm.*, 2001, n° 11, p. 27, note D. PIVETEAU, *CMP*, 2001, n° 9, p. 20, obs. P. SOLER-COUTEAUX

³³⁴ CE, Sect., 8 février 1991, *Association "Capitale nationale de l'âge de l'illumination"*, req. n° 61.025, Rec., p. 42, DF, 1991, comm. 490, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, RJF, 1991, comm. 380 ; Sect., 5 mai 1995, *Société "Coopérative maritime Bidassoa" et autres*, préc. ; Ass., 26 mai 1995, *Etna et Ministre des Départements et Territoires d'Outre-Mer et Préfet de la Guadeloupe et Etna*, req. n° 167.914 et 168.932 et 168.391 et 168.993, Rec., p. 213 et 214, AJDA, 1995, n° 7, p. 505, chr. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, RDP, 1996, n° 2, p. 525, note J.-M. AUBY, RFDA, 1996, n° 1, p. 66, concl. F. SCANVIC, D., 1995, J., p. 497, note D. ARTUS ; 28 mai 2001, *Commune de Bohars et SARL Minoterie France*, req. n° 218.374, 218.912, 229.455 et 229.456, Rec., p. 249, AJDA, 2001, n° 7, p. 652, chr. P. COLLIN et M. GUYOMAR, BJDU, 2001, n° 3, p. 212, concl. D. PIVETEAU, CJEG, 2002, p. 246, concl. D. PIVETEAU, *Dr. adm.*, 2001, n° 8-9, p. 32, note D. PIVETEAU, RFDA, 2001, n° 4, p. 957 ; 30 novembre 2007, *Ville de Marseille*, req. n° 297.525, AJDA, 2008, n° 5, p. 265. Pour un ex. en matière réglementaire, voir CE, Sect., Avis, 15 octobre 1993, *Consorts Jezequel et Vallée*, req. n° 148.888 et 148.889, Rec., p. 280, D., 1994, SC, p. 359, obs. P. BON et P. TERNEYRE, RFDA, 1994, n° 3, p. 553, concl. P. FRYDMAN.

³³⁵ CE, 25 novembre 1994, *Leducq*, req. n° 101.982, Rec., T., p. 774 (sol. impl.), BJDU, 1995, n° 6, p. 59, concl. S. DAËL ; 5 décembre 1994, *Syndicat viticole de Pessac-Léognan et autres*, req. n° 130.382 et 130.383, Rec., p. 535 (sol. impl.), BJDU, 1995, n° 1, p. 91, concl. S. LAVIGNES ; Sect., Avis, 28 juillet 1995, *Consorts Alsina et SA Plâtres Lambert Production*, req. n° 169.480 et

108. En revanche, l'appréciation des effets sur le passé des règles de forme relatives au droit des parties à un litige, c'est-à-dire au droit au recours, ne saurait reposer sur la date du jugement. Comme l'a encore récemment rappelé le Conseil d'État, « une disposition nouvelle qui affecte la substance du droit de former un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative est, en l'absence de dispositions expresses contraires, applicable aux recours formés contre les décisions intervenues après son entrée en vigueur, alors même que ces dernières statuent sur des demandes présentées antérieurement à cette entrée en vigueur »³³⁶. Il s'ensuit que l'effet dans le temps de la loi de procédure est déterminée, dans ce cas, par la date d'édiction de la décision contestée et non par celle du jugement qui se prononce sur le recours dirigé contre elle. Cela signifie également que le droit de former un recours contre une décision d'une juridiction ou d'une autorité administrative est fixé définitivement au jour où cette décision est rendue.

Par exemple, les lois qui créent, modifient ou suppriment un recours administratif préalable obligatoire³³⁷ ou un recours juridictionnel³³⁸ peuvent ainsi s'appliquer sans rétroactivité aux procédures de décision administrative en cours à la date de leur publication, mais ne sauraient, sans produire par là un effet rétroactif, affecter les décisions qui ont été édictées antérieurement à cette même date. Dans le même ordre d'idées, les lois instituant ou supprimant une voie de recours ne peuvent s'appliquer, sauf rétroactivité, aux jugements, à l'égard desquels cette voie de droit est ouverte, qui ont été rendus à la date de publication desdites lois³³⁹.

Le raisonnement est plus largement extensible à l'ensemble des éléments constitutifs du droit au recours, tels les règles de délai, par opposition à ceux qui ont trait aux formes *stricto sensu* dans lesquelles le recours doit être exercé³⁴⁰. Dans ce dernier cas, il faut en revenir au régime général gouvernant l'appréciation des effets dans le temps des lois de procédure.

C'est sur le fondement de cette même distinction que l'on peut procéder au partage des règles relatives au débat contradictoire entre les parties. Selon qu'elles affectent directement ou non les droits et obligations des parties, l'appréciation de leurs effets dans le temps ne sera pas la même³⁴¹.

139.725, Rec., p. 318 et 336, *AJDA*, 1995, n° 10, p. 696, chr. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, *BJDU*, 1995, n° 4, p. 270, concl. S. DAËL et obs. L. TOUVET, *Dr. adm.*, 1995, n° 10, p. 23 et n° 11, p. 29, *RFDA*, 1996, n° 1 p. 118, concl. S. DAËL.

³³⁶ CE, 13 juillet 2008, *Association des amis des paysages bourganiards*, préc., concl. A. COURRÈGES, préc., *LPA*, 26 septembre 2008, n° 194, p. 10, note A. ZIANI, *RDI*, 2008, n° 9, p. 461, note P. SOLER-COUTEAUX. Cf., auparavant, CE, 8 décembre 1967, *Boireau*, req. n° 65.902, Rec., p. 479.

³³⁷ CE, 29 juillet 1994, *Étoile sportive aiglons briviste (E.S.A. Brive Club de football)*, préc. et *Eydelie*, req. n° 155.104, Rec., T., p. 861 ; 27 janvier 1997, *Comité départemental du Vaucluse de la fédération française de pétanque et jeu provençal*, préc. (création d'une obligation de conciliation préalable). Cf. Conseil d'État, étude préc., p. 56 ; J. PETIT, thèse préc., p. 472, n° 964.

³³⁸ CE, 13 juin 1953, *Racine*, Rec., p. 285 ; Sect., 10 février 1995, *M. Albert Riehl*, préc. et *Commune de Coudekerque-Branche*, req. n° 147.378, Rec., p. 66 (deux esp.), *AJDA*, 1995, n° 5, p. 370, chr. L. TOUVET et J.-H. STAHL, *LPA*, 12 juillet 1995, n° 83, p. 33, note M.-F. VERDIER, *RFDA*, 1995, n° 2, p. 343, concl. H. SAVOIE.

³³⁹ CE, 2 décembre 1898, *Ministre de la Guerre c/ Sieur Naguila*, Rec., p. 748, S., 1901.3.37 ; 6 avril 1900, *Fréty* (1^{ère} esp.), Rec., p. 267, S., 1902, III, p. 72 ; Sect., 13 novembre 1959, *Secrétaire d'État à la Reconstruction et au Logement et Ministre des Anciens combattants et victimes de la guerre c/ Bacqué*, Rec., p. 593, D., 1960, J., p. 332, concl. C. HEUMANN, *RDP*, 1960, n° 2, p. 363, note R. DRAGO ; 25 novembre 1959, *Secrétaire d'État aux travaux publics c/ Holt*, *Rev. adm.*, 1959, p. 629, note G. LIET-VEAUX ; Sect., 28 octobre 1960, *Hucher*, req. n° 37.864, Rec., p. 578, *AJDA*, 1962, II p. 28, note A. de LAUBADÈRE ; 11 mars 1964, *Sieur Coillot et Demoiselle Desmarescaux*, req. n° 60.064, Rec., p. 176 ; 11 mars 1966, req. n° 65.498, *DF*, 1966, n° 20-21, p. 519 ; 8 décembre 1967, *Boireau*, préc. ; 7 mars 2000, *Mme Leroy*, req. n° 196.836, Rec., p. 139, *Dr. adm.*, 2000, n° 6, p. 21.

³⁴⁰ C. HEUMANN, concl. préc. Sur les hésitations en matière de règles de délai, cf., plus bas, p. 736, n° 955 et G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 233, n° 304.

³⁴¹ Pour des ex. de lois réglant le débat contradictoire regardées comme touchant aux droits et obligations des parties, voir CE, Ass., 28 mars 1947, *Société des Chaux et ciments Lafarge*, Rec., p. 139 ; 12 décembre 1969, *Société X.*, req. n° 75.364, Rec., p. 598 ; 8 avril 1970, *Ministre des Finances c/ Sieur X.*, req. n° 70.023, Rec., p. 230. À l'inverse, voir CE, Ass., 21 décembre 1990, *Élections municipales de Mundolsheim*, req. n° 112.221, Rec., p. 379, *Quot. jur.*, 2 mai 1991, p. 6, note B. MALIGNER ; 18 octobre 1993,

109. Conclusion du paragraphe 1. La rétroactivité de la loi ordinaire est susceptible de revêtir plusieurs formes selon la nature de la situation qu'elle entend régir, selon le procédé employé par le législateur pour anticiper ses effets dans le temps et selon la manière dont il manifeste sa volonté. La grande liberté dont bénéficie le législateur dans l'expression de la rétroactivité des règles qu'il pose est source d'incertitudes pour les sujets de droit. Ceux-ci ne seront pas toujours à même de déterminer avec précision si la loi affecte ou non le passé de leur situation. De surcroît, cette liberté donne lieu, parfois, à certains abus de la part du législateur, comme en témoigne la pratique des fausses qualifications législatives. Il en va tout autrement lorsque le législateur intervient dans le domaine répressif. Dans cette matière au combien sensible, la rétroactivité de la loi s'impose, en toutes hypothèses, au législateur lorsqu'elle s'avère favorable au délinquant. Au polymorphisme de l'action sur le passé de la loi ordinaire s'oppose l'unité de celle de la loi répressive plus douce.

§ 2 : La rétroactivité *in mitius* de la loi en matière répressive

110. Alors même que le législateur est libre de recourir à la rétroactivité en dehors de la matière pénale, son pouvoir est strictement encadré en cette matière par un ensemble de principes à valeur constitutionnelle. Ainsi, l'action dans le temps de la règle répressive présente la singularité d'être directement organisée par la Constitution. La justification de ce traitement spécifique de la règle répressive réside, à n'en pas douter, dans la protection des libertés individuelles. Interdite dès lors que la règle pénale nouvelle présente un caractère plus sévère, la rétroactivité s'impose lorsque la loi nouvelle s'avère plus favorable pour ses destinataires. Ainsi en a décidé le Conseil constitutionnel en dégagant, à partir d'une interprétation extensive de l'exigence constitutionnelle de la nécessité des peines posée à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, le principe en vertu duquel les lois pénales de fond plus douces s'appliquent aux faits commis antérieurement à la date de leur publication³⁴². Le principe a ensuite été étendu à l'ensemble des règles relatives aux sanctions « ayant le caractère d'une punition »³⁴³. L'extension du champ d'application du principe au droit public répressif a été reçue progressivement par le Conseil d'État. Ce dernier a soumis au respect du principe de la rétroactivité *in mitius* d'abord les règles applicables aux sanctions administratives, puis, plus récemment, celles régissant les pénalités fiscales³⁴⁴.

Zirah, req. n° 118.586, Rec., T., p. 593 : les règles applicables à la communication des pièces et des mémoires sont celles en vigueur à la date du jugement.

³⁴² C.Const., déc. n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 75, Rec., p. 15, *AJDA*, 1981, p. 275, note J. RIVERO, p. 278, note C. DE GOURNAY et p. 285, note J. MORANGE, *D.*, 1981, p. 101, chr. J. PRADEL et 1982, J., p. 441, note A. DEKEUWER, *Gaz. Pal.*, 13-14 février 1981, p. 100, note PERIER-DAVILLE, *JCP G*, 1981, II, 19701, note C. FRANCK, *Rev. adm.*, 1981, n° 201, p. 266, note M. DE VILLIERS, *RDP*, 1981, p. 651, note L. PHILIP.

³⁴³ La consécration par le Conseil constitutionnel du principe de l'application des exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 aux sanctions administratives emportait, par effet mécanique, celle du principe de la nécessité des peines. Ce dernier constituant lui-même le fondement de la règle de la rétroactivité *in mitius*, l'applicabilité du premier aux sanctions administratives entraînait, à son tour, celle de la seconde (C.Const., déc. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 40, Rec., p. 71, *AJJC*, 1989, p. 481, chr. B. GENEVOIS, *Pouvoirs*, 1990, n° 52, p. 189, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDA*, 1989, p. 671, note B. GENEVOIS). Sur l'ensemble de ces points, cf., plus loin, p. 376, n° 468.

³⁴⁴ Sur l'application du principe aux sanctions administratives, cf. CE, Ass. Gén., Avis, 27 mai 1993, n° 353.429, *GACE* n° 20, comm. J.-H. ROBERT, *EDCE*, 1993, n° 45, p. 342 ; 17 mars 1997, *Office des migrations internationales (OMI)*, req. n° 124.588, Rec., p. 86, *Dr. adm.*, 1997, n° 8-9, p. 11, note C. MAUGÜÉ. Sur sa réception en matière fiscale, voir CE, Sect., Avis, 5 avril 1996, *M. Guy Houdmond*, req. n° 176.611, Rec., p. 116, *DF*, 1996, n° 25, p. 838, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *RJF*, 1996, n° 5, p. 311, chr. S. AUSTRY, *RFDA*, 1997, n° 4, p. 843, étude J. PETIT, *Dr. adm.*, 1997, n° 6, p. 13, note C. LAVIALLE, *Quot.*

La signification de cette règle que la doctrine désigne classiquement comme celle de la rétroactivité *in mitius* est une question des plus controversée. En effet, une partie de la doctrine s'oppose à ce que l'application des dispositions répressives de fond plus douces à des faits antérieurs à leur publication soit qualifiée de rétroactive, ne voyant là qu'un cas d'application immédiate de la loi nouvelle. La jurisprudence apparaît elle-même partagée sur cette question. Il est néanmoins possible de montrer que l'on se trouve bien en présence d'un cas de rétroactivité de la loi (I). Cette rétroactivité est même unique, en ce qu'elle constitue une obligation constitutionnelle s'imposant au législateur, comme aux organes chargés de l'application de la loi (II).

I – LA SIGNIFICATION CONTROVERSEE DE LA REGLE DE LA RETROACTIVITE IN MITIUS DE LA LOI REPRESSIVE

111. Sous l'influence des idées du Doyen Roubier, une partie de la doctrine publiciste³⁴⁵, suivant également en cela la doctrine privatiste majoritaire³⁴⁶, a tenté de montrer qu'en réalité il s'agirait non pas d'un cas de rétroactivité de la loi nouvelle, mais d'une expression du principe plus général de son application immédiate. Selon ces auteurs, l'effet dans le temps produit par la règle répressive plus douce doit se comprendre à la lumière de la distinction entre jugements déclaratifs et jugements constitutifs³⁴⁷. En droit pénal, le jugement ne se bornerait pas à sanctionner l'application de la règle de droit à la situation du délinquant au moment où ce dernier a commis l'infraction, mais serait une condition préalable et nécessaire à l'application de la première à la seconde. Le jugement pénal ne serait donc pas déclaratif d'une situation qui se serait constituée au moment de la commission de l'infraction, mais au contraire constitutif. La situation du délinquant au regard de la règle pénale ne serait constituée qu'au jour du prononcé du jugement le condamnant. Au même titre que la commission d'un acte répréhensible, le jugement formerait un des éléments du présupposé de la règle pénale de fond. Sans son prononcé, la loi pénale serait inapplicable, la peine ne pouvant exister sans l'intervention du juge, et la situation juridique du contrevenant toujours en cours de constitution. Suivant ce raisonnement, la loi pénale édictée postérieurement à la commission de l'infraction, mais antérieurement au prononcé du jugement ne produirait, par conséquent, qu'un effet immédiat.

De fait, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à laquelle fait en partie écho la jurisprudence administrative³⁴⁸, semble avoir été sensible à cette argumentation et se réfère au principe de l'application immédiate de la loi répressive plus douce. Initialement, le Conseil constitutionnel n'a

jur., n° 43, 29 mai 1997, p. 10, note D. DAVOUST ; 28 octobre 2002, *SARL Lobelle*, req. n° 227.610, Rec., T., p. 675, *RDF*, 2003, n° 5, comm. 67, *RDF*, 2003, n° 5, p. 227, concl. L. VALLÉE, *RJF*, 2003, n° 1, p. 62 et 2005, n° 7, p. 463, chr. F. BEREZYIAT.

³⁴⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 223 et s., n° 50 et s. et p. 466 et s., n° 90. Voir J. CARBAJO, thèse préc., p. 120 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 263, § 21 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 195, n° 171 ; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs*, Paris, STH, 1988, p. 260 ; J. MOURGEON, *La répression administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 75, 1967, p. 112, note 106.

³⁴⁶ T. BONNEAU, thèse préc., p. 119, n° 144 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, thèse préc., p. 130, n° 107. Cf., en sens contraire, R. MERLE, *Contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, préc., p. 71.

³⁴⁷ Sur cette distinction, cf., plus loin, p. 261, n° 333 Titre I. Voir également, L. MAZEAUD, art. préc., p. 20 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, art. préc., p. 487, n° 14.

³⁴⁸ CE, 10 mai 1972, *Société centrale d'achats des spécialités de l'habillement et de la nouveauté*, préc. ; Sect., 9 décembre 1977, *De Grailly*, req. n° 97.399, Rec., p. 493, *AJDA*, 1978, n° 9, p. 493, chr. O. DUTEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU, *Rev. adm.*, 1978, p. 166, concl. J.-F. THÉRY ; Ass., 7 juillet 1978, *Croissant*, req. n° 10.079, Rec., p. 293, *AJDA*, 1978, p. 559, chr. O. DUTEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU ; Sect., 10 mai 1996, *Élections cantonales de Toulon (3^{ème} canton)*, req. n° 162.481 et 162.679, Rec., p. 200, *AJDA*, 1996, p. 559, chr. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *RFDA*, 1996, p. 697, concl. S. FRATACCI ; 29 décembre 2000, *Société anonyme S.E.T.*, req. n° 183.659 ; 16 novembre 2009, *Moreau*, req. n° 295.046, Rec., p. 463, *Gaz. Pal.*, 13 mars 2010, n° 73-75, p. 15, note B. SEILLER, *RFDA*, 2010, n° 1, p. 219.

pas pris position sur la signification à donner au principe de l'application de la loi pénale de fond plus douce aux infractions antérieures à sa publication, pour finalement se prononcer en faveur de la solution de l'application immédiate³⁴⁹, par préférence à celle de la rétroactivité.

112. Malgré tout, il semble que cette manière d'appréhender l'action dans le temps de la loi répressive plus douce ne soit pas à l'abri de toute critique. En effet, elle induit une différence de qualification selon l'effet substantiel de la règle répressive de fond. Là où la règle répressive plus sévère qui incrimine des faits antérieurs à la date de sa publication et non encore jugés est qualifiée de rétroactive, la règle répressive moins sévère ne serait que d'application immédiate³⁵⁰. Or, la date à prendre en considération pour apprécier l'effet dans le temps de règles de droit de même nature ne saurait, en toute logique, être différente. Comme il sera montré plus loin, c'est à la date de commission de l'infraction qu'il faut se placer pour apprécier l'effet dans le temps de la loi répressive de fond³⁵¹, indépendamment de la question de savoir si elle présente un caractère plus ou moins sévère pour son destinataire.

À l'origine de cette divergence de qualification, il semble bien qu'il y ait eu méprise sur le rôle que joue le jugement dans l'application de la règle répressive. Si l'intervention du juge est indispensable à la mise en œuvre de la règle répressive de fond, il n'en est pas pour autant le destinataire. En effet, il convient de garder à l'esprit que l'objet principal de la règle répressive de fond est de déterminer la conduite sociale des sujets de droits et non pas de régir l'action répressive de l'autorité qui en est chargée. Par conséquent, c'est par rapport aux actes accomplis par ses destinataires que doit s'apprécier l'effet dans le temps de la règle répressive de fond et non par rapport aux actes les réprimant. L'obligation de punir, qui découle de la méconnaissance par le destinataire des prescriptions de la règle de droit, naît au moment où les faits répréhensibles ont été commis. La situation du délinquant se trouve donc constituée dès cette date. Ainsi, alors même que l'intervention du juge est indispensable à la mise en œuvre de la règle pénale, elle doit être regardée comme sans incidence sur la détermination du texte applicable aux faits réprimés, autant que sur son effet dans le temps. En d'autres termes, son rôle se limite à constater l'imputation de l'effet de droit prévu par le présumé de la règle répressive aux faits soumis à son appréciation. Il en résulte que la loi répressive de fond, dès lors qu'elle s'applique à des faits commis antérieurement à la date de sa publication, doit être qualifiée de rétroactive et ce, quel que soit par ailleurs son effet substantiel sur la situation de son destinataire³⁵².

³⁴⁹ Cf. par ex., C.Const., déc. n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, préc., cons. 75. Pour une référence expresse au principe d'application immédiate de la loi pénale plus douce, voir C.Const., déc. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, préc., cons. 40 ; déc. n° 90-277 DC, 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, cons. 26, Rec., p. 70, *Pouvoirs*, 1991, n° 56, p. 200, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDA*, 1991, p. 345, note J.-C. DOUENCE, *RFDC*, 1990, n° 4, p. 729, note L. FAVOREU et L. PHILIP ; déc. n° 92-305 DC, 21 février 1992, *Loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 112, Rec., p. 483, *AIJC*, 1992, p. 478, *CFP*, avril 1992, p. 14, note J.Y.R., *Gaz. Pal.*, 5-6 mai 1993, n° 125-126, p. 7, note T. S. RENOUX, *Pouvoirs*, 1992, n° 62, p. 174, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1992, p. 389, note F. LUCHAIRE, *RFDC*, 1992, n° 10, p. 318, note T. S. RENOUX ; déc. n° 93-327 DC, 19 novembre 1993, *Loi organique sur la Cour de justice de la République*, cons. 15, Rec., p. 555, *Pouvoirs*, 1994, n° 69, p. 197, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *LPA*, 7 juin 1994, n° 68, p. 11, chr. B. MATHIEU, *RFDC*, 1994, n° 17, p. 133, note B. MATHIEU. Sur ce point, voir A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2007, p. 131, n° 219.

³⁵⁰ Voir, dans le même sens, J. CABAJO, thèse préc., pp. 122-123 ; O. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 195, n° 171 ; J. PETIT, thèse préc., p. 162, n° 34 ; A. VITU, *Des conflits de lois dans le temps en droit pénal*, thèse Nancy, 1945, n° 67.

³⁵¹ Cf., plus bas, p. 717, n° 926 et, dans le même sens, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 147, n° 83 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 670, n° 850 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 156, n° 174 et « Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », préc., pp. 965-966, n° 8 ; J. PETIT, thèse préc., p. 151 et s., n° 317 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, p. 343, n° 253 ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 346, n° 244 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 171, n° 204.

³⁵² E.-L. BACH, art. préc., p. 426, n° 23 ; J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », préc., p. 316, n° 61 et *op. cit.*, p. 156, n° 174 ; R. MERLE, thèse préc. ; J. PETIT, thèse préc., p. 163, n° 344.

Sans que l'on puisse déterminer si elle a été sensible à cette argumentation développée par une partie de la doctrine, il faut constater que la jurisprudence administrative la plus récente se réfère désormais au principe de la rétroactivité *in mitius*³⁵³, et non plus à celui de l'application immédiate. Toutefois, la jurisprudence reste encore des plus incertaine et n'est pas exempte de toute contradiction³⁵⁴, si bien que l'on ne saurait affirmer de manière définitive que le juge administratif s'estime, en présence d'une loi répressive de fond se déclarant applicable aux faits commis antérieurement à la date de sa publication, en face d'un cas de rétroactivité. De son côté, le Conseil constitutionnel n'a pas rendu, sauf erreur, de décision mettant en jeu le principe de la rétroactivité *in mitius* depuis plus d'une décennie. Tout au plus peut-on relever l'existence d'une jurisprudence constante admettant que l'appréciation des effets dans le temps des textes répressifs doit être effectuée au regard de la législation en vigueur à la date des faits incriminés³⁵⁵. Cette jurisprudence ayant été entamée à une époque contemporaine de celle de l'affirmation du principe de l'application immédiate de la loi répressive plus douce, un changement de position sur la question paraît peu probable. On peut donc regretter, pour l'heure, que le choix d'un tel point de référence n'ait pas conduit le juge constitutionnel à en tirer toutes les conséquences. Au total, il semble qu'il faille en conclure, pour l'heure, qu'une divergence de jurisprudence entre le juge administratif et le Conseil constitutionnel s'est faite jour, ce qui n'exclut pas qu'un « dialogue des juges » amène les Sages de la rue Montpensier à pencher en faveur de la solution de la rétroactivité *in mitius*.

II – LA RETROACTIVITE DE PLEIN DROIT DE LA LOI REPRESSIVE PLUS DOUCE

113. La constitutionnalisation la règle de la rétroactivité *in mitius* implique que le bénéfice des dispositions répressives nouvelles plus favorables soit étendu à l'ensemble des auteurs d'infractions

³⁵³ CE, Sect., Avis, 23 avril 1997, *Préfet de l'Isère c/ Société routière du Midi*, req. n° 183.970, Rec., p. 155, *Dr. adm.*, 1997, n° 6, p. 12, note C. LAVIALLE, *RFDA*, 1997, n° 3, p. 659 ; 28 octobre 2002, *SARL Lobelle*, préc. ; 26 décembre 2008, *Gonzalez-Castrillo*, req. n° 282.995, Rec., T., p. 679).

³⁵⁴ Les formulations jurisprudentielles traduisent parfois de manière assez nette une certaine confusion entre les concepts de rétroactivité et d'effet immédiat. Dans une série de décisions récentes, le Conseil d'État a écarté le moyen tiré de ce que la sanction contestée avait été prise en méconnaissance du principe d'application immédiate de la loi pénale la plus douce découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789, faute d'une application rétroactive des dispositions en cause (souligné par nous ; CE, 16 novembre 2007, *Compagnie aérienne Iberia Lineas Aereas de España*, req. n° 289.184, 289.185 et 289.241).

³⁵⁵ C.Const., déc. n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et revenus*, cons. 7 et 12, Rec., p. 57, *GDCC* n° 16, *RDP*, 1983, n° 2, p. 333, chr. L. FAVOREU, *Rev. adm.*, 1983, n° 213, p. 247, note M. de VILLIERS ; déc. n° 86-215 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, cons. 23, Rec., p. 130, *AJJC*, 1986, p. 444 et 451, chr. B. GENEVOIS, *RDP*, 1989, n° 2, p. 454, chr. L. FAVOREU, *Rev. Sc. Crim.*, 1987, p. 566, note F. LOLOUM et P. NGUYEN HUU ; déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 25, Rec., p. 48, *AJDA*, 1992, n° 10, p. 656, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *JCP G*, 1992, II, 21848, note N. VAN TUONG, *LPA*, 6 novembre 1992, n° 134, p. 11, note D. TURPIN, *Pouvoirs*, 1992, n° 62, p. 189, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1993, n° 1, p. 54, chr. D. ROUSSEAU, *RFDA*, 1992, n° 2, p. 185, note B. GENEVOIS, *RFDC*, 1992, n° 10, p. 311, note P. GAÏA ; déc. n° 93-334 DC, 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, cons. 14, Rec., p. 27, *Pouvoirs*, 1994, n° 70, p. 184, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *LPA*, 31 mars 1995, n° 39, p. 4, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDC*, 1994, n° 18, p. 353, chr. T. S. RENOUX Rec., p. 27 ; déc. n° 96-387 DC, 21 janvier 1997, *Loi instituant une prestation spécifique dépendance*, cons. 21, Rec., p. 23, *AJDA*, 1997, p. 165, chr. O. SCHRAMECK, *LPA*, 12 février 1997, n° 19, p. 9, note J.-C. ZARKA et 17 octobre 1997, n° 125, p. 10, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *JCP G*, 1997, I, 4066, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RDSS*, 1997, p. 681, note X. PRÉTOT, *RFDC*, 1997, p. 323, note F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; déc. n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, cons. 23, Rec., p. 29, *D.*, 1999, p. 285, note P. CHRESTIA, *JCP G*, 2000, I, 201, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *LPA*, 20 septembre 1999, n° 187, p. 8, chr. L. BAGHESTANI-PERREY, B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDA*, 1999, p. 285, note B. GENEVOIS, *RFDC*, 1999, n° 51, p. 315, note S. SCIORTINO-BAYART ; déc. n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 6, Rec., p. 89, *GDCC* n° 36, *JCP G*, 2008, n° 11, p. 4, note B. MATHIEU, *LPA*, 20 mars 2008, n° 58, p. 3, note F. CHALTIEL et 17 juin 2008, n° 121, p. 7, note R. BOUSTA, *Rev. adm.*, 2009, n° 367, p. 36, note F. MALHIÈRE, *RDP*, 2008, n° 5, p. 1381, note C. GHICA-LEMARCHAND, *RFDC*, 2008, n° 76, p. 846, note W. BENESSIANO et L. GAY.

commises avant leur intervention et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée. Parce qu'elle est jugée meilleure que la loi ancienne, la loi répressive plus douce doit recevoir l'application la plus large possible. Ainsi, la loi plus douce doit être appliquée non seulement aux faits commis dans le passé et non encore jugés, mais également à l'ensemble des procédures en cours, dans la seule limite du respect des droits reconnus par une décision de justice passée en force de chose jugée³⁵⁶. La chambre criminelle de la Cour de Cassation est même allée plus loin dans cette logique en estimant que la loi pénale nouvelle doit être appliquée au stade de la cassation lorsqu'elle s'avère plus favorable au délinquant et ce, alors même que les juges du fond se sont déjà prononcés³⁵⁷.

D'une certaine manière, le législateur se trouve ainsi indirectement dépossédé de la faculté de déterminer librement le champ d'application temporel de la règle nouvelle qu'il a édictée. Non seulement il lui est faite interdiction d'écarter l'application du principe de la rétroactivité *in mitius*, mais encore le silence de la loi est présumé permettre son application³⁵⁸. Dans le silence de la loi sur son application dans le temps, celle-ci doit être interprétée comme permettant, voire même imposant, son application aux faits n'ayant pas fait l'objet d'une condamnation passée en force de chose jugée. Ce principe d'interprétation constitue une originalité, dès lors que les lois pénales de fond, de même que plus largement les lois rétroactives, sont généralement soumises à un principe d'interprétation stricte.

114. Certaine dans son principe, l'obligation constitutionnelle d'appliquer rétroactivement la loi répressive plus douce n'est pas évidente dans sa mise en œuvre. En effet, elle se heurte, devant le juge ordinaire, à la théorie de l'« écran législatif »³⁵⁹. En présence d'une loi répressive plus douce écartant expressément son application rétroactive, le juge ordinaire s'interdit de faire jouer le principe de la rétroactivité *in mitius*. La Cour de Cassation en a même tiré, de manière explicite, le principe en vertu duquel le bénéfice de la rétroactivité *in mitius* ne peut être invoqué qu'« en l'absence de disposition contraire expresse »³⁶⁰. Si cet « angle mort » doit être regretté, il se trouve néanmoins doublement compensé. D'une part, la reconnaissance progressive d'un fondement conventionnel au principe de la

³⁵⁶ La règle est reprise à l'art. 112-1, al. 3 du Code pénal. Sur ces différents points, voir Cass. Crim., 29 janvier 1963, *Maury*, pourv. n° 61-94.089, Bull. Crim., n° 64, *D.*, 1963, p. 332 ; 25 janvier 1973, *Loustalot*, pourv. n° 72-92.119, Bull. Crim., n° 45, p. 114 ; 28 avril 1975, *Procureur Général près la Cour d'Appel de Paris*, *CPD* n° 75-90.161, Bull. Crim., n° 110, p. 309 ; 25 novembre 1992, *Procureur Général près la Cour d'appel de Colmar*, pourv. n° 92-82.386, Bull. Crim., n° 393, p. 1080, *Rev. Sc. Crim.*, 1996, p. 117, obs. B. BOULOC.

³⁵⁷ Sur ces questions, cf., plus bas, p. 384, n° 483. Voir Cass. Crim., 14 janvier 1876, *S.*, 1876, I, p. 433, note E. VILLEY ; 23 avril 1959, Bull. Crim., n° 240, p. 183 ; 15 juin 1966, *Paris*, pourv. n° 65-91.498, Bull. Crim., n° 173, p. 385 ; 16 mai 1994, *Thireau*, pourv. n° 93-83.004, Bull. Crim., n° 183, p. 418 ; 12 décembre 2000, *Capaillan et autres / Rostaing et autres (affaire du Drac)*, pourv. n° 98-83.969, Bull. Crim., n° 371, p. 1123, *AJFP*, 2001, n° 2, p. 30, note S. PETIT, *Dr. pén.*, 2001, n° 4, p. 13, note M. VÉRON, *Gaz. Pal.*, 2000, n° 357, p. 42, note S. PETIT ; Ass. plén., 22 novembre 2002, *Kaid*, pourv. n° 92-82.460, Bull. Crim., A. P., n° 2, p. 9, *D. pén.*, 2003, n° 3, p. 18, note J.-H. ROBERT, *Gaz. Pal.*, 1^{er} août 2003, n° 213, p. 26, note Y. MONNET et 12 septembre 2004, n° 256, p. 7, étude M.-C. SORDINO, *JCP G*, 2003, n° 11, p. 451, note W. JEANDIDIER, *Rev. Soc.*, 2003, n° 2, p. 359, note B. BOULOC, *Rev. Sc. Crim.*, 2003, n° 3, p. 598, chr. P. COUVRAT ; 6 janvier 2004, *Vivar Laborde*, pourv. n° 03-80.245, Bull. Crim., n° 3, p. 7, *AJDP*, 2004, n° 3, p. 111, obs. J. LEBLOIS-HAPPE, *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2004, n° 263, p. 19, note Y. MONNET. Voir également W. JEANDIDIER, « Application de la loi pénale dans le temps », *J.-Cl. Pén.*, fasc. 20, 2005, p. 7, n° 32 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, p. 353, n° 260 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 174, n° 206 ; F. DESPORTES et F. LE GUNÉHEC, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 15^e éd., 2008, p. 293, n° 337.

³⁵⁸ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 672, n° 854 ; T. RENOUX, art. préc., p. 371 ; S. VERCLYTHE, « Application de la loi fiscale dans le temps : une décennie riche d'évolutions », *RJF*, 1998, n° 6, p. 459, spéc. pp. 460-462.

³⁵⁹ Cf., par analogie, CE, 30 novembre 2007, *Société Sideme*, req. n° 292.705, *Rec.*, T., p. 784, *BDCF*, 2008, n° 2, p. 41 et *RDF*, 2008, n° 7, p. 32, concl. L. OLLÉON, *RFDA*, 2008, n° 1, p. 208, *RJF*, 2008, n° 2, p. 83, chr. J. BURGUBURU : théorie de l'« écran législatif » opposée au moyen tiré de la violation par le législateur du principe constitutionnel de proportionnalité des peines.

³⁶⁰ Cass. Crim. 25 janvier 1988, *Vachez*, pourv. n° 86-93.104, Bull. Crim., n° 33, p. 87 ; 6 février 1997, *Koestner*, pourv. n° 94-84.670, Bull. Crim., n° 51, p. 166, *D.*, 1997, J., p. 615, note P. CONTE, *DP*, 1997, comm. 130, obs. J. ROBERT ; 1^{er} octobre 1998, *DP*, 1999, p. 24, obs. M. VERON ; 28 janvier 2004, *Chalay*, pourv. n° 02-86.597, Bull. Crim., n° 23, p. 103 ; 7 avril 2004, pourv. n° 03-85.698, Bull. Crim. n° 93, p. 354, *Rev. Sc. Crim.*, 2004, p. 633, obs. E. FORTIS ; 6 octobre 2004, pourv. n° 03-84.827, *DP*, 2005, p. 23, comm. 9, obs. J.-H. ROBERT, *D.*, 2005, n° 22, p. 1522, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE. Voir C. PORTERON, « Lois et décrets », *Rép. dr. pén.*, Dalloz, 2002, n° 147.

rétroactivité *in mitius* est de nature à renforcer son effectivité devant le juge ordinaire³⁶¹. D'autre part, la mise en œuvre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité instituée par la réforme constitutionnelle de 2008 sera l'occasion d'imposer au législateur un respect plus rigoureux de la règle de la rétroactivité *in mitius*³⁶².

Imposée par la Constitution en matière répressive, la rétroactivité découle également des contraintes d'ordre temporel pesant sur l'action du législateur en dehors de cette matière.

§ 3 : La rétroactivité de la loi en matière financière et fiscale

115. Le principe de l'annualité imprime un rythme particulier à l'exercice du pouvoir financier et fiscal de l'État dans le temps. Dans le domaine financier, l'action du législateur est enfermée à l'intérieur d'un cadre rigide délimité par la Constitution et les lois organiques. Ce n'est que dans les limites de l'exercice budgétaire que le législateur peut agir. Compte tenu des contraintes qui pèsent sur lui, on aurait pu s'attendre à ce que le législateur recourt fréquemment à la rétroactivité, soit en vue de respecter le cadre temporel qui lui est imposé, soit pour s'en affranchir. Or, il faut constater que le phénomène de la rétroactivité est largement absent du droit financier. Ce n'est que dans de rares occasions que ce cadre temporel prédéfini a été à l'origine d'une rétroactivité de la loi (I). Dans le domaine fiscal, les lois de finances de l'année contiennent les principales règles relatives aux impôts directs, lesquels sont soumis au principe d'annualité. Or, le jeu de ce principe conduit à ne pas qualifier de rétroactives les règles posées par le législateur avant le terme de l'exercice, alors même que celles-ci s'appliquent pour l'ensemble de ce même exercice. En d'autres termes, la loi fiscale n'est réputée rétroactive que lorsqu'elle intervient après le terme de l'exercice fiscal qu'elle régit (II).

³⁶¹ Non seulement le principe est consacré à l'article 49, paragraphe 1, troisième phrase, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais il a également valeur de principe général du droit communautaire (CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi et autres*, aff. jointes C-387, 391 et 403/02, pts. 68 et 69, Rec., I, p. 3565, *Gaz. Pal.*, 20-21 mai 2005, n° 140, p. 6, note C. SOULARD, *Europe*, 2005, n° 7, p. 12, note D. SIMON, *JCP G*, 2006, II, 10020, note O. DUBOS, *Rev. Sc. Crim.*, 2006, n° 1, p. 155, chr. L. IDOT, *RTDE*, 2005, n° 4, p. 981, note E. DIRRIG ; 8 mars 2007, *Campina*, aff. C-45/06, pt. 32, Rec., I, p. 2089 ; 11 mars 2008, *Jäger*, aff. C-420/06, pts. 59 et 60, Rec., I, p. 1315). Cf., par ex., Cass. Crim., 19 septembre 2007, pourv. n° 06-85.899, Bull. Crim., n° 219, p. 884. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme déduit ce principe des stipulations de l'article 7-1 de la Convention (CEDH, Gr. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c/ Italie (n° 2)*, req. n° 10249/03, *JDI*, 2010, n° 3, p. 979, chr. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *RDP*, 2010, n° 2, p. 871, chr. H. SURREL). Sur la situation antérieure, voir A. DEKEUWER, « La rétroactivité *in mitius* en droit pénal, un principe encore et toujours contesté », *JCP G*, 1997, I, 4065.

³⁶² Sur cette question, voir, plus bas, p. 136 et s., n° 188 et s.

I – LA RETROACTIVITE EXCEPTIONNELLE DES LOIS DE FINANCES EN MATIERE BUDGETAIRE

116. Parce qu'elle est par essence un acte de prévision fondé sur des hypothèses économiques, financières et sociales, la loi de finances n'a pas vocation, du moins en principe, à régir le passé. Néanmoins, les modalités particulières suivant lesquelles s'exerce dans le temps le pouvoir budgétaire intéresse directement la question de la rétroactivité de la loi en cette matière. Dans les cas où le législateur se place hors du cadre imposé par le principe d'annualité, son intervention comportera nécessairement un effet rétroactif. En effet, la validité de l'autorisation budgétaire, ainsi que l'exécution du budget lui-même, sont strictement enfermés à l'intérieur d'un cadre temporel prédéterminé et rigide. Il découle du principe d'annualité que l'autorisation budgétaire doit nécessairement précéder l'exécution du budget et ne vaut que pour une année. Si le législateur adopte la loi de finances initiale alors que l'exercice budgétaire est entamé ou modifie l'autorisation budgétaire après sa clôture, la loi budgétaire produira un effet rétroactif (A).

117. En revanche, le principe de l'annualité budgétaire s'oppose à ce que les modifications apportées en cours d'exercice par le législateur à l'équilibre budgétaire puissent être, dans la plupart des cas, qualifiées de rétroactives. L'utilisation par le droit financier de notions auxquelles est traditionnellement associée celle de rétroactivité ne sont, pour partie, qu'apparence. L'annulation de crédits prononcée par la loi de finances rectificative ou la loi de règlement ne comporte aucun effet sur le passé. En revanche, un tel effet doit être reconnu, en raison de leur portée sur l'autorisation budgétaire initiale, aux ratifications qu'opèrent le Parlement, en cours d'exercice, des modifications apportées par avance par le Gouvernement à l'équilibre initial du budget. Cette rétroactivité des lois de finances de l'exercice demeure cependant largement symbolique et dépourvue de toute portée pratique, puisque le Parlement n'a jamais refusé de ratifier les décrets d'avance pris par le Gouvernement (B).

118. Des considérations identiques, combinées à d'autres, conduisent à exclure les lois de programmation du champ de la rétroactivité de la loi en matière budgétaire. Lorsque l'État souhaite engager une politique d'investissements d'envergure, l'article 34 de la Constitution autorise le législateur à organiser cet effort sur plusieurs années. Bien que les lois de programme ou de programmation restent des lois ordinaires et ne sont pas, en tant que telles, soumises au principe de l'annualité budgétaire, leur exécution s'inscrit cependant dans le cadre temporel que ce dernier impose aux lois de finances. En effet, les lois de programme ou de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État au cours d'une période déterminée, laquelle couvre plusieurs exercices budgétaires, et qui trouvent leur traduction dans la consommation de crédits suivant le rythme annuel de l'exécution du budget. Depuis 1959, ces lois sont dépourvues de force obligatoire sur le plan financier. Elles n'ouvrent aucun crédit mais posent simplement un objectif à atteindre, en terme d'investissements, à l'issue du dernier exercice du programme³⁶³. Étant par définition un acte prospectif, la loi de programme semble

³⁶³ M. BOUVIER, M.-C. ESCLASSAN et J.-P. LASSALE, *Finances publiques*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 10^e éd., 2010, p. 327, n° 218 ; J. MOLINIER, « Les lois de programme », *RFFP*, 1987, p. 157. Les lois de programme ou de programmation forment un échelon intermédiaire, entre le Plan et les autorisations de programme, de mise en œuvre des politiques pluriannuelles d'investissements de l'État menées dans certains secteurs (P. AMSELEK, *Le budget de l'État sous la V^e République*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de science financière, t. 5, 1967, p. 45 et p. 406). Limitées dans un premier temps aux domaines économique et social, le recours à cette catégorie de lois a été rendu possible pour d'autres domaines, notamment celui des finances publiques, comme en atteste la nouvelle rédaction de l'avant dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution, tel que modifié par l'art. 11 de la loi

étrangère à l'idée de rétroactivité. On peut, en effet, douter de l'intérêt pour l'État de se fixer des objectifs à atteindre pour une période déjà partiellement ou totalement écoulée. Néanmoins, le législateur peut très bien, par souci d'efficacité, souhaiter mettre en œuvre rapidement un programme d'investissements et ce, sans attendre le début de l'exercice suivant sa décision. Ainsi, l'autorité normative peut adopter une loi de programme ou de programmation en la déclarant applicable dès l'exercice en cours. En d'autres termes, le premier exercice du programme n'est autre que l'exercice déjà entamé au moment de sa mise en place. Il en a été récemment ainsi en matière de défense, pour la loi de programmation militaire pour les années 2009 à 2014, promulguée le 29 juillet 2009³⁶⁴. L'État s'imposant un objectif à atteindre à compter d'un moment antérieur à celui auquel il a réellement été fixé, il y a bien rétroactivité, du moins en apparence. En effet, il paraît douteux d'affirmer que les lois de programmation sont le siège d'une rétroactivité véritable, en raison de leur faible portée normative. À première vue, la loi de programme ne pose aucune obligation sur le plan juridique. Or, la définition même de l'effet rétroactif présuppose la production d'un effet de droit. On pourrait objecter que, quand bien même les lois de programme ne constituent qu'un engagement de l'État envers lui-même et non envers les tiers, la traduction des objectifs d'investissement dans des autorisations de programme leur conférerait tout de même une certaine effectivité. D'un point de vue budgétaire, l'autorisation de programme inscrite dans la loi de finances devient, en effet, une autorisation d'engagement, susceptible d'engager l'État, non seulement à l'égard de lui-même, mais également à l'égard des tiers³⁶⁵. Or, aucune obligation d'engagement de la dépense allant au-delà de « l'horizon » d'un exercice budgétaire ne pèse en réalité sur l'État, si bien que l'effectivité de l'engagement programmatique reste pour le moins relatif³⁶⁶. On peut donc raisonnablement penser que le Parlement n'est soumis qu'à une simple obligation morale d'honorer d'année en année l'engagement pris lors du vote de la loi de programme³⁶⁷. La même conclusion peut être dressée à l'égard de la portée politique de l'engagement programmatique, notamment vis-à-vis du Gouvernement. Il n'existe aucune obligation, même sur le plan financier, pour celui-ci de mener celui-là à son terme. La jurisprudence constitutionnelle va dans le même sens, puisqu'elle considère généralement les objectifs posés par les lois de programme comme des dispositions législatives sans portée normative³⁶⁸. Si on ne saurait exclure définitivement que de tels

constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la V^e République (JORF n° 171 du 24 juillet 2008, p. 11890). Voir M. BOUVIER, « La constitutionnalisation de la programmation pluriannuelle des finances publiques », *LPA*, 29 décembre 2008, n° 254, p. 50.

³⁶⁴ Loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009, relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (JORF n° 175 du 31 juillet 2009, p. 12713). Le décalage n'est cependant pas toujours aussi important. Cf., par ex., la loi n° 87-342 du 22 mai 1987 de programmation relative à l'équipement militaire pour les années 1987-1991 (JORF du 23 mai 1987, p. 5648) ; la loi de programmation n° 90-32 du 10 janvier 1990, relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993 (JORF n° 10 du 12 janvier 1990, p. 487) ; la loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003, relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008 (JORF du 29 janvier 2003, p. 1744) ; la loi n° 2009-135 du 9 février 2009 de programmation des finances publiques pour les années 2009 à 2012 (JORF n° 35 du 11 février 2009, p. 2346).

³⁶⁵ Cf. art. 2 al. 5 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, déjà citée et art. 7 et 34 II 4^o de la loi organique du 1^{er} août 2001, également mentionnée plus haut. Sur cette question, voir P. AMSELEK, thèse préc., pp. 407-408.

³⁶⁶ Art. 15-I et II de la loi organique du 1^{er} août 2001. Cf., en ce sens, CE, Ass., Avis, 27 mars 2008, n° 381.365, *EDCE*, 2009, n° 60, p. 298.

³⁶⁷ M. CARCELLE et MAS, « Les lois de programme », *Rev. adm.*, 1959, p. 411 : pour ces auteurs, la loi de programme constitue un « contrat moral entre le Parlement et le Gouvernement ». À cela s'ajoute l'argument tiré de ce que le Gouvernement pourrait légitimement regarder l'autorisation de programme comme un service voté avec les conséquences juridiques que cela implique, même si cela n'a pas été le cas en pratique (P. AMSELEK, thèse préc., pp. 407-408 et 464).

³⁶⁸ Dans cette mesure, les lois de programme échappent à l'exigence de normativité de la loi posée par le Conseil constitutionnel (C.Const., déc. n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école*, cons. 7 et s., Rec., p. 72, *GDCC* n° 32, *D.*, 2005, n° 21, p. 1372, note J.-C. ZARKA et n° 28, p. 1886, note M. VERPEAUX, *JCP G*, 2005, n° 20, p. 879, note B. MATHIEU, *LPA*, 20 mai 2005, n° 100, p. 3, note J.-É. SCHOETTL, *RDP*, 2005, n° 4, p. 849, note J.-P. CAMBY, *RFDA*, 2005, n° 5, p. 922, note G. GLÉNARD, *RFDC*, 2006, n° 65, p. 152, note J. PINI, *RRJ*, 2005, n° 4, p. 2237, étude W. SABETE. ; déc. n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, cons. 3 et s., Rec., p. 102, *AJJC*,

objectifs puissent valoir, pourvu qu'ils soient suffisamment précis, prescription normative³⁶⁹, il faut reconnaître qu'une telle admission paraît hautement improbable. Dans le cas contraire, il faudrait alors accepter que l'anticipation de la naissance de l'objectif contraignant à atteindre emporte la rétroactivité de droit de la loi de programme. Il n'en reste pas moins que la loi de programmation peut tout à fait contenir des dispositions modificatives du droit antérieur. Elles relèvent alors de la rétroactivité générale de la règle législative. Par exemple, l'article 29-IV de la loi de programme du 18 avril 2006 pour la recherche a rétroactivement prorogé jusqu'au 31 décembre 2009 le délai durant lequel la procédure de révision simplifiée d'un plan d'occupation des sols pouvait être engagée par les communes qui en sont dotées, lequel était expiré depuis le 31 décembre 2005³⁷⁰.

A/ La rétroactivité accidentelle de la loi de finances initiale : les lois de finances particulières

119. Du principe d'annualité de la loi de finances est issue la règle d'antériorité de l'autorisation budgétaire, laquelle impose au législateur d'adopter le budget de l'État avant que ne soit entamé l'exercice sur lequel il porte. Ce faisant, la règle d'antériorité garantit que l'autorisation donnée par le Parlement couvrira l'intégralité de la période de l'exercice, soit une année civile, de même qu'elle empêche toute forme de budget rétroactif. Néanmoins, il arrive qu'un retard soit pris dans l'élaboration du budget et que son adoption n'intervienne que postérieurement au début de l'exercice. Seule une partie de l'exercice se trouve alors couverte par l'autorisation parlementaire, en violation du principe d'annualité. Pareil décalage ayant entraîné des dérives lors des Républiques précédentes³⁷¹, la Constitution de 1958 est revenue à une conception plus rigide de cette règle d'antériorité, notamment en organisant dans son article 47 plusieurs procédures propres à prévenir et, le cas échéant, à rattraper tout retard dans l'adoption du budget. Malgré ces infinies précautions, un décalage entre l'adoption du budget et le commencement de l'exercice s'est à nouveau produit à deux reprises sous la V^e République, si bien qu'il a fallu recourir à la rétroactivité en vue de faire coïncider le début de l'exercice avec celui de la période de validité de l'autorisation parlementaire, au prix toutefois d'une méconnaissance de la règle d'antériorité.

120. La première est la conséquence de la crise politique survenue à l'automne 1962³⁷². Le projet de loi de finances n'ayant pu être déposé dans le délai prévu par la Constitution, il a été recouru à la

2005, p. 553, chr. É. BRUCE, *LPA*, 24 août 2005, n° 168, p. 3, note J.-É. SCHOETTL). Sur l'ensemble de la question, voir W. SABETE, « La conception matérielle de la loi : l'exception de la loi de programme », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 930-931.

³⁶⁹ Cela suppose toutefois de faire le tri au sein des énoncés programmatiques entre les simples énoncés indicatifs, descriptifs ou performatifs et les énoncés présentant un caractère prescriptif (W. SABETE, *loc. cit.*).

³⁷⁰ Comp. art. 27 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003, relative à l'urbanisme et à l'habitat (JORF n° 152 du 3 juillet 2003, p. 11176) et art. 39-IV de la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006, de programme sur la recherche (JORF n° 92 du 19 avril 2006, p. 5820). Pour un ex. de loi de programmation comportant une disposition prononçant la validation rétroactive d'une déclaration d'utilité publique, cf. C.Const., déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, cons. 29, Rec., p. 33, *AJJC*, 2005, p. 551, chr. É. BRUCE, *AJDA*, 2005, n° 16, p. 905, note V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Dr. soc.*, 2005, n° 4, p. 371, note X. PRÉTOT, *LPA*, 31 mars 2005, n° 64, p. 49, note J.-É. SCHOETTL, *RFDA*, 2005, n° 2, p. 289, note R. HOSTIOU.

³⁷¹ Notamment, la pratique des *douzièmes provisoires* sous la III^e République (P. AMSELEK, thèse préc., p. 38 et s. ; G. ORSONI, *Science et législation financières*, Paris, Economica, coll. Corpus Droit public, 2005, p. 278, n° 278 ; É. DOUAT et X. BADIN, *Finances publiques*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 3^e éd., 2006, pp. 213-214). L'alinéa 4 de l'art. 47 de la Constitution a été complété par l'art. 44 de l'ordonnance organique n° 59-2 du 2 janvier 1959, relative aux lois de finances (JORF du 3 janvier 1959, p. 180), lequel a été remplacé depuis par l'art. 45 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances (JORF n° 177 du 2 août 2001, p. 12480).

³⁷² À la suite de l'annonce de la réforme du mode d'élection du Président de la République faite le 20 septembre 1962 par le général de Gaulle, le vote d'une motion de censure contre le gouvernement présidé par G. Pompidou avait entraîné la dissolution de l'Assemblée nationale le 12 octobre 1962, puis l'organisation d'élections législatives les 18 et 25 novembre 1962 (D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, 3^e éd., 1999, p. 359, n° 132 et p. 448, n° 155).

procédure spéciale d'urgence de l'alinéa 4 de l'article 47 de la Constitution. Dans les dix jours précédant la date de clôture de la session 1962, l'Assemblée nationale nouvellement élue avait seulement voté la première partie de la loi de finances, le vote définitif de la seconde partie n'ayant pu intervenir qu'au début de l'année 1963³⁷³. Bien que le législateur n'ait pas expressément conféré un effet rétroactif aux dispositions de cette seconde partie, le premier pouvait se déduire de ce que les secondes précisait qu'elles portaient sur l'ensemble de l'année 1963. Régissant l'ensemble de l'exercice, ces dispositions entraient nécessairement en vigueur au 1^{er} janvier. Le jeu du principe d'annualité lui-même conduisait, ce faisant, à la rétroactivité partielle du budget 1963.

121. Le second exemple trouve son origine dans la déclaration d'inconstitutionnalité de la totalité des dispositions de la loi de finances pour 1980³⁷⁴. La décision du Conseil constitutionnel a donné naissance à une situation inédite et, en tout état de cause, non prévue par la Constitution, dans laquelle il était matériellement impossible d'adopter même partiellement la loi de finances avant le début de l'exercice suivant. Cet imbroglio a été résolu, dans un premier temps, par la publication d'une loi autorisant la perception des impôts et taxes existants le 30 décembre 1979, dans l'attente de l'adoption d'une nouvelle loi de finances au début de l'année 1980³⁷⁵. Cette fois, le législateur a pris le soin de faire coïncider le commencement de l'exercice avec l'entrée en vigueur des dispositions de la loi de finances en fixant, de manière expresse, la date d'entrée en vigueur de ces dernières au 1^{er} janvier 1980, voire à une date antérieure pour certaines d'entre elles. L'effet rétroactif conféré au budget 1980 se justifiait au regard de la nécessité impérieuse d'assurer la continuité de l'État, même si une telle solution constituait une entorse à la règle d'antériorité.

En dehors de ces cas exceptionnels dans lesquels la rétroactivité du budget n'a pu être évitée, les lois de finances initiales ne produisent aucun effet sur le passé de l'ordonnancement juridique. Il en va ainsi également des lois de financement de la sécurité sociale, pour lesquelles aucun retard ou aucune censure par le Conseil constitutionnel ne s'est jamais encore produit. Pour les lois de finances adoptées en cours d'exercice, le constat est le même, en dépit des apparences parfois trompeuses.

B/ La rétroactivité marginale des lois de finances de l'exercice

122. Le principe de l'annualité en matière budgétaire veut qu'il y ait pour chaque exercice une autorisation unique et préalable donnée par le Parlement. Cette exigence n'interdit pas pour autant toute modification, en cours ou en fin d'exercice, des prévisions initiales fixées par la loi de finances de l'année³⁷⁶. Cette gestion de l'autorisation budgétaire dans le temps est opérée par deux catégories de lois de finances, les lois de finances rectificatives et la loi de règlement.

³⁷³ Loi n° 62-1529 du 22 décembre 1962, portant loi de finances pour 1963 (1^{ère} partie : conditions générales de l'équilibre financier) (JORF du 25 décembre 1962, p. 12538) et loi n° 63-156 du 23 février 1963 portant loi de finances pour 1963 (2^{ème} partie : moyens des services et dispositions spéciales) (JORF du 24 février 1963, p. 1818). Sur l'ensemble de la question, voir F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 3^e éd., 2009, pp. 1156-1157 ; É. DOUAT et X. BADIN, *op. cit.*, pp. 217-218.

³⁷⁴ C.Const., déc. n° 79-110 DC, 24 décembre 1979, *Loi de finances pour 1980*, Rec., p. 36, GDCC n° 11, AJDA, 1980, n° 6, p. 356, note C. FRANCK, D., 1980, J., p. 381, note L. HAMON, RDP, 1980, n° 5, p. 1373, chr. L. PHILIP. Voir F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, *op. cit.*, p. 1158.

³⁷⁵ C.Const., déc. n° 79-111 DC, 30 décembre 1979, *Loi autorisant le Gouvernement à continuer à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants*, Rec., p. 39 ; loi n° 80-30 du 18 janvier 1980, de finances pour 1980 déjà citée. La loi d'autorisation de perception des impositions se présente comme un élément détaché, préalable et temporaire de la loi de finances (É. DOUAT et X. BADIN, *op. cit.*, p. 185).

³⁷⁶ C.Const., déc. n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 46 à 48, Rec. p. 99, GDCC n° 27, AJDA, 2002, n° 1, p. 59, note P. JAN, JCP G, 2001, II, 10603, note J.-C. ZARKA, LPA, 13 septembre 2001, n° 183, p. 3, note J.-

123. Il appartient à la seule loi de finances rectificative de procéder aux ajustements nécessaires à la prise en compte des bouleversements affectant l'équilibre économique et financier primitif qui ont pu intervenir postérieurement à l'élaboration de la loi de finances initiale³⁷⁷. Modifiant l'équilibre fixé antérieurement par la loi de finances initiale, on peut se demander si la loi de finances rectificative ne produirait pas par là un effet rétroactif. Il convient ici de préciser que seuls les effets de l'autorisation budgétaire, c'est-à-dire l'exécution du budget, sont concernés par la loi de finances rectificative, dès lors que la règle de l'autorisation budgétaire unique interdit qu'il soit accordé de nouvelles autorisations budgétaires une fois l'exercice entamé³⁷⁸. Or, l'exécution du budget constitue une opération dont la durée s'étend sur l'ensemble d'une année et qui ne s'achève qu'à la fin de l'exercice. Cette opération n'est donc pas encore achevée au moment de l'édiction de la loi de finances rectificative. Dans la mesure où elle affecte l'exécution du budget en cours, la loi de finances rectificative ne produit donc qu'un effet immédiat.

Au sein de la régulation budgétaire, il existe une technique consistant pour le Parlement, comme pour le Gouvernement, à prononcer l'annulation de crédits budgétaires. Or, cette annulation n'est envisageable que si le crédit n'a pas encore été consommé. Malgré le recours à l'idée d'annulation, il faut en déduire qu'en l'absence d'engagement ou de paiement de la dépense, la loi de finances rectificative ne produit, à cette occasion, aucun effet sur le passé.

124. La loi de finances rectificative n'a pas seulement pour fonction d'apporter des modifications à l'autorisation budgétaire primitive. Elle remplit également une fonction d'approbation, de ratification des mesures prises en cours d'exercice par la voie réglementaire. En effet, il est permis au Gouvernement d'ouvrir des crédits sans attendre une autorisation du Parlement afin de faire face à des dépenses exceptionnelles et urgentes. Ce procédé de régulation budgétaire n'est possible qu'à la double condition qu'il fasse l'objet d'une autorisation par la plus prochaine des lois de finances afférentes à l'année en cours et que le montant des crédits d'avance reste inférieur à un pour cent du total des crédits³⁷⁹. Or, l'autorisation parlementaire intervient, le plus souvent, à un moment où les crédits ouverts ont été partiellement ou totalement consommés. De surcroît, comme on le verra plus loin, l'effet de la

É. SCHOETTL et 10 octobre 2001, n° 202, p. 5, note J.-P. CAMBY, *RDP*, 2002, n° 1-2, p. 313, étude R. PELLET, *RFDA*, 2001, n° 6, p. 1205, note L. TALLINEAU, *RFDC*, 2002, n° 49, p. 152, note É. OLIVA, *RFFP*, 2001, n° 76, p. 167, note J. LAUZE.

³⁷⁷ Art. 1^{er} de la loi du 14 décembre 1879, repris par l'art. 35 de la loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances déjà citée. La cause du déséquilibre peut être soit économique, comme cela a été le cas lors de la guerre d'Algérie ou des événements de mai 1968 ou à la suite des deux chocs pétroliers, soit politique, notamment à l'occasion d'une alternance de majorité parlementaire. En cas de bouleversement des grandes lignes de l'équilibre économique et financier, le dépôt d'un projet de loi de finances rectificatives constitue une obligation pour le Gouvernement (C.Const., déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 9, Rec., p. 82, *Pouvoirs*, 1992, n° 60, p. 204, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1992, p. 50, chr. D. ROUSSEAU, *RFDC*, 1991, n° 8, p. 722, note L. PHILIP ; déc. n° 2007-555 DC, 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, cons. 38, Rec., p. 310, *LPA*, 30 août 2007, n° 174, p. 3, note F. CHALTIEL et 26 septembre 2007, n° 193, p. 19, note J.-B. COTTIN, *RFDC*, 2008, n° 73, p. 99, note A. MANGIAVILLANO, *RFFP*, 2008, n° 103, p. 207, note X. PRÉTOT). Sur la question, voir P. AMSELEK, thèse préc., p. 41 ; J. CATHELIN, « Les lois de finances rectificatives », in *Études de droit public*, Paris, éd. Cujas, 1964, p. 83 ; R. MUZELLE, « Du caractère fondamental des lois de finances rectificatives », in *Études de finances publiques, Mélanges en l'honneur de P.-M. GAUDEMET*, Paris, Economica, 1984, p. 173.

³⁷⁸ En vertu de cette règle, l'autorisation initiale ne peut être renouvelée ou modifiée en cours d'exercice par une loi de finances rectificative (C.Const. déc. n° 60-8 DC, 11 août 1960, *Loi de finances rectificative pour 1960*, cons. 1, Rec., p. 25, *GDCC* n° 2, *RDP*, 1960, p. 1020, note M. WALINE, *RSF*, 1961, p. 5, note L. TROTABAS, *S.*, 1960, p. 277, note R. BOURDONCLE).

³⁷⁹ La pratique est apparue avec la loi du 27 mars 1817. Possible par simple arrêté ministériel sous l'empire des articles 10 et 11 de l'ordonnance de 1959, l'ouverture de crédits à titre d'avance doit désormais être obligatoirement opérée par décret (art. 13 et 33 de la loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances citée plus haut). Cf., par ex., les décrets n° 94-256 du 30 mars 1994, portant ouverture de crédits à titre d'avance (JORF n° 76 du 31 mars 1994, p. 4810) et n° 2009-1512 du 8 décembre 2009, portant ouverture et annulation de crédits à titre d'avance (JORF n° 285 du 9 décembre 2009, texte n° 35). Sur cette pratique, voir G. CHAMPAGNE, « La pratique des décrets d'avance sous la V^e République », *RDP*, 1983, n° 3, p. 983, spéc. p. 1013. Sur question de la ratification par la loi de finances des décrets d'avance, cf., plus bas, p..

ratification législative remonte nécessairement au moment de l'édition de l'acte administratif ratifié³⁸⁰. Par suite, il faut considérer que la loi de finances rectificative est, dans cette mesure, rétroactive.

La loi de finances rectificative ne produit donc que partiellement un effet rétroactif en matière budgétaire. Un même constat peut être fait à l'égard de la loi de règlement.

125. Apparue avec la loi des comptes du 15 mai 1818, la loi de règlement achève le cycle budgétaire en constatant les résultats financiers de l'exercice³⁸¹. Contrairement aux autres lois de finances, la loi de règlement n'est pas un acte de prévision, mais un acte de bilan. Son objet principal est de « faire le point » sur l'exécution budgétaire qui s'achève avec elle. La loi de règlement est donc naturellement tournée vers le passé. Cependant, sa portée juridique est longtemps restée incertaine, notamment en raison de son contenu hétérogène. La loi de règlement comporte deux catégories de dispositions ayant une portée différente. D'un côté, la loi de règlement délivre un *quitus* comptable au Gouvernement au terme de l'exécution du budget auquel elle se rapporte. Elle constate les résultats des opérations de toute nature intervenues pour l'exécution du budget et établit le compte de résultat de l'année. Elle approuve également les ajustements de crédits par rapport aux prévisions des lois de finances initiale et rectificative et autorise le transfert du résultat de l'année au compte permanent des découverts du Trésor. Sous cet aspect, la loi de règlement se présente comme une simple « loi de comptes ». Elle ne fait que procéder à une série de constatations dépourvues de conséquences juridiques. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé à cet égard que la loi de règlement « ne peut que retracer les ordonnancements de dépenses et les encaissements de recettes et ceci quelle que soit la régularité des opérations effectuées »³⁸². *A fortiori*, la loi de règlement ne saurait avoir une quelconque incidence sur les lois de finances initiale et rectificative de l'exercice auquel elle se rapporte³⁸³. Il s'ensuit que la portée de la loi de règlement est principalement politique, dès lors qu'elle offre l'occasion au Parlement d'exercer son pouvoir général de contrôle en matière financière³⁸⁴. Bien que tournée vers le passé, la loi de règlement ne développe pas pour autant un effet rétroactif, du moins en principe.

³⁸⁰ Cf., plus bas, pp. 107-108, n° 154. En effet, le crédit constitue une autorisation juridique de dépenser qui comporte deux éléments : l'objet de la dépense et son montant (M. BOUVIER, M.-C. ESCLASSAN et J.-P. LASSALE, *op. cit.*, p. 291, n° 170). Pour un ex. récent de ratification de décrets d'avance, voir C.Const., déc. n° 2006-538 DC, 13 juillet 2006, *Loi portant règlement définitif du budget de 2005*, cons. 12, Rec. p. 73, *LPA*, 10 août 2006, n° 159, p. 8, note J.-É. SCHOETTL, *RFDC*, 2007, n° 69, p. 79, note L. PHILIP, *RFFP*, 2007, n° 97, p. 273, chr. X. PRÉTOT.

³⁸¹ Art. 2, al. 5 et 35 al. 1^{er} de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, relative aux lois de finances déjà citée et art. 1^{er} et 37 de la loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances également citée plus haut. Son objet est d'arrêter le montant définitif des recettes et des dépenses du budget de l'année, ainsi que le résultat budgétaire. Elle fixe également le montant définitif des ressources et des charges de trésorerie ayant concouru à la réalisation de l'équilibre financier, lequel est présenté dans un tableau de financement (M. BOUVIER, M.-C. ESCLASSAN et J.-P. LASSALE, *op. cit.*, p. 578, n° 487 ; É. DOUAT et X. BADIN, *op. cit.*, p. 183 ; G. ORSONI, *op. cit.*, p. 214, n° 194).

³⁸² C.Const., déc. n° 85-202 DC, 16 janvier 1986, *Loi portant règlement définitif du budget de 1983*, cons. 5 à 8, Rec., p. 14, *AIJC*, 1986, p. 425, chr. B. GENEVOIS, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 91-300 DC, 20 novembre 1991, *Loi portant règlement définitif du budget de 1989*, cons. 7 à 9, Rec., p. 130, *LPA*, 7 août 1992, n° 95, p. 17, note B. MATHIEU et la jurisprudence du Conseil d'État citée datant de 1959, *Pouvoirs*, 1992, n° 61, p. 175 et 183-184, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Rev. adm.*, 1992, n° 265, p. 33, chr. R. ETIEN, *RFDC*, 1992, n° 9, p. 97, note G. ORSONI ; déc. n° 2006-538 DC, 13 juillet 2006, préc., cons. 7 et la note de L. PHILIP sous cette décision, *RFDC*, 2007, n° 69, p. 79, spéc. p. 81 ; déc. n° 2009-585 DC, 6 août 2009, *Loi de règlement des comptes et rapport de gestion pour l'année 2008*, cons. 5, Rec., p. 159, *JCP A*, 2009, n° 45, p. 17, note F. BARQUE, *LPA*, 29 septembre 2009, n° 194, p. 3, note F. CHALTIEL.

³⁸³ Invité à apprécier la constitutionnalité des lois de finances initiale et rectificative à l'occasion de l'examen de la loi de règlement, le Conseil constitutionnel a estimé qu'en tant qu'elle se bornait à retracer les montants des ouvertures de crédits, la loi de règlement n'avait pas pour objet ou pour effet de modifier ou de compléter les lois de finances initiale et rectificative, pas plus qu'elle n'en affectait le domaine d'application (C.Const., déc. n° 2006-538 DC, 13 juillet 2006, préc., cons. 11 à 13).

³⁸⁴ Sur cette question, voir P. AMSELEK, thèse préc., p. 559 et s. ; F.-J. FABRE, « Le règlement du budget », *Rev. adm.*, 1978, p. 36 ; R. ETIEN, « Annulation de la loi de règlement définitif pour 1983 », note sous C.Const., déc. n° 85-190 DC, 24 juillet 1985, *Loi portant règlement définitif du budget de 1983*, Rec., p. 53, *Rev. adm.*, 1985, n° 227, p. 462 ; R. MUZELLE, « La loi de règlement », *RSF*, 1973, n° 1, p. 21, spéc. p. 29 ; G. ORSONI, *op. cit.*, p. 484, n° 566 ; L. SAÏDJ, « La loi de règlement et le développement du contrôle parlementaire de la Restauration à nos jours », *RFFP*, 1995, n° 51, p. 171, spéc. p. 174.

126. D'un autre côté, la loi de règlement est, en sa qualité de loi de finances, l'occasion pour le législateur d'approuver les modifications intervenues dans la gestion de l'autorisation budgétaire par le Gouvernement. De la même manière que la loi de finances rectificative, la loi de règlement participe de la régulation budgétaire et peut procéder à l'ouverture ou à l'annulation de crédits, de même qu'à la ratification de décrets d'avance³⁸⁵. En théorie, elle produit donc les mêmes effets. Ratifiant *a posteriori* des autorisations de dépenses, la loi de règlement produit un effet rétroactif. Toutefois, on peut s'interroger sur la portée qu'aurait, en pratique, le refus parlementaire d'autoriser *a posteriori* les dépenses engagées en cours d'exercice. En théorie, un tel refus entraînerait la nullité du crédit non autorisé. Il faudrait alors tirer les conséquences sur le plan financier et comptable de cette annulation dans la loi de règlement. En pratique, c'est tout le contraire qui se produit. Le refus parlementaire de ratifier un crédit au moment de l'adoption de la loi de règlement demeure dépourvu de toute portée réelle. L'explication en est simple et tient à ce que la loi de règlement se prononce sur des crédits qui ont été consommés parfois plusieurs années avant son intervention. Refuser la ratification reviendrait, en quelque sorte, à « faire le procès d'un mort »³⁸⁶. Ce décalage temporel est encore aggravé par le retard pris dans son adoption, ce qui a été bien souvent le cas pendant la III^e République. Dans son étude historique sur la question, M. Saïdj relève que le retard excède dix ans à plus de quarante reprises au cours de cette période³⁸⁷. Bien que réduit sous l'empire des Républiques suivantes, les textes imposant désormais le dépôt du projet de loi de règlement au plus tard à la fin de l'année qui suit l'année d'exécution du budget, le retard atteignait encore quatre à cinq années au cours de la période 1960-1965, pour n'être plus que de deux à trois ans dans la période récente³⁸⁸. La raison de ce retard persistant était à rechercher dans l'absence de délai contraignant pour l'adoption de la loi de règlement.

Le refus parlementaire de ratifier les dépenses budgétaires s'avère donc rarissime et purement symbolique³⁸⁹. La loi organique de 2001 n'a, au demeurant, rien changé à cette absence d'incidence sur le passé de la loi de règlement. Ce n'est que dans sa dimension prospective que le statut de la loi de règlement a été renforcé, son vote devant obligatoirement intervenir avant la discussion de la loi de finances suivante³⁹⁰.

127. Ce qui a été dit à propos de la rétroactivité des lois de finances est également vrai pour les lois de financement de la sécurité sociale, à cette différence près que la loi de financement de l'année regroupe, au sein d'un même dispositif, les différents instruments de régulation budgétaire³⁹¹.

³⁸⁵ Outre les références citées plus haut note 379, voir F. CHALTIEL, « Les principes constitutionnels de la loi de règlement (À propos de la décision du Conseil constitutionnel, *Loi de règlement des comptes et rapport de gestion pour l'année 2008*) », *LPA*, 29 septembre 2009, n° 194, p. 6 ; B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 91-300 DC, 20 novembre 1991, préc., *LPA*, 7 août 1992, n° 95, p. 18 ; G. ORSONI, *op. cit.*, p. 358, n° 376.

³⁸⁶ Selon la formule de M. Pellenc (JO Sénat, déb. parl., séance du 6 novembre 1969, p. 686) cité par G. CHAMPAGNE, art. préc., p. 1039. Voir également, P. MARCHESSOU, note sous déc. n° 83-161 DC, 19 juillet 1983, *Loi portant règlement définitif du budget de 1981*, Rec., p. 47, *AJDA*, 1984, n° 1, p. 36 ; R. MUZELLEC, art. préc., p. 56 ; L. SAÏDJ, art. préc., p. 176.

³⁸⁷ L. SAÏDJ, art. préc., p. 177. Dans un cas, le retard dépasse même les vingt années (Loi de règlement pour 1915 adoptée en 1936).

³⁸⁸ Art. 65 du décret organique n° 56-601 du 19 juin 1956, déterminant le mode de présentation du budget de l'État : préparation et vote des lois budgétaires (JORF du 20 juin 1956 p. 5632) et art. 38 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 déjà citée. Sur l'ensemble de ces points, voir P. AMSELEK, thèse préc., p. 506 et 523 ; R. ETIEN, note préc., p. 424 ; P. MARCHESSOU, note préc., p. 35 ; R. MUZELLEC, « Tradition et innovation dans l'examen de la loi de règlement du budget de 1971 », *RSF*, 1973, n° 3, p. 577, spéc. p. 578.

³⁸⁹ Un seul cas a pu être recensé. En 1833, le Parlement s'était opposé à la ratification des crédits supplémentaires ouverts en 1830 pour financer les opérations de répression des journées de juillet.

³⁹⁰ Art. 41 de la loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances déjà citée.

³⁹¹ Art. 1^{er} de la loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005, relative aux lois de financement de la sécurité sociale (JORF n° 179 du 3 août 2005, p. 12633), codifié à l'art. LO 111-3 I du Code de la sécurité sociale. Bien que les lois de financement rectificatives soient prévues par les textes, il n'y a pas encore eu d'exemple en pratique. C'est la loi de financement de l'année qui joue ce rôle, de même que celui de loi de règlement. Il n'existe donc qu'un différé de dix mois avec l'exercice clos (É. DOUAT et X. BADIN, *op. cit.*, p.

Alors même qu'elle s'inscrit dans un cadre temporel particulier et en dépit des apparences, l'action du législateur en matière financière méconnaît largement le phénomène de la rétroactivité, au contraire de ce qui se passe en matière fiscale.

II – LE PROBLEME DE LA RETROACTIVITE DE LA LOI DE FINANCES EN MATIERE FISCALE

128. Contrairement à ce qui se passe en matière budgétaire, les dispositions fiscales ne sont pas du domaine exclusif de la loi de finances. Néanmoins, les règles les plus importantes en la matière y sont généralement regroupées³⁹². En particulier, c'est dans la loi de finances initiale votée à la fin de chaque année que figurent les règles d'assiette et de liquidation des impôts directs³⁹³. Or, ces impôts présentent la particularité de frapper non pas une opération déterminée, mais un ensemble d'opérations accomplies au cours d'une période de référence. Cette période est celle au cours de laquelle le revenu imposable a été perçu. Elle coïncide obligatoirement avec l'année civile pour l'impôt sur le revenu, tandis que cette correspondance n'est qu'éventuelle pour l'impôt sur les sociétés. En revanche, dans l'un comme dans l'autre cas, le principe d'annualité qui gouverne ces impôts – lequel est à distinguer du principe d'annualité en tant que période d'autorisation parlementaire – veut que la situation du contribuable soit appréciée selon une période annuelle³⁹⁴. En d'autres termes, la règle fiscale régit une situation juridique à formation successive, dont elle réalise la synthèse à un moment donné³⁹⁵.

129. Ces considérations n'auraient en soi rien de remarquable si les règles contenues dans la loi de finances intervenant à la fin de l'année d'imposition concernaient les revenus de l'année fiscale à venir.

347). Sur ces lois et les points évoqués, voir É. DOUAT et X. BADIN, *op. cit.*, pp. 299-301; G. ORSONI, *op. cit.*, p. 637, n° 755 ; déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, Rec., p. 143, *AJDA*, 2000, n° 1, p. 48, J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 28 juillet 2000, n° 150, p.18, chr. B. MATHIEU, M. VERPEAUX et L. BAGHESTANI-PERREY, *RFDA*, 2000, n° 2, p. 289, note B. MATHIEU, *RFDC*, 2000, n° 41, p. 125, note D. RIBES, *RFFP*, 2000, n° 69, p. 255-269, note X. PRÉTOT, *RJF*, 2000, n° 2, p. 90, note E. MIGNON.

³⁹² En vertu du 7° du II de l'article 34 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, citée plus haut, la loi de finances de l'année « peut comporter des dispositions relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toute nature qui n'affectent pas l'équilibre budgétaire ». C.Const., déc. n° 99-424 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, cons. 3 et 4, Rec., p. 156, *AIJC*, 1999, p. 615, chr. S. de CACQUERAY, *AJDA*, 2000, n° 1, p. 37, note J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 4 mai 2000, n° 89, p. 4, note É. DOUAT et 28 juillet 2000, n° 150, p. 27, chr. S. V. AIVAZZADEH-BARRÉ et M. VERPEAUX, *RDP*, 2000, n° 1, p. 9, note J. BUISSON, *RFDC*, 2000, n° 41, p. 132, chr. L. PHILIP, *RFFP*, 2001, n° 76, p. 261, note D. RIBES ; déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, cons. 3 et 4, Rec., p. 180, *AIJC*, 2001, p. 585, chr. E. OLIVA et L. DOMINGO, *D.*, 2002, J., p. 331, note J.-C. ZARKA et SC, p. 1954, obs. D. RIBES, *RDF*, 2002, n° 8, p. 358, note L. PHILIP, *LPA*, 11 janvier 2002, n° 9, p. 4, note J.-É. SCHOETTL et 25 septembre 2002, n° 192, p. 4, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RDP*, 2002, n° 3, p. 639, chr. D. ROUSSEAU, *RFDC*, 2002, n° 49, p. 191, note L. PHILIP.

³⁹³ Cf., par ex., l'art. 2 de la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009, de finances pour 2010, supprimant la taxe professionnelle pour la remplacer par une contribution économique territoriale (JORF n° 303 du 31 décembre 2009, p. 22856 ; C.Const., déc. n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 11, Rec., p. 218, *GDCC* n° 42, *RDF*, 2010, n° 4, p. 34, note L. VALLÉE, *LPA*, 5 février 2010, n° 26, p. 6, note Y. ZOUBEIDI-DEFERT) et l'art. 90-I de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008, de finances rectificative pour 2008 (JORF n° 304 du 31 décembre 2008, p. 20518), dont les dispositions prévoient la déchéance rétroactive de l'exonération de l'impôt sur les sociétés pour les plus-values nettes et les profits dégagés au cours d'une opération de fusion en cas de rupture de l'engagement de conservation des titres remis en contrepartie d'un apport partiel d'actif.

³⁹⁴ Art. 12 du CGI pour l'impôt sur le revenu et art. 209 du même code, lequel procède par renvoi aux art. 36 et 37 dudit code, pour l'impôt sur les sociétés. Sur les différentes significations du principe de l'annualité, voir C. DAVID, O. FOUQUET, B. PLAGNET et P.-F. RACINE, *Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2003, p. 307, n° 2.

³⁹⁵ J. PETIT, thèse préc., p. 415 et s., n° 854 et s., spéc. p. 420, n° 865 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 294, n° 63. Ces impôts sont dits « synthétiques », dans la mesure où ils réalisent la synthèse d'une situation fiscale complexe et dont la formation s'inscrit dans la durée. Leur base d'imposition regroupe toutes les opérations génératrices d'un profit brut réalisées au cours de la période de référence. Plutôt que de frapper chacune de ces opérations, ces impôts sont établis sur le revenu net global qui en est le résultat. Autrement dit, le fait générateur ne réside pas dans le revenu tiré de chaque acte, mais dans celui issu de tous les actes réalisés au cours de la période de référence, pris ensemble. Il en résulte une conception synthétique d'une situation juridique à formation successive qui a pour conséquence de ne considérer comme constitutive que la réalisation du dernier fait correspondant au présumé de la règle fiscale (cf., plus loin, p. 746, n° 930 ; J. PETIT, *loc. cit.*).

C'est au demeurant la solution qui avait été retenue jusqu'à la réforme fiscale de 1948. En vertu du régime antérieur alors applicable, il existait une dissociation entre l'année de réalisation du revenu imposable et l'année d'imposition. Le fait générateur de l'impôt était fixé au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, soit à la clôture de la période de réalisation du revenu imposable. Il en résultait que les textes intervenus au cours de l'année d'imposition ne pouvaient, sauf à rétroagir, modifier les règles applicables à l'impôt dû au titre de l'année en cours. Ainsi, les règles contenues dans la loi de finances ne pouvaient produire leur effet modificateur qu'à compter de l'exercice suivant³⁹⁶.

La réforme de 1948 est venue bouleverser cette mécanique, en faisant coïncider l'année de réalisation du revenu imposable avec l'année d'imposition³⁹⁷. Si le fait générateur de l'impôt se situe toujours à la clôture de la période de référence, le texte applicable n'est plus le même. Désormais, ce texte n'est plus celui en vigueur au début de l'année d'imposition suivant la période de réalisation du revenu imposable, mais celui en vigueur à la fin de l'année regroupant ces deux périodes. Ainsi, le texte applicable aux impôts directs est le dernier à être entré en vigueur au cours de la période de référence, laquelle s'avère également être la période d'imposition. Concrètement, il s'agit donc du 31 décembre de l'année d'imposition pour l'impôt sur le revenu et pour l'impôt sur les sociétés, du moins lorsque l'exercice comptable de la société est aligné sur l'année civile³⁹⁸. Ce n'est là que la conséquence logique, tirée par le Conseil d'État, de ce que le montant de l'impôt ne peut être calculé qu'à la survenance du terme de la période de référence, ce qui l'a amené à maintenir à cette date la réalisation du fait générateur de l'impôt³⁹⁹.

La fusion des deux temps de l'impôt en une seule et même période a abouti, du fait du jeu du principe de l'annualité de l'impôt, à ce que les règles de calcul de l'impôt concernent des bénéficiaires *déjà perçus* à la date de leur édicton. Ainsi, la loi de finances votée et publiée dans les derniers jours de l'année s'applique aux revenus perçus au cours de cette même année, sans produire par là un effet rétroactif. En effet, la période de référence n'étant pas encore close au moment où elle intervient, la loi de finances entre donc en vigueur à une date antérieure à la réalisation du fait générateur⁴⁰⁰. La conclusion qui découle nécessairement de cette computation, c'est qu'elle n'est pas juridiquement rétroactive. La situation fiscale du contribuable étant toujours en cours de constitution – ne serait-ce que

³⁹⁶ cf. art. 111 du CGI ; CE, 7 janvier 1927, *Sieur X...* (3^e esp.), Rec., p. 23 ; 3 juin 1932, *Sieur X...* (6^e esp.), Rec., p. 543 ; 2 novembre 1938, *Sieur X...* (4^e esp.), Rec., p. 813 ; 29 avril 1944, *Sieur X...*, Rec., p. 126 ; 21 février 1953, *Sieur X...* (2^e esp.), Rec., p. 93 ; 19 décembre 1953, *Sieur X...*, S., 1954, III, p. 106, note R. B.

³⁹⁷ Art. 5 du décret n° 48-1986 du 9 décembre 1948, portant réforme fiscale des impôts directs, des impôts indirects, des droits d'enregistrement et des droits de mutation (JORF du 1^{er} janvier 1949, p. 60) : « l'impôt est dû, chaque année, à raison des bénéfices ou revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année ». Sur cette réforme, voir M. CHRÉTIEN, *JCP G*, 1949, I, 762 ; A. BERTRAND, *La rétroactivité en droit fiscal*, thèse dactyl., Paris II, 1999, p. 24 et s. ; B. MALINGRE, « L'application dans le temps des lois relatives à l'assiette de l'impôt », *AJDA*, 1970, n° 2, p. 68, spéc. p. 70.

³⁹⁸ Dans le cas contraire, il s'agira du jour de la clôture de l'exercice (art. 36 et s. et 209 et s. du CGI ; CE, 15 novembre 1957, *Caisse de prévoyance de X.*, Rec., p. 618 ; 27 juin 2008, *Société d'Exploitation des Sources Roxane*, req. n° 276.848, Rec., T., p. 663, *BDCF*, 2008, n° 11, p. 48 et *RDF*, 2008, n° 38, p. 16, concl. L. OLLÉON).

³⁹⁹ Pour l'impôt sur le revenu, voir CE, 21 février 1953, *Sieur X.* (2^e esp.), req. n° 18.177, Rec., p. 93 ; Plén., 5 janvier 1962, *Sieur X...*, req. n° 46.798, Rec., p. 7, *JCP G*, 1962, II, 12567, concl. POUSSIÈRE ; 12 mars 1969, *Sieur X.*, req. n° 75.340, Rec., p. 151 ; Plén., 18 mars 1988, *Ministre du Budget c/ Firino-Martell*, req. n° 73.693 et 73.694, Rec., p. 126, *DF*, 1988, n° 41, p. 1159, concl. B. MARTIN-LAPRADE, *RJF*, 1988, n° 5, p. 303, chr. M. LIÉBERT-CHAMPAGNE ; 25 janvier 1989, *Mlle Mathieu*, req. n° 44.787, *LPA*, 17 avril 1989, n° 46, p. 8, note G. TIXIER et T. LAMULLE, *RJF*, 1989, n° 3, p. 143. Pour l'impôt sur les sociétés, cf. CE, Ass., 16 mars 1956, *Sieur Garrigou*, Rec., p. 121, *D.*, 1956, J., p. 253, concl. P. LAURENT, *AJDA*, 1956, II, p. 199, note J.A. et p. 220, chr. FOURNIER et G. BRAIBANT ; 14 avril 1956, *Secrétaire d'État aux Finances et aux Affaires économiques c/ Société Y...*, req. n° 34.480, Rec., p. 156 ; 15 novembre 1957, *Caisse de prévoyance de X...*, req. n° 35.568 et 35.569, Rec., p. 618. Pour un examen critique de cette solution cf. A. BERTRAND, thèse préc., p. 31 et s.

⁴⁰⁰ *A fortiori*, il en va de même pour les lois de finances intervenant au cours de l'année d'imposition. Cf., par ex., C.Const., déc. n° 98-406 DC, 29 décembre 1998, *Loi de finances rectificative pour 1998*, cons. 6 à 8, Rec., p. 340, *AJDA*, 1999, n° 1, p. 20, note J.-É. SCHOETTL, *D.*, 2000, SC, p. 55, obs. L. PHILIP, *LPA*, 2 août 1999, n° 152, p. 29, note S. V. AIVAZZADEH-BARRÉ, *RFDC*, 1999, n° 37, p. 130, note L. PHILIP (loi de finances rectificative).

pour quelques jours –, il faut en déduire que la loi de finances ne produit qu'un effet immédiat en matière fiscale⁴⁰¹. Dès lors, il ne pourrait y avoir rétroactivité de la loi de finances que dans les rares cas où celle-ci ne serait édictée ou publiée que postérieurement au 31 décembre de l'année en cours⁴⁰². En tout état de cause, une loi de finances produirait un tel effet si elle entendait modifier les règles d'imposition d'un exercice précédent. En effet, ce dernier est, par hypothèse, déjà clos au moment de l'intervention de la loi de finances de l'exercice suivant⁴⁰³. Cette solution est également transposable aux lois ordinaires comportant des dispositions de nature fiscale qui sont adoptées en cours d'année en vue d'apporter des changements aux règles d'imposition valables pour cette même année. En tant qu'elles sont applicables à l'année d'imposition en cours, ces lois ne comportent pas un effet rétroactif *strico sensu*⁴⁰⁴.

130. Néanmoins, une partie de la doctrine considère que s'il n'y a pas rétroactivité au sens juridique du terme, il y a « rétroactivité de fait » de la loi de finances en matière fiscale⁴⁰⁵. Cette « petite rétroactivité » ainsi dénoncée correspond à une volonté de la doctrine de dénoncer l'atteinte au principe de prévisibilité de la règle de droit créé par l'intervention tardive dans l'année fiscale des règles nécessaires au calcul de l'impôt. Contenues dans la loi de finances votée en fin d'année, ces règles sont connues à une époque où le contribuable a réalisé l'essentiel de la matière imposable. Cela signifie qu'au moment où il accomplit l'acte générateur de revenu ou de bénéfice, le contribuable ignore largement quel sera le régime fiscal applicable. En d'autres termes, il se trouve incapable de déterminer son comportement par rapport à une règle fiscale qu'il ne pourra observer que plus tard. D'ailleurs, si l'on prenait comme fait générateur de l'impôt la disponibilité du revenu, en lieu et place de la fin de la période de référence, la loi de finances deviendrait rétroactive – cette fois au sens juridique –, dans la

⁴⁰¹ Cf., par ex., CE, 8 janvier 1959, *Union de la propriété bâtie de France*, Rec., p. 13 (suppression d'une exonération fiscale). Après une période d'hésitation (C.Const., déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 39, Rec., p. 110, *AIJC*, 1989, p. 476, chr. B. GENEVOIS, *DF*, 1990, n° 4, p. 184, note P. DEROUIN et n° 12, p. 464, note L. PHILIP, *Pouvoirs*, 1990, n° 53, p. 164, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDA*, 1990, n° 2, p. 143, note B. GENEVOIS, *Rev. adm.*, 1990, n° 257, p. 426, note R. ÉTIEN, *RFDC*, 1990, n° 1, p. 122, chr. L. PHILIP, *RJF*, 1990, n° 2, p. 127), le Conseil constitutionnel a également tranché dans le sens de la non-rétroactivité (C.Const., déc. n° 98-406 DC, 29 décembre 1998, préc., cons. 6 et 7). Sur l'ensemble de la question, voir A. BERTRAND, thèse préc., p. 44 ; J. BUISSON, « La portée de la loi fiscale dans le temps. Non-rétroactivité et droit fiscal », *RFDA*, 2002, n° 4, p. 786, spéc. p. 787 ; O. DEBAT, *La rétroactivité et le droit fiscal*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 18, 2006, p. 69 et s., n° 71 et s. ; M. LIÉBERT-CHAMPAGNE, « Application des lois fiscales dans le temps », *RJF*, 1987, n° 11, p. 558, spéc. p. 559 ; J. TUROT, « Les lois fiscales rétroactives », *RJF*, 1990, n° 10, p. 655.

⁴⁰² Cf., par ex., les lois de finances pour 1929 (CE, Ass., 5 janvier 1934, *Bodard, S.*, 1934, III, p. 52), pour 1976 (Loi n° 75-1278 du 30 décembre 1975, JORF du 31 décembre 1975 p. 13564) et pour 1980 (citée plus haute notes 374 et 375). Dans le cas de la loi de finances pour 1976, l'intervention d'un texte rendant certaines de ses dispositions rétroactivement applicables au 31 décembre 1975 (art. 8-I de la loi n° 76-539 du 22 juin 1976, de finances rectificative pour 1976, JORF du 23 juin 1976, p. 3739) a été nécessaire.

⁴⁰³ Voir, en ce sens, C.Const., déc. n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, cons. 30 à 34, Rec., p. 94, *Rev. adm.*, 1985, n° 224, p. 140, et n° 225, p. 254, note R. ÉTIEN, *RD*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU, *RFDA*, 1985, p. 756, note L. PHILIP, *RJF*, 1985, n° 3, p. 257, obs. O. FOUQUET. Cf., plus récemment, concernant une disposition annulant une créance fiscale due au titre d'un exercice clos, C.Const., déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2002*, cons. 23, Rec., p. 164, *AIJC*, 2001, p. 584, chr. D. RIBES et L. DOMINGO, *D.*, 2002, SC, p. 1953, obs. D. RIBES, *Dr. soc.*, 2002, n° 2, p. 191, note X. PRÉTOT, *LPA*, 31 décembre 2001, n° 260, p. 4, note J.-É. SCHOETTL et 23 septembre 2002, n° 190, p. 4, note C. de la MARDIÈRE, *RFDC*, 2002, n° 50, p. 388, note D. RIBES.

⁴⁰⁴ On retrouve cependant les mêmes hésitations de la part du Conseil constitutionnel sur la qualification à donner à leur action dans le temps (C.Const., déc. n° 97-391 DC, 7 novembre 1997, *Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier*, cons. 3 à 8, Rec., p. 232, *AJDA*, 1997, n° 12, p. 969, note J.-É. SCHOETTL, *D.*, 1999, J., p. 235, note F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *LPA*, 4 mars 1998, n° 27, p. 19, chr. B. MATHIEU, *Rev. adm.*, 1997, n° 300, p. 634, note T. MEINDL, *RFDC*, 1998, n° 33, p. 157, chr. L. PHILIP, *RJF*, 1997, n° 12, comm. 1161).

⁴⁰⁵ C. DAVID, O. FOUQUET, B. PLAGNET et P.-F. RACINE, *op. cit.*, p. 309, n° 3 ; O. DEBAT, thèse préc., p. 120, n° 152. Les auteurs évoquent l'idée de rétrospectivité pour décrire l'effet dans le temps de la loi de finances en matière fiscale (F. DOUET *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 280, 1997, p. 107, n° 172 et « Les lois fiscales rétrospectives », *LPA*, 23 octobre 1996, n° 128, p. 5 ; A. KERREST, « La rétroactivité de la loi fiscale », *RFFP*, 1993, n° 42, p. 151, spéc. p. 154).

mesure où elle affecterait des revenus perçus avant son édicition⁴⁰⁶. Pour inconfortable qu'elle soit pour le destinataire de la règle fiscale, l'état actuel du droit n'est que la conséquence directe du caractère durable de la situation sur laquelle reposent les impôts directs. Il conduit à appréhender la situation du contribuable dans son ensemble, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les différents éléments qui la composent. Il s'ensuit que seule la réalisation du dernier d'entre eux déclenche l'application de la règle de droit et, par suite, la constitution de la situation juridique⁴⁰⁷. Cette conception synthétique des situations juridiques à formation successive emporte une double conséquence. D'une part, la longue période de constitution de la situation fiscale rend inévitable l'intervention d'un changement de législation en cours de période. D'autre part, il faut garder à l'esprit que « *le choix de la date à laquelle on apprécie une situation continue relève autant de la convention que de l'évidence* »⁴⁰⁸. Enfin, on relèvera avec M. Bertrand que cette rétroactivité de fait, pour perturbatrice qu'elle soit, n'est pas nécessairement défavorable au contribuable. Il ressort de l'analyse menée par l'auteur sur une période de quinze années que les mesures fiscales contenues dans les lois de finances sont, dans leur grande majorité, même plutôt favorables au contribuable⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Sur ce constat, voir A. BERTRAND, thèse préc., p. 42 et s. ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 167, n° 145 ; F. LEMAIRE, « Actualité du principe de rétroactivité de la loi fiscale. À propos de la proposition de loi organique du 26 octobre 1998 », *RJF*, 1999, n° 3, p. 186 ; G. MORANGE, note sous CE, Sect., 22 décembre 1950, *Comptoir national d'escompte de Paris*, Rec., p. 632, *D.*, 1951, J., p. 634. Pour une critique de l'état actuel du droit, voir J. BUISSON, art. préc. ; O. FOUQUET, « La rétroactivité des lois fiscales », *Rev. adm.*, 1994, n° 278, p. 140 ; *Varii auctores*, « Loi fiscale, rétroactivité et sécurité juridique : quelle conciliation ? Compte rendu du colloque organisé par le CEFEP au Sénat le 2 mars 1999 », *RDF*, 1999, n° 17, p. 622, spéc. p. 623 et 625 ; S. VERCLYTTE, art. préc., p. 467.

⁴⁰⁷ J. PETIT, thèse préc., p. 417, n° 856.

⁴⁰⁸ D. MALINGRE, art. préc., p. 71.

⁴⁰⁹ A. BERTRAND, thèse préc., p. 48 et s.

131. Conclusion du paragraphe 3 et de la Section 1. Le caractère primitif de la règle législative, ainsi que la dimension prospective de la fonction du législateur, n'empêchent pas la loi d'entretenir des liens complexes avec le passé, de telle sorte qu'il faut parfois faire la part entre ce qui relève de l'apparence et ce qui relève véritablement du phénomène de la rétroactivité. Le cadre temporel particulier dans lequel s'insère l'action du législateur en droit fiscal et financier en est un exemple topique. Contrairement à l'image qui en est quelquefois donnée, la rétroactivité de la règle législative tient une place somme toute assez modeste dans ce domaine. À l'inverse, la réalité de la rétroactivité de la loi répressive de fond plus douce n'est pas sérieusement contestable. De fait, elle occupe même un espace important en cette matière. La portée générale de la règle de la rétroactivité *in mitius* la fait apparaître comme un cas tout à fait singulier, puisque la rétroactivité s'impose comme solution de principe à l'application dans le temps de la loi nouvelle, quelle qu'ait été l'intention initiale du législateur. En dehors du droit répressif, c'est la plus grande diversité des expressions de la rétroactivité de la loi nouvelle qui doit être constatée.

Les procédés d'anticipation des effets de la loi dans le temps sont nombreux et ne sont pas toujours aisément identifiables, en particulier lorsque la rétroactivité se déduit de la volonté implicite du législateur. À ce premier élément de complexité s'ajoute la différence qui doit être faite dans l'appréciation des effets dans le temps de la loi nouvelle entre lois de fond et lois de forme. Selon l'objet de la loi, son action sur le passé ne sera pas appréhendée de la même manière. La pluralité d'expression de la rétroactivité de la loi se retrouve également lorsque le législateur choisit de recourir aux différents procédés auxquels un effet sur le passé est naturellement associé.

Section 2 : Les techniques législatives de rétroactivité

132. Certaines lois présentent la particularité d'être tournées principalement, voire uniquement, vers le passé. C'est notamment le cas des lois interprétatives, des lois de validation, des lois d'amnistie, ou encore des lois de ratification. Ces différentes lois ont en commun de se rapporter quasi exclusivement à des actes ou situations antérieurs. Parce que leur objet est formé d'actes ou de faits appartenant au passé, il leur est traditionnellement attaché un effet rétroactif. Cet ensemble de lois partage également une autre caractéristique. Elles sont censées ne pas innover par rapport au droit existant. Il faut comprendre par là qu'elles ne posent *a priori* aucune règle de droit nouvelle⁴¹⁰. Ces lois à objet rétroactif n'en modifient pas moins le passé de l'ordonnement juridique. Enfin, l'étendue de l'effet sur le passé reconnu à ces lois remonte naturellement à la date d'effet des actes ou à celle de la naissance de la situation à laquelle elles se rapportent, mais ne saurait s'étendre au-delà. Pour être rétroactif, leur effet n'en demeure pas néanmoins circonscrit.

133. De manière générale, on peut distinguer trois types de techniques normatives visant au retraitement au présent des effets d'actes ou de situations passés. Dans une première situation, l'autorité normative commande l'annihilation de ces effets, de telle manière à ce que la norme ancienne soit réputée n'être jamais intervenue. Dans une deuxième situation, il s'agit, à l'inverse, de consolider les effets d'une norme préexistante, ce qui permet d'empêcher, d'une manière ou d'une autre, toute remise en cause de ses effets pour le passé. Dans une troisième situation, l'autorité normative entend préciser le contenu et la portée d'une norme déjà existante, ce qui peut aboutir à modifier les effets que celle-ci a antérieurement produits. C'est dire qu'aux notions d'annulation, de confirmation et d'interprétation doit être attaché un effet rétroactif de plein droit, à raison de l'objet des actes qui les réalisent. De cette rétroactivité commandée par l'objet de la norme, il faut en déduire que la qualité de l'autorité qui édicte celle-ci reste largement indifférente à la mise en œuvre de celle-là. En usant de l'une quelconque de ces techniques, toute autorité publique recourt nécessairement à la rétroactivité. Ces techniques forment une sorte de « fonds commun » à la disposition de toute autorité normative.

134. Selon l'objectif poursuivi, le législateur sera amené, dans l'exercice du pouvoir de rétroactivité qui est le sien, à édicter l'une ou l'autre de ces normes à objet rétroactif, à employer l'une ou l'autre de ces « techniques » de rétroactivité. Par rapport aux autres autorités normatives, on peut même dire que le législateur recourt fréquemment à ces divers procédés, en particulier dans le domaine fiscal. Toutefois, la référence aux notions de confirmation, d'annulation ou d'interprétation, ne saurait indiquer, à elle seule, que le législateur a entendu conférer un effet rétroactif à la disposition qu'il adopte. Parmi les différents procédés qui pourraient, de près ou de loin, être rattachés à ces notions, il faut faire la part

⁴¹⁰ Elles ne présentent donc aucun caractère transitoire. Comme l'a montré dans sa thèse M. Éveillard, l'absence d'innovation de ces lois ne relève pas toujours de l'évidence (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 125 et s., n° 171 et s.). Pour le cas des lois d'amnistie, la plupart des auteurs estiment que, contrairement aux apparences, ces lois n'édicte aucune règle de droit, mais se contentent seulement d'écarter l'application de la loi ancienne pour certains faits ou actes. Il ne s'agit pas de dépénaliser une infraction, mais de considérer que certains faits ou actes, saisis *in concreto*, ne seront pas sanctionnés. L'amnistie neutralise donc *ex post facto* l'élément légal de l'infraction, sans pour autant la supprimer ou la modifier. En ce sens, la loi d'amnistie est une loi *concrète*, que le Doyen Rouhier classait, du reste, parmi les lois de dispense (cf., sur ces différents points, *ibid.*, p. 126, n° 173 ; P. MAYER, thèse préc., p. 50, n° 71 ; J. PETIT, thèse préc., pp. 18-19, n° 42 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 17, n° 5). À l'inverse, pour le cas des lois interprétatives, on peut sérieusement douter de leur absence de caractère innovatoire et, par suite, de l'exclusion de leur caractère transitoire. Leur prétendue absence de nouveauté relève davantage d'une fiction qu'elle ne traduit la réalité du procédé (*ibid.*, p. 145, n° 196 ; cf., plus bas, pp. 124-125, n° 172-174).

entre la réalité et l'apparence. Toute loi se rapportant à un acte ou une situation antérieure ne produit pas, par là même, un effet rétroactif. De la même manière, le législateur peut être tenté de détourner l'une ou l'autre de ces techniques, réputées non modificatives du droit existant, pour masquer l'édiction d'une règle nouvelle dotée d'une portée rétroactive. Faussement ou justement qualifiée, la loi nouvelle produit, en tout état de cause, un effet rétroactif.

135. L'inventaire des différentes techniques législatives de rétroactivité que sont les lois confirmatives (§ 1), les lois d'annulation (§ 2), les lois interprétatives (§ 3) et les lois d'amnistie (§ 4) permettra de vérifier ces différents points.

§ 1 : La confirmation législative

136. C'est une idée ancienne que les lois confirmatives produisent naturellement un effet rétroactif. Toutefois, la notion de confirmation est ambiguë et sa signification a elle-même évolué⁴¹¹. En droit positif, elle est susceptible de deux acceptions. *Stricto sensu*, la notion de confirmation est utilisée pour désigner tantôt une régularisation, tantôt une réitération. La doctrine civiliste conçoit, en effet, la confirmation comme une forme de régularisation, c'est-à-dire l'effacement d'un vice qui entachait de nullité un acte initial⁴¹². De son côté, la doctrine administrativiste, l'envisage comme la simple réitération d'un acte ou d'un principe antérieur⁴¹³. *Lato sensu*, la notion de confirmation englobe non seulement ces deux opérations, mais désigne plus largement toute disposition ayant pour objet de consolider, d'une manière ou d'une autre, un état du droit préexistant. Ainsi étendue, la notion de confirmation regroupe l'ensemble des procédés utilisés par le législateur pour conforter ou maintenir les effets d'un acte ou d'une situation antérieure, sans pour autant modifier son contenu. En revanche, la confirmation change parfois la nature ou le régime de l'acte antérieur. Tel est le cas des lois qui prononcent la validation ou opèrent la ratification d'actes juridiques, ou enfin qui réitèrent des lois ou principes antérieurs.

137. Parmi les lois confirmatives *lato sensu*, il faut néanmoins distinguer celles qui produisent un effet rétroactif véritable de celles pour lesquelles la rétroactivité ne constitue qu'une apparence. Ainsi, si les lois de validation (I) et de ratification (II) ont, sans conteste, un effet sur le passé de l'ordonnement juridique, il n'en va pas de même de celles qui se limitent à une réitération du droit antérieur (III).

⁴¹¹ Pendant longtemps, la notion de loi confirmative exprimait l'idée d'un affermissement des principes et des lois antérieurs. Pour Montesquieu, « quand un législateur va jusqu'à se permettre de donner un effet rétroactif à ses lois nouvelles, ce n'est jamais que pour venir au secours des lois antérieures. Alors il en étend les effets sur les cas qu'elles n'avoient pas prévues ; mais en tout il ne faut bien que rarement de ces lois à deux fins qui portent sur le passé et sur l'avenir ». De son côté, Cochin estimait qu'« une loi rétroactive ne peut que confirmer et non pas réformer celle qui la précède, la réforme cause des mouvements fâcheux, des troubles inquiétants ; au lieu que les lois en confirmation affermissent l'ordre et la tranquillité ». Cf., dans le même sens, F. LAURENT, *op. cit.*, p. 237, n° 167 ; J. PETIT, thèse préc., p. 343, n° 713 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 45, n° 13.

⁴¹² Voir T. BONNEAU, thèse préc., p. 260 et s. et « Application de la loi dans le temps. Loi nouvelle et événements passés », *J.-Cl. civ.*, fasc. 20, p. 11, n° 43 et s. ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, thèse préc., p. 171 et s. C'est également le sens retenu par une partie de la doctrine administrativiste (O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 272, n° 244 ; pour un exposé, voir J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 138, 1981, p. 5).

⁴¹³ En droit administratif, elle renvoie notamment à la théorie de la décision confirmative. Sur cette théorie, voir p. 209, n° 274.

I – LA VALIDATION LEGISLATIVE

138. Les lois de validation s'écartent de la rétroactivité générale de la loi par la finalité particulière qu'elles poursuivent. Le procédé de la validation désigne généralement toute intervention du législateur modifiant rétroactivement l'état du droit dans le but de mettre des actes irréguliers à l'abri de tout recours contentieux.

Bien que l'on raisonnera principalement à partir des cas dans lesquels elle vise des actes administratifs, on ne saurait ignorer que la validation législative peut tout aussi bien concerner des actes de droit privé. De fait, les cas de validation législative d'actes de droit privé sont aujourd'hui relativement nombreux⁴¹⁴. Un exemple topique est celui de la loi Bosson dont les dispositions ont validé les ventes de terrains constructibles et de droits à construire effectuées par les collectivités locales et leurs concessionnaires en méconnaissance de l'exigence de publicité préalable que leur imposait la loi Sapin⁴¹⁵.

Par la validation, le législateur cherche à maintenir dans l'ordonnement juridique, souvent à la demande de l'Administration, un acte entaché d'une irrégularité et qui serait condamné à disparaître sans cette intervention. Pour y parvenir, le législateur change le droit que le juge ordinaire a pour mission d'appliquer, de telle manière à ce que ce dernier ne puisse plus sanctionner sa méconnaissance par l'acte dont la validation est recherchée. Par l'effet rétroactif de la loi nouvelle, le juge se trouve dans l'impossibilité de tirer les conséquences de la violation de la règle ancienne par l'acte validé. En empêchant toute remise en cause de l'acte irrégulier et/ou de ses effets, le législateur obtient ainsi leur consolidation pour le passé comme pour l'avenir.

139. Bien qu'il permette en théorie de distinguer la loi de validation de la loi rétroactive ordinaire, le critère de la finalité particulière de la validation s'avère impuissant à saisir le phénomène dans toute sa diversité. En effet, il se peut que le législateur, tout en adoptant un texte dont l'objet n'est pas de soustraire rétroactivement un acte administratif à un contentieux, parvienne indirectement au même résultat. Comme l'a montré M. Mathieu dans sa thèse⁴¹⁶, le législateur dispose de toute une palette de mécanismes juridiques permettant de faire produire un « effet validant » à la loi nouvelle. À côté des lois de validation par leur objet, il existe également des lois de validation par leur effet. Le polymorphisme de la pratique des validations législatives explique que la définition du procédé doive reposer sur les conséquences qu'il produit, plutôt que sur son objet. Ainsi, l'identification de la validation repose sur la seule prise en considération de l'incidence de l'intervention du législateur sur l'issue des procédures

⁴¹⁴ Pour un autre ex., voir les dispositions de l'art. 87-I de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (JORF n° 88 du 13 avril 1996, p. 5707), qui procèdent à la validation d'offres de prêts émanant des banques (sur l'affaire dite des « tableaux d'amortissement », cf. TGI de Saintes, 21 février 1997, *Gaz. Pal.*, 17 novembre 1997, n° 320, p. 7, note M. PEISSE ; Cass. Civ. 1^{ère}, 27 février 2001, *Consorts Hillion c/ Caisse régionale de Crédit agricole mutuel du Finistère*, pourv. n° 99-04.169, Bull. Civ. I, n° 50, p. 30 ; M.-C. ALEXIS et J.-F. ROUX, « Éclairage sur une pratique contestable : les lois de validation affectant les intérêts des consommateurs », *Contr.-Conc.-Cons.*, 2001, n° 7, p. 6.

⁴¹⁵ Comp. art. 16 de la loi n° 94-112 du 9 février 1994, portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, dite « loi Bosson » (JORF n° 34 du 10 février 1994, p. 2271) et art. 51 de la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin » (JORF n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588). Sur ce dernier point, voir C.Const., déc. n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, cons. 25 à 29, Rec., p. 32, D., 1995, SC, p. 302, obs. P. GAÏA, *LPA*, 6 mai 1994, n° 54, p. 15, note B. LAMORLETTE et 31 mars 1995, n° 39, p. 6, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Rev. adm.*, 1994, n° 277, p. 75, note J. MORAND-DEVILLER, *Pouvoirs*, 1994, n° 70, p. 205, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDA*, 1995, n° 1, p. 7, note P. HOCREITÈRE, *RFDC*, 1994, n° 18, p. 364, note F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN.

⁴¹⁶ B. MATHIEU, *Les « validations » législatives, Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1987, p. 38 et s.

juridictionnelles. C'est donc à travers son effet que la doctrine publiciste majoritaire⁴¹⁷, ainsi que les jurisprudences administrative et constitutionnelle⁴¹⁸, définissent la validation législative. Cette définition extensive de la validation lui procure un champ d'application très large, couvrant la quasi totalité des interventions du législateur ayant une incidence directe sur l'issue des procédures juridictionnelles en cours ou à venir. Le caractère englobant de la notion de validation la rend parfois source de confusions⁴¹⁹.

Parce qu'elle se rapporte principalement, mais pas exclusivement, à des effets qui précèdent nécessairement son intervention, la loi de validation a pour vocation première de régir le passé. Elle est donc nécessairement rétroactive. Sa portée temporelle demeure cependant doublement limitée, tant en raison de son objet que de son effet sur l'administration de la justice (A). Unitaire dans l'effet qu'il produit, le procédé de la validation ne l'est pas dans son mode opératoire. Au sein de la notion de validation sont regroupées des techniques de nature différente et qui recourent partiellement celles mises en œuvre par les lois rétroactives ordinaires. La rétroactivité de la validation s'exprime donc selon des formes diverses (C).

A/ L'effet rétroactif des validations législatives

140. Au regard de l'objectif qu'elle poursuit, la loi de validation est souvent présentée comme comportant nécessairement un effet rétroactif. Au-delà du pouvoir de rétroactivité dont dispose le législateur, c'est l'objet même de la validation qui commanderait son application pour le passé⁴²⁰. La validation vise généralement à consolider un acte et/ou ses effets en empêchant, de différentes manières,

⁴¹⁷ Voir, en ce sens, J.-M. AUBY, « Sur une pratique excessive : les validations législatives », *RRJ*, 1977, n° 2-3, p. 10 ; C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c/ Préaud*, req. n° 219.312, Rec., p. 345, *RFDA*, 2001, n° 5, p. 1047 ; J.-P. CAMBY, « Coups d'arrêts aux validations législatives : limites constitutionnelles ou limites jurisprudentielles ? », *RDP*, 1996, n° 2, p. 323 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1116, n° 1271 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., pp. 130-131, n° 183 ; J.-J. ISRAËL, thèse préc., p. 12 ; J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 87, 2009, p. 323, n° 338 ; L. MILANO, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, 2006, n° 3, p. 447 ; D. PERROT, « Validation législative et actes administratifs unilatéraux. Observations à la lumière de la jurisprudence récente », *RDP*, 1983, n° 4, pp. 984-985 ; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 39, 2003, p. 236 ; B. SEILLER, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *AJDA*, 2005, n° 43, p. 2384, spéc. p. 2387.

⁴¹⁸ Pour le juge administratif, les validations constituent des « mesures législatives à portée rétroactive dont la conséquence est une modification des règles que le juge doit appliquer pour statuer sur des litiges dans lesquels l'État est partie » (CE, Ass., Avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie c/ OGEF de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, req. n° 188.530, Rec., p. 464, *RFDA*, 1998, n° 1, p. 160, concl. L. TOUVET, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 97, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD). On retrouve ces deux éléments de définition dans les décisions du Conseil constitutionnel mettant en jeu une loi de validation (C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 7, Rec., p. 46, *GDCC* n° 12, *AJDA*, 1980, n° 10, p. 602, note G. CARCASSONNE, *D.*, 1981, IR, p. 356, obs. L. HAMON, *Gaz. Pal.*, 1981, I, doct., p. 93, note J.-Y. PLOUVIN et 11-12 février 1981, note D. PERIER-DAVILLE, *JCP G*, 1981, II, 19603, note N. NGUYEN QUOC DINH, *Rev. adm.*, 1980, n° 197, p. 497, note J.-J. BIENVENU et S. RIALS et 1981, p. 33, note M. DE VILLIERS, *RDP*, 1980, n° 6, p. 1658, chr. L. FAVOREU ; pour un ex. récent, voir C.Const., déc. n° 2009-588 DC, 6 août 2009, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*, cons. 11, Rec., p. 163, *AJDA*, 2009, n° 38, p. 2120, note J. WOLIKOW, *Dr. soc.*, 2009, n° 11, p. 1081, note V. BERNAUD, *LPA*, 14 septembre 2009, n° 183, p. 3, note F. CHALTIËL, *RFDC*, 2010, n° 82, p. 373, note M. GUERRINI).

⁴¹⁹ La question s'est posée, par ex., de savoir si le Conseil constitutionnel aurait pu être amené à assimiler, à tort, la ratification d'une ordonnance dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 38 de la Constitution à une validation législative. Ce dernier a confirmé récemment que tel n'était pas le cas (C.Const., déc. n° 2007-561 DC, 17 janvier 2008, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative)*, cons. 4, Rec., p. 41, *AJDA*, 2008, n° 16, p. 851, note D. LABETOULLE, *Dr. soc.*, 2008, n° 4, p. 424, note V. BERNAUD, *Rev. adm.*, 2008, n° 366, p. 602, note S. de CHARENTAY, *RFDC*, 2008, n° 75, p. 601, note A. LE QUINIO).

⁴²⁰ Voir, en sens, CE, 19 avril 1982, *Établissement Collineau*, req. n° 19.210, *DF*, 1982, n° 46-47, p. 1342 : « eu égard à l'objet même de la loi de validation, corroboré par les débats parlementaires, cette loi a un effet rétroactif ». Voir également, O. DEBAT, thèse préc., p. 104, n° 128 ; D. PERROT, art. préc., p. 992.

que les conséquences de l'irrégularité dont il est entaché puissent être tirées par les organes d'application du droit. En d'autres termes, la loi de validation serait naturellement rétroactive parce qu'elle a pour objet de consolider un acte qui la précède nécessairement dans la chronologie. Il est vrai que, par définition, cet objet est principalement, sinon exclusivement, tourné vers le passé. De fait, la loi de validation est souvent édictée alors même que l'acte validé a produit l'ensemble de ses effets. En dehors de ce cas particulier, on peut déjà relever que l'objet de la loi de validation, comme plus généralement celui des lois rétroactives, n'est pas exclusif dans le temps. Si la loi de validation régit essentiellement les effets passés de l'acte irrégulier, elle a également vocation à couvrir ses effets à venir. Mieux encore, rien ne s'oppose en principe à ce que la validation opère seulement pour l'avenir, soit qu'elle consolide uniquement *ad futurum* un acte antérieur et/ou ses effets, soit qu'elle organise la consolidation d'actes à venir⁴²¹. Il faut donc logiquement admettre qu'il n'existe pas de corrélation nécessaire entre consolidation législative d'un acte et rétroactivité. La rétroactivité ne découle pas de la consolidation, c'est la consolidation qui résulte de la rétroactivité de la norme qui l'opère⁴²².

141. On doit néanmoins reconnaître qu'une validation dépourvue de tout effet rétroactif serait, dans la grande majorité des cas, dépourvue d'intérêt pratique. En effet, elle n'empêcherait aucunement la remise en cause pour le passé des effets de l'acte validé. De surcroît, comme le remarque M. Mathieu, « *il serait difficile de concevoir pratiquement qu'un même acte connaisse successivement des périodes de validité et de non validité, c'est-à-dire d'applicabilité et de non applicabilité* »⁴²³. Pour être efficace, la validation doit donc couvrir l'intégralité de la période de vigueur de l'acte validé. La rétroactivité étant la technique appropriée pour y parvenir, elle est donc généralement associée à la validation. De ce qui précède, il découle que la rétroactivité n'est pas un élément consubstantiel à la validation. La validation est habituellement – et non essentiellement – rétroactive.

Cependant, certains auteurs ont jugé insuffisante l'explication qui vient d'être donnée de la rétroactivité de la validation, préférant recourir à la notion de *déclarativité*⁴²⁴. Suivant la définition classique qui en est donnée par la doctrine privatiste, l'acte déclaratif ne crée ni ne transforme rien, mais se borne à constater une situation qui existait par elle-même antérieurement⁴²⁵. À première vue, l'association semble heureuse, mais à y regarder de plus près, elle s'avère trompeuse. En effet, il a été établi de longue date que les effets déclaratif et rétroactif, bien qu'ils se recoupent occasionnellement, ne doivent pas être confondus⁴²⁶. Dans le cas de la validation, l'assimilation s'avère même partiellement inexacte. En règle générale, la loi de validation n'édicte aucune règle de droit nouvelle, que ce soit pour le passé comme pour l'avenir. La loi de validation se contente de consolider un acte vicié et/ou ses

⁴²¹ Cf., en ce sens, B. SEILLER, art. préc., p. 2384. Pour un ex., voir CE, 2 décembre 1964, *Sieur de Bonnechose*, req. n° 59.033, Rec., p. 608 : loi d'habilitation conférant valeur législative à une ordonnance dès son entrée en vigueur.

⁴²² Cf., dans le même sens, J.-F. LAFIX, thèse préc., p. 281, n° 286.

⁴²³ B. MATHIEU, thèse préc., p. 107. Cf., dans le même sens, D. RENDERS, thèse préc., p. 181.

⁴²⁴ Voir B. MATHIEU, thèse préc., pp. 107-108.

⁴²⁵ Suivant cette conception, l'effet de l'acte déclaratif est « *comparable à celui d'un révélateur qui, sur une plaque photographique obscure fait apparaître l'image encore invisible, mais déjà imprimée* » (L. MAZEAUD, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits, *RTDCiv.*, 1929, p. 17, spéc. p. 31). Sur la question, voir J. CHEVALLIER, *De l'effet déclaratif des conventions et des contrats*, Paris, Dalloz, 1932, p. 5 ; J. HAUSER, « Acte », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 10 ; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, préc., p. 3, n° 3.

⁴²⁶ Suivant la démonstration de R. Merle le double axiome : tout acte déclaratif est rétroactif ; tout acte rétroactif est déclaratif doit être énergiquement combattu, dès lors qu'il ne correspond pas à la réalité de l'un comme de l'autre de ces effets. Tout en reconnaissant que, du moment que l'acte se borne à constater un droit préexistant, ce n'est pas trop faire violence à la nature des choses que de faire remonter ses effets au jour de la naissance du droit déclaré, l'éminent auteur a cependant montré que la déclarativité ne postulait pas la rétroactivité et inversement. En particulier, il a établi dans le cas où l'acte déclaratif se borne à constater un droit sans le modifier, ce n'est pas lui qui rétroagit, mais le droit préexistant qui produit ses effets (R. MERLE, thèse préc., pp. 331-333, n° 242-243).

effets, soit en rendant incontestable le premier et/ou les seconds, soit en faisant disparaître le vice dont celui-là est entaché. Tout au plus la loi de validation se borne-t-elle, dans le cas où les effets de l'acte validé ne sont pas encore épuisés, à maintenir pour l'avenir le droit ancien. De ce point de vue, on peut dire qu'il existe une identité d'objet entre la norme mise en place par la loi nouvelle et celle qui lui préexistait⁴²⁷. Ainsi, l'acte de validation, tout comme l'acte déclaratif, est réputé non modificatif du droit applicable.

En revanche, l'acte de validation ne se borne pas, contrairement à l'acte déclaratif, à constater ce qui préexiste. En effet, la validation, quelle que soit la forme qu'elle revêt, aboutit à la consolidation d'un acte et/ou de ses effets dont l'irrégularité commande l'expulsion de l'ordonnement juridique. Or, maintenir ce qui aurait dû disparaître, ce n'est pas dire ce qui est, mais affirmer ce qui doit être. Il ne s'agit pas simplement de faire apparaître ce qui était jusque là caché, mais d'empêcher que ce qui était, ne soit plus. En s'opposant à ce que l'ordonnement juridique soit amputé d'un élément non valide, l'acte de validation l'affecte inévitablement. De ce point de vue, on ne peut assimiler l'acte de valider à un acte déclaratif, de même qu'on ne peut contester qu'il produit bien un effet rétroactif⁴²⁸.

142. Eu égard à son objet, la loi de validation prend effet, de plein droit, au jour où l'acte consolidé est lui-même entré en vigueur. Sauf disposition expresse contraire, le point de départ des effets de la loi de validation coïncident avec celui des effets propres de l'acte validé, sans que le législateur ait besoin de le préciser. Il s'ensuit que l'acte consolidé est réputé régulier dès l'instant où il est entré dans l'ordonnement juridique. L'effet rétroactif de la loi de validation couvre ainsi l'intégralité de la période du passé au cours de laquelle l'acte validé a développé ses effets. En revanche, celui-là ne saurait remonter au-delà dans le passé de la date à laquelle celui-ci a lui-même pris effet. Si la portée de la rétroactivité de la validation vis-à-vis de l'acte irrégulier varie peu, il n'en va pas de même de son incidence sur les autres éléments de l'ordre juridique. Dès lors que le prononcé de la validation entraîne, directement ou indirectement, la modification des règles que le juge a pour mission d'appliquer, le moment où celle-là intervient détermine l'ampleur de ses effets sur l'activité de celui-ci. Plus précisément, c'est par rapport au stade de la procédure contentieuse où le législateur intervient que l'on peut mesurer l'étendue des effets rétroactifs de la validation sur l'ordonnement juridique.

De fait, pendant longtemps, l'intervention du règlement du litige impliquant l'acte validé est restée sans aucune incidence sur l'exercice du pouvoir de validation détenu par le législateur, ce dernier pouvant être mis en œuvre avant, comme pendant, toute procédure contentieuse, voire même après l'achèvement de cette dernière. Dans ce dernier cas, la validation législative intervenait *a posteriori* par rapport au jugement ayant prononcé l'annulation de la décision administrative concernée⁴²⁹. La

⁴²⁷ C'est principalement le cas lorsque la loi de validation porte sur un règlement. Quelle confère valeur législative à ce dernier ou qu'elle reprenne son contenu, la loi de validation se borne à maintenir en vigueur le droit antérieurement applicable (G. EVEILLARD, thèse préc., p. 131, n° 183). Sur cette idée, voir également, s'agissant d'une loi de validation de conventions collectives antérieures, C.Const., déc. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 5 et 6, Rec., p. 43, *AJJC*, 2003, p. 708, chr. L. GAY, *D.*, 2003, n° 10, p. 638, note B. MATHIEU et 2004, n° 18, p. 1280, note V. OGIER-BERNAUD, *Dr. soc.*, 2003, n° 3, p. 260, note X. PRÉTOT, *Gaz. Pal.*, 17 et 18 janvier 2003, n° 17-18, p. 2, note C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER, *LPA*, 20 janvier 2003, n° 14, p. 11, note J.-É. SCHOETTL et 2 avril 2003, n° 66, p. 24, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDC*, 2003, n° 55, p. 567, note V. OGIER-BERNAUD, *RJS*, 2003, n° 3, p. 266, note anonyme.

⁴²⁸ Pour une position contraire, voir O. NÉGRIN, thèse préc., p. 132.

⁴²⁹ CE, 23 mai 1960, *Société anonyme L'Africaine Française*, req. n° 45.113, Rec., p. 355, *AJDA*, 1961, p. 97. Comp., par ex., CE, 27 novembre 1964, *Fédération générale des fonctionnaires chrétiens et autres*, req. n° 61.988, 61.993 et 61.995, Rec., p. 601 avec l'art. 2 de la loi n° 65-538 du 7 juillet 1965, modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959, relative au statut général des

validation faisait revivre la décision annulée tout en recouvrant les irrégularités dont elle était entachée⁴³⁰. Ce faisant, elle privait de tout effet le jugement, devenu définitif ou non, ayant sanctionné la décision irrégulière. L'effet rétroactif de la loi de validation recouvrait de son voile les sentences condamnant l'acte irrégulier. En outre, la décision elle-même ne pouvait plus être contestée, quel que soit le motif invoqué⁴³¹, et l'ensemble de ses effets se trouvaient consolidés *ab initio*. L'effet de la validation était intégral et sa portée rétroactive maximale. Selon la jurisprudence primitive du Conseil d'État en la matière, la validation *a posteriori* ne pouvait cependant qu'être qu'expresse, dans la mesure où il était porté atteinte à une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée. De telles dispositions étaient, par ailleurs, soumises à un principe d'interprétation stricte⁴³². Parce qu'elle porte une atteinte directe au principe de séparation des pouvoirs, cette la validation rétroactive d'un acte administratif *a posteriori* semble désormais, au regard des exigences tirées des droits français et européen, prohibée⁴³³.

143. En l'état actuel du droit positif, seule la voie de la validation *préventive* reste ouverte au législateur pour consolider rétroactivement les effets d'un acte administratif irrégulier. Il convient de bien saisir ce qu'il faut entendre par validation *préventive*. Au premier abord, on pourrait penser que l'expression renvoie à celles des lois de validation qui sont édictées avant qu'aucun juge ne se soit prononcé, c'est-à-dire en dehors de tout procès⁴³⁴. En réalité, le caractère préventif de l'intervention du législateur doit s'apprécier non par rapport au début de la procédure juridictionnelle, mais par rapport à sa fin et plus précisément par rapport au moment où le jugement acquiert force de chose jugée⁴³⁵. Une fois la décision du juge définitivement revêtue de la chose jugée, la rétroactivité de la validation législative est impuissante à remettre en cause le bien-fondé de la solution retenue par la décision juridictionnelle d'annulation⁴³⁶. Cette limitation d'ordre temporel posée à l'exercice par le législateur de

fonctionnaires (JORF du 8 juillet 1965, p. 5819) ; CE, Sect., 28 juin 1968, *Sieur Benet et autres*, req. n° 66.669, Rec., p. 404 avec l'art. 8 de la loi n° 68-1145 du 20 décembre 1968, de finances rectificative pour 1968 (JORF du 21 décembre 1968, p. 11979).

⁴³⁰ CE, 22 avril 1970, *Société Établissements L. Remusat*, req. n° 74.141, Rec., p. 264 ; 11 mai 1979, *Boulenger*, req. n° 07.694, Rec., p. 202, *AJDA*, 1980, n° 4, p. 253, concl. J.-F. THÉRY. Une solution tout aussi efficace consistait à valider l'intégralité des effets produits par l'acte annulé sans pour autant faire revivre ce dernier (CE, 22 décembre 1976, *Ministre du Travail c/ Servin*, req. n° 01.470, Rec., T., p. 1069).

⁴³¹ CE, 24 avril 1981, *Ministre des Universités et Ministre de la Santé et de la Famille c/ Payen de la Garanderie*, req. n° 18.394 et 18.415, Rec., T., p. 553. Pour des ex. plus anciens, voir L. HAMON et J. VAUDIAUX, « Validation législative des mesures administratives illégales », *RDP*, 1968, n° 2, p. 364, spéc. p. 368.

⁴³² Sur le premier point, voir CE, 23 mai 1960, *Société anonyme L'Africaine Française*, préc. ; Sect., 21 mai 1965, *Jouliat*, req. n° 60.817, Rec., p. 294, *AJDA*, 1965, I, p. 333, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET, *Dr. adm.*, 1965, n° 224 ; Sect., 26 octobre 1984, *Mammar*, req. n° 46.367, Rec., p. 340. Sur le second point, voir CE, 9 novembre 1951, *Poupard*, Rec., p. 521 ; 13 décembre 1976, *Bethus et Ballereau*, req. n° 90.022 et 90.123, Rec., p. 628.

⁴³³ J. MASSOT, « Validation législative », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2007, p. 3, n° 9. Cette limitation au pouvoir de validation détenu par le législateur résulte de l'effet combiné des jurisprudences administrative, judiciaire, constitutionnelle et européenne (cf. *infra* p. 502 et s., n° 398 et s.). Pour un des derniers ex. de validation *a posteriori*, voir CAA Paris, 12 juin 1995, *Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers (ONILAIT) c/ Société coopérative agricole l'Armoricaine laitière*, req. n° 93PA00699, Rec., p. 564.

⁴³⁴ D. PERROT, art. préc., p. 984. Pour un ex., cf. l'article 59 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996, portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire (JORF n° 123 du 29 mai 1996, p. 7912). Sur cette disposition, voir CE, 27 juin 2001, *Caisse primaire d'assurance maladie de la Haute-Garonne c/ Mme Sutra*, req. n° 224.115, Rec., T., p. 790, *RDP*, 2001, n° 5, p. 1563, concl. P. FOMBEUR.

⁴³⁵ Sur ces différents points, voir C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 7 ; déc. n° 94-357 DC, 25 janvier 1995, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, cons. 15 et 16, Rec., p. 179, *D.*, 1997, SC, p. 121, obs. J. TRÉMEAU, *LPA*, 7 juin 1995, n° 68, p. 10, note B. MATHIEU, *RFDC*, 1995, n° 22, p. 384, note É. OLIVA ; déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, préc., cons. 64.

⁴³⁶ CE, Ass., 1^{er} juillet 1960, *FNOSS et Fradin*, req. n° 41.880, 44.995 et 44.996, Rec., p. 441, *D.*, 1960, J., p. 690, concl. G. BRAIBANT ; C.Const. déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 6 ; déc. n° 85-192 DC, 24 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, cons. 7, Rec., p. 56, *ALJC*, 1985, p. 427, chr. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1985, n° 9, p. 485, note J.-J. BIENVENU, *LPA*, 7 août 1987, p. 2, note L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU. Sur la notion de chose jugée en contentieux administratif, voir CE, Ass., 27 octobre 1995, *Ministre du Logement c/ Mattio*, req. n° 150.703, Rec., p. 359, *AJDA*, 1996, n° 1, p. 57 et *BDCF*, 1995, n° 20, p. 58, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *JCP G*, 1995, IV, 2709,

son pouvoir de validation rétroactive a son importance, dès lors qu'elle se rattache au respect du principe de séparation des pouvoirs⁴³⁷. Celle-là empêche celui-ci de faire revivre rétroactivement toute décision administrative ayant fait l'objet d'une annulation contentieuse. Tout au plus le législateur peut-il procéder à la consolidation des « actes-conséquences » de l'acte annulé, de manière à prévenir d'éventuelles annulations en cascade. En raison du lien étroit qui les unissent à l'acte initial, soit qu'ils en constituent une mesure d'application, soit qu'ils entretiennent avec lui un rapport de connexité, ces actes sont menacés, dans leur existence, par une éventuelle annulation par voie de conséquence⁴³⁸.

B/ Les expressions de la rétroactivité de la validation législative

144. La validation législative est un phénomène polymorphe. Il peut néanmoins être cerné en tenant compte du résultat recherché par le législateur. La diversité des procédés utilisés par le législateur pour réaliser la consolidation des effets d'un acte antérieur montre que la validation emprunte à la fois aux lois rétroactives ordinaires, ainsi qu'à d'autres catégories de lois rétroactives (1). En particulier, on retrouve les différentes formes suivant lesquels s'exprime la rétroactivité de la loi ordinaire (2).

1°) Les procédés de validation rétroactive

145. Le résultat recherché par le législateur permet d'isoler la loi de validation au sein de l'ensemble plus large des lois rétroactives. Néanmoins, les techniques employées pour parvenir à la consolidation des effets de l'acte irrégulier ne sont pas, pour la plupart, propres à la loi de validation. De fait, certaines d'entre elles se recoupent, soit avec la loi ordinaire, soit avec d'autres techniques de législation qui n'ont pas *a priori* la même finalité, mais qui ont ceci de commun qu'elles sont susceptibles d'agir avec effet rétroactif. Ce chevauchement partiel rend parfois difficile à isoler, parmi lois rétroactives, celles qui produisent un « effet validant ». Suivant la typologie établie par plusieurs auteurs⁴³⁹, il est néanmoins possible de faire la part entre les techniques partagées avec d'autres catégories de lois rétroactives et celles qui sont propres à la validation. Il est alors possible de répartir les différents procédés de validation rétroactive en trois ensembles.

obs. M.-C. ROUAULT, *RJF*, 1995, n° 12, comm. 1410 ; 6 avril 1998, *Ministre du budget c/ SARL "Courcelles Investissements"*, req. n° 133.985, Rec., T., p. 726, *RDF*, 1998, comm. 802, concl. G. GOULARD ; 30 avril 2003, *Caisse primaire d'assurance maladie du Havre*, préc. Sur l'ensemble de ces questions, cf. *infra* p. 424, et s. n° 535 et s. et p. 872 et s., n° 1140 et s.

⁴³⁷ Sur ce lien, voir, notamment, L. MILÀNO, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, 2006, n° 3, p. 447, spéc. p. 453.

⁴³⁸ CE, 9 novembre 1951, *Poupard*, préc. ; 6 février 1959, *Pecunia et Viard*, Rec., p. 99. Dans le premier cas, il s'agit des mesures d'application d'un règlement administratif annulé (C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 4 ; déc. n° 85-192 DC, 24 juillet 1985, préc., cons. 10 et 11 ; CE, 18 novembre 1991, *Mme Sablayrolles et Commune de Villeneuve-les-Béziers*, req. n° 115.803, Rec., T., p. 692). Dans le second cas, il s'agit de celles des décisions administratives qui forment avec la décision annulée un enchaînement (CE, 18 mai 1966, *Faivre et Corbineau*, req. n° 65.065 et 65.225, Rec., p. 335 ; art. 31 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996, déjà citée) ou un ensemble (C.Const., déc. n° 87-228 DC, 26 juin 1987, *Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade*, cons. 3 à 8, Rec., p. 38, *AIJC*, 1987, p. 569, chr. B. GENEVOIS, *Pouvoirs*, 1987, n° 43, p. 215, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1989, p. 399, chr. L. FAVOREU ; art. 25 de la loi du 30 décembre 1999, de finances rectificative pour 2009, JORF n° 303 du 31 décembre 1999 p. 19968) indissociable. Sur l'ensemble de ces questions, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1147, n° 1271 1° ; F. DOUET, thèse préc., pp. 118-125, n° 189-198 ; J. MASSOT, fasc. préc., p. 4, n° 11 à 13 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 109 et s. ; D. PERROT, art. préc., pp. 985-986.

⁴³⁹ J. MASSOT, fasc. préc., p. 2, n° 1 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 105 et s. ; D. PERROT, art. préc., p. 983 ; D. RENDERS, thèse préc., p. 137 et s. Voir également, L. MILÀNO, art. préc., pp. 447-448 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2008, p. 579, n° 507.

146. Dans une première série d'hypothèses, le procédé de validation se fonde dans la loi ordinaire. L'objet de cette dernière étant, au premier chef, de poser des règles de droit nouvelles, le législateur entend ici adopter une règle nouvelle rétroactive, laquelle aura également pour conséquence de valider un acte administratif irrégulier antérieurement édicté. La « loi modificative de validation », d'après l'heureuse formule de M. Lamarque⁴⁴⁰, possèdera alors un double objet et produira un double effet rétroactif. D'une part, le législateur édicte une règle législative nouvelle dotée d'un effet rétroactif. D'autre part et corrélativement, il procède à la validation d'actes non conformes à la règle ancienne, mais conformes à la règle nouvelle. L'exemple de la loi de finances rectificative pour 1986 est particulièrement riche d'enseignements, dès lors qu'elle contient plusieurs de ces dispositions modificatives de validation. Alors que l'interprétation donnée par l'administration fiscale des règles d'assiette ou de taux de plusieurs impositions avait été démentie par le juge de l'impôt⁴⁴¹, le législateur était intervenu pour changer la législation, de telle manière à ce que la règle fiscale nouvelle confirme l'interprétation administrative. Les dispositions modifiant rétroactivement les règles fiscales en cause procédaient dans le même temps à la validation des impositions dues au titre des années antérieures, dans la mesure où l'établissement de ces dernières reposait sur l'interprétation administrative invalidée de la règle ancienne⁴⁴².

Une variante de cette pratique a consisté pour le législateur, de manière moins ostensible, à détourner une qualification légale en vue de modifier rétroactivement l'état du droit préexistant et, ce faisant, valider des actes irréguliers. Tel est le cas lorsque ce dernier adopte une loi « faussement interprétative »⁴⁴³. Sous couvert d'interpréter une loi préexistante, le législateur en modifie le sens et la portée, si bien qu'il faut considérer que ce dernier édicte, en réalité, une règle de droit nouvelle. Les dispositions interprétatives étant dotées, de plein droit, d'un effet rétroactif, la loi faussement qualifiée d'interprétative bénéficiera du régime de celles-ci et rétroagira au jour de la prise d'effet de la loi interprétée. Par ce biais, le législateur est en mesure de valider des actes non conformes à la signification de la loi ancienne, mais qui se trouvent être en pleine conformité avec l'interprétation, nouvelle mais fautive, consacrée par la loi nouvelle. Ainsi en a-t-il été en matière fiscale, la règle nouvelle venant modifier la règle d'imposition antérieure, de telle manière à ce qu'elle confirme l'interprétation qu'en avait donné l'Administration fiscale et qui se trouvait contredite par une décision

⁴⁴⁰ J. LAMARQUE, « La rétroactivité de la loi fiscale : une nécessité en matière de procédures », in *Territoires et liberté, Mélanges en hommage au Doyen Y. MADIOT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 331. Cf., dans le même sens, A. LIÈVRE-GRAVEREAUX, *La rétroactivité de la loi fiscale : une nécessité en matière de procédures*, Paris, L'Harmattan, coll. Finances publiques, 2007.

⁴⁴¹ CE, 14 décembre 1983, *Commune de Brionne*, req. n° 36.897, Rec., p. 511, *CJEG*, 1984, p. 99, concl. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE ; 2 juin 1986, *Société Socodimex*, req. n° 56.143, Rec., T., p. 495, *DF*, 1986, comm. 1648, note O. FOUQUET ; 4 juin 1986, *Géniteau*, req. n° 61.657, Rec., T., p. 478 ; 25 juin 1986, *Ministre du Budget c/ Compagnie française de raffinage* req. n° 68.326, Rec., p. 178 ; 4 juillet 1986, *Ministre du budget et autre c/ Commune de Brest*, req. n° 50.789 et 50.847, Rec., p. 190, *RJF*, 1986, n° 10, p. 525, chr. M. LIÉBERT-CHAMPAGNE.

⁴⁴² Art. 19-II (assiette de la taxe professionnelle), 20-I à IV (exonérations de la taxe foncière), 29 (fait générateur de la contribution sociale de solidarité) et 30 (taux de la taxe communale d'électricité), de la loi n° 86-1318 du 30 décembre 1986, de finances rectificative pour 1986 (JORF du 31 décembre 1986, p. 15873). Sur cette loi, voir F. DOUET, thèse préc., pp. 118-119, n° 189-192. Pour des ex. récents, cf. C.Const., déc. n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, préc., cons. 19 ; CE, 17 novembre 2000, *Fédération française des magasins de bricolage*, req. n° 214.439, Rec., T. p. 922 ; art. 34 de la loi n° 2000-1353 du 30 décembre 2000, de finances rectificative pour 2000 (JORF n° 303 du 31 décembre 2000, p. 21172) ; art. 43 de la loi n° 2003-1312 du 30 décembre 2003, de finances rectificative pour 2003 (JORF n° 302 du 31 décembre 2003, p. 22594) et art. 43 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, de finances rectificative pour 2004 (JORF n° 304 du 31 décembre 2004, p. 22522) ; CE, 4 juin 2007, *Société IFGEC*, req. n° 265.771, Rec., p. 235, *BDCF*, 2007, n° 10, p. 9 et *RDF*, 2008, n° 4, p. 23, concl. E. GLASER, *RDF*, 2008, n° 4, p. 27, note A.-F. GAGNEUR ; 19 janvier 2011, *EARL Schmittseppel et M. Noir*, req. n° 343.389, à ment. aux T. du Leb. Pour d'autres ex., voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 301, n° 383.

⁴⁴³ Sur cette notion, cf., plus bas, p. 128, n° 179. De fait, ce grief est parfois invoqué pour contester la constitutionnalité d'une loi interprétative, en tant qu'elle remettrait rétroactivement en cause une décision de justice passée en force de chose jugée (C.Const., déc. n° 84-186 DC, 29 décembre 1984, préc., cons. 2).

de justice⁴⁴⁴. Ce faisant, les actes adoptés conformément à l'interprétation administrative mais en contrariété avec la loi ancienne ont été validés par l'effet de la loi nouvelle faussement qualifiée d'interprétative. Comme on le verra, une telle pratique doit être dénoncée et, de fait, est aujourd'hui fermement combattue tant en doctrine qu'en jurisprudence⁴⁴⁵.

147. Dans une deuxième série d'hypothèses, le législateur use, pour procéder à la validation d'un acte administratif, de techniques législatives dont la finalité est *a priori* différente⁴⁴⁶. Sans poser de règle nouvelle, le législateur vient consolider le droit existant en reprenant à son compte l'acte administratif irrégulièrement édicté. Tantôt le législateur va substituer à l'acte administratif un acte législatif au contenu identique, tantôt il se contentera de le ratifier, de le *législativiser*, en lui conférant directement une valeur législative⁴⁴⁷.

Dans le premier cas, la substitution de normes impliquant une correspondance parfaite du champ d'application de la norme de substitution avec celui de la norme substituée, leurs effets dans le temps coïncident. Par suite, la succession d'une loi ayant un contenu en tous points identiques à celui d'un acte administratif irrégulier signifie que la première se substitue rétroactivement au second, validant par là les effets qu'il a pu développer antérieurement⁴⁴⁸.

Dans le second cas, la ratification législative opérant avec effet rétroactif, les actes désignés par le législateur, ainsi que leurs effets, sont soustraits au contrôle juridictionnel eu égard à leur nature désormais législative et ce, tant pour le passé que pour l'avenir⁴⁴⁹. Un même résultat peut également être obtenu par l'adoption d'une loi faussement interprétative. Ainsi le législateur a-t-il pu, par exemple, donner rétroactivement une base légale à certaines règles irrégulièrement établies par décret et menacées d'annulation, en qualifiant expressément d'interprétative une disposition législative reprenant les conditions établies précédemment par la règle administrative⁴⁵⁰.

⁴⁴⁴ CE, Sect., 13 décembre 1991, *Société "Appareils spéciaux échangeurs de température" (ASET)*, req. n° 65.940 et 66.868, Rec., p. 437, *JCP E*, 1992, II, 306, note D. F., *RJF*, 1992, n° 1, p. 17, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *DF*, 1992, n° 4, p. 191, note anonyme ; 12 février 1993, *SARL Les fermiers de l'Aisne*, req. n° 75.601, Rec., p. 700.

⁴⁴⁵ Cf., plus bas, p. Comp. CE, Sect., 13 décembre 1991, *Société "Appareils spéciaux échangeurs de température" (ASET)*, préc. et CE, 28 juillet 1999, *Société nouvelle ALT*, req. n° 186.982, Rec., T., p. 738, *RDF*, 2000, n° 8, p. 372, *RJF*, 1999, n° 10, comm. 1222.

⁴⁴⁶ Sur ces différentes formes de validations, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1148, n° 1272 2° ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 43 et 57 et les ex. cités ; D. RENDERS, thèse préc., p. 163 et p. 193.

⁴⁴⁷ Certains auteurs assimilent ces opérations à une régularisation (J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 132, n° 79 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 77 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution générale à la théorie de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, p. 685 ; G. GEST, « L'application de la loi fiscale dans le temps : les différentes formes de la rétroactivité », *DF*, 1996, n° hors-série, p. 10 ; J.-F. LAFIX, thèse préc., p. 324, n° 338) ce qui n'est pas tout à fait le cas, dès lors que le vice de légalité dont est entaché l'acte administratif n'est pas directement corrigé. Il disparaît simplement du fait que l'on se trouve désormais en présence d'un acte en forme législative (cf., en ce sens, J.-J. ISRAEL, thèse préc., p. 12). Il en va différemment si l'irrégularité consiste justement en une méconnaissance de la répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et le règlement. L'intervention du législateur régularise l'incompétence initiale du pouvoir réglementaire à édicter une disposition relevant du domaine de la loi (cf., notamment, L. HAMON et J. VAUDIAUX, « Validation législative des mesures administratives illégales », *RDP*, 1968, n° 2, p. 368 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 46 et « Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente », *RFDA*, 1995, n° 4, p. 780, spéc. p. 786). Dans ce cas particulier, l'opération s'analyse également comme une forme de ratification.

⁴⁴⁸ Comp. CE, Sect., 28 juin 1968, *Sieur Benet et autres*, préc. et l'art. 8 de la loi du 20 décembre 1968, préc. Voir également, CE, Ass., 3 février 1939, *Huileries Griffiths et autres*, Rec., p. 56 ; 11 mai 1949, *Ligue des fonctionnaires pères et mères de famille nombreuse*, Rec., p. 208 ; 3 novembre 1999, *Mlle Le Bris*, req. n° 201.140, Rec., T., p. 811 et *Allary*, req. n° 199.399, Rec., T., p. 812 ; Ass., 24 mars 2006, *Rolin et autres et Boisvert*, req. n° 286.834 et 287.218, Rec., p. 171, *AJDA*, 2006, n° 19, p. 1033, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *JCP G*, 2006, I, 150, p. 1230, chr. B. PLESSIX, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 651, note P. TERNEYRE.

⁴⁴⁹ C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, cons. 31, Rec., p. 88, *D.*, 1984, IR, p. 472, obs. L. HAMON, *Pouvoirs*, 1983, n° 25, p. 199, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Rev. adm.*, 1983, p. 142, note M. DE VILLIERS, *RDP*, 1983, n° 2, p. 366, chr. L. FAVOREU ; 28 avril 1989, *Chambre syndicale des industries métallurgiques mécaniques et connexes de la Charente-Maritime*, req. n° 64.128, Rec., T., p. 858 ; 23 mars 1994, *M. Chanel*, préc.

⁴⁵⁰ Voir, notamment, J. TUROT, art. préc., p. 658. Cf., par ex., CE, 30 juin 1978, *Delcourt et autres*, req. n° 01.036, Rec., p. 281 ; 27 mai 1987, *Arnaudies*, req. n° 76.213, Rec., p. 187.

Enfin, le législateur peut, de manière plus indirecte, emprunter la voie d'une habilitation et déléguer son pouvoir de rétroactivité à l'autorité administrative, laquelle sera alors en mesure de procéder à la validation d'actes irréguliers qu'elle a antérieurement pris⁴⁵¹.

148. Dans une troisième série d'hypothèses, le législateur se contente de déclarer que tel acte, ainsi que ses effets, ne sont plus susceptibles d'être contestés par la voie contentieuse. Il s'agit là d'un procédé direct de validation, lequel ne se méprend avec nul autre artifice ou technique dont use le législateur pour consolider un acte administratif irrégulier. La validation *stricto sensu* se distingue d'autres procédés de consolidation, dès lors qu'elle se contente de *neutraliser* l'irrégularité dont est entachée un acte administratif, sans la faire disparaître pour autant. Elle n'affecte pas davantage le contenu ou la nature de l'acte validé, lequel conserve à la fois sa signification initiale, de même que son administrativité.

Au sens strict, la validation législative consiste à *couvrir* un vice entachant un acte ou menaçant une situation juridique de façon à empêcher sa contestation. Le résultat obtenu par ce biais n'est autre que la consolidation de la situation juridique initialement mal fondée. En effet, la validation vise à *réputer* régulier un acte ou une situation affecté d'un vice, non à l'en *purger*⁴⁵². L'effet de la validation législative *stricto sensu* se limite donc à « sauver » l'acte ou la situation en cause d'une éventuelle annulation ou déclaration d'illégalité de la part du juge ordinaire par la « neutralisation » rétroactive de l'irrégularité l'affectant. D'une certaine façon, le législateur procure, selon les cas, au vice décelé dans le dispositif de l'acte ou, plus largement, à l'ensemble des dispositions de l'acte et/ou à ses effets, une « immunité juridictionnelle »⁴⁵³. Ainsi, l'acte validé doit être appliqué ou doit continuer de l'être, nonobstant son irrégularité.

⁴⁵¹ B. MATHIEU, thèse préc., p. 39 ; J. PETIT, thèse préc., p. 266, n° 254 ; D. RENDERS, thèse préc., p. 139. Cf., par ex., l'art. 1^{er} de la loi n° 67-1173 du 22 décembre 1967, relative à diverses dispositions intéressant la fonction publique (JORF du 29 décembre 1967, p. 12855) permettant à l'autorité administrative d'appliquer rétroactivement une loi antérieure à une catégorie d'agents initialement exclue du champ d'application de celle-ci. Pour un autre ex., comp. CE, Sect., 25 mai 1992, *Organisme de gestion des écoles catholiques (OGEC) de la Baugerie*, req. n° 83.318, Rec., 208, *RFDA*, 1992, n° 6, p. 1116, concl. M. POCHARD et art. 107 de la loi n° 95-1346 du 30 décembre 1995, de finances pour 1996 (JORF n° 304 du 31 décembre 1995, p. 19030). Sur cette loi, voir CE, Ass., Avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie c/ OGEC de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, préc.

⁴⁵² Selon le Président Massot, la validation consiste à « réputer réguliers des actes juridiques, nés ou à venir, dont la légalité risque d'être mise en cause devant une juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire » (J. MASSOT, fasc. préc., p. 2, n° 1). L'acte ou la situation doit être tenu pour régulier par la volonté du législateur. Toutefois, il faut considérer, avec B. Mathieu, que la validation *stricto sensu* « n'a pas pour effet de rendre régulier un acte (ou les dispositions contenus dans cet acte), mais vise uniquement à empêcher le contrôle du juge ou ses effets » (B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 106 ; cf. également, J.-M. AUBY, art. préc., p. 10 et s.). La persistance de l'illégalité distingue la validation de la régularisation dont l'objet est justement sa réparation (cf. plus bas, p. ; pour une discussion, voir B. MATHIEU, *loc. cit.* ; J.-F. LAFIX, thèse préc., p. 324, n° 339 ; D. PERROT, art. préc., p. 985 ; D. RENDERS, *loc. cit.*). Partant de ce constat, certains auteurs ont rapproché la validation de la notion de confirmation en droit privé. Cette dernière désigne la faculté pour le titulaire d'une action en nullité contre un acte juridique irrégulier, d'y renoncer. L'effet de la confirmation ainsi définie n'est pas de réparer l'acte en faisant disparaître rétroactivement la cause de la nullité mais de le rendre inattaquable (cf., notamment, G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 121, 1972, p. 13, n° 16). Dans le cas de la validation, la renonciation serait imposée par un tiers, le législateur (B. MATHIEU, thèse préc., p. 107 ; D. RENDERS, thèse préc., p. 235).

⁴⁵³ Voir, notamment, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 817, n° 1032 et *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1147, n° 1271.

2°) Les formes de rétroactivité de la loi de validation

149. De la même manière que pour la loi rétroactive ordinaire, le législateur peut procéder à la validation rétroactive d'actes administratifs soit de manière explicite, soit de manière implicite. Dans le premier cas, le législateur prend le soin de préciser qu'il entend valider les effets du ou des acte(s) administratif(s) irrégulier(s), voire même détermine la date à compter de laquelle cette validation prendra effet. Bien que les formulations varient, le législateur marque, le plus souvent, sa volonté de prononcer une validation en déclarant que tels actes « sont validés » ou « sont réputés réguliers », ou encore qu'il n'est plus possible de se prévaloir de tels motifs d'illégalité à leur rencontre⁴⁵⁴. Un effet rétroactif étant, de plein droit, associé au procédé de la validation, il en résulte que le législateur en prononçant la seconde doit être regardé comme ayant voulu conférer le premier au texte qu'il adopte. La validation explicite équivaut donc à une rétroactivité explicite de la loi.

Dans le second cas, l'« effet validant » de la loi est déduit par le juge de la volonté implicite du législateur, telle qu'elle peut notamment ressortir des travaux préparatoires et des débats parlementaires de ladite loi⁴⁵⁵. Le juge administratif s'estime en présence d'une validation implicite dans trois cas. Dans un premier cas de figure, le législateur modifie ou réitère les dispositions d'un acte administratif irrégulier sans préciser qu'il procède, ce faisant, à la validation de ce dernier ou de ses effets. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le législateur confère un effet rétroactif à un acte administratif qui s'était illégalement attribué une telle portée dans le temps⁴⁵⁶. On peut rapprocher cette forme de validation implicite d'une ratification implicite, dès lors qu'en réitérant ou en modifiant le dispositif de l'acte administratif, le législateur est réputé avoir repris ce dernier à son compte⁴⁵⁷. Dans une deuxième série d'hypothèses et de manière plus contestable, la validation implicite résulte de la simple référence d'un acte administratif donné dans un texte de loi, sans que le législateur lui apporte une quelconque modification. Cette référence est interprétée par le juge comme exprimant la volonté du législateur de voir l'acte administratif maintenu en vigueur, c'est-à-dire l'intention du premier de valider les effets du

⁴⁵⁴ Cf., par ex., CE, Sect., 26 mai 1950, *Lesmayoux*, Rec., p. 311 ; 25 juin 1969, *Ministre de l'Intérieur c/ Éditions parisiennes associées et Sieur Devay*, req. n° 73.935, Rec., p. 334, *AJDA*, 1969, II, p. 707 ; 4 décembre 1981, *Ministre de l'Intérieur et autre c/ Kühn*, req. n° 34.028 et 34.545, Rec., p. 458 ; art. 104 de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008, de finances rectificative pour 2008 (JORF n° 304 du 31 décembre 2008, p. 20518) ; CE, Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, req. n° 314.449 et 314.580, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 43, p. 2416, chr. D. BOTTEGHI et A. LALLET, *CMP*, 2001, n° 1, p. 32, note P. DEVILLERS, *Dr. adm.*, 2011, n° 1, p. 24, note J. MARTIN et S. FERRARI, *RJEP*, 2011, n° 683, p. 41, concl. N. BOULOUIS, *RLCT*, 2011, n° 64, p. 35, note P. CAILLE.

⁴⁵⁵ B. MATHIEU, thèse préc., p. 118 et s. ; D. LABETOULLE et P. CABANES, chr. sous CE, Ass., 28 mai 1971, *Barrat et autres et Syndicat général de l'Éducation nationale (SGEN-CFDT)*, req. n° 80.395 et 80.447, Rec., p. 387, *AJDA*, 1971, n° 7-8, p. 400, spéc. p. 402 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 990 ; J. TUROT, art. préc., p. 657. Pour des ex., voir CE, 7 juin 1950, *Larrozé*, Rec., p. 344 ; Sect., 9 mars 1951, *Guiollet*, Rec., p. 146 ; Ass., 27 novembre 1964, *Union nationale des associations familiales*, req. n° 51.473, Rec., p. 587, *AJDA*, 1965, n° 2, p. 95, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET, *Dr. soc.*, 1965, n° 5, p. 328, concl. G. BRAIBANT ; 21 janvier 1976, *Giacobbi et autres*, req. n° 93.171, Rec., p. 48.

⁴⁵⁶ CE, 16 mars 1960, *Caisse industrielle et commerciale d'allocation-vieillesse de Seine-et-Marne et autre*, req. n° 45.265, Rec., p. 196 ; 5 janvier 1972, *Sieur Charre et sieur Tong Viet Linh*, req. n° 70.158 et 70.175, Rec., p. 1 ; art. 82 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF du 18 janvier 2002, p. 1008.

⁴⁵⁷ Tel est le cas de la loi qui reprend le dispositif d'un acte administratif sans se référer à lui (CE, Ass., 3 février 1939, *Huilerie Griffiths et autres*, Rec., p. 56 ; 11 mai 1949, *Ligue des fonctionnaires pères et mères de famille nombreuse*, Rec., p. 208 ; 28 avril 1989, *Chambre syndicale des industries métallurgiques mécaniques et connexes de la Charente-Maritime*, préc. ; 17 novembre 2000, *Fédération française des magasins de bricolage*, req. n° 214.439, préc.), qui lui apporte des modifications (CE, Ass., 5 janvier 1945, *Bos et Cresp*, Rec., p. 5 ; Sect., 27 janvier 1957, *Société Établissements Charlionais et Cie*, Rec., p. 54, *RDP*, 1957, n° 6, p. 1057, note M. WALINE) ou qui le reconduit (CE, Sect., 31 mai 1963, *Société X*, req. n° 49.056, Rec., p. 335, *DF*, 1963, n° 37, concl. DUCAMIN). Pour d'autres ex., cf. F. DOUET, thèse préc., p. 119, n° 193 ; CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et autres et Boisvert*, préc. Sur la ratification implicite, cf., plus bas, p. 114, n° 161.

second⁴⁵⁸. Dans un dernier cas de figure, le législateur manifeste expressément sa volonté de valider un acte administratif, laquelle est implicitement étendue par voie de conséquence à d'autres catégories d'actes. De l'intention de valider l'acte initial il est déduit que le législateur a également entendu, de manière implicite cette fois, étendre la portée de cette validation aux actes subséquentement pris et qui entretiennent un lien étroit avec celui-là.

150. Après une première phase au cours de laquelle le Conseil d'État acceptait de regarder comme faisant échec à son contrôle un texte législatif faisant simplement référence aux décisions administratives contestées devant lui, alors même que ni les travaux préparatoires ni les débats parlementaires n'attestaient que telle avait été la volonté du législateur⁴⁵⁹, ce qui le conduisait à admettre des validations « inconscientes »⁴⁶⁰, la Haute juridiction s'est montrée, par la suite, plus réticente à admettre l'existence de validations implicites⁴⁶¹. Cette volonté de réduire la portée et les effets des lois de validation a naturellement été relayée par le Conseil constitutionnel, lequel a entendu les soumettre à un principe d'interprétation stricte⁴⁶². Ce « chœur à deux voix », n'a pas, comme on aurait pu s'y attendre, sonné le glas de la pratique des validations implicites, mais a contribué à réduire sérieusement la marge de manœuvre du législateur en la matière.

Ainsi, un texte législatif qui n'a pas pour objet de procéder à une validation ne saurait être interprété comme l'ayant indirectement permise. La validation implicite doit être la conséquence nécessaire de la loi en cause. *A fortiori*, il est donc également exclu qu'une loi puisse valider un acte administratif, en l'absence de mention expresse de ce dernier. De surcroît, la simple référence dans le texte de loi à un acte administratif irrégulier ne saurait, à elle seule, équivaloir à sa validation. Il n'en va autrement que dans la stricte mesure où un lien direct peut être établi entre l'intervention du législateur et l'acte litigieux. En d'autres termes, le juge s'attache à rechercher si la référence à l'acte désigné détermine le champ d'application de la loi, rendant nécessaire la validation⁴⁶³. De la même manière, la validation par voie de conséquence des actes pris pour l'application de l'acte litigieux n'est acceptée que si mention expresse en est faite dans le texte législatif ou si l'acte validé a lui-même opéré un renvoi à ces dernières. En tout état de cause, dans le cas où la loi valide une catégorie d'actes, sa portée ne peut

⁴⁵⁸ Cf., par ex., CE, 25 février 1981, *SA Générale Alimentaire*, req. n° 07.700, Rec., p. 102 (sol. impl.).

⁴⁵⁹ Outre les ex. cités à la note 455, voir CE, Ass., 30 juin 1961, *Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur*, req. n° 42.774 et 42.775, Rec., p. 452, *AJDA*, 1961, p. 646, concl. J. KAHN, *D.*, 1961, p. 663, concl. J. KAHN et note P.-L. JOSSE ; 8 février 1963, *Société Géo*, req. n° 50.090, Rec., p. 78, *AJDA*, 1963, p. 279, concl. DUCAMIN, *RDP*, 1962, n° 6, p. 1240. Voir, en ce sens, J.-M. AUBY, art. préc., p. 16.

⁴⁶⁰ Selon l'expression employée par le commissaire du gouvernement Braibant dans ses conclusions sur CE, Ass., 27 novembre 1964, *Union nationale des associations familiales*, préc., *Dr. soc.*, 1965, n° 5, p. 329.

⁴⁶¹ CE, 24 mars 1982, *Boyer*, req. n° 05.336, Rec., p. 129 ; 25 septembre 1987, *Binet*, req. n° 80.833, Rec., p. 293 ; 2 février 1996, *Région Alsace*, req. n° 154.586, Rec., T., pp. 710-711 ; 20 février 2008, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, req. n° 302.053, Rec., p. 54, *AJDA*, 2008, n° 8, p. 382 et n° 11, p. 575, chr. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU. Voir également R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1155, n° 1276 2° ; J. GAEREMYNCK, concl. sur CE, Ass., 19 avril 1991, *Faure*, req. n° 55.242, 80.698 et 88.820, Rec., p. 144, *RFDA*, 1992, n° 1, p. 35, spéc. pp. 41-43.

⁴⁶² Cf., en ce sens, C.Const., déc. n° 95-363 DC, 11 janvier 1995, *Loi relative au financement de la vie politique*, cons. 9, Rec., p. 159, *D.*, 1997, SC, p. 139, obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *RFDC*, 1995, n° 22, p. 376, note R. GHÉVONTIAN, *RJF*, 1996, n° 2, p. 124, note anonyme ; déc. n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*, cons. 23, Rec., p. 467, *AJJC*, 2003, p. 719, chr. L. GAY, *D.*, 2004, n° 18, p. 1270, note D. RIBES, *LPA*, 24 décembre 2003, n° 256, p. 10, note J.-É. SCHOETTL et 27 décembre 2004, n° 258, p. 11, note L. BAGHESTANI-PERREY. Voir B. MATHIEU, art. préc., p. 787. Le principe d'interprétation stricte vaut plus généralement pour l'ensemble des lois rétroactives (cf., plus bas, p. 399 et s., n° 503 et s.).

⁴⁶³ CE, Ass., 28 mai 1971, *Barrat et autres et Syndicat général de l'Éducation nationale (SGEN-CFDT)*, req. n° 80.395 et 80.447, Rec., p. 387, *AJDA*, 1971, n° 7-8, p. 400, chr. D. CABANES et D. LABETOULLE et n° 9, p. 488 note C. FOURRIER ; Sect., 18 mai 1973, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés (SNITA)*, req. n° 83.263 à 83.266, Rec., p. 357, *AJDA*, 1973, II, p. 483, note F. MODERNE ; 20 novembre 1974, *Union nationale de la propriété immobilière et autres c/ SCI du 4, avenue de Clichy*, req. n° 88.407 et 88.507, Rec., p. 569 ; 19 novembre 1975, *Association "Jeunes sans frontières"*, req. n° 90.403 et 90.404, Rec., T., p. 812 ; 5 mai 1976, *Cesary*, req. n° 94.377, Rec., p. 227 ; 10 juin 1977, *Sieur X*, req. n° 97.965, Rec., p. 261 ; 2 décembre 1977, *Élections municipales de Nogent-sur-Seine (Aube)*, req. n° 08.494, Rec., T., p. 684. Voir également, M.-H. MITJAVILLE, concl. sur CE, Ass. 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, req. n° 286.834 et 287.218, Rec., p. 171, non publiées.

être implicitement étendue à d'autres actes ayant fait l'objet d'une annulation contentieuse⁴⁶⁴. La rétroactivité implicite de la loi de validation se trouve ainsi sévèrement encadrée, si bien que certains auteurs en ont déduit qu'elle serait désormais interdite⁴⁶⁵. On ne saurait entièrement partager cette position que s'agissant des lois de validation *stricto sensu*. Le développement de la pratique des lois modificatives de validation montre, s'il en est, que le procédé de la validation implicite n'a pas disparu, mais s'est simplement déplacé sur un autre terrain⁴⁶⁶. Si les validations inconscientes sont désormais prohibées, les validations silencieuses demeurent.

151. Conclusion du I. La validation législative est devenu un phénomène banal, comme en atteste la diversité des procédés mis en œuvre, ainsi que les multiples formes que la loi qui la prononce est susceptible de revêtir. Comme on le verra plus loin, l'encadrement rigoureux et stratifié dont cette technique législative de rétroactivité est l'objet de la part des juges français comme des juges européens⁴⁶⁷ n'a en rien réduit le phénomène. Tout au plus peut-on constater que cet encadrement a contribué à uniformiser et à rationaliser quelque peu la pratique législative. En tout état de cause, la validation demeure un instrument commode pour le législateur qui permet d'aplanir bien des difficultés. Il paraît hautement improbable que ce dernier y renonce définitivement dans un futur proche ou lointain.

C'est à un polymorphisme tout aussi manifeste de la rétroactivité législative qu'aboutit l'emploi du procédé de la ratification.

II – LA RATIFICATION LEGISLATIVE

152. La notion de ratification est susceptible de plusieurs acceptions en droit public. D'un point de vue étymologique, ratifier signifie « donner raison », approuver le contenu d'un acte antérieur⁴⁶⁸. On lui connaît une signification particulière en droit international public, où elle joue le rôle d'une approbation dans la procédure d'adoption des traités et conventions internationaux⁴⁶⁹. En droit public interne, la

⁴⁶⁴ Sur l'ensemble de ces points, cf., outre les références déjà citées, CE, 9 novembre 1951, *Poupard*, préc. ; Sect., 28 février 1958, *Denis et autres*, Rec., p. 135, *AJDA*, 1958, II, p. 417, obs. R. DRAGO ; 9 février 1966, *Ministre des Finances, c/ Benoît et autres*, req. n° 62.159 à 62.163, Rec., p. 99. Voir également, J.-F. THÉRY, concl. sur CE, Sect., 11 mai 1979, *Boulenger*, req. n° 07.694, Rec., p. 202, *AJDA*, 1980, n° 4, p. 253 ; J. MASSOT, fasc. préc., p. 5, n° 15 ; J.-Y. PLOUVIN, note sous C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., *Gaz. Pal.*, 1981, I, doct., p. 93.

⁴⁶⁵ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, Paris, LGDJ, 16^e éd., 2001, p. 555, n° 1179-1 ; J. MASSOT, *loc. cit.* ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 360. Pour une position contraire, cf. R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 991 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 132, n° 79. Pour un ex. récent de loi procédant à une validation implicite déclarée contraire à la Constitution, voir C.Const., déc. n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005*, cons. 6, Rec., p. 186, *AIJC*, 2005, p. 560, chr. S. NICOT, *RDF*, 2006, n° 8, p. 466, note L. PHILIP, *LPA*, 13 janvier 2006, n° 10, p. 4, note B. MATHIEU, 16 janvier 2006, n° 11, p. 12, note J.-É. SCHOETTL et 13 juin 2006, n° 117, p. 15, chr. A.-L. VALEMBOIS, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 497, note M. DISANT, *RFDC*, 2006, n° 66, p. 367, chr. J. PINI, *RJF*, 2006, n° 4, p. 267, note Y. BENARD.

⁴⁶⁶ Cf., par ex., CE, Sect., 27 mai 1994, *Société Franck Alexandre*, req. n° 135.410, Rec., p. 261, *AJDA*, 1994, n° 7-8, p. 506, chr. C. MAUGÜÉ et L. TOUVET, *RFDA*, 1995, n° 1, p. 43, concl. S. LASVIGNES ; 17 novembre 2000, *Fédération française des magasins de bricolage*, req. n° 214.439, Rec., T. p. 922. De fait, les rapporteurs publics au Conseil d'État recherchent toujours si le législateur n'aurait pas implicitement entendu valider les actes administratifs contestés devant lui (cf., en ce sens, G. DUMORTIER, concl. sur CE, 7 juillet 2010, *Lapouble et Marmayou*, req. n° 329.054 et 329.097 ; M.-H. MITJAVILLE, concl. préc. ; P. FOMBEUR, concl. sur CE, 23 juillet 2003, *Syndicat national des pharmaciens praticiens et résidents des établissements français d'hospitalisation publics*, req. n° 244.590).

⁴⁶⁷ Cf., plus bas, Titre II, Chapitre I.

⁴⁶⁸ D. RENDERS, thèse préc., p. 193 et s., spéc. p. 197.

⁴⁶⁹ Dans ce contexte, la ratification désigne l'acte solennel par lequel un État exprime son consentement – son *engagement* – à un traité ou une convention internationale. Dans sa dimension internationale, la ratification confère à son auteur le statut de contractant, puis de partie lorsque le traité entre en vigueur. Dans sa dimension interne, la ratification est envisagée comme une approbation par l'autorité publique compétente, de par la Constitution, de la procédure par laquelle sont intégrées à la législation nationale les stipulations d'un traité ou d'une convention internationale. Sur ces différents points, voir J. COMBACAU et S. SUR, *Droit*

ratification désigne généralement l'acte par lequel une autorité prend en charge ou, plus précisément, *assume* un acte dont elle n'est pas l'auteur. Il y a ratification en présence d'une volonté de la part d'une autorité de se *réapproprier* ce qu'a accompli une autre autorité. L'auteur de la ratification s'approprie alors tant le contenu de l'acte initial que ses effets tant pour le passé que pour l'avenir. Bien qu'elle modifie l'ordonnancement juridique, la ratification ne crée aucune règle de droit nouvelle. Elle se borne à maintenir le droit ancien, en substituant à l'acte initial un acte au contenu identique. Le droit antérieur perdure mais sous une forme nouvelle. La ratification se rattache donc bien à l'idée générale de confirmation du droit antérieur.

153. À l'instar des autres catégories de lois confirmatives, la loi de ratification, parce qu'elle se rapporte principalement à des effets qui précèdent nécessairement son intervention, a pour vocation première de régir le passé. Il est donc généralement admis que la ratification législative opère avec effet rétroactif (A). Lorsqu'il recourt à la ratification, le législateur entend *législativiser* un acte administratif antérieur – c'est-à-dire lui conférer valeur législative – et ce, avec effet rétroactif. Pour être invariable, la rétroactivité de la ratification n'en est pas moins exprimée par le législateur selon des modalités diverses (B).

A/ La rétroactivité de la ratification

154. L'acte initial, une fois ratifié, est censé émaner de l'autorité qui a procédé à la ratification. En quelque sorte, la ratification opère une substitution de la « paternité » de l'acte qui en est l'objet. Tout se passe comme si l'auteur de la ratification avait toujours été l'auteur de l'acte. De cette réappropriation, il résulte que le contenu de l'acte initial, ainsi que l'ensemble de ses effets, sont réputés être le fruit de la volonté de l'auteur de la ratification. La ratification emporte ainsi un double effet sur l'acte qui en est l'objet.

D'un côté, l'acte de ratification confère à l'acte ratifié sa nature et sa force juridique. Ainsi, l'acte ratifié est *transformé* par la ratification, tant dans sa nature que dans son régime⁴⁷⁰. D'une part, si l'acte initial était entaché d'une irrégularité liée à son ancienne condition, celle-ci sera absorbée par la ratification. Par cet aspect, la ratification équivaut à une validation de l'acte initial. Il en va ainsi, par exemple, de l'acte administratif contraire à un principe général du droit qui viendrait à être ratifié par le législateur. D'autre part, le nouvel auteur de l'acte ratifié sera désormais seul compétent pour le modifier ou l'abroger⁴⁷¹.

D'un autre côté, il est généralement admis que la ratification opère, en principe, avec un effet rétroactif⁴⁷². L'auteur de la ratification est réputé avoir toujours été l'auteur de l'acte ratifié.

international public, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 9^e éd., 2010, p. 121 et s. ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, préc., pp. 841-842.

⁴⁷⁰ A. KOHL, « La ratification en droit administratif », *Rev. adm. belg.*, 1966, p. 269, spéc. p. 272. Voir également B. MATHIEU, thèse préc., p. 57 ; D. RENDERS, thèse préc., p. 198 et 206.

⁴⁷¹ Par ex., une disposition réglementaire à laquelle une loi a donné valeur législative ne peut être modifiée que par une loi (CE, Sect., 29 mai 1964, *Boyreau et Laboille-Moresmau*, req. n° 60.434, Rec., p. 304, *AJDA*, 1964, II, p. 488, note R. DRAGO, *DF*, 1964, n° 28, p. 15, concl. L. BERTRAND, *JCP G*, 1964, II, 13863, note anonyme), sauf pour l'autorité administrative à engager une procédure de déclassement. La solution est la même, en l'absence de ratification, une fois le délai d'habilitation écoulé (CE, Ass., 11 décembre 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*, req. n° 279.517 et 283.983, Rec., p. 510, *AJDA*, 2007, n° 3, p. 133, chr. L. LANDAIS et F. LENICA).

⁴⁷² P. EBRARD, « L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 et la V^e République », *RDP*, 1969, n° 2, p. 287 ; G. JÈZE, note sous CE, 19 janvier 1915, *Le Moign*, Rec., p. 46, *RDP*, 1916, n° 4, p. 531 spéc. p. 532 ; A. KOHL, art. préc., p. 273 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 59 ; D. RENDERS, thèse préc., pp. 198-199. Pour une position contraire, cf. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, préc., p. 212, § 20 et « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le

L'appropriation de l'acte initial n'est donc pas seulement acquise à compter de la ratification, mais à compter du moment même où celui-ci a été édicté. Il s'ensuit que la *réappropriation* concerne non seulement le contenu de l'acte initial, mais également les effets que ce dernier a pu produire depuis son édicton. L'effet de la ratification couvre ainsi la période de validité de l'acte ratifié dans son ensemble et non pas seulement celle qui s'ouvre avec la ratification. Certes, on pourrait très bien imaginer que l'autorité qui procède à la ratification manifeste sa volonté de ne reprendre à son compte l'acte ratifié que pour l'avenir ou qu'elle mette en place un système de ratification préétablie⁴⁷³. Néanmoins, une telle solution déboucherait sur une situation dans laquelle un même acte connaîtrait, au cours de son existence, une nature et un régime juridique différents. C'est donc dans un souci de cohérence logique qu'il faut admettre l'effet nécessairement rétroactif de la ratification. Par son double effet transformateur et rétroactif, la ratification emporte à la fois disparition et *transmutation* rétroactives de l'acte initial⁴⁷⁴. S'agissant de la ratification législative d'actes administratifs, ce double effet n'est pas sans incidence sur le régime contentieux de l'acte ratifié. La transformation de l'acte administratif en acte de forme législative empêche, avec effet rétroactif, tout contrôle juridictionnel, ce qui rapproche à nouveau la ratification du procédé de la validation⁴⁷⁵.

B/ Les expressions de la rétroactivité de la ratification législative

De la même manière que pour la loi de validation, la rétroactivité de la ratification s'exprime selon diverses modalités. D'une part, divers procédés de ratification rétroactive sont à la disposition du législateur (1). D'autre part, les formes de la ratification sont elles-mêmes variables, ce qui pose à nouveau la question de la rétroactivité implicite de la loi (2).

1°) Les procédés de ratification rétroactive

155. La ratification législative est susceptible d'intervenir dans deux contextes différents. Tantôt la ratification fait partie intégrante d'une procédure spécialement instituée et dont elle constitue l'aboutissement. C'est le cas notamment de la procédure de la législation déléguée. Dans cette hypothèse, l'intervention de la ratification est une exigence antérieure à l'acte initial, lequel ne pouvait être édicté que sous cette réserve. L'acte initial a « vocation » à être ratifié (a). Tantôt, le législateur use de la ratification, sans que celle-ci ait été préalablement requise par un texte. L'acte initial n'a donc pas vocation, au moment où il est édicté, à être ratifié par le législateur. Par son caractère inopiné, cette ratification législative « spontanée » produit un effet rétroactif qui se rapproche de celui d'une loi de validation (b).

législateur », *RD*, 1924, n° 2, p. 325 ; M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice. Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 28, 1960, p. 148 ; M. WALINE, note sous, CE, Sect., 27 janvier 1957, *Société Établissements Charlionais et Cie*, préc., *RD*, 1957, n° 6, p. 1057, spéc. p. 1061.

⁴⁷³ Cf., par ex., art. 50 de la loi n° 63-23 du 15 janvier 1963, fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de sûreté de l'État instituée par l'art. 698 du Code de procédure pénale (*JORF* du 16 janvier 1963, p. 508). Sur cette loi, voir CE, 2 décembre 1964, *Sieur de Bonnechose*, préc.

⁴⁷⁴ C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, Economica, Aix-Marseille, PUAM, coll. Droit public positif, 1996, p. 228 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 671, n° 854-3°.

⁴⁷⁵ CE, 22 juin 2002, *Courty*, req. n° 241.851, Rec., p. 217.

a - La ratification législative organisée par un texte

156. La Constitution de 1958 prévoit elle-même plusieurs cas de ratification législative, principalement dans le cadre de la procédure de la législation déléguée. La législation déléguée est « *une parenthèse dans l'exercice normal de ses compétences par le législateur* »⁴⁷⁶. Le législateur autorise l'exécutif à adopter des mesures relevant normalement du domaine de la loi et ce, pour une période déterminée. Cette délégation de compétence n'est consentie que sous réserve pour le législateur de reprendre à son compte, à l'issue de la période d'habilitation, les actes édictés par l'exécutif⁴⁷⁷. La ratification législative referme alors la parenthèse et rétablit l'ordre préexistant des compétences. Un tel mécanisme n'est pas, en soi, une innovation de la V^e République. Cette dernière n'a fait qu'institutionnaliser la pratique des décrets-lois, bien connue sous les III^e et IV^e Républiques, qui avait prospéré en marge du texte constitutionnel⁴⁷⁸. La Constitution de 1958 a donc repris ce procédé exceptionnel de législation, sous la forme d'ordonnances, tout en recherchant, à travers quelques modifications, à l'encadrer plus rigoureusement.

Parmi les différentes procédures de législation par voie d'ordonnances prévues par le texte constitutionnel, seules deux font intervenir le procédé de la ratification⁴⁷⁹, selon des modalités différentes.

En premier lieu, l'article 38 de la Constitution prévoit que les ordonnances prises par le Gouvernement pour l'exécution de son programme, sur habilitation préalable et temporaire du Parlement, font l'objet d'une ratification par ce dernier⁴⁸⁰. Il n'existe pas, à proprement parler, d'obligation de ratifier les ordonnances de l'article 38 dans un délai déterminé. Si une telle solution a été suggérée lors des travaux préparatoires à la Constitution, c'est finalement une obligation plus modeste qui a été retenue⁴⁸¹. Un projet de loi de ratification doit être déposé devant le Parlement avant le terme du délai fixé par la loi d'habilitation, sous peine de caducité de l'ordonnance⁴⁸². L'obligation de dépôt

⁴⁷⁶ Y. GAUDEMET, « La loi administrative », *RDV*, 2006, n° 1, p. 65, spéc. p. 71.

⁴⁷⁷ D. RENDERS, thèse préc., p. 193.

⁴⁷⁸ Les lois constitutionnelles de 1875 ne prévoyaient pas la possibilité d'une délégation législative, tandis que l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 l'interdisait formellement. Sur cette pratique, voir M. MIGNON, *La pratique des décrets-lois dans la doctrine et la jurisprudence*, thèse, Lille, Dalloz, 1938 ; D. RUSU, *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875*, Bordeaux, Imprim.-Libr. Delmas, 1942 ; A. PERI, *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958)*, Paris, LGDJ, Fondation Varenne, coll. des thèses, n° 18, 2008, p. 239 et s. ; J. SOUBEYROL, *Les décrets-lois sous la IV^e République*, thèse, Bordeaux, 1955. Cf. également, C. BOYER-MÉRENTIER, thèse préc., p. 11 et s. ; R. CHAPUS, « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois », *RDV*, 1953, n° 4, p. 954 ; L. DUGUIT, art. préc. ; A. de LAUBADÈRE, « Des "pleins pouvoirs" aux "demi décrets-lois" », *D.*, 1952, chr., p. 37 ; M. MIGNON, « Nature et effets juridiques d'une technique législative d'exception : le décret-loi », *D.*, 1948, p. 141 ; L. ROLLAND, « Le projet du 17 janvier et la question "des décrets-lois" », *RDV*, 1924, n° 1, p. 42.

⁴⁷⁹ Pour les ordonnances de l'article 92 de la Constitution adoptées par l'exécutif dans l'attente de la mise en place des nouvelles institutions de la V^e République, comme pour les ordonnances financières des articles 47 et 47-1 de la Constitution qui peuvent être prises par le Gouvernement en cas de retard du Parlement dans l'adoption de la loi de finances ou de la loi de financement de la sécurité sociale de l'année, aucune procédure de ratification n'a été prévue par le texte constitutionnel. Sur ce point, voir P. GAUCHER, « Les ordonnances en matière budgétaire », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Clermont-Ferrand*, fasc. 2, Dalloz, 1965, p. 5 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 561, n° 1192 ; J. GEORGEL, « Ordonnances », *J.-Cl. adm.*, fasc. 35, 2006, p. 2 et s. ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 22.

⁴⁸⁰ C. BOYER-MÉRENTIER, thèse préc., p. 127 et s. ; P. EBRARD, art. préc., p. 269 ; H. PIELBERG, *La pratique des ordonnances de l'article 38 sous la cinquième République*, thèse, Poitiers, 1987, p. 168 ; J.-P. RIST, *L'article 38 du 4 octobre 1958 et son utilisation*, thèse dactyl., Paris II, 1987.

⁴⁸¹ Le comité consultatif constitutionnel avait, en effet, rejeté un amendement présenté par le député Dejean dans le sens de l'instauration d'un principe de ratification obligatoire des ordonnances. Sur ce point, voir Y. GAUDEMET, « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire ? (À propos des ratifications implicites) », *JCP G*, 1991, I, 3486, n° 7 et art. préc., p. 70 ; C. CASTAING, art. préc., spéc. p. 280 ; P. EBRARD, *loc. cit.*

⁴⁸² Cf., par ex., CE, 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*, req. n° 246.748, Rec., p. 162. Pour d'autres ex., voir Sénat, *Les ordonnances - Bilan au 31 décembre 2007*, Paris, Sénat, coll. Les Documents de travail du Sénat, n° EJ 4, 2008, p. 28.

d'un *projet de non caducité* assure seulement que le processus de ratification législative sera lancé par le Gouvernement, mais ne garantit aucunement qu'il sera mené à son terme. La ratification des ordonnances de l'article 38 n'est donc ni obligatoire, ni systématique.

En second lieu, l'article 74-1 de la Constitution impose la ratification par le Parlement des ordonnances adoptées par le Gouvernement au titre de l'habilitation constitutionnelle permanente dont il dispose pour étendre et adapter la législation métropolitaine dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie et ce, dans un délai de dix-huit mois suivant la publication des dites ordonnances⁴⁸³. Obligatoire dans son principe, la ratification législative des « ordonnances outre-mer » est également strictement encadrée dans le temps.

157. Bien qu'elle occupe une place différente au sein des différentes procédures de législation déléguée, la ratification produit invariablement les mêmes effets. De fabrication administrative, l'ordonnance est reprise et adoptée par le législateur qui la transforme en loi et ce, *ab initio*. L'ordonnance ratifiée devient rétroactivement un acte de forme législative, sa valeur et son régime juridique s'en trouvent transformés, de même que son régime contentieux⁴⁸⁴. Devenu acte législatif, l'ordonnance ratifiée n'est plus susceptible de recours devant le juge administratif. De ce point de vue, la ratification comporte un effet analogue à celui de la validation, en ce qu'elle confère une immunité contentieuse à l'ordonnance⁴⁸⁵. Dans le même temps, la loi de ratification vient également consolider les effets de l'ordonnance en neutralisant ceux des vices qui étaient attachés à son ancienne condition d'acte administratif. Bien plus, dans l'éventualité où le Gouvernement aurait outrepassé les limites de l'habilitation législative, la ratification pure et simple de l'ordonnance par le Parlement équivaut à une régularisation⁴⁸⁶. En effet, faute d'entrer dans le champ de l'autorisation initialement accordée, de telles dispositions empiètent illégalement sur le domaine réservé à la loi. En les reprenant à son compte, le législateur corrige le vice tiré de l'incompétence de l'auteur de l'ordonnance.

Toutefois, on ne saurait placer sur un même plan les procédés de validation et de ratification. La validation d'actes administratifs constitue une ingérence imprévisible du pouvoir législatif dans l'administration de la justice, tandis que la ratification est « *une intervention du pouvoir législatif dans*

⁴⁸³ Ce dispositif n'est pas entièrement nouveau, l'article 12 de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoyant déjà une habilitation permanente au profit du Président de la République pour étendre par décret la loi française aux territoires d'outre-mer. Voir C. BOYER-MÉRENTIER, « L'article 74-1 de la Constitution », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1101, spéc. p. 1117 ; P.-O. CAILLE, « L'outre-mer dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », *AJDA*, 2008, n° 34, p. 1887, spéc., p. 1891 ; A. JENNEQUIN, « Les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution. Bilan de la pratique », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 920, spéc. p. 924.

⁴⁸⁴ Sur ce point, voir, plus bas, p. 792, n° 1033.

⁴⁸⁵ CE, 7 février 1994, *Ghez*, req. n° 84.933, Rec., p. 55, *AJDA*, 1994, n° 5, p. 412, note G. J. GUGLIELMI, *Juris-PTT*, 1994, n° 38, p. 8, note Y. GAUDEMET ; 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*, req. n° 199.072, 199.135 et 199.761, Rec., p. 584, *AJDA*, 2000, n° 12, p. 985, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *Dr. adm.*, 2001, n° 3, p. 29, note C. MAUGÜÉ, *RFDA*, 2001, n° 2, p. 454, concl. C. MAUGÜÉ, *RRJ*, 2002, n° 2, p. 1083, note L. BENOIT ; 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, req. n° 269.814, Rec., p. 393, *AJDA*, 2004, n° 43, p. 2383, chr. C. LANDAIS et F. LENICA et 2005, n° 1, p. 16, étude D. LINOTTE, *BJCP*, 2005, n° 38, p. 65 et *RFDA*, 2004, n° 6, p. 1103, concl. D. CASAS, *Dr. adm.*, 2005, n° 1, p. 22, note A. MÉNÉMÉNIS. Cette solution valait déjà en matière de décrets-lois (CE, 6 novembre 1929, *Sieurs Brayé et autres*, Rec., p. 955 ; 6 février 1935, *Syndicat du commerce des vins de liqueur*, Rec., p. 159 ; Sect., 9 mars 1951, *Guioulet*, Rec., p. 146, *D.*, 1951, J., p. 474, note J.-L. QUERMONNE ; Sect., 6 avril 1951, *Syndicat patronal de l'alimentation générale de la région de Bayonne*, Rec., p. 178). Sur ce point, voir C. BOYER-MÉRENTIER, thèse préc., pp. 212-213.

⁴⁸⁶ C. Const., déc. n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, cons. 25, Rec., p. 211, *AJJC*, 2004, p. 657, chr. É. BRUCE et C. SEVERINO, *LPA*, 20 décembre 2004, n° 253, p. 6, note J.-É. SCHOETTL et 15 décembre 2005, n° 249, p. 4, chr. L. JANICOT. Voir également, J. GEORGEL, fasc. préc., p. 6, n° 41.

le cadre des prérogatives normales que lui confère la Constitution »⁴⁸⁷. Les deux procédés de rétroactivité ne relèvent pas de la même logique, non plus qu'ils ne produisent entièrement les mêmes effets. S'il advient que le législateur procède à la validation partielle d'une ordonnance en attente de ratification⁴⁸⁸, il n'en modifiera pas pour autant la nature. En revanche, comme on vient de le souligner, parce que la rétroactivité de la ratification législative peut, dans certains cas, emporter les mêmes conséquences qu'une validation, elle peut tout à fait être traitée comme telle. En particulier, une loi de ratification peut être déclarée, à l'instar d'une loi de validation, incompatible avec les stipulations des articles 6-1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme s'il est établi que cette loi a eu, compte tenu des circonstances de son adoption, essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable ou au droit au recours⁴⁸⁹.

158. Si la rétroactivité de la ratification est fermement admise, en doctrine comme en jurisprudence, une hésitation a pu naître quant à sa portée exacte dans le temps. Jusqu'à une période récente, le Conseil d'État se contentait, le plus souvent, de rappeler la rétroactivité de principe de la ratification⁴⁹⁰, sans préciser le moment dans le passé à compter duquel l'ordonnance était réputée avoir acquis valeur législative. Une partie de la doctrine publiciste s'était prononcée en faveur de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, soit le jour de sa publication⁴⁹¹. Si elle avait le mérite de couvrir l'ensemble des effets de l'ordonnance, cette solution n'était pas tout à fait conforme à l'idée de *réappropriation* qui sous-tend la ratification. Le juge administratif ne s'y est pas trompé en retenant finalement le jour de la signature de l'ordonnance⁴⁹² comme point de départ des effets de la ratification de l'ordonnance. S'agissant plus spécialement des ordonnances, on peut même ajouter que cette solution est la seule concevable au regard de la nécessité de rétablir, à l'issue de la délégation législative, l'ordre naturel des compétences temporairement perturbé pour des raisons d'efficacité politique⁴⁹³.

⁴⁸⁷ C. MAUGÜÉ, concl. sur CE, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*, préc., *RFDA*, 2001, n° 2, p. 455. C'est également la position du Conseil constitutionnel (C.Const., déc. n° 2007-561 DC, 17 janvier 2008, préc., cons. 4). Voir également, Y. GAUDEMET, art., préc., p. 75.

⁴⁸⁸ Cf., par ex., CE, 12 février 1997, *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, req. n° 180.780, Rec., p. 36, *Dr. adm.*, 1997, n° 7, p. 26, obs. C. MAUGÜÉ, *RFDA*, 1997, n° 3, p. 471, concl. C. MAUGÜÉ.

⁴⁸⁹ CE, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*, préc. avec la note de L. BENOIT, *RRJ*, 2002, n° 2, p. 1086 ; 17 mai 2002, *Hoffer*, req. n° 232.359, Rec., T., p. 583, *RFDA*, 2002, n° 5, p. 917, concl. C. MAUGÜÉ.

⁴⁹⁰ CE, Sect., 19 décembre 1969, *Dame Piard*, req. n° 76.173, Rec., p. 593 ; Ass., 19 avril 1991, *Faure*, req. n° 55.242, 80.698 et 88.820, Rec., p. 144, *DF*, 1991, n° 39, p. 1313, concl. J. GAEREMYNCK, *RFDA*, 1992, n° 1, p. 35, concl. J. GAEREMYNCK ; 23 octobre 2002, *Société "Laboratoires Juva Santé"*, req. n° 232.945, Rec., T., p. 881, *AJDA*, 2003, n° 1, p. 27, note D. COSTA ; 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, préc. ; TC, 19 mars 2007, *Préfet de l'Essonne*, req. n° C3622, Rec., p. 593, *AJDA*, 2007, n° 25, p. 1357, note M. VERPEAUX, *Dr. soc.*, 2007, n° 6, p. 750, concl. I. de SILVA, *Europe*, 2007, n° 5, p. 2, obs. D. SIMON, *JCP A*, 2007, n° 41, p. 20, note E. CHEVALIER.

⁴⁹¹ P. EBRARD, art. préc., p. 289 ; B. TOULEMONDE, note préc., p. 641. Cette solution était celle retenue, semble-t-il, en matière de décrets-lois (Cf., par ex., CE, Sect., 6 avril 1951, *Syndicat patronal de l'alimentation générale de Bayonne*, préc.).

⁴⁹² CE, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*, préc. ; 17 mai 2002, *Hoffer*, préc. Le Conseil d'État avait été, en cela, précédé par le Conseil constitutionnel (C.Const., déc. n° 66-36 L, 10 mars 1966, *Nature juridique des dispositions de l'article 3 de l'ordonnance n° 58-897 du 24 septembre 1958 relative au régime économique de l'alcool*, cons. 2, Rec., p. 23). Dans cette affaire, ce dernier s'était certes prononcé sur une ratification d'ordonnance opérée par une ordonnance de l'article 92 de la Constitution. Néanmoins, la solution s'avérait donc tout à fait transposable à celui d'une ratification par la loi. Le pouvoir législatif étant, au moment de la mise en place des institutions de la V^e République, temporairement détenu par l'exécutif, ces ordonnances étaient elles-mêmes dotées d'une valeur législative.

⁴⁹³ Comme le souligne D. Costa, « cette solution est logique, dans la mesure où une ordonnance a, par définition, vocation à acquérir une valeur juridique conforme à son contenu, car le caractère réglementaire de l'ordonnance, dont le contenu est législatif, se présente comme une anomalie et l'habilitation donnée au gouvernement comme une exception à la répartition des pouvoirs. La ratification qui permet de ranger l'ordonnance parmi les actes législatifs est le seul moyen de revenir à la stricte délimitation des catégories juridiques de la "loi" et du "règlement" qu'a consacrée la Constitution. En conséquence, la rétroactivité de la valeur législative de l'ordonnance permet seule de rétablir une cohérence abandonnée pour des raisons d'efficacité politique » (D. COSTA, note sous CE, 23 octobre 2002, *Société "Laboratoires Juva Santé"*, préc., p. 28). Pour un ex. particulièrement révélateur en matière de codification, cf. CE, 27 mai 2002, *SA Transolver Service*, req. n° 227.338, Rec., p. 176, *D.*, 2002, n° 27, p. 2188, obs. A. LIENHARD, *RTDCiv.*, 2002, p. 592, obs. N. MOLFESSION, *RTDCom.*, 2003, n° 2, p. 372, note A. MARTIN-SERF.

159. Le domaine de la ratification législative ne se limite pas à la seule procédure constitutionnellement organisée de la législation déléguée. Le législateur peut mettre en place, une procédure équivalente, soit de manière ponctuelle comme cela a été le cas en matière de codification administrative, soit de façon permanente avec la pratique des décrets d'avance.

Avant 1989 et la mise en place de la Commission supérieure de codification, le Parlement a pu, pour des raisons d'efficacité, autoriser le Gouvernement à procéder, par décret, à un travail de codification. Le pouvoir réglementaire s'est trouvé ainsi habilité à codifier des textes de valeur législative⁴⁹⁴. Une ratification *a posteriori* par le Parlement était alors nécessaire pour donner force de loi à la partie législative du code et ainsi parachever l'œuvre gouvernementale de codification⁴⁹⁵.

En matière financière, le législateur organique a également organisé une procédure de ratification dans le cadre de la pratique des décrets d'avance. Le Gouvernement n'est autorisé à ouvrir des crédits supplémentaires, en cours d'exécution du budget, qu'à la condition que ces modifications apportées à l'autorisation budgétaire initiale soient ratifiées par le Parlement à l'occasion du vote de la plus prochaine loi de finances afférente à l'exercice concerné⁴⁹⁶. En d'autres termes, l'exécutif ne peut recourir à ce procédé de régulation budgétaire que sous réserve de la ratification par le Parlement des autorisations de dépenses consenties sans son autorisation préalable⁴⁹⁷.

Le plus souvent organisée par les textes, la ratification d'un acte administratif par le législateur peut également intervenir de manière spontanée. La rétroactivité de la ratification ne s'inscrit plus dans une procédure dont elle est l'aboutissement.

b - La ratification législative en dehors d'un texte

160. Le législateur peut être amené à ratifier rétroactivement un acte administratif, alors même que l'intervention de la ratification n'a pas été posée comme une exigence préalable. En l'absence de toute habilitation initiale de sa part, le législateur décide de reprendre spontanément à son compte un acte administratif antérieur et, ce faisant, lui donner force de loi. Cette ratification législative imprévue correspond aux cas dans lesquels le législateur se réapproprie un acte administratif qui empiète sur le domaine de la loi. Si l'objectif de rétablir l'ordre naturel des compétences est présent, l'absence d'habilitation prévue à l'avance exclut tout rattachement au procédé de la législation déléguée. Au contraire, il faut plutôt considérer que, dans la mesure où il s'agit principalement de rétablir un partage *régulier* des compétences, la ratification s'analyse ici comme une véritable validation. Ainsi, en reprenant l'acte irrégulier à son compte, le législateur fait rétroactivement disparaître le vice d'incompétence dont il était initialement entaché⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ G. BRAIBANT, « Le Gouvernement relance la codification », *LPA*, 15 septembre 1999, n° 184, p. 3 ; C. CASTAING, « La ratification implicite des ordonnances de codification. Haro sur "La grande illusion" », *RFDC*, 2004, n° 58, p. 275, spéc. p. 276 ; B. MATHIEU, thèse préc., pp. 63-64.

⁴⁹⁵ D. RENDERS, thèse préc., p. 226.

⁴⁹⁶ Art. 13 et 33 de la loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances citée plus haut. G. CHAMPAGNE, « La pratique des décrets d'avance sous la V^e République », préc., p. 1044.

⁴⁹⁷ Pour un ex. de ratification de décrets d'avance par une loi de finances rectificative, cf. l'art. 20 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005 (JORF n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20654). Pour des ex. plus anciens, cf. art. 5 de la loi du 14 décembre 1879 et lois du 29 mars 1887 et 11 février 1892, art. 43 de la loi du 30 avril 1921. Sur cette question, voir J. CATHELIN, art. préc., p. 91 ; P. AMSELEK, thèse préc., p. 344 et 355 ; G. ORSONI, *op. cit.*, p. 213, n° 193.

⁴⁹⁸ B. MATHIEU, thèse préc., p. 65 et s. ; D. RENDERS, thèse préc., p. 200 et s. Cf., par ex., CE, Sect., 29 mai 1964, *Boyreau et Laboille-Moresmau*, préc.

Cela a été historiquement le cas de la législation adoptée en temps de guerre. Au cours de la Première Guerre mondiale, l'exécutif a pris, par décret, des mesures destinées à faire face aux nécessités de l'état de guerre, alors même que ces dernières ne pouvaient être adoptées que par la voie législative⁴⁹⁹. Le pouvoir exécutif a ainsi été amené à édicter, de sa propre initiative, des décrets venant abroger ou suspendre une loi en vigueur ou encore créer des règles nouvelles⁵⁰⁰. Le Parlement est ensuite venu *a posteriori* ratifier, avec effet rétroactif, ces actes illégaux mais adoptés dans des circonstances de crise particulières⁵⁰¹.

Plus récemment, dans le cadre de la codification administrative, le législateur a été conduit à ratifier les modifications de fond opérées, de son propre chef, par le pouvoir réglementaire sur la partie législative du code. Au titre de sa mission de codification, ce dernier n'était autorisé, sauf disposition explicite de la loi d'habilitation, qu'à apporter des modifications formelles aux textes de valeur législative⁵⁰². Ainsi, le décret de codification de fond, illégal car intervenu en l'absence de toute habilitation préalable ou excédant les limites de l'habilitation, a été ratifié *a posteriori* par le Parlement⁵⁰³. L'empiètement imprévu du pouvoir réglementaire sur le domaine de la loi a été rétroactivement validé par le législateur.

Il va sans dire que le domaine de la ratification rétroactive par le législateur d'un acte administratif empiétant sur le domaine de la loi ne se limite pas au phénomène de la codification⁵⁰⁴. En plusieurs occasions, le législateur a procédé à la ratification de décrets intervenus dans des matières dont il a été établi par la suite qu'elles relevaient du domaine de la loi⁵⁰⁵. De même, la validation par ratification ne se cantonne pas à la régulation des compétences normatives et est susceptible de concerner tout vice, quelle que soit sa nature⁵⁰⁶. À titre d'exemple, le législateur a été amené, en plusieurs occasions, à ratifier un contrat public jugé particulièrement essentiel pour l'intérêt national⁵⁰⁷.

⁴⁹⁹ J. BARTHÉLÉMY, « Le droit public en temps de guerre », *RDP*, 1915, n° 4, chr., p. 545, spéc. p. 569 ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. CNRS, 1965, p. 450 ; A. PERI, thèse préc., pp. 242-246 ; L. ROLLAND, « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *RDP*, 1918, n° 4, chr., p. 542, spéc. p. 543.

⁵⁰⁰ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec., p. 651, *GAJA*, n° 31, *S.*, 1922, III, p. 49, note 49, note M. HAURIOU. Cf., par ex., décret 27 septembre 1914, interdisant le commerce avec les sujets des nations ennemies (règles relevant du domaine de la loi) ; décret du 9 janvier 1915 concernant l'ajournement des élections des présidents et vice-présidents des Conseils de prud'hommes (suspension de l'application d'une loi).

⁵⁰¹ CE, 30 juillet 1915, *Général de division Verrier*, Rec., p. 257, *RDP*, 1915, n° 4, p. 479, note G. JÈZE ; 23 mars 1917, *Du Buisson de Courson*, Rec., p. 266 ; 4 novembre 1921, *Sieur Angot*, Rec., p. 913. Voir J. ALLIEN, *De la participation de l'Exécutif à la confection de la loi en Droit positif comparé*, thèse, Montpellier, 1938, p. 72 ; M. MIGNON, thèse préc., pp. 218-219.

⁵⁰² Cf., en ce sens, CE, 3 juin 1983, *Dame Vincent*, req. n° 31.680, Rec., p. 227, *AJDA*, 1983, n° 9, p. 479, note J. CHAPUISAT.

⁵⁰³ CE, 21 mars 1960, *Ministre des Finances c/ Société conserverie coopérative agricole Picarde*, req. n° 41.105, Rec., p. 211 (sol. *a contrario*). Voir également, D. RENDERS, thèse préc., p. 227 ; R. SAVATIER, note sous Cass. Soc., 13 juin 1963, *Jaubert c/ Dame de la Hamayde*, *JCP G*, 1964, II, 13601. Pour un ex. récent, voir CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et autres* et *Boisvert*, préc.

⁵⁰⁴ Cf., par ex., la loi n° 55-598 du 20 mai 1955, portant ratification : 1° d'une délibération du 7 décembre 1949 de la commission permanente du Grand Conseil de l'Afrique occidentale française ; 2° des décrets des 20 avril 1952, 18 mai 1952, 25 juillet 1952, n° 52-1264 du 28 octobre 1952, 30 octobre 1952, 25 novembre 1952, 26 novembre 1952, 30 novembre 1952, n° 52-1338 du 15 décembre 1952, relatifs à l'approbation et à l'annulation de délibérations du Grand Conseil de l'Afrique occidentale française et portant modification du tarif des douanes applicable à certains produits originaire des territoires d'outre-mer (JORF, 22 mai 1955, p. 5132).

⁵⁰⁵ Dans ces hypothèses, le Gouvernement s'était aperçu, souvent à la suite d'un avis ou un arrêt du Conseil d'État, que les mesures qu'il venait de prendre auraient dû l'être par la voie législative. Cf., outre les ex. cités par B. Mathieu dans sa thèse (B. MATHIEU, thèse préc., pp. 65-67), CE, 19 avril 1982, *Établissement Collineau*, req. n° 19.210, *DF*, 1982, n° 46-47, p. 1342.

⁵⁰⁶ Pour la ratification d'une délibération de l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie entachée d'un vice de procédure, C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, préc., cons. 31. Pour un autre ex., cf. CE, 20 novembre 1974, *Union nationale de la propriété immobilière et autres c/ SCI du 4, avenue de Clichy*, préc.

⁵⁰⁷ CE, Sect., 8 avril 2009, *Association Alcalá et autres*, req. n° 290.604, 290.605, 291.809 et 291.810, Rec., p. 112, *AJDA*, 2009, n° 44, p. 2443, chr. P.-A. JEANNENEY, *AJDI*, 2006, n° 9, p. 655, note R. HOSTIOU, *BJCP*, 2009, n° 65, p. 287, concl. N. BOULOUIS et obs. C. MAUGÜÉ, *JCP A*, 2009, n° 37, p. 42, note O. GUILLAUMONT, *RDI*, 2006, n° 4, p. 209, note L. MARION, *RFDA*, 2009, n° 3, p. 463, concl. N. BOULOUIS, *RJEP*, 2009, n° 667, p. 16, concl. N. BOULOUIS ; 27 juillet 2009, *Compagnie*

Toutefois, il faut bien admettre qu'elle ne présente, dans ce dernier cas, guère d'intérêt, une validation *stricto sensu* suffisant à sauver l'acte en cause d'une éventuelle annulation contentieuse⁵⁰⁸.

2°) Les formes de rétroactivité de la loi de ratification

161. À l'instar de ce qui se passe pour la loi ordinaire, la rétroactivité de la ratification législative peut être expresse ou implicite. Néanmoins, la possibilité de recourir à la rétroactivité implicite diffère selon que l'on se situe ou non dans le cadre de la législation déléguée.

À adopter une conception stricte des principes régissant la législation déléguée, la tentation est grande de considérer que la ratification d'une ordonnance doit obligatoirement résulter d'une loi spécifique ayant précisément cet objet. En effet, c'est logiquement avec une loi de ratification que la parenthèse de ce procédé exceptionnel de législation est refermée. À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que, dans la majorité des cas, la ratification législative – et par là sa rétroactivité – est expresse⁵⁰⁹. Cette forme de ratification s'impose *de facto* au législateur pour les ordonnances « outre-mer », compte tenu de la brièveté du délai de ratification laissé par l'article 74-1 de la Constitution, tandis qu'il s'agit désormais d'une obligation juridique et constitutionnelle pour les ordonnances de l'article 38⁵¹⁰.

Telle n'a cependant pas été l'interprétation qu'a donnée le Conseil constitutionnel de cet article 38 antérieurement à la réforme constitutionnelle de 2008. Les Sages de la rue Montpensier ont, en effet, estimé que cet article, ni aucune autre disposition de la Constitution, ne faisaient obstacle à ce qu'une ratification intervienne selon d'autres modalités que celle de l'adoption du projet de loi de ratification⁵¹¹. Il en est résulté une double conséquence. Outre le fait qu'elle puisse s'effectuer par la voie d'une disposition quelconque insérée dans une loi ayant un objet tout autre⁵¹², la ratification rétroactive peut également résulter de la volonté implicite du législateur. Tant le juge administratif que le Conseil constitutionnel se sont très tôt prononcés en faveur de l'admission de la ratification

agricole de la Crau, req. n° 295.637, Rec., T., p. 602, *RFDA*, 2009, n° 6, p. 1263, concl. E. GLASER. Sur cette dernière affaire, cf. C.Const., déc. 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*.

⁵⁰⁸ C'est, du reste, la solution qui a été retenue par le législateur dans d'autres affaires en vue de sauver de l'annulation un contrat jugé important (CE, 30 juin 1999, *Sarfati*, req. n° 193.925, Rec., p. 222, *Dr. adm.*, 1999, n° 247, *D.*, 2000, SC, p. 253, obs. P. BON et D. de BÉCHILLON). Voir J. GOURDOU, « La validation législative du contrat de concession du "Stade de France" », *CJEG*, 1997, n° 533, p. 203 ; D. POUYAUD, « Stade de France : les problèmes juridiques de la concession », *Dr. adm.*, 1997, n° 2, p. 4.

⁵⁰⁹ Le problème principal restant, en la matière, le défaut de ratification des ordonnances. Sur ces points, voir Sénat, *op. cit.*, pp. 30-31. Pour des ex. de ratification expresses, cf. loi n° 76-324 du 14 avril 1976, portant ratification de l'ordonnance n° 76-217 du 5 mars 1976, relative à la réduction du 1^{er} acompte d'impôt sur les sociétés payable en 1976 et autorisant le report de paiement de l'impôt sur les revenus de 1974 dû par certains contribuables (JORF du 15 avril 1976, p. 2291) ; loi n° 2003-339 du 14 avril 2003, portant ratification de l'ordonnance n° 2000-549 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du Code de l'éducation (JORF n° 89 du 15 avril 2003, p. 6632).

⁵¹⁰ Les opinions sont partagées sur l'interprétation de l'art. 74-1 de la Constitution et la forme que doit revêtir la ratification (cf., en faveur de l'obligation de ratification expresse, P.-O. CAILLE, art. préc., p. 1891 ; C. BOYER-MÉRENTIER, « L'article 74-1 de la Constitution », préc., p. 1120 ; pour une position contraire, cf. P. DELVOLVÉ, « L'apport de la réforme constitutionnelle au droit administratif », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 861, spéc. p. 867, n° 19. Quant aux ordonnances de l'article 38, l'exigence de ratification résulte de l'insertion d'un nouvel alinéa à cet article par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la V^e République (JORF n° 171 du 24 juillet 2008, p. 11890), en son art. 14.

⁵¹¹ C.Const., déc. n° 72-73 L, 29 février 1972, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises*, cons. 3, Rec., p. 31, *AJA*, 1972, n° 12, p. 638, note B. TOULEMONDE. Sur l'ambiguïté des termes de l'art. 38 de la Constitution, voir C. BOYER-MÉRENTIER, thèse préc., pp. 204-205.

⁵¹² Notamment par la voie d'adoption d'un amendement. Sur ce point, voir J.-C. COLLIARD, « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? », in *Territoires du droit. Mélanges en l'honneur d'Y. JÉGOUZO*, Paris, Dalloz, 2009, p. 121, spéc. p. 127 ; Sénat, *op. cit.*, p. 29 ; H. PORTELLI, « Les ordonnances : les raisons d'une dérive », *Droits*, 2007, n° 44, p. 3. Cette pratique des « cavaliers législatifs » fait désormais l'objet d'un contrôle rigoureux de la part du Conseil constitutionnel (C.Const., déc. n° 2007-552 DC, 1^{er} mars 2007, *Loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, cons. 5, Rec., p. 90, *RFDC*, 2007, n° 71, p. 580, note O. LE BOT).

implicite⁵¹³. Face à la lenteur du processus de ratification parlementaire⁵¹⁴ et parce qu'après tout les ordonnances ont vocation à être ratifiées par le législateur, cette solution paraissait alors expédiente, voire opportune.

162. Les jurisprudences constitutionnelle et administrative relatives à la théorie de la ratification implicite se sont développées à l'unisson. Au départ, l'un comme l'autre s'en tenaient à un critère subjectif, consistant à rechercher la manifestation de volonté clairement exprimée par le Parlement de ratifier l'ordonnance à l'occasion du vote d'une loi ultérieure. La preuve de la volonté non équivoque du Parlement est faite au moyen des méthodes traditionnelles d'interprétation, qu'il s'agisse de la tirer des termes mêmes du texte législatif ultérieur ou des indications figurant dans les travaux préparatoires et les débats parlementaires ayant précédé son adoption. Dès lors que rien dans le texte ou les débats parlementaires n'exclut la volonté de ratification et que, dans le même temps, l'intervention du législateur concerne l'ensemble du texte de l'ordonnance, lui apportant diverses modifications, le Parlement sera réputé avoir procédé à sa ratification implicite⁵¹⁵. Ainsi, la ratification implicite se déduit alors d'une « volonté explicitement manifestée » par le Parlement de reprendre à son compte les dispositions d'une ordonnance⁵¹⁶.

Pour les raisons que l'on vient d'évoquer, la jurisprudence a témoigné d'une souplesse de plus en plus grande dans la reconnaissance des ratifications implicites. Le Conseil d'État, puis le Conseil constitutionnel à sa suite, ont admis que la simple référence à telle ou telle disposition de l'ordonnance dans une loi ultérieure n'ayant pas sa ratification pour objet suffit à faire présumer que le législateur a entendu reprendre à son compte le contenu de l'ordonnance⁵¹⁷. Le juge prend en compte la portée de cette référence pour établir, par le jeu d'une présomption, s'il y a eu ratification implicite. Cette dernière est acquise dès lors qu'une disposition législative vient modifier une partie importante ou déterminante de l'ordonnance, ou encore étendre son champ d'application⁵¹⁸. En revanche, la simple référence aux incidences financières de l'ordonnance par une loi ultérieure ne suffit pas à emporter sa ratification

⁵¹³ C.Const., déc. n° 72-73 L, 29 février 1972, préc. ; CE, 10 juillet 1972, *Compagnie Air inter*, req. n° 77.961, Rec., p. 537. Cf. également, TC, 20 octobre 1997, *M. Albert c/ CPAM de l'Aude et autres*, req. n° 03032, Rec., p., *Gaz. Pal.*, 2 avril 1999, n° 92, p. 8, note S. PETIT *JCP G*, 1998, n° 5, p. 190, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA. Au demeurant, ces derniers n'ont fait que confirmer une pratique déjà constante sous les III^e et IV^e Républiques (CE, 15 février 1939, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais et du département des Bouches-du-Rhône*, Rec., p. 90 ; Ass., 13 mai 1949, *Sieurs Carrega, Tasso et autres*, Rec., p. 215 ; Sect., 12 novembre 1954, *Commune de Saint-Yorre*, Rec., p. 589, *DF*, 1954, n° 28, p. 7, concl. J. DONNEDIEU DE VABRES ; Sect., 27 janvier 1957, *Société Établissements Charlionais et Cie*, préc. ; Ass., 31 octobre 1958, *Union nationale des caisses d'allocations familiales*, Rec., p. 513 ; Sect., 1^{er} mars 1996, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Guillet*, req. n° 161.670, Rec., p. 57 (sol. impl.), *D.*, 1996, J., p. 569, note J.-P. MARKUS). Voir également C. BOYER-MÉRENTIER, thèse préc., p. 205 ; C. CASTAING, art. préc., p. 275 ; Y. GAUDEMET, art. préc., p. 71 ; B. TOULEMONDE, note sous C.Const., déc. n° 72-73 L, 29 février 1972, préc., p. 642.

⁵¹⁴ Inférieur à 20 % pour la période 1960-1990, le taux de ratification des ordonnances en vigueur atteignait 63 % pour la période 1984-2003. Sur ce point, voir J.-C. COLLIARD, art. préc., p. 127 ; J. GEORGEL, fasc. préc., p. 7, n° 46 ; M. GUILLAUME, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 117, spéc. p. 121 ; Sénat, *op. cit.*, p. 26.

⁵¹⁵ C.Const., déc. n° 72-73 L, 29 février 1972, préc. ; CE, 10 juillet 1972, *Compagnie Air inter*, préc. Sur ces points, voir Y. GAUDEMET, « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire ? (À propos des ratifications implicites) », *JCP G*, 1991, I, 3486, pp. 47-48, n° 6-7.

⁵¹⁶ C. BOYER-MÉRENTIER, thèse préc., p. 206 ; C. CASTAING, art. préc., p. 283 ; B. TOULEMONDE, note préc., p. 643.

⁵¹⁷ C.Const., déc. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. 24, Rec., p. 13, *GAJA* n° 89, *GDCC* n° 20 ; CE, 11 juin 1990, *Congrès du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, req. n° 74.293, 74.425 et 77.586, Rec., p. 156, *Dr. adm.*, 1990, n° 7, p. 6, *RFDA*, 1990, n° 4, p. 662. Pour le juge administratif, cette attitude était déjà manifeste au temps des décrets-lois (C. BOYER-MÉRENTIER, *loc. cit.*).

⁵¹⁸ CE, 7 février 1994, *Ghez*, préc. ; 17 mai 2002, *Hoffer*, préc. ; 19 mars 2003, *Association des élus de montagne (ADEM) et autres*, req. n° 234.073, Rec., T., p. 623, *BJCL*, 2003, n° 5, p. 335, concl. M. GUYOMAR, *Dr. adm.*, 2003, n° 5, p. 15, note M. GUYOMAR. Pour un ex. *a contrario*, cf. CE, 7 février 2003, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, req. n° 243.634, Rec., p. 31, *AJDA*, 2003, n° 19, p. 996, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Dr. adm.*, 2003, n° 4, p. 21, note V. TCHEN, *RDP*, 2003, n° 3, p. 901, note R. MOUZET, *RFDA*, 2003, n° 4, p. 972, note A. FITTE-DUVAL et S. RABILLER. Voir Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, pp. 561-562, n° 1191.

implicite⁵¹⁹. Nonobstant, le recours à ce critère objectif tiré du contenu même de la loi ultérieure traduit une attitude pour le moins favorable envers la ratification implicite de l'ordonnance et ceci, d'autant plus que le juge administratif a conféré, dans le même temps, la portée la plus large à cette dernière. Une fois reconnue la ratification implicite par référence, celle-ci emporte ratification globale de son dispositif. Ce faisant, le juge administratif a, un temps, écarté toute idée de ratification implicite partielle, sauf dans les rares cas où il s'est trouvé en présence d'une disposition législative visant expressément telle ou telle disposition de l'ordonnance⁵²⁰.

De son côté, le juge judiciaire a adopté une approche plus arithmétique, prenant en considération la répétition des références faites à l'ordonnance dans son ensemble ou à certaines de ses dispositions dans plusieurs lois successives pour identifier la ratification implicite⁵²¹. Quelle que soit la méthode employée, la reconnaissance qu'une ordonnance a été implicitement ratifiée par une loi subséquente y faisant référence débouche sur sa *législativisation* rétroactive, ce qui ne va pas sans comporter certains risques.

163. On ne saurait manquer de souligner que la différence d'approche des juges dans l'identification de la ratification implicite est susceptible d'entraîner des divergences quant à la désignation du texte auquel celle-ci est attribuée, autant que dans son ampleur une fois constatée⁵²². De surcroît, si la ratification expresse permet, en règle générale, à la fois le contrôle du Parlement, puis celui du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la loi de ratification⁵²³, la possibilité d'exercer ces derniers disparaît avec la ratification implicite⁵²⁴. Au demeurant, si une ratification expresse intervenait ultérieurement, elle sera regardée comme se bornant simplement à réitérer la ratification implicite⁵²⁵. On

⁵¹⁹ C.Const., déc. n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, cons. 12 et 13, Rec., p., 67, *GDCC* n° 17, *AJDA*, 1984, n° 2, p. 97, note L. PHILIP, *Gaz. Pal.*, 2 et 3 mars 1984, p. 97, note M. AMADIO et A. VIALA, *JCP G*, 1984, II, 20160, note A. DECOCQ et R. DRAGO et 1985, II, 20325, note C. FRANCK, *LPA*, 7 décembre 1984, n° 139, p. 8, note O. FOUQUET, *Rev. adm.*, 1984, n° 218, p. 142, note R. ETIEN. Cf. également, par analogie avec la validation législative, CE, Sect., 29 mai 1964, *Boyreau et Laboille-Moresmau*, préc. ; 4 mars 1949, *Pouquet*, Rec., p. 108 ; 30 septembre 1955, *Hubert*, Rec., p. 450, concl. LANDRON.

⁵²⁰ Partant de l'idée qu'il était impossible de diviser le processus de ratification en autant de parties que de dispositions auxquelles le législateur se réfère, le juge limitait les ratifications implicites aux cas dans lesquels les dispositions de l'ordonnance étaient expressément visées par la loi (CE, 7 février 1994, *Ghez*, préc.). La position du Conseil constitutionnel s'avère moins tranchée, puisque la formule employée par ce dernier laisse ouverte l'éventualité d'une ratification implicite d'une partie seulement de l'ordonnance (C.Const., déc. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, préc.). Sur ces différents points, voir Y. GAUDEMET, « La loi administrative », préc., p. 73 ; G. LETHUILLIER, « La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *LPA*, 23 octobre 2009, n° 212, p. 9, spéc. p. 10.

⁵²¹ CA Paris, 4 juillet 1990, *Société Razel*, *JCP G*, 1991, I, 3486, note Y. GAUDEMET, préc., spéc. pp. 48-49, n° 12-15 ; Cass. Com., 6 octobre 1992, *Société Colas Sud-Ouest et autres*, pourv. n° 90-16.755, Bull. Civ., 1992 IV, n° 294 p. 206. Voir Y. GAUDEMET, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de P. PACTET*, Paris, Dalloz, 2003, p. 617, spéc. p. 625.

⁵²² Pour un refus de la juridiction administrative de voir une ratification implicite dans la répétition des références législatives à une ordonnance de codification, voir CE, 27 mai 2002, *SA Transolver Service*, préc. Sur ces questions, voir C. CASTAING, art. préc., p. 284 ; Y. GAUDEMET, *loc. cit.* et « La loi administrative », préc., p. 73 ; M. VERPEAUX, note sous TC, 19 mars 2007, *Préfet de l'Essonne*, préc., *AJDA*, 2007, n° 25, p. 1357, spéc. p. 1360.

⁵²³ Pour un ex. cf. C.Const., déc. n° 84-170 DC, 4 juin 1984, *Loi portant ratification des ordonnances prises en application de la loi n° 83-332 du 22 avril 1983 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, diverses mesures financières*, Rec., p. 45, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU.

⁵²⁴ En effet, le Conseil constitutionnel est amené à vérifier, à travers la loi de ratification, la constitutionnalité de l'ordonnance elle-même. Or, dans le cas de la ratification implicite, le Conseil constitutionnel n'a pu être saisi, puisque par hypothèse il n'y a pas eu de véritable loi de ratification (cf., sur ce point, Y. GAUDEMET, « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire ? (À propos des ratifications implicites) », préc., p. 48, n° 11 et « La loi administrative », préc., p. 74).

⁵²⁵ C.Const., déc. n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, préc., cons. 13 ; CE, 7 mars 2008, *SCI Hausman Boétie*, req. n° 293.343, Rec., T., p. 801, *AJDA*, 2008, n° 37, p. 2077, note S. PÉRIGNON. En tout état de cause, même si le Conseil constitutionnel exerçait alors un contrôle sur l'ordonnance, l'éventualité que ce dernier aboutisse à une censure est peu probable, eu égard à la rareté des « censures par ricochet » (C.Const, déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 43, *AJJC*, 1985, p. 400, chr. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1985, n° 6, p. 362, note P. WACHSMANN, *D.*, 1985, J., p. 361, note F. LUCHAIRE, *JCP G*, 1985, II, 20356, note C. FRANCK, *Rev. adm.*, 1985, n° 226, p. 355, note M. DE VILLIERS, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU ; C. BOYER-MÉRENTIER, thèse préc., p. 150 et s. ; J.-C. COLLIARD, art. préc., p. 128).

rappellera également que le contrôle par le juge administratif est également impossible du fait que l'ordonnance est devenue rétroactivement loi par l'effet de la ratification implicite.

Devant la banalisation du recours au procédé de la législation déléguée et la montée en puissance corrélative de la théorie de la ratification implicite, une réaction à double détente est intervenue. Dans un premier temps, le juge administratif a été amené à se montrer plus exigeant à l'égard de la ratification implicite, notamment en soumettant cette dernière à un principe d'interprétation stricte. La modification législative de plusieurs dispositions de l'ordonnance, si elle peut être étendue à certaines dispositions non modifiées, n'empêche plus pour autant sa ratification totale⁵²⁶. Le juge administratif fait donc désormais jouer pleinement la théorie de la détachabilité des dispositions de l'ordonnance dans la mise en œuvre de la théorie de la ratification implicite⁵²⁷. Si elle a le mérite de conserver la possibilité d'un contrôle du fond sur la partie non ratifiée de l'ordonnance, cette jurisprudence n'est pas sans inconvénient, dès lors qu'elle aggrave la complexité du processus de ratification. Outre le fait qu'elle oblige à faire un tri entre les différentes dispositions de l'ordonnance afin de déterminer lesquelles doivent être regardées comme rétroactivement ratifiées, elle introduit également une différence de statut inacceptable au sein du dispositif de l'ordonnance, dans l'attente d'une hypothétique ratification d'ensemble. Par son absence de lisibilité, la ratification implicite partielle accroît l'insécurité du statut de l'ordonnance en instance de ratification et l'incertitude sur l'ampleur de la rétroactivité de cette dernière.

Dans un second temps, c'est le Parlement qui est intervenu pour mettre fin, purement et simplement, à la théorie de la ratification implicite des ordonnances en inscrivant l'obligation de ratification expresse des ordonnances dans les dispositions mêmes de l'article 38 de la Constitution⁵²⁸. Si elle s'avère davantage en accord avec le principe de sécurité juridique et le principe d'interprétation stricte des dispositions rétroactives, cette réforme ne résout pas, loin s'en faut, les difficultés posées par la ratification des ordonnances. En effet, elle n'exclut pas la faculté qu'a le législateur de procéder – et il le fait de plus en plus fréquemment – à des ratifications d'ordonnances en rafale ou « ratification balais »⁵²⁹. Une même loi ratifie expressément un nombre élevé d'ordonnances, ce qui rend, en pratique, un contrôle émanant du Parlement ou du Conseil constitutionnel tout aussi impossible qu'en cas d'une ratification implicite. À la ratification législative silencieuse succède une ratification à l'aveugle et qui n'a d'explicite que le mot.

164. Il n'en reste pas moins que le système des ratifications implicites n'a pas entièrement vécu, puisque sa mise en œuvre reste encore possible, du moins en théorie, pour les ordonnances « outre-mer » et, plus largement, en dehors du champ de la législation déléguée⁵³⁰. Néanmoins, dans ce dernier cas, leur assimilation à de véritables validations législatives conduira vraisemblablement le juge à se référer aux principes encadrant strictement les validations implicites plutôt qu'à faire application de la théorie

⁵²⁶ CE, 17 décembre 1999, *Union hospitalière privée et autres*, req. n° 208.623, 208.682, 208.770, 209.837 à 209.839, Rec., T., p. 587 ; 27 mai 2002, *SA Transolver Service*, préc. Y. GAUDEMET, *eod. loc.* ; G. LETHUILLIER, art. préc. p. 11.

⁵²⁷ D. CASAS, concl. sur CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, préc., *BJCP*, 2005, n° 38, p. 65, spéc. p. 66. Cf., dans le même sens, TC, 19 mars 2007, *Préfet de l'Essonne*, préc.

⁵²⁸ Art. 14 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 citée plus haut. Sur cette modification, voir P. DELVOLVÉ, art. préc., p. 866, n° 17 ; G. LETHUILLIER, art. préc. ; P. de MONTALIVET, « La ratification des ordonnances. (L'article 38 de la Constitution) », *LPA*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 59, spéc. p. 60.

⁵²⁹ Cf., par ex., l'art. 20-1 de la loi du 21 février 2007, portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (JORF n° 45 du 22 février 2007, p. 3220) qui procède à la ratification simultanée de 29 ordonnances « outre-mer » et l'art. 136 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JORF n° 110 du 13 mai 2009, p. 7920), lequel ratifie un ensemble hétérogène de 38 ordonnances de l'art. 38, dont celle portant adoption du Code général de la propriété des personnes publiques. Voir P.-O. CAILLE, art. préc., p. 1892 ; P. de MONTALIVET, *loc. cit.*

⁵³⁰ Cf., par ex., cf. CE, Sect., 29 mai 1964, *Boyreau et Laboille-Moresmau*, préc. (sol. impl.) ; Ass., 19 avril 1991, *Faure*, préc.

plus permissive de la ratification implicite. La rétroactivité de la ratification spontanée s'en trouvera plus rigoureusement encadrée que celle de la ratification institutionnalisée.

165. Conclusion du II. À l'instar de la validation législative, la ratification ne représente pas un phénomène homogène. Tout à fait acceptable lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une procédure spécialement instituée à cette fin, la ratification législative l'est beaucoup moins lorsqu'elle est prononcée en dehors de tout texte. Dans ce dernier cas, le procédé n'est guère plus recommandable que celui de la validation législative *stricto sensu*. Il n'en reste pas moins que la rétroactivité de la première est, comme celle de la seconde, multiforme. De la même façon, l'encadrement plus rigoureux dont elle fait désormais l'objet n'incite guère à penser que cette source de rétroactivité de la loi est vouée à se tarir, en particulier si l'on tient compte de l'ampleur grandissante que prend le phénomène de la législation déléguée. Si le recours à la validation et à la ratification confère à la loi un effet rétroactif de plein droit, on peut sérieusement douter qu'il en aille de même d'une loi se bornant à réitérer une loi ou un principe antérieur.

III – LA RETROACTIVITE IMPROBABLE DE LA REITERATION LEGISLATIVE

166. Comme en matière administrative, la notion de confirmation peut également être entendue, s'agissant de la loi, comme désignant la relation d'étroite identité unissant une loi initiale à une loi ultérieure qui se borne à en reprendre le contenu. La loi confirmative ayant à la fois le même objet et le même champ d'application que la loi antérieure, il semblerait logique de faire coïncider sa prise d'effet avec celle de la loi confirmée. Seulement, cet effet rétroactif reconnu à la loi confirmative ne serait, en réalité, qu'« apparence ». En effet, il convient de rappeler que toute opération de répétition du droit antérieurement consacré, dans un contexte de droit et de fait inchangé, est dépourvue de tout effet juridique⁵³¹. En d'autres termes, il y a application constante du droit, quand bien même une différence dans les termes ou les motifs de la disposition confirmative laisserait à penser qu'un changement, même purement formel, de l'ordonnancement juridique s'est opéré. Il s'ensuit que la loi réitérative d'une loi antérieure ne saurait comporter un quelconque effet sur le passé. La loi initiale reste à tout moment la seule applicable à la situation juridique à laquelle toutes deux se rapportent *a priori*. En d'autres termes, il ne peut se déduire qu'une seule et même norme de deux dispositions distinctes en apparence.

167. Bien que le Conseil constitutionnel ne se soit jamais encore prononcé directement sur la rétroactivité d'une disposition législative purement confirmative, la jurisprudence relative à cette catégorie de loi semble l'avoir indirectement exclue. En effet, ce dernier refuse d'examiner la constitutionnalité d'une loi qui ne ferait que reprendre ou mettre en œuvre une loi antérieurement promulguée, dès lors que celle-là n'ajoute rien à celle-ci⁵³². En vertu d'une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel n'accepte de connaître de dispositions législatives déjà promulguées qu'à l'occasion du contrôle de dispositions ultérieures qui les modifient, les complètent ou en affectent le

⁵³¹ J.-J. BIENVENU, thèse préc., t. I, p. 137.

⁵³² Tel est le cas, par exemple, des lois de codification « à droit constant » qui n'emporteraient aucune modification de fond, si tant est que cela soit possible (V. GOESEL-LE BIHAN, « Le non contrôle par le Conseil constitutionnel de certaines dispositions confirmatives : entre logique imposée et logiques choisies », *RFDC*, 2008, n° 73, p. 3, spéc. pp. 7-8 ; M. VERPEAUX, « La codification devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2004, n° 34, p. 1849, spéc., p.1852).

domaine⁵³³. À l'inverse, lorsque la disposition confirmative apporte uniquement des modifications de pure forme, le Conseil constitutionnel estime que les conditions du contrôle ne sont pas réunies et ce, quand bien même des différences rédactionnelles peuvent être relevées entre le texte initial et le texte subséquent⁵³⁴. Comme le Conseil constitutionnel a eu lui-même l'occasion de le préciser, l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois confirmatives repose, avant tout, sur le défaut de normativité de ces dernières⁵³⁵. La loi purement confirmative étant privée de toute portée normative, l'idée même de rétroactivité paraît devoir être écartée. Ainsi, dans l'éventualité où une loi purement confirmative ferait coïncider sa prise d'effet avec celle de la loi confirmée, il est fort probable que le Conseil constitutionnel écarterait tout reproche tiré de son caractère prétendument rétroactif⁵³⁶.

Il en va tout autrement lorsque le législateur prononce l'annulation d'un acte antérieur.

§ 2 : L'annulation législative

168. L'annulation se définit comme l'opération par laquelle une norme « met à néant » une autre norme. Plus précisément, l'annulation met fin tout à la fois aux effets, tant passés que présents, qu'une norme a jamais pu produire, ainsi qu'à sa validité même et ce, *ab initio*⁵³⁷. En d'autres termes, la norme d'annulation opère la sortie de vigueur de la norme annulée à l'instant même où elle est censée y être entrée⁵³⁸. La norme annulée est, par l'effet destructeur de la norme d'annulation, réputée n'avoir jamais fait partie de l'ordonnement juridique. On le voit, la rétroactivité découle de la nature même de l'opération d'annulation, elle lui est consubstantielle. On peut même estimer que l'édiction d'une norme d'annulation suscite une double rétroactivité : l'une touchant à la norme annulée, l'autre se rapportant à la norme d'annulation elle-même. M. Eisenmann a remarquablement mis en lumière ce second trait des normes d'annulation. Selon l'éminent auteur, elles ne sont « *qu'un moment* [de l'ordonnement juridique] *qui prend fin avec leur effet : ayant annulé, elles sont annulées, c'est-à-dire cessent désormais d'exister ; en annulant, elles s'annulent elles-mêmes, comme normes juridiques actuelles* »⁵³⁹. En

⁵³³ Cf. C.Const, déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, préc., cons. 10.

⁵³⁴ Cf., en ce sens, C.Const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 5, Rec., p. 43, *AJDA*, 1996, n° 5, p. 371, note O. SCHRAMECK, *D.*, 1996, J., p. 301, note W. BARANÈS et M.-A. FRISON-ROCHE et 1998, SC, p. 145, obs. J.-C. CAR, p. 147, obs. A. ROUX, p. 153, obs. T. S. RENOUX et p. 156, obs. J. TRÉMEAU, *LPA*, 5 juin 1996, n° 68, p. 18, note A. GRUBER, 4 septembre 1996, n° 107, p. 6, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX et 4 décembre 1996, n° 146, p. 5, note D. TURPIN, *Rev. adm.*, 1996, p. 313, note J.-M. PONTIER, *RDP*, 1996, n° 4, p. 953, note F. LUCHAIRE, *RFDA*, 1997, n° 1, p. 1, étude F. MODERNE, *RFDC*, 1996, n° 27, p. 587, note J. TRÉMEAU, p. 589, note A. ROUX et p. 594, note T. S. RENOUX ; déc. n° 99-414 DC, 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*, cons. 2 et 3, Rec., p. 92, *AJJC*, 1999, p. 608, chr. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI et J. PINI, *AJDA*, 1999, n° 9, p. 690, note J.-É. SCHOETTL, *D.*, 2000, SC, p. 422, obs. J.-C. CAR, *LPA*, 20 octobre 1999, n° 209, p. 20, chr. M. VERPEAUX, *RFDC*, 1999, n° 40, p. 804, J. TRÉMEAU ; déc. n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2003*, cons. 42, Rec. p. 583, *AJJC*, 2002, p. 620, chr. W. MASTOR, *AJDA*, 2003, n° 13, p. 684, note V. OGIER-BERNAUD, *D.*, 2003, n° 16, p. 1071, note B. MATHIEU et L. BAGHESTANI-PERREY, *RDF*, 2003, n° 8, p. 319, note L. PHILIP, *LPA*, 7 janvier 2003, n° 5, p. 3, note J.-É. SCHOETTL et 5 mars 2003, n° 46, p. 8, note J.-P. CAMBY, *RFDC*, 2003, n° 53, p. 179, note L. PHILIP.

⁵³⁵ C.Const., déc. n° 94-350 DC, 20 décembre 1994, *Loi relative au statut fiscal de la Corse*, cons. 3 et 4, Rec., p. 134, *D.*, 1995, SC, p. 348, obs. J. TRÉMEAU, *LPA*, 7 juin 1995, n° 68, p. 5, note B. MATHIEU, *RFDC*, 1995, n° 21, p. 167, note J. TRÉMEAU. Voir, en ce sens, D. DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 103, 2001, p. 169 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 133, n° 186 ; V. GOESEL-LE BIHAN, art. préc., p. 5 ; J. PETIT, thèse préc., p. 343, n° 714 ; W. YENG SENG, « Le contrôle des lois promulguées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un mystère en voie de dissipation ? », *RFDC*, 2005, n° 61, p. 35, spéc. p. 52.

⁵³⁶ C'est, en tout état de cause, la solution retenue en la matière par la jurisprudence administrative (cf., plus bas, p. 209, n° 274).

⁵³⁷ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, pp. 417-418.

⁵³⁸ D'un point de vue logique, l'annulation correspond à un processus exactement inverse à celui de l'entrée en vigueur. La norme annulée est d'abord *désactionnée* pour ensuite être définitivement *supprimée*. Sur ces questions, voir P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 64, n° 130 et p. 90, n° 199.

⁵³⁹ C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 420.

d'autres termes, la norme d'annulation fait sortir rétroactivement une autre norme de l'ordonnancement juridique et, ce faisant, en sort elle-même de manière rétroactive.

Dans la mesure où elle commande l'anéantissement d'une norme la précédant nécessairement dans la chronologie, la norme d'annulation est entièrement tournée vers le passé. Son objet est exclusivement rétroactif, dès lors qu'elle se « *rapporte directement à un acte antérieur précis* »⁵⁴⁰. En cela, elle se distingue de la norme nouvelle qui vient modifier ou remplacer avec effet rétroactif la norme ancienne. La substitution ou la modification rétroactive suppose une double opération normative, à la fois négative et positive, consistant d'abord en l'annulation d'une norme en vigueur, puis en l'édition d'une norme nouvelle dont le champ d'application est partiellement ou totalement identique à la première. Là où il est procédé explicitement à l'annulation par une norme ayant précisément cet unique objet, cette même annulation est implicite en cas de modification rétroactive⁵⁴¹. De surcroît, la norme rétroactive n'a pas, le plus souvent, vocation à remplacer la norme ancienne seulement pour le passé. L'édition d'une norme rétroactive emporte création de droits et obligations nouveaux non seulement pour le passé, mais également pour l'avenir.

169. S'il n'est pas rare de voir le législateur adopter des règles de droit comportant un effet rétroactif, il est beaucoup inhabituel de le voir prononcer l'annulation d'une norme de valeur inférieure ou égale. Ce n'est pas là son rôle naturel. Il existe pourtant quelques rares cas d'annulation législative institutionnellement organisés. Dans le domaine financier, les lois de finances de l'exercice peuvent ainsi prononcer l'annulation de crédits ouverts par la loi de finances initiale ou par décret d'avance⁵⁴². Au titre de l'apurement des comptes, la loi de règlement procède également à l'annulation des crédits non utilisés au cours de l'exercice budgétaire⁵⁴³. Dans ces deux situations, la loi de finances rapporte les autorisations administratives de dépense antérieurement adoptées. Toutefois, on peut raisonnablement douter de ce que l'annulation ainsi opérée comporte un effet concret sur le passé de l'exécution du budget. Dans le premier cas, les crédits dont l'annulation est envisagée sont rendus indisponibles à compter du moment même où le projet de loi de finances rectificative est déposé, si bien que leur annulation ne remet en cause aucune dépense antérieurement faite. Dans le second cas, l'annulation par la loi de règlement des crédits qui n'ont été ni consommés ni reportés n'a pas plus d'incidence concrète sur les décisions budgétaires prises en cours d'exécution du budget⁵⁴⁴. En revanche, l'annulation par une loi de finances d'une créance fiscale due au titre d'un exercice antérieurement clos comporte bien un tel effet⁵⁴⁵.

En dehors de ces hypothèses bien particulières, il faut admettre que les lois d'annulation d'autres lois ou d'actes administratifs se rencontrent rarement⁵⁴⁶, principalement en des périodes troublées.

⁵⁴⁰ C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 395, n° 758.

⁵⁴¹ C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 417 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 64, n° 130 ; J. PETIT, thèse préc., p. 139, n° 285 ; C. YANNAKOPOULOS, *loc. cit.*

⁵⁴² Art. 13 et 14 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances déjà citée. Il va sans dire que la loi de finances rectificative peut également, au titre de la régulation budgétaire, entériner les annulations de crédits opérées par le Gouvernement. Ainsi, le Conseil constitutionnel a estimé qu'« aucun principe ou disposition de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une loi de finances rectificative procède à l'annulation de crédits ouverts par la loi de finances de l'année, même si cette annulation a déjà fait l'objet d'un arrêté ministériel » (C.Const., déc. n° 85-203 DC, 28 décembre 1985, *Loi de finances rectificative pour 1985*, cons. 5 et 6, Rec. p. 87, *AJJC*, 1985, p. 404, chr. B. GENEVOIS, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU).

⁵⁴³ Art. 37-IV 2° de l'ordonnance citée plus haut.

⁵⁴⁴ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 87, n° 126.

⁵⁴⁵ C.Const., déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2002*, préc., cons. 23.

⁵⁴⁶ R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 894 ; M. WALINE, « Le retrait des actes administratifs », in *L'évolution du droit public, Études offertes à A. MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, p. 563, spéc. p. 565. L'absence en droit français de procédure d'annulation rétroactive des

Historiquement, c'est donc à l'occasion de ruptures constitutionnelles et/ou en temps de guerre que de telles lois ont pu être édictées⁵⁴⁷. Tel a été le cas pour la période 1943-1945 au cours de laquelle le gouvernement de la Libération, considérant le gouvernement de Vichy comme un pouvoir illégitime, a entendu formellement contester la validité de son œuvre juridique en la déclarant nulle et non avenue et, par là, réaffirmer la continuité de la République⁵⁴⁸. Le Gouvernement provisoire de la République française s'est alors engagé dans un processus de « rétablissement de la légalité républicaine », consistant à reconstruire rétroactivement un ordre juridique et à le substituer à celui frappé de nullité, ce qui suppose *a priori* de procéder à l'anéantissement rétroactif de l'ordre ancien. L'instrument principal de cette œuvre de reconstruction a été l'ordonnance du 9 août 1944 qui, après avoir réaffirmé que de la République n'a jamais cessé d'exister, pose le principe de la nullité de tous les actes constitutionnels, législatifs, administratifs et juridictionnels adoptés par les autorités de Vichy à compter du 16 juin 1940⁵⁴⁹. Contrairement à la volonté d'affichée et exprimée dans l'exposé des motifs de l'ordonnance, puis dans ses premières dispositions, il ne s'agit pas de faire « table rase » du passé vichyssois en prononçant l'annulation générale des textes émis sous l'occupation. Tout en disant le contraire, c'est bien le principe inverse que l'ordonnance met en œuvre. Du reste, là où une solution d'annulation de principe a été retenue, comme cela a été le cas dans certaines parties des colonies françaises libérées à partir de 1943, c'est que les spécificités locales la rendait possible. En effet, l'application de la législation de Vichy sur ces territoires était subordonnée à une procédure particulière de transposition, ce qui limitait le nombre des actes dont la validité devait être révisée. En tout état de cause, la pratique montre que le rétablissement de la légalité républicaine sur ces territoires a abouti, peu ou prou, au même résultat qu'en métropole, c'est-à-dire à la validation globale, plutôt qu'à l'annulation générale des actes de Vichy⁵⁵⁰.

lois déjà promulguées a pu faire douter certains auteurs de l'existence d'une telle possibilité (cf. C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 421, note 127). Pour des ex., voir CE, 5 novembre 1948, *Marican*, Rec., p. 407 ; Sect., 20 juin 1952, *Sieur Bastide et autres*, préc. ; 15 mai 1961, *Sucrerie et distillerie de Longueuil-Sainte-Marie*, req. n° 46.817, Rec., p. 316 ; Sect., 7 mai 1965, *Ministre de la Santé publique c/ Galavielle*, req. n° 63.517, Rec., p. 264.

⁵⁴⁷ Au titre de ces exemples historiques, on peut citer, pour la période romaine, le Code théodosien établi en 438 qui, au Livre 14 du titre XV portant sur le rétablissement de la légalité impériale après usurpation d'Héraclien, frappait de nullité *ab initio* les actes de l'usurpateur. Plus proche de nous, les fameuses lois de « contre-rétroactivité » de celle du décret du 17-21 Nivôse an II (6-10 janvier 1794) offrent également une illustration d'annulation législative (sur ce point, cf., plus haut, p. 119, n° 168 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 19, n° 5 et p. 80, n° 20). Enfin, au cours de la Première Guerre Mondiale, le Parlement français a entendu, par deux lois, procéder au retrait de la nationalité française, ainsi que des naturalisations, avec effet à la déclaration de la guerre pour les ressortissants des nations ennemies (cf. l'art. 1^{er}, § 2 et art. 2, § 5 de la loi du 7 avril 1915, citée plus haut et l'art. 10, § 1 de la loi du 18 juin 1917 (sur ces lois, voir G. JÈZE, « Les lois rétroactives : à propos de la loi du 7 avril 1915 autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France », préc.). Pour d'autres ex., voir L. ACCOLAS, *Le rétablissement de la légalité républicaine (Le sort des actes législatifs, administratifs et juridictionnels sous le régime de Vichy)*, thèse dactyl., Paris, 1946, p. 433 et s.

⁵⁴⁸ L. ACCOLAS, thèse préc., p. 8 et s. ; E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 126, 2005, p. 157 et s. ; J.-P. LE CROM, « L'avenir des lois de Vichy », in B. DURAND, J.-P. LE CROM et A. SOMA (dir.), *Le droit sous Vichy*, Frankfurt am Main, Klostermann, coll. Das Europa der Diktatur, vol. 13, 2006, p. 453.

⁵⁴⁹ Art. 1^{er} à 9 de l'ordonnance du 9 août 1944 du Gouvernement Provisoire de la République Française, relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental (JORF n° 65 du 18 août 1944, p. 688). Sur cette dernière, voir L. ACCOLAS, thèse préc., p. 19 et s. ; J.-M. AUBY, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Paris, Pedone, 1951, p. 45 ; E. CARTIER, thèse préc., p. 333 et s. ; F. LUCHAIRE, « Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental », *GP*, 1944, 2^e sem., doctr., p. 17 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « La transition juridique : l'ordonnance du 9 août 1944 », in *Le rétablissement de la légalité républicaine (1944)*, Actes du colloque de Bayeux des 6, 7, 8 oct. 1994 organisé par la Fondation Charles de Gaulle, la Fondation nationale des Sciences politiques, l'Association française des constitutionnalistes (et la participation de l'université de Caen), Paris, éd. Complexe, coll. Interventions, 1996, p. 805 ; M. WALINE, « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *JCP G*, 1945, I, 441.

⁵⁵⁰ Il s'agit de l'ordonnance n° 46 du 2 mars 1943 du Chef de la France combattante, président du Comité national français, relative au rétablissement de la légalité républicaine dans l'île de la Réunion (JOL, 1943, p. 12), l'ordonnance n° 52 du 20 avril 1943, du Chef de la France combattante, président du Comité national, français relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine à Madagascar (JOL, 1943, p. 39), de l'ordonnance du 2 septembre 1943 du Comité français de la Libération Nationale,

Sur le territoire métropolitain, l'ordonnance du 9 août 1944 a mis en place un système complexe de confrontation de la validité de l'œuvre juridique de Vichy au regard des principes républicains. Selon la formule de M. Cartier, il s'est agi d'organiser une « transition constitutionnelle réceptive », laissant le choix entre la validation pure et simple de l'acte ou son annulation, avec ou sans effet rétroactif, solutions expressément prévues par l'ordonnance⁵⁵¹. En d'autres termes, si la nullité proclamée par l'ordonnance est la règle, l'annulation rétroactive relève, en réalité, de l'exception⁵⁵². En effet, la nullité des actes de Vichy doit être, en vertu des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance, expressément constatée, de même que sa portée dans le temps, ce qui se déduit de la lecture de son article 4. Du fait de l'utilisation générale du terme d'annulation pour opérer la suppression par voie d'ordonnance, puis de loi, des textes de Vichy, les annulations prononcées avec effet rétroactif ne sont pas toujours aisément identifiables⁵⁵³. De l'étude de M. Accolas sur la question, il résulte qu'ont fait l'objet d'une annulation rétroactive les actes de Vichy qui tendaient à l'instauration et au maintien, dans les domaines politique, économique et social, du régime de la « révolution nationale » ou à assister l'Allemagne dans la guerre, soit en s'opposant à la constitution et à l'action de la résistance, soit en aidant positivement l'effort de guerre de l'ennemi⁵⁵⁴. À titre d'exemple, plusieurs ordonnances se sont attachées à annuler rétroactivement les désinvestitures prononcées par les autorités de Vichy à l'encontre de différentes catégories d'agents publics, ainsi qu'à procéder à leur réintégration⁵⁵⁵.

Ce ne sont pas moins de cent quarante quatre lois, vingt sept décrets et deux arrêtés dont l'annulation rétroactive a été prononcée par l'ordonnance du 9 août 1944 et les ordonnances additionnelles qui l'ont suivie jusqu'au 2 novembre 1945, ainsi que, par voie de conséquence, celle des actes édictés pour leur application ou sur leur fondement⁵⁵⁶. À ces premières annulations, il faut encore ajouter les lois d'annulation ponctuellement adoptées après 1945⁵⁵⁷. Lorsque l'acte de Vichy venait lui-même modifier ou supprimer un texte adopté sous l'empire de la III^e République, l'annulation du

relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine à la Côte française des Somalies (JO, 1943, p. 101 et rectificatif, p. 118) et de l'ordonnance du 4 janvier 1944, du Comité français de la Libération Nationale, relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine à la Guyane française et dans le territoire de l'Inini (JO, 1944, p. 18 et rectificatif, p. 250). Sur ces différents points, voir L. ACCOLAS, thèse préc., p. 27 et 59 ; E. CARTIER, thèse préc., p. 160 et 308 ; J.-P. LE CROM, art. préc., p. 458.

⁵⁵¹ Comme l'explique l'auteur, cette solution permet aux nouveaux gouvernants « d'opérer une sélection immédiate ou progressive, au sein de l'ordre juridique passé afin de ne conserver que les normes dont le contenu est conforme aux principes qui ont guidé la révolution, les autres étant rétroactivement anéanties, dans leur forme comme dans leur contenu, ou simplement abrogées, c'est-à-dire réceptionnées pour le passé au sein de l'ordre juridique rétroactivement reconstitué » (E. CARTIER, thèse préc., pp. 17-21, spéc. p. 20).

⁵⁵² Cf., dans le même sens, L. ACCOLAS, thèse préc., p. 491 ; E. CARTIER, thèse préc., p. 320 et s. ; J.-P. LE CROM, art. préc., p. 460 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, art. préc., pp. 822-823.

⁵⁵³ Sur cette difficulté, voir J.-P. DUBOIS, « La jurisprudence : la validation des décisions de 1944 », in *Le rétablissement de la légalité républicaine (1944)*, préc., p. 831, spéc. p. 836. Comp. CE, 26 juin 1946, *Rambaud*, Rec., T., p. 369 et CE, 4 novembre 1949, *Sieur Lamotte*, Rec., p. 462. Pour des ex. d'annulations non rétroactives, voir, outre les textes mentionnés aux tableaux annexés aux différentes ordonnances adoptées en 1944-1945, la loi n° 47-2330 du 15 décembre 1947, portant annulation des lois des 29 mars 1941 et 28 septembre 1942, modifiant la loi du 4 mars 1929 sur l'organisation des différents corps d'officiers de l'armée de mer (JORF, 16 décembre 1947, p. 12206) et la loi n° 49-1014 du 28 juillet 1949, portant annulation de la loi du 14 décembre 1942 (JORF, 29 juillet 1949, p. 7423).

⁵⁵⁴ L. ACCOLAS, thèse préc., p. 418.

⁵⁵⁵ Pour un ex., cf. l'ordonnance du 29 novembre 1944, concernant la réintégration des magistrats, fonctionnaires et agents civils et militaires révoqués, mis à la retraite d'office, licenciés ou rétrogradés (JORF du 2 décembre 1944, p. 1612). Sur ce point, voir L. ACCOLAS, thèse préc., pp. 129-133.

⁵⁵⁶ Pour un inventaire, voir J.-P. LE CROM, art. préc., p. 464. Sur l'annulation par voie de conséquence des mesures d'application des actes de Vichy, voir CE, 11 octobre 1944, *Établissement "Au Grand Bottier"*, D., 1945, J., p. 89 ; 23 mars 1948, *Société Les Forges et boulonneries d'Ars-sur-Moselle*, Rec., p. 178 ; 4 mai 1948, *Reilles*, Rec., T., p. 526. Voir également, L. ACCOLAS, thèse préc., p. 218 et s. et p. 368 et s.

⁵⁵⁷ Cf., par ex., la loi n° 49-891 du 7 juillet 1949, portant annulation de la loi du 14 février 1941 (JORF, 8 juillet 1949, p. 6703) et la loi n° 48-1401 du 7 septembre 1948, portant annulation de la loi du 30 novembre 1941 n° 5024 en ce qui concerne la ligne de Saint-Rémy-lès-Chevreuse à Limours (JORF, 8 septembre 1948, p. 8853). Pour d'autres ex., voir E. CARTIER, thèse préc., p. 347 et s.

premier entraîne la remise en vigueur rétroactive du second à la date de sa modification ou de sa suppression⁵⁵⁸. Il faut également remarquer que le principe du constat exprès de la nullité, qui doit précéder le prononcé de l'annulation rétroactive, n'a lui-même pas toujours été respecté. Le juge administratif a, en effet, admis que l'annulation d'un acte de Vichy puisse implicitement résulter de l'édition de dispositions nouvelles qui, sans prononcer expressément sa nullité, voire dans certains cas sans même en faire mention, entraînent des conséquences telles que cet acte doit néanmoins être considéré comme annulé⁵⁵⁹.

Au total, c'est un véritable « raz-de-marée »⁵⁶⁰ législatif qui a emporté l'anéantissement rétroactif des actes du Gouvernement de Vichy illégitimes du fait de leur contrariété aux principes républicains.

§ 3 : L'interprétation législative

170. S'il est un principe solidement établi dans notre droit, au moins depuis l'époque romaine, c'est bien celui de la rétroactivité des lois interprétatives⁵⁶¹. La loi interprétative fixe le sens ambigu ou obscur – et qui était de ce fait et jusque-là sujet à controverse – d'une loi antérieure. Lorsqu'elle est réalisée par l'auteur de l'acte lui-même, il s'agit d'une interprétation publique ou authentique, en ce sens qu'elle est donnée, « *par voie d'autorité, par voie de disposition générale* »⁵⁶². À ce titre, il lui est accordée une valeur et une portée particulières. D'une part, parce que l'auteur est celui qui est le mieux placé pour interpréter ses propres actes, son interprétation a une valeur obligatoire. Lorsqu'il interprète une loi antérieure, le législateur détermine d'une façon officielle, non contestable, l'intention qui a été la sienne au moment de son adoption. L'interprétation authentique qu'il délivre de la loi initiale s'impose alors aussi bien à l'ensemble des destinataires de celle-ci qu'aux organes d'application du droit. D'autre part, la loi dont la signification a été précisée par voie d'interprétation authentique est réputée avoir eu, dès l'origine, cette signification. Cela revient à dire qu'au caractère interprétatif d'une disposition législative, il est généralement associé, de plein droit, un effet rétroactif.

171. Toutefois, la rétroactivité de la loi interprétative n'a pas toujours été jugée par la doctrine comme étant assimilable à celle de la loi rétroactive ordinaire. D'abord, l'absence de caractère innovatoire des dispositions interprétatives a longtemps accrédité l'idée que cette rétroactivité était plus apparente que réelle. Si cette position n'est plus guère soutenue par la doctrine contemporaine et, par suite, qu'il est généralement admis que les lois interprétatives développent un véritable effet rétroactif, le fondement de cette rétroactivité continue cependant de reposer sur la fiction de leur incorporation aux lois interprétées (I). Ensuite, la portée de la loi interprétative serait différente de celle de la loi rétroactive ordinaire, à la fois plus restreinte et plus étendue. Si la thèse de la particularité des effets de la loi

⁵⁵⁸ CE, 28 février 1951, *Association des fonctionnaires du ministère de l'Intérieur contre Roussel, Roger, Bozzi, Maroselli et Fautrière*, Rec., p. 124. Cf., par ex., la loi n° 46-1184 du 24 mai 1946, constatant la nullité de l'acte dit « loi du 11 mars 1941 » et remettant en vigueur les dispositions du décret du 17 juin 1938 sur les limites de l'inscription maritime (JORF du 25 mai 1946, p. 4565). Sur ce point, voir L. ACCOLAS, thèse préc., p. 360 et s. ; J.-P. DUBOIS, art. préc., p. 839.

⁵⁵⁹ CE, 22 juin 1945, *Confédération française des travailleurs chrétiens, D.*, 1946, J., p. 23, note M. M. Sur ce point, voir L. ACCOLAS, thèse préc., pp. 265-266.

⁵⁶⁰ M. WALINE, art. préc.

⁵⁶¹ Pour un historique, voir P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 39, n° 11 (période romaine), p. 49, n° 14 (Moyen-Âge) et p. 56, n° 16 (Ancien Régime). Voir également, J. HÉRON, *op. cit.*, p. 67, n° 71 ; J. REYMOND, *Des lois d'interprétation et de leur rétroactivité*, Aix-en-Provence, éd. P. Roubaud, 1925, p. 15.

⁵⁶² J. GHEZ, thèse préc., p. 9, n° 32 ; F. LAURENT, *op. cit.*, p. 360, n° 282.

interprétative, eu égard à son objet, a pu être valablement soutenue, il faut constater qu'il ne subsiste désormais guère de différence entre elle et la loi rétroactive ordinaire (II). Mis à part les cas où la qualification de loi interprétative est détournée par le législateur, la rétroactivité de cette dernière s'exprime suivant les mêmes formes que la loi rétroactive ordinaire (III).

I – LE FONDEMENT DE LA RETROACTIVITE DE LA LOI INTERPRETATIVE

172. La loi interprétative, une fois publiée, rétroagit systématiquement au jour de l'entrée en vigueur de la loi interprétée, sans que son auteur ait besoin de le préciser. Si cette solution est admise de manière constante tant par le juge judiciaire que par le juge administratif⁵⁶³, l'explication qu'a donné la doctrine de la rétroactivité de la loi interprétative a pu varier selon les époques. Selon une conception classique et ancienne, cette rétroactivité de la loi interprétative ne serait qu'apparente. Purement déclarative, la loi interprétative ne modifie pas le droit existant. Tout au plus rend-elle plus claire et d'application plus aisée la loi antérieure. Ce faisant, la loi interprétative ne fait que mettre au jour un sens caché, mais qui était déjà contenu dans la loi initiale. Autrement dit, « *ce n'est pas la loi interprétative qui régit le passé, c'est la loi telle qu'elle a toujours existé* »⁵⁶⁴. La loi interprétative n'est qu'une dépendance de la loi interprétée, dépourvue de tout effet de droit, avec laquelle elle s'unit au point de ne former qu'une seule et même loi.

173. Cette théorie de la rétroactivité apparente de la loi interprétative n'a plus cours aujourd'hui en doctrine⁵⁶⁵. Il a été montré, de longue date, que la loi interprétative comporte bien un effet créateur de droit⁵⁶⁶ et cela, à deux égards. D'une part, une règle de droit étant susceptible de plusieurs sens possibles, le choix de l'un d'entre eux suppose nécessairement une décision de la part de l'interprète. L'attribution d'une signification à un énoncé par préférence à d'autres résulte nécessairement d'un acte de volonté, lequel est, dans cette mesure, créateur de droit⁵⁶⁷. C'est en ce sens qu'à la suite de M. Kelsen, l'école normativiste emploie l'expression d'« interprétation authentique »⁵⁶⁸. Néanmoins, l'effet créateur reconnu à l'interprétation authentique de la règle de droit trouve une frontière logique dans la

⁵⁶³ Sur la position du juge judiciaire en ce sens, voir P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 242 et s., n° 55 et s. et les ex. cités. Sur la position du juge administratif allant dans le même sens, voir CE, 30 juillet 1920, *Bonnefoy*, Rec., p. 776, *D.*, 1920, III, p. 33, note E. BESSON ; 27 décembre 1946, *Bureau national de répartition des vins de Champagne*, Rec., p. 320 ; 7 décembre 1960, *Groupement des habitants de Saint-Jacques-Nord*, req. n° 44.276, Rec., p. 674 ; Sect., 7 juillet 1967, *Secrétaire d'État au Logement c/ Sieur Lemetayer*, req. n° 69.601, Rec., p. 302 ; 10 juin 1983, *ANIFOM c/ Consorts Collomp*, req. n° 28.993, Rec., p. 257 ; 5 mars 1997, *Société "Compagnie de Saint-Gobain"*, req. n° 126.166, Rec., T., p. 790, *BDCF*, 1997, n° 2, p. 71 et *DF*, 1997, n° 25, p. 839, concl. G. GOULARD, *RJF*, 1997, n° 4, p. 235.

⁵⁶⁴ C. AUBRY et C. F. RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal et Billard, 5^e éd., 1897, t. I, § 30, p. 61, note 13 et p. 102 ; J. BARTHÉLÉMY, « De l'interprétation des lois par le législateur : à propos de l'interprétation de l'article 9 § 2 de la loi du 9 décembre 1905 par la loi du 4 avril 1908 » préc., p. 480 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 274, § 22 ; F. LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 366, n° 286 et également, p. 237, n° 167 ; M. A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la rétroactivité des lois*, t. I, Paris, A. Durand, 1832, rééd. 1845, p. 130. Pour un exposé, voir G. JÈZE, *op. cit.*, t. I, p. 168 et s.

⁵⁶⁵ Certains auteurs évoquent encore l'idée d'une « fusion » (P. LEVEL, thèse préc., p. 29) entre la loi interprétative et la loi interprétée ou d'une « intégration » de l'une à l'autre (F. DOUET, thèse préc. p. 114, n° 184).

⁵⁶⁶ Voir, en ce sens, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 287, n° 262 ; G. JÈZE, *op. cit.*, p. 170 ; J. PETIT, thèse préc., p. 297, n° 609 ; J. REYMOND, thèse préc., p. 228 et 259 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 245, n° 56. Comme le relevait en son temps le Doyen Roubier, la loi interprétative « *apporte forcément quelque chose de nouveau avec elle parce qu'on ne légifère pas pour rien et cet élément nouveau, c'est précisément l'interprétation qu'elle consacre* » (P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 247, n° 56).

⁵⁶⁷ J. PETIT, thèse préc., p. 298, n° 610. Pour un même raisonnement, cf. J. BARTHÉLÉMY, *loc. cit.* ; J.-J. BIENVENU, thèse préc., t. I, p. XV et p. 142.

⁵⁶⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 456 et s., spéc. p. 461. Sur les différentes significations de cette notion, voir E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTDCiv.*, 1969, p. 405, spéc. p. 436, n° 37 ; J. GUEZ, *L'interprétation en droit fiscal*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut A. TUNC, t. 12, 2007, p. 3, n° 9 ; M. PELLETIER, thèse préc., pp. 21-22, n° 35 ; M. TROPER, « Interprétation », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 843 ; L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, 12^e éd., 2009, p. 94, n° 124 ; J. REYMOND, thèse préc., p. 25.

détermination de la totalité des sens possibles d'une règle donnée. De ce point de vue, la loi interprétative n'édicte pas une norme absolument nouvelle, c'est-à-dire indépendante de toute règle préexistante, mais une norme ayant pour objet de préciser le contenu et la portée d'une norme déjà existante. Dans cette mesure, la loi interprétative n'apporte qu'un changement limité à l'état du droit. Comme le soulignait fort justement M. Petit, « *il s'ensuit qu'entre la loi interprétative et la loi ordinaire, il existe non pas une différence de nature mais de degré* »⁵⁶⁹. La loi interprétative produit donc un effet de droit particulier, plus limité dans son ampleur que celui de la loi ordinaire.

D'autre part, la loi interprétative, lorsqu'elle intervient, a pour conséquence de mettre fin à une période d'hésitation et d'incertitude sur le sens à donner à la loi initiale. Ce faisant, elle vient confirmer ou infirmer l'interprétation sur le fondement de laquelle la loi initiale a été appliquée au cours de la période intermédiaire. Dans cette mesure, la loi interprétative aura concrètement pour effet de conforter ou de remettre en cause la validité des comportements et des actes accomplis durant cette même période.

174. Il résulte de ce qui précède que la loi interprétative produit donc bien un véritable effet rétroactif. Toutefois, le recours à l'idée d'incorporation à la loi interprétée pour expliquer cette rétroactivité de la loi d'interprétation n'a pas pour autant complètement disparu en droit positif. Suivant la définition qu'en donne la Cour de cassation, la loi interprétative « *se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse* »⁵⁷⁰. Cette conception est partagée par le Conseil d'État, pour lequel la loi interprétative « *se borne à expliciter la règle de droit déjà applicable* »⁵⁷¹. Bien qu'il ne donne pas de définition positive de la loi interprétative, le Conseil constitutionnel s'estime en présence d'une telle loi lorsque le législateur, en adoptant une disposition législative ultérieure, « *précise la portée* » d'une disposition législative antérieure⁵⁷².

Autrement dit, le raisonnement suivant lequel la loi interprétative n'innove pas et, par conséquent, « fait corps » avec le texte interprété, lequel ne peut qu'être réputé avoir eu un tel sens dès l'origine⁵⁷³, constitue toujours le fondement de la rétroactivité de la loi interprétative. Seulement, l'idée d'incorporation sert à décrire non plus l'absence de portée juridique de la loi interprétative, mais l'effet particulier qu'elle produit. Là où il y avait auparavant confusion totale entre les deux lois, il n'y a plus qu'une identité d'objet entre elles. Par ce que la loi interprétative confère à une loi antérieure le sens qui aurait dû dès le départ être le sien, la première se trouve nécessairement dotée d'un champ d'application

⁵⁶⁹ J. PETIT, *loc. cit.*

⁵⁷⁰ Cass. Soc., 19 juin 1963, *Dame Chantelouze c/ Époux Vouaux*, pourv. n° 62-30.049, Bull. Civ. IV, n° 515, p. 423, *Gaz. Pal.*, 1963, 2, p. 278 ; Ass. Plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer c/ Société Castorama*, pourv. n° 03-13.617, Bull. A. P., n° 2, p. 2, *LPA*, 28 avril 2005, n° 84, p. 8, note G. MECCARELLI et 22 juillet 2005, n° 145, p. 12, note S. CHASSAGNARD, *RTDCiv.*, 2004, n° 3, p. 598, note P. DEUMIER, *RJS*, 2004, n° 5, p. 343, note X. PRÉTOT.

⁵⁷¹ CE, Sect., Avis, 26 février 1993, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Savoie*, req. n° 143.039, Rec., p. 37, *RJF*, 1993, n° 4, p. 279, concl. O. FOUQUET et p. 287, note P. TOURNÈS, *DF*, 1993, n° 17-18, comm. 924

⁵⁷² C. Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, cons. 7, Rec., p. 184, *AIJC*, 1986, p. 431, chr. B. GENEVOIS, *JCP G*, 1987, II, 20903, note N. NGUYEN QUOC DINH, *Pouvoirs*, 1987, n° 41, p. 214, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, *Loi de finances rectificative pour 1988*, cons. 6, Rec., p. 267, *AIJC*, 1988, p. 402, chr. B. GENEVOIS, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399, chr. L. FAVOREU, *RFDA*, 1989, n° 5, p. 862, note B. MATHIEU ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, préc., cons. 81 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 24, Rec., p. 82, *Pouvoirs*, 1992, n° 60, p. 204, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1992, n° 1, p. 50, chr. D. ROUSSEAU, *RFDC*, 1991, n° 8, p. 722, note L. PHILIP.

⁵⁷³ Outre les références citées par P. ROUBIER, *loc. cit.*, note 2, voir P. MARTIN, concl. sur CE, Ass., Avis, 7 juillet 1989, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE)*, req. n° 106.284, Rec. p. 162, *RFDA*, 1989, n° 6, p. 909, spéc. p. 911 ; C. DAVID, O. FOUQUET, B. PLAGNET et P.-F. RACINE, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2009, p. 61, n° 12.

dans le temps équivalent à celui de la seconde⁵⁷⁴. Il s'ensuit que la loi interprétative produit, de plein droit, un effet rétroactif, sans que le législateur ait besoin de le mentionner expressément.

II – LA PORTEE DE LA RETROACTIVITE DE LA LOI INTERPRETATIVE

175. Eu égard à son objet même, la loi interprétative rétroagit de plein droit au jour de l'entrée en vigueur de la loi qu'elle interprète et ce, quel que soit l'écart de temps les séparant⁵⁷⁵. Néanmoins, la loi interprétative dispose d'une portée particulière sur le passé, qui diffère de celle de la loi ordinaire. Comme le relevait un auteur, la rétroactivité de la loi interprétative est à la fois plus restreinte et plus étendue que celle de la loi ordinaire⁵⁷⁶. Déjà en 1801, cette double caractéristique ressortait clairement de la rédaction du deuxième alinéa, finalement rejeté, du projet d'article 2 du Code civil de 1804 consacré aux lois interprétatives⁵⁷⁷.

Dépendante de la loi à laquelle elle se rapporte, la loi interprétative ne produit pas un effet autonome dans le temps par rapport à celui de la loi interprétée. Sa rétroactivité est donc nécessairement bornée par l'entrée en vigueur de la loi qu'elle interprète, ce qui la distingue de la rétroactivité de la loi ordinaire. Dans ce dernier cas, le législateur peut librement fixer la date d'effet dans le passé de la règle nouvelle qu'il adopte. Au contraire, dans le cas de la loi interprétative, le législateur ne saurait faire remonter l'effet de la loi dans le passé au-delà de la date d'effet de la loi interprétée⁵⁷⁸. Tant l'objet même de la loi interprétative que la fiction de son incorporation à la loi initiale empêchent que les effets dans le temps de la première excèdent ceux de la seconde. En revanche, le législateur reste libre de fixer le point de départ de la nouvelle interprétation à une époque plus récente que celle de l'entrée en vigueur de la loi interprétée⁵⁷⁹.

Partant de la fiction d'incorporation de la loi interprétative à la loi interprétée, la Cour de cassation confère toutefois à la première une rétroactivité plus étendue qu'à la seconde. La loi interprétative s'applique ainsi à des cas qui ne seraient pas touchés par une loi rétroactive ordinaire. En effet, la Cour de cassation admet qu'une loi interprétative puisse s'appliquer aux pourvois en cassation pendants au moment de sa publication, alors qu'il est fait interdiction à la loi rétroactive ordinaire d'en

⁵⁷⁴ Le champ d'application de la loi interprétative ne se confond pas totalement avec celui de la loi interprétée. Comme le relève un auteur, « *les faits ayant fait l'objet d'une décision ayant acquis force de chose jugée sont soustraits à l'empire d'une interprétation authentique survenue après coup, même si la loi primitive leur avait été appliquée avec un sens proclamé erroné par le législateur* » (J. REYMOND, thèse préc., pp. 237-238). Cette différence est à nuancer, dès lors que le principe du respect de la chose définitivement jugée constitue une limite à l'action de toute loi rétroactive.

⁵⁷⁵ CE, 30 juillet 1920, *B...* (5^e esp.), *D.*, 1920, III, p. 33, note E. BESSON ; 10 août 1945, *Oucif Rabah ben Saad et Dlle Pietrucci*, *Rec.*, p. 176 et 177 (2 esp.) ; 14 novembre 1952, *Association des porteurs de valeurs de charbonnage*, *Rec.*, p. 515 ; 12 janvier 1959, *Société des Établissements Henri Maire*, *Rec.*, p. 35. L'écart temporel séparant la loi interprétée et la loi interprétative peut tout à fait dépasser le siècle. Cf., par ex., l'art. 1^{er} de la loi n° 79-482 du 22 juin 1979, tendant à compléter l'art. 25 de la loi du 10 août 1871, relative aux conseils généraux (JORF du 23 juin 1979, p. 1503) et auquel l'art. 2 de la même loi donne un caractère interprétatif (CE, 23 janvier 1980, *Sacrez*, req. n° 18.914, *Rec.*, T., p. 591).

⁵⁷⁶ J. REYMOND, thèse préc., p. 291 et s.

⁵⁷⁷ Avant son rejet, l'alinéa en question était rédigé comme suit : « *Néanmoins, la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée* ». Sur cet alinéa, cf. les procès-verbaux de la séance du Conseil d'État du 4 Thermidor an IX (23 juillet 1801) in M. le Baron J.-G. LOCRÉ, *La législation civile commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. I, Paris, Treuttel et Würtz, 1827, p. 380 et p. 396, n° 6.

⁵⁷⁸ CE, Plén., 22 mai 1989, *Redjala*, req. n° 68.832, *Rec.*, p. 129, *DF*, 1990, n° 1, p. 20, *Gaz. Pal.*, 1989, 13-14 octobre 1989, n° 286-287, p. 19, concl. O. FOUQUET, *Quot. Jur.*, 4 janvier 1990, n° 1-2, p. 7, note anonyme, *RJF*, 1989, n° 7, p. 441 ; Cass. Crim., 23 janvier 1989, *M. Bihl*, pourv. n° 86-96.803, *Bull. Crim.*, n° 25, p. 78, *DF*, 1989, n° 27, comm. 1390, *RJF*, 1989, n° 6, comm. 770 ; 3 décembre 1990, *Renard*, pourv. n° 89-86.514, *Bull. Crim.*, n° 412, p. 1035, *RJF*, 1991, n° 5, comm. 692 ; CE, 29 janvier 1992, *Ministre du Budget c/ Association sportive du tennis club des Caillols*, req. n° 75.611, *Rec.*, T., p. 926.

⁵⁷⁹ CE, 27 février 1959, *Dame Boutant*, *Rec.*, p. 145 (sol. impl.). Cf., en ce sens, J. BARTHÉLÉMY, art. préc., p. 491.

faire autant⁵⁸⁰. Néanmoins, il ne peut être fait une application rétroactive de la loi interprétative aux affaires faisant l'objet d'un pourvoi en cassation que sous la stricte réserve de ne pas porter atteinte aux droits reconnus par une décision de justice passée en force de chose jugée, telle qu'elle a été posée par le Conseil constitutionnel⁵⁸¹. Autrement dit, l'extension de la rétroactivité de la loi interprétative ne saurait préjudicier à ses destinataires. Bien que le Conseil d'État ne se soit jamais explicitement prononcé sur cette question, les commissaires du gouvernement qui l'ont évoquée ont proposé de ne pas opérer une telle distinction⁵⁸². Cette position est également partagée par le Conseil constitutionnel qui soumet, sur ce point, les lois interprétatives au même régime que les lois rétroactives ordinaires⁵⁸³.

La loi interprétative se rapproche également de loi ordinaire rétroactive dans les formes qu'elle est susceptible de revêtir.

III – LES FORMES DE RETROACTIVITE DE L'INTERPRETATION LEGISLATIVE

176. À l'instar de la loi ordinaire, le caractère interprétatif – et donc rétroactif – d'une loi résulte de la volonté explicite ou implicite du législateur. Dans le premier cas, la qualification explicitement donnée à la loi par le législateur ne correspond pas toujours à son contenu. Au sein des lois interprétatives expresses, il s'agit donc de faire la part entre les lois véritablement interprétatives et les lois faussement interprétatives (A). Dans le second cas, l'identification de la loi interprétative implicite paraît ne pas reposer exclusivement sur la recherche de la volonté du législateur, comme c'est le cas pour la loi rétroactive ordinaire. Le caractère interprétatif de la loi peut également être dégagé de son objet même. La jurisprudence semble cependant rien moins que réticente à reconnaître qu'il existe des lois interprétatives « par nature » (B).

A/ La rétroactivité explicite de la loi interprétative

177. Le plus souvent, le législateur qualifie expressément d'interprétative la disposition à laquelle il entend conférer un tel caractère⁵⁸⁴. Ce faisant, il est réputé lui donner, également de manière expresse, un effet rétroactif. En effet, la rétroactivité étant inhérente au caractère interprétatif d'une disposition, la mention expresse du second entraîne l'attribution, de plein droit, de la première. Il s'ensuit que si le législateur juge parfois utile de déclarer expressément qu'il entend conférer à une disposition interprétative un effet rétroactif, cette précision doit être regardée comme superfétatoire. En d'autres

⁵⁸⁰ Cass. Req., 20 janvier 1920, *Parison c/ Époux Parison* (sol. a contrario), *D.*, 1921, I, p. 129, note A. ROUAST. Pour l'annotateur de cet arrêt, l'application de la loi interprétative aux recours en cassation est justifiée par le fait qu'elle n'est pas une disposition nouvelle, mais une simple annexe de la loi ancienne avec laquelle elle « se soude », pour ainsi dire. Cf., dans le même sens, Cass. Soc., 19 juin 1963, *Dame Chantelouze c/ Époux Vouaux*, préc. ; 13 mai 1985, *Syndicat CGT et Société française Hæchts*, pourv. n° 84-60.728 et 84-60.860, Bull. Civ. V, n° 291, p. 208. Sur l'inapplicabilité de la loi rétroactive ordinaire aux procès en cassation, cf., plus bas, pp. 424-426, n° 535-537.

⁵⁸¹ C.Const., déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80 et 81 ; Cass. Ass. Plén., 21 décembre 1990, *Directeur général des Impôts c/ Société Roval*, pourv. n° 88-15.744, Bull. AP n° 12, p. 23 *D.*, 1990, J., p. 305, concl. DONTENWILLE, *DF*, 1991, p. 614. Sur ce point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 142, n° 193.

⁵⁸² J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Ass., 27 octobre 1995, *Ministre du Logement c/ Mattio*, préc., *AJDA*, 1996, n° 1, p. 57, spéc. p. 63.

⁵⁸³ C.Const., déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80 et 81 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 24

⁵⁸⁴ Cf., parmi de nombreux ex., Cass. Ass. Plén., 21 décembre 1990, *Directeur général des Impôts c/ Société Roval*, préc. ; CE, 26 octobre 1994, *Potier*, req. n° 121.554, Rec., T., p. 892, *RJF*, 1994, n° 12, p. 772 ; 14 janvier 2004, *Couderc*, req. n° 235.646, Rec., T. p. 670, *RDF*, 2004, comm. 569, concl. S. BOISSARD, *JCP E*, 2004, 1156, note D. F. ; CAA Lyon, 13 juillet 2005, *SA Avery International*, req. n° 98LY00541, *RDF*, 2006, n° 11, p. 618, concl. G. GIMENEZ ; CE, 19 janvier 2011, *EARL Schmittseppel et M. Noir*, req. n° 343.389, à ment. aux T. du Leb.

termes, le choix exprimé par le législateur de conférer un caractère interprétatif à une disposition vaut octroi de rétroactivité⁵⁸⁵.

178. L'inhérence de la rétroactivité au procédé de l'interprétation législative a cependant donné lieu à des dérives. En effet, le législateur peut être tenté de masquer sous l'étiquette « loi interprétative » une véritable règle de droit nouvelle et ce, dans le but de lui conférer une portée rétroactive. Sous couleur d'interprétation, le législateur peut être amené à altérer la règle existante ou à innover en posant une règle inédite⁵⁸⁶. Dans l'un comme dans l'autre cas, la loi interprétative n'est plus interprétative que de nom et la règle nouvelle prend rétroactivement effet au jour de l'entrée en vigueur de la loi initiale. En instrumentalisant la loi interprétative, le législateur évite de recourir ouvertement à la rétroactivité ordinaire de la loi. Un tel procédé n'a, en soi, rien de nouveau. Déjà sous l'Ancien Régime, de nombreuses lois qualifiées de lois d'interprétation ou « Déclaration » édictaient en réalité des règles nouvelles avec effet rétroactif. Ces lois d'interprétation par la volonté du législateur précisaient elles-mêmes la mesure et la portée de la rétroactivité qui leur était ainsi attribuée⁵⁸⁷.

En recourant à une loi faussement interprétative le législateur ne méconnaît certes pas sa propre compétence, dès lors que, d'une part, celui-ci dispose, en sa qualité d'auteur de la loi interprétée et en vertu de la règle du parallélisme des compétences, de la faculté de la modifier⁵⁸⁸ et que, d'autre part, il détient, par principe, un pouvoir général de rétroactivité. Il n'en reste pas moins que le recours aux lois faussement interprétatives marque la volonté inavouable de l'autorité normative de faire rétroagir la loi sans avoir à se justifier. Ce procédé est largement décrié par la doctrine, laquelle y voit une sorte de détournement de procédure qui « *blesse la raison autant que la dignité de la loi* »⁵⁸⁹. Pour ses détracteurs, la loi faussement interprétative n'est ni plus ni moins qu'une loi rétroactive ordinaire qui n'ose pas dire son nom et qui doit être traitée comme telle⁵⁹⁰. Cette solution s'impose d'autant plus que, comme on vient de le voir, il existe des différences notables de régime entre la loi réellement interprétative et la loi simplement rétroactive.

179. Évidente en théorie, la distinction entre loi réellement interprétative et loi faussement interprétative n'est pas aisée à établir en pratique, ceci pour une double raison. En premier lieu, le critère de la loi interprétative, fondé sur l'absence d'innovation par rapport à la loi initiale, n'est pas lui-même des plus aisés à mettre en œuvre. La frontière entre simple précision du sens à donner à une loi antérieure et innovation par l'édition d'une règle nouvelle peut s'avérer des plus ténues. En second lieu, les

⁵⁸⁵ Cf., par ex., CE, Ass., Avis, 7 juillet 1989, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE)*, préc. ; 3 mai 1995, *SA Ghérardi*, req. n° 134.993, Rec., T., p. 762, *RJF*, 1995, n° 6, p. 425.

⁵⁸⁶ Pour un ex. de loi faussement interprétative substituant de nouvelles conditions d'imposition à celles initialement prévues, cf. art. 10-II de la loi n° 89-935 du 29 décembre 1989, de finances pour 1990 (JORF du 30 décembre 1989, p. 16337) et Cass. Com., 7 avril 1992, *Mme Pavie c/ Directeur général des Impôts*, pourv. n° 89-20.418, Bull. IV, n° 150, p. 105, *DF*, 1992, comm. 1546, note G. TIXIER et T. LAMULLE, *JCP G*, 1992, II, 21339, note L. DAVID, *JCP N*, 1993, n° 8, p. 64, note C. DAVID *Quot. Jur.*, 1992, n° 42, p. 4, note B.V., *RJF*, 1992, n° 5, p. 464. Pour un autre ex., cf. C.Const., déc. n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, préc., cons. 39. Pour un ex. de loi faussement interprétative posant une règle nouvelle, cf. l'art. 1^{er} de la loi n° 77-1466 du 30 décembre 1977, de finances rectificative pour 1977 (JORF du 31 décembre 1977, p. 6311 ; CE, 30 mai 1980, *Ministre délégué à l'Économie et aux Finances c/ Société "Le grand casino d'Aix-les-Bains"*, req. n° 06.962, Rec., p. 250) et G. BACHELIER, concl. sur CE, 17 juin 1994, *Ministre du Budget c/ Caisse régionale du crédit agricole du Nord*, req. n° 124.793, Rec., T., p. 875, *RJF*, 1994, n° 8-9, p. 513, spéc. p. 515.

⁵⁸⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 56, n° 16. Cf., par ex., l'art. 132 de la célèbre ordonnance de Villers-Cotterêts de d'août 1539. Pour un ex. sous la période révolutionnaire, cf. la loi du 27 décembre 1796 du 7 nivôse an V, interprétative des dispositions de l'article 4 de celle du 4 germinal an II déterminant les cas où les jugements peuvent et doivent être annulés, en matière civile.

⁵⁸⁸ J. GHEZ, thèse préc., p. 9, n° 32.

⁵⁸⁹ M. A. MAILHER DE CHASSAT, *op. cit.*, t. I, p. 154.

⁵⁹⁰ Sur l'ensemble de ces points, voir E.-L. BACH, art. préc., pp. 435-436, n° 37 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, pp. 273-274, § 22 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 150, n° 126 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 209, n° 282 ; J. PETIT, thèse préc., p. 307, n° 633 et « À propos de la théorie de la qualification : le juge et les qualifications légales », in *L'office du juge*, préc., p. 148 ; J. REYMOND, thèse préc., p. 92 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 251 et s., n° 57.

difficultés d'interprétation qui président généralement à l'édiction d'une loi interprétative sont souvent affaire de points de vue. En droit fiscal, matière où le procédé des lois faussement interprétatives est assez courant⁵⁹¹, les deux types de lois trouvent souvent leur source dans une opposition entre l'administration fiscale et le juge sur le sens à donner à une règle préexistante. D'un côté, l'administration prétend se conformer à la volonté originelle du législateur en retenant l'interprétation la moins onéreuse pour les finances publiques, tandis que le juge penche pour un sens davantage favorable aux intérêts du contribuable⁵⁹². Le législateur intervient alors sous le prétexte de préciser la règle applicable en édictant une loi interprétative, laquelle modifie, en réalité, l'état du droit en vue de renverser la jurisprudence défavorable aux intérêts financiers de l'État⁵⁹³. On est alors en présence d'une véritable loi « modificative de validation ». Cette pratique des lois faussement interprétatives ne se limite plus à la matière fiscale et concerne des domaines aussi variés que la fonction publique ou le droit électoral⁵⁹⁴.

180. Face à une qualification législative expresse, mais fautive, les juges constitutionnel et administratif adoptent une attitude pour le moins prudente. Sans pour autant se reconnaître ouvertement un pouvoir de requalification des dispositions législatives faussement interprétatives, ceux-ci s'estiment en présence d'un cas de rétroactivité ordinaire de la loi. C'est en ce sens que s'est prononcé, à plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel en reconnaissant la constitutionnalité de la rétroactivité d'une loi faussement interprétative⁵⁹⁵. L'attitude du juge administratif, quoique plus nuancée, peut être considérée comme allant dans le même sens. Alors même qu'il n'a jamais remis en cause une qualification législative expresse⁵⁹⁶, le Conseil d'État ne s'en tient pas pour autant à la stricte volonté du législateur et exerce un contrôle de l'exactitude de la qualification. De manière assez habile, la Haute juridiction considère qu'en utilisant le terme interprétatif, le législateur a entendu conférer à la disposition en cause une portée simplement rétroactive⁵⁹⁷. En d'autres termes, le juge fait prévaloir sur la qualification

⁵⁹¹ Voir le rapport de la Commission Aicardi pour l'amélioration des relations entre les citoyens et les administrations fiscales et douanières, Paris, La Documentation Française, 1986, coll. rapports officiels, chap. VII, p. 47 et s. Cf., par ex., l'art. 17 de la loi n° 83-1159 du 24 décembre 1984, de finances rectificative pour 1983 (JORF du 28 décembre 1983, p. 3754) et P. MARTIN, concl. sur CE, 28 novembre 1986, *SARL "Delattre et Compagnie"*, préc. Sur la même affaire, voir CE, 8 décembre 1986, *SCI "Les Arolles"*, req. n° 44.100, Rec., T., p. 510, *RJF*, 1987, n° 2, p. 81, concl. B. MARTIN-LAPRADE ; 4 mars 1987, *SCI "Les Terrasses de Clamart"*, req. n° 50.653, *DF*, 1987, comm. 441, *RJF*, 1987, n° 5, p. 319 ; 17 avril 1991, *Piltzer*, req. n° 69.613, Rec., p. 139 ; 7 janvier 2000, *SA Winterthur*, préc.

⁵⁹² Sur l'ensemble de ces points, A. BERTRAND, thèse préc., p. 86 et s. ; F. DOUET, thèse préc., p. 114, n° 186.

⁵⁹³ Comp., par ex., art. 23-IV de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981, de finances pour 1982 (JORF du 31 décembre 1981, p. 3539) et CE, 11 juillet 1979, *Société X*, req. n° 02.087, Rec., p. 316, *DF*, 1980, n° 1, comm. 4, concl. LOBRY ; 30 septembre 1981, *SCI X*, req. n° 19.421, Rec., T., p. 701, *RJF*, 1981, n° 11, comm. 974 (modification des personnes redevables du prélèvement sur les profits de construction). Sur cette disposition, voir également CE, 27 juillet 1984, *Société Cimopart*, req. n° 37.857, Rec., p. 290, *RJF*, 1984, n° 10, p. 606 ; 3 juin 1985, *SCI 9/15 rue Lasson*, req. n° 42.901, Rec., p. 170, *DF*, 1986, n° 11, comm. 493, concl. P. BISSARA, *RJF*, 1985, n° 7, p. 550 ; 14 avril 1986, *SCI "Les Chasses"*, req. n° 44.607, Rec., T., p. 463, *DF*, 1986, n° 41, comm. 1679 ; Sect., 11 décembre 1987, *SCI Rudel*, req. n° 61.531, Rec., p. 406, *DF*, 1988, n° 19, p. 635, concl. B. MARTIN-LAPRADE, *RJF*, 1988, n° 2, comm. 190 ; 16 décembre 1991, *SCI "Le Saint-Christophe"*, req. n° 66.346, Rec., T., p. 843, *DF*, 1992, n° 30, comm. 1507, *RJF*, 1992, n° 2, comm. 212.

⁵⁹⁴ CE, 23 janvier 1980, *Sacrez*, préc. (conditions d'élection du président du conseil général) ; 23 mars 1994, *Chanel*, préc. ; 26 juin 1995, *Dalibot*, req. n° 125.421, Rec., T., p. 665 (exclusion d'une prime de la rémunération de fonctionnaires) ; 21 décembre 2001, *Élections municipales de Kingersheim (Haut-Rhin)*, req. n° 233.022, Rec., T., p. 971 (exception apportée à la règle de prohibition de la propagande électorale). Pour d'autres ex., voir J. BARTHÉLÉMY, art. préc., p. 476 ; L. DUGUIT, *eod. loc.* et « La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois », *RDP*, 1910, n° 4, p. 764, spéc. p. 772.

⁵⁹⁵ C.Const., déc. n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, préc., cons. 30 à 34 ; déc. n° 84-186 DC, 29 décembre 1984, préc., cons. 2 et 3 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 23 et 24.

⁵⁹⁶ J. PETIT, thèse préc., p. 309, n° 637.

⁵⁹⁷ CE, Ass., Avis, 7 juillet 1989, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE)*, req. n° 106.284, Rec. p. 162, *AJDA*, 1989, n° 10, p. 606, chr. E. HONORAT et E. BAPTISTE, *DF*, 1990, n° 11, p. 445, comm. 553 et *RFDA*, 1989, n° 6, p. 909, concl. P. MARTIN, *Quot. Jur.*, 18 janvier 1990, n° 7, p. 4, note anonyme, *RJF*, 1989, n° 10, p. 594 ; 5 mars 1997, *Société "Compagnie de Saint-Gobain"*, préc. Voir, en ce sens, J. PETIT, art. préc., p. 158. Pour une position contraire, voir O. FOUQUET, art. préc., p. 141 ; J. TUROT, art. préc., p. 659 ; S. VERCLYTTTE, art. préc., p. 464.

erronée de disposition interprétative la volonté implicite du législateur de faire rétroagir cette même disposition. Du reste, la solution apportée sur le terrain de la reconnaissance ou non d'une rétroactivité de la loi faussement interprétative par les juges constitutionnel et administratif s'explique par le refus de l'un comme de l'autre d'opérer une différence de traitement entre la loi interprétative et la loi simplement rétroactive. Pour sa part, le juge judiciaire a adopté une position beaucoup plus rigoureuse face à une disposition législative faussement interprétative. Non seulement la Cour de cassation refuse de s'en tenir à la qualification donnée par le législateur, mais elle dénie également toute rétroactivité à la loi faussement interprétative⁵⁹⁸. Ce faisant et de manière tout à fait contestable, le juge judiciaire se reconnaît un large pouvoir de requalification de la loi, en méconnaissance de la volonté pourtant clairement exprimée du législateur. De son côté, le tribunal des conflits a adopté une position médiane. S'il ne s'estime pas tenu par les qualifications données par le législateur, il accepte néanmoins de faire produire un effet rétroactif à la loi faussement interprétative⁵⁹⁹.

On retrouve une même prudence dans l'attitude du juge administratif à l'égard des lois interprétatives implicites.

B/ La rétroactivité implicite de la loi interprétative

181. De la même manière que la rétroactivité ordinaire de la loi, la rétroactivité attachée au caractère interprétatif d'une loi ne se présume pas⁶⁰⁰. À l'instar des autres dispositions rétroactives, la loi interprétative est soumise à un principe d'interprétation stricte. Pourtant, le juge peut être conduit, comme pour la loi ordinaire, à reconnaître l'existence d'une volonté implicite du législateur de conférer un caractère interprétatif – et partant un effet rétroactif – à une disposition, pourvu qu'elle ait été exprimée de manière suffisamment claire⁶⁰¹. Classiquement donc, cette volonté implicite se déduit des termes mêmes de la loi, de son objet, de son but ou de ses dispositions prises dans leur ensemble, ou encore des travaux préparatoires ou des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption du texte⁶⁰². À l'inverse, lorsqu'aucun élément en ce sens ne peut être dégagé du dispositif ou des conditions d'adoption de la loi, cette dernière ne saurait être qualifiée d'interprétative par le juge, ce qui conduit celui-ci à

⁵⁹⁸ Cass. Soc., 16 mai 1957, *Guérin*, Bull. Civ. IV, n° 552, *Gaz. Pal.*, 1957, II, p. 131 ; Com., 7 avril 1992, *Mme Pavie c/ Directeur général des Impôts*, préc. ; Ass. Plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer c/ Société Castorama*, préc. Pourtant, plusieurs décisions auraient pu faire croire que le juge judiciaire avait infléchi sa jurisprudence dans le sens d'une reconnaissance de la rétroactivité ordinaire d'une loi faussement interprétative (Cass. Civ. 3^e, 22 juin 1983, *Époux Versini-Campinchi*, pourv. n° 81-15.211, Bull. Civ. III, n° 145, p. 113 ; 1^{er} février 1984, *Société d'approvisionnement et de négociation immobilière (SANI) c/ Gouvellec et autre*, pourv. n° 82-16.853, Bull. Civ. III, n° 25). Sur ce point, voir T. BONNEAU, thèse préc., p. 268, n° 270.

⁵⁹⁹ TC, 13 décembre 2010, *SNC Green Yellow et autres c/ SA EDF*, req. n° C3800, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 8, p. 439, concl. M. GUYOMAR et note L. RICHER.

⁶⁰⁰ CE, 4 août 1927, *Société de la raffinerie de Chantenay*, Rec., p. 945, S., 1927, III, p. 115 ; 16 janvier 1959, *Ministre de la Santé publique c/ Westermayer*, Rec., p. 43 ; 30 octobre 1995, *Breuil*, req. n° 132.617, Rec., T., p. 770, *DF*, 1995, comm. 2320. Cf. L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 279 et s., § 22.

⁶⁰¹ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 216, n° 291 ; J. PETIT, thèse préc., p. 295, n° 604. Sur le principe d'interprétation stricte des lois interprétatives, cf., par ex., CE, Sect., 4 mars 1932, *De Branges de Bourcia*, Rec., p. 255 ; Sect., 22 mars 1957, *Caisse de retraite des industriels et commerçants des Alpes françaises*, Rec., p. 201.

⁶⁰² CE, 7 décembre 1936, *Sieur Bretin-Pacaud*, Rec., p. 1070 (travaux préparatoires) ; 4 mars 1949, *Sieur Duray*, Rec., p. 104 (dispositions de la loi prises dans leur ensemble) ; Sect., 8 février 1963, *Société Géo*, req. n° 50.090, Rec., p. 78, *AJDA*, 1963, p. 279, concl. DUCAMIN, *RDP*, 1962, n° 6, p. 1240 et 27 mai 1987, *Arnaudies*, préc. (termes mêmes de la loi) ; 9 mai 2005, *Communauté de communes du bassin de Lons-le-Saunier*, req. n° 264.551, Rec., T., p. 724, *BJCL*, 2005, n° 7, p. 479, concl. F. SÉNERS, *JCP CTI*, 2005, n° 10, p. 31, note L. ERSTEIN, *RDF*, 2005, n° 30-35, p. 1316, *RJF*, 2008, n° 7, p. 8261 (objet de la loi) ; Cass. Civ. 3^e, 13 mars 2008, *Société Gécina*, pourv. n° 07-10.704, Bull. Civ. III, n° 55 (sol. *a contrario*), *AJDI*, 2008, n° 9, p. 676, note C. CHENU (débats parlementaires).

dénier toute portée rétroactive à celle-là⁶⁰³. De la même façon qu'il se refuse à créer une rétroactivité inconsciente de la loi ordinaire, le juge s'interdit également de conférer un caractère interprétatif à une disposition, en l'absence de toute intention, révélée ou présumée, du législateur.

182. Toutefois, certains auteurs se sont attachés à montrer que la recherche de l'intention réelle du législateur ne constituait pas le critère exclusif d'identification d'une loi interprétative implicite. Selon ces auteurs, il existerait pour le juge « *un critère objectif de la norme interprétative par rapport auquel la nature d'une règle peut être déterminée indépendamment de la volonté de l'auteur* »⁶⁰⁴. À côté des lois interprétatives par la volonté du législateur, il y aurait une catégorie de lois interprétatives *par nature*⁶⁰⁵. De fait, le juge administratif s'appuie parfois sur le seul objet de la loi pour lui reconnaître la qualité de loi interprétative⁶⁰⁶. Ainsi, le Conseil d'État a été amené à attribuer un caractère interprétatif à des lois ayant pour objet de résoudre une question incertaine ou discutée, dès lors que les travaux préparatoires faisaient apparaître de telles difficultés⁶⁰⁷. Dans le même ordre d'idées, le juge a qualifié d'interprétative des lois ayant pour objet de supprimer une discordance entre la lettre du texte et l'intention de son auteur, telle qu'elle avait pu être exprimée dans les travaux préparatoires de la loi initiale⁶⁰⁸. Néanmoins, même dans le maniement de ce critère objectif, le juge répugne à se départir totalement de la recherche de la volonté implicite du législateur⁶⁰⁹.

183. Conclusion du paragraphe 3. L'importance de l'interprétation des lois antérieures que délivre d'autorité le législateur n'est plus à démontrer, non plus que la rétroactivité véritable qui doit lui être attachée de plein droit. En revanche, la pratique de la loi interprétative montre le dévoiement progressif dont ce procédé est l'objet. C'est dire tout l'intérêt qu'il y a pour le législateur de modifier un régime existant tout en donnant l'impression qu'il ne fait que lui apporter les clarifications nécessaires. Cette propension a suscité une réaction de la part du juge ordinaire, lequel tend à ne plus tenir compte des qualifications données par le législateur pour vérifier la réalité du caractère interprétatif de la loi à l'aune des critères qu'il a lui-même établis. La rétroactivité de la loi n'est plus la « chose » du législateur et l'on assiste à une concurrence de plus en plus en forte entre ce dernier et le juge dans l'attribution à la loi d'un effet rétroactif.

⁶⁰³ CE, 22 janvier 1930, *Ministre des Pensions c/ Dame Viala*, Rec., p. 88 ; 5 juin 1930, *Ministre des Pensions* (2^e esp.), Rec., p. 598 ; 6 janvier 1932, *Ministre des Pensions c/ Sieur Gesta*, Rec., p. 8 ; 10 juin 1936, *Société X...* (10^e esp.), Rec., p. 28 ; 4 mai 1936, *Société X...* (3^e esp.), Rec., p. 492 ; 21 mai 1958, *Secrétaire d'État à la guerre c/ Monteil*, Rec., p. 284 ; Sect., 9 janvier 1976, *Lecoq, Garrigou et Fabre*, req. n° 94.996, 95.766 et 95.238, Rec., p. 14, 15 et 17 (3 esp. ; sol. impl.), *AJDA*, 1976, p. 78, chr. M. BOYON et M. NAUWELAERS ; Sect., 18 novembre 1977, *Salmon*, req. n° 96.858, Rec., p. 452 (sol. impl.) ; 7 décembre 1983, *Ministre du Budget c/ M. X*, req. n° 34.000, Rec., p. 487, *DF*, 1984, n° 26, p. 882, concl. P. BISSARA, *RJF*, 1984, n° 2, p. 89 ; 31 janvier 1990, *District urbain du Pays de Montbéliard*, req. n° 84.898, Rec., T., p. 563, *AJDA*, 1990, n° 6, p. 492, obs. D. BROUSOLE.

⁶⁰⁴ Voir l'étude de J. PETIT, thèse préc., p. 295 et s., n° 604 et s., spéc. p. 300 et s., n° 615 et s. Cf., dans le même sens, J.-J. BIENVENU, thèse préc., t. I, p. 142 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 140, note 106 et p. 217, n° 292.

⁶⁰⁵ Suivant la distinction opérée par le Doyen Roubier. L'éminent auteur a dégagé deux critères de la loi interprétative par nature. D'une part, elle intervient en vue de résoudre une difficulté affectant une règle antérieure obscure ou mal dégagée. D'autre part, elle consacre une solution qui aurait pu être adoptée par la seule jurisprudence (P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 253, n° 58).

⁶⁰⁶ Certaines décisions expriment la démarche à la fois subjective et objective du juge en la matière. Voir, en ce sens, CE, 16 juillet 1926, *Pagès*, Rec., p. 747 ; 19 décembre 1929, *Ministre des Pensions c/ Dame Veuve Granié*, Rec., p. 1134 ; 16 janvier 1959, *Ministre de la Santé publique c/ Westermayer*, préc.

⁶⁰⁷ Cf., par ex., s'agissant de lois de définition, CE, 30 juillet 1920, *Bonnefoy*, préc. ; 8 juin 1937, *Chambre des métiers du département des Deux-Sèvres*, Rec., p. 569 ; 30 juin 1944, *Chambre des métiers du Maine-et-Loire et Sieur Davy*, Rec., p. 187.

⁶⁰⁸ CE, Sect., 7 janvier 1927, *Dame Bajoux*, (6^e esp.), Rec., p. 39, S., 1927, III, p. 142, *RDP*, 1927, n° 3, p. 496, concl. R. RIVET et note G. JÈZE (sol. *a contrario*) ; Sect. 5 mai 1950, *Sieur Mosconi*, Rec., p. 263 ; 12 mai 1958, *Sieur Gilles et autres*, Rec., p. 270 ; Sect., 3 juillet 1959, *Sieur Gouët*, Rec., p. 428 ; 21 avril 1961, *Sieur Mendez*, req. n° 49.700, Rec., p. 251 ; Sect., 13 octobre 1961, *Dame Blake*, req. n° 50.681, Rec., p. 562 ; 17 juin 1974, *Ministre des transports c/ Sieur Plas*, req. n° 86.416, Rec., p. 344. Sur l'ensemble de la question, cf. J. PETIT, *eod. loc.*

⁶⁰⁹ Cf., en ce sens, J. PETIT, thèse préc., p. 305, n° 628 et p. 307, n° 632.

§ 4 : L'annistie législative

184. L'annistie constitue une forme d'« oubli légal » accordé par le Parlement⁶¹⁰ à une série de faits antérieurement commis, en signe d'apaisement politique et social. Parce qu'elle se rapporte exclusivement à des faits dont la survenance précède son intervention, la loi d'annistie possède un champ d'application entièrement et exclusivement tourné vers le passé, ce qui en fait une loi rétroactive par son objet. Toutefois, la loi d'annistie ne pose en elle-même aucune règle nouvelle. Elle fait perdre à des faits survenus dans le passé leur caractère délictueux, sans rien ajouter au droit existant. En d'autres termes, la loi d'annistie vise à neutraliser l'effet de droit qui s'attache à la réalisation du présumé d'une règle d'incrimination existante, soit pour une catégorie de délinquants, soit pour une série de faits déterminés. Ce faisant, la loi d'annistie empêche que les conséquences qui doivent être normalement tirées de la qualification délictueuse de certains faits puissent l'être, pour le passé comme pour l'avenir. Non seulement les faits amnistiés ne pourront plus être sanctionnés à l'avenir, mais les condamnations auxquelles ils ont pu donner lieu doivent également être regardées comme non avenues et ce, alors même qu'elles ont été prononcées à une date antérieure à celle de la publication de la loi d'annistie⁶¹¹. Pour reprendre une formule bien connue du juge judiciaire, l'annistie a pour objet de « *couvrir du voile de l'oubli et d'effacer le souvenir et l'effet des condamnations ou des poursuites* »⁶¹². Du droit pénal d'où elle est émanée historiquement, la loi d'annistie a progressivement vu son domaine s'étendre au droit disciplinaire, ainsi qu'au droit public répressif⁶¹³.

185. S'il ne fait aucun doute pour la doctrine privatiste, et en particulier pour les spécialistes de droit pénal⁶¹⁴, que la loi d'annistie produit bien un effet rétroactif, cette opinion n'est partagée que par une partie de la doctrine publiciste⁶¹⁵. Le Conseil constitutionnel estime lui-même que la loi d'annistie n'a

⁶¹⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 343, n° 394. Contrairement au droit de grâce, lequel appartient traditionnellement au chef de l'État, qui est individuel, l'annistie est un acte de portée générale. Néanmoins, les deux mécanismes sont voisins dans leurs effets et sont parfois combinés. Certaines lois procèdent ainsi à une grâce amnistiante, c'est-à-dire qu'elles soumettent le bénéfice de l'annistie à l'obtention préalable d'une grâce au cours d'une période donnée. En tout état de cause, le pouvoir d'annistie est une compétence exclusive du Parlement, dès lors qu'il résulte de l'art. 34 de la Constitution de 1958 que la fixation des règles concernant l'annistie relève du domaine de la loi (cf., sur ces différents points, voir P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris, Armand Collin, coll. U Droit privé, 7^e éd., 2004, p. 165, n° 291 ; J. MAKOWIAK, « L'annistie en question », *RDP*, 2008, n° 2, p. 511, spéc. p. 514 et p. 528). Sur cette question, voir J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, préc., p. 752.

⁶¹¹ Cf., en ce sens, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 6^e éd., 2005, p. 181. Pour un ex., voir CE Ass. Plén., 24 novembre 1961, *Électricité de Strasbourg c/ Schaub*, req. n° 51.511, Rec., p. 660, *AJDA*, 1962, p. 18, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT, *RDP*, 1962, n° 2, p. 339, concl. C. HEUMANN.

⁶¹² Cass. Crim., 19 juillet 1939.

⁶¹³ En particulier en droit fiscal et électoral. Sur ces différents points, voir C.Const., déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant annistie*, cons. 15, Rec., p. 119, *AJJC*, 1988, p. 392, chr. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1988, n° 12, p. 752, note P. WACHSMANN, *D.*, 1989, J., p. 269, note F. LUCHAIRE, *Dr. soc.*, 1988, p. 755, note X. PRÉTOT, *Pouvoirs*, 1989, n° 48, p. 180, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *JCP G*, 1989, II, 21202, note M. PAILLET, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, cons. 21, Rec., p. 21, *LPA*, 21 février 1990, n° 23, p. 20, note J.-P. CHAUMONT, *Pouvoirs*, 1990, n° 54, p. 203, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDC*, 1990, n° 2, p. 332, note A. ROUX. Voir également, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. II, p. 343, n° 396 b) ; J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *op. cit.*, p. 54, n° 55.

⁶¹⁴ Le Doyen Cornu définit l'annistie comme la « *mesure qui ôte rétroactivement à certains faits commis à une période déterminée leur caractère délictueux* » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., p. 62). Cf., dans le même sens, P. MAYER, thèse préc., p. 40, n° 56 et 71 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, p. 419, n° 396 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 657, n° 846 ; J.-H. ROBERT, *loc. cit.*

⁶¹⁵ Voir, en ce sens, G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 184, 1997, p. 297, n° 415 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 126, n° 173 ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 362 ; J. PETIT, thèse préc., p. 19, n° 42. Pour une position contraire, voir G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1925, réimpr., 2005, p. 148 ; D. LABETOULLE et J.-H. STAHL, « Annistie », *Rép. cont. adm.*, 2005, pp. 7-8, n° 50. D'autres auteurs encore ne se prononcent tout simplement pas sur la question de la rétroactivité de la loi d'annistie (J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *loc. cit.* ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 667).

d'effet que pour l'avenir⁶¹⁶. On ne saurait cependant partager entièrement la position de la Haute instance. En effet, il convient de rappeler que l'effet dans le temps des lois répressives de fond s'apprécie par rapport à la date de commission de l'infraction⁶¹⁷, laquelle correspond au moment où les faits ou actes délictueux ont été accomplis. Suivant ce principe, une loi nouvelle qui se déclare applicable aux infractions commises à une date antérieure à celle de sa publication doit être regardée comme rétroactive. Tel est bien le cas de la loi d'amnistie, dans la mesure où celle-ci s'oppose à ce que des faits survenus antérieurement à sa publication subissent la sanction prévue par la loi d'incrimination en vigueur au moment de leur survenance⁶¹⁸.

Il est vrai que la portée particulière de la loi d'amnistie pourrait laisser croire que celle-ci n'a aucune incidence sur le passé. En dépit de son caractère d'ordre public⁶¹⁹, la loi d'amnistie développe, en effet, des effets pour le moins limités sur le passé de l'ordre juridique, mais qui n'en demeurent pas moins réels. Contrairement à la rétroactivité de la loi ordinaire, celle de la loi d'amnistie s'avère beaucoup moins radicale et absolue. Cette différence d'intensité dans la rétroactivité de la loi nouvelle tient à la nature particulière de la loi d'amnistie. Dans la mesure où elle écarte l'application d'une loi répressive de fond existante relativement à certains faits, sans pour autant que la première affecte le contenu de la seconde, la loi d'amnistie se rattache à la catégorie « des lois de dispense »⁶²⁰. En dehors du champ de l'amnistie, l'infraction et sa sanction demeurent, tandis qu'à l'intérieur, l'une et l'autre sont simplement suspendues soit de manière provisoire, soit de manière définitive. Cela signifie qu'il n'y a pas, en tant que telle, altération du fond du droit antérieur, mais simplement neutralisation de son application⁶²¹. En d'autres termes, l'effet de la loi d'amnistie consiste seulement à « passer sous silence » ce qui s'est produit juridiquement dans le passé, sans pour autant le changer.

À la différence de la loi ordinaire rétroactive, dont les effets sont susceptibles d'entraîner la remise en cause de la légalité des décisions administratives adoptées sous l'empire de la loi ancienne, la loi d'amnistie ne saurait, en principe, atteindre dans leur légalité les actes administratifs faisant suite à la sanction ou de la condamnation et qui ont été édictés antérieurement à la date de sa publication⁶²². Tout au plus se borne-t-elle à empêcher leur exécution et à commander leur disparition pour l'avenir.

⁶¹⁶ C. Const. déc. n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, cons. 8, Rec., p. 48, *AJJC*, 1989, p. 479, chr. B. GENEVOIS, *D.*, 1990, SC, p. 138, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT, *JCP G*, 1990, II, 21409, note C. FRANCK, *Pouvoirs*, 1989, n° 48, p. 185, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL ; déc. n° 89-265 DC, 9 janvier 1990, *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie*, cons. 6, Rec., p. 12, *Pouvoirs*, 1990, n° 54, p. 199, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDC*, 1990, n° 3, p. 323, note T. S. RENOUX.

⁶¹⁷ Sur ce point, cf., plus bas, p. 717, n° 926.

⁶¹⁸ Valable pour les lois régissant des infractions instantanées, le raisonnement est partiellement transposable à celles qui s'appliquent à des infractions présentant un caractère successif ou continu. En principe, leur action dans le temps relève du principe de l'effet immédiat. Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels que la solution de rétroactivité peut être retenue à leur égard (cf., plus bas, p. 737, n° 957).

⁶¹⁹ CE, 20 mai 1955, *Chabert*, Rec., p. 270 ; Sect., 22 janvier 1960, *Rey*, req. n° 42.271, Rec., p. 50.

⁶²⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 17-18, n° 5 : « il existe des lois qui reconnaissent la pleine souveraineté d'une loi antérieure, et se bornent à apporter à celle-ci une dérogation temporaire. [...] Elles n'ont d'autre effet que de suspendre pendant un temps donné l'efficacité d'une loi antérieure, sans affecter autrement la valeur obligatoire de cette loi, dont l'application reprendra dès la fin de la dispense ».

⁶²¹ Sur cette idée, voir B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 22^e éd., 2011, p. 657, n° 896 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 165, n° 290 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 293, n° 360.

⁶²² Cette solution vaut en matière d'excès de pouvoir (CE, 29 octobre 1948, *Clabaut*, Rec., p. 400 ; 29 avril 1953, *Schaaf*, Rec., p. 201 ; 7 octobre 1964, *Béraud*, req. n° 56.270, Rec., p. 450 ; 3 décembre 1971, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Calmel*, req. n° 80.434, Rec., p. 740), comme en plein contentieux (CE, 3 février 1999, *Bédoian*, req. n° 172.404, Rec., p. 11). Sur ces différents points, voir C. LEGRAS, concl. sur CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, req. n° 274.000, Rec., p. 24, *RFDA*, 2009, n° 2, p. 259, spéc. p. 263.

Il n'en reste pas moins que la loi d'amnistie produit un effet indéniable sur le passé, dès lors qu'elle prive d'existence juridique la sanction ou la condamnation elle-même, dans la mesure où l'une ou l'autre a porté sur les faits amnistiés⁶²³. D'une part, l'amnistie commande d'effacer toute trace, pour l'avenir comme pour le passé, d'une mention quelconque de l'une comme de l'autre, que celles-ci aient fait ou non l'objet d'une exécution. Cette obligation est elle-même assortie de sanctions en cas de non-respect par les personnes ayant eu connaissance des mesures en cause. D'autre part, l'une et l'autre ayant disparu, elles ne peuvent plus servir de fondement à une quelconque action répressive ou disciplinaire⁶²⁴. Du point de vue de ses effets contentieux, la loi d'amnistie provoque, à l'instar de toute loi rétroactive nouvelle, le non-lieu à statuer sur les litiges en cours à la date de sa publication⁶²⁵.

Enfin, on rappellera qu'à l'instar de toute disposition à caractère rétroactif, l'effet d'une amnistie est principalement juridique. L'amnistie n'efface pas les faits commis, mais se contente de leur faire perdre leur caractère délictueux. Ceux-ci ne sont plus punissables, de même qu'ils ne constituent plus une première infraction pour les récidives. Néanmoins, la loi d'amnistie est impuissante à effacer leur matérialité, si bien qu'il pourra toujours en être tenu compte dans l'édiction d'une décision distincte des mesures visées par la loi d'amnistie⁶²⁶.

186. La faible portée de la loi d'amnistie sur l'ordonnement juridique ne lui retire en rien son caractère rétroactif. Bien au contraire, elle permet de montrer que la « dose » de rétroactivité varie selon les effets recherchés par l'autorité normative dans sa révision du passé. Entre la modification, la relecture ou la censure de ce passé, il n'y a en droit qu'une différence de degré et non de nature.

*

187. Conclusion de la Section 2. Bien qu'elles empruntent les formes les plus variées, les techniques législatives de rétroactivité sont employées par le législateur principalement en vue de consolider ou de clarifier le droit antérieurement applicable. Par comparaison avec celles utilisées par les autres autorités publiques, elles représentent une réalité plus uniforme qu'il n'y paraît au premier abord. De fait, la grande liberté dont dispose le législateur pour conférer un effet rétroactif à la loi fait quelque peu perdre de vue ce trait. Ainsi, la validation, la ratification intervenant en dehors des textes et l'amnistie

⁶²³ CE, 6 mai 1857, *Lauba*, Rec., p. 354 ; 10 mai 1929, *Molinier*, Rec. p. 502 ; 8 avril 1987, *Entreprise Jean Lefebvre*, req. n° 28.531, Rec. p. 138.

⁶²⁴ Cf., par ex., les art. 14-I et 19 de la loi du 4 août 1981, citée plus haut. Sur le premier point, voir respectivement, CE, Sect., 18 décembre 1964, *Dailheu-Geoffroy*, req. n° 60.781, Rec., p. 648, *JCP G*, 1965, II, 140068, concl. J. RIGAUD ; 5 mars 2003, *Titran*, req. n° 241.325, Rec., p. 114, *AJDA*, 2003, n° 19, p. 1008, note S. DAMAREY, *LPA*, 18 août 2003, n° 164, p. 11, note F. MELLERAY. Sur le second point, voir CE 13 juillet 1961, *Dame Cotard*, req. n° 47.755, Rec., p. 477 ; 7 octobre 1964, *Béraud*, préc. (sol. impl.).

⁶²⁵ Sur le premier point, voir G. CORNU, *loc. cit.* Du reste, si la loi d'amnistie ne produisait son effet que pour l'avenir, un tel comportement pourrait toujours être, nonobstant l'intervention de ladite loi, sanctionné au titre de la période qui précède sa publication. Sur le second point, voir, pour le contentieux de l'excès de pouvoir, CE, 11 octobre 1995, *Société Jalatte*, req. n° 151.916, Rec., T., p. 663 ; 4 février 2004, *Letang*, req. n° 247.396, Rec., T., p. 834 ; 10 novembre 2004, *Kalfon*, req. n° 255.364, Rec., T., p. 588. La solution est identique dans le plein contentieux (CE, 19 mai 2000, *Mlle Mograbi*, req. n° 180.092, Rec., T., p. 839). Néanmoins, le non-lieu à statuer n'est prononcé en cassation que dans le cas où la sanction n'a pas été exécutée au moment de la publication de la loi d'amnistie (CE, 9 février 2005, *Mme Mariadassou*, req. n° 249.927, Rec., T., p. 739). Sur cette question, voir R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 985 et les ex. cités.

⁶²⁶ CE, 13 juillet 1948, *Roux*, Rec., p. 332 ; 18 mars 1949, *Rimbert*, Rec., p. 139. Le juge administratif ne fait ici que reprendre un principe de droit pénal, selon lequel l'amnistie abolit la peine mais laisse subsister le fait auquel elle interdit seulement de donner une qualification pénale. Pour des ex., voir CE, 5 novembre 1954, *Cossard*, Rec., T., p. 734 ; 31 mai 1963, *Conseil national de l'ordre des médecins c/ Sieur Bourdoulou*, req. n° 55.843, Rec., p. 338 ; 12 décembre 1969, *Darrac*, req. n° 65.987 et 69.399, Rec., p. 578, concl. G. BRAIBANT ; 8 avril 1970, *Tarral*, req. n° 72.676, Rec., p. 225 ; Sect., 15 octobre 1971, *Doux*, req. n° 80.545 Rec., p. 613 ; 16 novembre 1973, *Dame Veuve Lentz*, req. n° 89.580, Rec., p. 650 ; 14 juin 1989, *Hilt*, req. n° 67.694, Rec., T., p. 489 ; 28 juillet 1989, *Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c/ Kouame*, req. n° 81.650, Rec., T., p. 489. Sur ces différents points, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 344, n° 396 ; G. DELLIS, thèse préc., p. 305, n° 424 ; D. LABETOULLE et J.-H. STAHL, fasc. préc., p. 7, n° 49 et p. 9, n° 64.

permettent d'empêcher la sanction ultérieure d'un acte ou d'un agissement adopté dans le passé. De la même façon, c'est pour consolider le droit applicable, qu'une imperfection a rendu un temps susceptible de controverse, que le législateur adopte une disposition interprétative.

Si la confirmation d'un acte antérieur est également employée par l'autorité administrative et le juge, quoique de manière beaucoup moins large, il faut mettre à part le procédé de la ratification législative, à tout le moins lorsque cette dernière est opérée sur le fondement d'un texte. Il s'agit là d'un procédé de régulation des compétences normatives dans le temps qui est l'apanage du législateur. En effet, ce dernier dispose, à titre exclusif, de la faculté d'aménager comme il le souhaite son action dans le temps.

À la différence du juge et de l'autorité administrative, le législateur ne fait que rarement usage du procédé de l'annulation rétroactive. Il n'est amené à annihiler purement et simplement les effets d'actes antérieurs que dans des circonstances particulières. Pour l'essentiel, les cas de rétroactivité de la loi sont donc orientés plutôt vers le maintien de l'existant ou la fixation de règles nouvelles. Ce constat n'a, en soi, rien de surprenant. L'office du législateur se distingue nettement de celui du juge et de l'autorité administrative. Toutefois, à la faveur de l'institution en 2008 d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois promulguées sur renvoi des juridictions ordinaires, l'annulation rétroactive de la loi n'est plus appelée à rester un phénomène exceptionnel.

Section 3 : Les effets sur le passé du contrôle de constitutionnalité de la loi

188. Institution ambivalente, le Conseil constitutionnel est chargé par la Constitution de 1958 du contrôle de constitutionnalité de la loi au sein de l'ordre juridique français. Exerçant une activité matériellement juridictionnelle, le Conseil constitutionnel demeure toutefois un organe de nature principalement politique. Cette dualité congénitale perdure en dépit de l'enrichissement récent du contrôle *a priori* de constitutionnalité de la loi par un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par la réforme constitutionnelle de 2008. Bien que le débat sur le statut du Conseil soit largement daté, il n'en reste pas moins que le moment auquel celui-ci est appelé à exercer son contrôle le fait, directement ou indirectement, participer à l'élaboration de la loi⁶²⁷. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi s'exerce alors que la procédure législative est encore « en cours »⁶²⁸. L'insertion du Conseil constitutionnel dans le processus législatif justifie ainsi que la question des effets dans le temps de ses décisions soit abordée en parallèle de ceux de la loi.

En faisant également intervenir les Sages de la rue Montpensier après la promulgation de la loi, la réforme constitutionnelle de 2008 semble remettre en cause, au moins partiellement, un tel choix. La mise en place du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée a entraîné de nombreuses conséquences pour cette l'institution, dont la principale est certainement une juridictionnalisation accrue de la procédure menée devant elle. Néanmoins, la réforme de 2008 a, semble-t-il, eu un impact plus limité sur les caractéristiques essentielles du système français de justice constitutionnelle. Ainsi, tant la nature abstraite du contentieux constitutionnel que la composition politique de l'organe qui en charge du contrôle de constitutionnalité⁶²⁹ n'ont été affectés par cette « révolution copernicienne ». S'il est indéniable que la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité amène le Conseil à se comporter encore davantage comme un véritable juge, on peut néanmoins estimer que le rôle de « coauteur » de la loi qu'il a jusqu'à présent joué reste fondamentalement inchangé, comme le montrent du reste les premières décisions que le Conseil a adoptées dans le cadre de cette nouvelle procédure. En effet, la Haute instance a largement transposé les principes gouvernant son contrôle de constitutionnalité au stade de la confection de la loi dans le contrôle qu'il exerce désormais au stade de son application. L'octroi d'un pouvoir d'abrogation au Conseil constitutionnel ne modifie pas davantage la nature de son rôle. Kelsen défendait déjà, en son temps, l'idée que le juge constitutionnel constituait un « législateur négatif ». Ainsi l'éminent auteur remarquait-il que « l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant

⁶²⁷ Sur ce débat, voir D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien-Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 9^e éd., 2010, p. 75 et s., n° 70 et s. ; M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 329, spéc. pp. 339-340 ; G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? : Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 537, spéc. p. 541.

⁶²⁸ Voir, de manière implicite, C.Const., déc. n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 23, Rec., p. 70, *AIJC*, 1985, p. 423, chr. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1985, n° 11, p. 607, note L. HAMON, *D.*, 1986, J., p. 45, note F. LUCHAIRE, *Pouvoirs*, 1986, n° 36, p. 174, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Rev. adm.*, 1985, p. 572, note R. ETIEN, *RDJ*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU.

⁶²⁹ Sur ces caractéristiques, voir, notamment, M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996. Voir également, É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, req. n° 316.734, à pub. au Leb., *RFDA*, 2011, n° 4, p. 789, spéc. p. 792.

pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative »⁶³⁰. Toute la spécificité de la nouvelle mission exercée par le Conseil dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité réside donc moins dans le rôle que celui-ci est appelé à jouer que dans les effets produits par les décisions qu'il adopte à cette occasion.

Au bénéfice de ce qui précède, ainsi que dans un souci de cohérence, les aspects temporels du contrôle de constitutionnalité des lois seront donc abordés, dans leur ensemble, à l'occasion des présents développements. Les décisions adoptées par le Conseil dans le cadre de son double contrôle de constitutionnalité des lois peuvent être distinguées selon le type de réponse apportée à la question qui lui est soumise.

189. Selon la réponse donnée par la Haute instance à la question de constitutionnalité posée devant lui, les effets de sa décision sur l'ordonnement juridique sont différents⁶³¹. Ainsi les conséquences découlant d'une déclaration de conformité sans réserve de la loi à la Constitution se distinguent-elles de celles produites par une déclaration de non-conformité ou par une déclaration de conformité assortie d'une ou plusieurs réserves. Dans le premier cas, la décision de constitutionnalité emporte la validation de la disposition législative mise en cause au regard du bloc de constitutionnalité, en même temps qu'elle s'oppose à toute nouvelle confrontation de la première avec le second. Dans les deux autres cas, la décision du Conseil débouche, du moins en principe, sur la suppression de la contrariété de la disposition législative aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Évidente dans le cas d'une déclaration de non-conformité, cette conséquence doit être précisée pour le cas un peu particulier d'une déclaration de conformité assortie d'une ou plusieurs réserves d'interprétation. Le rattachement de cette voie médiane entre conformité et non-conformité à la seconde plutôt qu'à la première de ces catégories de décision se justifie en tenant compte du but poursuivi par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'exercice de son contrôle. Dans le cas d'une déclaration de non-conformité, comme dans celui d'une déclaration de conformité avec réserve, le Conseil part du constat d'une contrariété initiale de la disposition législative avec la Constitution, à laquelle il tente de remédier. Ce n'est qu'en l'absence de toute autre solution permettant de rétablir la constitutionnalité de la disposition législative que le Conseil la déclarera non-conforme à la Constitution. À l'inverse, lorsque cela lui est possible, la Haute instance s'attache à « vider de son venin » d'inconstitutionnalité la disposition en cause. Une nouvelle signification lui sera alors attribuée, de telle manière à assurer sa pleine conformité à la Constitution. En d'autres termes, la correction directe de la loi par le moyen d'une réserve d'interprétation ne saurait masquer l'état de contrariété originel dans lequel l'œuvre du législateur se trouvait avant l'intervention des Sages de la rue Montpensier, à plus forte raison dans les cas où celui-ci se prononce postérieurement à l'entrée en vigueur de celle-là.

Cette dichotomie se trouve, de surcroît, confortée par l'examen de leurs effets respectifs sur la loi contrôlée. De ce point de vue, les deux catégories de décision statuant sur la constitutionnalité de la loi ne sont pas à placer sur un même plan. Alors que les déclarations de non-conformité et les déclarations de conformité avec réserve induisent, quel que soit le moyen mis en œuvre pour remédier à

⁶³⁰ Voir, en ce sens, H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 2, p. 197, spéc. pp. 224-225. Il convient de préciser que, dans l'esprit de l'éminent juriste, l'annulation peut équivaloir, dans ses effets, à une abrogation. Selon lui, « l'idéal de la sécurité juridique exige qu'on n'attribue en général d'effet à l'annulation d'une norme générale irrégulière que 'pro futuro', c'est-à-dire à dater de l'annulation » (H. KELSEN, art. préc., p. 218, n° 8 et p. 242, n° 18, dans le même sens, *Théorie pure du droit*, préc., p. 367).

⁶³¹ Sur cette distinction, voir C.-É. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel français. Contribution à l'analyse du contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel et les juridictions administrative et judiciaire*, thèse dactyl., Paris II, 2010, p. 433 et s., n° 461 et s.

la situation inconstitutionnelle, une modification de l'ordonnement juridique, on ne peut pas en dire autant de la déclaration de conformité. En effet, tant qu'elle n'a pas été déclarée contraire à la Constitution, la loi doit, en toutes hypothèses, recevoir application. Lorsqu'il est délivré, *a priori* ou *a posteriori*, par le Conseil constitutionnel, le « brevet de constitutionnalité » ne modifie donc en rien le contenu de la loi ou l'application que celle-ci a pu connaître auparavant. L'incidence sur le passé de l'ordonnement juridique de la décision de constitutionnalité apparaît donc hautement improbable. En revanche, la suppression de l'inconstitutionnalité, qu'elle soit commandée par la déclaration de non-conformité adoptée par le Conseil (§ 1) ou qu'elle soit directement réalisée par lui au moyen de l'émission d'une réserve d'interprétation (§ 2), est susceptible, dans un cas comme dans l'autre, de déboucher sur une remise en cause des effets que la loi a antérieurement produits.

§ 1 : La rétroactivité de la décision d'inconstitutionnalité de la loi rendue par le Conseil constitutionnel

190. Dans un système de justice constitutionnelle idéal qui consacrerait une conception maximaliste de la prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique interne, la garantie de la norme suprême supposerait la remise en cause de la validité de toute norme de rang inférieur qui lui serait contraire. Suivant cette logique, le constat d'une inconstitutionnalité ne s'opposerait pas seulement à ce que la norme non valide puisse être maintenue dans l'ordonnement juridique, mais commanderait, de surcroît, son annihilation rétroactive, ainsi que celle de ses effets. En d'autres termes, à l'inconstitutionnalité devrait être attachée une sanction d'annulation rétroactive de la norme qui en est entachée, ainsi que de ses effets⁶³².

191. En faisant le choix d'un système de contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois, les constituants de 1958 ont adopté une solution différente. Le contrôle de constitutionnalité étant exercé à un moment antérieur à l'entrée en vigueur de la loi, il n'emporte aucune incidence sur le passé de l'ordonnement juridique (I). Les rares hypothèses dans lesquelles le Conseil constitutionnel a accepté d'examiner la constitutionnalité de la loi promulguée confirment, du reste, l'absence de rétroactivité de la décision d'inconstitutionnalité. L'introduction d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois n'a, en apparence, rien changé, dès lors que c'est un système d'abrogation de la loi inconstitutionnelle qui a été mis en place. Une analyse plus approfondie des effets dans le temps de la décision d'inconstitutionnalité montre que cette dernière est susceptible de produire, dans certains cas, des effets sur le passé. De la liberté laissée au Conseil pour déterminer les conséquences temporelles de sa décision, il résulte que cette rétroactivité est à géométrie variable (II).

I – UNE RETROACTIVITE EMPECHEE DANS LE CADRE DU CONTROLE A PRIORI

192. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi, le Conseil confronte au bloc de constitutionnalité les dispositions d'un texte non encore entré en vigueur, qu'il s'agisse de la loi ou d'un traité international, ce qui interdit toute incidence sur le passé de sa décision. Le juge constitutionnel ne peut se prononcer que pour l'avenir. Il en résulte que la question de l'annulation de la loi par le Conseil,

⁶³² Outre les références citées à la note précédente, voir C. AGOSTINI, *Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, thèse dactyl., Paris X, 2000 ; D. DOKHAN, thèse préc., p. 174.

et corrélativement de sa rétroactivité éventuelle, semble devoir être écartée lorsque ce dernier statue dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. L'effet des décisions d'inconstitutionnalité éventuellement prononcées à l'occasion de ce contrôle ne saurait, en effet, être assimilé à celui d'une annulation juridictionnelle, laquelle intervient nécessairement *a posteriori* et de manière rétroactive⁶³³. Pour s'en convaincre, il suffit ici de rappeler que l'annulation d'une norme quelconque suppose que celle-ci soit au préalable entrée dans l'ordonnement juridique. Or, tel n'est pas le cas de la loi au moment où elle est déférée au Conseil⁶³⁴. En vertu des dispositions de l'article 62, alinéa 1^{er} de la Constitution, l'effet de la décision d'inconstitutionnalité se limitera à empêcher l'entrée en vigueur de la disposition jugée non conforme⁶³⁵. La disposition éventuellement déclarée inconstitutionnelle ne s'insérera tout simplement pas dans l'ordonnement juridique. La décision rendue par le Conseil n'entraîne ainsi aucun effet sur le passé de celui-ci⁶³⁶.

L'introduction d'un système de contrôle *a posteriori* de constitutionnalité de la loi dans l'ordre juridique français a profondément renouvelé la question des effets que pourrait comporter pour le passé une décision d'inconstitutionnalité rendue par le Conseil constitutionnel.

II – UNE RETROACTIVITE A GEOMETRIE VARIABLE DANS LE CADRE DU CONTROLE *A POSTERIORI*

193. Au cours de la période précédant la réforme constitutionnelle de 2008, le système français de justice constitutionnelle n'excluait pas toute confrontation de la loi promulguée à la Constitution. Seulement, dans ces hypothèses particulières de contrôle de la constitutionnalité *a posteriori*, la décision du Conseil constitutionnel n'emportait aucune incidence sur le passé. On sait que celui-ci a admis le principe d'un tel contrôle à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité d'une loi postérieure modifiant, complétant ou affectant le domaine la loi antérieure⁶³⁷. Néanmoins, le Conseil a toujours refusé de remettre en cause par cette voie la validité de la loi promulguée. S'il a récemment pu déclarer une loi initiale contraire à la Constitution⁶³⁸, la portée temporelle de cette décision reste encore incertaine. En tout état de cause, la solution d'une annulation rétroactive semble devoir être écartée au profit du maintien dans l'ordonnement juridique de la norme législative déclarée inconstitutionnelle par voie d'exception. La doctrine, de même que la jurisprudence des juridictions ordinaires, se montrent pour le moins hésitantes sur les conséquences à tirer de l'inconstitutionnalité. Si le juge judiciaire

⁶³³ Sur ce point, cf., plus bas, p. 269, n° 345.

⁶³⁴ En tant que tel, le contrôle *a priori* de constitutionnalité ne porte donc sur aucune norme valide, au sens kelsénien du terme (cf., en ce sens, C. AGOSTINI, thèse préc., pp. 312-313 ; C.-É. SÉNAC, thèse préc., p. 547, n° 523-524). Sur le processus d'entrée en vigueur de la loi, cf., plus bas, p. 637 et s., n° 828 et s.

⁶³⁵ C'est en ce sens qu'il faut comprendre la formulation de cette disposition, suivant laquelle : « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application ».

⁶³⁶ La norme édictée par le jugement constitutionnel ne produit aucun effet sur le passé. Cf., dans le même sens, voir M. FROMONT, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, p. 149, spéc. p. 154 ; J. PINI, « (Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle », *Cah. Cons. Const.*, 2008, n° 24, p. 81, spéc. p. 82.

⁶³⁷ C. Const., déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, préc.

⁶³⁸ C. Const., déc. n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 51, *AJJC*, 1999, p. 611, chr. J. PINI, *AJDA*, 1999, n° 4, p. 324, chr. J.-É. SCHOETTL et, n° 6, p. 500, étude O. GOHIN, *D.*, 2000, SC, p. 116, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE et p. 199, obs. J.-C. CAR, *JCP G*, 1999, I, 151, note J.-H. ROBERT et 2000, I, 201, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *LPA*, 21 septembre 1999, n° 188, p. 8, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX et 28 septembre 1999, n° 193, p. 16, note E. AUBIN, *RDJ*, 1999, n° 3, p. 653, note J.-P. CAMBY et p. 1005, note A.-M. LE BOS-LE POURHIET, *RFDA*, 2005, n° 5, p. 1049, note J. BONNET, *RFDC*, 1999, *RFDC*, 1999, n° 38, p. 345, note J.-Y. FABERON et n° 40, p. 328, note J. PINI et p. 334, note J.-C. CAR, *RRJ*, 1999, n° 3, p. 929, étude P. PORTET et 2000, n° 2, p. 681, étude J.-F. FLAUSS.

semble avoir opté pour l'inefficacité de la loi, le juge administratif s'est bien gardé de se prononcer sur cette question⁶³⁹. Les opinions doctrinales apparaissent, pour leur part, comme n'étant guère plus assurées, se partageant entre l'inapplicabilité de la loi et son abrogation⁶⁴⁰. L'ensemble des auteurs s'accordent cependant sur l'obligation faite au législateur de *corriger* la loi en vue de faire disparaître l'inconstitutionnalité constatée. De fait, ce dernier s'est engagé dans cette voie en prononçant de lui-même l'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles pour les remplacer par un dispositif conforme à la Constitution⁶⁴¹. Qu'elle soit limitée à la loi soumise, à titre principal, au contrôle de constitutionnalité ou élargie à celle examinée à titre incident, la décision d'inconstitutionnalité ne produit, comme précédemment, d'effet *qu'ad futurum*.

194. Il n'en allait pas différemment dans le cadre de la procédure de délégalisation prévue par l'article 37, alinéa 2, de la Constitution de 1958. En sa qualité de régulateur de la répartition constitutionnelle des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire, le Conseil constitutionnel peut être saisi à tout moment par le Premier ministre pour effectuer ce contrôle particulier à l'égard de lois déjà promulguées. Il aurait été alors tentant de considérer que la sanction de l'empiètement du législateur sur le domaine du pouvoir réglementaire dans le cadre de ce contrôle *a posteriori* consiste en l'annulation de la loi contestée. De fait, aucun texte, non plus que le Conseil lui-même, ne précise ni n'impose que la décision déclarant le caractère réglementaire d'une disposition prenne effet à compter du jour où le juge statue⁶⁴². À cela s'ajoutait une décision rendue dans le cadre du contrôle *a priori* par laquelle le Conseil avait déclaré une disposition législative empiétant sur le domaine réglementaire contraire à la Constitution⁶⁴³. Telle n'a pas été la solution finalement retenue. Celle-ci reste conforme au régime du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, tel qu'il se présentait antérieurement à la réforme constitutionnelle de 2008⁶⁴⁴. Le constat d'un empiètement du législateur dans le domaine réglementaire n'entraîne pas l'anéantissement de la norme législative, ni même son inefficacité, mais la perte de sa valeur, de son rang. Le Conseil restitue à la disposition contestée sa

⁶³⁹ Sur la position du juge judiciaire, voir CA, Douai, 2^e chambre, 30 mars 2000, *M. Maquet*, n° de RG 1998/10370). Sur la position du juge administratif, cf. CE, 15 février 2002, *Élections à l'Assemblée de la Polynésie française (circonscription des îles du Vent)*, req. n° 233.945 et 234.131, Rec., p. 40, *LPA*, 13 mai 2002, n° 95, p. 4, note J.-P. CAMBY ; 29 juillet 2002, *Élections municipales d'Anse-Bertrand (Guadeloupe)*, req. n° 236.939, Rec., T., p. 743 ; 24 mars 2004, *Flohr*, req. n° 257.331 et 257.475. Pour une analyse de ces décisions, voir J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 81, 2009, pp. 115-117.

⁶⁴⁰ G. DRAGO, *op. cit.*, p. 424, n° 449 ; F. LUCHAIRE, *op. cit.*, t. I, 189, n° 191 ; D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 229, n° 229. Pour les lois antérieures à la Constitution de 1958, leur sort serait résolu plus aisément. Il suffirait au Conseil constitutionnel ou au juge ordinaire de constater leur caducité, plus précisément leur abrogation implicite, du fait de l'entrée en vigueur d'une norme postérieure et de valeur supérieure (sur cette question, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 148, n° 84 ; H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 161, 1991, p. 207 ; J.-B. DUBRULLE, « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité ? », *AJDA*, 2007, n° 3, p. 127 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 337 ; C.-É. SÉNAC, « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *RDP*, 2008, n° 4, p. 1081 ; J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJJC*, 1990, p. 219, spéc. p. 251 et s.).

⁶⁴¹ M. DISANT, *L'autorité de chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 135, 2010, p. 432 et s.

⁶⁴² Sur l'ambiguïté des effets d'une décision de déclassement, cf., par ex., C.Const., déc. n° 61-3 FNR, 8 septembre 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles*, Rec., p. 48, *AJDA*, 1961, p. 543, note A. de LAUBADÈRE, *D.*, 1963, J., p. 381, note L. HAMON ; déc. n° 68-50 L du 30 janvier 1968, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française et article 52 de la loi n° 60-1384 du 23 décembre 1960, portant loi de finances pour 1961*, Rec., p. 23, *JCP G*, 1968, II, 15637, note L. FAVOREU.

⁶⁴³ C.Const., déc. n° 64-27 DC, 18 décembre 1964, *Lois de finances pour 1965*, cons. 7, Rec., p. 29, *AJDA*, 1965, p. 100, note A. de LAUBADÈRE, *D.*, 1966, J., p. 17, note L. HAMON.

⁶⁴⁴ Sur ces questions, voir F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, t. I, Paris, Economica, 1997, p. 187, n° 190 ; D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 230, n° 230 ; C.-É. SÉNAC, thèse préc., p. 546, n° 522.

valeur réglementaire⁶⁴⁵, permettant au Gouvernement d'y apporter, pour l'avenir, les modifications voulues.

195. La mise en œuvre de la réforme de 2008 a remis en cause l'absence d'incidence sur le passé de l'ordonnancement juridique du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Pourtant, la nouvelle rédaction de l'article 62 de la Constitution de 1958, aux termes de laquelle : « *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision* »⁶⁴⁶, apparaît ne rien changer au principe de l'effet *ad futurum* de la décision d'inconstitutionnalité, si ce n'est que les Sages de la rue Montpensier détiennent désormais le pouvoir de faire sortir de l'ordonnancement juridique une loi promulguée qui a été déclarée contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution. Parmi les différents modèles existants, c'est en effet le modèle abrogatif qui a été retenu pour la France⁶⁴⁷.

Le choix du principe d'une sortie de vigueur non rétroactive de la loi déclarée inconstitutionnelle ne signifie pas pour autant que la décision adoptée par le Conseil constitutionnel sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ne puisse comporter aucune conséquence sur le passé de l'ordonnancement juridique. Le texte même de l'article 62 de la Constitution laisse le Conseil libre de déterminer « *les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Cela signifie que le Conseil dispose du pouvoir de moduler les effets dans le temps de sa décision vers le futur – ce qu'il s'autorisait déjà à faire dans le cadre du contrôle *a priori*⁶⁴⁸ –, mais également – ce qui est plus novateur – vers le passé. Cette solution n'a, en soi, rien d'original, puisque les autres systèmes de justice constitutionnelle ayant opté pour le modèle abrogatif, tels ceux de l'Autriche et de l'Italie⁶⁴⁹, ont également mis en place un pouvoir similaire de modulation *ratione temporis*. Non seulement toute rétroactivité des décisions d'inconstitutionnalité n'est pas exclue, mais celle-ci se présente comme étant à géométrie variable.

196. C'est ce qui ressort du considérant de principe adopté par le Conseil constitutionnel par lequel ce dernier est venu préciser les effets dans le temps de ses déclarations d'inconstitutionnalité, ainsi que les

⁶⁴⁵ C.Const., déc. n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, préc., cons. 11.

⁶⁴⁶ Art. 29 et 30 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la V^e République (JORF n° 171 du 24 juillet 2008, p. 11890).

⁶⁴⁷ Sur les différents systèmes de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, voir P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, n° 6, p. 1107, spéc. p. 1123 ; D. CHAUVAUX, « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », *RDJ*, 2009, n° 3, p. 566, spéc. p. 578 ; J.-P. THIELLAY, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme Delannoy et M. Verzele et Mme Lazare*, req. n° 327.808 et 329.290, à pub. au Leb., *RFDA*, 2011, n° 4, p. 773, spéc. p. 774. À l'inverse du modèle français, qui s'inspire du modèle autrichien, les modèles allemand et espagnol consacrent la rétroactivité des décisions d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. Outre les références déjà citées, voir P. BON, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse. Le cas espagnol », *RFDA*, 2004, n° 5, p. 696 ; O. JOUJAN, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse. Le droit allemand », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 676.

⁶⁴⁸ Cf., respectivement, C.Const., déc. n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 58, Rec., p. 313, *GDCC* n° 37, *AJDA*, 2008, n° 29, p. 1614, note O. DORD, *Dr. adm.*, 2008, n° 8-9, p. 37, obs. C. FARDET, *JCP G*, 2008, n° 30, p. 37, note A. LEVADE, *LPA*, 3 décembre 2008, n° 242, p. 8, note F. BARQUE, *Rev. adm.*, 2009, n° 368, p. 130, note J. ARLETTAZ, *RDJ*, 2009, n° 4, p. 1181, note E. BROSSET, *RFDC*, 2009, n° 77, p. 189, note A. CAPITANI ; déc. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts Labane*, cons. 12, *GDCC* n° 45, *AJDA*, 2010, n° 28, p. 1606, note O. DORD, *RFDA*, 2010, n° 4, p. 717, note D. KATZ ; déc. n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, cons. 30, *GDCC* n° 47, *D.*, 2010, n° 29, p. 1928, note C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, *Gaz. Pal.*, 4-5 août 2010, n° 216-217, p. 14, note O. BACHELET et 12 septembre 2010, n° 255-257, p. 5, étude O. BACHELET, *JCP G*, 20 septembre 2010, n° 38, p. 1714, note F. FOURNIÉ, *RDJ*, 2011, n° 1, p. 269, chr. D. ROUSSEAU et P.-Y. GAHDOUN ; déc. n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres*, cons. 9 ; déc. n° 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Pitte*, cons. 7, *RDJ*, 2011, n° 1, p. 269, chr. D. ROUSSEAU et P.-Y. GAHDOUN.

⁶⁴⁹ Sur l'ex. italien, cf. l'art. 136 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 ; T. DI MANNNO, « La modulation dans le temps des effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 700. Sur l'ex. autrichien, cf. l'art. 140 de la loi constitutionnelle du 1^{er} octobre 1920. Cette solution était également préconisée par H. Kelsen. Ce dernier estimait, en effet, que : « *certaines circonstances peuvent rendre un annulation rétroactive nécessaire* » (H. KELSEN, art. préc., p. 219).

conditions de mise en œuvre de son pouvoir de modulation *ratione temporis*⁶⁵⁰. Suivant les principes posés par la Haute instance, la décision d'inconstitutionnalité est susceptible de développer des effets dans le passé dans deux séries de situations. Dans un premier cas de figure, la rétroactivité reste « procédurale », c'est-à-dire qu'elle reste enfermée à l'intérieur de la sphère contentieuse. C'est la solution de principe retenue en cas de déclaration d'inconstitutionnalité (A). Dans un deuxième cas de figure, une rétroactivité « décloisonnée » peut apparaître nécessaire pour remédier à l'inconstitutionnalité. Il est alors loisible au Conseil d'étendre les effets de sa décision en vue de remettre en cause tout ou partie des effets développés par la loi pour la période antérieure à la déclaration d'inconstitutionnalité. En tout état de cause, une mention expresse en ce sens dans la décision de la Haute instance sera nécessaire pour remettre en cause les effets passés de la loi inconstitutionnelle au-delà de la sphère contentieuse (B).

A/ Le principe de la rétroactivité procédurale de la décision d'inconstitutionnalité

197. Dans deux décisions en date du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel a adopté le principe d'une rétroactivité « procédurale » des décisions d'inconstitutionnalité qu'il rend dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois⁶⁵¹. Il faut comprendre par là que l'effet abrogatif résultant de la déclaration d'inconstitutionnalité doit pouvoir bénéficier aux justiciables qui ont provoqué la saisine du Conseil, ainsi que plus largement à tous les requérants qui ont déjà engagé un contentieux à la date de la décision d'inconstitutionnalité⁶⁵². Il est remarquable de noter que Kelsen préconisait déjà en son temps une rétroactivité limitée de la décision d'annulation des normes générales inconstitutionnelles, notamment dans le cas de la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité à l'initiative des organes d'application du droit⁶⁵³.

La Haute instance est venue conforter et expliciter le principe de l'effet utile de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité qu'elle avait consacré à l'occasion de sa décision relative à la loi organique organisant cette même procédure⁶⁵⁴. L'applicabilité de la décision d'inconstitutionnalité aux procédures en cours à la date de sa publication et dont l'issue dépend de l'application de la loi en

⁶⁵⁰ « Si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration » (C.Const., déc. n° 2010-108 QPC, 25 février 2011, *Mme Marie-Christine D.*, cons. 5 ; déc. n° 2010-110 QPC, 25 février 2011, *M. Jean-Pierre B.*, cons. 8, *Dr. adm.*, 2011, n° 6, p. 27, note J. BOUDON).

⁶⁵¹ C.Const., déc. n° 2010-108 QPC et déc. n° 2010-110 QPC, 25 février 2011, préc. Voir également, X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 761, spéc. p. 763.

⁶⁵² Le Conseil constitutionnel a choisi, parmi les différentes solutions envisageables, celle qui confère un effet procédural étendu à l'abrogation de la loi inconstitutionnelle. La doctrine avait, notamment, imaginé que l'effet abrogatif puisse être, en principe, limité aux seuls requérants ayant provoqué la question prioritaire de constitutionnalité (P. BON, *loc. cit.* ; D. CHAUVAUX, art. préc., p. 579).

⁶⁵³ Après avoir rappelé que l'annulation des normes générales contraires à la Constitution ne devait, en principe, revêtir aucun effet rétroactif, l'éminent juriste estimait que : « pour les faits antérieurs à l'annulation qui n'ont encore fait, au moment où elle se produit, fait l'objet d'aucune décision d'une autorité publique, et qui, si l'on excluait tout effet rétroactif de l'arrêt d'annulation, devraient toujours – la norme générale n'étant annulée que 'pro futuro', c'est-à-dire que pour les faits postérieurs à l'annulation – être jugées d'après elle. [...] Cette rétroactivité limitée est même nécessaire dans une certaine organisation de la procédure de contrôle de constitutionnalité » (H. KELSEN, art. préc., p. 243, ainsi que p. 246 sur l'initiative du contrôle).

⁶⁵⁴ C.Const., déc. n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 17, Rec., p. 206, *GDCC* n° 41, *Gaz. Pal.*, 9 et 10 décembre 2009, n° 343-344, p. 4, note D. ROUSSEAU, *JCP G*, 2009, n° 52, p. 54, note B. MATHIEU, *LPA*, 18 décembre 2009, n° 252, p. 6, note P. JAN, *RDP*, n° 1, p. 233, note J. ROUX, *RFDA*, 2010 n° 1, p. 1, note B. GENEVOIS.

cause pouvait, du reste, déjà se déduire des premières décisions rendues en la matière par le Conseil constitutionnel⁶⁵⁵. La déclaration d'inconstitutionnalité doit être prise en compte à tous les stades du procès, y compris en cassation. Toutefois, l'effet « procédural » de la décision d'inconstitutionnalité ne va pas jusqu'à permettre à tous les justiciables qui seraient, à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, encore dans les délais pour intenter un recours de bénéficier des effets passés de la déclaration d'inconstitutionnalité. Le Conseil d'État est venu ultérieurement confirmer cette portée mesurée de l'effet procédural, lorsqu'il s'est agi pour lui de déterminer les suites à donner à une décision d'inconstitutionnalité, en limitant son bénéfice à ceux des justiciables à qui la disposition litigieuse a été effectivement appliquée antérieurement à la décision du Conseil⁶⁵⁶.

Il n'en reste pas moins que l'application aux instances en cours de la décision du Conseil constitue désormais la solution de droit commun en cas de déclaration d'inconstitutionnalité de la loi. Ce faisant, la Haute instance a consacré le principe même d'une rétroactivité de ses décisions d'inconstitutionnalité. Il n'est pas inutile ici de rappeler en quoi consiste cette rétroactivité. Lorsque la loi déclarée non conforme à la Constitution est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les organes d'application du droit – le juge ou l'autorité administrative – ne sont tenus de cesser d'appliquer la loi sanctionnée qu'à partir de cette date. En d'autres termes, les faits et actes qui entraînent dans le champ d'application de la loi ne subiront plus son effet, que leur réalisation ait précédé ou suivi dans la chronologie la date d'effet de l'abrogation⁶⁵⁷. En revanche, lorsque l'effet abrogatif de la décision d'inconstitutionnalité s'étend aux instances en cours, cela signifie que le juge ordinaire ne doit plus appliquer la loi à compter d'une date qui s'avère être antérieure à celle à laquelle cette application aurait normalement dû cesser. En effet, pour la période précédant la publication de la décision du Conseil, la loi aurait dû produire son effet à l'égard des situations juridiques qu'elle avait pour objet de régir, que celles-ci soient ou non objet d'un litige.

198. Il y a bien là une application rétroactive de la décision d'inconstitutionnalité, puisque l'effet abrogatif est anticipé au jour où sont nés les litiges qui seront affectés par lui. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler, en premier lieu, que les effets généralement développés par une abrogation ne concernent que l'avenir. La sortie de vigueur de la norme abrogée n'a d'effet que pour la période consécutive à l'intervention de la norme abrogative. En second lieu, il convient de garder en mémoire que pour déterminer le texte applicable à un litige donné « *ce qui importe, ce n'est pas le moment où l'affaire est soumise au juge, mais le moment où l'effet juridique en litige a été produit* »⁶⁵⁸. En principe, il s'agit de la loi en vigueur au moment où les éléments correspondant à son présumé, et qui font

⁶⁵⁵ C.Const., déc. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts Labane*, préc. ; déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare, D.*, 2010, n° 30, p. 1976, note D. VIGNEAU et p. 1980, note V. BERNAUD et L. GAY, *LPA*, 29 juillet 2010, n° 150, p. 4, note F. HAMON, *RDP*, 2011, n° 1, p. 269, chr. D. ROUSSEAU et P.-Y. GAHDOUN ; déc. n° 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, cons. 3 à 5, *RDP*, 2011, n° 1, p. 269, chr. D. ROUSSEAU et P.-Y. GAHDOUN ; déc. n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres*, cons. 9. Sur cette décision, voir J.-D. DREYFUS, « Pour un renouveau du référé précontractuel », *AJDA*, 2010, n° 28, p. 1553.

⁶⁵⁶ La notion d'« instance en cours » doit s'entendre de toute instance « engagée » au moment de la publication de la décision du Conseil. L'effet procédural s'étend donc à tout justiciable « à qui la disposition législative [condamnée] a été appliquée avant la décision sur la QPC et disposant encore d'une voie de droit ouverte, qu'un juge ait été ou non saisi ». Voir, en ce sens, É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, préc., p. 793 ; J.-P. THIELLAY, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme Delannoy et M. Verzele et Mme Lazare*, préc., p. 777.

⁶⁵⁷ Par ex., le Conseil constitutionnel, après avoir jugé l'art. L. 7 du Code électoral contraire à l'art. 8 de la Déclaration de 1789, a prononcé l'abrogation de cette disposition à compter du jour de la publication de sa décision. Dès cette date, les intéressés ont pu demander leur inscription immédiate sur les listes électorales dans les conditions déterminées par la loi (C.Const., déc. n° 2010-6/7, 11 juin 2010, *Artano et autres*, cons. 6, *AJDA*, 2010, n° 32, p. 1831, note B. MALIGNER, *Dr. pén.*, 2010, n° 7-8, p. 31, note J.-H. ROBERT, *JCP G*, 2010, n° 25, p. 1294, note D. DEL PRETE, *RDP*, 2011, n° 1, p. 269, chr. D. ROUSSEAU et P.-Y. GAHDOUN).

⁶⁵⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 226, n° 50.

litige, se sont réalisés – lequel précède nécessairement l'intervention du juge dans la chronologie. Ce n'est que dans de rares hypothèses que le juge peut, par exception, tenir compte de la loi en vigueur au moment où il statue⁶⁵⁹.

Dans le premier cas, la détermination de la loi applicable au litige ne saurait donc être affectée par la décision d'abrogation de la loi inconstitutionnelle, dès lors que la date à prendre en compte relève d'une période d'application de la loi qui précède l'intervention du Conseil constitutionnel. Si l'effet abrogatif ne touchait qu'aux effets de la loi qui sont postérieurs à la décision d'inconstitutionnalité, la loi resterait, en revanche, pleinement applicable pour la période antérieure à cette décision. Par suite, la loi abrogée aurait dû être appliquée aux litiges nés antérieurement à l'intervention du juge ordinaire, ainsi qu'à celle du Conseil. Or, telle n'est pas la situation qui résulte de l'anticipation dans le temps de l'effet de l'abrogation prononcée par le Conseil. En ordonnant de cesser l'application de la loi condamnée aux litiges nés avant le prononcé de la sentence d'inconstitutionnalité, la Haute instance modifie le texte à leur appliquer, si bien que c'est par rapport à l'état du droit antérieur à la loi abrogée⁶⁶⁰ que ceux-ci devront être, en réalité, tranchés. En d'autres termes, il y a rétroactivité « procédurale » au sens où, en conséquence de l'effet anticipé de la décision d'abrogation, il est procédé à une substitution du texte applicable pour la période du passé qui concerne le litige. Par le truchement du jugement, c'est le texte antérieur à la loi abrogée qui produira son effet sur les éléments du litige et non la loi déclarée inconstitutionnelle. Si le principe de l'effet *ad futurum* de l'abrogation avait été respecté, c'est cette dernière qui aurait pourtant dû leur être appliqué. Il faut donc admettre que tout se passe comme si la loi déclarée inconstitutionnelle avait vu une partie de ses effets rétroactivement annulés du fait de l'extension au passé de l'effet abrogatif de la décision du Conseil constitutionnel⁶⁶¹. De ce point de vue, le report dans le temps de l'effet abrogatif de la décision d'inconstitutionnalité éventuellement décidé par le Conseil ne change rien à l'appréciation de sa portée *ratione temporis*⁶⁶². Néanmoins, il est vrai que l'obligation faite à la juridiction saisissante de surseoir à statuer dans l'attente de la réponse du Conseil d'État, de la Cour de Cassation ou du Conseil constitutionnel⁶⁶³ facilite grandement le maniement de la rétroactivité « procédurale » découlant de la déclaration d'inconstitutionnalité, autant que la mise en œuvre effective de cette dernière.

La rétroactivité « procédurale » de la décision d'inconstitutionnalité s'impose, de plein droit⁶⁶⁴, aux juridictions ordinaires, puisque son application aux instances en cours constitue, pour elles, une

⁶⁵⁹ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 67, n° 100.

⁶⁶⁰ Il faut toutefois réserver le cas de l'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle ayant abrogé une disposition précédente, dès lors que celle-ci n'a pas pour effet de remettre en vigueur la disposition initiale. Il n'en va autrement que si l'autorité qui prononce l'abrogation précise expressément que la disposition ancienne est remise en vigueur. On peut, du reste, raisonnablement estimer que la pratique du Conseil constitutionnel ira dans ce sens. Il reste que cette remise en vigueur peut être implicite, dans le cas où la disposition abrogative avait pour seul objet cette abrogation. Sur ces points, voir, par analogie, CE, Ass., Avis, 10 janvier 2008, n° 380.902, *EDCE*, 2009, n° 60, p. 293, *RDP*, 2009, n° 5, p. 1299, note D. CHAUVAUX ; 28 octobre 2009, *Coopérative agricole L'Armorique maraîchère*, req. n° 306.708, *Rec.*, p. 405, *AJDA*, 2009, n° 37, p. 2031, *Dr. adm.*, 2009, n° 12, p. 27, *JCP A*, 2010, n° 1, p. 22, note D. BAILLEUL.

⁶⁶¹ Cf., par ex., s'agissant d'une loi de fond, C.Const., déc. n° 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, préc., cons. 5 ; s'agissant d'une loi de forme touchant au droit au recours, C.Const., déc. n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres*, préc. Voir également, de manière moins nette, C.Const., déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare*, préc. Sur l'appréciation de l'effet dans le temps de ces catégories de lois, cf. respectivement, plus haut, p. 63 et s., n° 95 et s.

⁶⁶² C.Const., déc. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts Labane*, préc.

⁶⁶³ Sur cette obligation, cf. l'art. 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (JORF du 9 novembre 1958, p. 10129), inséré par l'art. 1^{er} de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (JORF n° 287 du 11 décembre 2009, p. 21379).

⁶⁶⁴ Il n'en va autrement que si le Conseil constitutionnel le précise expressément. Il peut ainsi réserver le bénéfice de sa décision aux seuls requérants qui ont invoqué l'inconstitutionnalité de la disposition législative en cause dans les litiges en cours (C.Const., déc. n°

règle d'ordre public valant même lorsque le Conseil est resté silencieux sur les effets à donner *ratione temporis* à sa décision. À l'inverse, dans les cas où la Haute instance indique expressément que sa décision s'applique aux instances en cours, cette mention doit être interprétée comme un simple rappel de la solution de droit commun à donner à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi⁶⁶⁵.

En revanche, dans le second cas, il n'y a pas à proprement parler rétroactivité de la décision d'inconstitutionnalité, dès lors que la loi applicable au litige est celle en vigueur au jour du rendu du jugement⁶⁶⁶. En effet, la suspension des instances en cours jusqu'à l'intervention de la décision se prononçant sur la constitutionnalité de la loi interdit de regarder celle-ci comme étant celle qui doit leur être appliquée. Ce n'est qu'à l'issue de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, lorsque l'instance reprendra, que le texte applicable au litige pourra être définitivement fixé. Il en résulte que dans le cas d'une décision d'inconstitutionnalité, laquelle précède nécessairement la reprise de l'instance, le texte applicable ne sera plus la loi abrogée, celle-ci ayant déjà quitté l'ordonnement juridique. Le juge pourra appliquer le texte en vigueur au jour de sa décision, sans qu'il y ait lieu à rétroactivité émanant de la décision d'inconstitutionnalité.

Qu'il y ait ou non rétroactivité « procédurale », en conséquence de la décision d'inconstitutionnalité, l'effet de cette dernière ne saurait, en tout état de cause et conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, affecter les décisions définitivement passées en force de chose jugée au moment où elle est rendue⁶⁶⁷, de même qu'elle ne saurait atteindre les prescriptions légalement acquises⁶⁶⁸.

De manière tout à fait exceptionnelle, la rétroactivité éventuelle de la décision d'inconstitutionnelle peut s'étendre au-delà de la sphère contentieuse.

2010-110 QPC, 25 février 2011, préc.). Voir, dans le même sens, X. MAGNON, art. préc., p. 764 ; J.-P. THIELLAY, concl. préc., p. 778.

⁶⁶⁵ Outre les décisions déjà citées, cf., pour d'autres ex. de mentions explicites à l'application aux instances en cours de l'effet abrogatif de la décision d'inconstitutionnalité, C.Const., déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société INOMA*, cons. 8, *GDCC* n° 50, *Gaz. Pal.*, 27 février 2011, n° 58-60, p. 21, chr. J.-A. BENOÎT, *RDF*, 2010, n° 51-52, p. 2, note G.-H. BOUCHERON et É. MEIER ; déc. n° 2010-93 QPC, 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité*, cons. 12 ; déc. n° 2010-97 QPC, 4 février 2011, *Société Laval Distribution*, cons. 5 ; déc. n° 2010-107 QPC, 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*, cons. 7.

⁶⁶⁶ Cette hypothèse correspond à l'obligation qui est parfois faite au juge de se prononcer sur le litige en tenant compte du texte en vigueur à cette date, de même qu'à la manière dont il faut apprécier l'action dans le temps de certaines des lois de forme et de procédure. Cf. respectivement, plus haut, p. 100, n° 67 et p. 105 et s., n° 71 et s.

⁶⁶⁷ Il en va notamment ainsi lorsque le juge ordinaire a statué en urgence, par dérogation à l'obligation de surseoir à statuer dans l'attente de la réponse donnée à la question prioritaire de constitutionnalité. Sur cette question, voir C.Const., déc. n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, préc., cons. 18 à 23 et la note déjà citée de B. Genevois sous cette décision, spéc. p. 3 ; X. MAGNON, art. préc., p. 764. Dans cette décision, le Sages de la rue Montpensier ont néanmoins prévu, par une réserve d'interprétation, la faculté pour le requérant d'introduire une nouvelle instance, afin qu'il soit tenu compte pour l'avenir de la décision d'inconstitutionnalité. Cf., par ex., C.Const., déc. n° 2010-110 QPC, 25 février 2011, préc., cons. 9 (réserve des décisions des juridictions spécialisées devenues définitives).

⁶⁶⁸ Voir, en ce sens, C.Const., déc. n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, cons. 9, *JCP G*, 20 décembre 2010, n° 51, p. 2396, note J. ROUX.

B/ Le « décloisonnement » exceptionnel de la rétroactivité de la décision d'inconstitutionnalité

199. Dans une perspective de réfection de l'ordonnancement juridique, une rétroactivité plus large que la précédente peut s'avérer nécessaire à la suppression de l'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel pourrait être amené, certes dans des cas exceptionnels, à décider le « décloisonnement » de la rétroactivité de sa décision d'inconstitutionnalité en vue de lui faire produire des effets généraux sur l'ordonnancement juridique. L'étendue de la rétroactivité déborderait alors la sphère contentieuse pour affecter tout ou partie des effets généraux que la loi a pu développer pour la période antérieure à la déclaration d'inconstitutionnalité⁶⁶⁹.

Les nouvelles dispositions de l'article 62 de la Constitution laissant le Conseil libre de décider de la portée *ratione temporis* de ses décisions, rien ne lui interdit de fixer dans le passé le point de départ de l'effet abrogatif attaché à une déclaration d'inconstitutionnalité. Cette possibilité a, du reste, été confirmée par le considérant de principe récemment adopté par les Sages de la rue Montpensier concernant les effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité⁶⁷⁰. En tout état de cause, une mention expresse en ce sens dans la décision de la Haute instance sera nécessaire pour remettre en cause les effets passés de la loi inconstitutionnelle au-delà de la sphère contentieuse.

L'abrogation générale de la loi pourrait être prononcée suivant deux modalités distinctes. Dans un premier cas de figure, le Conseil constitutionnel fixerait précisément la date à compter de laquelle l'abrogation partielle ou totale de la loi prendrait effet dans le passé. En conséquence, tout ou partie des effets que la loi inconstitutionnelle avait pu produire à partir de cette date seraient remis en cause. Dans un second cas de figure, la Haute instance se contenterait d'indiquer que sa déclaration d'inconstitutionnalité aurait pour conséquence de remettre en cause les effets que la loi a déjà produits. Il faudrait alors en déduire que c'est l'ensemble des effets de la loi depuis son entrée en vigueur qui seraient alors affectés par l'effet abrogatif de la décision d'inconstitutionnalité. Le Conseil a déjà eu l'occasion de prévoir expressément une telle extension des effets de sa décision dans une affaire certes un peu particulière, puisque la loi déclarée inconstitutionnelle n'avait qu'un seul destinataire. Dans sa décision *Compagnie agricole de la Crau*, la Haute instance a prononcé l'abrogation d'une disposition législative ayant eu pour effet de soumettre perpétuellement à un prélèvement de nature fiscale une seule entreprise, ce qui constituait une rupture caractérisée du principe d'égalité devant les charges en l'absence de critères objectifs et rationnels permettant de justifier le prélèvement en cause. En l'espèce, le Conseil a estimé que cette même société pouvait invoquer l'inconstitutionnalité de la loi à l'encontre de ceux des prélèvements antérieurement perçus par l'État qui n'étaient pas atteints par la prescription à la date de publication de sa décision⁶⁷¹. Cela signifie que le destinataire unique de la loi est fondé à remettre en cause tous les effets que cette dernière a eus à son égard pour la période antérieure à la déclaration d'inconstitutionnalité, dans la seule limite des prescriptions légalement acquises. Nonobstant, il faut bien se garder de voir dans cette décision une pétition de principe, eu égard au contexte particulier à la faveur duquel celle-ci a été rendue.

⁶⁶⁹ Sur ce point, voir X. MAGNON, art. préc., p. 766.

⁶⁷⁰ C.Const., déc. n° 2010-108 QPC et déc. n° 2010-110 QPC, 25 février 2011, préc.

⁶⁷¹ C.Const., déc. n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, préc. Voir J.-P. THIELLAY, concl. préc., p. 775.

Dans l'un ou l'autre des cas de figure envisagés, il est certain que ce ne seraient plus seulement les situations nées antérieurement à la déclaration d'inconstitutionnalité et qui étaient sujettes à litige à la date de la publication de la décision du Conseil qui seraient concernées par la déclaration d'inconstitutionnalité, mais bien l'ensemble des situations juridiques régies par la loi sanctionnée. Il n'y aurait alors aucune différence notable entre l'effet dans le temps d'une abrogation générale de la loi inconstitutionnelle prenant effet dans le passé et une annulation pure et simple de cette dernière qui serait prononcée par le Conseil. L'extension des effets de la décision d'inconstitutionnalité à l'ensemble des situations antérieurement constituées équivaut, ni plus ni moins, à l'annulation partielle ou totale de la loi déclarée inconstitutionnelle.

200. On ne saurait manquer de souligner qu'eu égard aux perturbations qu'engendrerait le « décloisonnement » de la rétroactivité procédurale de la décision d'inconstitutionnalité, une telle solution ne saurait être retenue que dans des cas extrêmes. Bien qu'attentatoire à la sécurité juridique et en particulier à la stabilité des situations juridiques passées, il ne s'agit pourtant pas d'une simple hypothèse d'école⁶⁷². On peut très bien imaginer que le Conseil constitutionnel prononce l'abrogation générale et rétroactive d'une loi ayant reçu un commencement d'exécution tardif, notamment en raison du retard pris dans l'adoption de ses décrets d'application. Leur intervention fournirait alors l'occasion aux requérants de contester la loi au regard des droits et libertés à valeur constitutionnelle. Il pourrait en aller de même plus largement dans les cas où l'écart temporel séparant le commencement de l'application de la loi inconstitutionnelle du constat de son inconstitutionnalité s'avère, en pratique, réduit.

201. Quelle que soit l'ampleur de la rétroactivité induite par la décision d'inconstitutionnalité intervenant sur question prioritaire de constitutionnalité, celle-ci ne saurait avoir d'autre effet que la disparition de l'inconstitutionnalité et la remise en vigueur éventuelle du droit antérieur. Ainsi, en cas de constat d'une incompétence négative du législateur, la décision d'inconstitutionnalité ne peut être interprétée comme ayant pour effet d'octroyer le droit que la loi elle-même aurait dû consacrer⁶⁷³. Tout au plus la décision du Conseil appelle-t-elle une *correction* législative en vue de remédier au vide juridique laissé par l'abrogation, anticipée ou non, de la loi inconstitutionnelle. Cependant, le législateur reste libre d'en définir les modalités et l'étendue, notamment dans le temps. Il s'ensuit qu'à la différence d'une annulation contentieuse prononcée par le juge administratif⁶⁷⁴, la décision d'inconstitutionnalité ne saurait, en principe, emporter l'obligation pour le législateur de remplacer, avec effet rétroactif, la loi sanctionnée.

Néanmoins, la Haute instance a partiellement contourné cet obstacle dès la première décision qu'il a rendue dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, à tout le moins pour ceux des destinataires de la loi qui ont introduit un recours au jour de la publication de la

⁶⁷² Cf., en ce sens, J.-P. THIELLAY, concl. préc., p. 779.

⁶⁷³ C.Const., déc. n° 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Pitte*, préc., cons. 7. Voir également, C.-É. SÉNAC, thèse préc., pp. 550-551, n° 528 ; L. VALLÉE, « Inconstitutionnalité négative et question préalable de constitutionnalité », *AJDA*, 2009, n° 29, p. 1585 ; P. BON, art. préc., p. 1124. Cf., par analogie mais pour une solution différente, les conséquences tirées de l'annulation contentieuse d'un refus d'abroger un règlement administratif, CE, Ass., 20 décembre 1995, *Mme Vedel et M. Jannot*, req. n° 132.183 et 142.913, Rec., p. 440, *AJDA*, 1996, n° 2, p. 124, chr. J.-H. STAHL et D. CHAVALAUX, *CJEG*, 1996, p. 215, concl. J.-M. DELARUE, *EDCE*, 1996, n° 47, p. 360, *LPA*, 26 juillet 1996, p. 25, note F. ROUVILLOIS, *RFDA*, 1996, n° 2, pp. 313-326, concl. J.-M. DELARUE ; 4 février 2000, *Syndicat général de l'Éducation Nationale (SGEN-CFDT) de la Savoie*, req. n° 184.340, Rec., T., p. 1175.

⁶⁷⁴ Sur cette question, voir, plus bas, p. 840, n° 1096. J.-P. THIELLAY, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme Delannoy et M. Verzele et Mme Lazare*, préc., p. 773.

décision d'inconstitutionnalité⁶⁷⁵. En s'appuyant sur le principe de l'effet utile de sa décision – que le législateur se doit de préserver –, le Conseil a estimé, en l'espèce, qu'il appartiendra au législateur de prévoir que les nouvelles dispositions édictées en remplacement de celles déclarées inconstitutionnelles seront applicables aux instances en cours à la date de publication de cette même décision. L'application concrète des nouvelles dispositions sera d'autant plus aisée que le Conseil a, par ailleurs, ordonné la prolongation de la suspension des instances concernées jusqu'au terme du délai qu'il a laissé au législateur pour remédier à l'inconstitutionnalité. En prescrivant au législateur de déclarer applicables aux instances en cours les dispositions de la loi nouvelle, le Conseil fait donc obligation au législateur de recourir à la rétroactivité⁶⁷⁶. Dans les cas où la déclaration d'inconstitutionnalité ne peut directement bénéficier aux requérants à la suite de la décision du Conseil, la rétroactivité « procédurale » sera garantie au moyen de l'adoption d'une loi rétroactive. *Mutatis mutandis*, on peut tout à fait envisager que le Conseil agisse de même dans l'éventualité où il déciderait d'étendre les effets de sa décision par-delà la sphère contentieuse.

La question de l'incidence sur le passé des interprétations de la loi délivrées par le Conseil constitutionnel ne se pose pas *a priori* dans les mêmes termes que pour celle des déclarations de non-conformité avec la Constitution, la rétroactivité étant de l'essence même de la norme interprétative. L'analyse des effets dans le temps des réserves d'interprétation émises par la Haute instance débouche pourtant sur une même « géographie » de la rétroactivité en la matière.

§ 2 : La rétroactivité de la réserve d'interprétation de la loi émise par le Conseil constitutionnel

202. À l'occasion du contrôle de constitutionnalité qu'il exerce sur la loi, le Conseil constitutionnel est conduit non seulement à interpréter les dispositions contestées devant lui pour ensuite les confronter aux textes et principes à valeur constitutionnelle mais également, à l'issue de ce contrôle, à conférer à celles-ci un sens et une portée conforme à ceux-là. Compte tenu de sa nature et de son rôle d'auxiliaire privilégié de la loi, le Conseil délivre une « *interprétation satellite de la loi* » qui « *la prolonge, la complète et en permet l'application* »⁶⁷⁷ conformément à la Constitution. Dans la mesure où le Conseil dispose du monopole de l'interprétation de la loi par rapport à la Constitution, cette dernière doit être regardée comme émanant d'un interprète authentique et, en tant que telle, comme s'imposant aux autres organes d'application du droit⁶⁷⁸. Ce pouvoir d'interprétation de la loi apparaît de manière ostensible

⁶⁷⁵ C.Const., déc. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts Labanne*, préc., cons. 12. Pour un autre ex., cf. C.Const. déc. n° 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, *M. Claude G.*, cons. 7.

⁶⁷⁶ L'application d'une disposition législative de fond aux instances en cours constitue généralement un cas de rétroactivité de la loi (cf., plus haut, p. 66, n° 100). Sur le pouvoir d'injonction du Conseil constitutionnel dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, voir, notamment, C.-É. SÉNAC, thèse préc., p. 554, n° 532. Pour une discussion sur le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel, voir A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p. 551 et s., n° 705 et s. Pour une position plus nuancée, cf. J.-P. THIELLAY, concl. préc., p. 774 : le rapporteur public remarque que « *la rétroactivité législative est en quelque sorte encouragée par le Conseil constitutionnel par avance* ».

⁶⁷⁷ Suivant l'expression d'Y. Gaudemet (Y. GAUDEMET, « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-Marseille, PUAM, 1995, p. 201, spéc. p. 207). Sur la position du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la loi cf., plus haut, p. 137, n° 188 et M. DISANT, thèse préc., pp. 130-131.

⁶⁷⁸ M. DISANT, thèse préc., p. 58 et p. 119 ; C.-É. SÉNAC, thèse préc., p. 102, n° 78. Il s'ensuit que l'interprétation du Conseil constitutionnel présente elle-même un caractère législatif (*ibid.*, p. 123). Pour une autre partie de la doctrine, la source du caractère authentique de l'interprétation délivrée par le Conseil réside dans l'art. 62 de la Constitution de 1958 (cf., en ce sens, P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 62 et p. 65 ; V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2*,

chaque fois que le Conseil assortit le dispositif de sa déclaration de conformité d'un certain nombre de réserves d'interprétation⁶⁷⁹. Par le biais de cette technique de « constitutionnalité conditionnelle », le Conseil est amené à fixer, compléter ou restreindre le sens et la portée de la disposition législative examinée. Ce faisant, l'interprétation donnée « vide de son venin » d'inconstitutionnalité la disposition contestée. Cette dernière ne pourra être appliquée que conformément à la signification que le Conseil a entendu lui attribuer, sauf pour elle à être frappée d'inconstitutionnalité. Il s'agit là d'un véritable pouvoir de correction de la loi permettant aux Sages de la rue Montpensier de s'extraire de l'alternative entre déclaration de conformité et déclaration de non-conformité de la loi à la Constitution⁶⁸⁰.

203. Suivant la fiction d'incorporation de toute interprétation authentique à la disposition à laquelle celle-ci se rapporte, on serait tenté de déduire que l'interprétation donnée par le conseil constitutionnel d'un texte législatif rétroagit au jour où ce dernier a pris effet⁶⁸¹. De fait, les juges ordinaires ont pris l'habitude, lorsqu'ils réceptionnent l'interprétation émise par le Conseil à l'occasion d'une décision de constitutionnalité conditionnelle ou non adoptée dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité, de viser *ensemble* la loi appliquée au litige et la décision du Conseil la concernant, comme s'il s'agissait d'un ensemble inséparable⁶⁸². Il est fait une application pure et simple de la loi telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel⁶⁸³. Il semble alors tentant d'en inférer que l'interprétation émanant du Conseil dans le cadre du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité prend naturellement effet au jour même de l'entrée en vigueur de la loi interprétée et ce, de manière rétroactive.

204. Cette double corrélation ne se vérifie que très partiellement dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité, en raison des modalités particulières suivant lesquelles ce dernier est exercé. Par hypothèse, le Conseil intervient ici en amont de toute difficulté d'application de la loi, l'interprétation étant donnée à un moment où la disposition législative interprétée n'est pas encore en vigueur. Par suite, l'interprétation ne produira son effet qu'au moment où la loi sera elle-même entrée en application. Si la date d'effet de la loi et de l'interprétation qui en est donnée par le Conseil coïncident bien, il ne saurait être question d'une quelconque rétroactivité de celle-ci. Dans cette perspective, la déclaration de conformité « sous réserve » du Conseil doit être regardée comme énonçant une directive d'interprétation ou d'application de la loi une fois que celle-ci sera entrée en vigueur.

En tout état de cause, une éventuelle rétroactivité de l'interprétation délivrée par la Haute instance à l'occasion de son contrôle de constitutionnalité *a priori* ne pourrait se constater que dans le cas rarissime où celle-ci se rapporte à une disposition législative dotée elle-même d'un effet

de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 120, 2005, pp. 331-332).

⁶⁷⁹ Sur ces différents points, voir C. AGOSTINI, thèse préc., p. 390 ; T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1997, p. 131 et s. ; G. DRAGO, *op. cit.*, p. 604, n° 639 ; D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 157, n° 159 ; C.-É. SÉNAC, thèse préc., p. 544, n° 522. Voir également, M. BOULET, « Questions prioritaires de constitutionnalité et réserves d'interprétation », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 753, spéc. p. 754 ; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 92, 1998, p. 37 et s. et « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, p. 965.

⁶⁸⁰ Sur les différentes formes que peuvent revêtir les réserves d'interprétation, voir G. DRAGO, *loc. cit.* ; C.-É. SÉNAC, thèse préc., pp. 547-548, n° 525.

⁶⁸¹ Sur l'ensemble de ces points, cf., plus bas, p. 303 et s., n° 387 et s. Voir également, J. HÉRON « L'infériorité technique de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1993, n° 4, p. 1083, spéc. p. 1085, n° 5.

⁶⁸² Sur cette idée et sur l'évolution de la pratique des juges ordinaires, voir M. DISANT, thèse préc., p. 638 et s.

⁶⁸³ Pour des ex., voir CE, Ass., 11 mars 1994, *Société La Cinq*, req. n° 115.052, Rec., p. 117 (sol. impl.), *AJDA*, 1994, n° 5, p. 367, chr. C. MAUGÜÉ et L. TOUVET, *JCP G*, 1994, II, 22350, p. 432, obs. M.-C. ROUAULT, *RFDA*, 1994, n° 3, p. 441, concl. P. FRYDMAN, *RRJ*, 1996, p. 1017, note A. BOYER ; 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, préc. ; 19 juillet 2010, *Montely*, req. n° 334.478, à ment. au T. du Leb.

rétroactif⁶⁸⁴. L'application rétroactive de la loi devra elle-même s'effectuer conformément à la réserve d'interprétation émise dans la décision de constitutionnalité conditionnelle, conférant par là une portée dans le passé à cette dernière. En dehors de ce cas particulier, l'interprétation donnée de la loi dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité par le Conseil ne vaut que pour l'avenir.

205. Dans le cadre du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, tel qu'il se présente à l'issue de la réforme constitutionnelle de 2008, la réponse à donner à la question de l'incidence sur le passé de l'interprétation que donne le Conseil constitutionnel de la loi doit recevoir une réponse positive. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil peut déclarer conforme à la Constitution la disposition législative déferée, sous réserve que celle-ci soit interprétée dans le sens qu'il vient de lui assigner. Il est certain qu'en raison de la généralité et du caractère contraignant de la chose interprétée par le Conseil⁶⁸⁵, il ne saurait être fait application de la loi, postérieurement à la publication de la décision de constitutionnalité « sous réserve », dans un sens contraire à l'interprétation dégagée par lui à cette occasion.

En revanche, pour ce qui est de la période antérieure à la publication de la déclaration de conformité « sous réserve », le Conseil a paru hésiter sur la portée temporelle qu'il entendait lui accorder. Dans le silence des textes, la Haute instance n'a pas pris le soin, dans un premier temps, de préciser, de manière explicite, les effets *ratione temporis* des premières réserves d'interprétation qu'il a émises⁶⁸⁶. Néanmoins, il résultait du commentaire « autorisé » du service juridique du Conseil de la première décision de constitutionnalité « sous réserve » rendue sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution que l'effet de la réserve d'interprétation devait bénéficier aux procédures en cours au jour de la publication de la décision de constitutionnalité⁶⁸⁷. Il s'ensuit que, de la même manière qu'en cas de déclaration de non-conformité, la déclaration de conformité avec réserve donne lieu à une rétroactivité « procédurale », mais se limitant toutefois à la sphère contentieuse. De ce point de vue, on ne saurait manquer de rapprocher le régime des effets dans le temps des réserves d'interprétation faites par le Conseil de la loi de celui gouvernant les lois interprétatives, ces dernières étant applicables de plein droit aux instances en cours au moment de leur publication. C'est là également un signe évident de rétroactivité, du moins lorsque l'interprétation juridictionnelle ou législative se rapporte à une règle de fond ou à l'une des règles de forme et de procédure qui suivent le même régime⁶⁸⁸. Néanmoins, ce rapprochement entre réserves d'interprétation et dispositions interprétatives n'était, en réalité, que partiel. En effet, l'indication de l'application de la réserve d'interprétation aux instances en cours semblait, en l'absence de toute autre précision, signifier que le Conseil se refusait à faire jouer la fiction d'incorporation de l'interprétation authentique pour ses décisions de constitutionnalité « sous réserve ». Il fallait donc en déduire que l'effet de la réserve interprétative de constitutionnalité ne pouvait s'étendre

⁶⁸⁴ Cf., par ex., s'agissant d'une réserve d'interprétation émise à l'égard d'une validation législative, C.Const., déc. n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, préc., cons. 19 et 41.

⁶⁸⁵ Sur ce point, voir la démonstration de M. DISANT, thèse préc., pp. 131-136.

⁶⁸⁶ C.Const., déc. n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Époux L.*, cons. 18 ; déc. n° 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, *Combacau et autres*, cons. 16 ; déc. n° 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, *M. Combacau et autres*, cons. 20, *GDCC* n° 48, *D.*, 2010, n° 35, p. 2335, note F. MELLERAY, *JCP G*, 2010, n° 36, p. 1602, note B. MATHIEU, *Gaz. Pal.*, 8-9 septembre 2010, n° 251-252, p. 14, note M. TOUZEIL-DIVINA ; déc. n° 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, cons. 18 et 19 ; déc. n° 2010-38 QPC, 29 septembre 2010, *Guéranger*, cons. 7.

⁶⁸⁷ « La réserve étant interprétative, elle est d'application immédiate à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ». Cf. le commentaire sous C.Const., déc. n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, publié sur le site Internet du Conseil. Cf., dans le même sens, C.Const. déc. n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, cons. 39. Voir également, A. VIALA, art. préc., p. 977 ; J.-P. THIELLAY, concl. préc., p. 773.

⁶⁸⁸ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 63 et s., n° 95 et s.

dans le passé jusqu'au jour de l'entrée en vigueur de la disposition législative interprétée, ce qui n'allait pas sans susciter des interrogations sur la nature du pouvoir normatif ainsi mis en œuvre.

Par une série de décisions, le Conseil constitutionnel a progressivement clarifié sa position. D'une part, il a confirmé explicitement le principe de l'effet rétroactif de ses réserves d'interprétation à l'occasion de la première modulation des effets dans le temps d'une déclaration de conformité « sous réserve ». À cette occasion, la Haute instance a limité, par exception, les effets de sa réserve d'interprétation à la période postérieure à la publication de sa décision⁶⁸⁹, ce qui indique, *a contrario*, que l'application rétroactive de la réserve d'interprétation doit être tenue comme étant la solution de droit commun pour les déclarations de conformité « sous réserve »⁶⁹⁰, comme c'est du reste le cas plus généralement pour les déclarations de non-conformité. D'autre part, le Conseil est venu, par l'intermédiaire du commentaire « autorisé » de son service juridique, préciser la portée que doit revêtir la rétroactivité de sa déclaration de conformité « sous réserve ». Ainsi, « *en l'absence de précision figurant dans les motifs et le dispositif de la décision, la réserve d'interprétation énoncée par le Conseil s'incorpore à la disposition même et s'applique de façon rétroactive et non à partir de la publication de la décision* »⁶⁹¹. La Haute instance aurait donc tiré toutes les conséquences du caractère interprétatif de ses réserves en acceptant de faire jouer de plein droit la fiction d'incorporation de la norme interprétative à la norme interprétée. Si, comme on l'a rappelé, celle-ci consacre l'application de plein droit des réserves d'interprétation émises par le Conseil à l'ensemble des instances en cours, elle a également pour conséquence de faire remonter les effets de ces dernières à la date d'entrée en vigueur de la disposition législative interprétée conformément à la Constitution. La disposition législative est donc réputée avoir eu, dès l'origine, pour seule signification celle qui la rend conforme à la Constitution. Ce faisant, le Conseil constitutionnel entend donner une portée maximale à son pouvoir d'interprétation conforme des dispositions législatives soumises à son examen dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité.

*

206. Conclusion de la Section 3. Alors qu'elle était absente du système français de justice constitutionnelle, l'idée qu'une loi promulguée peut voir ses effets partiellement ou totalement annulés, avec effet rétroactif, par une autorité autre que le législateur y a été introduite à la faveur de la réforme constitutionnelle de 2008. L'introduction d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois promulguées sur renvoi des juridictions ordinaires rendait inévitable l'extension au passé des conséquences de sa mise en œuvre, sauf à priver un tel système de tout intérêt pour le justiciable. Du point de vue de la garantie de la Constitution, on ne peut qu'approuver cette évolution et ce, d'autant plus que la rétroactivité induite par la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi reste enfermée à l'intérieur de la sphère contentieuse. En revanche, on peut légitimement s'inquiéter des effets produits sur le passé de l'ordonnancement juridique par les réserves d'interprétation dont sont assorties certaines

⁶⁸⁹ C.Const., déc. n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M.*, cons. 7.

⁶⁹⁰ Cela signifie que cette solution est d'ordre public. Elle est valable même en cas de silence du Conseil sur la portée des effets dans le temps de sa réserve d'interprétation (cf., outre les ex. déjà cités, C.Const., déc. n° 2010-57 QPC, 18 octobre 2010, *Société SITA FD et autres*, cons. 6 ; déc. n° 2010-70 QPC, 26 novembre 2010, *Pierre-Yves M.*, cons. 6 ; déc. n° 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, *M. Michel F.*, cons. 12, ainsi que les commentaires du service juridique du Conseil qui y sont associés) et dans les cas où celui-ci se réfère explicitement à celle-là, cette indication doit être interprétée comme un simple rappel ou une explicitation.

⁶⁹¹ Cf. le commentaire sous C.Const., déc. n° 2010-101 QPC, 11 février 2011, *Mme Monique P. et autre*, publié sur le site Internet du Conseil. Pour un ex. récent, voir C.Const., déc. n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres*, cons. 24, *JCP A*, 2011, n° 28, p. 5, note B. FLEURY, *Gaz. Pal.*, 7 août 2011, n° 219-233, p. 9, note P.-Y. GAHDOUN.

des déclarations de constitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel. En effet, l'incorporation de celles-ci à la loi à compter du jour même où elle a été promulguée leur confère, par le jeu d'une fiction, un effet rétroactif particulièrement étendu et préjudiciable en cela à la sécurité juridique. Cette rétroactivité n'étant aucunement limitée à la sphère contentieuse, elle ouvre la potentialité d'une remise en cause de tout effet de la loi inconstitutionnelle, en tant qu'il serait incompatible avec l'interprétation conforme à la Constitution donnée par les Sages de la rue Montpensier, quel que soit le moment où cet effet s'est produit. Une telle éventualité est de nature à créer des « effets d'aubaine » à chaque décision rendue par le Conseil constitutionnel et, dans cette attente, à dissuader le citoyen d'obéir à la loi en cause. Bref, c'est à un nouveau déclin du statut de la loi dans l'ordre juridique interne auquel on risque d'assister.

Inversement, la menace d'une censure ou d'une rectification de la loi par le Conseil est de nature à inciter le législateur à se préoccuper en amont du respect des principes et des règles constitutionnels, dès lors que le contrôle de la conformité de celle-là à ceux-ci ne dépend plus du bon vouloir de ce qui ont participé à sa confection. La qualité de la loi, dont la doctrine dénonce la dégradation, ne s'en sera que mieux garantie.

* *
*

207. Conclusion du Chapitre I. Malgré le préjugé défavorable à son emploi, la rétroactivité de la loi n'est pas un phénomène rare. Le législateur ayant la faculté de prescrire, au nom de l'intérêt général, la rétroactivité de la loi, cette dernière connaît des applications nombreuses. En témoignent les divers procédés employés par le législateur pour réaliser l'anticipation des effets de la loi dans le temps, ainsi que l'admission de la rétroactivité implicite de la loi. Les multiples formes suivant lesquelles s'exprime cette rétroactivité législative se retrouvent à l'occasion de l'utilisation par le législateur de techniques juridiques auxquelles est attaché de plein droit un effet rétroactif. De ce point de vue, il n'existe aucune différence entre la loi simplement rétroactive et les lois à objet rétroactif, qu'elles soient confirmatives, interprétatives, de validation ou de ratification.

La rétroactivité de la loi n'est pas davantage un phénomène homogène, que l'on tienne compte de son objet ou que l'on considère le domaine dans lequel le législateur intervient. D'une part, l'analyse des effets sur le passé de la règle nouvelle doit tenir compte du principe fondamental d'indépendance du fond et de la forme. Ainsi, les lois de fond ne rétroagissent pas de la même manière que les lois de forme et de procédure. D'autre part, alors qu'elle est généralement considérée comme une solution dérogatoire au regard des principes du droit transitoire, la rétroactivité constitue en partie le principe de l'action dans le temps du législateur en matière répressive. Dès lors qu'elle s'avère favorable à son destinataire, la règle répressive de fond rétroagit de plein droit, sans que la volonté du législateur puisse y faire obstacle. À l'inverse, contrairement aux apparences entretenues par le vocabulaire employé en droit financier et fiscal, la rétroactivité de la règle de droit reste marginale en cette matière.

Dans le même ordre d'idées, le législateur use, à l'instar de toute autorité normative, de techniques juridiques réalisant le retraitement au présent des effets du passé. Les lois à « objet rétroactif » recouvrent elles-mêmes une réalité plurielle. Parmi les différents procédés à sa disposition, le législateur recourt fréquemment aux lois interprétatives ou confirmatives, qu'il s'agisse pour lui de

valider, ratifier, ou amnistier un acte ou un comportement antérieur, mais beaucoup plus rarement aux lois d'annulation. Par rapport aux autres autorités publiques, le législateur fait donc un usage relativement uniforme de ces techniques de rétroactivité, puisqu'il y recourt principalement pour consolider le droit existant.

S'agissant de l'annulation de la loi, il en allait du moins ainsi avant que n'intervienne la réforme constitutionnelle de 2008. L'instauration de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité a donné lieu à l'introduction dans notre ordre juridique d'un système de sanction *a posteriori* de l'inconstitutionnalité des lois promulguées, dont la mise en œuvre aboutit à la remise en cause d'une partie des effets qu'a eus pour le passé la loi censurée par le Conseil constitutionnel. Si la rétroactivité découlant d'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée *a posteriori* par le Conseil constitutionnel a vocation à demeurer « cloisonnée » à l'intérieur de la sphère contentieuse, il peut très bien en aller différemment dans certaines circonstances. L'annulation des effets de la loi affectera alors plus largement le passé de l'ordonnement juridique. Le nouveau contrôle de constitutionnalité est également à la source d'une rétroactivité particulièrement étendue en matière législative. D'un côté, les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'adoption d'une décision de constitutionnalité produisent, par le jeu de la fiction d'incorporation de la norme interprétative à la norme interprétée, un effet rétroactif au jour de la loi dont le contenu a ainsi été rectifié. De l'autre, les conséquences à tirer d'une déclaration d'inconstitutionnalité par le législateur déboucheront, dans certaines situations, sur l'édiction de lois rétroactives. Deux hypothèses au moins sont envisageables. Dans le premier cas, il peut être enjoint au législateur par le Conseil constitutionnel de prévoir l'application aux instances en cours de la loi que celui-là sera appelé à adopter pour corriger l'inconstitutionnalité sanctionnée. À l'obligation textuelle de conférer un effet rétroactif à la règle répressive de fond plus douce, s'ajoute désormais l'obligation d'origine prétorienne d'assurer l'effet utile d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Dans le second cas, il pourra être demandé au législateur de substituer entièrement et rétroactivement aux dispositions déclarées inconstitutionnelles d'autres dispositions, en l'absence de tout autre solution permettant de remédier à l'inconstitutionnalité. On ne saurait manquer ici de dresser un parallèle entre la rétroactivité de la loi dérivée des décisions du Conseil constitutionnel et celle de la décision administrative édictée en exécution de la chose jugée par le juge ordinaire.

La manifestation plurielle de la rétroactivité en droit public se vérifie de manière encore plus nette en matière administrative et ce, alors même que l'Administration est loin de disposer de la latitude du législateur pour doter ses actes d'un effet rétroactif.

CHAPITRE II : LA RETROACTIVITE DE L'ACTE ADMINISTRATIF

208. Introduction et délimitation de l'objet du chapitre. La question de l'application dans le temps des actes administratifs a été largement étudiée par la doctrine publiciste⁶⁹². Cette dernière a, à cette occasion, eu tendance à centrer ses analyses principalement sur le principe de non-rétroactivité des décisions administratives. La rétroactivité administrative a donc été étudiée jusqu'ici, non pour elle-même et de manière positive, mais en tant qu'exception à ce principe. Cette approche aurait pu contribuer à accréditer l'idée selon laquelle la rétroactivité demeurerait un phénomène rare et, en tout état de cause, strictement encadré en matière administrative. La rigueur particulière avec laquelle le principe de non-rétroactivité s'impose à l'activité de réglementation de l'autorité administrative participe de cette impression.

L'idée d'une rétroactivité largement proscrite de la sphère administrative se trouve, en réalité, battue en brèche. Dès 1954, M. Dupeyroux déplorait la violation fréquente dont était victime la règle de non-rétroactivité des actes administratifs⁶⁹³. De fait, si l'Administration ne peut, à l'occasion de son activité de réglementation, modifier le passé qu'à la condition qu'une règle supérieure l'affranchisse du respect du principe de non-rétroactivité, les habilitations de rétroactivité s'avèrent, en pratique, nombreuses. À cela s'ajoute la myriade d'exceptions qu'admet le principe de non-rétroactivité en dehors de la réglementation administrative. Les multiples cas couramment relevés par la doctrine dans lesquels la rétroactivité de la décision administrative non réglementaire est autorisée ou tolérée par le juge administratif montrent que l'autorité administrative fait un usage courant et diversifié de cette technique⁶⁹⁴.

Si les auteurs de droit public qui se sont spécialement intéressés à la question de l'application dans le temps des actes administratifs se sont attachés à recenser les cas de rétroactivité de l'acte unilatéral, il faut néanmoins constater qu'ils se sont fort peu intéressés jusqu'ici aux effets sur le passé des contrats administratifs, dont on sait qu'ils ne sont pourtant que partiellement soumis au principe de non-rétroactivité. Cet écueil s'explique en partie par la force d'attraction qu'exerce la décision exécutoire en droit administratif. Or, comme en droit privé, le droit public des contrats connaît de la rétroactivité sous les formes les plus variées. Néanmoins, on doit concéder que ce procédé est moins usité dans le droit de l'intérêt général qu'il ne l'est en droit privé, ce qui peut encore expliquer le désintérêt relatif de la doctrine. Il n'en reste pas moins que la technique de retraitement des effets juridiques passés demeure, en principe, à la disposition des parties à un contrat public. On peut, du reste, s'attendre à ce que cette technique connaisse, en ce domaine, un développement certain dans un contexte de plus en plus favorable à une plus grande liberté, ainsi qu'à une plus grande stabilité, dans les rapports contractuels de droit public.

Il résulte de ce qui précède que le phénomène de la rétroactivité concerne l'ensemble des actes administratifs, indépendamment de leur nature ou de leur portée normative. Tout acte administratif peut

⁶⁹² Voir, notamment, J. CARBAJO, thèse préc., p. 57 et s. ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 93 et s., n° 77 et s. ; P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, La Haye, éd. Martinus Nijhoff, coll. scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Vol. 37, 1975, p. 160 et s. S'agissant plus spécialement de l'application dans le temps des règles administratives, voir les études déjà citées de MM. Petit et Éveillard.

⁶⁹³ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 131, n° 104.

⁶⁹⁴ Cf., en ce sens, O. DUPEYROUX, *loc. cit.* ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 73 et s. ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 369 et s. ; J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Application dans le temps », *J.-Cl. adm.*, fasc. 108-30, 2005, p. 6, n° 26.

voir ses effets étendus au passé. L'objet de ce chapitre consiste, à l'évidence, à identifier les différentes hypothèses dans lesquelles l'autorité administrative peut y procéder conformément à la légalité.

209. Plan du chapitre. La différence de nature – sur laquelle il n'est pas nécessaire de s'attarder – séparant les actes unilatéraux des contrats appelle logiquement une étude dissociée de leur rétroactivité. La situation également différente qu'occupent les uns par rapport aux autres vis-à-vis du principe de non-rétroactivité vient conforter ce choix. Au recensement des hypothèses de rétroactivité des actes administratifs unilatéraux (Section 1) succédera donc l'inventaire des manifestations de celle-ci en matière contractuelle (Section 2).

Section 1 : La rétroactivité de l'acte administratif unilatéral

210. Contrairement à une idée reçue, l'autorité administrative fait couramment usage de la rétroactivité. Malgré la rigueur du principe de non-rétroactivité, il faut reconnaître que celui-ci connaît de nombreuses exceptions. Cela ne signifie pas pour autant que le principe de non-rétroactivité serait vidé de tout contenu et que l'autorité administrative serait libre de recourir à la rétroactivité selon son bon plaisir, au gré de ses besoins. Loin s'en faut. L'importance quantitative des exceptions à ce principe ne saurait faire oublier que l'autorité administrative ne peut recourir d'elle-même à la rétroactivité. En attestent les censures nombreuses et fréquentes que le juge administratif prononce à l'encontre des décisions qui enfreignent la règle de non-rétroactivité⁶⁹⁵. Il s'ensuit que la rétroactivité administrative doit nécessairement reposer sur une habilitation l'affranchissant du respect de cette règle, soit qu'elle provienne d'une règle ou d'un principe ayant une valeur supérieure au principe de non-rétroactivité, soit qu'elle ait été donnée par une autre autorité qui n'est pas elle-même soumise au respect de ce même principe. C'est ce que certaines formulations jurisprudentielles rappellent. Ainsi, une décision individuelle ne saurait modifier rétroactivement une situation administrative pour des motifs autres que « l'exécution d'une loi, d'un règlement ayant légalement un effet rétroactif ou d'une décision du juge de l'excès de pouvoir »⁶⁹⁶. À défaut d'une telle habilitation, seul le juge administratif peut libérer l'autorité administrative du « carcan » de la non-rétroactivité⁶⁹⁷.

De cette idée, M. Dupeyroux a, dans son étude classique, tiré la distinction entre la rétroactivité permise et rétroactivité tolérée⁶⁹⁸. On ne saurait complètement adhérer à cette distinction, dès lors qu'elle laisserait à penser que le juge administratif disposerait d'un certain pouvoir discrétionnaire dans la mise en jeu de la règle de non-rétroactivité. L'éminent auteur estimait, en effet, que le juge administratif était amené à ne pas sanctionner la rétroactivité de certaines décisions administratives afin d'éviter l'encombrement du prétoire ou en présence d'une décision favorable à son destinataire. Pour le premier cas, les hypothèses évoquées se rattachent, en réalité, à la catégorie des actes constatatifs ou déclaratifs, dont la rétroactivité légale résulte de leur objet même. Par suite, le domaine de la rétroactivité tolérée par le juge administratif se réduit aux cas des décisions favorables. Si elle ne doit pas être complètement ignorée, la distinction entre rétroactivité permise et rétroactivité tolérée ne peut servir de *summa divisio* au recensement des cas de rétroactivité administrative, en raison du trop grand déséquilibre qui en résulterait.

On ne saurait davantage s'appuyer sur la nature de l'acte dont la rétroactivité est admise, dès lors que celle-là est, dans la plupart des cas, indifférente à l'emploi de celle-ci. Tout au plus peut-on relever que les hypothèses de rétroactivité sont plus nombreuses pour les prescriptions catégoriques et concrètes que pour les règles générales et impersonnelles en droit administratif. Cette différence d'ordre quantitatif ne doit pas surprendre, dès lors que les règlements administratifs sont, par nature, soumis à l'exigence de prévisibilité de la règle de droit, ce qui explique que le principe de non-rétroactivité doive s'imposer à

⁶⁹⁵ Sur ce point, cf., plus bas, p. 483, n° 611.

⁶⁹⁶ Cf. l'ex. des mesures de révision de carrière des fonctionnaires, CE, 2 juillet 1965, *Babouard*, req. n° 60.510, Rec., p. 409 ; 3 décembre 1975, *Dame veuve Nicola*, req. n° 97.405, Rec., p. 611 ; 12 juillet 1995, *Ministre du Budget c/ Jaegert*, req. n° 140.588 ; 1^{er} juin 2001, *Kevers-Pascalis*, req. n° 189.126 ; 17 juin 2009, *D'Abzac*, req. n° 306.076, Rec., T., p. 862, *AJDA*, 2009, n° 23, p. 1224.

⁶⁹⁷ Cf., dans le même sens, J. PETIT, thèse préc., p. 353, n° 741.

⁶⁹⁸ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 191, n° 170 et p. 313, n° 286. Cette distinction a notamment été reprise par P. LEWALLE, thèse préc., p. 303.

eux avec une plus grande rigueur. La rétroactivité de la règle administrative s'avère, en effet, beaucoup plus dommageable pour la sécurité juridique que celle des autres actes administratifs, dans la mesure où elle est susceptible d'affecter un plus grand nombre de situations juridiques.

211. Au total, c'est la raison d'être de la licéité de la rétroactivité de la décision unilatérale qui paraît être le critère le plus pertinent pour classer ses différentes manifestations en droit administratif. On peut ainsi répartir les justifications de la rétroactivité administrative en quatre ensembles. Le recours à la rétroactivité se trouve, en premier lieu, fondé dans les cas où il s'agit d'assurer le respect d'une règle de droit supérieure au principe général du droit de non-rétroactivité (§ 1). L'emploi de la rétroactivité répond, dans d'autres hypothèses, aux nécessités d'une bonne administration. La rétroactivité constitue le moyen pour l'autorité administrative d'accomplir certaines de ses missions. C'est dire que la rétroactivité s'avère parfois nécessaire à l'organisation temporelle de l'action administrative (§ 2). Plus largement, le juge témoigne d'une tolérance certaine envers l'utilisation de la rétroactivité lorsqu'elle s'avère favorable au destinataire de la mesure que prend l'autorité administrative (§ 3). De la même manière que précédemment, la rétroactivité constitue l'accessoire naturel d'autres techniques juridiques, dont l'autorité administrative peut, au même titre que toute autorité normative, valablement user, quoique de manière plus limitée en raison de la prégnance du principe de non-rétroactivité (§ 4). À côté de ces techniques de rétroactivité, il existe également toute une série d'actes dont la rétroactivité repose sur l'idée qu'ils sont réputés non modificatifs du droit existant. Bien que se rapportant à des situations antérieures, l'effet sur le passé de ces actes est pour le moins incertain. Déclaratifs ou rectificatifs, ces actes produiraient néanmoins un effet rétroactif à raison de leur objet même. Or, la réalité de la rétroactivité qui est attachée à ces actes n'est avérée que pour une partie d'entre eux. Faute pour ces derniers de produire véritablement un effet de droit, il faut repousser la qualification de rétroactivité à leur égard (§ 5).

§ 1 : La rétroactivité de l'acte administratif fondée sur une règle supérieure

212. En principe, l'autorité administrative est privée de la faculté de recourir à la rétroactivité, en raison de la règle de non-rétroactivité, laquelle constitue pour les actes administratifs unilatéraux à la fois un précepte d'interprétation et une condition de leur validité. Ce n'est qu'en présence d'une règle dont le rang est supérieur à celui de ce principe général du droit dans la hiérarchie des normes ou d'une autorisation émanant d'une autorité qui n'est pas elle-même soumise à ce même principe que l'autorité administrative peut être affranchie de l'observation de la règle de non-rétroactivité. Partant, les sources possibles de la rétroactivité administrative sont nombreuses, soit qu'elles l'habilitent, soit qu'elles la commandent. Aux sources traditionnelles que constituent la Constitution, la loi et la jurisprudence, s'ajoute également le droit de l'Union européenne d'effet direct, dont on sait qu'il se trouve désormais « *intégré dans l'ordre constitutionnel français* »⁶⁹⁹ et qu'il s'insère, en tant que tel, pleinement dans la hiérarchie des sources du droit administratif français⁷⁰⁰. Les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes justifient alors le recours à la rétroactivité par l'autorité administrative.

⁶⁹⁹ J.-É. SCHOETTL, note sous C.Const., déc. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101, *LPA*, 18 juin 2004, n° 122, p. 10, spéc. p. 11, n° 3.

⁷⁰⁰ Sur l'enrichissement des sources de la légalité administrative résultant de l'adhésion de la France à l'Union européenne, voir J. SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque de droit public, t. 266, 2011, spéc. p. 29 et s.

213. Bien que le texte constitutionnel soit lui-même muet sur la question des effets dans le temps des actes administratifs, la jurisprudence constitutionnelle a consacré, en matière répressive, un principe à valeur constitutionnelle rendant obligatoire l'application rétroactive de la règle de fond plus douce. Cette règle s'impose donc à l'autorité administrative dans les domaines du droit répressif où le pouvoir réglementaire est compétent pour fixer les règles applicables (I). La rétroactivité de la décision administrative peut aussi découler du droit de l'Union européenne, dont le respect doit être assuré par les autorités nationales (II). Dans l'exercice du pouvoir de rétroactivité dont il dispose au nom de l'intérêt général, le législateur peut, en dehors de la matière pénale, librement attribuer, suivant diverses modalités, un effet rétroactif à une décision administrative (III). Enfin, la rétroactivité administrative peut procéder de la décision de justice, prise dans son double aspect normatif. L'exécution de la chose jugée comme la mise en œuvre d'une règle d'origine jurisprudentielle amènent l'autorité administrative à user légalement de la rétroactivité (IV).

I – LA RETROACTIVITE IMPOSEE PAR LA CONSTITUTION : LA RETROACTIVITE *IN MITIUS* DE LA REGLE ADMINISTRATIVE

214. La consécration du principe constitutionnel de la rétroactivité de la règle répressive de fond plus douce a pour conséquence d'autoriser, et même d'imposer, la rétroactivité des règlements adoptés en matière de sanctions administratives. Dans cette mesure, le principe à valeur constitutionnelle tiré de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fait échec au principe général de non-rétroactivité des actes administratifs.

L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* en droit administratif a pu être contestée en raison de l'incompétence de principe du pouvoir réglementaire en matière d'incrimination. Selon M. Mourgeon, le principe de légalité des délits et des peines s'opposerait à ce que les sanctions administratives trouvent leur source ailleurs que dans la loi⁷⁰¹. Si une telle position était tenable avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958⁷⁰², le partage de compétence entre la loi et le règlement en matière répressive que celle-ci a réalisé l'a rendue caduque⁷⁰³. Désormais, le principe de légalité des délits et des peines exige simplement que la sanction administrative repose sur un texte⁷⁰⁴, dont la nature

⁷⁰¹ J. MOURGEON, thèse préc., p. 120, n° 88.

⁷⁰² Une sanction administrative ne pouvait être instituée, en principe, que par la loi ou un texte pris sur habilitation du législateur (voir notamment CE, 5 mai 1958, *Syndicat professionnel des agents d'affaires à Madagascar*, Rec., p. 261, RDP, 1958, n° 4, p. 769 ; Ass., 6 mars 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris*, Rec., p. 164 ; 4 mai 1962, *Société Géo*, req. n° 50.156, Rec., p. 294, AJDA, 1963, n° 5, concl. DUCAMIN, RDP, 1962, p. 1240). Voir J.-M. AUBY, « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », in *Mélanges offerts à J. BRETHE DE LA GRESSAYE*, Bordeaux, éd. Bière, 1967, p. 69, spéc. pp. 86-87.

⁷⁰³ Pour une position contraire, voir J. MOURGEON, *loc. cit.*

⁷⁰⁴ S'agissant de sanctions de nature administrative, le principe de légalité des délits et des peines ne saurait avoir la même portée qu'en droit pénal. Sous réserve des règles propres aux pénalités contractuelles, il a été admis que le principe implique que nul ne peut faire l'objet d'une sanction qui n'a pas été prévue par un texte qui investit une juridiction ou une autorité administrative du pouvoir de la prononcer (M. GUYOMAR, concl. sur CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc., p. 13 ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 253, n° 175 ; CE, Sect., 5 janvier 1945, *Le Bayon*, Rec., p. 6 ; 28 février 1947, *Sieur Beauzet*, Rec., p. 84 ; Sect., 1^{er} avril 1955, *Harrach*, Rec., p. 193 ; C.Const., déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 33 à 39, Rec., p. 18, *Grands arrêts du droit de l'audiovisuel*, 1991, n° 51, p. 331, C. DEBBASCH, GDCC n° 21, AIJC, 1989, p. 487, chr. B. GENEVOIS, D., 1994, p. 137, chr. M. DOBKINE, JCP G, 1994, II, 22350, note M.-C. ROUAULT, *Pouvoirs*, 1989, n° 50, p. 193 et 197, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Rev. adm.*, 1989, p. 223, note J.-L. AUTIN, RDP, 1989, n° 2, p. 429, chr. L. FAVOREU, RFDA, 1989, n° 2, p. 215, note B. GENEVOIS ; déc. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, préc., cons. 6 ; déc. n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, préc., cons. 15 ; déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 30, Rec., p. 45, AJDA, 1997, n° 6, p. 524, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE, D., 1999, SC, p. 237, obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, JCP G, 1997, II, 22890, note J.-C. ZARKA, LPA, 27 juin 1997, n° 77, p. 4, note G. PELLISSIER et 17 octobre 1997, n° 125, p. 18, chr. B. MATHIEU, RDP, 1997, n° 3, p. 931, note F. LUCHAIRE, RFDC, 1997, n° 31, p. 571, note O. LECUCQ ; CE, 9 octobre 1996,

– loi ou règlement – dépend des domaines respectifs du législateur et du pouvoir réglementaire. Ainsi, un régime de sanction administrative ne doit être institué par le législateur que lorsqu’il prévoit des peines d’amende supérieures aux maxima retenus par le code pénal en matière de contraventions de police⁷⁰⁵. En pareil cas, le pouvoir réglementaire ne peut intervenir que pour préciser les modalités d’application du régime de sanction sur renvoi du législateur⁷⁰⁶, mais ne peut en définir les éléments constitutifs⁷⁰⁷. En revanche, le pouvoir réglementaire est compétent pour instituer des sanctions administratives en deçà du seuil déterminé par le code pénal⁷⁰⁸. Malgré la compétence réglementaire en matière de sanctions administratives, le législateur reste la principale source du droit administratif des sanctions⁷⁰⁹.

215. Paragraphe de renvoi. Le champ d’application de l’article 8 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen est le même que la règle répressive de fond plus douce ait été édictée par le législateur ou par l’autorité administrative. Ainsi, le bénéfice de la rétroactivité se limite aux règles de fond qui régissent les sanctions administratives et fiscales présentant le caractère d’une punition, à l’exclusion notamment des règlements de police. De même, le principe ne concerne que la partie répressive des règlements incriminant un fait mixte ou les conséquences répressives des règlements procédant à une incrimination indirecte⁷¹⁰. Enfin, la détermination du caractère moins sévère de la règle

Société Prigest, req. n° 170.363, Rec., T., p. 690, *Dr. adm.*, 1997, n° 1, p. 11, note D. PIVETEAU ; 21 juin 1997, *Ministre d’État, Ministre de l’Intérieur et de l’Aménagement du territoire c/ SARL Le Koutouri*, req. n° 150.747, *RFDA*, 1997, n° 4, p. 892 ; C.Const., déc. n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, préc., cons. 50 ; déc. n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, préc., cons. 36). Cette souplesse se retrouve également dans l’exigence de définition préalable et suffisamment précise de l’incrimination. Comme le soulignait B. Genevois, « qu’appliquée en dehors du droit pénal, l’exigence d’une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite en matière administrative par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d’une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements » (B. GENEVOIS, note sous C.Const., déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, préc., *RFDA*, 1989, n° 2, p. 215).

⁷⁰⁵ CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, req. n° 46.922 et 46.923, Rec., p. 101, *D.*, 1960, J., p. 236, note A. L’HUILIER, *JCP G*, 1960, II, 11629 bis, note G. VEDEL, *S.*, 1960, II, p. 131-135, concl. KAHN ; C.Const., déc. n° 63-22 L, 19 février 1963, *Nature juridique des dispositions de l’article 29 de l’ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958 modifiant certaines peines en vue d’élever la compétence des tribunaux de police, en tant qu’elles modifient l’article 25-II-B-a de la loi du 14 avril 1952 portant loi de finances pour l’année 1952*, *D.*, 1964, J., p. 92, note L. HAMON, *JCP G*, 1965, II, 14171, note OK, *RDP*, 1966, p. 107, chr. L. HAMON et C. COURVOISIER, *Rev. Sc. Crim.*, 1964, p. 367, note A. LEGAL ; déc. n° 73-80 L, 28 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d’orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d’exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion*, Rec., p. 45, cons. 12, *AJDA*, 1974, n° 5, p. 229, note J. RIVERO, *D.*, 1974, p. 83, note L. HAMON, *JCP G*, 1975, I, 2740, note M.-L. RASSAT, *RDP*, 1974, n° 3, p. 889, note J. DE SOTO, *Rev. Sc. Crim.*, 1974, p. 855, note J. LARGUIER ; déc. n° 87-151 L, 23 septembre 1987, *Nature juridique de certaines dispositions de l’article L 69-1 du code des postes et télécommunications*, Rec., p. 53, cons. 3 à 5, *AJDA*, 1988, n° 1, p. 60, note X. PRÉTOT ; CE, Ass., 6 février 1981, *Société varoise des transports*, req. n° 14.910, Rec., p. 52 (sol. *a contrario*), *AJDA*, 1981, n° 12, p. 599, concl. A. BACQUET ; 6 novembre 1991, *Fédération française des syndicats de producteurs de plants de vigne*, req. n° 85.629, Rec., p. 380 ; Sect., 15 mars 2002, *Office des migrations internationales (OMI) c/ Société Hinolisari Success*, req. n° 221.020, Rec., p. 103 (sol. impl.), *AJDA*, 2002, n° 7-8, p. 630, concl. S. BOISSARD, *RDP*, 2003, n° 2, p. 405, chr. C. GUETTIER.

⁷⁰⁶ Qu’il s’agisse de déterminer la nature des obligations dont la méconnaissance pourra être sanctionnée (CE, 9 octobre 1996 *Société Prigest*, préc.), l’échelle des peines (cf. CE, Sect., 28 juillet 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouët*, préc.) ou encore les règles de procédure.

⁷⁰⁷ CE, Sect., 18 juillet 2008, *Fédération de l’hospitalisation privée*, req. n° 300.304, Rec., p. 290, concl. L. DEREPA, *AJDA*, 2008, n° 33, p. 1812, chr. É. GEFFRAY et S.-J. LIÉBERT, *RDSS*, 2008, n° 5, p. 966, obs. D. CRISTOL, *RFDA*, 2008, n° 5, p. 1078.

⁷⁰⁸ C’est le cas principalement en matière de contraventions de grande voirie (F. MODERNE, *op. cit.*, p. 224 ; CE, Sect. 23 juillet 1976, *Dame Ruffenach*, préc. ; Sect., Avis, 23 avril 1997, *Préfet de l’Isère contre Société routière du Midi*, préc.). Le taux maximum des peines contraventionnelles ne peut excéder le taux minimum des peines délictuelles (Outre la jurisprudence déjà citée, cf. CE, 29 juillet 1950, *Poschentz*, Rec., p. 493 ; 14 février 1951, *Fédération nationale des syndicats d’utilisateurs et de transformateurs de lait* (3^e esp.), req. n° 88.666, Rec., p. 89). Voir également J. MOURGEON, thèse préc., p. 113, n° 87.

⁷⁰⁹ Les sanctions fiscales, ainsi que les sanctions infligées par les autorités administratives indépendantes sont toutes prévues par la loi ou sur habilitation du législateur. Cf., par ex., l’ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005, préc. Pour un autre ex., C.Const., déc. n° 2009-590 DC, 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet*, cons. 28, Rec., p. 179, *GDCC* n° 39, *JCP G*, 2009, n° 46, p. 15, note M. VERPEAUX, *LPA*, 25 novembre 2009, n° 235, p. 7, note F. CHALTIEL, *RFDC*, 2010, n° 82, p. 390, note W. BENASSIANO.

⁷¹⁰ CE, 17 mars 1997, *Office des migrations internationales*, préc. Selon la jurisprudence de la Cour de Cassation, il est nécessaire que le texte réglementaire constitue le support nécessaire de l’infraction (Cass. Crim., 25 janvier 1988, *Vachez*, préc. ; 22 janvier 1990, *Schandalow et autres*, préc. ; 7 juin 1990, *Delfolie et Administration des douanes*, préc. ; 6 février 1997, pourv. n° 95-81.912, Bull. Crim., n° 50, p. 164 ; 7 avril 2004, pourv. n° 03-84.191 et 03-85.698 (2 esp.), Bull. crim. n° 93, p. 354). Sur le refus initial du

répressive de fond édictée par un règlement s'effectue également par la comparaison des textes anciens et nouveaux. Les modalités d'application du principe de la rétroactivité *in mitius* en présence d'une règle administrative sont identiques à celles de la règle législative. Ainsi, dans le silence de l'autorité normative sur l'application dans le temps du texte répressif plus doux, l'autorité en charge de la répression se trouve dans l'obligation d'appliquer le texte nouveau aux faits commis antérieurement à son entrée en vigueur⁷¹¹. La sanction contentieuse du principe lorsqu'est en cause un règlement répressif connaît, pour l'essentiel, le même régime, ainsi que les mêmes limites que pour la loi⁷¹², à ceci près que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen étant directement applicable aux règles administratives établissant ou modifiant des incriminations ou des punitions, le juge administratif en assure pleinement la sanction⁷¹³.

Imposée par la Constitution dans le domaine répressif, la rétroactivité de l'acte administratif peut être autorisée en dehors de ce domaine par toute règle de droit ayant une valeur supérieure au principe général de non-rétroactivité des actes administratifs, ce qui se trouve être le cas lorsque celle-ci résulte d'une habilitation donnée par les institutions de l'Union européenne ou lorsqu'elle s'avère nécessaire à la mise en conformité du droit national avec le droit de l'Union européenne.

II – LA RETROACTIVITE ADMINISTRATIVE EMANANT DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

216. Dans son champ d'application, le droit de l'Union européenne dans son ensemble est affecté d'une valeur supérieure à la loi dans l'ordre juridique français⁷¹⁴ et il va sans dire qu'il n'est pas soumis au principe de non-rétroactivité des actes administratifs. Néanmoins, au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, les autorités normatives européennes sont elles-mêmes soumises au principe de

juge d'appliquer le principe de la rétroactivité *in mitius* en matière de réglementation économique et fiscale, voir la jurisprudence citée note 1747. Voir également, J. BORRICAND, « La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique et fiscale », *D.*, 1978, chr., p. 275 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 124 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 201, n° 179 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 672, n° 855 ; A. HUET, « La rétroactivité *in mitius* des textes réglementaires en matière économique (Dissonances sur une question simple) », *JCP G*, 1989, I, n° 7, 3378 ; De JUGLART, « Les sanctions administratives dans la législation récente », *JCP G*, 1942, p. 283 ; J. MOURGEON, thèse, p. 118, n° 88 ; B. NEEL, *Les pénalités fiscales et douanières*, préc. ; J. PETIT, thèse préc., p. 246, n° 521.

⁷¹¹ CE, Sect., 23 juillet 1976, *Dame Ruffenach*, préc.

⁷¹² Sur l'ensemble de ces questions, cf., plus haut, p. 382 et s. n° 480 et s. Ainsi, l'autorité administrative dispose de la faculté de retirer un règlement instituant une nouvelle incrimination ou aggravant une sanction, sans pour autant méconnaître le principe de non-rétroactivité des actes administratifs (M. KELLERSHOHN, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Bordeaux, Impr. Y. Cadoret, 1915, pp. 66-67).

⁷¹³ CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Benkerrou*, req. n° 255.136, Rec., p. 297, *RFDA*, 2004, n° 5 p. 913, concl. M. GUYOMAR et, n° 6, p. 1130, note M. DEGOFFE et A. HAQUET, *AJDA*, 2004, n° 31, p. 1695, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *Dr. adm.*, 2004, n° 11, p. 27, note E. BREEN, *LPA*, 11-12 novembre 2004, n° 226-227, p. 13, note A. SAILLARD, *CJEG*, 2004, n° 615, p. 545, note M. V.

⁷¹⁴ En droit interne, la supériorité du droit de l'Union européenne sur la loi découle de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 (CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108.243, Rec., p. 190, *GAJA* n° 91, *AJDA*, 1989, p. 756, chr. E. HONORAT et E. BAPTISTE et p. 788, note D. SIMON, *RFDA*, 1989, n° 5, p. 812, concl. P. FRYDMAN, p. 824, note B. GENEVOIS, n° 6, p. 993, note L. FAVOREU, p. 1000, note L. DUBOUIS), qu'il s'agisse du droit originaire (CE, 5 mai 1995, *Ministre de l'équipement, du transport et du tourisme c/ SARL Der*, req. n° 154.362, Rec., p. 192, *AJDA*, 1995, p. 936, note T. HARMONIAUX, *RDP*, 1995, p. 1102, concl. F. SCANVIC), du droit dérivé (CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, req. n° 58.657, Rec. p. 251, *AJDA*, 1990, n° 12, p. 863, chr. E. HONORAT et R. SCHWARTZ, *LPA*, 12 octobre 1990, concl. M. LAROQUE, *RFDA*, 1991, n° 1, p. 172, note L. DUBOUIS, *RGDIP*, 1991, p. 964, note D. ROUSSEAU ; Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, req. n° 56.776 et 56.777, Rec., p. 81, concl. M. LAROQUE, *JCP G*, 1992, II, 21859, note G. TEBOUL, *LPA*, 10 avril 1992, n° 44, p. 18, note T. CÉLÉRIER, *RFDA*, 1992, n° 3, p. 425, note L. DUBOUIS) ou des principes généraux du droit de l'Union européenne (CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, req. n° 226.514, Rec., p. 624, *AJDA*, 2002, n° 19, p. 1219, note A.-L. VALEMBOSIS, *Dr. adm.*, 2002, n° 3, p. 28, note P. CASSIA, *Europe*, 2002, n° 4, p. 6, note A. RIGAUX et D. SIMON, *RMCUE*, 2002, p. 595, note F. CHALTIEL, *RTDE*, 2003, n° 2, p. 197, note C. CASTAING). Voir C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Lexis-Nexis, Litec, 4^e éd., 2010, p. 717, n° 997 ; G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, coll. Université, 9^e éd., 2006, pp. 303-304.

non-rétroactivité et, plus largement, aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime⁷¹⁵. Dans le strict respect des principes régissant l'application dans le temps des actes de l'Union européenne, la rétroactivité des normes européennes d'effet direct⁷¹⁶ s'impose aux autorités nationales. En tant que juge de l'Union européenne de droit commun, il appartient au juge national de donner à la norme européenne la portée temporelle qui est la sienne, sans qu'un principe issu du droit interne puisse s'y opposer⁷¹⁷. De la même manière, les États membres peuvent être autorisés par le droit de l'Union européenne à prendre des mesures rétroactives afin d'en assurer l'exécution. Dans cette mesure, le principe français de non-rétroactivité des actes administratifs doit céder devant la primauté du droit de l'Union européenne⁷¹⁸. La rétroactivité du droit national peut être directement autorisée par un texte de l'Union européenne (A) ou être rendue nécessaire pour assurer sa mise en œuvre (B). Dans cette dernière hypothèse, l'attribution de rétroactivité s'explique également par le principe d'application effective et uniforme du droit de l'Union européenne⁷¹⁹.

A/ L'autorisation de rétroagir donnée par un acte de l'Union européenne

217. L'autorisation donnée par les institutions européennes à l'autorité nationale de conférer un effet rétroactif aux mesures à prendre n'est pas différente d'une habilitation législative en droit interne⁷²⁰. Il s'agit pour une institution de l'Union européenne d'affranchir les actes adoptés dans le champ d'application du droit de l'Union européenne par une autorité nationale du respect du principe de non-rétroactivité. Dans des circonstances exceptionnelles, la Commission a ainsi pu autoriser un État membre rencontrant des difficultés particulières à prendre des mesures d'urgence durant une période transitoire. En l'espèce, la République fédérale d'Allemagne a pu adopter, sur le fondement de cette décision, des mesures de protection rétroactives visant à mettre en place un régime de montants

⁷¹⁵ Sur ce point, cf. plus bas, p. 442 et s., n° 560 et s.

⁷¹⁶ Sur le principe d'effet direct des normes européennes, cf. CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec., p. 3 (stipulations des traités) ; 14 décembre 1971, *Politi*, aff. 43/71, Rec., p. 1039 (règlements) ; 6 octobre 1970, *Frantz Grad*, aff. 9/70, Rec., p. 825 (décisions) ; 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Rec., p. 1337 (directives). Voir également, C. BLUMANN et L. DUBOUIIS, *op. cit.*, p. 529, n° 699 ; G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 267 ; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 2010, p. 1005, n° 642 et la bibliographie citée.

⁷¹⁷ Les juridictions nationales sont les juridictions européennes de droit commun. À ce titre, il leur appartient d'appliquer le droit de l'Union européenne d'effet direct et d'écarter toute disposition nationale contraire (sur cette question, voir TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pack c/ Commission*, aff. T-51/89, Rec., II, p. 309, pt. 42 ; A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à J. BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, p. 1 ; C. BLUMANN et L. DUBOUIIS, *op. cit.*, p. 608, n° 803 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juges communautaires*, Paris, Dalloz, 2001 ; G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 335 ; J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 972 et s., n° 626 et s. et la bibliographie citée, spéc., p. 969, n° 623). Sur le juge administratif en particulier, voir B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*, 2009, n° 2, p. 201.

⁷¹⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, Rec., p. 1141 ; 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. 106/77, Rec., p. 629 ; Cass. Soc., 4 mai 1988, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)*, pourv. n° 85-12.508, Bull. Civ. IV, n° 266, p. 175 ; CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, préc. Sur ce principe, voir C. BLUMANN et L. DUBOUIIS, *op. cit.*, p. 417, n° 628 ; G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 284 ; J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 1002, n° 640 et la bibliographie citée.

⁷¹⁹ CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, aff. 48/71, Rec., p. 529, att. 8 : « la réalisation des buts de la Communauté exige que les règles du droit communautaire, établies par le traité lui-même ou en vertu des procédures qu'il a instituées, s'appliquent de plein droit au même moment et avec des effets identiques sur toute l'étendue du territoire de la Communauté sans que les États membres puissent y opposer des obstacles quels qu'ils soient ». Cf. également, CJCE, 19 janvier 1993, *Commission c/ Italie*, aff. C-101/91, Rec., I, p. 191, pt. 24.

⁷²⁰ Sur cette question, cf., plus bas, p. 168, n° 223. Toutefois, l'analogie reste ici d'ordre purement technique. Selon MM. Isaac et Blanquet, « la Cour se garde d'une assimilation entre le règlement et la loi nationale, qui aurait débouché sur une liberté totale pour les institutions d'arrêter des actes rétroactifs » (G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 223). Sur le parallèle existant entre les délégations législatives européennes et françaises, voir M.-C. PUJOL-REVERSAT, « La nouvelle législation déléguée en droit communautaire, variation entre lois d'habilitation et ordonnances », *RDP*, 2008, n° 6, p. 1609.

compensatoires dans le domaine agricole à la suite de la réévaluation du *deutschmark*⁷²¹. De la même manière, le Conseil a autorisé avec effet rétroactif la prorogation du régime dérogatoire de TVA applicable en France au secteur des déchets neufs d'industrie et matières de récupération⁷²².

218. L'autorisation de rétroagir donnée par l'institution européenne est d'interprétation stricte⁷²³. Elle doit être, en principe, expresse⁷²⁴, mais la jurisprudence accepte que la volonté de l'auteur de l'acte puisse être implicite, pourvu qu'elle soit certaine. L'intention de l'auteur peut naturellement être dégagée des termes mêmes du texte, de son but ou de son objet⁷²⁵. Il en va ainsi du règlement européen qui autorise les États membres à prendre des mesures à compter d'une date qu'il fixe et pour l'ensemble d'une période qu'il définit. Les mesures nationales d'application édictées au cours de la période peuvent légalement rétroagir à la date où celle-ci a débuté⁷²⁶. La rétroactivité donnée à l'acte de droit interne ne saurait, en tout état de cause, dépasser l'objet et le champ de l'autorisation européenne.

Même en l'absence d'habilitation expresse de la part des institutions européennes, les autorités nationales se trouvent fondées, en leur qualité d'organe d'exécution du droit de l'Union européenne, à conférer une portée rétroactive à un texte dans les cas où est en jeu la mise en conformité du droit national avec le droit de l'Union européenne.

B/ La mise en conformité rétroactive du droit national avec le droit de l'Union européenne

219. Il s'agit pour l'autorité nationale d'assurer, au titre de sa fonction d'exécution du droit de l'Union européenne⁷²⁷, l'effectivité du droit de l'Union européenne en recourant au besoin à la rétroactivité. Les États membres sont ainsi fondés à se conformer rétroactivement aux obligations qui découlent de leur engagement européen. Il s'agit là d'une conséquence logique du jeu combiné des principes de coopération loyale⁷²⁸ et de primauté du droit de l'Union européenne. La liberté laissée aux États membres de recourir à la rétroactivité s'explique également par le principe de l'autonomie

⁷²¹ CJCE, 11 février 1971, *Rewe Zentrale*, aff. 37/70, Rec., p. 23. Voir F. LAMOUREUX, art. préc., p. 281.

⁷²² CE, 16 novembre 2005, *Société métallurgique du Rhin*, req. n° 265.179, Rec., T., p. 723, *BDCF*, 2006, n° 2, p. 22 et *RDF*, 2006, n° 29, p. 1435, concl. L. VALLÉE. Pour d'autres ex., cf. CJCE, 29 avril 2004, *Walter Sudholz*, aff. C-17/01, Rec., I, p. 4243, pt. 40, *RJF*, 2004, n° 7, comm. 832.

⁷²³ CJCE, 20 novembre 1997, *Moskof*, aff. C-244/95, Rec., I, p. 6441, pt. 74 ; 22 novembre 2001, *Pays-Bas c/ Conseil*, aff. C-110/97, aff. C-110/97, Rec., I, p. 8763, pts. 18 et 154. Voir également, F. LAMOUREUX, « The retroactivity of Community acts in the case law of the Court of Justice », *CMLR*, 1983, n° 2, p. 269, spéc. p. 288.

⁷²⁴ La jurisprudence européenne rattache également cette exigence au principe de motivation des actes de l'Union européenne posé à l'art. 253 (ex-190) du traité CE, lequel concerne indifféremment les actes de portée générale ou individuelle (CJCE, 22 avril 1997, *Road Air*, aff. C-310/95, Rec., I, p. 2229, pt. 46 ; 20 novembre 1997, *Moskof*, préc., pt. 57). Il en va de même en matière d'habilitation.

⁷²⁵ Sur ces différents points, cf. CE, Ass., 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autres*, req. n° 219.494, 221.021, 221.274, 221.275 et 221.421, Rec., p. 340, *Europe*, 2001, n° 10, p. 21, note P. CASSIA, *RFDA*, 2002, n° 1, p. 33, concl. F. SÈNERS et p. 43, note L. DUBOUIS ; 11 février 2002, *Société d'armement à la pêche Jégo-Quéré et autres*, req. n° 220.569, 222.998 et 228.968, Rec., T., p. 893.

⁷²⁶ L'exécution d'un règlement européen fixant les quotas annuels de pêche implique nécessairement que les arrêtés ministériels opérant leur répartition pour chaque organisation de producteurs entrent en vigueur au début de l'année concernée, alors même qu'ils ont été édictés en cours de campagne (CE, 11 février 2002, *Société d'armement à la pêche Jégo-Quéré et autres*, préc.). C'est à la même solution que le juge administratif est parvenu s'agissant d'un règlement européen autorisant la réduction des aides publiques versées en une fois aux agriculteurs pour l'ensemble d'une année civile. Les mesures nationales prises pour son application peuvent valablement entrer en vigueur au début de la période ouverte par le règlement, alors même qu'elles ont été édictées postérieurement à cette date, et modifier le montant versé, dès lors que le principe de confiance légitime a été respecté (CE, Ass., 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autres*, préc. ; 13 mars 2002, *M. Bulcke*, req. n° 199.749).

⁷²⁷ Sur le principe d'administration indirecte, voir C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *op. cit.*, p. 479, n° 650 ; G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 313 ; J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 970, n° 624.

⁷²⁸ Tel qu'il découle de l'article 10 (ex 5) du traité CE. Sur ce principe, voir C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *op. cit.*, p. 105, n° 135 ; G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 69 ; J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 973, n° 627 et 976, n° 629. Sur les aspects institutionnels de la question, voir J. SIRINELLI, thèse préc., p. 184 et s., n° 192 et s.

institutionnelle et procédurale⁷²⁹. En effet, il n'appartient pas au juge européen de se prononcer sur l'application dans le temps des mesures de droit national nécessaires à l'exécution du droit de l'Union européenne⁷³⁰. Toutefois, cette liberté laissée aux organes d'exécution du droit de l'Union européenne ne doit pas être sans limites. La rétroactivité des mesures nationales ne saurait porter atteinte à l'application uniforme du droit de l'Union européenne⁷³¹ ou à un principe général du droit.

220. Ainsi, les États membres ont pu adopter avec effet rétroactif les dispositions propres à assurer l'application d'une stipulation d'un traité fondamental à laquelle la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE ci-après) venait de reconnaître un effet direct⁷³². La rétroactivité des mesures nationales destinées à assurer l'application du droit de l'Union européenne dérivé est également acceptée, qu'il s'agisse d'actes à portée générale ou individuelle. Permises en ce qui concerne la mise en œuvre d'une règle européenne de droit dérivé, la rétroactivité est imposée pour assurer l'exécution d'une décision européenne. Deux exemples permettront d'illustrer ce double aspect. Les États membres sont autorisés à prendre rétroactivement des mesures de transposition d'une directive européenne, tandis qu'il leur est imposé de retirer les mesures d'exécution d'une aide d'État déclarée contraire au droit de l'Union européenne.

La question s'est longtemps posée de savoir si la date d'entrée en vigueur des mesures de transposition d'une directive européenne, adoptées postérieurement à l'expiration du délai de transposition, pouvaient être fixée à la date d'échéance du terme fixé par la directive. La CJUE y a répondu par l'affirmative, en considérant que cette rétroactivité permettait d'assurer l'entrée en vigueur simultanée des textes européens dans l'ensemble de l'Union européenne⁷³³. De telles mesures rétroactives de transposition ne sont conformes au droit de l'Union européenne que si elles respectent l'ensemble des droits que les particuliers ont pu tirer des dispositions de la directive à la date d'expiration du délai de transposition⁷³⁴. Bien que la rétroactivité des mesures nationales soit susceptible de réparer le retard dans la transposition de la directive, elle ne saurait en elle-même exclure la responsabilité encourue par l'État membre qui a manqué à ses obligations européennes⁷³⁵. Il faut comprendre par là que l'application rétroactive, régulière et complète des mesures d'exécution de la directive constitue le mode de réparation adéquat des préjudices subis par les bénéficiaires en cas de transposition régulière, mais tardive d'une directive européenne, mais qu'elle ne saurait, dans tous les cas, être suffisante⁷³⁶. Le Conseil d'État ne semble pas, pour l'heure, s'être rallié à la position du juge européen.

⁷²⁹ G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 315 ; J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 981, n° 631.

⁷³⁰ CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company NV et autres*, aff. jointes 51 à 54/71, Rec., p. 1107, pt. 4.

⁷³¹ CJCE, 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor GmbH c/ Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, aff. 39/70, Rec., p. 49, att. 4 ;

⁷³² Cf. l'ex. de l'article 119 du traité CE qui pose le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins (CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43/75, Rec., p. 455, pt. 40). La limitation dans le temps de la décision de la CJCE lui reconnaissant un effet direct n'empêchait pas les États membres d'adopter des dispositions rétroactives pour en assurer la mise en œuvre (CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Telekom c/ Schröder*, aff. C-50/96, Rec., I, p. 743, pts. 42 à 49 et 74-75).

⁷³³ CJCE, 8 mars 1988, *Dik*, aff. 80/87, Rec., p. 1601, pts. 12 à 15. Cf., dans le même sens, G. COSMAS, concl. sur CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Telekom c/ Schröder*, préc., pt. 83.

⁷³⁴ CJCE, 8 mars 1988, *Dik*, préc.

⁷³⁵ CJCE, 19 novembre 1991, *Francoovich I*, aff. jointes C-6 et 9/90, Rec., I, p. 5357, pt. 35 ; 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur*, aff. jointes C-46 et 48/93, Rec., I, p. 1029, pt. 31 ; 26 mars 1996, *British Telecommunications*, aff. C-392/93, Rec., I, p. 1631, pt. 38 ; 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, Rec., I, p. 2553, pt. 24 ; 8 octobre 1996, *Dillenkofer et autres*, aff. jointes C-178, 179, 188, 189 et 190/94, Rec., I, p. 4845, pt. 20.

⁷³⁶ La responsabilité de l'État pour mauvaise transposition ou transposition tardive d'une directive européenne sera engagée si les bénéficiaires établissent des pertes complémentaires qu'ils auraient subies du fait, par exemple, qu'ils n'ont pu bénéficier en temps voulu des avantages pécuniaires garantis par la directive (CJCE, 10 juillet 1997, *Bonifaci et Berto*, aff. jointes C-94 et 95/95, Rec., I, p. 3969, pt. 53 et *Maso et Gazzetta*, aff. C-373/95, Rec., I, p. 4051, pt. 41). Sur ce point, la CJCE accepte néanmoins que la

Il ne fait aucun doute que la rétroactivité de la loi de transposition s'impose, en toutes hypothèses, au juge administratif. En revanche, le Conseil d'État a refusé de l'admettre lorsque la transposition emprunte la voie réglementaire. Le Conseil d'État a ainsi sanctionné la rétroactivité d'un décret de transposition d'une directive européenne édicté et publié postérieurement à l'expiration du délai de transposition, mais fixant sa date d'effet au terme du délai prévu par la directive⁷³⁷. Néanmoins, on peut raisonnablement penser que la position de la Haute juridiction administrative est susceptible d'évolution. En effet, rien ne l'empêcherait de déduire la licéité de la rétroactivité d'un décret de transposition d'une directive européenne en se fondant sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives⁷³⁸, dont il commence seulement à tirer les conséquences⁷³⁹.

221. Acceptée pour l'application des actes de l'Union européennes à portée générale, la rétroactivité peut également être nécessaire à celle d'un acte à portée individuelle. Tel est le cas lorsqu'est ordonnée la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit de l'Union européenne. Dans le domaine des aides d'État, la constatation de la contrariété d'une aide avec les règles fixées par les articles 87 et 88 du traité CE⁷⁴⁰ a pour conséquence logique et nécessaire sa suppression par voie de récupération. Il convient de distinguer entre l'incompatibilité de l'aide d'État avec le marché commun, laquelle ne peut être constatée que par la Commission elle-même et son illégalité qui peut être relevée tant par la Commission que par le juge national⁷⁴¹, ce qui n'est pas sans conséquence sur l'obligation de récupération.

Lorsqu'elle adopte une décision constatant l'illégalité ou l'incompatibilité de l'aide, la Commission enjoint à l'État membre de récupérer les sommes versées en violation du droit de l'Union

réparation du préjudice subi soit assortie d'un délai de forclusion quant à l'introduction de tout recours en ce sens, à la condition que cette modalité procédurale ne soit pas moins favorable que celles qui concernent des recours similaires de nature interne (CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, Rec., I, p. 4025, pt. 40).

⁷³⁷ CE, 1^{er} décembre 1999, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, req. n° 194.748, Rec., p. 376, *RFDA*, 1999, n° 2, p. 318. Pour des ex. de lois de transposition rétroactives, cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 304, n° 386.

⁷³⁸ Celle-ci est déduite des dispositions de l'art. 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 (C.Const., déc. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, préc., cons. 7, *AJDA*, 2004, n° 26, p. 1385, note P. CASSIA, n° 28, p. 1497, note M. VERPEAUX, n° 29, p. 1534, note J. ARRIGHI DE CASANOVA, p. 1537, note M. GAUTIER et F. MELLERAY, et n° 35, p. 1937, note D. CHAMUSSY, *D.*, 2004, n° 25, p. 1739, note B. MATHIEU, *JCP G*, 2004, n° 29, p. 1332, note J.-C. ZARKA, *Dr. adm.*, 2004, n° 8-9, p. 27, note M. VERPEAUX, *LPA*, 18 juin 2004, n° 122, p. 10, note J.-É. SCHOETTL et 13-14 juillet 2004, n° 140-141, p. 3, note F. CHALTIEL, *RDP*, 2004, n° 4, p. 869, note H. OBERDORFF, p. 878, note J.-P. CAMBY, p. 889, note A. LEVADE et p. 912, note J. ROUX, *RFDA*, 2004, n° 4, p. 651, note B. GENEVOIS ; déc. n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec., p. 120, cons. 4, *GDCC* n° 33, *AJDA*, 2006, n° 44, p. 2438, note N. CHARBIT et 2007, n° 9, p. 473, note G. MARCOU, *Europe*, 2007, n° 2, p. 4, note J.-P. KOVAR, *JCP A*, 2007, n° 4, p. 30, note G. DRAGO, *LPA*, 7 décembre 2006 n° 244, p. 3 et 8 décembre 2006, n° 245, p. 16, note J.-É. SCHOETTL, *RFDA*, 2006, n° 6, p. 1163, note R. de BELLESCIZE, *RFDC*, 2007, n° 70, p. 313, note X. MAGNON, *RGDIP*, 2007, n° 4, p. 961, note L. AZOULAY.

⁷³⁹ CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, req. n° 287.110, Rec., p. 55, *GAJA* n° 114, *AJDA*, 2007, n° 11, p. 577, chr. F. LENICA et J. BOUCHER, *RDP*, 2007, n° 4, p. 1031, note J. ROUX, *RFDA*, 2007, n° 2, p. 384, concl. M. GUYOMAR et n° 3, p. 564, note A. LEVADE et p. 578, note X. MAGNON. Sur l'ensemble de la question, voir J. SIRINELLI, thèse préc., p. 116, n° 119 et p. 378, n° 430.

⁷⁴⁰ Sur cette distinction, ainsi que sur ses conséquences, voir M.-C. BERGERÈS, « Les juridictions nationales et les aides d'État contraires au droit communautaire », *D.*, 1998, chr., p. 27 ; B. FERRARI, *La France et la réglementation communautaire des aides étatiques*, thèse dactyl., Nice, 2002, t. II, p. 635, n° 504.

⁷⁴¹ CJCE, 24 février 1987, *Deufil c/ Commission*, aff. 310/85, Rec., p. 901, pt. 24 ; 21 mars 1990, *Belgique c/ Commission*, affaire dite « Tubemeuse », aff. C-142/87, Rec., I, p. 959, pt. 66 ; 10 juin 1993, *Commission c/ Grèce*, aff. C-183/91, Rec., I, p. 3131, pt. 16 ; 14 janvier 1997, *Espagne c/ Commission*, aff. C-169/95, Rec., I, p. 135, pt. 47 ; 17 juin 1999, *Belgique c/ Commission*, affaire dite « Maribel bis/ter », aff. C-75/97, Rec., I, p. 3671, pt. 64 ; 27 juin 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-404/97, Rec., I, p. 4897, pt. 38 ; 8 mai 2003, *Italie et SIM 2 Multimedia c/ Commission*, aff. C- 328/99 et 399/00, Rec., I, p. 4035, pt. 66 ; 29 avril 2004, *Allemagne c/ Commission*, affaire dite « SMI », aff. C- 277/00, Rec., I, p. 3925, pt. 74 ? Sur cette question, voir D. BORDE et P. KIRCH, « La restitution des aides d'État (le point de vue français) », *RTDE*, 1993, n° 3, p. 477 ; J.-L. COLSON, « La restitution des aides d'État », *Rev. conc. consom.*, 2003, n° 133, p. 25 ; F. DONY, F. RENARD et C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, Comm. J. MÉGRET, éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e éd., 2007 ; L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 5^e éd., 2009, p. 597, n° 999 ; B. FERRARI, thèse préc., t. II, p. 747 et s., n° 776 et s. ; M. FROMONT, « La récupération des aides versées en violation du droit communautaire », *RAE*, 1993, n° 2, p. 5 ; M. KARPENSCHIF, *Le contrôle communautaire des aides publiques nationales*, thèse Lyon III, 1999.

européenne dans le délai qu'elle fixe. Alors que la Commission disposait auparavant d'un large pouvoir discrétionnaire pour ordonner ou non la récupération, celle-ci est désormais en situation de compétence liée. La Commission européenne ne peut renoncer à exiger la récupération qu'en cas d'atteinte à un principe général du droit de l'Union européenne, à l'expiration d'un délai de prescription de dix ans ou en cas d'impossibilité absolue d'obtenir le remboursement auprès de son bénéficiaire⁷⁴². La récupération d'une aide d'État illégale ou incompatible présente le caractère d'une mesure de réparation⁷⁴³. Dans cette mesure, la restitution de l'aide illicitement octroyée vise à rétablir la situation antérieure à son versement. Il s'agit, à travers la restitution de l'aide, de faire perdre au bénéficiaire de l'aide illicite l'avantage dont il avait bénéficié sur le marché par rapport à ses concurrents⁷⁴⁴. Alors que la récupération des aides d'État relève du droit commun de la répétition de l'indu⁷⁴⁵, la décision de la Commission ordonnant d'y procéder n'emporte pas uniquement des conséquences pécuniaires. En effet, le principe de l'effectivité et de l'immédiateté de la récupération⁷⁴⁶ exige non seulement la répétition des sommes dues par le bénéficiaire de l'aide déclarée incompatible, mais également la suppression par l'État membre des actes juridiques l'ayant mise à exécution⁷⁴⁷. Aux yeux du juge européen, ces deux obligations ont un caractère autonome dans le droit de la récupération⁷⁴⁸.

Pour satisfaire à l'obligation de récupération, l'État membre qui a octroyé une aide incompatible ou illégale avec le marché commun doit revenir sur l'ensemble des actes l'ayant mis à exécution⁷⁴⁹, en

⁷⁴² Sur cette évolution, voir CJCE, 12 juillet 1973, *Commission c/ Allemagne*, aff. 70/72, Rec., p. 813, pt. 13 ; 24 novembre 1987, *RSV c/ Commission*, aff. 223/85, Rec., p. 4617, pt. 17 ; 29 janvier 1998, *Commission c/ Italie*, aff. C-280/95, Rec., I, p. 259, pts. 13-14 ; art. 14, § 1, du règlement du Conseil du 22 mars 1999 pris pour l'application de l'article 88, § 3 (ex 93) du traité CE (JOCE n° L 83 du 27 mars 1999, p. 1. Pour un ex. récent, Commission, déc. n° C(2004) 3061 du 2 août 2004, concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom, pt. 264, disponible à l'adresse Internet suivante : http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/decisions/cl3a_2003/fr.pdf ; *Dr. adm.*, 2004 n° 11 p. 33, note M. BAZEX et S. BLAZY. Sur cette question, voir M. KARPENSCHIF, « La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement n° 659/1999 : du mythe à la réalité ? », *RTDE*, 2001, n° 3, p. 590 ; J.-P. KEPPELNE, « (R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État », *RMUE*, 1998, n° 2, p. 125 ; M. LE ROY, « Récupérer une aide publique », *RDP*, 2009, n° 4, p. 1007, spéc. pp. 1016-1017 n° 22.

⁷⁴³ Le lien automatique établi entre l'exigence de remboursement de l'aide et la constatation de son incompatibilité, de même que le caractère réparateur de la récupération, empêchent de voir dans la décision de la Commission le caractère d'une sanction (CJCE, 17 juin 1999, *Belgique c/ Commission*, préc., pt. 65), présentant le caractère d'une punition. Elle n'est donc pas soumise au principe de non-rétroactivité.

⁷⁴⁴ CJCE, 4 avril 1995, *Commission c/ Italie*, aff. C-350/93, Rec., I, p. 699, pts. 21 et 22 ; 17 juin 1999, *Belgique c/ Commission*, préc., pt. 65 ; 7 mars 2002, *Italie c/ Commission*, aff. C-310/99, Rec., I, p. 2289, pts. 98 et 99 ; 3 juillet 2003, *Belgique c/ Commission*, affaire dite « Verlipack », aff. C-457/00, Rec., I, p. 6931, pt. 55 ; 29 avril 2004, *Allemagne c/ Commission*, préc., pt. 75 ; TPICE, 11 mai 2005, *Saxonia Edelmetalle c/ Commission*, aff. T-111 et 133/01, Rec., II, p. 1579, pt. 113.

⁷⁴⁵ CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. 205/82, Rec., p. 2633, pts. 17 à 20 ; 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, Rec., I, p. 1591, pts. 34 à 37. Voir également, F. BELAICH, « La répétition de l'indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RMCUE*, 2000, n° 435 p. 99 ; L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op. cit.*, p. 262, n° 386 ; B. FERRARI, thèse préc., t. II, p. 763 et s., n° 839 et s. ; F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *RTDE*, 1981, p. 442.

⁷⁴⁶ Art. 13 et 14 § 1 du règlement de procédure cité plus haut. Cf., parmi de nombreux ex., CJCE, 12 mai 2005, *Commission c/ Grèce*, affaire dite « Olympic Airways », aff. C-415/03, Rec., I, p. 3875, pts. 35 et 44.

⁷⁴⁷ CJCE, 21 mars 1990, *Belgique c/ Commission*, préc., pt. 22.

⁷⁴⁸ La restitution des sommes illégalement perçue n'est aucunement conditionnée par le retrait (CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, préc., pt. 24) ou l'annulation juridictionnelle (CJCE, 27 juin 2000, *Commission c/ Portugal*, préc., pt. 55) des actes ayant mis à exécution l'aide d'État déclarée incompatible avec le droit de l'Union européenne.

⁷⁴⁹ La suppression des actes d'exécution de l'aide est exigée qu'elle résulte du constat par la Commission de son incompatibilité ou de son illégalité par cette dernière ou le juge national. Les conséquences à en tirer sont les mêmes (CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, préc., pt. 43). Dans l'un comme dans l'autre cas, cette exigence trouve sa limite dans l'atteinte portée au principe de sécurité juridique (CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, préc., pt. 37). Il est ici fait exception au principe selon lequel le droit de l'Union européenne n'exige pas, en principe, qu'un organe administratif soit obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un caractère définitif à l'expiration de délais de recours raisonnables ou par l'épuisement des voies de recours (CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, Rec., I, p. 837, pt. 24). Voir F. CHALTIEL, « Le retrait de l'acte administratif devant la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) : l'arrêt *Ternon* maintenu », *LPA*, 13 mars 2008, n° 53, p. 4. Voir également CJCE, 12 février 2008, *Kempter*, aff. C-2/06, Rec., I, p. 411, pts. 45 à 60, *AJDA*, 2008, n° 16, p. 871, chr. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT.

écartant au besoin les règles nationales susceptibles d'y faire obstacle⁷⁵⁰. Ainsi, le droit de l'Union européenne commande le retrait rétroactif des actes administratifs ayant mis l'aide à exécution⁷⁵¹, sans que puisse lui être opposé les règles de droit interne. En droit administratif français, cela signifie que les règles limitant la possibilité pour l'autorité compétente de remettre en cause rétroactivement l'acte allouant l'aide publique à son bénéficiaire doivent s'effacer devant l'obligation européenne de récupération. On sait que les actes attributifs d'un avantage financier sont regardés, en droit interne, comme des actes créateurs de droits susceptibles d'être acquis et que, en tant que tels, ils ne peuvent être retirés rétroactivement que sous certaines conditions, notamment de délai. Lorsque l'octroi de l'aide passe, par exemple, par l'adoption d'une décision individuelle explicite, le retrait rétroactif ne saurait, en vertu des règles de droit interne, intervenir au-delà d'un délai de quatre mois suivant l'édition de ladite décision⁷⁵². Dans la mesure où ces règles compromettent la pleine efficacité de l'exécution de la décision d'incompatibilité prise par la Commission ou, le cas échéant, par les juridictions européennes, l'autorité administrative est tenue de procéder au retrait rétroactif de la décision d'attribution de l'aide, quand bien même ce délai serait dépassé.

Néanmoins, cette obligation s'avère plus limitée en cas de simple constat de l'illégalité de l'aide par le juge national au regard des règles procédurales du droit européen des aides d'État. En effet, la Commission peut tout à fait déclarer l'aide compatible sur le fond avec le droit de l'Union européenne, alors même que l'État a méconnu les règles procédurales que celui-là impose à celui-ci, qu'il s'agisse de l'obligation de notification préalable ou de l'obligation de *standstill*. Dans cette configuration particulière, l'exécution de l'obligation de récupération se limite, pour le juge national, à exiger du bénéficiaire de l'aide le paiement des intérêts au titre de la période d'illégalité⁷⁵³. Il s'ensuit que le retrait rétroactif de l'acte allouant l'aide illicite est susceptible d'intervenir dans deux situations distinctes. En toutes hypothèses, le retrait devra être prononcé, sans condition de délai, en exécution d'une décision déclarant l'aide incompatible avec le droit de l'Union européenne. Dans les cas où seules

⁷⁵⁰ Qu'il s'agisse de règles de fond (CJCE, 15 janvier 1986, *Commission c/ Belgique*, aff. C-52/84, Rec. p. 89, pt. 14 ; CAA Paris, 5 octobre 2004, *Ministre de la culture et de la communication et Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) c/ Centre d'exportation du livre français (CELF)*, req. n° 01PA02717, Rec., T., p. 621, *AJDA*, 2005 n° 5 p. 260, concl. P. TROUILLY, *Dr. adm.*, 2005, n° 1, p. 20, chr. M. BAZEX et S. BLAZY, *Gaz. Pal.*, 7 août 2005, n° 219, p. 9, note B. FERRARI, *LPA*, 26 janvier 2005, n° 18, p. 5, note T. GEORGOPOULOS) ou de procédure (CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, préc., pts. 34 à 37). Sur l'ensemble de la question, voir B. FERRARI, thèse préc., t. II, p. 766, n° 850.

⁷⁵¹ G. COSMAS, concl. sur CJCE, 16 mai 2000, *République française c/ Ladbrooke Racing Ltd et Commission des Communautés européennes*, aff. C-83/98 P, Rec., I, p. 3271, pts. 60 et 61. Sur cette question, voir S. LAGET, « Les pouvoirs du juge national et les aides non notifiées à la Commission », *AJDA*, 2004, n° 6, p. 298 ; M. LEFONDRE, « Le retrait d'aides financières publiques », *Rev. adm.*, 1993, n° 272, p. 131 ; S. PERDU, « Le retrait des aides publiques », *Dr. adm.*, 2003, n° 7, p. 10 ; J. SIRINELLI, thèse préc., p. 453 et s., n° 532 et s.

⁷⁵² Sur le premier point, cf. CE, Sect., 6 novembre 2002, *Mme Soulier*, req. n° 223.041, Rec., p. 369, *AJDA*, 2002, n° 23, p. 1434 chr. F. DONNAT et D. CASAS, *AJFP*, 2003, n° 2, p. 20, note A. FUCHS, *BJCL*, 2003, n° 1, p. 33 et *RFDA*, 2003, n° 2, p. 225, concl. S. AUSTRY, *Dr. adm.*, 2003, n° 7, p. 6, note R. NOGUELLOU et PERDU, *RDP*, 2003, n° 2, p. 408, note C. GUETTIER, *RFDA*, 2003, n° 2, p. 240, note P. DELVOLVÉ. Sur le second point, cf. CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, req. n° 197.018, Rec., p. 497, *GAJA* n° 107, *AJDA*, 2001, n° 12, p. 1034, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, et 2002, n° 10, p. 738, obs. Y. GAUDEMET, *BJDU*, 2001, n° 5, p. 353, concl. F. SÉNERS et obs. J.-C. BONICHOT, *Dr. adm.*, 2001, n° 12, p. 15, note MICHALLET, *LPA*, 2002, n° 31, p. 7, note F. CHALTIEL, *RFDA*, 2002, n° 1, p. 77, concl. F. SÉNERS et p. 88, note P. DELVOLVÉ, *RGCT*, 2001, n° 20, p. 1183, note A. LAQUIÈZE. Sur les autres formes d'allocation d'aides publiques, voir la synthèse de M. LE ROY, art. préc., p. 1011 et s., n° 6 et s.

⁷⁵³ CE, 29 mars 2006, *Centre d'exportation du livre français (CELF)*, req. n° 274.923, Rec. p. 173, *AJDA*, 2006 n° 25 p. 1396, note A. CARRIER-BRESSON, *Dr. adm.*, 2006 n° 7 p. 21, note M. BAZEX et S. BLAZY, *Europe*, 2006 n° 5, p. 22, note P. CASSIA, *Concurrences*, 2006 n° 2 p. 131, note J. DERENNE, *JCP A*, 2006, n° 20, p. 635, note M. KARPENSCHIF, *LPA*, 4 juillet 2006, n° 132, p. 20, note J.-M. GLATT, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 643, note P. TERNEYRE ; 19 décembre 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF)*, req. n° 274.923, Rec. p. 474, *AJDA*, 2009, n° 10, p. 524, chr. S. NICINSKI, *RJEP*, 2009, n° 665, p. 23, note J. BOUCHER. Sur l'ensemble de la question, voir J.-M. BELORGEY, « La sécurité juridique des décisions d'octroi d'aides publiques au regard du droit communautaire », *AJDA*, 2000, n° 5, p. 371 ; M. DISANT, « Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible », *RFDA*, 2007, n° 3, p. 547 ; M. KARPENSCHIF, « Vers une modélisation communautaire du contentieux national de la restitution des aides indues ? », *JCP A*, 18 décembre 2006, n° 51, p. 1688.

les règles procédurales ont été méconnues, le retrait rétroactif ne s'impose qu'en l'absence de décision définitive intervenue sur la compatibilité de l'aide au moment où le juge national statue sur cette question⁷⁵⁴.

222. Conclusion du II. La rétroactivité administrative émanant du droit de l'Union européenne repose principalement sur deux fondements, dont la portée s'avère inégale. D'une part, les habilitations données par les autorités de l'Union européenne elles-mêmes aux autorités nationales permettent à l'autorité administrative de conférer légalement un effet rétroactif à sa décision. En raison de la soumission des premières aux principes généraux du droit de l'Union européenne de sécurité juridique et de confiance légitime, lesquels limitent le recours à la rétroactivité, on peut raisonnablement considérer que ces attributions de rétroactivité relèvent plutôt de l'exception. D'autre part, le principe d'application effective et uniforme du droit de l'Union européenne transforme l'autorité administrative en véritable organe d'exécution de ce droit. En tant que tel, celle-ci doit veiller au respect de celui-là. Dès lors, on peut estimer que l'Administration française est habilitée à user de la rétroactivité chaque fois qu'il doit être procédé au « rétablissement de la légalité communautaire »⁷⁵⁵. Le domaine de l'habilitation à rétroagir pour l'autorité administrative en charge de l'exécution du droit de l'Union européenne s'avère beaucoup plus large que la précédente. En effet, l'obligation de mettre en conformité le droit national peut résulter indifféremment de la chose jugée par les juridictions européennes que des textes ou décisions adoptés par les institutions, voire même de la doctrine administrative européenne⁷⁵⁶. Il y a là un « champ des possibles » pour l'autorité administrative de recourir légalement à la rétroactivité.

Contrairement aux autorités européennes, le législateur n'est tenu, dans l'ordre interne, de respecter le principe de non-rétroactivité qu'en matière répressive. En dehors de ce domaine, il peut librement attribuer un effet rétroactif à l'acte administratif.

III – LA RETROACTIVITE ATTRIBUEE PAR LA LOI A L'ACTE ADMINISTRATIF

223. Dans l'ordre interne, le législateur détient seul le pouvoir de rétroactivité dans les limites que lui assigne les principes à valeur constitutionnelle. Le principe de non-rétroactivité tiré de l'article 2 du Code civil n'est pour lui qu'une simple directive d'interprétation et ne conditionne aucunement, sauf en matière répressive, la validité de ses actes. Le pouvoir d'édicter des dispositions rétroactives dont

⁷⁵⁴ C'est ce qui peut être déduit du rejet par la CJCE des questions préjudicielles adressées par le Conseil d'État dans l'affaire *Centre d'exportation du livre français* citée à la note précédente (CJCE, 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF) et Ministre de la Culture et de la Communication c/ Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, aff. C-199/06, Rec., I, p. 469, *AJDA*, 2008, n° 16, p. 871, chr. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT, *Dr. adm.*, 2008, n° 4, p. 24, note M. BAZEX et S. BLAZY, *Europe*, 2008, n° 4, p. 26, note L. IDOT, *Gaz. Pal.*, 13 juillet 2010, n° 195, p. 21, note J. PHILIPPE et T. JANSSENS, *RDUE*, 2008, n° 2, p. 351, note R. WAGNER ; 11 mars 2010, *Centre d'exportation du livre français (CELF) et Ministre de la Culture et de la Communication c/ Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, aff. C-1/09, Rec., I, p. 2099, *AJDA*, 2010, n° 17, p. 944, chr. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, *Dr. adm.*, 2010, n° 5, p. 28, note M. BAZEX, *Europe*, 2010, n° 5, p. 32, note L. IDOT, *Gaz. Pal.*, 8 octobre 2010, n° 281-282, p. 14, note J. PHILIPPE et M. TRABUCCHI, *LPA*, 21 juin 2010, n° 122, p. 16, note J. VIALENS). Voir également, M. COLLET, « Le juge administratif et le contrôle des aides d'État : de la réception à l'instrumentalisation du droit communautaire ? », *RDP*, 2009, n° 5, p. 1311, spéc. p. 1325.

⁷⁵⁵ J. SIRINELLI, thèse préc., p. 443 et s., n° 513 et s.

⁷⁵⁶ Sur la normativité de cette dernière, voir J. SIRINELLI, thèse préc., p. 130 et s., n° 133 et s. Les lignes directrices établies par la Commission peuvent donner lieu à une application rétroactive, pourvu qu'elles restent dans le cadre strict de la disposition interprétée et lui demeurent conformes (cf., en ce sens, CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri et autres c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-189, 202, 205 à 208 et C-213/02 P, pts. 222 à 233, Rec., I, p. 5425, *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 119, note F. ZIVY, *Europe*, 2005, n° 8-9, p. 31, note L. IDOT, *LPA*, 1^{er} août 2005, n° 151, p. 10, chr. P. ARHEL, *RLC*, 2005, n° 4, p. 21, note É. BARBIER DE LA SERRE).

dispose le législateur implique la faculté pour lui d'affranchir du respect du principe de non-rétroactivité les autorités qui y sont normalement soumises⁷⁵⁷. Dans l'exercice de son pouvoir de rétroactivité, le législateur peut ainsi autoriser tout acte juridique à produire des effets sur le passé, voire même le lui imposer.

224. Les différentes modalités suivant lesquelles le législateur est conduit à attribuer un effet rétroactif à un acte administratif sont généralement regroupées sous l'expression « habilitation législative ». Or, cette dernière, se révèle, en raison de son caractère historiquement marqué, source de confusions⁷⁵⁸. En particulier, cette expression laisse penser que la dérogation au principe de non-rétroactivité n'est jamais *imposée* par le législateur, mais simplement *autorisée*. Il est donc préférable de recourir au terme d'*attribution*, lequel permet de couvrir l'ensemble des dérogations au principe de non-rétroactivité prévues par le législateur. Si cette attribution concerne le plus souvent des décisions administratives réglementaires⁷⁵⁹, il n'est pas exclu qu'elle porte sur des actes non réglementaires⁷⁶⁰, voire des contrats. Du point de vue de la technique juridique, les procédés d'attribution de la rétroactivité à un acte juridique par le législateur sont les plus divers (A). De la même manière que lorsqu'il s'agit de conférer un effet rétroactif à la loi, l'attribution de la rétroactivité peut revêtir un caractère explicite ou implicite (B).

A/ Les procédés de l'attribution de rétroactivité

225. L'attribution par le législateur de la rétroactivité à un acte juridique n'exige en aucun cas celle de la loi qui y procède. La loi attributive de rétroactivité n'a pas à être elle-même rétroactive, mais il peut arriver que tel soit le cas.

Dans la première hypothèse, la loi autorise un acte à rétroagir, alors qu'elle n'a pas prévu un tel effet pour elle-même⁷⁶¹. Il s'ensuit que l'acte dont la rétroactivité est ainsi prévue par la loi entrera en

⁷⁵⁷ Dans le cadre d'une délégation de son propre pouvoir, il peut confier au gouvernement le soin de prendre par voie d'ordonnances des dispositions rétroactives (CE, Ass., 18 octobre 1974, *Dame Veuve Rodet et autres*, req. n° 90.481 à 90.484, Rec., p. 494). La question de l'éventuelle rétroactivité des mesures d'application de ces ordonnances se pose dans les mêmes termes que s'il s'agissait d'une loi rétroactive (CE, 17 décembre 1969, *Dames Boggio-Sola et Galanaud*, req. n° 74.566, Rec., p. 587 ; 6 mai 1970, *Khrissate et autres*, req. n° 77.228-77.229, 77.232, 77.236, 77.247-77.248, 7.258-77.259 et 77.269, Rec., p. 299). Les mesures prises ne verront leur rétroactivité éventuellement sanctionnée que dans le cas où l'ordonnance n'aura pas été ratifiée.

⁷⁵⁸ Outre qu'il faille la distinguer de la délégation du pouvoir législatif à l'exécutif, l'expression habilitation législative aboutit à une confusion entre le cas dans lequel le pouvoir réglementaire use de son pouvoir réglementaire général d'application des lois sans y être invité par le législateur et celui dans lequel la loi renvoie précisément à un règlement pour la détermination de ses conditions d'application (cf., en ce sens, N. BOULOUIS, « Sur une notion discutable : l'édition des mesures d'application des lois en vertu d'habilitations législatives », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de D. LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 113).

⁷⁵⁹ CE, 12 décembre 1923, *Palinacci*, Rec., p. 828 ; 11 décembre 1935, *Ratheaux et autres*, Rec., p. 1176 ; 12 mars 1948, *Troude*, Rec., p. 127 ; 15 novembre 1950, *Gouriault et Fédération nationale des grands invalides de guerre*, Rec., p. 556 ; 7 mai 1948, *Confédération générale du commerce et de l'industrie de l'Algérie*, préc. ; 9 décembre 1949, *Syndicat du personnel des affaires étrangères c/ Alphan et Couve de Murville*, Rec., p. 538.

⁷⁶⁰ CE, Sect., 12 février 1937, *Prévost*, Rec., p. 192 ; 17 mai 1946, *Acquaviva*, Rec., p. 137 ; 25 octobre 1946, *Le Bouffant*, Rec., p. 245 ; 28 février 1947, *Marquer*, Rec., p. 638 ; 13 juin 1947, *Ragon*, Rec., p. 262 ; 7 novembre 1947, *Adamo*, Rec., p. 413 ; 12 mai 1950, *Ghoszlan*, Rec., p. 284 ; 13 mai 1949, *Ducasse*, Rec., p. 220 ; 18 novembre 1949, *Avi*, Rec., p. 752 ; 23 novembre 1951, *Dame Gély*, Rec., T., p. 767 (reconstitution de carrière de fonctionnaires) ; 14 janvier 1949, *Bordes*, Rec., p. 21 ; 17 novembre 1950, *Malafosse*, Rec., p. 562 ; Ass., 1^{er} décembre 1950, *Carbonnier et autres*, Rec., p. 59 (reclassements) ; 29 mai 1970, *Vivien*, req. n° 78.014, Rec., p. 359, *AJDA*, 1971, II, p. 241, note V. SILVERA (intégration dans un nouveau cadre d'emplois) ; 17 mars 1934, *Tréguer*, Rec., p. 373 ; 23 octobre 1942, *Agbessi*, Rec., p. 376 ; Ass., 20 mars 1948, *Querville*, Rec., p. 144 (suppression d'avantages de carrière) ; 28 juillet 1951, *de Saivre*, Rec., p. 462 (révision de nominations) ; 27 janvier 1950, *Alfred*, Rec., p. 59 ; 4 avril 1951, *Buffon*, Rec., p. 170 (mises à la retraite). Pour d'autres ex., voir O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 211 et s., n° 186 et s. ; D. PERROT, art. préc., p. 993.

⁷⁶¹ CE, 6 mai 1983, *Coz*, préc. ; 25 novembre 1981, *Avignon et autres*, req. n° 22.910, Rec., T., p. 581 ; 3 mars 1997, *Mme Baron et autres*, req. n° 179.022, 179.025 et 179.046, Rec., T., p. 665 ; 5 juillet 2004, *Société sud parisienne de construction*, req. n° 236.840, Rec., p. 291, *AJDA*, 2004, n° 40, p. 2216, note J.-P. MARKUS, *BJDCP*, 2005, n° 38, p. 27, concl. D. CASAS, obs. R. SCHWARTZ,

vigueur à une date postérieure à celle à laquelle la loi prendra effet, mais antérieure à celle à laquelle il aurait dû lui-même prendre effet. De ce point de vue, il est indifférent que l'attribution législative précède⁷⁶² ou suive⁷⁶³ l'intervention de l'acte rétroactif. Dans le premier cas, l'autorisation préalable s'apparente à une habilitation⁷⁶⁴. Un exemple historique bien connu est celui de l'autorisation donnée par le Parlement, au début de la Première Guerre mondiale, au Gouvernement pour annuler les naturalisations des ressortissants des pays en guerre contre la France⁷⁶⁵. Dans le second cas, l'attribution législative de rétroactivité prend la forme d'une validation par régularisation⁷⁶⁶ ou d'un simple octroi d'un effet rétroactif à un acte qui en était dépourvu à l'origine⁷⁶⁷.

Dans la seconde hypothèse, la loi attributive de rétroactivité est elle-même rétroactive. La loi fixera alors la date d'effet de l'acte à celle de sa propre entrée en vigueur ou à un quelconque moment précédant la date de sa publication au Journal officiel⁷⁶⁸.

226. Comme on l'a précisé plus tôt, la loi attributive peut simplement permettre ou, au contraire, imposer la rétroactivité à un acte déterminé. Dans ce dernier cas, la rétroactivité imposée résulte de ce que le législateur désigne à l'autorité administrative la date à laquelle sa décision prendra effet ou de ce que celui-là aura prescrit que celle-ci entre en vigueur avec effet rétroactif à une date déterminée⁷⁶⁹. Le législateur peut, au contraire, laisser toute latitude à l'autorité administrative de choisir de recourir ou non à la rétroactivité⁷⁷⁰. Dans cette dernière hypothèse, la rétroactivité n'est plus imposée, elle est seulement autorisée.

En pratique, les questions d'attribution de rétroactivité par le législateur se posent, le plus souvent, à l'égard des mesures d'application de la loi qu'il appartient au pouvoir réglementaire d'adopter. Dans le cadre de son pouvoir réglementaire général d'exécution des lois, l'autorité administrative peut ainsi être autorisée par le législateur à conférer une portée rétroactive aux mesures d'application d'un texte législatif. Cette autorisation de rétroagir se transforme parfois en obligation, dans les cas où le législateur se prononce, de manière explicite, en ce sens⁷⁷¹. Qu'elle soit permise ou imposée, la rétroactivité des mesures administratives d'application découle de l'expression de la volonté du législateur. Habituellement directe, l'attribution législative de rétroactivité peut également être

CMP, 2004, n° 10, p. 33, note W. ZIMMER ; 13 octobre 2004, *Société générale des entreprises Quillery Bâtiment*, req. n° 248.319, Rec., T., p. 765, CMP, 2004, n° 12, p. 35, obs. F. OLIVIER, JCP A, 2005, n° 5, p. 328, obs. F. LINDITCH.

⁷⁶² CE, 8 juillet 1949, SA "Les carburants français pour gazogènes", req. n° 85.765, Rec., p. 334 ; 7 novembre 1951, *Sieur Francis Ahmed*, req. n° 11.143 et 11.144, Rec., p. 517 ; 15 juin 1956, *Roussel*, Rec., p. 248.

⁷⁶³ CE, 3 janvier 1968, *Caisse professionnelle de prévoyance des teinturiers et blanchisseurs de France*, req. n° 65.238, Rec., T., p. 840 ; 21 juillet 1970, *Fédération des conseils de parents d'élèves de l'école publique*, req. n° 73.299, Rec., p. 499 ; 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers et Syndicat de la magistrature*, req. n° 00.096 et 00.218, Rec., p. 182, JCP G, 1979, II, 19242, concl. FRANCK. Sur ce point, cf. O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 220, n° 200 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 621, n° 781.

⁷⁶⁴ B. MATHIEU, thèse préc., p. 39 ; D. RENDERS, thèse préc., p. 139 et s.

⁷⁶⁵ É. SOTO-KLOSS, *L'application dans le temps des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1968, p. 161.

⁷⁶⁶ Art. 1^{er} de la loi du 7 avril 1915, autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France (JORF du 8 avril 1915, p. 1948).

⁷⁶⁷ CE, 28 avril 1947, *Fédération des syndicats agricoles d'exploitants de Seine-et-Marne*, Rec., p. 136 ; 27 mai 1949, *Martin*, Rec., p. 242 ; 8 mars 1950, *Litaudon*, Rec., p. 147 ; 25 octobre 1950, *Sieur Forestier*, Rec., p. 514 ; 7 juillet 1954, *Sieur Boussac et syndicat des éleveurs de pur-sang*, Rec., p. 424 ; 5 janvier 1972, *Sieur Charre et sieur Tong Viet Linh*, préc. Voir également, H. SAVOIE, concl. sur CE, Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, req. n° 138.777, 147.424 et 147.425, Rec., p. 30, CJEG, 1998, n° 545, p. 283, spéc. pp. 285-286 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 73

⁷⁶⁸ CE, 20 novembre 1974, *Union nationale de la propriété immobilière et autres c/ SCI du 4, avenue de Clichy*, préc. Voir B. MATHIEU, thèse préc., p. 72 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 169.

⁷⁶⁹ CE, 2 mai 1952, *Sieur Canet*, Rec., p. 220 ; 14 novembre 1962, *Dupré de Pomarède*, Rec., T. p. 871 ; 6 décembre 1972, *Sieur Porte*, req. n° 82.564, Rec., p. 791.

⁷⁷⁰ Cf., a contrario, CE, Ass., 26 juin 1998, *Société AXS France Télécom et société Esprit Télécom France*, préc.

⁷⁷¹ CE, 8 juillet 1949, SA "Les carburants français pour gazogènes", req. n° 85.765, Rec., p. 334 ; 16 octobre 1953, *Bosc*, Rec., p. 440 ; 3 mars 1997, *Mme Baron et autres*, préc.

⁷⁷² Cf., parmi de nombreux ex., CE, 6 mai 1983, *Coz*, préc. ; 5 juillet 2004, *Société sud parisienne de construction*, préc. ; 13 octobre 2004, *Société générale des entreprises Quillery Bâtiment*, préc.

indirecte. La rétroactivité autorisée des mesures réglementaires d'exécution de la loi est ainsi transférée aux mesures individuelles nécessaires à sa propre application⁷⁷².

Quel que soit le procédé employé, l'attribution de rétroactivité pose, de la même manière que lorsque le législateur confère un effet rétroactif au texte qu'il adopte, la question de sa forme.

B/ Les formes de l'attribution de rétroactivité

227. Conformément au précepte posé à l'article 2 du code civil, les lois rétroactives sont d'interprétation stricte. Ce principe vaut également lorsque la loi comporte l'attribution de la rétroactivité à un autre acte qu'elle-même⁷⁷³. Il en est généralement déduit que l'habilitation législative à rétroagir doit résulter d'une disposition expresse⁷⁷⁴. À l'inverse, le silence du législateur ne saurait être interprété comme ayant autorisé la rétroactivité des actes administratifs pris sur son fondement, fussent-ils nécessaires à son application⁷⁷⁵.

228. Néanmoins, la jurisprudence, suivie en cela par la doctrine⁷⁷⁶, admet que la volonté du législateur puisse, dans certains cas, être implicite. Toutefois, l'implicite ne saurait équivaloir à l'explicite que si la volonté est acquise avec certitude. La recherche de la volonté du législateur d'attribuer la rétroactivité à un acte juridique ne diffère en rien de celle poursuivie, plus généralement, à l'occasion de l'adoption d'une loi rétroactive⁷⁷⁷. Ainsi, cette volonté doit naturellement être dégagée du but ou de l'objet de la loi⁷⁷⁸, ou encore de ses termes mêmes⁷⁷⁹.

⁷⁷² CE, 3 mars 1965, *Pujol*, Rec., p. 139 ; 6 mars 1981, *Picault*, req. n° 14.771, Rec., T., p. 596 ; 29 décembre 1989, *Département du Val-de-Marne*, req. n° 95.739, Rec., T., p. 731.

⁷⁷³ CE, 31 janvier 1951, *Guillou*, préc.

⁷⁷⁴ CE, 23 juin 1922, *Chaumartin* (6^e esp.), Rec., p. 548 ; 13 mars 1925, *Rodière*, Rec., p. 267 ; Ass., 26 octobre 1945, *Société Bazaine Publicité*, préc. ; 25 février 1949, *Société civile de l'école de Gerson*, req. n° 94.099, Rec., p. 98, *D.*, 1950, J. p. 720, note J. G. ; 16 mars 1949, *SA d'alimentation "L'Épargne"*, req. n° 87.859 à 87.861, Rec., p. 125 ; Ass., 8 juillet 1949, *Delacommune et autres*, Rec., p. 346, *Dr. soc.*, 1949, p. 315, concl. B. CHENOT ; 10 février 1950, *Syndicat patronal et artisanal de l'habillement de Pau et autres*, req. n° 1.264, Rec., p. 105 ; 10 novembre 1950, *Société beurrière de la Somme*, préc. ; 25 janvier 1952, *Ville de Clermont-Ferrand*, Rec., p. 56 ; Ass., 16 mars 1956, *Sieur Garrigou*, req. n° 35.663, Rec., p. 121, *D.*, 1956, J., p. 253, concl. P. LAURENT, *AJDA*, 1956, II, p. 199, note J. A. et p. 220, chr. J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; 25 octobre 1957, *Talec et Vachon*, req. n° 38.273 et 38.274, Rec., p. 551 ; Ass., 9 mai 1958, *Fédération des syndicats de polices de France et d'Outre-Mer (CFTC)*, Rec., p. 267 ; 16 janvier 1959, *Ministre de la Santé publique c/ Westermayer*, Rec., p. 43 ; 11 mars 1966, *Dame Gastinel*, req. n° 61.890 et 62.109, Rec., p. 201, *AJDA*, 1966, II, p. 516, note V. SILVERA ; Sect., 19 octobre 1973, *Sieur X...*, req. n° 80.965, Rec., p. 577 ; 13 mars 1998, *Association de défense des intérêts des directeurs de 4^{ème} classe*, req. n° 179.341, *AJFP*, juillet-août 1998, p. 102.

⁷⁷⁵ Cf., respectivement, CE, Ass., 23 juillet 1976, *Société Algéco*, req. n° 93.066, Rec., p. 369, *AJDA*, 1977, n° 7-8, p. 381, note P. THÉVENIN ; 30 avril 2003, *Union nationale des industries de carrières et des matériaux de construction (UNICEM) et autres*, req. n° 244.139, Rec., p. 191, *AJDA*, 2003, n° 28, p. 1508, note P.-L. FRIER, *BJDU*, 2003, n° 5, p. 344, concl. M.-H. MITJAVILLE, *Dr. adm.*, 2003, n° 8, p. 17, note M. BAZEX et S. BLAZY, *JCP A*, 2003, n° 22, p. 710, note J. MOREAU

⁷⁷⁶ J.-M. AUBY, « L'incompétence *ratione temporis*. Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », préc., p. 45 ; J. CARBAJO, thèse préc., pp. 75-77 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 225, n° 203 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 623, n° 782 ; M. LETOURNEUR, « Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs », préc., p. 45 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 212 ; J. PETIT, thèse préc., p. 269, n° 558 ; J. PUISSOYE, art. préc., p. 48 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 162. Sur la notion d'implicite, cf. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, thèse dactyl., Lille II, 2007 ; J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », in *Le juge et le droit public, Mélanges offert à M. WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 795.

⁷⁷⁷ Voir, ne ce sens, CE, 2 juillet 1952, *Razouls*, Rec., p. 350 ; 25 mai 1954, *Société Foreston*, req. n° 19.001, Rec., p. 300, *RJPUF*, 1955, p. 186, note A. PLANTEY.

⁷⁷⁸ Cf., par ex., CE, 28 mars 1936, *Bordier*, Rec., p. 399 ; 7 mai 1948, *Confédération générale du commerce et de l'industriel de l'Algérie*, préc. 2 juillet 1948, *Syndicat des hôteliers et restaurateurs d'Alger*, Rec., T., p. 532 ; Sect., 13 janvier 1950, *Établissements économiques du Casino Guichard-Perrachon et Cie*, préc. ; 1^{er} juin 1951, *Syndicat général des planteurs et manipulateurs de la canne de la Martinique et autres*, Rec., p. 302, *RDP*, 1951, p. 1140 ; 21 mai 1953, *Sieur Simonnet*, Rec., p. 240 ; 21 décembre 1956, *Union nationale des caisses d'allocations familiales*, Rec., p. 493 ; CE, Ass. plén., 7 février 1958, *Sieur Groslière et Conseil de l'ordre des avocats près la Cour d'Appel d'Alger*, préc. ; Sect., 21 octobre 1960, *Union syndicale des producteurs de sucre et de rhum de l'île de La Réunion*, req. n° 28.171, Rec., p. 550 ; 4 novembre 1960, *Faivre et autres*, préc. ; Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet et Cie*, req. n° 61.851 et 61.935, Rec., p. 560, *AJDA*, 1967, n° 5, p. 274, concl. J. BAUDOIN ; 3 janvier 1968, *Sieur Planel*, req. n° 69.158, Rec., p. 1 ; Sect., 17 mai 1968, *Sieur Devedeux*, req. n° 67.056, Rec., p. 315 ; 4 avril 1973, *Stephan*, req. n° 83.248,

229. Comme il a été relevé plus haut, la recherche de cette volonté implicite peut faire l'objet d'une « reconstruction par le juge à partir de considérations objectives »⁷⁸⁰. Le fondement rationnel donné à la volonté du législateur dans l'interprétation de la loi rétroactive par le juge se retrouve dans celle de l'autorisation de rétroactivité⁷⁸¹.

La question de la rationalité de la volonté du législateur s'est posée avec une acuité particulière s'agissant des mesures prises pour l'application des lois⁷⁸². Dans les rares cas où la loi n'a donné aucune précision sur ses conditions d'exécution, la volonté implicite du législateur d'autoriser l'acte d'application à rétroagir se déduit de l'absence de toute autre solution. La reconstruction de la volonté est alors conduite par la présomption selon laquelle le législateur ne pouvait avoir eu l'intention de laisser la loi « lettre morte »⁷⁸³ ou déduite de l'appréciation globale du texte⁷⁸⁴. Lorsque la loi fixe elle-même une date pour son entrée en vigueur, la jurisprudence considère que les mesures prises pour son application et dont elle a prévu l'intervention peuvent valablement rétroagir à cette date⁷⁸⁵. En déterminant précisément la date d'entrée en vigueur de la disposition à appliquer, le législateur a entendu faire rétroagir la mesure d'application à cette même date, dès lors que la seconde suit nécessairement la première.

Il en va de même lorsque la loi désigne la date à laquelle la mesure d'application doit intervenir. Dans l'éventualité où elle serait prise postérieurement à la date fixée, le juge reconnaît la légalité de la mesure d'application qui rétroagit à cette date⁷⁸⁶, mais non lorsqu'elle fixe un délai⁷⁸⁷.

230. L'explication de la solution de rétroactivité de la mesure d'application a pu être recherchée dans le lien étroit qui l'unit à la règle appliquée. Dans la mesure où elle ne fait que préciser ou compléter la loi sans rien y ajouter, il est tentant d'en conclure qu'elle devrait faire corps avec la loi⁷⁸⁸. Or, l'unité

Rec., p. 283 ; Sect., 14 décembre 1979, *Bilbao*, req. n° 14.402, Rec., p. 466 ; 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes et autres*, req. n° 177.162, 177.402, 177.807, 178.874 et 179.030, Rec., p. 427, *RFDA*, 1996, p. 1099, concl. C. MAUGÜÉ, note L. FAVOREU, *Dr. adm.*, 1997, n° 1, comm. 24, note C. MAUGÜÉ.

⁷⁷⁹ CE, 15 février 1950, *Ministre des Anciens combattants c/ Font*, Rec., T., p. 821 ; 6 février 1953, *Sieur Mourgeon*, Rec., p. 51 ; 15 mai 1961, *Sucrerie et distillerie de Longueuil-Sainte-Marie*, préc. ; 5 octobre 1966, *Suzan et autres*, req. n° 61.159, Rec., p. 518 ; 7 mai 1971, *Sieur Rochut*, req. n° 76.608, Rec., p. 333 ; 6 mars 1981, *Picault*, préc. ; 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, req. n° 189.315, Rec., T., p. 721, *AJDA*, 1999, p. 96 ; 6 octobre 2000, *Association de défense des intermittents du spectacle et autres*, req. n° 209.238, Rec., T., p. 822. Sur cette question, voir J. CARBAJO, thèse préc., p. 75 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 622, n° 781.

⁷⁸⁰ J.-J. BIENVENU, thèse préc., t. II, p. 237 et s., spéc. p. 240.

⁷⁸¹ Sur cette question, voir, plus haut, p. 131, n° 182, ainsi que J. PETIT, thèse préc., p. 275, n° 572.

⁷⁸² Sur cette notion, N. BOULOUIS, art. préc. ; J.-C. VENEZIA, « Les mesures d'application », in *Droit administratif, Mélanges R. CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 673. Sur l'ensemble de la question, cf. O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 223, n° 201 ; J. PETIT, thèse préc., p. 270, n° 561 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., pp. 166-167.

⁷⁸³ CE, 7 mai 1948, *Confédération générale du commerce et de l'industrie de l'Algérie*, Rec., p. 202 ; Sect., 28 octobre 1955, *Didelot*, Rec., p. 503 ; 26 février 1960, *Syndicat autonome des métaux de la région parisienne et autres*, req. n° 24.195, Rec., p. 157 ; 7 mars 1962, *Darasse et Delmas*, req. n° 49.479 et 50.016, Rec., T., p. 871.

⁷⁸⁴ CE, 4 novembre 1949, *Fédération des coopératives de blé de Seine-et-Oise et des départements limitrophes*, Rec., p. 463 ; 2 décembre 1949, *Association El Irhad*, Rec., p. 253.

⁷⁸⁵ CE, 12 décembre 1923, *Palinacci*, Rec., p. 828 ; 13 avril 1956, *Bernheim*, Rec., T., p. 610 ; 27 mai 1957, *Société Roger Villemot*, req. n° 38.526, Rec., p. 352 ; 26 juin 1987, *Société Scopk*, req. n° 52.046, Rec., p. 236, *RJF*, 1987, n° 887 ; 28 octobre 1983, *Association foncière de remembrement de Châtillon-sur-Loire c/ Faiseau*, req. n° 36.784, Rec., T., p. 669 (sol. *a contrario*), *Dr. rur.*, 1984, n° 121, p. 61, concl. O. FOUQUET, *RJF*, 1983, n° 12, comm. 1516 ; 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, préc. ; 5 juillet 2004, *Société Sud parisienne de construction*, req. n° 236.840, Rec., p. 291, *AJDA*, 2004, n° 40, p. 2216, note J.-P. MARKUS, *BJDGP*, 2005, n° 38, p. 27, concl. D. CASAS, obs. R. SCHWARTZ, *CMP*, 2004, n° 10, p. 33, note W. ZIMMER ; 6 juillet 2007, *Fédération générale des fonctionnaires Force Ouvrière*, req. n° 281.147, Rec., T. p. 724.

⁷⁸⁶ CE, Sect., 12 janvier 1951, *Association professionnelle des banques*, Rec., p. 21, *RDP*, 1951, p. 895, note M. WALINE, *JCP*, 1951, II, n° 6251, note J. G. ; 13 mars 1964, *Dame Meilland*, Rec., p. 186 ; 12 juillet 1969, *SA des mines de bitume et d'asphaltes du centre et Société française des asphaltes*, req. n° 71.201 et 71.202, Rec., T., p. 725 ; Sect., 22 juillet 1977, *Dame Veuve Menestret*, req. n° 00.284, Rec., p. 341 ; 7 décembre 1984, *Bonnefond*, req. n° 50.339, Rec., p. 415 ; 3 octobre 1986, *Cettier*, req. n° 54.563, Rec., T., p. 382.

⁷⁸⁷ CE, Ass., 9 mai 1958, *Fédération des syndicats de polices de France et d'Outre-Mer (CFTC)*, préc. Sur cette question, voir J. CARBAJO, thèse préc., p. 77.

⁷⁸⁸ Certains auteurs posent la question de l'application par analogie de la théorie classique de l'acte interprétatif à la mesure d'application (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 624, n° 782). Outre le fait que cette théorie a été remise en cause de manière décisive,

d'objet n'implique pas l'unité normative, particulièrement lorsque la règle législative est complétée par un règlement administratif⁷⁸⁹. Comme l'a montré M. Petit, c'est plutôt dans un lien de nécessité de la mesure à l'application de la loi que réside le fondement de la solution⁷⁹⁰. C'est parce que la mesure d'application est indispensable à la mise en œuvre qu'elle doit rétroagir au moment où elle doit intervenir. D'une certaine façon, l'unique manière d'exécuter la loi est d'adopter tel texte d'application à telle date. Logiquement, cette solution est limitée au cas où la loi désigne précisément la date à laquelle elle doit être appliquée.

231. Conclusion du III. En présence d'une règle supérieure au principe de non-rétroactivité attribuant un effet rétroactif à un acte administratif, les organes d'application du droit n'ont d'autre choix que de s'y soumettre. Si c'est à la demande de l'Administration elle-même que le législateur recourt à la rétroactivité, tel n'est pas toujours le cas. La rétroactivité peut tout aussi bien être imposée à celle-là par celui-ci. De son côté, le juge administratif doit, en vertu de la théorie bien connue de l'écran législatif, se conformer à la volonté du législateur. Cependant, contrairement à l'autorité administrative, le juge n'est pas totalement démuné face à la rétroactivité permise ou commandée par le législateur, tant à l'égard de l'acte administratif rétroactif qu'à l'égard de la loi d'habilitation. Vis-à-vis du premier, l'incompétence du juge se limite à la sanction du vice de rétroactivité normalement reproché à l'acte administratif rétroactif⁷⁹¹, mais ne concerne aucunement les vices propres à ce dernier. Dans le même ordre d'idées, la rétroactivité prescrite par l'autorité administrative ne saurait déborder le cadre strict de l'autorisation donnée par le législateur et le contrôle du juge s'avère particulièrement rigoureux sur ce point⁷⁹². Vis-à-vis de l'attribution législative de rétroactivité elle-même, le juge se montre également extrêmement rigoureux, dès lors que celui-ci soumet celle-là à un principe d'interprétation stricte⁷⁹³. L'incidence sur le passé de l'ordonnancement juridique de la rétroactivité administrative est, en conséquence, limitée à ce qu'a expressément voulu le législateur.

On retrouve le paradoxe de la rétroactivité administrative fondée sur une règle ou un principe de valeur supérieure au principe de non-rétroactivité lorsqu'elle résulte de la décision de justice. Autorisée par une théorie jurisprudentielle, la rétroactivité administrative est imposée lorsqu'elle s'avère nécessaire à l'exécution de la chose jugée.

IV – LA RETROACTIVITE ADMINISTRATIVE PROCEDANT DE LA DECISION DE JUSTICE

elle n'a jamais reçu de consécration explicite par le juge administratif à l'égard d'un acte administratif (J. PETIT, thèse préc., p. 315, n° 648). Dans le même ordre d'idées, d'autres auteurs évoquent la maxime selon laquelle « l'accessoire suit le principal », laquelle appellerait l'unité du champ d'application temporel de la norme subalterne avec celui de la norme supérieure (J. PETIT, *op. cit.*, p. 271, n° 562). Or, le texte d'application est regardé par le juge comme autonome par rapport au texte qu'il met en œuvre (CE, 9 janvier 1948, *Sieur Thomas*, Rec., p. 10). Cette autonomie empêche de conclure à la rétroactivité nécessaire du premier au jour de l'entrée en vigueur du second pour le motif invoqué.

⁷⁸⁹ Sur les rapports entre deux normes générales, voir C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 444.

⁷⁹⁰ J. PETIT, thèse préc., p. 275, n° 572.

⁷⁹¹ CE, 27 mai 1949, *Martin*, préc. ; 7 juillet 1954, *Sieur Boussac et syndicat des éleveurs de pur-sang*, préc. ; 25 octobre 1950, *Sieur Forestier*, Rec., p. 514 ; 5 janvier 1972, *Sieur Charre et sieur Tong Viet Linh*, préc.

⁷⁹² Cf., parmi de nombreux ex., CE, Ass. plén., 7 février 1958, *Sieur Groslière et Conseil de l'ordre des avocats près la Cour d'Appel d'Alger*, préc. ; 27 avril 1962, *Syndicat national des élèves conseillers et conseillers au travail et à la législation sociale et autres*, req. n° 50.068 et 50.069, Rec., p. 276, *AJDA*, 1962, p. 282, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT ; Ass., 18 octobre 1974, *Dame Veuve Rodet et autres*, préc. ; 14 décembre 1998, *Frère*, req. n° 192.114, Rec., T., p. 722 et 750 ; 6 juillet 2007, *Fédération générale des fonctionnaires Force Ouvrière*, préc. Voir également, B. MATHIEU, thèse préc., p. 76.

⁷⁹³ Sur ce point, cf., plus bas, p. 399, n° 503.

232. La rétroactivité administrative trouve un double fondement dans la décision de justice. D'un côté, les théories jurisprudentielles dégagées par la juge administratif peuvent, directement ou indirectement, autoriser l'autorité administrative à s'affranchir du respect du principe général du droit de non-rétroactivité. L'autorisation jurisprudentielle de rétroactivité découle alors de la conciliation opérée par la juridiction administrative entre les règles qu'elle a elle-même dégagées et qui disposent, de ce fait, d'une valeur égale (A). D'un autre côté, la chose jugée commande parfois la rétroactivité des actes administratifs adoptés pour en assurer l'exécution. À la suite d'une décision de justice comportant un effet rétroactif, l'autorité administrative peut être appelée à prendre des mesures elles-mêmes assorties d'un effet rétroactif. La rétroactivité des secondes dérive, pour ainsi dire, naturellement de celle de la première. C'est dire également que l'exigence impérieuse pour l'Administration d'exécuter pleinement la chose jugée par la juridiction administrative fait logiquement céder le principe de non-rétroactivité. L'autorisation juridictionnelle de rétroactivité demeure toutefois limitée à ce qui est strictement nécessaire pour satisfaire à l'obligation faite à l'autorité administrative de se conformer à la chose jugée (B).

A/ La rétroactivité administrative fondée sur une théorie jurisprudentielle

233. La contribution de la jurisprudence à l'élaboration des règles applicables à l'action administrative intéresse directement la question de sa rétroactivité. Ainsi, un certain nombre de théories jurisprudentielles permettent directement ou indirectement à l'autorité administrative de s'affranchir du principe de non-rétroactivité pour édicter des décisions dotées d'un effet rétroactif.

Au titre de l'habilitation directe de rétroactivité donnée par la jurisprudence à l'autorité administrative, il suffit d'évoquer le pouvoir général de retrait reconnu à toute autorité administrative, et dans certaines situations à son supérieur hiérarchique, sur les décisions qu'elle édicte. Le pouvoir d'annulation rétroactive en matière administrative a, de fait, longtemps reposé exclusivement sur une théorie jurisprudentielle bien connue, autant que solidement établie⁷⁹⁴. Il ne faudrait pas cependant inférer de l'existence de ce pouvoir exorbitant que toute rétroactivité administrative pourrait être valablement et discrétionnairement autorisée par une règle d'origine jurisprudentielle. Hormis cette exception remarquable faite au principe de non-rétroactivité, il faut bien admettre que le juge administratif ne saurait, autrement que de façon tout à fait exceptionnelle, affranchir l'autorité administrative du respect de ce principe et, plus largement, des exigences de la légalité. Si les développements qui suivent montreront qu'il existe, en réalité, une rétroactivité administrative abondante et que celle-ci reçoit l'aval de son juge, il ne s'agit que d'une « constellation » de cas particuliers, auxquels la jurisprudence n'a aucunement entendu conférer, isolément ou collectivement, une portée générale.

De la même manière, certaines théories jurisprudentielles ont été présentées comme permettant indirectement à l'autorité administrative de recourir légalement à la rétroactivité. Ainsi en va-t-il par exemple de la théorie des circonstances exceptionnelles. Lorsque les conditions, au demeurant particulièrement rigoureuses, nécessaires à la mise en œuvre de cette dernière sont remplies, l'autorité

⁷⁹⁴ Cf., plus bas, p. 213, n° 278.

administrative n'est exceptionnellement plus tenue par les exigences de la légalité⁷⁹⁵, ce qui la dispenserait également de l'obligation de respecter celles tirées du principe de non-rétroactivité. C'est suivant ce raisonnement que plusieurs auteurs ont déduit, à partir d'une interprétation *a contrario* de plusieurs décisions rendues après-guerre par le Conseil d'État⁷⁹⁶, que cette théorie pourrait servir de fondement valable à la rétroactivité d'une mesure ou d'une réglementation administrative⁷⁹⁷. Par exemple, l'autorité administrative pourrait être amenée, pour faire face à des circonstances exceptionnelles, à prendre les mesures qui s'imposent sans pour autant édicter, en temps utiles, la décision préalable les autorisant ou respecter les formes et procédures applicables à sa prise de décision. Par application de la théorie des circonstances exceptionnelles, il lui serait ultérieurement permis d'adopter celle-là ou de régulariser celles-ci avec effet rétroactif⁷⁹⁸. Cependant, en l'absence de décision admettant, de manière positive, la licéité de la rétroactivité d'une décision administrative justifiée par des circonstances jugées exceptionnelles, la solution reste pour le moins incertaine⁷⁹⁹.

Dans le même ordre d'idées, la théorie des actes de gouvernement, dans la mesure où elle peut être rapprochée de la théorie précédente en tant que limite au principe de légalité, assure l'immunité à la rétroactivité donnée à un tel acte, la juridiction administrative étant incompétente pour en connaître. Ainsi, le Conseil d'État a, par exemple, jugé légale l'application par l'autorité préfectorale d'une décision du Ministre des Affaires étrangères suspendant avec effet rétroactif l'exécution d'un accord international bilatéral⁸⁰⁰. Néanmoins, on se trouve alors face à une rétroactivité qui, pour être d'origine administrative, n'est plus véritablement rattachable à cette matière, l'acte de gouvernement étant regardé comme relevant de la sphère politique.

B/ La rétroactivité administrative dérivée de la chose jugée

234. D'ordinaire, l'annulation juridictionnelle, en faisant disparaître *ab initio* la décision illégale de l'ordonnement juridique, suffit à rétablir rétroactivement le second dans l'état où il se trouvait antérieurement à l'adoption de la première. L'annulation prononcée « *met un point final à l'affaire aussi bien sur le plan administratif que sur le plan contentieux. L'administration n'a à prendre aucune initiative* »⁸⁰¹. Néanmoins, la simple disparition de la source de l'illégalité peut s'avérer insuffisante au

⁷⁹⁵ Sur cette théorie et sa mise en œuvre, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 1086, n° 1274 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 586, n° 1250 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 293 et s. ; B. SEILLER, « Acte administratif (II – Régime) », fasc. préc., p. 33, n° 214.

⁷⁹⁶ CE, 9 mai 1952, *Comité intersyndical du commerce des combustibles de Paris et de la région parisienne*, Rec., p. 247 ; 21 mai 1953, *Sieur Simonnet*, Rec., p. 240.

⁷⁹⁷ Sur ce point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 634, n° 798 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 42 ; J. PUISOYE, art. préc., p. 50.

⁷⁹⁸ Sur le premier point, voir, en matière de réquisitions, CE, 22 mars 1944, *Sieur Layec*, Rec., p. 97 ; Sect., 24 mai 1968, *Mencière*, req. n° 61.921, Rec., p. 329, *AJDA*, 1968, n° 11, p. 597, concl. J. BAUDOUIN, *Dr. adm.*, 1968, n° 223. Sur le second point, voir, s'agissant de l'accomplissement *a posteriori* des formalités de publicité de la décision administrative, CE, Sect., 18 mars 1960, *Union syndicale CGT-FO des personnels français en Allemagne et autres*, req. n° 42.549 et 42.550, Rec., p. 200 ; Ass., 12 avril 1972, *Brier*, req. n° 82.681, Rec., p. 272, concl. S. GRÉVISSE, *D.*, 1973, J., p. 228, note P. DELVOLVÉ et p. 682 ou 683, obs. J.-M. AUBY. Sur ces deux aspects, voir respectivement, R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 303 et t. II, p. 482.

⁷⁹⁹ Cf., dans le même sens, J. PETIT, thèse préc., p. 229, n° 489.

⁸⁰⁰ CE, Ass., 18 décembre 1992, *Préfet de la Gironde c/ Mahmedi*, req. n° 120.461, Rec., p. 446, concl. F. LAMY, *Quot. jur.*, 23 juillet 1993, n° 59, p. 3, note anonyme, et 19 mars 1993, *Préfet des Alpes-Maritimes*, req. n° 129.014, Rec., p. 73, *RFDA*, 1993, n° 2, p. 333, concl. F. LAMY, note D. RUZIÉ. Le juge estime, en effet, que la décision de suspension d'un traité international constitue un acte de gouvernement (TA Nantes, 2 février 1990). Sur cette question, voir J. PETIT, *loc. cit.*, note 4. Sur la notion d'acte de gouvernement, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 947, n° 1152.

⁸⁰¹ R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 599. Cf., en ce sens, CE, Sect., 21 février 1958, *Société nouvelle des Établissements Gaumont*, Rec., p. 124, S., 1958, p. 281, concl. B. JOUVIN.

plein rétablissement du *statu quo ante*⁸⁰². Il appartient alors à l'autorité administrative compétente de tirer toutes les conséquences nécessaires à l'exécution du jugement d'annulation. Au demeurant, le juge administratif peut prendre le soin de préciser lui-même, voire d'ordonner s'il est saisi de conclusions en ce sens⁸⁰³, les mesures qu'exige l'exécution de sa décision d'annulation, notamment lorsque les conséquences à en tirer s'avèrent complexes⁸⁰⁴.

Il est ainsi admis que la rétroactivité de l'annulation contentieuse puisse entraîner la rétroactivité *en cascade* des décisions administratives intervenant à sa suite et qui sont nécessaires au rétablissement du *statu quo ante*. La rétroactivité de l'annulation juridictionnelle appelle, d'une certaine manière, cette rétroactivité administrative. C'est ce que rappelait le commissaire du gouvernement Cahen-Salvador dans ses conclusions sur l'affaire *Rodière* : « l'exécution de vos arrêts, qui ont eux-mêmes un effet déclaratif, peut impliquer, nécessiter des mesures rétroactives »⁸⁰⁵. À la suite de la décision rétroactive du juge administratif, l'autorité administrative peut, afin de se conformer à la chose jugée, légalement prendre des mesures elles-mêmes assorties éventuellement d'un effet rétroactif, sans pour autant que le principe de non-rétroactivité des décisions administratives soit méconnu. En effet, ce dernier, en tant que principe général du droit, ne peut que s'incliner devant l'autorité absolue de chose jugée des annulations pour excès de pouvoir et, par suite, ne saurait légitimement faire obstacle à leur exécution⁸⁰⁶.

235. La rétroactivité des mesures administratives prises en exécution de la chose jugée se manifeste sous un triple aspect. D'abord, l'autorité administrative peut être contrainte, en vue de se conformer à la chose jugée, de prononcer le retrait rétroactif des actes adoptés à la suite de l'acte annulé. Ensuite et à l'inverse, l'autorité compétente peut se trouver dans l'obligation d'édicter une nouvelle décision assortie d'un effet rétroactif en conséquence de l'annulation de la décision initiale. Enfin, l'autorité

⁸⁰² On songe ici aux cas dans lesquels la décision administrative annulée n'a entraîné aucun effet irréversible ou, à l'inverse, à ceux dans lesquels elle a produit l'ensemble de ses effets, notamment matériels (sur ce point, voir J. MASSOT, « Portée et conséquence de l'annulation par le juge d'un acte administratif », *EDCE*, n° 31, Paris, La Documentation française, 1979-1980, p. 111, spéc. pp. 116-117). Il en va également de même s'agissant des décisions dont l'annulation n'entraîne aucune obligation de remplacement ou débouche sur la remise en vigueur automatique du droit antérieur (sur ces points, voir R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1109, n° 1121).

⁸⁰³ Art. L. 911-1 et 2 du CJA. Pour un ex. d'injonction de prendre des mesures rétroactives cf. CE, Ass 28 mars 1997, *Union nationale des associations familiales*, req. n° 180.943, Rec., p. 124, *LPA*, 4 août 1997, n° 93, p. 13, note NGUYEN VAN TUONG ; 14 mars 2003, *M. Migaud*, req. n° 251.935, *BDCF*, 2003, n° 5, p. 63 et *RFDA*, 2004, n° 5, p. 966, concl. J.-H. STAHL, *RDSS*, 2006, n° 5, p. 941, note M. BORGETTO, ainsi que la note d'Y. GAUDEMET, « Du bon usage de l'injonction (ou quand le juge refait l'impôt) », *RFDA*, 2003, n° 3, p. 520. Sur cette question, voir Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », préc., p. 1632 ; C. MAUGÛÉ, « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de D. LABETOUILLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 591.

⁸⁰⁴ Outre les cas dans lesquels l'annulation porte sur un acte qui ne peut être retiré ou repris que par l'administration (cf., par ex., s'agissant de l'annulation de la suppression d'un crédit, CE, 21 novembre 1902, *Commune de Daon*, Rec., p. 678), il en va ainsi lorsque le juge prononce une annulation conditionnelle et/ou « en tant que ne pas ». Sur ces points, voir CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, req. n° 213.229, Rec. p. 303, *GACA* n° 67, *AJDA*, 2001, n° 12, p. 1046, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *Dr. adm.*, 2004, n° 3, p. 8, chr. C. BROUELLE, *Europe*, 2001, n° 8, p. 20, obs. Paul CASSIA, *LPA*, 24 octobre 2001, n° 212, p. 12, note S. DAMAREY, *RDP*, 2002, n° 3, p. 748, note C. GUETTIER, *RRJ*, 2003, n° 2, p. 1513, note F. BLANCO ; 27 juillet 2001, *Titran*, req. n° 222.509, Rec. p. 441, *AJDA*, 2001, n° 12, p. 1046, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *RRJ*, 2003, n° 2, p. 1513, note F. BLANCO ; 5 mars 2003, *Titran*, préc.

⁸⁰⁵ G. CAHEN-SALVADOR, concl. sur CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, req. n° 88.362, Rec., p. 1065, *RDP*, 1926, n° 1, p. 32, spéc. p. 40. Voir également, M. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Paris-Athènes, Sirey, coll. de l'Institut français d'Athènes, vol. 82, 1954, p. 235, § 47 ; M. WALINE, note sous CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, req. n° 08.003, Rec., p. 41, *RDP*, 1980, n° 2, p. 523 et *Notes d'arrêts*, Vol. I, Paris, Dalloz, 2004, n° 135, p. 698, spéc. p. 699 ; R. MUZELLE, *Le principe d'intangibilité des actes administratifs unilatéraux*, thèse dactyl., Rennes I, 1971, p. 351 et s. ; P. WEIL, thèse préc., p. 160 et s.

⁸⁰⁶ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, préc., *GAJA* n° 41, concl. préc., G. CAHEN-SALVADOR, *S.*, 1925, III, p. 49, note M. HAURIOU. Voir également, L. BERTRAND, concl. sur CE, Sect., 26 mars 1965, *Magnol et Orliac*, req. n° 58.802 et 58.803, Rec., p. 196, spéc. p. 199.

administrative doit parfois aller jusqu'à procéder à la reconstruction de la situation juridique affectée par l'annulation contentieuse de la décision irrégulière.

236. L'annulation juridictionnelle d'une décision administrative irrégulière pose le principe d'une *restitutio in integrum* de la légalité, c'est-à-dire d'un retour à l'état de droit antérieur à la commission de l'illégalité perturbatrice de l'ordonnement juridique. La nature objective du contentieux de la légalité implique cette remise en ordre de l'état de droit. Suivant cette logique, l'autorité administrative doit, en premier lieu, prendre toute mesure propres à assurer l'effacement des effets de la décision annulée et ce, afin de tirer toutes les conséquences concrètes de la chose jugée. Cette obligation implique, le cas échéant, de procéder au retrait rétroactif des « actes-conséquences » de l'acte annulé. Face à cette exigence d'exécuter intégralement la chose jugée, l'administration se trouve en situation de compétence doublement liée. Non seulement elle doit agir d'office⁸⁰⁷ et procéder à l'expulsion de l'ordonnement juridique des actes-conséquences à la suite de l'annulation de l'acte support, mais elle est également tenue de le faire en donnant un effet rétroactif à sa décision. L'autorité compétente se doit, même en l'absence de demande en ce sens, de retirer toute décision dont la légalité se trouve affectée par le prononcé de l'annulation juridictionnelle de la décision initiale⁸⁰⁸.

237. En deuxième lieu, l'autorité administrative peut être tenue d'édicter, avec effet rétroactif, des décisions positives en exécution de la chose jugée. Cette obligation ne s'impose pas *a priori* avec la force de l'évidence. En effet, l'annulation juridictionnelle commande le rétablissement du *statu quo ante* à l'édiction de la décision dont l'irrégularité vient d'être sanctionnée. L'exécution de la chose jugée exige de l'autorité administrative qu'elle remette les choses « en l'état » où elles devraient actuellement se trouver, si la décision annulée n'était pas intervenue. La première n'impose donc pas à la seconde, du moins en principe, de prendre un nouvel acte en remplacement de celui qui vient d'être annulé⁸⁰⁹. Il en va cependant différemment lorsque l'administration était, au moment où elle a édicté la décision annulée, débitrice d'une obligation d'agir. Dans ce cas, l'administration est tenue d'apporter un concours positif à l'exécution de la chose jugée en édictant de nouvelles décisions en remplacement de la décision annulée.

Même dans cette hypothèse, il ne s'agit pas pour l'autorité administrative, sauf rares exceptions, de recréer un état du droit qui aurait pu être celui qui aurait résulté de la prise par elle d'une décision légale. Si elle doit s'attacher à recréer au présent les conditions du passé, elle ne saurait aller jusqu'à une reconstruction complète, et pour le moins fictive, de ce passé pour la période séparant la commission de

⁸⁰⁷ CE, 9 février 1955, *Commune de Joinville-le-Pont*, Rec., p. 79 ; Sect., 17 mars 1961, *Sieur Ducout c/ Commune du Mont-Dore*, req. n° 34.127, Rec., p. 189 ; 26 octobre 1966, *Ministre de la Santé publique et de la Population c/ Dlle Fourtet*, req. n° 67.520, Rec., T., p. 1094 ; 16 octobre 1985, *Commune de la Garenne-Colombes*, req. n° 43.192, Rec., p. 679. La méconnaissance de cette obligation par l'administration constitue, par ailleurs, un excès de pouvoir (CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Réville*, Rec., p. 246, *Gaz. Pal.*, 1949, 2, p. 34, concl. R. ODENT, S., 1949, III, p. 81, note DELPECH, D., 1950, p. 95, note L. ROLLAND, *Rev. adm.*, 1949, p. 372, note G. LIET-VEAUX) et peut entraîner l'engagement de sa responsabilité si elle n'a pas agi dans un délai raisonnable (CE, 15 juillet 1955, *Renteux*, Rec., p. 446 ; 16 mai 1958, *Commune de Marnia*, Rec., p. 274).

⁸⁰⁸ Sur cette question, voir, plus loin, p. 832, n° 1095. Cf. CE, 3 décembre 1954, *Sieur Caussidéry*, Rec., p. 640, D., 1955, J., p. 201, note P. WEIL ; Sect., 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, req. n° 45.570, Rec., p. 245, concl. J.-F. HENRY ; Sect., 13 décembre 1963, *Office national interprofessionnel des céréales*, req. n° 52.051, Rec., p. 621 (sol. impl.), RDP, 1964, n° 5, p. 1003, note M. WALINE. Voir également, Y. ANDRÉ, thèse préc., p. 126 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 249 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1130, n° 1249 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr. sous CE, Sect., 8 avril 2009, *Chambre de métiers et de l'artisanat de la Moselle*, req. n° 289.314, Rec., p. 138, AJDA, 2009, n° 15, p. 822, spéc. p. 823 et p. 825 ; R. MUZELLEC, thèse préc., p. 369 et p. 383 et s. ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, pp. 601-604 ; P. WEIL, thèse préc., p. 130.

⁸⁰⁹ Sur cette question, voir *infra* p. 270, n° 348. Pour un ex., cf. CE, 13 novembre 1953, *Dlle Clair*, Rec., p. 488.

l'illégalité de sa sanction. Ainsi, même dans le cas où l'annulation juridictionnelle débouche pour l'autorité compétente sur une obligation de remplacer la décision annulée, la nouvelle décision ne saurait intervenir avec effet rétroactif⁸¹⁰.

Cependant, la rétroactivité de l'annulation contentieuse peut, dans certains cas, exiger de l'autorité administrative qu'elle édicte une nouvelle décision assortie d'un effet rétroactif en remplacement de la décision annulée. S'il est dérogé aux principes qui viennent d'être rappelés c'est que, comme l'explique M. Chapus, « *la nature des choses y contraint* »⁸¹¹. Il est des situations dans lesquelles l'autorité administrative ne peut faire autrement que de donner un effet rétroactif à la décision qu'elle doit obligatoirement prendre afin de se conformer à la chose jugée. En effet, si elle procédait au remplacement de la décision annulée seulement pour l'avenir, elle commettrait par là une nouvelle illégalité. Cette configuration atypique se rencontre principalement lorsque l'autorité compétente se trouvait, au moment de l'édiction de la décision illégale, dans une situation de compétence doublement liée. À cet instant, elle était non seulement tenue de décider, mais encore de le faire à une date déterminée. Or, l'intervention du jugement d'annulation, du fait de son effet rétroactif, a pour conséquence de la faire regarder comme n'ayant jamais édicté la décision qui devait l'être. Ce faisant, la rétroactivité de l'annulation juridictionnelle crée un vide juridique, puisque la décision qui aurait dû être édictée au regard du droit en vigueur, ne l'a pas été⁸¹². Replacée dans la situation initiale, l'autorité administrative se trouve donc à nouveau débitrice de l'obligation de décider et, de surcroît, de décider à la date qui lui était, dès l'origine, imposée. L'exécution correcte de la chose jugée requiert de l'autorité compétente qu'elle procède au remplacement de la décision annulée en faisant partir les effets de la nouvelle décision à compter de la date initialement requise par le droit applicable. La nouvelle décision devra donc nécessairement rétroagir au moment où elle aurait dû intervenir dans le passé et ce, afin que le vide juridique créé par le jugement d'annulation soit comblé⁸¹³.

En l'absence de situation de compétence liée de l'autorité administrative pour édicter la décision initiale, seuls les motifs du jugement, lorsqu'ils sont le soutien nécessaire à l'annulation, sont de nature à autoriser celle-là à prendre une décision rétroactive en vue de remettre les choses en l'état. Il en va ainsi principalement en cas d'annulation pour vice de forme d'une décision administrative, que cette dernière ait été favorable ou non à son destinataire. L'autorité compétente pourra reprendre une décision identique, en suivant la procédure régulière, avec effet rétroactif à la date d'effet de sa décision initiale. Cette faculté laissée à l'autorité administrative de corriger rétroactivement son illégalité ne lui est

⁸¹⁰ CE, Sect., 27 mai 1977, *Loscos*, req. n° 93.920, Rec., p. 248 ; cf. R. ABRAHAM, concl. sur CE, Sect., 4 novembre 1994, *Al Joujo*, req. n° 136.240, Rec., p. 492, *AJDA*, 1995, n° 3, p. 231, spéc. p. 236. Le principe de non-rétroactivité s'oppose à cette rétroactivité (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 1149, n° 1336 et *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1108, n° 1220). Cf., par ex., l'ancien l'art. L. 123-4-1 du Code de l'urbanisme, dont les dispositions imposaient, en cas d'annulation par voie juridictionnelle d'un plan d'occupation des sols, à l'autorité compétente d'élaborer un nouveau plan sans délai, mais seulement pour l'avenir (CE, 31 juillet 1996, *Association volviennaise de défense de l'environnement et de la sécurité (AVDES)*, req. n° 134.068, Rec., T., p. 1205). Voir également, CE, 19 mars 2010, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA) et autres*, req. n° 305.047, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2010, n° 11, p. 580, *LPA*, 28 juin 2010, n° 127, p. 6, chr. M.-C. ROUAULT, *RJEP*, 2010, n° 679, p. 21, concl. F. LENICA. Voir également, J. MASSOT, art. préc., p. 118

⁸¹¹ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1109, n° 1220 2°.

⁸¹² B. JOUVIN, concl. sur CE, Sect., 21 février 1958, *Société nouvelle des Établissements Gaumont*, préc., S., 1958, p. 281, spéc. p. 283 ; L. BERTRAND, concl. préc., p. 199.

⁸¹³ Sur l'ensemble de la question, voir plus loin, p. 840, n° 1096. Voir également, F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 343 ; J. MASSOT, art. préc., p. 120 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 269 ; J. PETIT, thèse préc., p. 283, n° 585 ; P. WEIL, thèse préc., p. 52.

reconnue, toutefois, que très rarement⁸¹⁴. En effet, le juge administratif ne l'autorise que dans les cas où la mesure s'avère nécessaire à la régularisation de la situation de l'intéressé. La réitération rétroactive d'une décision identique à celle qui a été illégalement prise est, par exemple, permise lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de l'annulation d'une décision favorable à la carrière d'un fonctionnaire⁸¹⁵. En revanche, la rétroactivité est, en tout état de cause, proscrite lorsque la décision initiale a été préjudiciable à celui-là⁸¹⁶.

238. En dernier lieu, l'exécution de la chose jugée peut conduire l'autorité administrative à aller beaucoup plus loin dans la logique de la rétroactivité et à procéder à la reconstitution du passé de la situation juridique affectée par l'annulation juridictionnelle.

En principe, la rétroactivité des mesures administratives adoptées en exécution de la chose jugée se limite à ce qui est nécessaire au rétablissement de l'ordonnancement juridique dans l'état où il se trouvait avant que l'illégalité vienne le perturber. Le rétablissement du *statu quo ante* requiert de l'autorité compétente qu'elle prenne toutes les mesures qui s'imposent, qu'elles soient positives ou, comme on l'a vu, négatives, afin de replacer la personne intéressée dans la situation qui était la sienne à l'instant immédiatement antérieur à la commission de l'illégalité. Ainsi, l'autorité compétente est tenue de prendre toutes les mesures propres à régulariser la situation de l'intéressé à la suite de l'annulation d'une décision l'ayant illégalement affectée. Cette obligation découle directement de ce que la décision annulée, en réglant la situation individuelle de l'intéressé, avait fait naître à son profit un droit acquis⁸¹⁷.

Cependant, la reconstitution en exécution de la chose jugée de la situation juridique touchée par la décision annulée ne saurait généralement aller au-delà du rétablissement du passé au présent. En d'autres termes, la chose jugée ne requiert pas de l'administration qu'elle se préoccupe de la période antérieure autrement que pour effacer les conséquences que l'illégalité a pu avoir sur la situation concernée. Il n'y a donc pas lieu pour elle de se poser la question de savoir comment aurait pu évoluer, au cours de cette période, la situation de l'intéressé si l'illégalité n'avait pas été commise. Le retour du passé au présent commandé par l'annulation juridictionnelle n'oblige pas l'autorité compétente à reconstruire fictivement et rétroactivement le cours qu'aurait dû suivre dans le temps la situation juridique en cause si elle n'avait pas été perturbée par l'illégalité.

C'est principalement dans le droit de la fonction publique que l'exécution de la chose jugée peut exceptionnellement commander à l'autorité administrative de procéder à la réfection rétroactive de la situation juridique touchée par l'annulation contentieuse⁸¹⁸. En conséquence d'un jugement annulant une décision affectant la carrière d'un fonctionnaire, l'autorité compétente doit non seulement réintégrer

⁸¹⁴ Pour un ex., cf. CE, 26 mars 1982, *Dlle Sarrabay*, req. n° 20.155, Rec., T., p. 521, *Rev. adm.*, 1982, note B. PACTEAU : régularisation rétroactive de la situation d'un élève dont la première exclusion d'une école, pour résultats scolaires insuffisants, avait été annulée par le juge administratif.

⁸¹⁵ Cf., par ex., CE, 12 mai 1978, *Bocage*, req. n° 96.777 et 98.343, Rec., p. 208 : légalité de la nomination rétroactive intervenue à la suite de l'annulation pour vice de forme de la nomination initiale. En cas d'annulation pour un motif de légalité interne, la rétroactivité de la nomination prise consécutivement n'est légale que si un texte exigeait que la vacance fût comblée dans un délai déterminé (Cf., en ce sens, CE, 6 octobre 1976, *Secrétaire d'État à la Culture c/ Baruteau*, req. n° 99.466, Rec., T. p. 741).

⁸¹⁶ Après quelques hésitations (cf., par ex., CE, 15 avril 1970, *Robinet*, req. n° 72.937, Rec., T., p. 921), le principe de la prohibition de la rétroactivité a été clairement posé et est, depuis lors, d'application constante. Voir, en ce sens, CE, Sect., 27 mai 1977, *Loscos*, préc. (mise à la retraite d'office) ; 29 juin 1977, *Larribe*, req. n° 02.487, Rec., T., p. 706 (licenciement pour insuffisance professionnelle) ; 16 juin 1995, *Mifsud*, req. n° 139.177, Rec., T., p. 886 (mise à la retraite d'office) ; 22 février 2002, *M. Pinte*, req. n° 221.856 (mutation d'office).

⁸¹⁷ J. MASSOT, art. préc., p. 119 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 602. Cf., par ex., en matière de contrat d'agent public, CAA Bordeaux, 29 octobre 2009, *Bernard-Ferrero*, req. n° 08BX01155, *AJDA*, 2010, n° 6, p. 350.

⁸¹⁸ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, préc. Sur le refus initial de reconnaître un principe de reconstitution de la carrière, voir CE, 22 avril 1922, *Guyon*, Rec., p. 388.

l'agent dans l'emploi qui était le sien avant l'intervention de l'acte illégal, mais elle doit également reconstituer le déroulement qu'aurait dû être celui de sa carrière si cette dernière s'était normalement poursuivie⁸¹⁹. L'acte annulé a causé une interruption du parcours de la carrière et il convient de combler ce vide juridique par l'édition de décisions rétroactives. Cette conséquence surprenante de la chose jugée doit être mise en relation avec le principe de continuité de la carrière dont doit bénéficier chaque fonctionnaire⁸²⁰. Plus précisément, l'annulation de la décision affectant la carrière de l'agent requiert de l'autorité compétente qu'elle replace l'intéressé, non pas dans la situation où il se trouvait à la date d'édition de la décision illégale, mais dans celle où il se trouverait actuellement si cette décision n'était pas intervenue et que sa carrière avait poursuivi son déroulement normal. Cela suppose de l'autorité administrative de recréer fictivement le parcours qui aurait dû être celui du fonctionnaire, le temps qu'a duré l'illégalité.

La logique de la rétroactivité requiert de l'Administration qu'elle restitue les avantages qui auraient dû être ceux de l'intéressé, en même temps qu'elle doit le soumettre aux sujétions qui auraient dû être les siennes. De surcroît, l'ensemble de ces mesures doivent être prises conformément aux textes en vigueur à l'époque de l'intervention de l'acte annulé⁸²¹. C'est dire que l'exécution complète de la chose jugée pousse l'autorité administrative à *réinventer* un passé, qui ne s'est jamais produit, pour lui donner corps juridiquement dans le présent.

239. Conclusion du paragraphe 1. Les titres d'habilitation autorisant l'autorité administrative à s'affranchir du « carcan » de la non-rétroactivité s'avèrent, en pratique, nombreux. On pourrait le regretter, notamment dans les cas où il est, par ce biais, permis à l'Administration d'édicter un règlement remettant en cause, de manière générale, les situations entièrement constituées. Seulement, le rang plus élevé dans la hiérarchie des normes du principe ou de la règle permettant la rétroactivité par rapport à celui du principe de non-rétroactivité signifie qu'il doit être satisfait à un intérêt public lui-même supérieur et devant lequel la sécurité juridique doit céder. Du reste, le respect dû aux règles et principes supérieurs constitue, pour l'autorité administrative, autant une source de liberté que de contrainte. Si la rétroactivité est, le plus souvent, autorisée par la règle supérieure, elle peut tout aussi bien s'imposer purement et simplement à l'autorité administrative.

On retrouve ce paradoxe au cœur du régime administratif lui-même. La rétroactivité constitue à la fois une prérogative exorbitante détenue par l'autorité administrative, dans sa mission de contrôle de la légalité, et une sujétion pour elle, dans la mission de réglementation qui est la sienne⁸²².

⁸¹⁹ Sur cette question, voir p. 848, n° 1109 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 81 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 1122, n° 1239 ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 346 ; A. PLANTEY, *La fonction publique – Traité général*, Paris, Litec, 2001, 2^e éd., p. 724, n° 1538. Pour des ex., cf. CE, 11 septembre 1995, *Centre hospitalier spécialisé de Prémontré*, req. n° 153.043 ; 10 juillet 1996, *Chambre de commerce et d'industrie de Narbonne*, req. n° 140.855, Rec., p. 280.

⁸²⁰ Sur ce principe, voir p. 885, n° 1154. Voir également, R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 605.

⁸²¹ Sur cette question, voir p. 847, n° 1108.

⁸²² On aura reconnu ici le fameux diptyque explicatif du droit administratif proposé par le Doyen Rivero (J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 1990, pp. 43-45, n° 32).

§ 2 : La rétroactivité résultant de l'organisation temporelle de l'action administrative

240. Les conditions particulières dans lesquelles s'exerce l'action administrative peuvent parfois revêtir une dimension temporelle. L'accomplissement des missions dévolues à l'autorité administrative commande, dans certaines circonstances, que celle-ci recourt à la rétroactivité indépendamment du respect dû à une règle supérieure. Les nécessités administratives, de même que les sujétions que comporte l'exercice de la puissance publique, ne doivent pas être compromises par une application trop rigoureuse de la règle de non-rétroactivité. Ainsi la multiplication des procédures d'autorisation et de contrôle et l'enchevêtrement des compétences auquel elles donnent parfois lieu sont-elles compensées par la rétroactivité des actes les réalisant. Il s'agit, avant tout, d'assurer le respect des compétences de chaque autorité administrative, autant que de ne pas entraver l'efficacité de leur action (I). L'exercice du pouvoir réglementaire est soumis à un certain nombre de contraintes, dont certaines se traduisent en une obligation de recourir à la rétroactivité. Dans des situations certes exceptionnelles, le pouvoir réglementaire peut user de la rétroactivité pour satisfaire aux contraintes de fait ou de droit qui sont les siennes, sans qu'une violation du principe de non-rétroactivité soit reconnue par le juge administratif (II).

I – LA RETROACTIVITE DERIVEE DE LA COMPLEXITE PROCEDURALE DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

241. Lorsqu'elle se met en mouvement, la puissance publique fait rarement participer un seul et même acteur. Outre l'auteur de la décision initiale, plusieurs autorités administratives sont susceptibles d'intervenir à différents titres, tant au stade de la confection de l'acte unilatéral, qu'à celui de son exécution. Dans des cas plus exceptionnels, l'administré lui-même fait partie intégrante, au travers d'obligations déclaratives, de la procédure administrative⁸²³. L'action des autorités administratives est ainsi subordonnée à de multiples accords et contrôles internes ou externes à l'Administration, ce qui constitue à la fois une garantie contre l'arbitraire et un moyen d'assurer un meilleur respect du principe de légalité. Il n'en reste pas moins que la complexité procédurale qui résulte de l'entrée en jeu de plusieurs acteurs s'avère être génératrice de lenteur administrative et d'insécurité juridique. De fait, la nécessité de recueillir un accord *a priori* retarde la mise en œuvre de la décision administrative, tandis que l'exercice d'un contrôle administratif *a posteriori* prolonge la période d'incertitude sur la constitution des situations administratives. Aussi la succession dans le temps de ces différents acteurs doit-elle être conciliée, d'une part, avec l'autonomie d'action dont doit disposer l'autorité compétente *ab initio*, et d'autre part, avec le souci d'assurer l'efficacité de l'action administrative. La rétroactivité conférée aux actes d'approbation, ainsi qu'aux décisions adoptées dans le cadre de certains contrôles administratifs spéciaux, répond à cette double préoccupation. D'une certaine manière, elle constitue un moyen de compenser les inconvénients induits par cette complexité procédurale. En un mot, c'est à une

⁸²³ Sur cette idée, voir D. TRUCHET, *Droit administratif*, préc., p. 144 et s. L'exemple topique est celui du contribuable qui participe directement à l'établissement et/ou au recouvrement de l'impôt selon les cas.

exigence de bonne administration que répond la rétroactivité des décisions prises par ces autorités à la suite de l'acte initial.

Certes, les différents pouvoirs exercés par ces mêmes autorités trouvent leur fondement, pour la plupart des cas, dans la loi. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas. Certains recours administratifs spéciaux ont, par exemple, été mis en place par la voie réglementaire⁸²⁴. Contestable au regard du principe de non-rétroactivité si l'on tient seulement compte de la source formelle de la rétroactivité administrative, cette solution se trouve pleinement justifiée si l'on s'intéresse davantage à sa raison d'être.

Exercé *a priori* par le biais d'un pouvoir d'approbation (A) ou *a posteriori* dans le cadre d'un contrôle faisant l'objet d'un aménagement spécial (B), le pouvoir de contrôle dont dispose l'Administration sur elle-même est le siège d'une rétroactivité d'origine procédurale.

A/ La rétroactivité de l'approbation des actes administratifs

242. L'approbation constitue l'une des expressions du pouvoir de contrôle dont est dotée une autorité administrative sur les actes édictés par une autre autorité. Elle caractérise principalement les rapports pouvant se nouer entre deux personnes publiques. Dans ce cadre, le pouvoir d'approbation forme une des composantes de la tutelle⁸²⁵ exercée par une personne publique sur une autre, voire même sur une personne privée. Un exemple bien connu est celui du régime des actes des collectivités locales et de leurs établissements publics antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de décentralisation du 2 mars 1982⁸²⁶. Les actes unilatéraux, réglementaires et parfois même individuels des autorités décentralisées⁸²⁷, ainsi que les contrats locaux⁸²⁸, étaient alors soumis à l'approbation du représentant de l'État, autorité de tutelle. La substitution de la tutelle à un simple contrôle de légalité des actes des autorités locales décentralisées a rendu quelque peu marginal le procédé de l'approbation dans les relations entre l'État et les collectivités territoriales. Il demeure toutefois quelques rares hypothèses dans lesquelles l'approbation du représentant de l'État s'avère encore nécessaire⁸²⁹. À l'inverse, le pouvoir d'approbation constitue encore un des instruments de la tutelle de la personne publique sur certains actes

⁸²⁴ Cf., plus bas, pp. 190-191, n° 248.

⁸²⁵ Sur cette notion, voir S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, préc., p. 409, n° 396 et s. ; L. RICHER, « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif français », *RDP*, 1979, n° 4, p. 971 ; R. MASPÉTIOL et P. LAROQUE, *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, p. 105 et s.

⁸²⁶ Outre les références citées plus bas, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 424, n° 584 ; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, coll. Droit public, 1983, p. 213, n° 524 ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, Paris LGDJ, 1982, p. 260, n° 62 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 263, n° 561 ; G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, Paris, Sirey, coll. Bibliothèque des collectivités locales, 1981, p. 138, n° 118 ; J. MOREAU, pp. 124-125, n° 90 R. MASPÉTIOL et P. LAROQUE, *op. cit.*, p. 109 et s. F.-P. BÉNOIT, « L'exécution des actes des collectivités locales », *Rép. Coll. Loc.*, Dalloz, 2003, fasc. 4530, p. 39, n° 259.

⁸²⁷ CE, 7 mai 1909, *Association de bienfaisance pour l'extinction de la mendicité*, Rec., p. 471, S., 1911, III, p. 48, note, M. HAURIOU (acte non réglementaire) ; Sect., 2 novembre 1938, *Société Les petits-fils de François de Wendel* (2^e esp.), Rec., p. 815 (acte réglementaire). Voir également, F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 146, n° 233 ; P. BOUFFARD, *Le contrôle des délibérations du conseil municipal*, Paris, Litec, 2^e éd., 1966, p. 75, n° 133 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 100 et s.

⁸²⁸ CE, 21 octobre 1985, *Société des transports automobiles Michel Delattre*, req. n° 51.907, Rec., T., p. 683, *AJDA*, 1986, n° 2, p. 105, concl. O. FOUQUET ; 9 février 1994, *Ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace*, req. n° 134.384, *RDP*, 1994, n° 2, p. 551, chr. H. OBERDORFF. Voir F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, p. 611, n° 1087 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. I, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1983, p. 518, n° 458 ; J. MOREAU, *op. cit.*, p. 274, n° 204.

⁸²⁹ C'est notamment le cas lorsqu'il y a dissolution du conseil général ou régional, démission ou annulation de l'élection de tous ses membres. Le président de l'assemblée est chargé de l'expédition des affaires courantes, mais « ses décisions ne sont exécutoires qu'avec l'accord du représentant de l'État » dans le département ou la région (art. L. 3121-6 et L. 4132-4 du CGCT). Sur cette question, voir Y. LUCHAIRE, « La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », *AJDA*, 2009, n° 21, p. 1134.

d'établissements publics ou privés qui lui sont rattachés, du moins là où un texte législatif ou réglementaire l'a mis en place⁸³⁰.

Classiquement, l'approbation consiste pour l'autorité de contrôle, par un acte distinct et autonome⁸³¹, à donner son accord ou, au contraire, à s'opposer par son refus à la mise en application d'un acte antérieurement pris par l'autorité contrôlée. En d'autres termes, l'autorité de contrôle dispose d'un pouvoir d'*empêcher* l'application de l'acte pris par l'autorité contrôlée⁸³². L'entrée en vigueur de l'acte soumis à approbation est retardée le temps pour l'autorité qui en la charge d'exercer son contrôle, en même temps qu'elle est subordonnée à la décision de cette dernière. Dans cette mesure, l'approbation agit à la manière d'une condition suspensive de la mise en vigueur de l'acte de l'autorité sous contrôle et tenant à la réalisation d'une circonstance de droit⁸³³. Néanmoins, on ne saurait assimiler complètement les deux procédés, dès lors que l'intervention de l'événement dont dépend la réalisation de la condition est, dans le cas de l'approbation, *extérieure* à la volonté de l'auteur de la décision qui est soumise à l'accord de l'autorité de contrôle. Dans la logique civiliste du mécanisme, la condition doit résulter de la volonté même des parties. Elle est donc essentiellement *interne* à l'acte juridique⁸³⁴.

Se rapportant à un acte antérieur dont il conditionne les effets, l'acte d'approbation produit, de plein droit, un effet rétroactif. En effet, l'acte d'approbation n'a aucune incidence sur la manifestation de volonté exprimée par l'autorité contrôlée, non plus qu'il ne constitue une condition de validité de l'acte initial⁸³⁵. Ainsi, en matière contractuelle, l'approbation ne constitue aucunement une condition de formation de l'accord de volonté et, par conséquent, ne saurait avoir pour effet de reporter le consentement des parties à la date à laquelle elle intervient⁸³⁶. En revanche, le contrat ne peut être mis à

⁸³⁰ Cf., parmi de nombreux ex., l'art. L. 6115-3 du Code de la santé publique (établissements publics de santé) ; art. L. 153-1 du Code de la sécurité sociale et CE, Ass., 8 janvier 1971, *U.R.S.S.A.F. des Alpes-Maritimes*, req. n° 71.581 et 77.034, Rec., p. 11, concl. G. VUGHT, *AJDA*, 1971, n° 3, p. 161, note P. FERRARI (caisses de sécurité sociale) ; CE, 2 avril 2003, *Marc-Antoine et Association "Facteur H"*, req. n° 240.557, Rec., T., p. 820, *Dr. adm.*, 2003, n° 8-9, p. 33, note C. MAUGÜÉ, *JCP A*, 2003, n° 24, p. 781, note D. JEAN-PIERRE (ENA) ; l'art. 1^{er} du décret n° 53-707 du 9 août 1953, relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social (JORF du 10 août 1953, p. 7051 ; entreprises publiques). Sur l'ensemble de la question, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 431, n° 591 ; J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, coll. Corpus Droit public, 2^e éd., 2007, p. 519, n° 355 J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 5^e éd., 2010, p. 891, n° 1756 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 7^e éd., 2010, p. 144, n° 254 et p. 406, n° 822.

⁸³¹ Sur ce point, voir M.-A.-G. de BÉZIN, *Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative*, thèse, Toulouse, impr. J. Fournier, 1906, p. 83 et s. ; P. FERRARI, note sous CE, Ass., 8 janvier 1971, *U.R.S.S.A.F. des Alpes-Maritimes*, préc. ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 82, n° 167 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 120, n° 228 ; M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933, p. 93 ; C. LAVIALLE, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 118, 1974, p. 37 et s., spéc. p. 39 ; R. MASPÉTIOL et P. LAROQUE, *op. cit.*, pp. 109-110.

⁸³² Selon l'heureuse formule du Doyen Hauriou, l'approbation « vient lever un obstacle qui s'opposait à la vertu exécutoire ; elle n'est, suivant une locution administrative énergique, qu'un simple *Je n'empêche* » (M. HAURIU, *loc. cit.*). Voir également, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 213, n° 520 ; C. EISENMANN, *loc. cit.* ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 118, n° 224. Cela revient à dire que l'exercice par l'autorité contrôlée de sa compétence se trouve indirectement subordonnée à la mise en œuvre par l'autorité de contrôle de son pouvoir d'approbation (Cf., sur cette idée, F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, p. 485, n° 818).

⁸³³ Dans le sens de cette assimilation, cf. J.-M. AUBY, art. préc., p. 15 ; F.-P. BÉNOIT, fasc. préc., p. 41, n° 264 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 303, n° 279 ; G. LIET-VEAUX, note sous CE, Sect., 17 juin 1960, *Sieur Contessoto*, req. n° 37.688, Rec., p. 406, *Rev. adm.*, 1960, n° 77, p. 497, spéc. p. 499 ; R. MASPÉTIOL et P. LAROQUE, *op. cit.*, p. 109 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 370 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 51, n° 365 ; M. WALINE, *Traité de droit administratif*, Paris, Sirey, 8^e éd., 1959, p. 392, n° 657.

⁸³⁴ S. REGOURD, thèse préc., p. 482, n° 463 ; S. THÉRON, *La notion de condition. Contribution à l'étude de l'acte administratif*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 349 et p. 371.

⁸³⁵ Outre les références déjà citées note 831, voir C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, préc., pp. 198-199. L'absence d'incidence de l'acte d'approbation sur la validité de l'acte initial explique qu'un recours pour excès de pouvoir puisse être intenté à l'encontre du second avant même l'intervention du premier (CE, 7 août 1911, *Consec*, Rec., p. 149). S'il en était autrement et que l'acte d'approbation conditionne la validité de l'acte initial, il ne saurait y avoir un quelconque effet rétroactif (cf., en ce sens, J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse dactyl., Paris II, 2008, p. 183, n° 349).

⁸³⁶ CE, 17 janvier 1951, *Ville de Joinville-le-Pont*, Rec., p. 24 ; TA Strasbourg, 22 décembre 1970, *Office Public d'H.L.M. de Colmar c/ Wuest*, Rec., p. 877. Cf., dans le même sens, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 521, n° 461.

exécution tant que l'approbation n'a pas été donnée⁸³⁷. L'approbation se contente de suspendre la mise en vigueur effective de l'acte unilatéral ou contractuel sans affecter les conditions mêmes de cette entrée en vigueur. Il s'ensuit que l'acte soumis à approbation, une fois celle-ci acquise, prendra légalement effet du jour qu'il aura lui-même indiqué ou, à défaut, du moment où il a satisfait aux autres conditions de son entrée en vigueur⁸³⁸. L'affaire célèbre *Association AC!* fournit un exemple révélateur. Le Conseil d'État avait privé d'effet rétroactif l'annulation, pour vice de procédure, d'un arrêté ministériel approuvant la convention d'indemnisation du chômage et laissé au Gouvernement un délai de six mois pour prendre un nouvel arrêté. C'est ce qu'a fait le ministre compétent en réitérant, selon des formes régulières, son approbation, laquelle a permis à la convention à effet réglementaire de prendre effet à la date qu'elle avait elle-même prévue, soit au début de l'année en cours. La rétroactivité ainsi conférée ne résultait aucunement de l'exécution de la chose jugée, mais découlait de l'effet propre de l'approbation⁸³⁹.

Suivant le même raisonnement, les mesures prises pour l'application de l'acte soumis à approbation ne sont pas illégales du simple fait qu'elles sont intervenues antérieurement à l'approbation. Pas plus qu'elle n'a d'influence sur la date d'effet de l'acte approuvé, l'approbation n'emporte de conséquence sur celle de ses mesures d'exécution adoptées prématurément. En revanche, ces dernières ne peuvent elles-mêmes être légalement mises à exécution qu'à compter du moment où l'approbation est acquise⁸⁴⁰. Leur entrée en vigueur est, comme celle de l'acte initial, suspendue à l'approbation de ce dernier. Il s'ensuit qu'elles rétroagiront légalement à la date où elles auraient normalement dû prendre effet⁸⁴¹.

243. Qu'elle recourt ou non à l'assimilation de l'approbation à une condition suspensive, la doctrine admet, dans sa grande majorité, cette rétroactivité de l'acte d'approbation⁸⁴². Cette opinion est, par

Pour une position contraire, voir G. JÈZE, *Contrats administratifs*, t. I, Paris, éd. M. Giard, 1927, p. 62 et « Théorie générale des contrats administratifs », *RDPA*, 1930, n° 1, p. 149.

⁸³⁷ CE, 8 août 1899, *Cotard*, Rec., p. 602 ; 4 juin 1913, *Rapaud*, Rec., p. 623 ; 1^{er} mai 1925, *Société française d'éclairage*, Rec., p. 420 ; 20 février 1935, *Barrière*, Rec., p. 217 ; 21 juillet 1948, *Société immobilière toulousaine pour l'extension et l'embellissement de la ville*, Rec., p. 340 ; 1^{er} mars 1957, *Commune de Perthuis c/ Croux*, *AJDA*, 1957, II, p. 160, obs. P. SILLARD ; CE, 21 janvier 1966, *Ville d'Avignon*, req. n° 55.622, Rec., T., p. 1025 ; 26 mai 1971, *Marquet*, req. n° 75.713, Rec., p. 383). Voir J.-C. BRUÈRE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDPA*, 1996, n° 6, p. 1715, spéc. p. 1736 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 525 et s., n° 464 et s. ; G. MELLERAY, *op. cit.*, p. 136, n° 117.

⁸³⁸ CE, Sect., 2 novembre 1938, *Société Les petits-fils de François de Wendel* (2^e esp.), préc. : « l'approbation donnée par le préfet à la délibération [...] par laquelle le conseil municipal [...] a décidé l'établissement de la taxe précitée, n'a eu d'autre effet que de rendre ladite délibération exécutoire mais ne pouvait avoir d'influence sur la date d'application de la taxe ». Voir également, CE, 5 mars 1875, *Fabrique de Notre-Dame de Granville et de Saint-Paul c/ Hospice de Granville*, Rec., p. 207 ; 29 janvier 1932, *SA des tréfileries et laminoirs du Havre* (5^e esp.), Rec., p. 122 ; 14 juillet 1934, *Boitel*, Rec., p. 682 ; 17 novembre 1943, *Établissements Tiflex*, Rec., p. 260.

⁸³⁹ Cf., respectivement, CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, req. n° 255.886, Rec., p. 197, *GAJA* n° 112 et l'art. 1^{er} et 2 de l'arrêté du Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale du 28 mai 2004, portant agrément de la convention du 1^{er} janvier 2004 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage et de son règlement annexé (JORF n° 124 du 29 mai 2004, p. 9550).

⁸⁴⁰ CE, 2 novembre 1938, *Les petits-fils de François de Wendel* (2^e esp.), préc. ; 16 octobre 1974, *Sieur Pic*, req. n° 81.176, Rec., p. 490 (sol. impl.), *DF*, 1975, p. 88, comm. 91, concl. M.-A. LATOURNERIE ; 13 mars 1981, *Fédération CGT-FO des employés et cadres et autres*, req. n° 12.115 et 13.124, Rec., T., p. 596, *Dr. adm.*, 1981, n° 5, p. 1, *RDPA*, 1982, n° 2, p. 504, chr. Y. GAUDEMET. Sur la solution antérieure suivant laquelle l'approbation n'a pas pour effet de régulariser les mesures d'exécution intervenues prématurément, cf. CE, 14 février 1934, *Cavalié*, Rec., p. 211 ; 31 juillet 1948, *Laouilleau*, Rec., p. 371. Sur l'ensemble de la question, voir G. LIET-VEAUX, note préc., p. 499 ; J. PUISOYE, art. préc., p. 50 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 214, n° 521 ; S. REGOURD, thèse préc., p. 438 et s., n° 419 et s., spéc. p. 443, n° 424.

⁸⁴¹ S. THÉRON, thèse préc., pp. 365-366. Pour une opinion contraire, cf. F.-P. BÉNOIT, fasc. préc., p. 45, n° 286 ; Y. MOREAU, concl. sur CE, Sect., 30 septembre 1988, *Commune de Nemours c/ Mme Marquis*, req. n° 85.099, Rec., p. 320, *AJDA*, 1988, n° 12 p. 739, spéc. p. 741.

⁸⁴² Outre les références déjà citées, voir F.-P. BÉNOIT, fasc. préc., p. 45, n° 284 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 568, n° 567 2° ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 135 n° 188 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 47 ; J. PETIT, thèse préc., p. 103, n° 208 ; J. PUISOYE, art. préc., p. 50 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 53, n° 381. Pour une position contraire, voir J.-M. AUBY, *loc. cit.*

ailleurs, confirmée par une jurisprudence constante du Conseil d'État⁸⁴³. La Haute juridiction semble même avoir fait sienne l'assimilation faite par une partie de la doctrine entre approbation et condition suspensive⁸⁴⁴. Lorsqu'elle est donnée, l'approbation rétroagit au jour de l'édition de l'acte approuvé⁸⁴⁵. Ce faisant, la rétroactivité de l'approbation permet d'assurer la légalité des mesures édictées pour l'application de l'acte approuvé. Toutefois, la portée de la rétroactivité de l'approbation ne saurait remonter au-delà, dans le passé, de la date à laquelle l'acte approuvé a été fait⁸⁴⁶. Si le moment de la prise d'effet de l'acte d'approbation est toujours le même, il en va différemment du moment à compter duquel l'approbation est elle-même acquise. En effet, les textes prévoient tantôt que l'approbation doit être expresse et faire l'objet d'une manifestation formelle de volonté de la part de l'autorité de contrôle, tantôt qu'elle peut résulter tacitement de l'écoulement du délai laissé à celle-ci pour se prononcer sur l'acte qui lui est transmis⁸⁴⁷.

À l'inverse, le refus d'approuver empêche rétroactivement l'acte antérieur de prendre effet à la date initialement prévue, en même temps qu'il prive de fondement légal les mesures d'application édictées prématurément. En effet, l'acte non approuvé est, à compter de cette date, réputé caduque à raison de la non réalisation de la condition à laquelle son application était suspendue⁸⁴⁸. Suivant la même logique que celle gouvernant les effets de l'approbation, une partie de la doctrine a assimilé les effets du refus d'approbation à la mise en jeu d'une condition résolutoire⁸⁴⁹, ce qui ne correspond que partiellement à la réalité de ce mécanisme.

⁸⁴³ Initialement, le Conseil d'État avait admis la rétroactivité de l'approbation (CE, 5 mars 1875, *Fabrique de Notre-Dame de Granville et de Saint-Paul c/ Hospice de Granville*, préc. ; 29 janvier 1932, *SA des tréfleries et laminoirs du Havre* (5^e esp.), préc.), pour ensuite adopter une position contraire (CE, 14 février 1934, *Cavalié*, préc.). Peu de temps après, il est définitivement revenu à l'état antérieur de sa jurisprudence (CE, Sect., 2 novembre 1938, *Société Les petits-fils de François de Wendel*, préc.).

⁸⁴⁴ Pour une formulation particulièrement explicite, voir, CE, 13 mars 1981, *Fédération CGT-FO des employés et cadres et autres*, préc. Voir également en ce sens, C. MAUGÛÉ, concl. sur CE, Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autres*, req. n° 159.904 et 160.095, Rec., p. 442, *AJDA*, 1996, n° 2, p. 139, spéc. p. 147 ; Y. MOREAU, concl. préc., p. 740 ; C. VEROT, concl. sur CE, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, req. n° 288.755, Rec. T., p. 967, *RDF*, 2006, n° 38, p. 1599, spéc., p. 1602.

⁸⁴⁵ CE, Sect., 17 juin 1960, *Sieur Contessoto*, préc. : « l'effet de [l'approbation donnée par l'autorité préfectorale] a rétroagi à la date à laquelle avait été prise la délibération [du conseil municipal autorisant le maire de la commune à signer un marché de gré à gré] ». Il en va autrement lorsque l'approbation intervient avant que les textes dont sa légalité dépend n'aient été pris. En effet, il appartient à l'autorité chargée de l'approbation de vérifier que toutes les conditions légales de celle-ci sont réunies (CE, Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autres*, préc., concl. C. MAUGÛÉ, préc., *RDSS*, 1996, n° 3, p. 142, note L. DUBOIS).

⁸⁴⁶ Sur le premier point, voir, par ex., CE, 17 mars 1971, *Jean-Louis et autres*, req. n° 71.961, Rec., p. 217 ; 23 juillet 1974, *Commune de Cayeux-sur-mer*, req. n° 86.612, Rec., p. 435, *RDJ*, 1976, n° 4, p. 984, note E. ZOLLER ; 5 octobre 1979, *Jean-Louis*, req. n° 07.816, Rec., T., p. 731 (actes réglementaires) ; Ass., 16 novembre 1956, *Société B.A.B. et B.L.B.*, Rec., p. 436, *RPDA*, 1957, p. 19, concl. P. LAURENT ; 3 mai 1961, *Société "Entreprise Thomas Kotland" et Office HLM du département de la Seine*, req. n° 41.232, Rec., p. 290 (contrats). Il en va de même, par ex., pour les conventions à effets réglementaires (cf., plus bas, p. 677, note 3156). Sur le second point, cf., par ex., le cas des conventions à effet réglementaire dont l'approbation prend légalement effet à la date de leur signature (CE, 9 décembre 1994, *Assemblée des présidents des conseils généraux de France*, req. n° 149.545 et 149.546, Rec., T., p. 772, *Dr. san. et soc.*, 1995, n° 2, p. 350, note J.-C. LORTHE ; 18 mars 1998, *Union nationale des associations familiales (UNAF) et autres*, req. n° 181.463, Rec., p. 93), mais ne peut, à peine d'illégalité, lui être antérieure.

⁸⁴⁷ Sur le premier point, cf. CE, Avis, 16 février 2004, *Association familiale Les papillons blancs de Denain et environs*, req. n° 261.652, Rec., T., p. 585. Sur le second point, comp. CE, 5 février 1965, *Département de la Haute-Savoie*, req. n° 64.921, Rec., p. 74, *AJDA*, 1965, I, p. 468, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET et CE, Sect., 19 mars 1965, *Jean-Louis, Sévère et Caraman*, req. n° 58.788, 58.892 et 58.893, Rec., p. 181, *AJDA*, 1965, I, p. 469, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET, *D.*, 1966, J., p. 162, concl. J.-M. GALABERT ; 5 juin 2002, *Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés*, req. n° 230.114, Rec. p. 207. Voir également, J. CARBAJO, *loc. cit.* ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 891 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, pp. 406-407.

⁸⁴⁸ Sur le premier point, cf. CE, 1^{er} mars 1972, *Commune du Moule*, req. n° 78.626, Rec., T., p. 994. Sur le second point, CE, 21 juillet 1948, *Société immobilière toulousaine pour l'extension et l'embellissement de la ville*, Rec., p. 340 ; Sect., 28 juin 1957, *Commune d'Ain-Tagrout*, Rec., p. 425, *D.*, 1957, J., p. 678, note G. TIXIER ; 13 décembre 1961, *Commune de Saint-Louis c/ Trival*, req. n° 49.772, Rec., T., p. 958. Voir O. DUPEYROUX, *loc. cit.* ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 104 ; R. ODENT, *loc. cit.* Cf. également, en matière contractuelle, J.-C. BRUÈRE, art. préc., p. 1736 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 525 et s., n° 464 et s. ; G. MELLERAY, *op. cit.*, p. 136, n° 117

⁸⁴⁹ S. THÉRON, thèse préc., p. 368, R. MASPÉTIOL et P. LAROQUE, *op. cit.*, p. 112 ; M.-A.-G. de BÉZIN, thèse préc., p. 57.

Si la rétroactivité procédurale de l'approbation administrative est fondée sur le principe du respect des compétences, une rétroactivité de même nature se rencontre également à l'occasion de l'exercice de certains contrôles administratifs faisant l'objet d'un aménagement spécial.

B/ La rétroactivité résultant de l'aménagement spécial du contrôle de l'autorité administrative

244. À l'occasion de la mise en place de contrôles exercés *a posteriori* par l'Administration sur des actes ou des situations juridiques, les textes ont entendu conférer à l'autorité qui en a la charge des pouvoirs dépassant ceux dont elle dispose ordinairement. À côté des pouvoirs généraux attribués à l'autorité administrative dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse, il existe deux autres sortes de pouvoirs permettant le retraitement au présent des effets du passé. Outre le pouvoir général de retrait des actes administratifs, l'autorité de contrôle détient, à titre tout à fait exceptionnel, tantôt un pouvoir de substitution rétroactive de sa décision à celle de l'autorité contrôlée, tantôt un pouvoir de réformation rétroactive de la situation juridique de l'administré. Le premier est mis en œuvre dans le cadre d'un recours administratif spécial (1), tandis que le second correspond au droit de reprise de l'administration fiscale (2).

1°) Le principe de la substitution rétroactive de la décision de l'autorité saisie d'un recours administratif spécial

245. Un des éléments fondamentaux de la procédure administrative non contentieuse réside dans la mise en place de moyens de contrôle internes à l'Administration. La protection des administrés s'est ainsi vue progressivement renforcer par l'instauration de voies de recours proprement administratives, permettant la remise en cause devant l'Administration elle-même des décisions qu'elle a antérieurement prises⁸⁵⁰. Le développement d'un contrôle administratif exercé *a posteriori* sur des décisions publiques ou privées déjà édictées a suscité inéluctablement la rétroactivité de la décision adoptée par l'autorité de contrôle, qu'il s'agisse pour elle d'anéantir les effets de la décision de l'autorité contrôlée ou de remplacer rétroactivement celle-ci par sa propre décision. Si le pouvoir d'annulation dévolu à l'autorité de contrôle trouve son fondement dans le principe général suivant lequel l'Administration est, au même titre que son juge, la gardienne de la légalité⁸⁵¹, il est plus déroutant de voir conférer à cette dernière un pouvoir de substitution rétroactive de sa décision à la décision initialement prise par l'autorité contrôlée. L'attribution d'un pouvoir d'une telle exorbitance paraît même en contradiction non seulement avec le principe de non-rétroactivité, mais également avec les règles de répartition des compétences administratives. Elle est, à bien des égards, largement dérogoire du droit commun.

246. L'archétype même du contrôle administratif *a posteriori* est celui exercé sur les décisions de celles des autorités qui sont insérées dans la hiérarchie administrative. En principe, l'autorité hiérarchique détient, de plein droit, un pouvoir de contrôle « sans cause déterminée » sur les actes que

⁸⁵⁰ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 79, 1968, p. 618, n° 636 ; J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français. Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 185, 1996, p. 25.

⁸⁵¹ Sur ce point et plus généralement sur le pouvoir d'annulation en matière administrative, cf., plus bas, p. 213, n° 278.

vient d'adopter son subordonné⁸⁵². En particulier, l'autorité supérieure dispose d'un pouvoir de réformation sur les décisions antérieurement édictées par l'autorité inférieure, c'est-à-dire de la faculté de remplacer, pour des motifs de légalité voire de simple opportunité, la décision de cette dernière par une autre décision émanant d'elle, dont le sens et la portée peuvent en être plus ou moins différents⁸⁵³. Dans ce contexte, il s'agit davantage pour l'autorité hiérarchique de « re-former » la décision initiale dans ceux de ses éléments dont la légalité est douteuse ou contestée, ou qui s'avèrent inopportuns. En ce sens, la réformation administrative peut être assimilée à une forme de régularisation⁸⁵⁴. À l'instar de cette dernière, la réformation administrative ne saurait légalement comporter un quelconque effet rétroactif. En d'autres termes, la décision de l'autorité hiérarchique ne se substituera pas pour le passé à celle de son subordonné, mais seulement pour l'avenir. Par ailleurs, c'est en fonction des circonstances de fait et de droit existant au jour de la réformation de la décision initiale que le supérieur hiérarchique devra statuer⁸⁵⁵.

247. À côté de cette voie administrative ordinaire, il est une voie spéciale dont l'organisation est tout à fait dérogatoire au droit commun, notamment en ce qu'elle permet à l'autorité en charge du contrôle de remplacer rétroactivement la décision antérieurement adoptée par l'autorité contrôlée. En tout état de cause, c'est exclusivement sur le fondement d'un texte spécial aménageant de la sorte le contrôle administratif *a posteriori* qu'un tel pouvoir peut être valablement dévolu à l'autorité de contrôle⁸⁵⁶. Au-delà de l'hétérogénéité des textes et de la diversité des domaines concernés, il est possible d'identifier deux situations distinctes dans lesquelles la substitution rétroactive est susceptible d'intervenir.

Dans une première situation qui ne correspond pas tout à fait à la configuration ici envisagée, il est fait appel à l'autorité administrative pour arbitrer un conflit mettant en jeu des rapports de droit privé. C'est le cas, par exemple, de l'intervention de l'inspecteur du travail dans la procédure de constatation de l'inaptitude physique au travail. La décision que l'autorité administrative sera amenée à prendre fera entièrement disparaître l'avis du médecin du travail et le remplacera rétroactivement⁸⁵⁷. Ce mécanisme de règlement des conflits par la voie administrative, voulu par le législateur, apparaît comme une solution *sui generis* et, sauf erreur, unique en son genre.

⁸⁵² R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 395, n° 543, spéc. p. 396, n° 545 ; A. LAMBERT-RIBOT, thèse préc., p. 94. Voir CE, 1^{er} mars 1874, *Lezeret de la Maurinerie et autres*, Rec., p. 409 ; Sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec., p. 413, *Dr. soc.*, 1951, p. 246, concl. J. DELVOLVÉ, D., 1951, p. 593, note F. M., *JCP G*, 1950, 5909, note B. H., S., 1951, III, p. 85, note J.-M. AUBY et p. 88, note P. de F. R. ; Sect., 4 décembre 1959, *Ministre du Travail et Geoffroy c/ Compagnie générale de construction de fours*, Rec., p. 654, *RDP*, 1960, n° 1, p. 132, note M. WALINE ; Sect., 30 mai 1975, *Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population*, req. n° 94.277, Rec., p. 329

⁸⁵³ R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 396, n° 544 3°. Voir également, CE, 23 avril 1965, *Dame Veuve Ducroux*, req. n° 60.721, Rec., p. 231, *AJDA*, 1965, I, p. 332, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET, D., 1965, J., p. 845, note C. PALAZZOLI, *JCP G*, 1965, 14419, note C. DURAND-PRINBORGNE, *RDP*, 1965, p. 1188, concl. J.-M. GALABERT.

⁸⁵⁴ Cf., plus bas, p. 208, n° 271.

⁸⁵⁵ Sur le premier point, voir CE, Sect., 12 novembre 1949, *Yasri Alloua*, Rec., p. 474 ; 3 mai 1982, *Louchart*, Rec., p. 165, *AJDA*, 1982, n° 9, p. 538, concl. Y. ROBINEAU ; Sect., 11 juin 1982, *Berjon et Mestdagh*, req. n° 16.567 et 16.568, Rec., p. 221, *AJDA*, 1983, n° 1, p. 42, concl. B. GENEVOIS. Voir également, J.-F. BRISSON, thèse préc., p. 313 ; J.-C. GROSHENS, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA*, 1966, I, p. 140, spéc. p. 148. Sur le second point, voir CE, Sect., 1^{er} octobre 1954, *Dame Bonnetblanc*, Rec., p. 491, *AJ*, 1954, II^{bis}, p. 13, chr. M. LONG ; Sect., 6 juillet 1990, *Clinique "Les Martinets"*, req. n° 77.546, Rec., p. 202, *Quot. jur.*, 1^{er} janvier 1991, p. 5, note M.-C. ROUAULT. Voir également, J.-F. BRISSON, thèse préc., p. 335 ; B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 11 juin 1982, *Berjon et Mestdagh*, préc., *AJDA*, 1983, n° 1, p. 42.

⁸⁵⁶ Comme le souligne M. Brisson, « il ne suffit pas qu'un texte ait prévu la possibilité d'exercer un recours administratif ; il faut encore qu'une procédure particulière ait été organisée » (J.-F. BRISSON, thèse préc., p. 162).

⁸⁵⁷ En vertu des dispositions de l'art. L. 241-10-1 du Code du travail, celui-ci ne peut intervenir qu'en cas de difficulté ou de désaccord portant sur la constatation d'inaptitude et uniquement sur saisine de l'employeur ou du salarié. Voir CE, 27 septembre 2006 *SNC "Pneu Laurent"*, req. n° 275.845, Rec., p. 422, *Dr. soc.*, 2006, p. 1121, concl. C. DEVYS ; 17 juin 2009, *Société Le Crédit Lyonnais*, req. n° 314.729, Rec., T., p. 972, *Dr. soc.*, 2009, n° 9-10, p. 941, concl. Y. STRUILLLOU et n° 11, p. 1137, obs. P. CHAUMETTE ; 16 avril 2010, *Société presta service cuir color*, req. n° 326.553, Rec., p. 125, *LPA*, 21 juillet 2010, n° 144, p. 3, chr. M.-C. ROUAULT, *RJS*, 2010, n° 7, p. 524).

Dans une seconde situation, un recours administratif spécial est organisé soit devant l'auteur de la décision administrative, soit devant son supérieur hiérarchique. Dans les deux cas, les textes peuvent prévoir la faculté ou l'obligation pour l'autorité de contrôle de substituer avec effet rétroactif une nouvelle décision à la décision initiale. Le développement de ces recours administratifs spéciaux ayant obéi à un processus sectoriel, plutôt qu'à une logique d'ensemble, le champ du pouvoir de substitution rétroactive couvre des domaines pour le moins variés. Il est certain que le pouvoir de substitution rétroactive constitue la caractéristique fondamentale de ces recours administratifs spéciaux, du moins lorsqu'ils ont été institués en tant que recours administratifs préalables obligatoires⁸⁵⁸. Comme on vient de le voir, on ne saurait toutefois limiter le domaine de la substitution rétroactive à cette seule hypothèse. Comme le rappelait à juste titre le commissaire du gouvernement Stahl, il « *n'existe pas de lien logique et nécessaire entre le caractère obligatoire ou non d'un recours administratif et un mécanisme de substitution de décisions* »⁸⁵⁹.

Le fondement de la rétroactivité de la décision adoptée par l'autorité de contrôle intervenant sur recours administratif spécial est à rechercher dans la logique particulière à laquelle celui-ci obéit.

Dans le cas où le recours administratif spécial a été organisé en recours gracieux auprès de l'auteur de la décision, il s'agit de donner l'occasion à l'autorité la « mieux informée » de réexaminer entièrement et définitivement la situation ayant présidé à l'édition de sa décision initiale. Cette solution paraît expédiente, dès lors que l'auteur de l'acte se voit offrir une seconde chance d'adopter la « bonne décision », en corrigeant éventuellement les vices éventuels qui menaçaient l'existence de la décision initiale, tout en faisant l'économie d'un procès. Compte tenu de ces éléments, on ne sera pas étonner qu'indépendamment des effets propres de la décision qu'elle prend, l'autorité de contrôle doive se prononcer en prenant en compte la situation de fait et de droit existant à la date à laquelle elle statue, et non pas à la date à laquelle la décision initiale a été adoptée⁸⁶⁰.

C'est ainsi que le ministre de l'Environnement, saisi d'un recours dirigé contre sa propre décision d'affectation ou de délivrance de quotas d'émission de gaz à effet de serre aux installations classées, dispose de la faculté de remplacer cette décision initiale par une nouvelle décision dotée d'un effet rétroactif⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ A. BACQUET, concl. sur CE, Sect., 1^{er} février 1980, *Ministre de la Santé c/ Clinique Ambroise Paré*, req. n° 16.592, Rec., p. 62, *RDSS*, 1980, n° 63, p. 359 ; J.-C. BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de D. LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 81, spéc. p. 87 ; J.-F. BRISSON, thèse préc., p. 163. Voir également, CE, 29 avril 1953, *Collin*, Rec., p. 198 ; 21 novembre 1958, *Ministre de l'Éducation nationale*, Rec., p. 551 ; 5 janvier 1979, *Société "Clinique chirurgicale Francheville"*, req. n° 05.499, Rec., p. 9, *RTDSS*, 1979 p. 365, obs. F. MODERNE ; 19 juin 1991, *Ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale c/ Mlle Lelièvre*, req. n° 100.636, Rec., p. 251.

⁸⁵⁹ Sur le premier point, voir G. GUILLAUME, concl. sur CE, Sect., 17 février 1978, *Ministre de la Santé c/ Scarron Parc*, req. n° 06.794, Rec., p. 85 ; Conseil d'État, étude préc., p. 52 ; D. TRUCHET, « Recours administratif », *Rép. cont. adm.*, 2000, p. 31, n° 264 et 271. Sur le second point, voir J.-H. STAHL, concl. sur CE, 13 novembre 2002, *Société Socopar*, n° 232.265, Rec., T., p. 842 ; Conseil d'État, étude préc., p. 54.

⁸⁶⁰ CE, Sect., 18 mai 1979, *Société "Thomson médical Telco" et autre*, req. n° 05.222 et 05.284, Rec., p. 217 ; 4 mars 1983, *Société Rank Xérox*, req. n° 24.846, Rec., p. 95 ; 29 avril 1987, *Société Kassbohrer France*, req. n° 64.399, Rec., p. 156, *JCP G*, 1988, 21158, note D. GILTARD, *LPA*, 31 juillet 1987, n° 17, p. 11 ou 20, note F. MODERNE ; 13 novembre 1991, *Girer*, req. n° 119.095, Rec. p. 392, *Dr. adm.*, 1991, n° 12, p. 12 ; 29 novembre 1993, *Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle c/ Mme Garelli*, req. n° 119.949, Rec., T., p. 1073. Cf. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 405, n° 498 1° ; B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 202, n° 165 ; D. TRUCHET, fasc. préc., p. 29, n° 237.

⁸⁶¹ Art. R. 229-27 du Code de l'environnement. Cf. également, CE, 30 mai 2007, *Société Lesaffre Frères*, req. n° 287.280, Rec., T., p. 766. Pour des ex. plus anciens, voir CE, 9 juillet 1982, *Ministre du Travail et de la Participation c/ Magnien*, req. n° 23.413, Rec., p. 274.

En revanche, lorsque le recours administratif spécial est un recours hiérarchique, la rétroactivité de la décision de l'autorité de contrôle repose sur l'idée que le texte a entendu la désigner comme seule compétente pour arrêter définitivement la position de l'administration⁸⁶². À la différence du droit commun du pouvoir hiérarchique, il ne s'agit plus seulement de remédier à une irrégularité ou une inopportunité initiale, mais de prendre, dans les meilleurs délais, la « bonne décision » finale, notamment en tenant compte de considérations qui ne sont pas nécessairement dictées par le droit. Ainsi, le supérieur hiérarchique dispose de la faculté de réexaminer entièrement la décision adoptée par son subordonné, tant au regard de considérations de droit que de considérations d'opportunité, ce qui lui permet d'établir une certaine harmonie dans le temps entre les appréciations adoptées localement par ses subordonnés. La mise en place d'un recours hiérarchique spécial signifie donc la « re-concentration » des compétences administratives dans les mains du supérieur hiérarchique⁸⁶³, lequel voit ses pouvoirs étendus en conséquence. Le pouvoir de décision est transféré de l'autorité subordonnée à l'autorité supérieure, à laquelle il appartient d'arrêter entièrement et définitivement la position de l'administration. Ainsi, le Ministre du travail a, pendant longtemps, disposé d'un pouvoir semblable, sur le fondement d'un texte réglementaire, en matière de contrôle des autorisations de licenciement des salariés protégés délivrées par l'inspecteur du travail. Ce régime a finalement été supprimé en 1983 pour être fondu dans le droit commun du pouvoir hiérarchique⁸⁶⁴. C'est encore le cas, en revanche, pour le Ministre de la Santé lorsqu'il est saisi d'une contestation dirigée contre la décision d'un directeur d'une agence régionale de l'hospitalisation suspendant ou retirant l'autorisation d'exercer en secteur privé dans un hôpital public. La décision qu'il adoptera au terme du réexamen de la situation soumise à son appréciation se substituera rétroactivement à celle de son subordonné⁸⁶⁵. Au demeurant, il faut remarquer que les textes instituant un recours hiérarchique spécial ne font pas toujours bénéficier l'autorité supérieure d'un pouvoir de substitution rétroactive⁸⁶⁶.

On citera enfin, pour mémoire, la procédure particulière des autorisations de plaider délivrées par le tribunal administratif au contribuable qui souhaite engager une action en justice en lieu et place de la commune qui a négligé de le faire, telle qu'elle était organisée avant 1992⁸⁶⁷. Prise dans l'exercice

⁸⁶² J. CARBAJO, thèse préc., p. 166 et s. ; D. CASAS, concl. sur CE, Sect., 18 novembre 2005, *Houlbreque* n° 270.075, Rec., p. 513, non publiées ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc., t. I, p. 1161, n° 1344 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 660, n° 1391 ; J.-Y. VINCENT, fasc. préc., p. 17, n° 89. Cf., par ex., CE, 24 novembre 2006, *Guinot*, req. n° 275.645, *AJDA*, 2007, n° 6, p. 325.

⁸⁶³ Sur ces deux points, cf. J.-F. BRISSON, thèse préc., respectivement p. 132 et p. 161 ; G. VUGHT, concl. sur CE, Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, préc., p. 212 et p. 231.

⁸⁶⁴ Sur l'ancien art. R. 436-4 du Code du travail, voir CE, Sect., 4 décembre 1959, *Ministre du Travail et Geoffroy c/ Compagnie générale de construction de fours*, préc. ; Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, préc., concl. G. VUGHT, *AJDA*, 1968, I, p. 335, chr. J. MASSOT et J.-L. DEWOST, *RDP*, 1969, n° 2, p. 332, concl. G. VUGHT ; 31 janvier 1975, *Fleurence et Ministre d'État chargé des Affaires sociales c/ Société "Aciéries du Forez"*, req. n° 88.927, Rec., p. 76, *Dr. Soc.*, 1975, p. 420, note F. VENNIN ; Sect., 30 mai 1975, *Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population*, préc. Sur l'état du droit positif, voir art. R. 2422-1, du Code du travail ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 401, n° 549 ; J.-Y. VINCENT, fasc. préc., p. 17, n° 93. Cf. également, CE, Sect., 6 juillet 1990, *Mattéi et Société Edi 7*, préc. et, pour un ex. récent, CE, 5 septembre 2008, *Société Sorelait*, req. n° 303.992, Rec., p. 319, *Dr. soc.*, 2008, n° 12, p. 1251, concl. Y. STRUILLLOU, *JCP S*, 2009, n° 21-22, p. 43, note A. NOURY, *RFDA*, 2008, n° 6, p. 1280.

⁸⁶⁵ Cf. l'ancien art. L. 712-16 du Code de la santé publique, repris aux art. L. 6154-6 et R. 6154-18 du même code. Voir également, CE, Sect., 1^{er} février 1980, *Ministre de la Santé c/ Clinique Ambroise Paré*, préc., *JCP G*, 1980, 19445, note J. BARTHÉLEMY et C. de CHAISEMARTIN, *RDSS*, 1980, n° 63, p. 359, concl. A. BACQUET ; Sect., 5 mars 1982, *Ministre de la Santé et de la Sécurité sociale c/ Clinique de l'Aigle*, req. n° 23.237, Rec., p. 104, *RDSS*, 1982, p. 630, concl. A. BACQUET ; 19 juin 1991, *Ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale c/ Mlle Lelièvre*, req. n° 100.636, Rec., p. 251.

⁸⁶⁶ Sur ce constat, J.-F. BRISSON, thèse préc., p. 349. Pour un inventaire, cf. Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2008, p. 33 ; D. TRUCHET, fasc. préc., p. 16, n° 101. Pour des ex. de procédures de contrôle limitant les pouvoirs de l'autorité hiérarchique à un simple pouvoir d'annulation, cf., plus bas, p. 219, n° 284.

⁸⁶⁷ art. L. 316-5 à 8 et R. 316-1 à 7 du Code des communes. La phase de recours hiérarchique a été supprimée par le décret n° 92-180 du 26 février 1992, relatif à l'exercice, par un contribuable, des actions en justice appartenant à la commune (JORF n° 49 du 27

d'une attribution administrative, la décision du tribunal administratif devait faire l'objet, avant tout contentieux, d'un recours devant le Conseil d'État, statuant lui-même en la forme administrative. Malgré son caractère *sui generis*, ce pourvoi s'apparentait à un recours hiérarchique préalable obligatoire. En effet, c'était le Premier ministre en sa qualité de président du Conseil d'État qui accordait, sur avis conforme de la section de l'Intérieur de ce dernier, l'autorisation de plaider ou prononçait l'annulation rétroactive, par décret non publié au Journal officiel, de l'autorisation antérieurement délivrée par le tribunal administratif⁸⁶⁸.

248. En toutes hypothèses, le propre de la substitution rétroactive est d'effacer entièrement l'acte initial pour le remplacer *ab initio* par un acte nouveau, y compris dans le cas où la décision de l'autorité de contrôle est implicitement née du silence que cette dernière a gardé pendant un certain délai⁸⁶⁹. Dans ce dernier cas, la radicalité des effets de la substitution ne va pas sans poser quelques difficultés pour le requérant. L'acte initial ayant disparu rétroactivement par l'effet de la substitution, les recours dirigés à son encontre se trouvent, en effet, privés de leur objet⁸⁷⁰. Afin d'éviter que la combinaison du mécanisme de la substitution rétroactive avec la règle de la décision implicite de rejet ne se transforme en piège pour le requérant, le juge administratif accepte de requalifier des conclusions dirigées par erreur contre la décision initiale en conclusions dirigées contre la décision implicite de rejet intervenue sur recours administratif spécial⁸⁷¹. Dans le même ordre d'idées, la substitution rétroactive est, à l'inverse, parfois impuissante à purger les vices dont était entachée la décision initiale, en particulier lorsque celle-ci est intervenue au terme d'une procédure irrégulière. La décision subséquente ne pourra valablement se substituer à la décision initiale qu'à la double condition qu'elle poursuive le même objet et que la procédure suivie soit globalement aussi protectrice pour l'administré que celle qui devait être suivie pour l'édiction de la première décision⁸⁷².

Bien que relevant de la logique générale de contrôle de l'Administration sur ses propres décisions, les procédures spéciales de contrôle mettant en jeu un pouvoir de substitution rétroactive font figure d'exception au modèle traditionnel. À cet égard, il peut apparaître pour le moins contestable au

Février 1992, p. 2983). Sur le régime de l'autorisation de plaider antérieur au décret de 1992, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 811, n° 632 ; S.-C. BOUZELY, « Le régime des autorisations de plaider », *Quot. jur.*, 24 octobre 1989, p. 6 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 366, n° 775 ; C. MAUGÜÉ, « Autorisations de plaider », *J.-Cl. adm.*, fasc. 1083, 2008, p. 2, n° 2 à 4 ; G. LE CHATELIER, concl. sur CE Ass. 26 juin 1992, *Monnier-Besombes*, req. n° 133.901, Rec., p. 252 ; B. PACTEAU, « Comment un contribuable peut se substituer en justice à sa commune », *LPA*, 10 avril 1991, n° 43, p. 14 et « L'exercice par un contribuable des actions appartenant à la commune », *Rép. Coll. Loc.*, Dalloz, 2008, fasc. 12220, n° 107 et s.

⁸⁶⁸ CE, 13 novembre 1931, *Laurent et ville de Castelnaudary*, Rec., p. 988, *D.* 1932, III, p. 11, note J. A., *S.*, 1933, III, p. 47, note P. de F.-R., *Gaz. Pal.*, 1932, I, p. 355. Voir également, Cass. Crim., 12 mai 1992, *Rastoin et autres*, pourv. n° 92-81.080, Bull. Crim., n° 186, p. 501 ; 9 février 1993, *Pezet et autres*, pourv. n° 92-85.415, Bull. Crim., n° 66, p. 159.

⁸⁶⁹ Sur le premier point, cf. D. TRUCHET, fasc. préc., p. 31, n° 264 et 271. Sur le second point, voir CE, 19 octobre 1973, *Ministre de la Santé publique et de la Sécurité sociale c/ Société Polyclinique Sainte-Madeleine*, req. n° 61.159, Rec., T., p. 1068 ; 15 novembre 1985, *Clinique chirurgicale Montfleuri*, req. n° 48.101, Rec., p. 327 ; 26 novembre 2004, *Société "Groupe Comte"*, req. n° 261.556, Rec., T., p. 782 ; 30 mai 2007, *Société Lesaffre Frères*, préc.

⁸⁷⁰ Outre les références déjà citées, voir CE, Sect., 30 mars 1973, *Sieur Gen*, req. n° 80.680 et 80.681, Rec., p. 269, *AJDA*, 1973, n° 5, p. 268, concl. G. GUILLAUME. Voir également, Conseil d'État, étude préc., p. 53.

⁸⁷¹ Les moyens dirigés contre la décision initiale seront simplement considérés comme inopérants. Sur cette question, voir J. BOUCHER, concl. sur CE, 19 décembre 2008, *Mme Mellinger, épouse Praly*, req. n° 297.187, Rec., p. 478, *AJDA*, 2009, n° 15, p. 838. La solution était auparavant cantonnée au contentieux des étrangers et, en particulier, à celui du refus de visa (CE, 22 janvier 2007, *Mme Langer*, req. n° 289.811, Rec., T., p. 882, *AJDA*, 2007, n° 13, p. 701, concl. Y. AGUILA).

⁸⁷² CE, Sect., 18 novembre 2005, *Houlbrequé*, préc., concl. D. CASAS, *AJDA*, 2005, n° 44, p. 2453, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *RDP*, 2006, n° 2, p. 487, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2006, n° 1, p. 192, note P. TERNEYRE et n° 3, p. 543, note T.-X. GIRARDOT ; 29 juin 2011, *Maire*, req. n° 327.693, à ment. aux T. du Leb., *AJDA*, 2011, n° 24, p. 1356. Sur la solution antérieure, voir CE, Sect., 19 novembre 1965, *Époux Delattre-Floury*, req. n° 60.647, Rec., p. 623, *AJDA*, 1966, n° 1, p. 40, chr. J.-P. PUISSOCHET et J.-P. LECAT, *JCP G*, 1966, II, 14697, concl. J. RIGAUD. Sur ce point, voir J.-C. BONICHOT, art. préc., p. 92 ; Conseil d'État, étude préc., p. 53.

regard du principe de non-rétroactivité, lequel a valeur de principe général du droit, de permettre au pouvoir réglementaire d'attribuer de tels pouvoirs à une autorité administrative en l'absence d'autorisation préalable et explicite donnée par le législateur. En effet, seul ce dernier dispose du pouvoir d'affranchir l'autorité administrative du respect du principe de non-rétroactivité⁸⁷³. On peut néanmoins considérer que si le juge administratif n'a pas censuré les textes réglementaires intervenus en la matière, c'est certainement qu'il a entendu privilégier un autre principe, celui de bonne administration.

2°) Le principe du redressement rétroactif de la situation du contribuable par l'administration fiscale dans le cadre de son droit de reprise

249. En droit fiscal, l'administration exerce une mission générale de vérification de l'application de la loi fiscale par les contribuables, dont l'efficacité est garantie au moyen de la rétroactivité. Dans le système fiscal français, la majorité des impositions s'appuient sur des déclarations faites par les contribuables eux-mêmes⁸⁷⁴. Si ces déclarations bénéficient d'une présomption d'exactitude et de sincérité, cette dernière ne saurait suffire, à elle seule, à garantir le respect de la législation fiscale par les contribuables. C'est ainsi que le législateur a été conduit à mettre en place un contrôle administratif en vue de veiller à la bonne exécution par les contribuables de leur obligation fiscale. Largement dérogeant au principe de l'annualité, lequel exige que les compétences fiscales s'exercent à l'intérieur d'une même année⁸⁷⁵, ce pouvoir administratif de contrôle des situations fiscales s'exerce *a posteriori*, parfois même plusieurs années après le dépôt de la déclaration fiscale.

Outre les difficultés matérielles que rencontrerait la mise en place d'une procédure de contrôle *a priori*, eu égard au nombre considérable des déclarations faites par les contribuables chaque année et aux moyens limités dont dispose l'administration fiscale pour les traiter, la justification du caractère *a posteriori* du contrôle fiscal repose sur la relation particulière qu'entretient l'administration fiscale avec le contribuable dans l'établissement de l'impôt⁸⁷⁶. En effet, la première n'est pas toujours en mesure de déterminer seule la base d'imposition du second. Aussi doit-elle faire appel au contribuable pour lui fournir tout ou partie des données nécessaires à son établissement. Le contribuable joue, à cet égard, le rôle d'un « auxiliaire fiscal » et bénéficie, à ce titre, d'une présomption d'honnêteté et d'exactitude lors de sa déclaration. En contrepartie de cette collaboration, l'autorité administrative doit pouvoir vérifier la conformité à la loi fiscale des éléments présentés par le contribuable dans sa déclaration et, le cas échéant, rectifier les insuffisances, inexactitudes ou omissions commises à cette occasion. Il s'agit donc de ne pas laisser l'administration fiscale « désarmée » face aux éventuelles inexécutions ou mauvaises exécutions de l'obligation fiscale de la part des contribuables.

250. Ce double aspect du contrôle fiscal a été traduit dans le droit de reprise reconnu à l'administration par les dispositions de l'article L. 168 du Livre des procédures fiscales. À l'occasion de

⁸⁷³ G. VUGHT, concl. sur CE, Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, préc., p. 234. Cette considération est totalement absente de l'étude déjà citée du Conseil d'État consacrée aux recours administratifs préalables obligatoires, dès lors que celui-ci ne prend aucunement en compte la nature des pouvoirs conférés à l'instance de recours dans la répartition des compétences qu'il propose d'opérer entre pouvoir réglementaire et pouvoir législatif en matière de création de tels recours (Conseil d'État, étude préc., pp. 52-53).

⁸⁷⁴ Cf., en ce sens, J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *op. cit.*, p. 120, n° 125.

⁸⁷⁵ M. LANGAVANT, « Le droit de reprise du fisc », *RSF*, 1965, n° 4, p. 790, spéc. p. 795.

⁸⁷⁶ Sur cette idée, voir A. BERTRAND, thèse préc., pp. 382-386.

l'exercice de son contrôle sur les déclarations fiscales, l'autorité administrative dispose d'une prérogative exorbitante lui permettant de modifier directement et rétroactivement les situations des contribuables en cas de non-respect de la loi fiscale. Après avoir constaté une insuffisance, une inexactitude ou une omission dans la déclaration fiscale, l'administration a la faculté de *redresser* la situation du contribuable, c'est-à-dire de réparer les erreurs commises par ce dernier dans la détermination de l'assiette de l'impôt⁸⁷⁷. L'administration procède à la correction de la base d'imposition, le plus souvent dans le sens d'une augmentation des droits mis à la charge du contribuable, ce qui a pour effet de modifier la dette fiscale initialement exigée de ce même contribuable, tant dans ses éléments de calcul que dans son montant. À l'issue de cette opération, le contribuable est rétroactivement redevable d'un rehaussement ou bénéficiaire d'un dégrèvement de son impôt. Il peut encore être soumis à un régime d'imposition différent de celui qu'il lui avait, à tort, été appliqué à la suite de sa déclaration. En tout état de cause, sa situation se trouve à nouveau conforme à la loi fiscale. De ce point de vue, le pouvoir de redressement fiscal s'apparente à un pouvoir de réformation. D'ordinaire réservé au supérieur hiérarchique ou au juge de plein contentieux, le pouvoir de réformation d'une situation juridique antérieure trouve ici une expression originale, en ce qu'il intervient dans les rapports entre l'administration et les particuliers⁸⁷⁸.

De manière assez classique, les prérogatives importantes attribuées à l'autorité administrative trouvent leur contrepartie dans les garanties procédurales offertes à l'administré. En matière fiscale, ces garanties se manifestent notamment à travers l'enfermement du droit de reprise à l'intérieur d'un délai de prescription plus ou moins bref⁸⁷⁹. Lorsqu'il n'est pas expressément prévu de délai de prescription, le droit de reprise de l'administration s'exerce jusqu'à l'expiration de la sixième année suivant celle du fait générateur de l'impôt⁸⁸⁰. Pour les impôts directs de l'État par exemple, un délai plus court est spécialement prévu. Le droit de reprise s'exerce, en principe, jusqu'à la fin de la troisième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due⁸⁸¹. Cela signifie que l'administration fiscale peut revenir sur la situation du contribuable jusqu'à plusieurs années après la survenance du fait générateur de l'impôt.

251. Tel qu'il se présente, le pouvoir de redressement de l'administration fiscale est *a priori* le siège d'une rétroactivité. Pourtant, les idées de Duguit ont, pendant longtemps, contribué à entretenir un doute sur l'existence d'une rétroactivité dans l'exercice du droit de reprise de l'administration en matière fiscale et ce, en raison de la nature particulière que l'éminent auteur accordait à la situation du contribuable. Partant de l'idée que le contribuable est placé dans une situation légale et réglementaire, dès lors que l'obligation fiscale est instituée par la loi de manière abstraite, générale et permanente, Duguit estime qu'elle ne peut jamais perdre ce caractère objectif. Suivant ce raisonnement, l'acte d'imposition constitue seulement un *acte-condition*, dont l'intervention se limite à déclencher l'application de la règle générale et impersonnelle à un contribuable déterminé. En d'autres termes,

⁸⁷⁷ A. BERTRAND, thèse préc., p. 387 ; J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *op. cit.*, p. 47, n° 48 ; M. COLLET, *Droit fiscal*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2^e éd., 2009, p. 129, n° 229.

⁸⁷⁸ Sur le pouvoir juridictionnel de réformation, cf. *infra*, p. 288 et s., n° 373 et s.

⁸⁷⁹ Sur ces différents aspects, voir J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *loc. cit.*, ; A. BERTRAND, thèse préc., p. 390 et s. ; M. COLLET, *op. cit.*, p. 122, n° 220 ; O. DEBAT, thèse préc., p. 157, n° 211 ; M. LANGAVANT, art. préc., p. 810 et s.

⁸⁸⁰ Art. L. 186 du LPF.

⁸⁸¹ Art. L. 169 du LPF. C'est le cas également en matière de cotisation foncière des entreprises (art. L. 174 du LPF). Néanmoins, les délais de prescription sont, en principe, plus brefs en ce qui concerne les impôts directs locaux. Le droit de reprise ne peut généralement être exercé que jusqu'à l'expiration de la première année qui suit l'année au titre de laquelle l'imposition est due (art. L. 173 du LPF).

l'acte d'imposition fait naître la créance fiscale sans pour autant modifier la nature objective de la situation de ce dernier. L'éminent auteur en déduit alors que la situation exclusivement objective dans laquelle se trouve le contribuable présente un caractère de permanence qui la rend modifiable à tout instant⁸⁸². La situation du contribuable n'étant, par hypothèse, jamais susceptible de se fixer de manière définitive, il ne saurait être question, dans cette conception, de qualifier de rétroactif l'exercice par l'administration fiscale de son droit de reprise, voire même d'envisager de soumettre sa mise en œuvre à une quelconque limitation d'ordre temporel.

252. D'autres auteurs ont, par la suite, démontré que la situation du contribuable n'est pas, en réalité, exclusivement objective, avec comme conséquence l'admission que celle-ci puisse se trouver, à un moment donné, définitivement fixée. Bien que l'obligation fiscale soit instituée par une règle de droit, abstraite et impersonnelle, elle donne naissance à une situation juridique subjective dans le chef du contribuable⁸⁸³. La situation du contribuable résulte ainsi de l'individualisation de l'effet de droit prévu abstraitement par la règle fiscale. En d'autres termes, l'application de la loi fiscale à un contribuable déterminé individualise et spécialise l'obligation fiscale⁸⁸⁴. Or, l'administration fiscale exerce son droit de reprise à un moment où le contribuable a déjà exécuté son obligation fiscale, quoique de manière incomplète ou erronée au regard de la législation fiscale alors applicable. En d'autres termes, l'acte de redressement vient modifier une situation fiscale antérieurement née. Toutefois, il convient de s'interroger sur l'incidence de l'existence du délai de reprise sur la constitution de la situation individuelle du contribuable. On pourrait tout à fait considérer que tant que ce délai court, la situation du contribuable n'est que provisoirement fixée. L'impôt serait provisoirement calculé puis exigé du contribuable, sous réserve des corrections apportées par l'administration à l'intérieur du délai de reprise⁸⁸⁵. Ce ne serait qu'avec l'extinction du droit de reprise que le contribuable serait définitivement fixé sur son obligation fiscale. À l'inverse, si l'on considère que la situation du contribuable est constituée dès l'instant où ce dernier remplit toutes les conditions nécessaires à l'application de la loi fiscale, c'est la date de la survenance du fait générateur de l'impôt qui doit être retenue. En effet, c'est à cette date que les éléments constitutifs de l'obligation fiscale sont définitivement fixés⁸⁸⁶. Se rapportant à une situation qui s'est constituée à un moment qui précède son intervention dans la chronologie et dont il modifie certains de ses éléments, l'acte de redressement serait bien doté d'une portée rétroactive. Entre

⁸⁸² L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, pp. 258-259, § 21. Cf., dans le même sens, M. LANGAVANT, art. préc., p. 796 ; L. TROTABAS, *Droit fiscal*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1984, n° 64-65. Sur les caractères de la situation générale et impersonnelle, voir également, G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, préc., p. 14. Pour un exposé critique, voir J. PETIT, thèse préc., p. 126 et s., n° 258 et s.

⁸⁸³ Partant du même présupposé que Duguit, selon lequel la situation du contribuable est légale et réglementaire, Jèze adopte une position différente. Pour lui, l'acte d'imposition précise pour chaque redevable l'obligation fiscale et, ce faisant, le différencie de tous les autres. L'acte d'imposition ne se contente pas de donner naissance à la créance fiscale, il crée une situation individuelle et subjective dans le chef du contribuable (G. JÈZE, « Nature et régime juridique de la créance d'impôt », *RSLF*, 1936, n° 2, p. 195, spéc. pp. 199-200 et « Le fait générateur de l'impôt. (Contribution à la théorie de la créance d'impôt) », *RDP*, 1937, n° 4, p. 618, spéc. p. 632 ; cf., dans le même sens, P. DAMERVALLE, *La nature juridique de la créance de l'impôt*, Paris, éd. R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1937, p. 18 et s.). Par suite, lorsqu'elle exerce son droit de reprise, l'administration fiscale porte atteinte à une situation juridique subjective préexistante, ce qui est constitutif de rétroactivité pour les tenants de l'école de Bordeaux. Toutefois, le caractère intangible que ces mêmes auteurs attribuent, à la suite de Duguit, aux situations juridiques subjectives dès leur naissance (L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 238 et s., § 21), s'oppose à toute remise en cause rétroactive par l'administration fiscale dans l'exercice de son droit de reprise. En effet, revenir sur le passé d'une situation juridique subjective constituée, pour eux, une impossibilité logique, même dans le cas où elle serait commandée par la loi (G. JÈZE, *op. cit.*, t. I, p. 180 et s.).

⁸⁸⁴ Il faut comprendre par là que l'acte d'imposition ne fait que constater l'imputation de l'effet de droit prévu par la règle fiscale. En tant que tel, son édicton reste indifférente à la constitution de la situation juridique du contribuable. Sur ces différents points, voir, plus bas, p. 723, n° 936. Cf., dans le même sens, J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *op. cit.*, p. 127, n° 131 ; M. PELLETIER, thèse préc., pp. 401-402, n° 651 ; J. PETIT, thèse préc., p. 131, n° 271.

⁸⁸⁵ Cf., en ce sens, A. BERTRAND, thèse préc., pp. 388-389.

⁸⁸⁶ Sur ce point, cf., plus bas, p. 718, n° 929 ; G. JÈZE, art. préc., p. 622 et s.

ces deux approches, il convient de se prononcer en faveur de la seconde. Outre qu'elle placerait le contribuable dans une situation d'incertitude au regard de sa dette fiscale pendant une période relativement longue, la prise en compte du délai de reprise comme condition nécessaire à la constitution de la situation juridique du contribuable procède d'une confusion entre les éléments constitutifs de l'impôt et ceux qui relèvent de son régime. De surcroît, elle aboutirait à priver de toute portée la collaboration du contribuable à l'établissement de l'impôt, ainsi que de tout effet la présomption de sincérité et d'exactitude qui lui est attachée.

253. À l'intérieur du délai de reprise, l'administration fiscale est fondée, par dérogation au principe de non-rétroactivité, à modifier la situation antérieurement constituée du contribuable. Ce faisant, elle rectifie rétroactivement la matière imposable en vue d'un rehaussement ou d'un dégrèvement de l'imposition initialement due par le contribuable. De la même manière, la rectification peut déboucher sur la substitution rétroactive d'un régime d'imposition différent de celui qui avait été antérieurement appliqué au contribuable pour la période d'imposition concernée. À l'issue de cette opération, la situation du contribuable est de nouveau pleinement conforme à la loi fiscale. Elle est même réputée l'avoir toujours été. La rectification aboutit à l'édiction d'un nouvel acte d'imposition qui viendra se substituer au précédent qui était entaché d'irrégularité⁸⁸⁷.

254. Conclusion du B et du I. On ne saurait manquer de remarquer le parallélisme existant entre ces pouvoirs administratifs exorbitants et ceux reconnus au juge administratif de plein contentieux. À n'en pas douter, il s'agit là d'une réminiscence du temps où contrôle administratif et contrôle juridictionnel étaient purement et simplement confondus, et que les textes successifs ont perpétué. De l'*imperium* du juge, l'autorité administrative a hérité la rétroactivité inhérente à l'intervention *a posteriori* du contrôle de légalité.

De manière plus générale, l'agencement des compétences entre les autorités administratives et les divers contrôles auquel l'exercice de ces compétences donne lieu sont autant de sources de rétroactivité, dont la raison d'être repose principalement sur la nécessité de maintenir une certaine efficacité de l'action administrative. Si le meilleur respect de la légalité est un gage de bonne administration, la multiplication des contrôles est, au contraire, génératrice de lenteurs administratives, ce qui retarde la formation ou la constitution de la situation des administrés. La rétroactivité permet de réaliser un équilibre temporel entre ces deux éléments, propre à dénouer la complexité procédurale de l'action administrative.

C'est un même souci d'efficacité qui conduit le juge à admettre que l'autorité administrative puisse, dans certaines situations, rattraper un retard pris dans l'accomplissement de sa mission de réglementation en recourant à la rétroactivité.

II – LA RETROACTIVITE DECOULANT DES CONTRAINTES TEMPORELLES IMPOSEES A LA REGLEMENTATION ADMINISTRATIVE

⁸⁸⁷ Sur ce point, voir J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *op. cit.*, p. 170, n° 180. Cf., par ex., CE, 16 juin 1976, *Sieur L.*, req. n° 81.427, Rec., p. 441 ; 13 octobre 1976, *Sieur X.*, req. n° 91.178, Rec., T., p. 832, *DF*, 1976, n° 52, comm. 1985 ; 14 mai 1980, *Amato*, req. n° 12.655, Rec., p. 225.

255. La jurisprudence administrative semble admettre la rétroactivité de la décision administrative dans les cas où le pouvoir réglementaire se trouve soumis à des contraintes d'ordre temporel, que ces dernières soient de droit ou de fait. Dans une première situation, les mesures prises pour l'exécution d'un texte initial doivent rétroagir à la date d'effet de ce dernier, en raison du lien de nécessité qui unit celui-ci à celles-là. La rétroactivité des mesures d'application repose sur la nécessité juridique de ne pas laisser un texte « lettre morte » (A). Dans une seconde situation, c'est l'indivisibilité des faits qui commande la rétroactivité de la réglementation administrative. Il en va ainsi lorsque cette dernière doit couvrir, dans son ensemble, une période déterminée. Les situations nées au cours de cette période doivent nécessairement être traitées de manière identique par l'autorité normative, indépendamment du moment où celles-là se sont formées (B).

A/ La rétroactivité tirée de contraintes temporelles de droit, l'exemple des mesures d'application

256. Le juge administratif a parfois accepté la rétroactivité des mesures administratives d'application ou, plus largement, d'exécution d'un texte antérieurement adopté. En vertu de cette jurisprudence et par dérogation au principe de non-rétroactivité, lorsque l'édiction de ces mesures est rendue nécessaire par le texte initial, l'autorité administrative serait fondée à faire coïncider le point de départ de leurs effets, quand bien même l'édiction de celles-là est postérieure à celle de celui-ci. Ce faisant, il lui serait permis de combler le « décalage » existant entre le moment de l'intervention du texte primitif et celui de ses mesures d'exécution et ce, dans le souci d'éviter qu'un vide juridique ne se crée du fait de l'impossibilité d'appliquer immédiatement le texte en cause⁸⁸⁸. La jurisprudence a néanmoins soumis à des conditions particulièrement rigoureuses la mise en jeu de cette dérogation à la règle de non-rétroactivité des décisions administratives. La première d'entre elles tient à l'existence d'une identité d'objet entre les deux textes⁸⁸⁹. Le texte postérieur doit être le complément ou la concrétisation nécessaire du texte antérieur, sans que celui-là ne puisse apporter une quelconque innovation par rapport à celui-ci. Toutefois, l'absence de nouveauté du texte subséquent ne saurait, en tout état de cause, suffire à elle seule à justifier la rétroactivité de ce dernier. On ne saurait davantage invoquer la prévisibilité de la rétroactivité des mesures d'exécution à intervenir⁸⁹⁰, dès lors que l'auteur du texte initial ne se prononce pas toujours en ce sens et que, s'il s'agit d'une autorité administrative, il ne dispose peut-être pas d'un tel pouvoir. Pour que la rétroactivité de la mesure administrative d'exécution puisse valablement rétroagir à la date d'effet du texte initial, il faut encore qu'il existe un lien de nécessité unissant l'une à l'autre. La première doit être la « conséquence nécessaire »⁸⁹¹ du second. Ce lien peut être dressé soit *a priori* par l'autorité normative elle-même, soit *a posteriori* par le juge. Assez logiquement, les solutions diffèrent sensiblement selon que le texte de base s'avère être une loi ou un acte administratif.

257. Dans le cas où le texte antérieur est de rang législatif, l'obstacle que constitue la règle de non-rétroactivité pour la rétroactivité des mesures d'exécution est levé par la manifestation de volonté du

⁸⁸⁸ Sur cette idée, cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 625, n° 785.

⁸⁸⁹ Cf., *a contrario*, CE, 31 mars 1933, *Ministre du Budget c/ Société Comptoir Allemand*, Rec., p. 396 (règlement d'application d'une loi) ; 5 mars 1958, *Charneau*, Rec., p. 148 (règlement d'application d'un règlement précédent).

⁸⁹⁰ C'est notamment l'argument avancé par M. Carbajo dans sa thèse (cf. J. CARBAJO, thèse préc., p. 87).

⁸⁹¹ CE, 25 janvier 1952, *Ville de Clermont-Ferrand*, Rec., p. 56 (sol. impl.) ; 11 mars 1966, *Dame Gastinel*, préc. (sol. *a contrario*). Voir, en ce sens, J. CARBAJO, thèse préc., p. 88 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 631, n° 793 ; J. PETIT, thèse préc., p. 349, n° 728.

législateur. On peut même considérer que la désignation de la date d'effet des mesures d'exécution de la loi par le législateur fait peser une contrainte d'ordre temporel sur l'autorité administrative, dans la mesure où celle-ci devra impérativement faire commencer les effets desdites mesures à la date désignée par le législateur. Il en va ainsi notamment lorsque la loi initiale prévoit que les mesures à intervenir devront prendre effet à une date antérieure à sa propre prise d'effet. La rétroactivité administrative est alors couverte par celle de la loi elle-même. Dans le même ordre d'idées, le législateur peut également attribuer une date d'effet aux mesures d'application à intervenir, lesquelles seront finalement adoptées à une date postérieure à la date prévue. L'autorité d'exécution est alors fondée, ou plus exactement contrainte, à faire partir les effets des mesures nécessaires à la mise en application de la loi à la date initialement fixée par le législateur⁸⁹². Dans l'ensemble de ces cas, le lien de nécessité entre le texte primitif et la mesure d'exécution, justifiant que la seconde rétroagisse à la date d'effet du premier, est expressément établi par l'autorité normative.

En l'absence de désignation expresse par le législateur de la date d'effet des mesures d'exécution de la loi, ce lien de nécessité est déduit par le juge de la volonté implicite du législateur de faire coïncider le point de départ de leurs effets respectifs. En fixant la date d'effet de la loi, le législateur aurait implicitement voulu que ses mesures d'application prennent elles-mêmes effet à cette même date. Par suite, le premier est réputé avoir autorisé la rétroactivité des secondes. À la vérité, c'est uniquement en l'absence de toute autre solution propre à assurer l'application de la loi que le juge accepte de rechercher, du reste de manière quelque peu artificielle, la volonté implicite de l'autorité normative. Dans ces cas exceptionnels, la rétroactivité des mesures d'application repose sur la présomption que le législateur n'a pas entendu laisser la loi inappliquée. De cette volonté rationnellement reconstruite, il découle une double obligation pour l'autorité administrative en charge de l'exécution de la loi. Non seulement il lui appartient d'adopter les mesures propres à en assurer l'application⁸⁹³, mais il lui est également fait obligation de le faire à une date déterminée, laquelle n'est autre que la date que la loi désigne comme étant celle à laquelle elle doit être appliquée⁸⁹⁴. En d'autres termes, cela signifie que l'unique manière pour l'autorité administrative de remplir sa mission d'exécution de la loi est d'édicter tel texte d'application à telle date. Dans les cas où cette date s'avère antérieure à son intervention, il en résulte une contrainte objective exigeant que l'autorité d'exécution recourt à la rétroactivité. Cette contrainte juridique d'ordre temporel est d'autant plus forte que l'autorité administrative se trouve ici en situation de compétence doublement liée pour tirer les conséquences de la loi.

258. En matière d'exécution d'un acte administratif antérieur, la rétroactivité des mesures postérieures ne peut reposer sur un raisonnement identique à celui tenu en présence d'une loi et ce, en raison du jeu du principe de non-rétroactivité. Il paraît essentiellement vain, même par commodité, de fonder la rétroactivité des mesures d'exécution d'un texte sur la volonté explicite ou implicite de son auteur, dès lors que ce dernier est une autorité administrative, soumise en tant que telle au principe de non-rétroactivité. Si, dans certaines décisions, le juge administratif n'a pas sanctionné un règlement

⁸⁹² Ces différents cas de figure se rapprochent de celui d'une habilitation législative (cf., plus haut, p. 169, n° 224).

⁸⁹³ Cette obligation s'impose même de plein droit et de manière générale au pouvoir réglementaire (CE, Ass., 7 juillet 2004, *Danthon*, req. n° 250.688, Rec., p. 309 ; 19 mai 2006, *Syndicat national des ostéopathes de France (SNOF) et Registre des ostéopathes de France*, req. n° 280.702, Rec., T., p. 706). Sur cette question, voir D. de BÉCHILLON, « À propos de l'obligation faite au gouvernement de prendre des règlements d'exécution des lois », *AJDA*, 2009, n° 13, p. 686-689 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 498, n° 635 ; B. SEILLER, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *AJDA*, 2004, n° 14, p. 761.

⁸⁹⁴ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 62, n° 94.

prévoyant la rétroactivité des actes pris pour son exécution, c'est uniquement parce que la violation de la règle de non-rétroactivité ne constituait pas encore, à l'époque, un moyen d'ordre public pour les actes réglementaires⁸⁹⁵. En pratique, un tel cas de figure peut encore se présenter aujourd'hui, mais uniquement s'il met en jeu deux actes non-réglementaires adoptés successivement. Si l'acte initial prévoyant la rétroactivité de l'acte d'exécution est devenu définitif, le juge administratif ne pourra pas sanctionner cette rétroactivité en l'absence de conclusions présentées en ce sens par le requérant.

En dehors de ce cas particulier, la jurisprudence administrative a été conduite, au terme d'un raisonnement similaire au précédent, à admettre la rétroactivité d'un acte administratif, en tant qu'il constituait une simple mesure d'exécution d'un acte antérieur. Bien que les décisions faisant une application positive de cette jurisprudence soient peu nombreuses et relativement anciennes, le juge s'est attaché à rechercher, dans chacune des deux affaires concernées, l'existence d'un lien de nécessité entre le texte administratif initial et ses mesures d'exécution, pour en déduire que l'administration n'avait commis aucune illégalité en faisant rétroagir les secondes à la date d'effet du premier. Dans la première affaire, relative à un décret procédant à une réorganisation générale du service vétérinaire, le Conseil d'État a jugé que la modification du tarif de l'indemnité due pour vaccination devait prendre rétroactivement effet au jour de la réforme. Dans la seconde affaire, la rétroactivité d'un règlement déterminant un élément du prix d'une catégorie de produits fixé par un règlement antérieur a été jugée légale⁸⁹⁶. Dans ces deux espèces, on peut considérer qu'il n'existait aucune autre solution pour assurer la mise en œuvre du texte initial, lequel n'aurait pu bénéficier à ses destinataires sans l'intervention rétroactive des mesures d'exécution nécessaires. Néanmoins, le fondement de cette jurisprudence marquée par le souci de ne pas laisser « lettre morte » des textes favorables à leurs destinataires, paraît des moins assurés. En effet, le principe de non-rétroactivité s'impose dans toute sa rigueur à l'autorité administrative dans son activité normative, même lorsqu'il s'agit pour elle de combler le retard pris dans l'intervention des mesures d'exécution du texte initial. La prise en compte de la volonté clairement manifestée en ce sens ou du caractère favorable des mesures en cause restent, en tout état de cause, sans incidence sur le jeu de cette règle fondamentale de l'action administrative. Comme certains auteurs l'ont du reste relevé, l'intervention tardive des mesures d'exécution d'un texte antérieur peut tout aussi bien être interprétée comme traduisant la volonté de son auteur de différer son entrée en application⁸⁹⁷. On ne saurait donc inférer de cette jurisprudence une obligation générale pour l'autorité administrative d'assurer la mise en œuvre des textes qu'elle a la charge d'exécuter dès l'instant où ceux-ci prennent effet. Il faut y voir davantage un tempérament à la règle de non-rétroactivité, ou mieux une « soupape de sécurité », dans les situations exceptionnelles où une paralysie complète de l'action publique résulterait d'une lacune textuelle.

259. Qu'elle était prévue *a priori* par l'autorité normative ou qu'elle ait été mise en lumière *a posteriori* par le juge, la contrainte d'ordre temporel pesant sur l'autorité administrative dans son activité d'exécution des textes ne saurait, à elle seule, lui fournir un motif légitime pour recourir à la rétroactivité. Ce n'est qu'en l'absence de choix laissé par le législateur quant à la date d'effet de la loi ou

⁸⁹⁵ Comp. CE, 15 avril 1959, *Dame Frescaline et Demoiselle Giraud*, Rec., T., p. 900 et CE, Sect. 8 novembre 1968, *Ministre des finances c/ Menez*, req. n° 72.371, Rec., p. 557, *AJDA*, 1969, p. 306, obs. V. SILVERA. Sur ce point, voir J. CARBAJO, thèse préc., p. 88.

⁸⁹⁶ Cf., respectivement, CE, 2 novembre 1923, *Picq*, Rec., p. 689 ; Sect., 30 septembre 1955, *Société Minoteries Grima*, Rec., p. 451.

⁸⁹⁷ Cf., en ce sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 632, n° 794.

de ses mesures d'application ou, plus généralement, en face d'un risque que le texte reste « lettre morte », que cette rétroactivité devient justifiée.

B/ La rétroactivité issue de contraintes temporelles de fait, l'exemple des campagnes agricoles

260. Les conditions particulières dans lesquelles s'exercent certaines activités justifient parfois que la réglementation administrative dont elles sont l'objet puisse rétroagir même en l'absence d'une quelconque autorisation donnée par le législateur. Cette dérogation au principe de non-rétroactivité résulte alors « *des nécessités de la vie économique et des sujétions que comportent la nature des tâches de la puissance publique* »⁸⁹⁸.

Tel est le cas lorsque l'autorité administrative est amenée à organiser les activités de production agricole, dont la spécificité tient à ce qu'elles se déroulent suivant un rythme qui leur est propre, celui des saisons. L'action administrative est alors soumise à ces contraintes d'ordre temporel extra-juridiques. Prenant en compte cette singularité, la jurisprudence administrative admet, de manière constante, que les dispositions réglementaires fixant le régime applicable à un produit agricole pour une campagne déterminée puissent, et même doivent nécessairement, produire effet pour l'ensemble de la campagne considérée⁸⁹⁹, alors même qu'elles seraient intervenues postérieurement à son commencement. Ainsi, une mesure réglementaire initiale adoptée en cours de campagne rétroagit légalement au début de celle-ci⁹⁰⁰. En revanche, la réglementation initiale ne peut être modifiée par la suite avec effet rétroactif au jour du lancement de la campagne de production que dans le cas où elle n'aurait reçu aucun commencement d'exécution. En effet, la modification rétroactive d'un règlement équivaut alors à un retrait, lequel ne peut légalement intervenir qu'à cette condition. Ainsi, le Conseil d'État censure la rétroactivité des modifications apportées aux règles applicables à une campagne donnée, lorsqu'elles interviennent en cours ou en fin de campagne⁹⁰¹. Enfin, il va sans dire qu'une fois la campagne de production achevée, les règles déterminant son organisation ne peuvent plus faire l'objet d'une quelconque modification de la part de l'autorité réglementaire. La rétroactivité perdant toute justification avec la fin de la campagne, le principe de non-rétroactivité s'impose à nouveau dans toute sa rigueur. Toute tentative de modifier rétroactivement les conditions de déroulement d'une campagne de production achevée est donc sanctionnée par le juge⁹⁰².

⁸⁹⁸ J. BAUDOIN, concl. sur CE, Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet et Cie*, préc., *AJDA*, 1967, n° 5, p. 274. Cf., dans le même sens, P. DELVOLVÉ, « Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à M. WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 355, spéc. p. 359 ; M. WALINE, note sous CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, in *Notes d'arrêts*, préc., p. 701.

⁸⁹⁹ CE, Ass., 8 juin 1979, *Confédération générale des planteurs de betterave*, req. n° 04.188, Rec., p. 269, *RJF*, 1979, n° 11, p. 393, *Rev. dr. rural*, 1981, n° 92, p. 8, p. 9, chr. J.-F. LACHAUME ; 26 février 1988, *Fédération nationale des producteurs de lait*, req. n° 65.387, Rec., p. 83 ; 31 octobre 1990, *Syndicat national des industriels de l'alimentation animale*, req. n° 92.091, Rec., p. 301, *DF*, 1991, n° 39, p. 1344, concl. M.-D. HAGELSTEEN, *RJF*, 1990, n° 12, p. 815, chr. J. TUROT.

⁹⁰⁰ Outre les références déjà citées, voir CE, 19 juin 1992, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles (FDSEA) des Côtes-du-Nord*, req. n° 65.432 et 65.632, Rec., T., p. 695, *Rev. dr. rural*, 1992, p. 376, concl. M. POCHARD ; 2 octobre 1992, *FDSEA des Côtes-du-Nord*, req. n° 72.232, Rec., T., p. 734 ; 16 février 2001, *Association de protection d'après les lois européennes des récoltants, récoltants-manipulants, négociants, négociants-manipulants et courtiers en vins de Champagne*, req. n° 193.369, *RJF*, 2001, comm. 727.

⁹⁰¹ Sur le premier point, voir CE, Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet et Cie*, préc. Sur le second point, voir CE, 1^{er} juin 1951, *Syndicat général des planteurs et manipulateurs de la canne de la Martinique et autres*, Rec., p. 302, *RDP*, 1951, p. 1140 ; 29 mars 1957, *Union nationale des coopératives agricoles des céréales et autres*, Rec., p. 845 ; Sect., 27 janvier 1960, *Carel*, *AJDA*, 1960, II, p. 304, obs. anonymes ; 25 janvier 2006, *Société La laiterie de la montagne*, req. n° 265.964, Rec., p. 26, *RFDA*, 2006, n° 2, p. 414.

⁹⁰² CE, Sect., 24 février 1950, *Commune de Zigliaria*, Rec., p. 122 ; 21 mai 1953, *Sieur Simonnet*, Rec., p. 240 ; 21 décembre 1956, *Union nationale des caisses d'allocations familiales*, Rec., p. 493 ; Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet et Cie*, préc. ; 29 juillet 1994, *Comité national apicole de défense et de recours*, req. n° 120.779. Voir également P. DELVOLVÉ, art. préc., p. 360. Il n'en va

Alors que la rétroactivité des règlements relatifs aux campagnes de production agricoles semble être une solution acquise tant dans son principe que dans ses limites, son fondement reste encore incertain. Initialement, la justification de cette rétroactivité particulière était inférée de la volonté tacite du législateur, lequel, en donnant compétence à l'autorité administrative pour réglementer une campagne de production agricole, était réputé l'avoir implicitement autorisée à user de la rétroactivité de manière à couvrir la campagne dans son ensemble⁹⁰³. Cependant, la faiblesse de cette explication était patente, la volonté du législateur de donner pareille habilitation au pouvoir réglementaire étant manifestement absente des textes régissant la matière. À cette solution quelque peu artificielle a succédé un raisonnement consistant à mettre en avant les conditions particulières dans lesquelles se déroule la campagne agricole. Les campagnes agricoles étant « *composées d'opérations techniques ou économiques liées entre elles et dont l'enchaînement et la durée sont commandées par le rythme des saisons* »⁹⁰⁴, elles devaient, par conséquent, être traitées comme un ensemble indivisible⁹⁰⁵. Il ne s'agit pas de considérer que la campagne constitue une situation continue ou à formation successive, ce qui aurait conduit, dans un cas comme dans l'autre, à dénier toute rétroactivité au règlement intervenu en cours de campagne⁹⁰⁶. Chaque élément de la campagne reste régi par la règle en vigueur au jour de sa réalisation.

Il s'agit plutôt de faire que des éléments autonomes, mais liés entre eux, fassent l'objet d'un traitement uniforme. Ainsi, là où, en temps normal, plusieurs règles auraient été applicables en fonction du moment de réalisation des différents éléments de la campagne, une seule et même règle régit l'ensemble de la période, peu importe le stade d'avancement de la campagne auquel elle intervient. C'est donc dans un souci d'assurer une unité dans le temps du régime applicable à un ensemble indivisible de faits et d'éviter les découpages artificiels que la puissance publique s'est vue reconnaître la possibilité d'organiser les campagnes de production agricoles avec, si besoin est, un certain effet rétroactif⁹⁰⁷. La rétroactivité autorisée sur le fondement de l'indivisibilité des faits régis par la règle administrative nouvelle peut être rapprochée, de par sa fonction, de celle découlant de la nécessité de combler un vide juridique et, plus précisément, une lacune textuelle. Eu égard au champ d'application limité dans le temps de chaque règlement de campagne, lequel n'est valable que pour une seule campagne de production, la rétroactivité s'avère nécessaire afin d'éviter qu'une partie d'une campagne donnée ne soit, en cas de retard pris dans l'adoption de la réglementation, régie par aucun texte. C'est du

différemment que dans le cas où les éléments servant à déterminer le régime applicable ne peuvent être connus qu'à la fin de la campagne (cf. à propos des modalités de redistribution entre producteurs des quotas inutilisés au cours de la campagne, CE, 13 mars 2002, *M. Bulcke*, req. n° 199.749).

⁹⁰³ CE, Sect., 1^{er} juin 1951, *Syndicat général des planteurs et manipulateurs de la canne à la Martinique*, Rec., p. 302, *RDP*, 1951, p. 1140, *RPJUF*, 1951, p. 413, note J.D.V. ; 21 mai 1953, *Simonnet*, préc. Pour une solution contraire, voir CE, 9 octobre 1959, *Grands Moulins Maurel*, Rec., T., p. 901, *RDP*, 1960, n° 1, p. 191. Voir également, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 226, n° 203 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 45.

⁹⁰⁴ J. BAUDOIN, concl. sur CE, Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet et Cie*, préc., p. 275.

⁹⁰⁵ Dans ses conclusions sur l'affaire *Société Graciet et Cie*, le commissaire du gouvernement Baudoin, estimait qu'il existe « *des cas où la nature des choses, voire le caractère particulier de l'institution, fixent eux-mêmes les éléments constitutifs du fait générateur et notamment sa périodicité, en raison tout à la fois du caractère indivisible de ses éléments et de leur réapparition spontanée à des époques déterminées par les lois de la nature* » (J. BAUDOIN, concl. préc., p. 278). Sur ce point, voir également G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 294, n° 372.

⁹⁰⁶ Sur ces notions, voir, plus bas, p. 728, n° 943 et p. 732, n° 951. Il faut donc nettement distinguer ce cas de la théorie des actes complexes, avec laquelle la confusion est parfois faite (cf., notamment, A. BERTRAND, thèse préc., p. 273).

⁹⁰⁷ Outre les ex. déjà cités, voir CE, 1^{er} octobre 1993, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles (FDSEA) des Côtes-du-Nord*, req. n° 95.249 ; 29 juillet 1994, *Comité national apicole de défense et de recours*, req. n° 120.779 ; 11 février 2002, *Société d'armement à la pêche Jégo-Quéré et autres*, req. n° 220.569, 222.998 et 228.968, Rec., T., p. 893 ; 10 août 2005, *Syndicat régional des pisciculteurs du Massif central et Association de défense des intérêts des pisciculteurs (ADIP)*, req. n° 253.171 et 253.196, Rec., T., p. 1062, *Rev. dr. rural*, 2005, n° 337, p. 42, concl. Y. AGUILA. Voir également, A. BERTRAND, thèse préc., p. 268 et s.

reste une des explications avancées par une partie de la doctrine et reprise par certains commissaires du gouvernement pour justifier la rétroactivité de la réglementation des campagnes agricoles. Néanmoins, ces derniers reconnaissent eux-mêmes qu'il s'agit là d'une application extensive de la théorie du vide juridique, dès lors que l'édition d'un règlement organisant la campagne ne constitue pas toujours une obligation pour le pouvoir réglementaire et que, dans ces cas, l'absence de réglementation facultative signifie simplement que c'est un régime de liberté qui s'applique à la campagne⁹⁰⁸.

Bien que la spécificité du fondement de la rétroactivité reconnue des règlements de campagne de production agricole ne fasse guère de doute, ce dernier n'est pas tout à fait autonome de celui tiré de la théorie du vide juridique. De fait, en dehors du domaine des campagnes agricoles, la rétroactivité de la règle administrative n'est légale qu'à la double condition que son intervention soit obligatoire et que l'indivisibilité des faits qu'elle régit soit reconnue⁹⁰⁹. Même dans ce cas, la solution de la rétroactivité peut être repoussée. En matière de campagnes agricoles, la rétroactivité n'est pas toujours acceptée par le juge administratif lui-même et semble même être rejetée en bloc par le juge judiciaire⁹¹⁰.

261. Conclusion du II et du paragraphe 2. L'admission de la rétroactivité des règlements administratifs répond, dans ces circonstances particulières, avant tout à une souci de pragmatisme. Face aux contraintes toujours plus nombreuses pesant sur lui, le pouvoir réglementaire n'est pas toujours exercé de manière expédiente. La rétroactivité joue alors le rôle d'une « soupape de sûreté » permettant d'éviter, au moins d'un point de vue juridique, que les lenteurs et lourdeurs administratives entraînent des conséquences fâcheuses pour les destinataires en attente des textes en cause. L'acceptation par le juge administratif de ces cas de rétroactivité administrative en l'absence de véritable habilitation constitue un tempérament bienvenu à la rigueur de la règle de non-rétroactivité. En effet, dans ces situations exceptionnelles, une application trop rigide du principe de non-rétroactivité créerait des situations absurdes, puisqu'aucun texte ne serait applicable aux administrés le temps qu'aurait duré le retard administratif. C'est là encore l'intérêt général d'une bonne administration qui justifie le recours à la rétroactivité en matière réglementaire⁹¹¹.

La satisfaction de l'intérêt général soumet l'autorité administrative à des sujétions particulièrement lourdes. Aussi l'accomplissement de ses missions de contrôle et de réglementation réclame-t-elle parfois une certaine souplesse dans la « gestion » du temps administratif. Tantôt ce dernier doit être suspendu afin que le respect de la légalité soit assuré, tantôt il doit être rattrapé pour que le retard pris ne préjudicie pas aux administrés. Dans ces situations, une application stricte du principe de non-rétroactivité créerait de nombreuses difficultés pratiques alors même que sa fonction de garantie

⁹⁰⁸ Sur une assimilation totale avec la théorie du vide juridique, cf. J.-J. ISRAEL, *La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 138, 1981, p. 218 et s., spéc. p. 222 ; M. LAVONDÈS, concl. sur CE, Ass., 14 mai 1965, *Secrétaire d'État aux finances c/ Jacquier*, req. n° 49.874, 49.875 et 54.150, Rec., p. 278, RDP, 1966, n° 1, p. 164, spéc. p. 170. Pour une position plus nuancée, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 631, n° 791 ; D. LABETOULLE, concl. sur CE, 9 novembre 1979, *Union nationale du commerce en gros des fruits et légumes*, req. n° 09.083, Rec., p. 404, AJDA, 1980, n° 7-8, p. 416, spéc. p. 419 ; J. PETIT, thèse préc., p. 285, n° 589.

⁹⁰⁹ Cf., par ex., CE, Sect., 13 janvier 1950, *Établissements économiques du Casino Guichard-Perrachon et Cie*, Rec., p. 29 ; Sect., 24 février 1950, *Commune de Zigliaria*, Rec., p. 122 ; 25 mai 1955, *Caisse autonome de prévoyance des commerces textiles de la Seine*, Rec., p. 294 ; 21 décembre 1956, *Union nationale des caisses d'allocations familiales*, Rec., p. 493 (taxes parafiscales) ; 8 mars 1967, *Caisse régionale de sécurité sociale de Paris*, req. n° 66.363, Rec., p. 108 (prix de journée) ; 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, préc. (services d'enseignants).

⁹¹⁰ Sur le premier point, voir, CE, 1^{er} mars 1967, *SA des Établissements Petitjean*, req. n° 58.736, Rec., p. 97 ; 1^{er} mars 1985, *Rieffel*, req. n° 40.322, Rec., p. 65. Sur le second point, voir Cass. com., 7 janvier 1997, *Société Sanders Aliments SNC*, pourv. n° 95-10.099, Bull. Civ. IV, n° 5 p. 3, RJF, 1997, comm. 409.

⁹¹¹ Cf., dans le même sens, A. TROIANIELLO « La non rétroactivité réglementaire est-elle encore justifiée ? », in P. FLEURY-LEGROS (dir.), *Le temps et le droit*, Paris, Lexis-Nexis, Litec, coll. Colloques & Débats, 2010, p. 91, spéc. p. 95.

contre les atteintes portées aux situations antérieurement constituées n'est pas toujours en cause. Permettre à l'autorité administrative de revenir sur une action ou une situation passée apparaît, dans certains cas, comme un moyen efficace de faire face à la complexité de son action, de remédier à la lenteur de sa mise en mouvement et de compenser la lourdeur de ses procédures. La rétroactivité permet de ne pas faire peser *in fine* sur l'administré les conditions particulières dans lesquelles s'exerce l'action administrative. Pour expédiente qu'elle soit, cette solution ne paraît acceptable qu'en l'absence de toute autre solution ou lorsqu'un intérêt supérieur est en jeu, tel le respect de la légalité et le principe de bonne administration. En tout état de cause, le recours à la rétroactivité doit, même en ce cas, être entouré des plus sérieuses garanties pour l'administré.

La tolérance du juge administratif envers la rétroactivité des mesures favorables pour leurs destinataires constitue également un tempérament apporté à la rigueur du principe de non-rétroactivité, même s'il s'avère plus contestable au plan des principes.

§ 3 : La rétroactivité tolérée des mesures favorables

262. Hors du champ du droit public répressif, le caractère favorable ou défavorable d'une mesure administrative ne saurait, en principe, exercer une quelconque influence sur son action dans le temps. Ainsi, la circonstance qu'une décision administrative profite à son destinataire ne saurait suffire, à elle seule, à surmonter la prohibition de la rétroactivité des actes administratifs unilatéraux. Que la rétroactivité de la décision soit favorable ou qu'elle n'emporte aucune conséquence dommageable pour son destinataire, elle demeure illégale, quand bien même celui-ci aurait lui-même sollicité celle-là⁹¹². Néanmoins, la jurisprudence administrative témoigne, de longue date, d'une tolérance certaine à l'égard de la rétroactivité administrative favorable à l'administré⁹¹³. Il en va ainsi de la rétroactivité des mesures prises à titre gracieux par l'autorité administrative sur demande d'un administré, dans la limite toutefois qu'elle ne porte pas atteinte aux droits des tiers⁹¹⁴. Un autre exemple bien connu est celui du retrait d'une décision créatrice de droits légale et devenue définitive sur demande de son bénéficiaire, administré ou fonctionnaire, en vue de lui faire bénéficier d'une mesure plus favorable⁹¹⁵. De même, il est de jurisprudence constante qu'une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un agent public

⁹¹² CE, 21 avril 1948, *Pierangeli*, Rec., p. 170 ; 30 juin 1954, *Quéré*, Rec., p. 406 (sol. impl.) ; 14 avril 1967, *Darrac*, req. n° 67.833, Rec., p. 161 (sol. impl.). Voir également, B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revilod et autres*, préc., p. 400. Sur l'absence d'incidence de la sollicitation de la rétroactivité par le bénéficiaire de la décision sur la légalité de celle-ci, voir CE, 20 février 1952, *Cau*, Rec., p. 117, *RDP*, 1953, n° 1, p. 186 ; TA Toulouse, 4 novembre 2008, *M. Coutou*, req. n° 062403, *AJDA*, 2009, n° 5, p. 278.

⁹¹³ Voir, en ce sens, J.-M. AUBY, art. préc., pp. 52-53 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 89 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 320, n° 293 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 635, n° 799 et p. 680, n° 865 ; J. PETIT, thèse préc., p. 260, n° 544 ; J. PUISOYE, art. préc., p. 50 ; J.-Y. VINCENT, fasc. préc., p. 10, n° 51.

⁹¹⁴ M. LETOURNEUR, *loc. cit.* L'atteinte aux droits des tiers entraîne l'annulation de la mesure gracieuse (CE, 4 mai 1949, *Maunier*, Rec., p. 196 ; Ass., 8 juillet 1949, *Delacommune et autres*, préc. ; Sect. 9 janvier 1953, *Desfour*, Rec., p. 5 ; 23 décembre 1955, *Lecomte*, Rec., p. 605 ; Sect., 23 juillet 1974, *Ministre de l'Intérieur c/ Gay*, req. n° 91.338, Rec., p. 441, *AJDA*, 1974, I, p. 534, chr. M. FRANC et M. BOYON.

⁹¹⁵ CE, 9 janvier 1953, *Desfour*, préc. ; Sect., 29 novembre 1974, *Barras*, req. n° 90.324, Rec., p. 598, *RDP*, 1975, n° 4, p. 1121, note M. WALINE. Voir également, CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, préc. ; Sect., 14 mars 2008, *M. Portalis*, req. n° 283.943, Rec., p. 100, concl. N. BOULOUIS, *AJDA*, 2008, n° 15, p. 800, chr. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, *Dr. adm.*, 2008, n° 5, p. 18, note F. MELLERAY, *JCP A*, 2008, n° 21, p. 37, note D. JEAN-PIERRE, *RDP*, 2009, n° 2, p. 507, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2008, n° 3, p. 482, concl. N. BOULOUIS et n° 5, p. 931, note B. SEILLER, *RLCT*, 2008, n° 35, p. 28, obs. E. GLASER.

puisse non seulement faire l'objet d'un retrait, alors même qu'elle a été légalement prise, mais également que lui soit rétroactivement substituée une sanction plus favorable⁹¹⁶.

Bien qu'elle concerne principalement des décisions individuelles, lesquelles sont susceptibles d'être plus directement favorables à leurs destinataires, cette jurisprudence a pu également être appliquée, quoique plus rarement, à des actes réglementaires. Cette indulgence envers la rétroactivité de la règle administrative s'est manifestée quasi exclusivement à l'égard de textes améliorant les droits pécuniaires des agents publics⁹¹⁷. Toutefois, la rétroactivité favorable du règlement envers certaines catégories de destinataires n'est acceptée par le juge administratif que dans la mesure où elle ne lèse aucun autre de ses destinataires.

263. Mises à part quelques décisions restées isolées⁹¹⁸, le juge administratif n'admet pas directement et explicitement la licéité de la rétroactivité favorable de l'acte administratif unilatéral, préférant se placer sur le terrain de la recevabilité pour rejeter les recours la critiquant. En effet, le Conseil d'État estime que le bénéficiaire d'un acte qui lui est favorable n'a pas d'intérêt à en contester le caractère rétroactif. Cette solution repose sur l'idée que le recours aboutirait, en cas de succès, à placer le requérant dans une situation moins favorable que celle qui résulte de l'application de la décision rétroactive⁹¹⁹. En dehors de cette hypothèse, le juge s'est toujours bien gardé de donner une portée rétroactive à un texte présentant un caractère favorable pour ses destinataires, en l'absence de volonté clairement exprimée de la part de son auteur⁹²⁰.

264. Si certains auteurs ont pu s'interroger sur l'éventualité d'une extension de la règle de la rétroactivité *in mitius* en dehors de la matière pénale, aucun d'entre eux ne s'est prononcé en faveur d'une telle solution⁹²¹, ce qui ne peut qu'être approuvé. Il résulte de ce qui précède que la rétroactivité des mesures favorables ne constitue en aucune façon un nouveau cas de rétroactivité légale de l'acte administratif unilatéral, mais seulement un tempérament apporté à la rigueur du principe de non-rétroactivité. Le bénéficiaire d'un acte administratif unilatéral ne dispose d'aucun droit à la rétroactivité de celles de ses dispositions qui lui sont favorables, de même que l'autorité administrative n'a aucune obligation de faire droit à une demande allant dans ce sens. Au surplus, il convient de garder à l'esprit qu'en droit administratif une mesure favorable pour un administré peut être regardée comme défavorable pour un autre, si bien que le balancement entre des intérêts divergents revient, en premier lieu, à l'auteur

⁹¹⁶ CE, Ass., 19 novembre 1948, *Baffoux*, Rec., p. 435 ; 13 mai 1949, *Diehl*, Rec., p. 218 ; 1^{er} mars 1950, *Glon*, Rec., p. 135 ; Sect., 26 mai 1950, *Carrel*, Rec., p. 321 ; 24 janvier 1951, *Aubriot de la Palme*, RDP, 1951, p. 1140 ; 8 février 1957, *Bosc*, Rec., p. 95. Voir également, O. DUPEYROUX, *loc. cit.* ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 47 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 893 ; M. WALINE, « Le retrait des actes administratifs », préc., pp. 566-567. Pour des ex. de tolérance administrative envers la rétroactivité d'actes de droit privé, voir, en matière fiscale, O. DEBAT, thèse préc., p. 148, n° 198. L'auteur estime, par ailleurs, qu'il existe un principe de rétroactivité *in favorem* de la doctrine fiscale (*ibid.*, p. 287, n° 390).

⁹¹⁷ G. ÉVEILLARD, *loc. cit.* ; J. PETIT, *loc. cit.* Cf., par ex., CE, 6 avril 1933, *Gouvernement général de l'Indochine c/ Sieur Charpentier*, Rec., p. 417 ; 17 avril 1934, *Cottrelle*, Rec., p. 79 ; 20 juillet 1951, *Aldou et autres*, Rec., p. 416 ; 21 mai 1953, *Société Nouvelle de Manutention et autres*, Rec., p. 242. Pour un ex. en dehors du droit de la fonction publique, cf. CE, 29 février 1956, *Syndicat national des architectes des collectivités publiques*, Rec., T., p. 633.

⁹¹⁸ CE, Sect., 9 juillet 1943, *Office public d'habitations à bon marché de la ville de Marseille c/ Sieurs Cruchandeau et autres*, Rec., p. 176. Voir J.-M. AUBY, art. préc., p. 53.

⁹¹⁹ Ainsi en est-il d'une requête dirigée contre un acte réglementaire dont l'annulation priverait le requérant d'un avantage (CE, 7 janvier 1949, *Matis*, Rec., p. 1), tel une amélioration rétroactive de sa rémunération (CE, 27 octobre 1978, *Aubineau et autres*, req. n° 02.748 et 02.826, Rec., T., p. 906). S'agissant de l'absence d'intérêt du bénéficiaire d'une mesure gracieuse ou purement gracieuse, dotée ou non d'un effet rétroactif, à l'attaquer, cf. plus bas, p. 788, n° 1025. Sur l'ensemble de la question, voir R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 608, n° 686 1° ; P. GONOD, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », RDP, 1993, n° 5, p. 1351, spéc. p. 1367 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 777 ; I. de SILVA, concl. sur CE, 17 juillet 2009, *Gerbault*, req. n° 303.874, Rec., T., p. 880, AJDA, 2009, n° 42, p. 2361 ; L. TALLINEAU, « Les tolérances administratives », AJDA, 1978, n° 1, p. 3.

⁹²⁰ CE, 27 juin 1952, *Chassagneux*, Rec., p. 337 ; 22 octobre 1952, *Tissot*, Rec., p. 454.

⁹²¹ J. PETIT, thèse préc., p. 261, n° 545.

de l'acte. Permettre au juge administratif de procéder à une telle appréciation reviendrait à s'en remettre à des considérations de pure équité, ce qui n'apparaît pas admissible au regard de la raison d'être de la règle de non-rétroactivité. Seul le législateur est habilité à décider de la rétroactivité d'une règle de droit en fonction de considérations d'ordre purement politique⁹²².

§ 4 : Les techniques administratives de rétroactivité

265. Il a été montré précédemment que toute autorité normative est amenée à avoir recours à un certain nombre de techniques visant au retraitement au présent des effets d'actes ou de situations passés⁹²³. Alors même qu'elle est soumise au respect du principe de non-rétroactivité, l'autorité administrative n'est pas pour autant privée de toute possibilité d'user de ces techniques, dont la rétroactivité constitue un accessoire naturel. On peut même remarquer que l'éventail à la disposition de l'autorité administrative semble être, à première vue, relativement large. Aux trois catégories d'actes à objet rétroactif dégagées à propos de la loi, il faut en ajouter au moins une autre pour laquelle la rétroactivité ne fait aucun doute. À côté des actes administratifs confirmatifs, interprétatifs et d'annulation, il faut adjoindre les actes conditionnels. Transposée du droit civil, la notion de condition constitue un moyen pour l'autorité administrative d'envisager certains événements dont la survenance incertaine détermine tout ou partie des effets des actes qu'elle adopte. Suspensive ou résolutoire, la condition entraîne, lorsqu'elle se réalise, la production ou l'anéantissement pour le passé des effets de l'acte qui en est affecté. Ce faisant, celle-ci est bien le siège d'une rétroactivité de l'acte administratif.

266. **Paragraphe de renvoi.** On aurait également pu faire figurer au sein de cet inventaire des techniques administratives de rétroactivité, d'autres catégories d'actes se rapportant à des actes ou situations antérieurs. Déclaratifs, reconnaissifs ou encore rectificatifs, ces actes administratifs ont *a priori* un objet rétroactif. Toutefois, ces actes sont, dans le même temps, réputés être dénués de toute portée sur les droits et obligations des sujets de droit, ce qui apparaît contradictoire avec l'affirmation de leur rétroactivité. Ce doute raisonnable justifie que ces actes fassent l'objet de développements spécifiques, étant entendu que la reconnaissance d'un effet créateur de droits à certains d'entre eux entraînera corrélativement l'enrichissement de la liste des techniques administratives de rétroactivité.

267. En raison de la prégnance du principe de non-rétroactivité, les actes à objet rétroactif ne représentent pas une réalité homogène en droit administratif. Seule l'annulation connaît de nombreuses applications en droit administratif, à travers la théorie du retrait et même en dehors d'elle (II). En revanche, les autres techniques administratives de rétroactivité demeurent peu usitées. Pour les actes confirmatifs, le principe de non-rétroactivité s'oppose, sauf exception, à ce que leurs effets affectent le passé de l'ordonnancement (I). De leur côté, les actes conditionnels restent peu répandus en droit administratif, principalement à cause du caractère inconditionné attaché habituellement aux décisions exécutoires (III). Enfin, la rareté des actes administratifs interprétatifs s'explique à la fois par l'importance et le statut particulier de la doctrine administrative (IV).

⁹²² *Ibid.* Sur l'ensemble de ces points, cf., dans le même sens, G. ÉVEILLARD, *eod. loc.* ; J.-Y. VINCENT, fasc. préc., p. 10, n° 52.

⁹²³ Sur ce point, cf., plus haut, p. 93, n° 133.

I – LA CONFIRMATION ADMINISTRATIVE

268. On retrouve en matière d'actes administratifs, la double signification de la notion de confirmation évoquée plus tôt à propos de la loi. Pris dans son sens de régularisation, la confirmation opère le rétablissement de la légalité de l'acte administratif affecté d'un vice le rendant annulable. En dehors de quelques cas exceptionnels, la régularisation administrative n'est pas rétroactive et s'apparente davantage à une réfection de l'acte, valant seulement pour l'avenir (A). Lorsqu'elle consiste en une répétition d'un acte antérieur, la décision confirmative est dépourvu d'effet créateur de droit, si bien que la rétroactivité que l'on est tenté de lui reconnaître n'est qu'apparente (B). À ces deux conceptions, on peut y associer une troisième, directement inspirée du droit civil, dans laquelle la confirmation est conçue comme la renonciation par le titulaire d'une action en nullité contre un acte annulable. Malgré la rareté des cas d'application de la renonciation en droit administratif, il semble bien que cette dernière puisse valablement rétroagir à la date d'adoption de l'acte confirmé (C).

A/ La rétroactivité exceptionnelle de la régularisation administrative

269. Dans l'étude qu'il lui a consacrée, M. Israel définit la régularisation comme la « *correction positive d'un vice préexistant* »⁹²⁴. Il s'agit pour l'autorité administrative de « *consolider un acte annulable et de le faire considérer comme s'il avait toujours été régulier* »⁹²⁵. Une partie de la doctrine publiciste a rapproché la régularisation de la notion civiliste de confirmation, laquelle s'entend généralement comme l'opération consistant à effacer un vice entachant de nullité un acte antérieur⁹²⁶. Dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit de faire disparaître, par l'adoption d'un acte subséquent, un vice frappant un acte antérieur. Cette confirmation administrative est elle-même susceptible de revêtir plusieurs formes. Lorsqu'elle est réalisée par l'autorité ayant compétemment pris l'acte initial ou ayant été habilitée à exercer un contrôle sur ce dernier, il s'agit d'une régularisation *stricto sensu*. En revanche, si elle émane d'une autre autorité administrative, elle-même compétente pour adopter un tel acte, la confirmation s'apparente plutôt à une ratification⁹²⁷. Enfin, il est une troisième forme de confirmation consistant en l'édition d'un acte qui, tout en n'ayant pas nécessairement pour objet la correction du vice de l'acte initial, aboutit au même résultat. Il en va ainsi dans les cas où l'acte subséquent modifie le contenu même de l'acte antérieur, de telle manière à faire indirectement disparaître l'illégalité. Il en est de même de l'adoption par le pouvoir réglementaire d'une règle nouvelle libéralisant les conditions de validité de la catégorie d'actes à laquelle l'acte vicié appartient⁹²⁸. Il s'agit alors ni plus ni moins pour

⁹²⁴ J.-J. ISRAEL, *La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 138, 1981, p. 20. Cf., dans le même sens, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 244, n° 241.

⁹²⁵ G. JÈZE, note sous CE, 19 février 1915, *Le Moign*, préc., p. 532.

⁹²⁶ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 272, n° 244 ; G. JÈZE, *loc. cit.* ; J. PETIT, thèse préc., p. 339, n° 706. Sur la définition de la confirmation donnée par la doctrine de droit privé, voir T. BONNEAU, thèse préc., p. 256 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, thèse préc., p. 171 et s. ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 170 ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, préc., p. 9, n° 10 ; C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 127, 1972, p. 9, n° 11.

⁹²⁷ Cf., par ex., CE, 2 novembre 1939, *Wagner*, Rec., p. 547. Voir également J.-H. STAHL, concl. sur CE, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, req. n° 242.860, Rec., p. 80, spéc. p. 89.

⁹²⁸ Sur l'ensemble de ces points, voir O. DUPEYROUX, *loc. cit.* ; J. PETIT, thèse préc., 340, n° 707 et s. Dans le même ordre d'idées, cf., par ex., l'illégalité de la prorogation rétroactive d'un délai octroyée en vue de permettre la régularisation d'une demande d'autorisation (CAA Paris, 26 janvier 1999, *Grange*, req. n° 97PA01918).

l'autorité administrative que d'opérer une validation de l'acte irrégulier. Quel que soit le procédé employé, la confirmation est, par nécessité logique, rétroactive. La légalité d'un acte administratif s'appréciant en principe à la date de son édicte, le rétablissement de la légalité opéré par l'acte régularisateur doit, sauf à être privé d'une partie de son efficacité et partant de tout intérêt pratique, comporter un effet rétroactif au jour où l'acte irrégulier a été pris.

270. Or, le principe de non-rétroactivité interdit de reconnaître à l'administration, sous quelle que forme que ce soit, un quelconque pouvoir de régularisation rétroactive d'un acte unilatéral entaché d'une irrégularité⁹²⁹ et ce, quand bien même ce dernier aurait été l'objet d'un acquiescement de la part des intéressés⁹³⁰. Ainsi, l'accomplissement *a posteriori* des formes omises ou imparfaitement effectuées ou des procédures irrégulièrement suivies ne saurait valoir régularisation de l'acte entaché, de ce fait, d'un vice de légalité externe⁹³¹, à plus forte raison lorsque l'autorité compétente édicte une décision rétroactive pour y parvenir⁹³². La solution est toute aussi rigoureuse à l'égard des tentatives de ratification administrative d'un acte unilatéral entaché d'incompétence ou affecté d'un vice de légalité interne⁹³³. C'est ainsi que le Conseil d'État a pu, par exemple, censurer la rétroactivité de la prolongation du mandat des membres du conseil d'une université par l'autorité ministérielle en vue de donner une base légale aux décisions adoptées par le conseil postérieurement à l'expiration de ce mandat⁹³⁴. Plus largement, on peut également voir dans cette prohibition une exigence commandée par le principe de légalité. En effet, les règles et procédures que doit respecter l'autorité administrative dans son action seraient vidées de leur sens s'il lui était permis de s'y soumettre alors qu'elle a déjà agi.

Bien qu'elle se pose en des termes quelque peu différents pour les contrats administratifs, la question de leur régularisation rétroactive par la personne publique, au moyen d'un acte unilatéral postérieur, doit recevoir la même réponse. En cette matière, le juge administratif se montre, depuis peu, plus réceptif au maintien des effets du contrat en dépit de son illégalité, eu égard à l'intérêt général qui s'attache à la poursuite de son exécution⁹³⁵. Dans cette perspective, la régularisation du contrat

⁹²⁹ J.-J. ISRAEL, thèse préc., p. 211 et s. Cf., en matière de permis de construire, CE, Sect., 18 mars 1983, *Dame Siefert*, req. n° 35.255, Rec., p. 130, *AJDA*, 1983, n° 7-8, p. 438, concl. D. LABETOUILLE.

⁹³⁰ CE, 2 juillet 1909, *Pruvost*, Rec., p. 650.

⁹³¹ CE, 25 novembre 1931, *Barthélémy*, Rec., p. 1020 (omission de signature de l'acte initial) ; 29 janvier 1947, *Brevet*, Rec., p. 35 ; 5 mai 1986, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Leblanc et Tissier*, req. n° 59.121, Rec., p. 128, *AJDA*, 1986, n° 6, p. 390, note L. RICHER ; 19 avril 1985, *Mme Nardin*, req. n° 59.657, Rec., p. 198. (défaut de motivation) ; 13 février 1948, *Didierjean*, Rec., p. 75, *RDP*, 1948, n° 1, p. 95 ; 8 juillet 1962, *Malvardi*, req. n° 34.467, Rec., p. 378 (absence de sollicitation d'un avis conforme) ; 23 avril 1947, *Dutreux*, Rec., p. 158 ; 23 juillet 1976, *Commune de Saint-Paul c/ Bernard*, req. n° 95.502, *AJDA*, 1977, n° 2, p. 99, note S. S. (non-respect du principe du contradictoire).

⁹³² CE, 20 janvier 1988, *Ministre des Affaires sociales et de la Solidarité nationale c/ M. Frenkel et Mme Le Garrec* req. n° 60.002, *Dr. adm.*, 1988, n° 89 : illégalité de la régularisation en cours d'instance d'une insuffisance de motivation au moyen d'une décision rétroactive.

⁹³³ Sur le premier point, voir CE, 5 avril 1889, *De la Borderie, Carron et de Callac*, Rec., p. 463 ; 16 janvier 1914, *Sampietro*, Rec., p. 41 ; 19 janvier 1915, *Le Moign*, préc. ; Sect., 19 mars 1948, *Sieur François*, Rec., p. 133 ; 7 décembre 1956, *Conseil central des pharmaciens d'officine*, *RDP*, 1957, p. 348 (actes réglementaires) ; 13 mars 1936, *Chevreau*, Rec., p. 326, *S.*, 1936, III, p. 62 (actes non réglementaires). Sur le second point, voir CE, 10 mars 1956, *Syndicat autonome du personnel de l'expansion économique à l'étranger*, Rec., p. 156 ; 3 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c/ Pardov*, req. n° 94.108, Rec., p. 83, *AJDA* 1975, n° 3, p. 131, chr. M. FRANC et M. BOYON (motifs de fait) ; CE, 26 mai 1965, *Kutschera*, req. n° 57.837, Rec., p. 295, *AJDA*, 1965, n° 9, p. 473, note P. LAPORTE ; 13 juillet 1967, *Melot*, req. n° 68.775 Rec., p. 338 (motifs de droit). Sur l'ensemble de ces questions, voir J.-J. ISRAEL, thèse préc., p. 45 et s. Pour d'autres ex., voir O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 277, n° 251.

⁹³⁴ CE, Sect., 26 avril 1978, *Sieur Crumeyrolle*, req. n° 04.792, Rec., p. 189.

⁹³⁵ Cf. CE, Section du rapport et des études, Avis, 3 décembre 1997, *réponse à une demande d'éclaircissement sur les conséquences de l'arrêt du Conseil d'État du 1^{er} octobre 1997*, *Avrillier* (CE, 1^{er} octobre 1997, *Avrillier*, req. n° 133.849, Rec., T., p. 700), *EDCE*, 1998, n° 50, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 169, note L. RICHER ; CAA Paris, Plén., 7 juillet 1999, *M. Sécaïl*, req. n° 96PA02322, Rec., p. 533, *AJDA*, 2000, n° 2, p. 157 et *BJDCP*, n° 2000, 8, p. 18, concl. C. LAMBERT, *LPA*, 2 mars 2000, n° 44, p. 19, note O. BÉATRIX. Voir également, CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, req. n° 291.545, Rec., p. 360, concl. D. CASAS, *GACA* n° 69 et *GAJA* n° 115, *AJDA*, 2007, n° 29, p. 1577, chr. F. LENICA et J. BOUCHER et n° 36, p. 1964, étude P. CASSIA, *BJCP*, 2007, n° 54, p. 391, concl. D. CASAS et obs. C. MAUGÜÉ, R. SCHWARTZ et P. TERNEYRE, *CMP*, 2007, n° 8-9, p. 1, étude F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX et p. 28, note J.-P. PIETRI, *D.*, 2007, n° 35, p. 2500, note D. CAPITANT,

administratif illégal s'est peu à peu imposée comme une solution de compromis qui permet d'éviter les conséquences radicales d'une déclaration de nullité tout en assurant la continuité du service public. Acquis dans son principe, la régularisation du contrat par la personne publique reste encore incertaine quant à ses effets *ratione temporis*. Dans la plupart des cas où elle a été acceptée, la régularisation du contrat est opérée par l'édition d'un nouvel acte purgé du vice pour l'avenir. Ainsi, il a été admis qu'en cas d'annulation d'un acte détachable à raison d'un vice qui lui est propre, la régularisation du contrat pour l'avenir peut être réalisée par l'adoption, en tenant compte des circonstances nouvelles de droit et de fait, du même acte lui-même exempt d'irrégularité⁹³⁶. Néanmoins, les juges du fond ont adopté sur ce point des positions contradictoires, certains estimant que la régularisation de l'acte détachable pouvait valablement revêtir un effet rétroactif⁹³⁷. La jurisprudence du Conseil d'État n'est elle-même pas fermement établie sur cette question. Au bénéfice des évolutions récentes qu'a connues le contentieux contractuel, elle semble s'orienter vers une acceptation progressive des régularisations rétroactives opérées par la collectivité publique⁹³⁸. Pour l'heure, la licéité de la régularisation rétroactive a été admise dans des cas exceptionnels, si bien qu'on ne saurait en tirer la conclusion que le juge administratif aurait consacré une nouvelle exception au principe de non-rétroactivité⁹³⁹.

Dr. adm., 2007, n° 10, p. 34, note P. COSSALTER, *Gaz. Pal.*, 7 septembre 2007, n° 250, p. 6, note O. GUILLAUMONT et 26 septembre 2007, n° 269-270, p. 10, note P. RAIMBAULT, *JCP A*, 2007, n° 36, p. 23, note F. LINDITCH, n° 37, p. 25, note M.-C. ROUAULT et n° 38, p. 15, note B. SEILLER, *JCP E*, 2007, n° 39, p. 30, note F. LINDITCH, *JCP G*, 2007, II, 10160, note B. SEILLER et 10156, note M. UBAUD-BERGERON, *LPA*, 24 juillet 2007, n° 147, p. 9, note M. GAUDEMET, 21 août 2007, n° 167, p. 3, note F. CHALTIEL, 10 septembre 2007, n° 181, p. 6, note J.-M. GLATT, 17 octobre 2007, n° 208, p. 10, note F. BUY, *RDC*, 2008, n° 2, p. 597, note Y. GAUDEMET, p. 610, note R. NOGUELLOU et p. 626, note F. ROLIN, *RDP*, 2007, n° 5, p. 1383, note F. MELLERAY et p. 1402, concl. D. CASAS, *RFDA*, 2007, n° 4, p. 696, concl. D. CASAS et n° 5, p. 917, note F. MODERNE, p. 923, note D. POUYAUD et p. 935, note M. CANEDO-PARIS, *RJEP*, 2007, n° 646, p. 327, note P. DELVOLVÉ et p. 337, concl. D. CASAS, dont c'est un des apports principaux. Sur cette question, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 34, n° 29 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 179, n° 327 et « Vie et survie du contrat administratif illégal », in *Confluences, Mélanges en l'honneur de J. MORAND-DEVILLER*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 509, spéc. p. 520.

⁹³⁶ Il est nécessaire de tenir compte à la fois de la nature de l'acte annulé, ainsi que de celle du vice l'ayant affecté. Par ex., la régularisation est possible à la suite de l'annulation de la délibération autorisant la signature d'un contrat en conséquence du défaut ou de l'insuffisance d'information de l'assemblée délibérante (CE, Section du rapport et des études, Avis, 3 décembre 1997, *Avrillier*, préc. ; CAA Marseille, 12 septembre 2002, *Association Gap Club*, req. n° 01MA02240, *AJDA*, 2003, n° 30, p. 1615, note M.-C. VINCENT-LEGOUX, *CMP*, 2003, n° 4, p. 39, note G. ECKERT, *Dr. adm.*, 2003, n° 4, p. 18, note A. MÈNÈMÈNIS) ou de celle de la signature du contrat en cas de défaut d'autorisation de l'organe délibérant (CE, 20 décembre 1963, *Commune de Battigny*, req. n° 60.121, Rec., T., p. 831 ; 28 janvier 1972, *Commune de Montbrun-les-Bains*, *Dr. adm.*, 1972, n° 54). En revanche, la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence n'est pas régularisable (CE 19 déc. 2007, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) du Confolentais*, req. n° 291.487, Rec., T., p. 943, *BJCP*, 2008, n° 57, p. 123, concl. N. BOULOUIS, *CMP*, 2008, n° 2, p. 34, note J.-P. PIETRI, *JCP A*, 2008, n° 6, p. 28, note F. LINDITCH). Pour d'autres ex., voir C. de ARANJO, « Les conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur la convention de délégation d'un service public », *AJDA*, 2009, n° 6, p. 300 ; E. GLASER, concl. sur CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304.802, Rec., p. 509, *BJCP*, 2010, n° 69, p. 138, spéc. p. 140 ; L. GROS, « La rétroactivité du contrat public », *BJDCP*, 2002, n° 23, pp. 259, spéc. p. 262 ; F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », *CJEG*, 2002, n° 592, p. 571, spéc. p. 579.

⁹³⁷ CAA Lyon, Plén., 13 juillet 2004, *Moreau c/ Ville de Romans-sur-Isère*, req. n° 99LY00005, *AJDA*, 2004, n° 34, p. 1821, chr. F. BOURRACHOT, P. LAGRANGE et S. PÉRIGNON, *CMP*, 2004, n° 11, p. 24, note J.-P. PIETRI, *Dr. adm.*, 2004, n° 11, p. 37 et *JCP CTI*, 2004, n° 11, p. 21, note G. PELLISSIER. Cf., en sens contraire, CAA Marseille, 31 décembre 2003, *Thès*, req. n° 99MA01583 et 20 janvier 2004, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Condoux-Ventabren-Veloux*, req. n° 03MA01068, *CMP*, 2004, n° 4, p. 19, note P. DELELIS.

⁹³⁸ Cf., par ex., CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble*, req. n° 296.964 et 297.318, Rec., T., p. 832, *BJCP*, 2009, n° 67, p. 460 et *RJEP*, 2010, n° 673, p. 22, concl. N. BOULOUIS, *CMP*, 2009, n° 10, p. 27, note G. ECKERT : régularisation rétroactive de l'absence de délibération préalable à la conclusion du contrat au moyen de l'adoption ultérieure d'une délibération ; 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-bains*, req. n° 327.515, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 29, p. 1684, note J.-D. DREYFUS, *Dr. adm.*, 2011, n° 8-9, p. 35, note F. BRENET, *JCP G*, 2011, n° 25, p. 1210, note L. ERSTEIN, *RFDA*, 2011, n° 4, p. 858 : régularisation rétroactive d'un vice de légalité externe entachant la délibération d'un conseil municipal autorisant un contrat de vente d'un ensemble hôtelier. Dans sa note sous cette décision, M. Dreyfus estime que cette solution est transposable aux cas d'une délégation de service public (J.-D. DREYFUS, note sous CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-bains*, préc., *AJDA*, 2011, n° 29, p. 1684, spéc. pp. 1686-1687).

⁹³⁹ Ce n'est qu'au prix d'une telle reconnaissance que la rétroactivité de la régularisation ne serait plus condamnable au regard du principe de non-rétroactivité, auquel est soumis l'acte détachable en raison de son caractère unilatéral (cr. J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 282, n° 287 ; F. LLORENS, art. préc., p. 588 et s. ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 158, 1991, p. 327, n° 478 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 180, n° 327).

Dans le même ordre d'idées, on peut se poser la question de savoir si la renonciation unilatérale du cocontractant de l'administration à se prévaloir de l'action en nullité du contrat n'emporterait pas sa régularisation rétroactive. C'est ce qu'il conviendra d'examiner plus loin⁹⁴⁰. En tout état de cause, le domaine de la régularisation rétroactive se limite principalement à ce qui relève naturellement de la relation contractuelle proprement dite. Comme on le verra également plus loin, les parties peuvent légalement consolider rétroactivement le contrat initial par un nouvel accord de volonté, sous réserve toutefois de ne pas porter atteinte aux droits des tiers⁹⁴¹.

271. En l'état du droit positif, ce n'est que dans de rares hypothèses que la jurisprudence admet la rétroactivité de la régularisation administrative⁹⁴². Encore ne s'agit-il pas, comme l'a du reste montré M. Israël, de procéder à la régularisation directe de l'acte vicié, mais plutôt de renouveler dans sa légalité une situation administrative irrégulièrement créée, par l'édition d'un acte nouveau⁹⁴³. Comme l'a précisé M. Lafaix par la suite, il ne s'agit plus alors de procéder à une *régularisation* de l'acte irrégulier, mais d'opérer sa *réfection*. En d'autres termes, là où l'acte initial est maintenu lors de la régularisation, il est délaissé et remplacé par un acte nouveau lors de la réfection⁹⁴⁴. L'édition d'un acte au contenu identique à l'acte initial, mais purgé du vice dont ce dernier était entaché, renouvelle dans sa légalité la situation juridique irrégulière. En procédant à la réfection de l'acte qui constitue le support de cette situation, on obtient le maintien de cette dernière dans une légalité pleinement retrouvée. C'est ainsi que l'on peut évoquer l'idée d'une « régularisation » de la situation administrative par la « réfection » de l'acte qui en est le fondement. Le régime de la réfection administrative reste cependant soumis aux mêmes contraintes que celui de la régularisation *stricto sensu*. La rétroactivité est, en principe, interdite pour l'une comme pour l'autre de ces opérations, dès lors qu'elles font intervenir des actes administratifs unilatéraux.

La régularisation d'une situation administrative par un acte doté d'un effet rétroactif n'est admise que dans des cas exceptionnels. Elle peut intervenir, tout d'abord, à la suite de l'annulation contentieuse de l'acte ayant illégalement fondé cette situation. Cette rétroactivité s'avère nécessaire à l'exécution de la chose jugée, lorsqu'il s'agit de combler un vide juridique laissé par l'annulation contentieuse⁹⁴⁵ ou de reconstituer la carrière d'un fonctionnaire victime d'une décision irrégulièrement intervenue⁹⁴⁶. De manière symétrique avec l'annulation juridictionnelle, l'annulation administrative d'un acte que l'administration avait l'obligation de prendre est également susceptible de déboucher sur

⁹⁴⁰ Cf., plus loin, p. 210, n° 275.

⁹⁴¹ Cf., plus loin, p. 248, n° 315.

⁹⁴² Elle a pu, un temps, être admise en droit de l'urbanisme, à propos de mesures de régularisation de constructions édifiées sans autorisation (CE, 18 juin 1969, *Époux Mercier et époux Couty*, req. n° 73.425 et 73.426, Rec., T., p. 986 ; 14 avril 1972, *Époux Lafleur*, req. n° 77.462, Rec., p. 289 ; Sect., 27 avril 1988, *SCI du Tertre Sainte-Anne*, req. n° 64.277, Rec., p. 169, *JCP G*, 1988, II, 21150, note G. DEBOUY).

⁹⁴³ Selon cet auteur, « la régularisation administrative concerne la situation irrégulièrement créée et non l'acte vicié. L'acte vicié doit être délaissé ou écarté » (J.-J. ISRAËL, thèse préc., p. 18 et 144).

⁹⁴⁴ Sur cette distinction, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 253, n° 252.

⁹⁴⁵ CE, 10 juillet 2006, *Société Bouygues Télécom et Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS)*, req. 269.882, Rec., p. 330, *Gaz. Pal.*, 2007, n° 84, p. 52, note B. du MARAIS ; 30 juillet 2008, *Sociétés Bouygues Télécom et Télé 2*, req. n° 306.604 et 306.636.

⁹⁴⁶ CE, 26 novembre 1947, *Loupias*, Rec., p. 438 ; 24 avril 1970, *Aurias*, req. n° 73.517, Rec., p. 277 ; Ass., 8 novembre 1974, *Association des Administrateurs civils du ministère de la santé et du ministère d'État chargé des affaires sociales et autres*, req. n° 90.812 et 90.996, Rec., p. 550, *AJDA*, 1975, n° 1, p. 43, chr. M. FRANC et M. BOYON ; 23 juillet 1976, *Ville de Cayenne*, req. n° 96.805, *RDP*, 1977, n° 2, p. 515 ; 1^{er} octobre 1976, *Dlle Mahaut*, req. n° 94.236, Rec., T., p. 750 ; 21 décembre 1977, *Brinon-Cherbuliez*, req. n° 94.258, Rec., p. 532, *RDP*, 1978, n° 2, p. 548, chr. J. de SOTO ; 26 mars 1982, *Mlle Sarabay*, préc. ; 7 octobre 1998, *Bousquet*, req. n° 186.909, Rec., T., p. 1002, *RGCT*, 1998, n° 2, p. 168, note C. PICHON ; 25 avril 2007, *Ministre des Transports de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer c/ Hébert et Brosson*, req. n° 296.665, Rec., p. 175., *RFDA*, 2007, n° 5, p. 1019, concl. R. KELLER. Sur l'ensemble de ces points, cf., plus haut, p. 846, n° 1107.

l'édition d'un acte régularisateur comportant un effet rétroactif⁹⁴⁷. La régularisation peut encore être opérée par l'autorité hiérarchique lorsque, saisi d'un recours administratif préalable obligatoire, ce dernier a prononcé l'annulation de la décision initiale, sa décision se substituant alors rétroactivement à celle de son subordonné⁹⁴⁸. Ensuite, la régularisation peut valablement revêtir un caractère rétroactif lorsque, comme on l'a vu précédemment, l'autorité administrative se trouve dans une situation de compétence doublement liée. Elle permet alors d'éviter que l'absence d'intervention en temps utile des mesures nécessaires ne paralyse l'action de l'administration, lorsqu'il en résulte un vide juridique⁹⁴⁹. Comme on peut le constater, les différentes hypothèses dans lesquelles la légalité de la rétroactivité de la régularisation d'une situation administrative a été reconnue ne présentent aucune autonomie par rapport à d'autres solutions déjà évoquées.

272. Il est cependant un domaine où la régularisation rétroactive d'une situation administrative présente une réelle autonomie et, partant, constitue une nouvelle exception au principe de non-rétroactivité des actes administratifs. En droit de la fonction publique, le juge administratif a reconnu à l'administration la faculté, et même l'obligation, de procéder à la régularisation rétroactive de la situation d'un fonctionnaire, lorsqu'elle constitue la seule mesure propre à assurer la continuité de sa carrière⁹⁵⁰. Ce cas de figure doit être nettement distingué de celui dans lequel la mesure relative à la carrière de l'agent se borne à prendre acte d'un changement de position du fonctionnaire ou de la cessation définitive de ses fonctions. Il s'agit ici non pas de tirer les conséquences d'un changement intervenu dans la situation de l'intéressé et dont l'administration n'aurait pas tenu compte en temps utile, mais de remédier à une situation dans laquelle l'intéressé ne peut être placé dans une quelconque position, faute pour l'administration d'avoir statué sur son cas. Celle-ci pourra valablement reclasser celui-là dans une position régulière et ce, à compter du moment même où sa position précédente a pris fin⁹⁵¹. En d'autres termes, il peut être valablement procédé à la réfection rétroactive de l'acte irrégulier nécessaire à la continuité de la carrière du fonctionnaire.

⁹⁴⁷ Le fondement de cette solution repose avant tout sur la nécessité de combler un vide juridique, plutôt que sur l'autorité de chose décidée. Cf. les rares ex., CE, 30 novembre 1951, *Limousin*, Rec., p. 562 ; Y. GALMOT, concl. sur CE, 10 mars 1965, *Worloou et Kadjar et Worloou et SCI 120, boulevard de la République* (2 esp.), req. n° 51.524, Rec., T., p. 1086, *JCP G*, 1965, II, 14314. Voir, en ce sens, J.-J. ISRAËL, thèse préc., p. 16.

⁹⁴⁸ CE, Ass. 23 avril 1965, *Dame Veuve Ducroux*, req. n° 60.721, Rec., p. 231 (sol. impl.). Cf., plus haut, p. 187, n° 247 ; J.-F. BRISSON, thèse préc., p. 316. En dehors de cette configuration particulière, la substitution rétroactive d'une décision légale intervenue à la suite du retrait de la décision initiale est elle-même illégale (CE, 5 mai 1986, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Leblanc et Tissier*, préc.).

⁹⁴⁹ J.-J. ISRAËL, thèse préc., p. 228 ; C. MAUGÜÉ, concl. sur CE, 29 décembre 1995, *Groupeement des Médecins Anatomico-Pathologistes Libéraux (GAPLIF)*, req. n° 110.195. Voir également, CE, Sect., 11 janvier 1952, *Époux Lesueur et autres*, req. n° 2.601, Rec., p. 29 ; 8 mars 1967, *Caisse régionale de sécurité sociale de Paris*, req. n° 66.363, Rec., p. 108. Sur cette question, cf., plus haut, p. 196, n° 257.

⁹⁵⁰ M. MORISOT, concl. sur CE, 30 mai 1979, *Sion*, req. n° 05.221, Rec., T., p. 859, non publiées ; Cf. également, CE, 7 janvier 1955, *Dame Bavozet*, Rec., p. 6 ; 5 janvier 1977, *Secrétaire d'État aux Postes et Télécommunications c/ Melle Gilbert*, req. n° 97.373 et 99.498, Rec., T., p. 870 ; 4 octobre 1978, *Le Louët*, req. n° 00.512, Rec., T., p. 694 ; 9 juillet 1980, *Lusinchi*, req., n° 14.398, Rec., T., p. 572. Sur la nécessité de la régularisation de la situation de l'agent à la continuité du service, cf., *a contrario*, CE 13 mai 1988, *Louet*, req. n° 70.873, Rec., T., p. 606 ; 17 mars 2004, *Hogard*, req. n° 225.426, Rec., T., p. 574.

⁹⁵¹ Outre les ex. déjà cités, cf., le cas d'un agent stagiaire ayant continué à servir après la date de fin normale de son stage sans qu'aucune décision ne soit intervenue pour prolonger son stage ou prononcer sa titularisation ou la refuser (CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre du travail c/ Stephan*, req. n° 11.552, Rec., p. 120 ; 13 octobre 1989, *Linguet*, req. n° 78.446, Rec., T., p. 472, *AJDA*, 1990, n° 2, p. 112, concl. D. LEVIS). Cf., dans le même sens, CE, 14 mars 2008, *M. Riche*, req. n° 307.686, *AJFP*, 2008, n° 6, p. 331 ; 9 juin 2010, *Iché*, req. n° 320.027, à ment. au T. du Leb., *AJFP*, 2010, n° 6, p. 299.

B/ La rétroactivité apparente de la réitération administrative

273. En droit administratif, la notion de confirmation est habituellement utilisée pour marquer la relation d'étroite identité unissant un acte initial à un acte ultérieur qui se borne à en reprendre le contenu⁹⁵². L'acte réitératif disposant d'un objet identique à l'acte antérieur, la tentation est grande de faire coïncider ses effets dans le temps avec ceux développés par l'acte réitéré et, ce faisant, de lui reconnaître un effet rétroactif. Cette corrélation doit néanmoins être repoussée, en raison de l'absence d'effet créateur de droit de l'acte réitératif. En effet, celui-ci ne fait que répéter, dans un contexte de droit et de fait inchangé, le droit antérieurement consacré ou appliqué par celui-là, sans pour autant qu'il y ait toujours identité des termes, voire des motifs. Il n'y a donc, à bien y regarder, qu'un changement purement formel de l'ordonnement juridique⁹⁵³ dans une situation d'application constante du droit antérieur⁹⁵⁴. Comme le relève à juste titre M. Bienvenu dans sa thèse, « toute opération intellectuelle de reproduction est dépourvue d'effets juridiques »⁹⁵⁵. Il en découle que l'acte réitératif ne développe aucun effet juridique pour le passé, l'acte initial ayant été et restant à tout moment le seul applicable à la situation juridique à laquelle tous deux se rapportent *a priori*. Tout au plus pourrait-on considérer que l'édiction de l'acte réitératif traduit une volonté de la part de l'autorité administrative de ne pas modifier à l'avenir l'ordonnement juridique⁹⁵⁶.

274. Le juge administratif ne s'y est pas trompé en refusant de déclarer recevables les recours dirigés contre les actes reprenant le contenu d'une décision antérieure devenue définitive, faute pour cette dernière d'avoir été contestée en temps utile⁹⁵⁷. Il n'a pas davantage regardé la décision confirmative se donnant une date d'effet identique à celle de la décision confirmée comme produisant un effet rétroactif⁹⁵⁸. À l'inverse, lorsque le juge estime que l'acte contesté devant lui ne se borne pas à une

⁹⁵² S. THÉRON, « Les actes de confirmation de l'administration », *LPA*, 10 mai 2007, n° 94, p. 7.

⁹⁵³ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 133, n° 186 ; J. PETIT, thèse préc., p. 343, n° 714.

⁹⁵⁴ J. MOREAU, obs. sous CE, 9 octobre 2002, *Fédération française des pompes funèbres*, req. n° 240.208, *JCP A*, 2002, n° 10, p. 336.

⁹⁵⁵ J.-J. BIENVENU, thèse préc., t. I, p. 137.

⁹⁵⁶ Sur le premier point, cf., outre les références déjà citées, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 272, n° 244. Sur le second point, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 502, n° 670 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 20, n° 31 ; S. THÉRON, art. préc., pp. 9-10.

⁹⁵⁷ On sait que la théorie de la décision confirmative a pour fonction de protéger les décisions administratives contre une remise en cause indéfinie de leur légalité. En refusant de connaître de l'acte confirmatif, le juge empêche que soit réouvert, de manière indirecte, le délai de recours à l'encontre de la décision initiale. Sur cette théorie, voir, outre les références déjà citées, C. DEBOUY, « La notion de décision non confirmative », *JCP G*, 1988, I, 3340 ; G. JÈZE, note sous CE, 19 janvier 1915, *Le Moign*, préc. ; T. ONDO, « La théorie de la décision confirmative », *Dr. adm.*, 2006, n° 8-9, p. 13. Cf. également, CE, 18 mai 1877, *Banque de France*, Rec., p. 472, S., 1878, III, p. 28, concl. DAVID ; 14 mars 1956, *Fédération des locataires de la région parisienne*, Rec., p. 120 ; Sect., 7 février 1969, *Fargeas et autres*, req. n° 71.488, Rec., p. 83 ; Ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres*, req. n° 01.875, 01.905 et 01.948 à 01.951, Rec., p. 370, *JCP G*, 1980, II, 19288, concl. M. FRANC, note J. BORÉ, *AJDA*, 1980, n° 4, p. 248, note C. DEBOUY, *D.*, 1979, p. 606, note A. BÉNABENT, *Gaz. Pal.*, 1980, I, p. 6, note P. JULIEN, *RDP*, 1990, n° 2, p. 556, concl. R. ABRAHAM, *RTDCiv.*, 1980, p. 145, note J. NORMAND ; 3 décembre 1982, *Syndicat national des inspecteurs et cadres administratifs du service national des examens du permis de conduire*, req. n° 15.132, Rec., T., p. 708 ; 27 octobre 1989, *Dauwe*, *CJEG*, 1990, p. 195 et *RDP*, 1990, p. 556, concl. R. ABRAHAM ; 27 avril 1998, *Hamda*, req. n° 167.368, Rec., T., p. 1088 ; 10 août 2005, *Maigret*, req. n° 266.027, Rec., T., p. 1018, *AJDA*, 2005, n° 43, p. 2412, concl. D. CHAUVAUX, *LPA*, 21 juillet 2006, n° 145, p. 11, note B. RAINAUD ; CAA Lyon, 9 novembre 2006, *Commune de Saint-Jean d'Aulps*, req. n° 02LY01859, *AJDA*, 2007, n° 1, p. 30, chr. É. KOLBERT ; CE, 20 février 2008, *Département de la Réunion c/ M. Rochefeuille*, req. n° 281.722, *AJDA*, 2008, n° 21, p. 1166.

⁹⁵⁸ CE, 27 avril 1949, *Société E. Mercier et fils*, Rec., p. 183. Le plus souvent, la question de la rétroactivité de la décision confirmative n'est pas examinée par le juge, celui-ci se contentant de se prononcer sur la recevabilité du recours dirigé contre elle (CE, Sect., 7 janvier 1955, *Association des pilotes retraités de la station de pilotage du Havre*, Rec., p. 9 ; 12 novembre 1958, *Syndicat de la raffinerie du souffre français et autres* (2° esp.), Rec., p. 546 ; C. LASRY, concl. sur CE, 12 octobre 1956, *Sieur Baillet*, req. n° 94.720, Rec., p. 356).

simple répétition mais modifie en réalité l'ordonnement juridique, il sanctionnera la rétroactivité illégale dont il se trouve alors entaché⁹⁵⁹.

De ce qui précède, on peut conclure que la rétroactivité de l'acte répétitif constitue une « apparence trompeuse »⁹⁶⁰.

C/ La rétroactivité incertaine de la renonciation à la nullité relative du contrat administratif

275. En droit civil, la notion de confirmation désigne également l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité d'un acte juridique et qui, exprès ou tacite, peut résulter d'une exécution spontanée⁹⁶¹. Prise dans son sens strict, « la confirmation est une renonciation à la faculté de critiquer l'acte »⁹⁶². Le confirmant est réputé avoir renoncé à se prévaloir de l'irrégularité de l'acte et de sa sanction. Il en découle que la renonciation empêche de tirer les conséquences de la nullité de l'acte vicié, dont la principale est sa disparition rétroactive de l'ordonnement juridique. Ainsi, la confirmation-renonciation emporte, selon l'opinion commune, le maintien des effets passés comme présents de l'acte confirmé. Elle rétroagit au jour de la formation de l'acte juridique⁹⁶³.

Plusieurs auteurs se sont interrogés sur l'éventuelle réception de la renonciation, telle qu'elle vient d'être définie, en droit public⁹⁶⁴. La réponse apportée à cette question diffère selon la nature de l'acte administratif envisagé. En matière d'actes administratifs unilatéraux, elle est clairement négative, qu'il s'agisse de savoir si le titulaire d'une action en annulation, en s'abstenant d'agir en excès de pouvoir, ou le bénéficiaire d'une annulation contentieuse en exprimant sa volonté d'y renoncer, est réputé par là avoir renoncé à se prévaloir de l'illégalité de la décision attaquée au bénéfice d'un maintien de la décision contestée et de ses effets. Dans une perspective de défense de l'intérêt général, il apparaîtrait pour le moins surprenant de reconnaître la faculté au requérant de procéder à la consolidation d'une décision illégale, eu égard à la nature objective du recours en annulation et à l'effet *erga omnes* de l'annulation contentieuse. En tout état de cause, le juge administratif s'y est toujours refusé⁹⁶⁵.

⁹⁵⁹ CE, 21 décembre 1949, *Société d'électricité de Guyenne et Gascogne*, Rec., p. 561 ; Sect., 17 décembre 1954, *Dame veuve Etchegoyen*, Rec., p. 677, *AJDA*, 1955, II, p. 155, obs. anonyme ; Ass., 26 juin 1998, *Société AXS France Télécom et société Esprit Télécom France*, req. n° 194.151, 194.152 et 195.427 à 195.430, Rec., p. 248, *CJEG*, 1998, n° 547, p. 379, concl. H. HUBERT, *AJDA*, 1998, n° 7-8, p. 565, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR. Il en va de même d'un acte confirmatif qui se donne une date d'effet antérieure à celle de l'acte réitéré, dès lors que le premier constitue une modification de l'ordonnement juridique pour la période précédant l'édition du second (CE, Sect., 22 février 1957, *Caudron et Pomirol*, Rec., p. 118).

⁹⁶⁰ J. PETIT, *loc. cit.*

⁹⁶¹ Suivant la définition que donne le Doyen Cornu de la confirmation, elle-même tirée des dispositions de l'article 1338 du Code civil (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., p. 229). Voir également, G. COUTURIER, thèse préc., p. 7, n° 7 et p. 17, n° 23 ; C. DUPEYRON, thèse préc., p. 42 et s., n° 60 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, Paris, Sirey, 14^e éd., 2010, p. 321, n° 341 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat. Conditions de formation*, t. III, Paris, Economica, 6^e éd., 2007, p. 565, n° 555.

⁹⁶² E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 171 ; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1988, p. 884, n° 746.

⁹⁶³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, p. 328, n° 349 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 963, n° 817 ; C. LARROUMET, *loc. cit.*. Voir également, M. LETOURNEUR, art. préc., p. 47.

⁹⁶⁴ Pour une étude générale de la renonciation en droit administratif, voir C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 5, n° 11. Voir également, s'agissant plus spécialement de la renonciation dans le droit des contrats administratifs, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 409, n° 433 ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 125, n° 108 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 427, n° 671.

⁹⁶⁵ Sur l'acquiescement, voir C. BLUMANN, thèse préc., p. 331 et s., n° 332 et s. Sur la renonciation au bénéfice d'une annulation contentieuse, voir CE, Sect., 13 juillet 1967, *Ministre de l'Éducation nationale c/ École privée des filles de Pradelles*, req. n° 70.777, Rec., p. 339 ; 2 février 1972, *Ministre de la Santé publique et de la Sécurité sociale c/ Dame Minuit-Balalud de Saint-Jean*, req. n° 82.408, Rec., p. 106. Il en va différemment dans le plein contentieux subjectif (CE, 24 juin 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ Darcel*, req. n° 59.048, Rec., p. 394).

En revanche, la confirmation-renonciation paraît avoir trouvé son terrain d'élection, somme toute très modeste en droit administratif, dans le domaine contractuel. La confirmation du contrat administratif serait obtenue par la renonciation unilatérale du titulaire d'une action en nullité à s'en prévaloir. Comme en droit civil, la confirmation-renonciation du contrat administratif n'est, en tout état de cause, envisageable qu'en présence d'un vice sanctionné par une nullité relative⁹⁶⁶. Sous réserve de satisfaire aux conditions nécessaires à sa mise en œuvre⁹⁶⁷, la confirmation aurait alors pour effet de rendre le contrat valable dès l'origine. C'est du moins l'opinion de la doctrine privatiste dominante, suivie en cela par une partie de la doctrine publiciste⁹⁶⁸.

On ne saurait cependant manquer de souligner les nombreux obstacles existant en droit public tant à la possibilité, qu'à la licéité de la confirmation du contrat administratif. Le juge administratif se montre encore réticent à opérer une distinction entre nullités absolues et nullités relatives du contrat administratif, ce qui rend particulièrement fragiles les tentatives doctrinales d'identification d'un domaine des nullités relatives qui peuvent être couvertes par voie de confirmation⁹⁶⁹. En particulier, le critère de l'intérêt protégé qui sert à distinguer les deux catégories de nullité en droit privé n'est pas aisé à mettre en œuvre dans un droit dominé par l'intérêt général. L'intérêt particulier que protège la nullité relative est, lorsque la personne publique est concernée, souvent recouvert par l'intérêt général⁹⁷⁰. Enfin, il faut encore ajouter les spécificités attachées à la personnalité publique du confirmant. La licéité de la confirmation se trouve confrontée au principe d'indisponibilité des compétences des personnes publiques. La renonciation supposant l'abandon irrévocable d'un droit ou d'une prérogative⁹⁷¹, il n'est pas certain que la personne publique puisse se voir reconnaître, par dérogation à ce principe, la faculté de renoncer librement à son droit de se prévaloir de la nullité du contrat administratif. En tout état de cause, la pauvreté de la jurisprudence sur la confirmation-renonciation⁹⁷² ne permet pas, en l'état actuel

⁹⁶⁶ Alors que certaines décisions avaient, dans un premier temps, laissé entendre, que la confirmation était envisageable pour tous les vices susceptibles d'entacher le contrat (CE, 29 décembre 1920, *May-Bing c/ Ministre de la Guerre*, Rec., p. 1159 ; 1^{er} avril 1936, *Bagnolet*, Rec., p. 432), le Conseil d'État l'a cantonnée à certains d'entre eux (CE, Sect., 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies*, req. n° 47.355 et 47.851, Rec., p. 473, *AJDA*, 1961, II, p. 548, concl. P. NICOLĀY, *RDP*, 1962, n° 3, p. 535, note M. WALINE). Sur cette question, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 414 et s., n° 438 et s. ; B. PLESSIX, *loc. cit.* ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 428, n° 675.

⁹⁶⁷ Elles sont au nombre de trois. Le confirmant doit avoir eu connaissance de l'irrégularité dont le lien contractuel est entaché. Il doit avoir l'intention expresse ou tacite, mais certaine de la réparer. Enfin, sa confirmation doit elle-même être exempte de tout vice. Sur ces différents points, voir Cass. Civ. 3^e, 20 novembre 1974, *Dlle Giraud*, pourv. n° 73-12.328, Bull. Civ. III, n° 421, p. 322 ; Civ. 1^{ère}, 11 février 1981, *Dame Ferrand*, pourv. n° 79-15.857, Bull. Civ. I, n° 53, p. 42 ; Com., 29 mars 1994, *Société Bar et autres*, pourv. n° 92-11.843, Bull. Civ. IV, n° 134, p. 104, *D.*, 1994, IR, p. 109 ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 1996, *Zimovitch*, pourv. n° 94-19.345. D'ordinaire réservée aux causes de nullité du contrat, la renonciation semble désormais couvrir également celles de son inopposabilité (Cass. Com., 2 juin 2004, *Société nouvelle Haris Yachting*, pourv. n° 03-10.741, Bull. Civ. IV, n° 107, p. 112, *RTDCiv.*, 2004, n° 3, p. 505, note J. MESTRE et B. FAGES).

⁹⁶⁸ Outre les références citées à la note 961, voir C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 46 et s. ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 127, n° 109 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 427, n° 671 ; et, quoique de manière moins nette, L. RICHER, *op. cit.*, p. 186, n° 338. Voir également, J. ANTOINE, « Les titulaires du recours en nullité des contrats. Comparaison du droit administratif et du droit privé », *Dr. adm.*, 2001, n° 11, p. 4. Pour une position contraire, cf. J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 410, n° 433.

⁹⁶⁹ C. BRÉCHON-MOULÈNES, « Remarques sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs », *JCP G*, 1973, I, 2588 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 424, n° 452 et p. 431, n° 459 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 572, n° 543 ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 121, n° 103 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 415 et s., n° 664 et s.

⁹⁷⁰ En l'état actuel du droit positif, le domaine de la nullité relative paraît limité aux vices du consentement. Pour une extension possible à d'autres vices, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., 437 et s., n° 466 et s.

⁹⁷¹ C. BLUMANN, thèse préc., p. 2, n° 4 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 449, n° 477 et « Renonciation aux intérêts moratoires et ordre public », *AJDA*, 2004, n° 30, p. 1631, spéc. p. 1635.

⁹⁷² La doctrine se réfère à un seul arrêt du Conseil d'État, dont l'interprétation est sujette à controverses (CE, Sect., 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies*, préc.). Pour le reste, la question de la confirmation-renonciation a été posée, en jurisprudence, à propos de contrats de droit privé d'une commune qu'une délibération du conseil municipal entendait confirmer (CAA Paris, 18 février 1999, *Fabre*, req. n° 98PA01591, Rec., T., p. 662 ; CAA Lyon, 4 janvier 2010, *Magnin c/ Commune d'Arbin*, req. n° 08LY02033).

du droit positif, d'affirmer que la confirmation-renonciation est licite en droit public, non plus qu'elle puisse valablement revêtir un caractère rétroactif.

Il semble même rien moins que contestable de considérer que le contrat administratif redevienne, par l'effet d'une confirmation unilatérale émanant de la personne publique, valable *ab initio* et que donc celle-ci puisse produire un effet rétroactif licite. En effet, deux solutions sont envisageables.

Soit on conçoit de manière restrictive la notion de confirmation comme se limitant au renoncement à une action en justice et il faut alors en conclure, comme le fait M. Lafaix dans sa thèse, qu'« *on voit mal comment renoncer à agir en justice peut produire un effet rétroactif. Cela signifie donc simplement que le droit de critique est unitaire. Dès lors, le confirmant renonce nécessairement au droit de remettre en cause les effets du contrat pour le passé comme pour l'avenir* »⁹⁷³. En d'autres termes, la renonciation porte sur le droit d'agir dans son ensemble, ce qui implique un renoncement à l'action tant pour le passé que pour l'avenir. Par ailleurs, le contrat ne se trouve pas directement modifié dans son contenu par la confirmation-renonciation *stricto sensu*. Parce qu'elle devient incontestable, l'irrégularité se trouve seulement et indirectement neutralisée par la renonciation. Tout au plus pourrait-on y voir en ce cas une rétroactivité de fait de la consolidation du contrat.

Soit on retient une acception plus large de la confirmation, en l'assimilant à une régularisation rétroactive, mais on se trouve alors confronté au refus de reconnaître un pouvoir de régularisation unilatérale à la personne publique contractante sur le fondement du principe de non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux. Comme le suggère M. Lafaix, et comme le laisse présager les récentes évolutions jurisprudentielles en la matière, ce n'est qu'avec la reconnaissance d'une nouvelle exception audit principe que la rétroactivité de la confirmation-renonciation serait alors admissible⁹⁷⁴.

Quoi qu'il en soit, l'état actuel du droit positif interdit d'attester, de manière définitive, de l'existence de ce cas de rétroactivité en droit public.

276. Conclusion du I. S'il est un domaine où le principe de non-rétroactivité conserve toute sa portée, c'est bien celui de la régularisation administrative. Alors même qu'une partie de la doctrine plaide pour la mise en place d'un véritable pouvoir de régularisation⁹⁷⁵, le juge continue de lui refuser tout effet rétroactif. Ce n'est que lorsque la régularisation répond à une exigence impérieuse d'un autre ordre, telle l'exécution de la chose jugée ou le principe de continuité de la carrière, que l'effet de l'acte régularisateur peut s'étendre au passé. Il faut donc conclure à l'absence d'autonomie de la rétroactivité de la régularisation administrative par rapport à d'autres cas de rétroactivité légale.

À l'inverse, l'annulation pour illégalité est le seul véritable pouvoir de rétroactivité reconnu, de manière générale et autonome, à l'autorité administrative.

II – L'ANNULATION ADMINISTRATIVE

277. Le pouvoir d'annuler un acte juridique est une prérogative réservée d'ordinaire au seul juge. Néanmoins, la jurisprudence a reconnu à l'Administration, au nom de l'intérêt général, un pouvoir de

⁹⁷³ J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 410, n° 433 et p. 483, n° 513. Cf., dans le même sens, G. COUTURIER, thèse préc., p. 46 et s., n° 64 et s.

⁹⁷⁴ Sur ce point, cf. respectivement plus haut p. et J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 282, n° 287.

⁹⁷⁵ J.-M. WOEHLING, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », *RFAP*, 2004, n° 111, p. 533, spéc. p. 544.

même nature, afin qu'elle puisse rectifier d'elle-même les erreurs qu'elle a commises. En droit administratif, l'idée d'annulation est couramment associée à la théorie du retrait des actes administratifs (A), mais elle n'est pas l'unique manifestation de la technique d'annulation rétroactive en droit administratif (B).

A/ Le retrait rétroactif des actes administratifs

278. Malgré la polysémie du terme *retrait*⁹⁷⁶, un consensus s'est depuis longtemps établi en doctrine pour le définir comme l'opération par laquelle l'autorité administrative entend faire disparaître rétroactivement un acte antérieur⁹⁷⁷. Plus précisément, le retrait consiste à mettre à néant non seulement l'acte lui-même, mais également tous les effets de droit qu'il a pu produire dans le passé. Il semble, à première vue, tout à fait anormal de reconnaître à l'autorité administrative, laquelle a l'expertise de ses propres décisions, une prérogative aussi exorbitante que celle d'anéantir, pour l'avenir comme pour le passé, un acte administratif et ses conséquences et ce, alors même que le principe de non-rétroactivité s'impose dans toute sa rigueur à l'Administration.

Le bien-fondé de l'attribution d'un tel pouvoir à l'autorité administrative ne fait cependant plus guère de doute. Historiquement, la consécration du pouvoir d'annulation administrative précède celle de la règle de non-rétroactivité. Il convient donc de garder à l'esprit que, contrairement à une idée largement reçue, celui-ci ne constitue pas, à proprement parler, une exception à celle-là. Suivant un principe considéré comme fondamental en droit public, l'Administration est, au même titre que son juge, la gardienne de la légalité au nom de l'intérêt général et des droits des tiers⁹⁷⁸. Le respect dû au principe de légalité dans l'exercice de la fonction administrative implique corrélativement l'obligation de *faire respecter* celui-là. À ce titre, les autorités administratives doivent être en mesure d'« assurer, par un pouvoir de retrait ou d'annulation, le contrôle de leurs propres actes et des actes de leurs subordonnés »⁹⁷⁹. C'est dire que ce pouvoir de sanction de ses propres illégalités reconnu à l'autorité administrative est inhérent à la fonction administrative elle-même⁹⁸⁰, laquelle doit être exercée dans le

⁹⁷⁶ En effet, il faut constater que sous le même vocable, il est fait référence à deux notions différentes. Selon M. Vlachos : « en un premier sens le retrait désigne la décision par laquelle l'auteur de l'acte entend annuler celui-ci en faisant disparaître ses effets déjà accomplis ; en un second sens, le retrait implique seulement la volonté de l'auteur d'un acte de le supprimer pour l'avenir » (G. VLACHOS, « Le retrait des actes administratifs », *Rev. adm.*, 1970, n° 136, pp. 412-413 ; voir également Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 655, n° 1382 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 895). L'ambiguïté terminologique semble provenir de ce que le juge ou l'autorité administrative use parfois du verbe « rapporter » ou « retirer » pour désigner indifféremment l'une ou l'autre de ces opérations (B. AGID, concl. sur CE, Ass., 1^{er} décembre 1950, *Électricité de France*, Rec., p. 595, *Cahiers de documentation juridique d'Électricité et de Gaz de France*, 1951, n° 21, p. 80, spéc. p. 81 ; H. ARBOUSSET, « Retrait, abrogation et sécurité juridique : analyse, depuis 1981, d'une relation souvent difficile », *RRJ*, 2000, n° 2, p. 542 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 251, n° 220 ; É. GUILLON et P. BRINGUIER, « Le pouvoir de retrait des actes administratifs », *AJDA*, 1978, n° 6, p. 301 ; G. VLACHOS, *loc. cit.*). Il va sans dire que, malgré ces imprécisions, la réalité de l'opération l'emporte sur sa dénomination (J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Application dans le temps », *J.-Cl. adm.*, fasc. 108-30, 2005, p. 10, n° 54 ; comp. CE, Sect., 18 décembre 1953, *Welter*, Rec., p. 564 avec CE, 13 novembre 1964, *Ministre de l'Intérieur c/ Livet*, req. n° 62.470, Rec., p. 534, *D.*, 1965, J., p. 668, note A. DEMICHEL, *JCP G*, 1965, II, 14286, note E. LANGAVANT).

⁹⁷⁷ CE, Sect., 18 décembre 1953, *Welter*, préc. Voir également, J. CARBAJO, thèse préc., p. 156 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1154, n° 1340 ; É. GUILLON et P. BRINGUIER, art. préc., p. 300 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 895 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 243, § 50 ; J.-Y. VINCENT, « Le retrait des actes administratifs unilatéraux. Examen comparatif des solutions adoptées en droit européen et en droit français », *RTDE*, 1974, n° 1, p. 31 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 306

⁹⁷⁸ Cf., notamment, M. GUYOMAR et P. COLLIN, chr. préc., p. 1037. Comme le rappelle M. Timsit, la fonction administrative connaît, tout comme la fonction juridictionnelle, l'application du principe de légalité (G. TIMSIT, *Le rôle de la fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 65, 1963, p. 67 et 109).

⁹⁷⁹ R. RIVET, concl. sur CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, req. n° 74.010, Rec., p. 790, *RDP*, 1922, n° 5, p. 552, spéc. p. 553.

⁹⁸⁰ Sur le premier point, voir F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 142 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 192, n° 170 et p. 269, n° 243. Sur l'idée que le pouvoir de retrait constitue une sanction de l'illégalité de l'acte administratif, voir Y. GAUDEMET,

respect scrupuleux de la légalité. Cette idée est confortée par des considérations de bonne administration et de bon sens. L'annulation par la voie administrative est présentée avant tout comme un procédé « *nécessaire et expédient* »⁹⁸¹. Comme tout à chacun, l'Administration commet des erreurs et doit, en conséquence, disposer de la faculté de les réparer spontanément. De ce point de vue, le pouvoir d'annulation peut également apparaître comme un « droit de remords » concédé à l'autorité administrative⁹⁸². Au surplus, l'annulation par la voie administrative permet enfin de faire l'économie d'un procès, lequel aboutirait peu ou prou au même résultat⁹⁸³.

279. Selon la formule de M. Benoît, l'autorité administrative dispose « *d'une compétence, de caractère général, lui permettant de prononcer elle-même l'annulation des actes administratifs illégaux* »⁹⁸⁴. Le pouvoir général de retrait appartient, au premier chef, à l'auteur de l'acte irrégulier ou à son successeur compétent et obéit à un régime édifié de manière prétorienne par la jurisprudence administrative. Parce que l'ordre administratif est un ordre hiérarchisé, ce pouvoir exorbitant est également détenu par l'autorité hiérarchique lorsqu'elle est amenée à contrôler la régularité des actes pris par son subordonné. Bien que l'usage du terme d'*annulation* soit préféré à celui de *retrait* en jurisprudence pour désigner le pouvoir détenu par le supérieur hiérarchique sur les actes accomplis par son subordonné, cette différence d'ordre terminologique s'avère sans conséquence notionnelle, pas plus qu'elle ne traduit une différence de régime⁹⁸⁵. En effet, la jurisprudence a soumis l'exercice du pouvoir d'annulation hiérarchique – lequel est, en application des principes généraux du droit public, détenu de plein droit par l'autorité supérieure⁹⁸⁶ – aux conditions du droit commun⁹⁸⁷, c'est-à-dire au régime

op. cit., t. I, p. 658, n° 1386. Sur le second point, voir, dans le même sens, C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, préc., p. 425, n° 799.

⁹⁸¹ R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 113, 1969, p. 382 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 893.

⁹⁸² M. GUYOMAR et P. COLLIN, chr. sous CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, préc., *AJDA*, 2001, n° 12, p. 1036. Cf., dans le même sens, Y. ANDRÉ, *Le retrait des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1943, p. 3 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 156 ; É. GUILLON et P. BRINGUIER, art. préc., p. 301 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 594, n° 613 ; M. WALINE, « Le retrait des actes administratifs », préc., pp. 563-564.

⁹⁸³ F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, préc., p. 144 ; M. GUYOMAR et P. COLLIN, *loc. cit.* ; P. LOUIS-LUCAS, « Le retrait des actes administratifs individuels », *D.*, 1952, chr., p. 107 ; J.-P. PUISSOCHET et J.-P. LECAT, chr. sous CE, Ass., 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, req. n° 55.283, *Rec.*, p. 303, *AJDA*, 1966, II, p. 486 ; R.-G. SCHWARTZENBERG, *loc. cit.*

⁹⁸⁴ F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, préc., p. 569, n° 995.

⁹⁸⁵ P. BERGERON, *Le recours hiérarchique*, thèse dactyl., Paris, 1923, p. 25. Tout au plus peut-on réserver l'utilisation des termes de *rapport* ou de *retrait* pour désigner les cas dans lesquels c'est l'auteur même de la décision qui procède à son annulation, tandis que le terme *annulation* ferait référence à ceux dans lesquels c'est le supérieur hiérarchique qui fait disparaître rétroactivement l'acte de son subordonné (R. ODENT, *op. cit.*, p. 897, note 1). Du reste, cette différence de vocabulaire s'explique aisément à la lumière de l'ancienne théorie du Ministre-Juge (D. TRUCHET, fasc. préc., p. 9, n° 58 et s.). En tout état de cause et comme le souligne M. Delbez, la jurisprudence ne fait aucune différence entre le retrait par l'auteur de l'acte et le retrait par le supérieur hiérarchique et a, en conséquence, édifié un seul et même régime (L. DELBEZ, « La révocation des actes administratifs. Contribution à la théorie générale de l'annulation par la voie administrative », *RDP*, 1928, n° 3, p. 464, note 1).

⁹⁸⁶ R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 395, n° 543 et s. ; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, t. I, p. 397 ; A. LAMBERT-RIBOT, *Des moyens dont dispose l'administration pour mettre fin aux situations qu'elle a irrégulièrement créées*, préc., p. 94. Voir CE, 1^{er} mars 1874, *Lezeret de la Maurinerie et autres*, préc. ; Sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, préc. ; Sect., 30 mai 1975, *Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population*, préc.). Sur le pouvoir d'annulation, voir CE, Sect., 27 juin 1947 *Dufort*, *Rec.*, p. 289 ; 2 avril 1971, *Ministre de la Santé publique et de la Sécurité Sociale c/ Marchand*, req. n° 79.277, *Rec.*, p. 273 ; Sect., 11 juin 1982, *Berjon*, concl. B. GENEVOIS ; 18 mars 1983, *Bettinger*, *Rec.*, p. 110 ; Sect., 16 novembre 1992, *Ville de Paris*, req. n° 96.016, *Rec.*, p. 406, *AJDA*, 1993, n° 1, p. 54, concl. H. LEGAL, *RFDA*, 1993, n° 3, p. 602, note J. MORAND-DEVILLER et D. MORENO ; 4 mars 2009, *Commune des Beaumettes*, req. n° 319.974, *Rec.*, T., p. 989, *BJDU*, 2009, n° 4, p. 258, concl. J.-P. THIELLAY.

⁹⁸⁷ CE, 29 avril 1987, *Société Kassbohrer-France*, préc. Voir, s'agissant plus spécialement du pouvoir d'annulation, CE, Sect., 6 juillet 1990, *Mattéi et Société Edi 7*, req. n° 100.489 et 101.053, *Rec.*, p. 205, *AJDA*, 1991, n° 3, p. 230, note N. BELLOUBET-FRIER, *D.*, 1992, SC, p. 159, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT, *Dr. soc.*, 1991, p. 117, note X. PRÉTOT ; 10 mars 1997, *SA Applications techniques des plastiques (ATP)*, req. n° 164.645, *Rec.*, T., p. 1109, *LPA*, 1^{er} août 1997, n° 92, p. 27, note H. GHERARI, *RJS*, 1997, n° 10, p. 655, note J.-L. REY. Sur cette question, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 56, n° 30 ; A. LAMBERT-RIBOT, thèse préc., p. 94 ; G. VUGHT, concl. sur CE, Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, préc., pp. 212-213.

applicable au retrait de la décision par son auteur. Il n'en va différemment que lorsque, de manière exceptionnelle, un texte spécial renforce les pouvoirs de l'autorité supérieure à l'égard de l'autorité inférieure⁹⁸⁸.

Le retrait administratif comporte un effet rétroactif propre qui consiste en l'anéantissement des effets antérieurs de l'acte irrégulier (1). Néanmoins, tout comme en matière d'annulation juridictionnelle, la rétroactivité de l'annulation administrative peut entraîner une « réaction en chaîne » en rendant nécessaire l'adoption de décisions rétroactives pour parvenir au rétablissement du *statu quo ante* (2).

1°) L'effet rétroactif propre au retrait administratif

280. Qu'elle soit prononcée par l'auteur de l'acte ou son supérieur hiérarchique, l'annulation administrative emporte la disparition rétroactive de l'acte de l'ordonnement juridique⁹⁸⁹, ainsi que de l'ensemble de ses conséquences. Bien que partagée par la majorité de la doctrine⁹⁹⁰, cette manière de décrire les effets de l'annulation administrative a été totalement ou partiellement contestée. Certains auteurs ont pu soutenir qu'en réalité le procédé ne produisait aucun effet pour le passé. Plus sérieusement, d'autres auteurs, tout en acceptant l'effet rétroactif du retrait, ont tenté de montrer que sa portée n'était que partielle. Selon eux, si l'annulation administrative provoque l'anéantissement des effets de l'acte administratif pour le passé, elle ne commanderait, en revanche, la disparition de l'acte lui-même que pour l'avenir⁹⁹¹. Au premier abord, on pourrait partager une telle manière de voir, dès lors qu'elle ne fait que rendre compte de la réalité de la chronologie. L'acte annulé a pu un temps exister et produire provisoirement des effets sur l'ordonnement juridique. La rétroactivité permettant seulement le retraitement au présent des effets de droit produits dans le passé, il semble donc rien que de logique d'en conclure que seuls les effets produits par l'acte irrégulier seraient affectés par l'annulation⁹⁹². Néanmoins, une telle proposition ne correspond pas exactement à la logique du procédé de l'annulation. En tant qu'elle réalise l'effacement de l'irrégularité et de ses conséquences, l'annulation porte nécessairement à la fois sur sa source – l'acte qui en est entaché – et ses conséquences – les effets qu'il a pu produire. De ce point de vue, il semble même tout à fait contestable de considérer l'acte irrégulier, même privé d'effet, comme maintenu pour le passé dans l'ordonnement juridique. Ce qui est vrai en revanche, c'est que la disparition de l'acte et de ses effets opérée par l'annulation ne peut être prise en compte qu'à compter du moment où cette dernière a été prononcée. En d'autres termes, si la réalité de la chronologie interdit que les conséquences concrètes de l'annulation puissent être tirées à un autre instant qu'au présent, elle n'empêche aucunement de regarder l'acte et ses effets comme n'ayant

⁹⁸⁸ Cf., plus haut, p. 186, n° 244 et G. VUGHT, concl. préc., p. 229. Sur l'ensemble de la question, voir G. ISAAC, thèse préc., p. 600 et s., n° 618 et s. ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 892.

⁹⁸⁹ Voir, pour une formulation explicite, CE, Sect., 6 février 1948, *Dlles Mollet et Salvan*, Rec., p. 62, *Gaz. Pal.*, 1948, 1, p. 181, concl. B. CHENOT, S., 1948, III, p. 66. Cf. également, A. GERVAIS, chr. sous CE, 4 juin 1948, *Dame de Sèze*, Rec., p. 250, *RD*, 1948, n° 3, p. 480, spéc. p. 486 : « *le retrait d'un acte illégal a le caractère rétroactif* ».

⁹⁹⁰ B. SEILLER, fasc. préc., p. 73, n° 546.

⁹⁹¹ Parmi les tenants de la thèse de l'absence de rétroactivité du retrait, cf. L. DELBEZ, art. préc., pp. 468-469 et p. 477 ; A. LAMBERT-RIBOT, thèse préc., p. 54 ; G. JÈZE, « Du retrait des actes juridiques. Dans quelle mesure peut-il être touché aux actes juridiques et leurs effets peuvent-ils être modifiés ? », *RD*, 1913, n° 2, p. 225, spéc. p. 227 et *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, préc., p. 108 et s., spéc. pp. 118-119 : l'auteur conteste cette rétroactivité uniquement pour les actes régulièrement accomplis dans le passé. Sur la remise en cause partielle de la portée de la rétroactivité du retrait, cf., notamment, J. PUISOYE, « Le retrait des actes administratifs », *AJDA*, 1960, I, p. 117 ; D. TRUCHET, *op. cit.*, p. 244. Sur la distinction entre l'acte administratif et ses effets, voir M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 237, § 48 et p. 291, § 62.

⁹⁹² Cf., en ce sens, G. JÈZE, art. préc., pp. 227-228.

jamais existé et d'en tirer les conséquences juridiques qui s'imposent. Il ne faut donc pas confondre l'instant où intervient l'annulation, lequel ne peut se situer qu'au présent, avec ses effets dans le temps, lesquels remontent nécessairement au moment où l'illégalité a été commise.

On doit également attribuer le même effet à ceux des actes administratifs qui viennent légalement modifier ou remplacer un acte antérieur avec effet rétroactif. La substitution ou la modification rétroactive suppose, en effet, une double opération normative impliquant l'édiction d'une norme d'annulation puis d'une norme nouvelle dont le champ d'application est partiellement ou totalement identique à la norme ancienne. Là où il est procédé explicitement au retrait par une décision ayant exclusivement cet objet, ce même retrait est implicite lorsqu'il s'agit de substituer un acte rétroactif à l'acte initial. Par exemple, il n'y a pas de différence, du point de vue de leurs effets dans le temps, entre le retrait d'un règlement administratif et l'édiction d'un règlement rétroactif, dès lors que tous deux sont porteurs d'une norme négative supprimant *ab initio* la norme précédente et ses effets. En revanche, leur portée positive diffère en ce que dans le second cas, ce sont de nouveaux droits et obligations qui sont établis pour le passé, tandis que dans le premier, c'est le droit antérieur qui sera simplement rétabli⁹⁹³. De la même façon, l'édiction d'un acte non réglementaire doté d'un effet rétroactif ayant un objet et une portée identiques ou contraires à une décision antérieure vaut retrait implicite de celle-ci, dès lors qu'il y a incompatibilité radicale entre elles⁹⁹⁴.

2°) La rétroactivité administrative consécutive à la décision de retrait

281. De la même manière que l'exécution de la chose jugée requiert parfois de l'autorité administrative qu'elle prenne des décisions rétroactives afin de parvenir à une *restitutio in integrum* de la légalité méconnue, le prononcé d'une annulation administrative est également susceptible d'être suivi de l'édiction de mesures ayant le même objet. Comme le soulignait M. Waline, « *cette exception au principe de non-rétroactivité s'étend, par une sorte de contagion, à la rétroactivité des retraits* »⁹⁹⁵. L'annulation administrative est donc susceptible de justifier, au même titre qu'une annulation contentieuse, la rétroactivité de celles des décisions administratives, négatives ou positives, qui s'avèrent nécessaire à remettre les choses en l'état dans lequel elles se trouvaient avant l'édiction de l'acte retiré.

Il semble difficile de justifier *a priori* cette rétroactivité « en exécution de la chose décidée » au regard du principe de non-rétroactivité des décisions administratives et ce, à un double égard. Tout d'abord, l'autorité de chose décidée est, contrairement à l'autorité attachée à la chose jugée⁹⁹⁶, impuissante à elle seule à écarter la prohibition de la rétroactivité des décisions administratives. Ensuite,

⁹⁹³ Voir, en ce sens, G. ISAAC, thèse préc., p. 600, n° 617 ; M. WALINE, art. préc., p. 563. Pour des ex., voir CE, Sect., 30 avril 1965, *Charles*, req. n° 64.191, Rec., p. 256 ; Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet*, préc. ; Ass., 23 juillet 1976, *Société Algéco*, préc.

⁹⁹⁴ CE, Sect., 18 décembre 1981, *Ministre des Relations extérieures c/ Pelaz et autres*, req. n° 36.142, Rec., p. 481, RDP, 1982, n° 4, p. 1131, note J. de SOTO. Sur ce point, voir, outre les références déjà citées à la note précédente, J.-Y. VINCENT, fasc. préc., p. 22, n° 118. Pour d'autres ex., voir CE, 10 décembre 1931, *Lavanceau*, Rec., p. 1097 ; 27 mai 1932, *Goualard*, Rec., p. 520 ; 7 décembre 1949, *Aucourt*, Rec., p. 533 ; 3 mars 1950, *Commune de Corps*, Rec., T., p. 731 ; Sect., 30 septembre 1955, *Société Minoteries Grima*, préc. ; 31 mars 1999, *Vicqueneau et autres*, req. n° 156.630, Rec., T., p. 958, AJDA, 1999, n° 9, p. 744, note J.-P. GILLI, BJDU, 1999, n° 4, p. 268, concl. A. DAUSSUN ; 9 juin 1999, *Bruant*, req. n° 180.507, Rec., T., p. 597, Dr. adm., 1999, n° 8-9, p. 9, obs. R. SCHWARTZ ; 7 avril 2010, *SCI la Tilleulière*, req. n° 311.694, à ment. au T. du Leb., BJDU, 2010, n° 2, p. 142, concl. J. BURGUBURU et obs. C. LAMBERT, JCP A, 2010, n° 20, p. 46, note G. PELLISSIER, RDI, 2010, n° 7-8, p. 406, obs. P. SOLER-COUTEAUX.

⁹⁹⁵ M. WALINE, note sous CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, in *Notes d'arrêts*, préc., p. 699.

⁹⁹⁶ Sur ces différences, voir, R.-G. SCHWARTZENBERG, thèse préc., p. 177 et s.

les exceptions audit principe étant d'interprétation stricte, on ne saurait voir dans l'acceptation de la rétroactivité du retrait une habilitation implicite à édicter d'autres décisions comportant un effet sur le passé, alors même qu'elles ont un tout autre objet. Il ne faut donc pas rechercher le bien-fondé de cette rétroactivité administrative consécutive au retrait ailleurs que dans l'idée que ce dernier ne fait que précéder une annulation juridictionnelle et à laquelle il a vocation à se substituer. Dans cette perspective, il paraîtrait quelque peu paradoxal de reconnaître à l'autorité administrative le pouvoir de donner toute sa portée au principe de légalité tout en lui interdisant de recourir aux instruments permettant d'y parvenir. Or, dans certaines situations, la rétroactivité est le moyen approprié, et parfois même le seul, pour procéder à la *restitutio in integrum* de la légalité commandée par le prononcé d'une annulation. De surcroît, opposer le principe de non-rétroactivité aux mesures prises en exécution d'un retrait condamnerait l'administration à « *adopter une attitude consistant à attendre, inerte, que le juge prononce une annulation, afin d'acquérir le seul titre susceptible de l'autoriser à agir rétroactivement* »⁹⁹⁷. Pour rigoureuse qu'elle soit au vu des principes régissant l'action administrative, cette solution aurait des conséquences pratiques redoutables.

282. On retrouve donc, en matière d'exécution d'une annulation administrative, la double dimension de la rétroactivité administrative dérivée de l'autorité de la chose jugée. Ce qui a été dit de la première est donc pleinement transposable à la seconde⁹⁹⁸, dans la limite des différences que l'on vient de souligner. En principe, le retrait d'une décision administrative entraîne l'obligation pour l'autorité administrative de retirer l'ensemble des « actes-conséquences » de la décision annulée⁹⁹⁹. En revanche, l'annulation administrative n'implique pas son remplacement rétroactif par une décision légale. Il en va ainsi particulièrement s'agissant des conséquences à tirer du retrait des décisions prises sur demande, quelle que soit leur forme, ainsi que plus généralement de celles que l'autorité administrative n'est pas tenue de prendre. Dans ces hypothèses, le retrait de la décision ne rend pas le demandeur titulaire, avec ou sans effet rétroactif, d'une décision en sens contraire. Le retrait a seulement pour effet de replacer ce dernier dans la situation dans laquelle il se trouvait un instant avant que l'autorité administrative édicte la décision rapportée¹⁰⁰⁰. Par l'effet du retrait, l'autorité administrative compétente se trouve à nouveau saisie de la demande et doit procéder à une nouvelle instruction¹⁰⁰¹. Le retrait présente même, dans ce cas précis, une certaine actualité, puisque l'autorité administrative devra se prononcer, non pas en fonction du droit applicable au jour de l'édition de la décision retirée, mais en fonction du droit en vigueur au jour de la nouvelle décision. Il en va ainsi même dans le cas particulier où une demande soumise au régime de la décision implicite d'acceptation est satisfaite par une décision expresse à l'intérieur du délai, puis retirée hors délai. L'effet rétroactif du retrait de la décision explicite n'aboutit pas à la naissance d'une décision implicite d'acceptation du simple fait que le délai s'est écoulé entre les

⁹⁹⁷ F. LENICA, concl. sur CE, 19 mars 2010, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes et autres*, préc., *RJEP*, 2010, n° 679, p. 21.

⁹⁹⁸ Cf., plus haut, p. 175, n° 234.

⁹⁹⁹ Sur ce point, voir, plus bas, p. 835 et s., n° 1088 et s.

¹⁰⁰⁰ CE, 2 avril 1971, *Ministre de la Santé publique et de la Sécurité Sociale c/ Marchand*, préc. (retrait de la prorogation de l'autorisation initiale).

¹⁰⁰¹ Cf., par analogie avec une annulation contentieuse, CE, Sect., 25 janvier 1963, *Caro*, req. n° 56.694, Rec., p. 51 ; Sect., 7 décembre 1973, *Ministre de l'Agriculture et du Développement rural c/ Société civile agricole des Nigritelles*, req. n° 88.252 et 91.237, Rec., p. 699 et *Entreprise J. Fayolle et fils*, req. n° 88.106, Rec., p. 703, *AJDA*, 1974, n° 2, p. 81, chr. M. FRANC et M. BOYON et p. 85, note B. GENEVOIS, *D.*, 1974, J., p. 156, note G. LIET-VEAUX, *Gaz. Pal.*, 1974, 1, p. 134, note J. MEGRET ; 18 janvier 1974, *Ministre de l'Aménagement du Territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Société foncière Biarritz-Anglet*, req. n° 88.665, Rec., p. 38. Voir R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 600.

deux décisions expresses successives¹⁰⁰². Enfin, la rétroactivité de l'annulation administrative peut exceptionnellement exiger de l'autorité compétente qu'elle adopte des mesures elles-mêmes dotées d'un effet rétroactif afin de parvenir au rétablissement complet de la légalité méconnue¹⁰⁰³.

À côté du pouvoir général d'annulation reconnu à toute autorité administrative, il existe des pouvoirs spéciaux d'annulation rétroactive, dont le régime diffère singulièrement du précédent.

B/ Les autres cas d'annulation administrative

283. La reconnaissance d'un pouvoir administratif d'annulation, par dérogation au principe de non-rétroactivité des décisions administratives, est intimement liée à l'idée que l'autorité administrative est, au même titre que son juge, garante de la légalité administrative. Toutefois, cette corrélation n'est pas toujours vérifiée. Des textes ont, en effet, permis à certaines autorités administratives d'exercer un pouvoir d'annulation à l'égard de décisions pourtant légalement intervenues. Un tel pouvoir présente nécessairement une nature différente de celui reconnu par le droit commun. Il en résulte qu'il existe une dualité du pouvoir d'annulation au sein de l'ordre administratif. Alors que le pouvoir d'annulation de droit commun appartient de plein droit à toute autorité administrative, le second dépend, dans son principe autant que dans son régime, du texte institutif.

La dévolution à une autorité administrative du pouvoir d'annuler ou de déclarer nuls des actes de droit public ou de droit privé n'indique pas, *ipso facto*, que l'auteur du texte a entendu habiliter celle-ci à remettre en cause les effets passés des actes sur lesquels s'exerce son pouvoir. Tout en faisant usage des termes d'annulation ou de déclaration de nullité, certains textes ont empêché que les effets de l'une ou de l'autre s'étendent au passé. C'est ainsi que, dans le cadre du rétablissement de la légalité républicaine, le législateur avait, tout en autorisant de manière exceptionnelle les collectivités locales à constater par délibération spéciale la nullité des contrats qu'elles avaient passés sous le régime de Vichy, expressément prévu que la déclaration de nullité ne saurait toutefois porter atteinte aux effets découlant de l'application passée de ces contrats¹⁰⁰⁴. Du reste, cette singularité s'explique à la lumière de la logique propre au rétablissement de la légalité républicaine, telle qu'elle a été conçue et mise en œuvre par le Gouvernement provisoire de la République française, puis reprise sous la IV^e République¹⁰⁰⁵.

284. En dehors de ce cas exceptionnel, le principe demeure celui de la rétroactivité de l'annulation consacrée par un texte. L'octroi d'un pouvoir d'annulation spécial s'est effectué de manière ponctuelle dans les domaines les plus divers. On ne saurait sans artifice y déceler une quelconque logique d'ensemble, chaque texte poursuivant des objectifs qui lui sont propres. L'exemple le plus significatif est celui des recours administratifs spéciaux dont les textes institutifs peuvent attribuer un simple pouvoir d'annulation à l'autorité de contrôle. Par dérogation au droit commun des recours administratifs,

¹⁰⁰² CE, Sect., 7 décembre 1973, *Ministre de l'Agriculture et du Développement rural c/ Société civile agricole des Nigritelles*, préc. et, du même jour, *Entreprise J. Fayolle et fils*, préc. ; 3 décembre 1975, *Compagnie pour l'équipement, le financement et la construction et Établissement particulier des filles de la Charité de Saint-Vincent de Paul à Orsay*, req. n° 96.028, Rec., p. 612. Raisonner autrement reviendrait à priver d'effet la décision expresse de retrait. Sur ce point, voir J. CARBAJO, thèse préc., p. 181.

¹⁰⁰³ Sur ce point, voir, plus bas, p. 843, n° 1100.

¹⁰⁰⁴ Art. 10 de la loi n° 47-1413 du 30 juillet 1947, relative à la révision et à la résiliation exceptionnelles de certains contrats passés par les collectivités locales (JORF du 31 juillet 1947, p. 7463). Voir également, CE, 18 juillet 1952, *Société des eaux de Marseille*, Rec., p. 387, S., 1952, III, p. 114, AJ, éd. Travaux, 1952, p. 480 ; 12 décembre 1952, *Régie foncière et immobilière de la ville de Marseille*, Rec., p. 543, 29 avril 1955, *Consorts Noual*, Rec. p. 228 ; Sect., 6 mai 1955, *SA des grands travaux de Marseille*, Rec., p. 244. Sur la loi de 1947, voir A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 546, n° 499.

¹⁰⁰⁵ Cf. plus haut, p. 121, n° 169.

le pouvoir d'annulation spécial est plus large que celui qui est normalement reconnu à l'auteur de l'acte ou au supérieur hiérarchique. L'aggravation du pouvoir d'annulation répond à la logique particulière des recours administratifs spéciaux, laquelle fait de l'autorité de contrôle la seule compétente pour arrêter définitivement la position de l'Administration. Dans cette configuration bien particulière, celle-ci dispose d'un pouvoir d'annulation renforcé et largement dérogoire au droit commun du retrait des actes administratifs. L'acte initial pourra être annulé pour tout motif et quels que soient ses effets. Cette solution s'explique par le fait que la décision de l'Administration n'est susceptible, dans ce cas particulier, de donner naissance à des droits susceptibles d'être acquis, qu'une fois sa position définitivement arrêtée. En règle générale, les textes ne se contentent pas de reconnaître un simple pouvoir spécial d'annulation à l'autorité en charge du contrôle administratif et lui attribuent un large pouvoir de réformation, voire de substitution rétroactive de sa propre décision à la décision initiale¹⁰⁰⁶. Dans ce dernier cas, la rétroactivité de la nouvelle décision couvrant entièrement la décision initiale, le pouvoir d'annulation se fonde dans le pouvoir de substitution rétroactive octroyé à l'autorité de contrôle¹⁰⁰⁷.

Il se peut néanmoins que les textes institutifs aient entendu limiter les pouvoirs de l'autorité de contrôle à la simple annulation. À titre d'exemple, on rappellera pour mémoire que, dans le cadre du recours de tutelle existant sous l'empire du régime antérieur aux lois de décentralisation, l'autorité de tutelle disposait également du pouvoir d'annuler les actes des collectivités locales¹⁰⁰⁸. En vertu des textes alors applicables, le préfet était compétent pour prononcer, spontanément ou sur demande d'un administré, l'annulation des arrêtés pris par le maire dans l'exercice de ses pouvoirs propres sans limitation de durée et pour tout motif¹⁰⁰⁹. Il bénéficiait toutefois d'un pouvoir plus limité à l'égard des délibérations du conseil municipal, lesquelles ne pouvaient être annulées que pour illégalité¹⁰¹⁰. Dans la

¹⁰⁰⁶ Sur le pouvoir de substitution rétroactive, cf., plus haut, p. 188 et s., n° 247 et s.

¹⁰⁰⁷ D'un point de vue normatif, la substitution d'une norme à une autre suppose une double opération d'annulation de la norme antérieure, puis d'édiction d'une norme nouvelle dotée d'un effet rétroactif (cf., plus haut, p. 190, n° 248). Le pouvoir de réformation n'exclut pas que, saisie d'une demande en ce sens, l'autorité de contrôle prononce seulement l'annulation de la décision initiale (CE, 16 février 1994, *Ministre de la Solidarité c/ Polyclinique Saint-Pierre*, req. n° 119.544, Rec., T., p. 1133, D., 1995, SC, p. 237, obs. F. THIRIEZ, *Dr. adm.*, 1994, n° 5, p. 15, obs. R. ABRAHAM, *RFDA*, 1994, p. 1551, concl. R. ABRAHAM). Cependant, dès lors que c'est la réformation de la décision initiale qui est demandée, la simple annulation est exclue, sauf pour l'autorité de contrôle à manquer à son obligation de statuer sur le bien-fondé de la demande (CE, 2 février 1996, *Société suburbaine de canalisations et de grands travaux SA*, req. n° 133.455, Rec., T., p. 1191).

¹⁰⁰⁸ CE, 4 novembre 1955, *Jourdan*, req. n° 9.238, Rec., T., p. 660. Sur l'ensemble de la question, voir P. BERGERON, thèse préc., p. 164 et s. ; J.-F. BRISSON, thèse préc., p. 126 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 169 et s. ; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, p. 148, n° 236 ; D. TRUCHET, fasc. préc., p. 30, n° 272. Voir également, J. MICHEL, *Recours administratifs gracieux, hiérarchiques et de tutelle*, Paris, La Documentation française, 1996.

¹⁰⁰⁹ Le préfet pouvait annuler de tels arrêtés pour illégalité – obligation lui en était même faite en ce cas – ou pour inopportunité (cf. art. L. 122-27-1 et 122-28 al. 2 du Code des communes ; pour un ex. d'annulation d'un arrêté de police pour inopportunité, cf. CE, 13 juillet 1967, *Commune d'Auboué*, req. n° 60.516, Rec., p. 308, *AJDA*, 1968, II, p. 252, note G. PEISER ; sur l'obligation d'annuler un arrêté municipal illégal, cf. CE, Sect., 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, Rec., p. 363, *AJDA*, 1960, II, p. 86, concl. H. MAYRAS, D., 1960, p. 402, note J. ROBERT). Il est à noter que l'exercice spontané par le préfet de son pouvoir d'annulation n'était enfermé dans aucun délai (CE, 31 janvier 1913, *Maire de Lodève*, Rec., p. 137), tandis que sa mise en œuvre sur demande d'un administré n'était possible qu'à l'intérieur du délai contentieux (CE, 10 décembre 1969, *Valchli*, req. n° 73.194, Rec., p. 566). Limitée dans un premier temps aux vices énumérés par les textes, la demande en nullité de droit a été étendue par la voie prétorienne à l'ensemble des moyens invocables à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 26 novembre 1924, *Geoffroy*, Rec., p. 966).

¹⁰¹⁰ Le Code des communes établissait ainsi, en fonction du vice sanctionné, une distinction entre les délibérations nulles de plein droit et les délibérations annulables. Pour les premières, l'annulation par le préfet pouvait intervenir sans limitation de durée, que celui-ci agisse de manière spontanée ou sur demande d'une personne intéressée (art. L. 121-32 du Code des communes ; CE, 20 décembre 1967, *Société coopérative d'achat et de vente en commun de produits agricoles de la région de Chaulnes*, req. n° 66.759, Rec., p. 512). Dans ce dernier cas, on se trouvait en présence d'un recours administratif préalable obligatoire (R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 281). Pour les secondes, l'autorité de tutelle disposait d'un délai de quinze jours suivant son dépôt à la préfecture pour annuler la délibération entachée d'une nullité de droit. Les personnes intéressées pouvaient, quant à elles, former un recours devant le préfet dans un délai de quinze jours suivant la publication de la délibération contestée (art. L. 121-36 du même code). Voir O.

période récente, l'octroi d'un pouvoir spécial d'annulation a pu également être reconnu au supérieur hiérarchique, en particulier, lorsque le recours exercé devant lui a été organisé comme un recours préalable obligatoire¹⁰¹¹. Le supérieur hiérarchique ne dispose pas de la faculté de substituer sa propre décision à la décision initiale, mais peut toutefois procéder à son retrait. On peut néanmoins douter de la pérennité d'une telle solution, dans la mesure où elle s'avère contraire aux objectifs d'efficacité et de simplicité qui gouvernent l'instauration d'un recours administratif spécial¹⁰¹².

À côté du pouvoir exorbitant dont dispose l'autorité administrative pour prononcer d'autorité l'annulation de ses propres actes au motif de leur illégalité, il est des techniques plus classiques de rétroactivité que le droit administratif a importé du droit civil. C'est le cas du mécanisme de la condition.

III – LA CONDITION ADMINISTRATIVE

285. Tout comme le droit civil, le droit administratif connaît de la condition, laquelle constitue un moyen d'organiser dans le temps des rapports juridiques. Comme l'ont montré plusieurs auteurs, la notion de condition, en tant qu'elle sert à décrire différents mécanismes relatifs à l'effectivité de l'acte juridique, n'est pas exclusive des rapports de droit public, que ces derniers s'inscrivent dans un cadre contractuel ou même unilatéral¹⁰¹³. En effet, la décision administrative étant par principe inconditionnée, l'acte conditionnel se rencontre plus rarement en cette matière. Cela dit, dans le cas du contrat comme dans celui de la décision unilatérale, la condition permet à l'autorité administrative de prévoir l'incertain dans l'acte qu'elle prend, en organisant notamment ses modalités d'application dans le temps. Suivant la définition qu'en donne Mme Théron dans la thèse qu'elle lui a consacrée, la condition renvoie à un certain type de relations entre des éléments distincts. Ces rapports sont gouvernés à la fois par un principe de fondement – l'existence d'un élément est subordonnée à l'existence d'un autre – et un principe de dépendance étroite. Ce qui singularise la condition par rapport à d'autres rapports du même type, tels la causalité, c'est l'idée d'incertitude. L'existence du premier élément n'est pas acquise donc celle du second non plus¹⁰¹⁴. Pour qu'il y ait condition il doit exister, à la date à laquelle l'acte est formé, une incertitude déterminante sur la réalisation de l'événement envisagé.

DUPEYROUX, thèse préc., p. 304, n° 280 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, préc., p. 263, n° 562 bis ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, préc., p. 94 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 570.

¹⁰¹¹ G. GUILLAUME, concl. sur CE, Sect., 17 février 1978, *Ministre de la Santé c/ Scarron Parc*, req. n° 06.794, Rec., p. 85, non publiées. Tel était le cas dans la fonction publique militaire du décret n° 2001-407 du 7 mai 2001, organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires (JORF n° 109 du 11 mai 2001, p. 7486). Dans sa rédaction initiale, le décret prévoyait que le Ministre de la Défense ne pouvait que rejeter le recours ou prononcer l'annulation partielle ou totale de l'acte soumis à son appréciation (sur ce point, cf. Conseil d'État, étude préc., p. 59). Un pouvoir de substitution a été reconnu en 2005 à l'autorité hiérarchique, avant que la procédure ne soit abrogée en 2008. Sur l'ensemble de la question, voir J.-C. GROSHENS, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA*, 1966, I, p. 140 ; J. RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, I, p. 154, ainsi que les références citées par R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 402, n° 552.

¹⁰¹² Pour ces raisons, le Conseil d'État a estimé, dans son étude consacrée aux recours administratifs préalables obligatoires, que le pouvoir de réformation devait rester la règle en la matière (Conseil d'État, étude préc., p. 58).

¹⁰¹³ D'origine civiliste, l'institution de la condition, régie par les articles 1168 et s. du Code civil, a fait l'objet d'une transposition, voire même d'une réception, en droit administratif (cf., en ce sens, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Droit public, 2003, p. 135 et s., n° 123 et s. ; S. THÉRON, thèse préc., p. 29 et s.). Voir également, *Traité des contrats administratifs*, t. I, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1983, p. 62, n° 41.

¹⁰¹⁴ S. THÉRON, thèse préc., p. 27. Voir également, N. BOULOUIS, concl. sur CE, Sect., 14 mars 2008, *M. Portalis*, req. n° 283.943, Rec., p. 100, *RFDA*, 2008, n° 3, p. 482.

Ainsi, l'acte administratif conditionnel envisage lui-même certains évènements, dont la survenance incertaine détermine tout ou partie de ses effets¹⁰¹⁵. En matière d'actes unilatéraux, la condition influe directement sur les droits que son destinataire peut légitimement attendre de l'édiction de la décision¹⁰¹⁶. Cette *condition-modalité*¹⁰¹⁷ revêt deux formes principales. La condition suspensive gouverne le déclenchement des effets de l'acte. Ceux-ci sont suspendus jusqu'à ce que la condition se réalise. L'autorité administrative peut, par exemple, soumettre l'octroi d'une subvention à une personne privée à la condition que celle-ci crée un certain nombre d'emplois ou réalise des investissements¹⁰¹⁸. L'approbation donnée par certaines autorités administratives aux décisions adoptées par une autre autorité a été également analysée comme une condition suspensive, sans que les deux procédés soient pleinement assimilables¹⁰¹⁹. La condition résolutoire commande, quant à elle, l'anéantissement des effets de l'acte. L'acte produit normalement ses effets jusqu'à ce que la condition se réalise ou cesse d'être remplie, ce qui entraîne leur annihilation. Ainsi en va-t-il de la subvention accordée par l'autorité administrative à une personne privée ou publique dont l'existence est soumise à la conformité du comportement du bénéficiaire aux prescriptions fixées par la décision d'attribution¹⁰²⁰.

286. De la même manière qu'en droit civil, la condition produit, en droit administratif, un effet rétroactif lorsqu'elle est accomplie¹⁰²¹. Dans le cas de la condition suspensive, l'acte prend effet rétroactivement au jour de son édicition ou de sa publication. Dans le cas de la condition résolutoire, l'acte est censé n'avoir jamais existé et ses effets disparaissent à compter du moment même où il a été pris. En matière d'actes unilatéraux, cela ne signifie pas pour autant que l'accomplissement de la condition résolutoire entraîne la caducité de plein droit de l'acte conditionnel¹⁰²². La résolution de la décision unilatérale requiert une nouvelle manifestation de volonté de la part de son auteur. Il s'ensuit

¹⁰¹⁵ La condition constitue un aménagement spécifique qui procède du contenu même de l'acte. En ce sens, elle concerne l'obligation et non l'acte en lui-même. L'acte est formé, mais ne sera effectif que dans la mesure où la condition se réalisera. Si l'acte est formé, l'obligation reste en devenir (R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, A. Marescq 1877, 3^e éd., t. I, p. 166). C'est ainsi qu'un auteur relevait que « l'acte conditionnel est un acte paralysé, non pas un acte incomplet » (P. DEROUIN, « Pour une analyse fonctionnelle de la condition », *RTDCiv.*, 1978, p. 1 spéc. p. 20, n° 33). Sur ces différents points, voir G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 225 ; S. THÉRON, thèse préc., pp. 347-356.

¹⁰¹⁶ Sur le lien entre création de droits susceptibles d'être acquis et actes conditionnels, voir G. VUGHT, concl. sur CE, Ass., 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne et Manufacture française des pneumatiques Michelin*, req. n° 59.004 et 64.180, Rec., p. 211, spéc. p. 235 ; N. BOULOUIS, concl. sur CE, Sect., 14 mars 2008, *M. Portalis*, préc. ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 239, n° 599 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 89, n° 150.

¹⁰¹⁷ Selon la formule de S. THÉRON, thèse préc., p. 341 et s.

¹⁰¹⁸ L'acte conditionnel ne devient créateur de droits qu'une fois le comportement adopté. Voir CE, Sect., 10 mars 1967, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Société Samat et Cie*, req. n° 64.509, Rec., p. 113, *AJDA*, 1967, II, p. 280, concl. Y. GALMOT ; 28 juillet 1993, *Commune de Faye d'Anjou c/ Association "Chant'la vie"*, req. n° 135.903, Rec., T., p. 658 (sol. *a contrario*). Sur ce point, voir également J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2010, 5^e éd., p. 383, n° 667. Pour d'autres ex., voir CE, 6 mars 1953, *Sieur Levert*, Rec., p. 116 ; Ass., 1^{er} juin 1956, *Ville de Nîmes c/ Pabion*, Rec., p. 217, *RPDA*, 1956, p. 121, concl. P. LAURENT ; 30 septembre 2002, *Pausé*, req. n° 220.127, Rec. p. 319, *CFP*, février 2003, p. 29, note M. GUYOMAR.

¹⁰¹⁹ Sur ce point, cf., plus haut, p. 183, n° 242.

¹⁰²⁰ Qu'il s'agisse, pour une entreprise, de réaliser certains équipements publics (CE, 26 novembre 1993, *Ministre de l'Industrie et de l'Aménagement du territoire c/ Société industrielle française du tout terrain*, req. n° 103.579, Rec., T., p. 634, *Dr. adm.*, 1993, n° 12, p. 5) ou, pour une université, de garantir le principe de continuité des enseignements (CE, Sect., 30 mars 1979, *Secrétaire d'État aux universités et université de Bordeaux II*, req. n° 09.369, 09.413, Rec., p. 141, *AJDA*, 1979, n° 10, p. 18 et p. 32, chr. Y. ROBINEAU et M.-A. FEFFER, *D.*, 1981, J., p. 51, note B. FOUCHER). Pour d'autres ex., voir CE, 8 février 1985, *Syndicat intercommunal de la Marana*, req. n° 42.490, Rec., p. 28, *AJDA*, 1985, p. 293, obs. J. MOREAU ; 29 mai 1996, *Secrétaire d'État à la mer*, req. n° 146.001, Rec., T., p. 805 ; 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d'industrie (CCI) de l'Indre*, req. n° 308.615, Rec., p. 238, *AJDA*, 2010, n° 34, p. 1219, étude E. GLASER, *CMP*, 2010, n° 10, p. 42, note P. DEVILLERS, *JCP A*, 2010, n° 36, p. 33, note J.-P. MARKUS, *RFDA*, 2010, n° 5, p. 1065, *RJEP*, 2011, n° 683, p. 38, concl. E. CORTOT-BOUCHER.

¹⁰²¹ Art. 1179 du Code civil.

¹⁰²² S. THÉRON, thèse préc., p. 474. Une telle assimilation serait, en tout état de cause, inexacte. Outre le fait que la disparition de l'acte est purement fortuite dans le cas de la caducité, il n'a jamais été admis que celle-ci produise un effet rétroactif en droit administratif (G. CHAVRIER, *La caducité des actes juridiques en droit public*, thèse dactyl., Paris II, 1997, p. 4 et s., spéc. p. 15 ; G. GONZALEZ, « La caducité des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 1991, n° 6, p. 1676, spéc. p. 1678 ; Y. LAURANS, « La caducité des contrats administratifs », *RFDA*, 2011, n° 2, p. 495, spéc. p. 498).

que la réalisation de la condition résolutoire fonde simplement le retrait rétroactif par l'autorité compétente de la décision qui la comporte¹⁰²³ et non la disparition spontanée de ses effets. Ainsi en va-t-il par exemple de l'article 1649 *nonies* A du Code général des impôts qui attribue expressément à l'Administration fiscale un pouvoir d'agrément discrétionnaire, sur le fondement duquel elle peut assortir ses décisions d'octroi de conditions que la loi n'a pas prévu et qui présentent un caractère résolutoire. L'inexécution par le contribuable des conditions posées par l'Administration fiscale entraîne le retrait rétroactif de l'agrément¹⁰²⁴.

La rétroactivité attachée à la condition ne pose aucune difficulté en matière contractuelle¹⁰²⁵, dès lors que les contrats administratifs ne sont pas soumis au respect du principe de non-rétroactivité pour ce qui concerne les relations *inter partes*. En revanche, cette rétroactivité pourrait apparaître, s'agissant des actes administratifs unilatéraux, comme incompatible avec ce principe. Or, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont pourtant jamais considéré qu'en la matière le second s'opposât à la première. Outre le fait qu'il s'agit là d'une application directe, quoique adaptée aux spécificités des situations administratives, des règles découlant du Code civil, certains auteurs considèrent que la sécurité juridique – que s'attache à garantir le principe de non-rétroactivité – ne se trouve pas compromise, dès lors que les destinataires de l'acte conditionnel connaissent, au moment de l'édiction de ce dernier, les conséquences qu'aura pour eux la réalisation de la condition¹⁰²⁶. Du reste, le juge administratif s'est attaché à limiter la possibilité pour l'autorité administrative de soumettre ses décisions à des conditions à effet rétroactif aux cas dans lesquels un texte a expressément prévu cette faculté ou, dans le silence de ce dernier, lorsqu'elle constitue une « *nécessité intimement liée à l'économie de ce texte et à son but* »¹⁰²⁷. Dans ce contexte, il va de soi qu'il ne peut y avoir de condition sans pouvoir discrétionnaire de l'administration dans l'application du texte en cause. En effet, la situation de compétence liée interdit à l'autorité compétente de choisir le moment ou le sens de sa décision et, par conséquent, le régime de ses effets¹⁰²⁸. Même dans le cas où il existe un pouvoir discrétionnaire, ce qui autorise l'autorité administrative à

¹⁰²³ Sur ce point, voir N. BOULOUIS, concl. sur CE, Sect., 14 mars 2008, *M. Portalis*, préc., et *RFDA*, 2008, n° 5, p. 931, note B. SEILLER ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 93, § 14. Dans ce cas, le retrait de l'acte conditionnel obéit à un régime largement dérogatoire au droit commun, dès lors qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper des règles gouvernant le délai du retrait des actes créateurs de droits (CE, Ass., 1^{er} juin 1956, *Ville de Nîmes c/ Pabion*, préc. ; Ass. plén., 29 janvier 1960, *Ballarin*, req. n° 37.538, Rec., p. 68 ; 25 juillet 1975, *Jaubertie*, req. n° 87.988, Rec., T., p. 856 ; 5 septembre 2001, *Préfet de l'Hérault c/ Errazouki*, req. n° 226.295, Rec., T., p. 792 ; 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d'industrie (CCI) de l'Indre*, req. n° 308.615, préc.).

¹⁰²⁴ CE, 1^{er} juin 1988, *SA Berto*, req. n° 79.550, *GAJF*, n° 58 *RJF*, 1988, n° 8-9, p. 566 et 1990, n° 4, p. 293, *BGFE*, 1988, n° 10, p. 3. On relèvera cependant que l'autorité compétente dispose de la faculté de moduler les effets dans le temps du retrait de l'agrément (CE, 25 octobre 1985, *SA "La Cornouaille française"*, req. n° 29.116, *RJF*, 1985, n° 12, p. 832 et 797, concl. N. CHAHID-NOURAÏ ; 28 octobre 1987, *SA "Hirigoyen"*, req. n° 35.232, *RJF*, 1987, n° 12, p. 651, *DF*, 1988, n° 28, p. 1458, concl. LE ROY ; CAA Nantes, 2 février 2009, *Goudy*, req. n° 08NT00497, *BDCF*, 2009, n° 7, p. 61, concl. C. HERVOUET). Sur l'agrément fiscal, voir J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *op. cit.*, p. 116, n° 121 ; M. COLLET, *op. cit.*, p. 186, n° 330 ; J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1971, n° 23, p. 71, spéc. p. 137 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 250, n° 686 ; J. MAÏA, « L'agrément fiscal : Instrument d'intervention économique ou de sécurité juridique ? », *RJF*, 2001, n° 2, chr., p. 99 ; M. de SAINT-PULGENT, « Le droit français des agréments fiscaux », *EDCE*, 1989, n° 40, p. 185 ; G. TOURNIÉ, *L'agrément fiscal*, Paris, Pedone, 1970, spéc. p. 166 et p. 221.

¹⁰²⁵ CAA Paris, 12 novembre 1992, *SA BSM Constructions industrialisées*, req. n° 91PA00122, Rec., p. 588, *AJDA*, 1993, n° 2, p. 95, spéc. p. 139, chr. J.-P. JOUGUELET, J.-F. GIPOULON et P. CADENAT, *Dr. adm.* 1993, n° 3, p. 7. Du reste, la condition relève du domaine du principe de l'autonomie de la volonté dont bénéficie les parties à un contrat administratif (cf., en ce sens, J. DELMAS-MARSALET, art. préc., p. 72 ; S. THÉRON, thèse préc., p. 376 et s.).

¹⁰²⁶ Sur le premier point, voir P. BLESSIX, thèse préc., p. 137, n° 124. Sur le second point, voir J. CARBAJO, thèse préc., p. 174 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 250, n° 635.

¹⁰²⁷ N. BOULOUIS, concl. sur CE, Sect., 14 mars 2008, *M. Portalis*, préc. ; Y. GALMOT, concl. sur CE, Sect., 10 mars 1967, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Société Samat et Cie*, req. n° 64.509, Rec., p. 113, *AJDA*, 1967, II, p. 280.

¹⁰²⁸ CE, 16 mai 1975, *Syndicat national des médecins chirurgiens spécialistes et biologiste des hôpitaux publics*, req. n° 87.203, Rec., p. 306 ; Sect., 3 février 1999, *Montagnac*, req. n° 149.722, Rec., p. 6, *AJDA*, 1999, n° 9, p. 631, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; 15 mars 1999, *Société Cévenole de travaux routiers*, req. n° 165.097, Rec., T., p. 894). Voir également, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 219, n° 537 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 91, § 14 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 52, n° 375 ; S. THÉRON, thèse préc., p. 379.

soumettre sa décision à une condition non prévue par les textes, celle-ci ne sera valable que pour autant qu'elle présente un caractère simplement potestatif¹⁰²⁹.

Tout aussi rare que l'acte conditionnel, l'acte administratif interprétatif produit également un effet rétroactif, eu égard à son objet.

IV – L'INTERPRÉTATION ADMINISTRATIVE

287. De la même façon que le législateur, l'autorité administrative est amenée à édicter des dispositions interprétatives de ses propres actes. Il est également reconnu un pouvoir interprétatif à l'autorité administrative en sa qualité d'organe d'application du droit. Au titre de sa fonction d'exécution des lois, le pouvoir réglementaire est fondée à adopter des dispositions interprétatives. En raison de l'identité d'objet existant entre la norme interprétative et la norme interprétée, la première rétroagit valablement à la date d'effet de la seconde. Cette solution tirée de la fiction d'incorporation de la disposition interprétative à la disposition interprétée n'est cependant pas encore fermement assise en jurisprudence du fait de la rareté des cas d'application (A).

En effet, l'interprétation administrative des textes en vigueur est, le plus souvent, réalisée à travers un ensemble de documents hétérogènes, dont le point commun est de se voir dénier tout caractère normatif. Faute pour l'auteur de la doctrine administrative de se voir reconnaître officiellement le statut d'interprète authentique, l'interprétation qu'il donne est dépourvue de toute valeur juridique. Dès lors que la doctrine administrative ne modifie aucunement l'ordonnancement juridique, il faut en conclure que l'interprétation donnée par cette voie ne produit, en droit, aucun effet rétroactif. Bien que parfaitement logique, cette solution ignore cependant le rôle joué en pratique par la doctrine administrative dans la détermination du droit applicable. À ce titre, il lui est même reconnu une véritable autorité de fait à l'égard des sujets de droit. Par une sorte d'*effet « ricochet »*, l'interprétation administrative par voie de doctrine est susceptible d'affecter rétroactivement des situations juridiques antérieurement constituées. En d'autres termes, ces normes interprétatives « de fait » sont, en l'absence de reconnaissance officielle, le siège d'une rétroactivité elle-même « de fait » (B).

A/ La rétroactivité de droit des actes administratifs interprétatifs

288. Eu égard à l'identité d'objet existant entre la norme interprétative et la norme interprétée, celle-ci produit, de plein droit, un effet rétroactif au jour de l'entrée en vigueur de celle-ci¹⁰³⁰. Largement admise lorsqu'elle émane du législateur ou du juge, cette rétroactivité l'est plus difficilement lorsque c'est l'autorité administrative qui se fait interprète de la loi ou d'un acte administratif. De fait, la plupart des auteurs ne rangent pas l'acte administratif interprétatif parmi les exceptions au principe de non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux¹⁰³¹. On ne saurait pour autant interpréter ce silence comme une condamnation implicite du procédé au regard du principe de non-rétroactivité. Cette omission peut, en effet, s'expliquer par le fait que le recours à l'acte administratif interprétatif reste

¹⁰²⁹ Sur ce point, voir P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 219, n° 536 ; L. TALLINEAU, thèse préc., p. 256 ; B. SEILLER, *loc. cit.* ; S. THÉRON, thèse préc., p. 352 ; M. WALINE, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., 1950, p. 615.

¹⁰³⁰ Cf., plus haut, p. 124, n° 172.

¹⁰³¹ J. CARBAJO, thèse préc., p. 87 et s. ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1149, n° 1336 2° ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 224 et s., n° 553 et s. ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 369 et s. ; J. PUISOYE, art. préc., p. 48 et s. ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 232 et s. ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 304 ; J.-Y. VINCENT, fasc. préc., pp. 9-10, n° 44 et s.).

relativement rare en pratique. Cependant, d'autres auteurs excluent justement, de manière expresse, ces actes des exceptions légales au principe de non-rétroactivité¹⁰³². Ce rejet de la rétroactivité de l'acte administratif interprétatif résulte principalement de leur opposition à la reconnaissance d'un pouvoir d'interprétation aux autorités administratives, qui serait concurrent de celui du juge¹⁰³³. Si elle a pu un temps être soutenue, cette position semble aujourd'hui, si ce n'est démentie, du moins dépassée. Dans la période récente, la doctrine est, certes encore avec circonspection, davantage favorable à l'admission d'un pouvoir d'interprétation dans le chef de l'autorité administrative, qu'il s'agisse de ses propres actes ou de la loi, de même que sa conséquence logique, la rétroactivité légale de l'interprétation administrative¹⁰³⁴. Cette opinion peut s'appuyer sur une jurisprudence ferme des deux ordres de juridiction, au moins quant à la réponse à donner à la première de ces deux questions. Elle demeure néanmoins plus nuancée sur l'acceptation de la rétroactivité de l'interprétation administrative¹⁰³⁵.

En vertu d'une jurisprudence émanant tant du juge administratif que de son homologue judiciaire et dépourvue d'ambiguïté sur ce point, l'autorité administrative dispose d'abord d'un pouvoir interprétatif en sa qualité d'auteur de l'acte interprété¹⁰³⁶. Sous l'empire de la Constitution de 1958, cette solution semble même s'imposer d'elle-même pour les règlements autonomes. En effet, il semble naturel de reconnaître à l'autorité normative la faculté d'interpréter les règles de droit qu'elle a elle-même posées et l'on entrevoit mal quel principe pourrait, dans notre ordre juridique, s'y opposer.

Ensuite, un tel pouvoir est également reconnu par le juge administratif à l'autorité administrative agissant cette fois en sa qualité d'organe d'application du droit. Pour celui-là, le « *pouvoir réglementaire d'application des lois comporte la faculté d'interpréter les règles établies par le législateur* »¹⁰³⁷. L'exercice de ce pouvoir administratif d'interprétation en exécution de la loi n'est toutefois légal que dans la mesure où il reste conforme à la volonté du législateur. Cela signifie que l'interprétation administrative en exécution de la loi doit se borner à tirer les conséquences de celle-ci ou à en faire une exacte application, sans rien y ajouter. L'interprétation administrative « fait corps » avec la loi interprétée. C'est ainsi que le Conseil d'État a pu juger qu'étaient légaux des décrets ayant

¹⁰³² J.-M. AUBY, art. préc., p. 47 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 47. Voir également, quoique de manière moins nette, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 290, n° 265.

¹⁰³³ Ces auteurs se rallient à la position du Doyen Roubier qui assimile la loi interprétative à un changement de jurisprudence. Suivant cette conception, en adoptant un acte interprétatif, l'autorité administrative se placerait sur le même terrain qu'un juge. Or, si cette attitude est admissible à propos du législateur souverain, elle l'est beaucoup plus difficilement vis-à-vis de l'administration. En effet, cette dernière ne pourrait, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, jouer un rôle analogue à celui du juge, du moins en l'absence d'habilitation législative l'y autorisant (J.-M. AUBY, *loc. cit.* ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 288, n° 263 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 248, n° 56). Pour un exposé critique, voir J. PETIT, thèse préc., p. 313, n° 643 et s.

¹⁰³⁴ L. DI QUAL, « Des actes interprétatifs publics non juridictionnels et de leur autorité à l'égard du juge », *D.*, 1964, chr., p. 37, spéc. p. 40 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 139, note 105 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 629, n° 1327 et « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », in P. AMSELEK (dir), *op. cit.*, pp. 203-204 ; J. PETIT, *loc. cit.* ; M. WALINE, *loc. cit.* Certains auteurs, tout en reconnaissant l'existence des actes administratifs interprétatifs, n'en tirent pas pour autant la conséquence du point de vue de leur application dans le temps, comme en témoigne l'absence de mention de ces derniers dans les exceptions au principe de non-rétroactivité (comp., par ex., B. SEILLER, « Acte administratif (I – Identification) », fasc. préc., p. 33, n° 225 et « Acte administratif (II – Régime) », fasc. préc., p. 55, n° 382).

¹⁰³⁵ Sur l'ensemble de ces questions, voir J. PETIT, thèse préc., p. 314 et s., n° 646 et s.

¹⁰³⁶ CE, 23 janvier 1925, *Fédération des mutilés du Maine-et-Loire*, Rec., p. 76 : le préfet pouvait légalement « préciser par un arrêté interprétatif, le sens et la portée de l'autorisation précédemment accordée ». Cf., dans le même sens, Cass. Civ., 22 janvier 1941, *Daunis c/ Dame Yon*, *Dr. adm. ou D.*, 1941, J., p. 84 ; Soc., 5 mai 1961, Bull. Civ., n° 466 ; Soc., 15 mars 1979, *Coquard c/ URSSAF de Besançon*, pourv. n° 77-14.287, Bull. Civ. V, n° 245, p. 175.

¹⁰³⁷ J. PETIT, thèse préc., p. 315, n° 648. Voir, en ce sens, G. BRAIBANT, concl. sur CE, Sect., 12 mai 1965, *Fédération des chambres syndicales de négociants importateurs de la métallurgie et de la mécanique*, Rec., p. 165, *JCP G*, 1966, II, 14771 ; J. MASSOT, concl. sur CE, Sect., 26 avril 1978, *Comité d'entreprise de la société nationale de la télévision en couleur "Antenne 2"*, req. n° 04.949, Rec., p. 186, *AJDA*, 1978, n° 10, p. 502, spéc. p. 506 ; G. SAINT-PAUL, concl. sur CE, 3 avril 1908, *Casanova*, Rec., p. 356, spéc. p. 359.

simplement pour objet de préciser, sans les modifier, le sens ou la portée de dispositions législatives antérieures¹⁰³⁸.

289. Sur la question de la rétroactivité légale des actes administratifs interprétatifs, la jurisprudence s'est montrée plus hésitante. Alors qu'il a clairement admis que l'acte administratif interprétatif d'un acte administratif antérieur peut valablement rétroagir à la date d'effet de ce dernier¹⁰³⁹, le juge administratif n'a pas tranché explicitement la question de savoir si l'acte administratif interprétatif adopté pour l'exécution d'une loi existante peut légalement rétroagir au jour de l'entrée en vigueur de celle-ci. Tout au plus peut-on inférer, par une interprétation *a contrario*, des décisions dans lesquelles le juge administratif a sanctionné la rétroactivité de l'acte contesté, après avoir constaté qu'il était dépourvu de tout caractère interprétatif¹⁰⁴⁰, que, placé dans la situation inverse, celui-là aurait accueilli favorablement la rétroactivité de l'acte auquel il aurait reconnu, au préalable, un caractère interprétatif. Sur le lien entre rétroactivité et interprétativité du règlement pris en application d'une loi, la jurisprudence des tribunaux judiciaires n'est guère plus éclairante. Saisie de tels actes, la Cour de cassation a déduit de ce que ceux-là n'étaient pas, en réalité, interprétatifs de la loi en cause, qu'ils ne pouvaient, par suite, produire un quelconque effet rétroactif¹⁰⁴¹. L'absence de décision positive rendue par l'une ou l'autre des cours suprêmes rend donc incertaine la licéité de la rétroactivité de l'acte administratif interprétatif édicté pour l'application d'une loi.

290. Il n'en reste pas moins que la reconnaissance de la rétroactivité de plein droit attachée à l'acte interprétatif reste largement tributaire du pouvoir d'appréciation du juge. À la différence du législateur, l'autorité administrative n'est pas maîtresse des qualifications qu'elle donne à ses propres actes. Là où les qualifications législatives, même fausses, s'imposent au juge ordinaire, ce dernier ne saurait, au contraire, être lié par la disposition d'un acte administratif se déclarant interprétative. Il serait, en effet, inadmissible que l'autorité administrative, soumise au principe de non-rétroactivité, puisse contourner l'interdiction qui lui est faite sous couvert d'interprétation¹⁰⁴². Il s'ensuit que la volonté explicite ou implicite de l'auteur du texte administratif reste indifférente dans la détermination de son caractère interprétatif. Pour s'estimer en présence d'un acte administratif interprétatif – et donc rétroactif –, le juge recourt au critère objectif de la norme interprétative, fondé sur l'absence d'innovation par rapport au texte dont le sens est sujet à controverse en raison de son obscurité ou de son ambiguïté. Confrontés à un

¹⁰³⁸ Sur le premier point, voir CE, Ass., 27 avril 1942, *Société immobilière de Lys-Chantilly*, Rec., p. 67 ; Ass., 19 décembre 1958, *Sieur X...*, Rec., p. 601 ; 3 juillet 1974, *Syndicat national des notaires*, req. n° 85.764 et 85.765, Rec., T., p. 818 ; Sect., 26 avril 1978, *Comité d'entreprise de la société nationale de la télévision en couleur "Antenne 2"*, préc., concl. J. MASSOT, préc., D., 1979, J., p. 308, note F. CHEVALLIER, *Dr. Soc.*, 1979, p. 43, note J.-Y. PLOUVIN ; Ass., 16 janvier 1981, *Fédération des associations de propriétaires et agriculteurs de l'Île-de-France et Union nationale de la propriété immobilière*, n° 09.535 et 09.547, Rec., p. 19. Sur le second point, voir CE, Sect., 12 mai 1965, *Fédération des chambres syndicales de négociants importateurs de la métallurgie et de la mécanique*, préc. ; 12 mars 1975, *Bailly*, req. n° 91.280, Rec., p. 183 ; Sect., 14 décembre 1979, *Bilbao*, req. n° 14.402, Rec., p. 466 ; 19 décembre 1979, *Société de droit anglais Hoverlloyd Limited*, req. n° 12.801, Rec., p. 474 ; 28 mars 1980, *Syndicat national des agences de voyage*, req. n° 07.791, Rec., p. 179 ; 6 mars 1981, *Picault*, req., n° 14.771, Rec., T., p. 596 ; 24 juillet 1981, *Calinaud*, req. n° 20.736, Rec., T., p. 557.

¹⁰³⁹ CE, 18 mai 1949, *Société nouvelle Godde-Bedin*, Rec., p. 227 ; 22 janvier 1951, *Société manufacture d'armes et cycles de Saint-Étienne*, Rec., p. 36 (sol. impl.) ; 24 novembre 1976, *Jason et autres*, req. n° 01.623, Rec., T., p. 721.

¹⁰⁴⁰ CE, 10 mars 1944, *Syndicat des fleuristes en boutique de la ville de Rouen et de la région*, Rec., p. 83. Il faut rapprocher de cette hypothèse celle dans laquelle le juge a refusé de faire une application rétroactive de l'acte auquel il a, au préalable, dénié tout caractère interprétatif (CE, Sect., 29 mai 1942, *Ministre des Finances c/ Fabrique Tribaudeau*, Rec., p. 176 ; 11 février 1957, *Ministre des Anciens Combattants c/ Simon*, Rec., p. 100 ; 11 février 1957, *Ministre des Anciens Combattants c/ Lamy*, Rec., p. 539 ; et, de manière implicite, CE, Sect., 20 mai 1966, *Sieur Meunier*, req. n° 58.839, Rec., p. 343).

¹⁰⁴¹ Cass. Crim., 16 mars 1964, pourv. n° 63-90.034, Bull. Crim., n° 101 ; Com., 13 février 1967, Bull. Civ. IV, n° 67 ; Civ. 3^e, 30 avril 1974, *SCI Dingsheim c/ Époux Wittmann*, pourv. n° 72-13.372, Bull. Civ. III, n° 176, p. 130 ; Soc., 13 décembre 1978, *SARL Société européenne de vigilance industrielle et privée (SEVIP) c/ URSSAF de Paris*, pourv. n° 77-11.479, Bull. Civ. V, n° 860, p. 647 (sol. impl.) ; Civ. 2^e, 6 décembre 2006, *Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) des Hauts-de-Seine*, pourv. n° 05-15.134.

¹⁰⁴² J. PETIT, thèse préc., p. 316, n° 652.

acte administratif faussement interprétatif, le Conseil d'État, comme la Cour de cassation, n'hésitent donc pas à le requalifier en acte modificatif du droit antérieur, le privant par là de tout effet rétroactif¹⁰⁴³. Il n'en irait autrement que si la loi elle-même conférait explicitement à l'acte administratif un caractère interprétatif, sous réserve toutefois de respecter la chose définitivement jugée¹⁰⁴⁴. La mise en œuvre de ce critère au regard du seul contenu de l'acte pourrait, à l'inverse, conduire le juge à s'estimer en présence d'un acte administratif interprétatif implicite en l'absence de toute volonté exprimée par son auteur, voire même en présence d'une volonté clairement exprimée par celui-ci¹⁰⁴⁵.

L'encadrement strict dont il fait l'objet à travers un pouvoir de requalification du juge milite en faveur de l'admission de la rétroactivité de l'acte administratif interprétatif. À cela s'ajoute la fonction clarificatrice généralement attribuée à l'interprétation, laquelle contribue au renforcement de la sécurité juridique. Dès lors, on avoue avoir du mal à voir en quoi le principe de non-rétroactivité pourrait s'opposer à la rétroactivité d'un acte administratif interprétatif revêtant l'habillage normatif habituel¹⁰⁴⁶. Sans doute les formes et procédures à respecter lors de l'édition d'un acte administratif interprétatif sont-elles de nature à expliquer le choix de l'interprète administratif d'emprunter, dans la très grande majorité des cas, la voie de la doctrine. La volonté de conserver une certaine souplesse, ainsi qu'une certaine liberté, dans le commentaire des textes, n'y est pas non plus étrangère. Il n'en reste pas moins que la doctrine administrative pose de nombreux problèmes quant à ses effets dans le temps.

B/ La rétroactivité de fait de la doctrine administrative

291. L'administration donne couramment son interprétation des lois et règlements en vigueur à travers un ensemble hétérogène de documents¹⁰⁴⁷, auquel il est communément fait référence sous l'appellation de « doctrine administrative ». Il s'agit principalement pour l'administration de commenter, décrire, paraphraser, expliquer un texte juridique afin d'en faciliter l'application par ses agents. Cette forme d'interprétation administrative est, selon l'opinion commune, dépourvue de toute valeur juridique à l'égard des citoyens. Elle ne crée ni droits, ni obligations en dehors de la sphère interne de l'administration. La doctrine administrative est ainsi classiquement reléguée dans la zone du « non-droit ». Il en découle que, réputée non normative, la doctrine ne saurait produire un quelconque effet

¹⁰⁴³ Outre les ex. déjà cités, voir CE, Sect., 19 janvier 1959, *Villard*, Rec., p. 373, concl. G. BRAIBANT. Pour des ex. de décrets pris en application d'une loi déclarés non interprétatif, voir Cass. Civ. 3^e, 14 novembre 1972, *Julien c/ SAFER de Gascogne Haut-Languedoc*, pourv. n° 71-12.954, Bull. Civ. III, n° 602, p. 442 (sol. impl.) ; Civ. 2^e, 12 juillet 2006, *Société Établissement national des invalides de la Marine (ENIM)*, pourv. n° 04-30.406, Bull. Civ. II, n° 190, p. 182, *JCP S*, 2007, n° 1-2, p. 47, note A. MARTINON. Cf., également, à propos d'arrêtés réglementaires, Soc., 18 janvier 1979, *SA Cristalleries et Verreries Réunies de Choisy-le-Roi c/ URSSAF de Paris*, pourv. n° 77-11.709, Bull. Civ. V, n° 54, p. 40 ; Soc., 29 mai 1985, *Centre municipal de ski nordique c/ Caisse régionale d'assurance maladie de Rhône-Alpes*, pourv. n° 83-17.422, Bull. Civ. V, n° 312, p. 223.

¹⁰⁴⁴ Sur le premier point, voir L. DI QUAL, art. préc., p. 45 ; CE, 10 mars 1944, *Syndicat des fleuristes en boutique de la ville de Rouen et de la région*, préc. ; 17 février 1960, *Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse des commerçants et industriels du Cantal*, req. n° 44.508, Rec., p. 117 ; 16 mars 1960, *Caisse industrielle et commerciale d'allocation vieillesse de Seine-et-Marne et autre*, req. n° 45.265, Rec., p. 196 ; 17 mai 1961, *Caisse artisanale de retraite Auvergne-Velay*, req. n° 46.683, Rec., p. 332 ; Cass. Civ. 2^e, 16 juin 1961, Bull. Civ. II, n° 470 ; 17 juin 1965, Bull. Civ. II, n° 529 ; 16 juin 1966, Bull. Civ. II, n° 700 ; Civ. 2^e, 17 mars 1965, pourv. n° 58-50.236, Bull. Civ. II, n° 280 ; Com. 27 juin 1966, Bull. n° 323. Sur le second point, voir Cass. Soc., 19 novembre 1969, *Brossard*, Bull. Civ. V, n° 622 ; 1^{er} juillet 1971, *URSSAF de la Mayenne c/ Ory et autre*, pourv. n° 70-11.784, Bull. Civ. V, n° 510, p. 428.

¹⁰⁴⁵ Cf., plus haut, p. 131, n° 182. Voir également, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 217, note 107. Cf., par ex., CE, Sect., 29 mai 1942, *Ministre des finances c/ Fabrique Tribaudeau*, préc.

¹⁰⁴⁶ Cf., en ce sens, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 22, n° 34 : « le décret interprétatif ne commente pas, il commande ». Sur le caractère authentique de l'interprétation opérée par cette voie, cf. P. COMBEAU, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », *RFDA*, 2004, n° 6, p. 1069, spéc. p. 1071.

¹⁰⁴⁷ Les supports sont les plus divers : circulaires, instructions, directives, notes, réponses ministérielles à des questions de parlementaires, etc...

rétroactif. En effet, seules les normes juridiques sont susceptibles de rétroagir. Il apparaîtrait dès lors absurde d'affirmer que l'interprétation administrative par voie de doctrine rétroagit, à la manière d'une loi interprétative, au jour de l'entrée en vigueur du texte interprété¹⁰⁴⁸. Du reste, le juge administratif estime que le moyen tiré de la méconnaissance du principe de non-rétroactivité par une composante de cette doctrine administrative manque en fait¹⁰⁴⁹. D'un point de vue strictement formel, il faudrait donc s'en tenir à cette solution de dénégation de tout effet juridique sur le passé de la doctrine administrative.

292. Or, cette conclusion est doublement contraire à la réalité. D'une part, cette analyse méconnaît la dimension normative de la doctrine administrative à l'égard des agents de l'administration. En effet, le chef de service dispose d'une habilitation à édicter des normes en vue d'assurer le « *bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité* »¹⁰⁵⁰. Celles-ci présentent un caractère obligatoire pour les agents administratifs qui en sont les destinataires et ce, en vertu de leur devoir d'obéissance hiérarchique envers leur chef de service. Comme le remarque un auteur, la doctrine remplit « *une fonction d'interprétation des normes [...] que les agents du service ont pour mission de mettre en œuvre au stade de l'application individuelle* »¹⁰⁵¹. Il s'ensuit que les interprétations générales données par l'autorité supérieure des textes en vigueur sont source d'obligations pour les agents subordonnés, en tant qu'elles fixent, dans un sens déterminé, la signification et la portée des dispositions à appliquer. Destinée à régler ou à orienter l'action des agents placés sous l'autorité du chef de service, la doctrine administrative ne saurait, en principe, affecter la situation des sujets de droit. Leur effet juridique reste limité à l'intérieur de l'institution administrative¹⁰⁵². Dans cette mesure, la doctrine administrative, en sa qualité de norme interprétative, présente bel et bien un caractère rétroactif pour l'agent concerné. Ainsi, à l'occasion d'un changement de doctrine opéré par le chef de service, soit qu'il opère un retrait de celle-ci au profit d'un retour au texte même de la règle de droit, soit qu'il modifie l'interprétation qu'il a donné de celle-ci, l'agent sera contraint d'appliquer la nouvelle doctrine à des situations nées antérieurement à l'intervention de ce changement.

D'autre part, un texte entré en vigueur reste, en pratique, bien souvent « lettre morte » s'il n'a été explicité par voie de doctrine administrative et ce, alors même qu'il nécessiterait aucune mesure d'application pour sa mise en œuvre¹⁰⁵³. De fait, les particuliers sont plus directement confrontés aux positions adoptées par l'administration sur l'application qu'elle entend faire d'une disposition donnée, qu'au texte lui-même. La doctrine constitue pour eux la référence essentielle pour l'application concrète d'un texte, ce qui explique qu'ils se conforment à ses prescriptions dans l'aménagement de leur situation. Alors même que la doctrine reste, d'un point de vue externe à l'administration, dépourvue de tout effet à l'égard des sujets de droit, lesquels ont la qualité de tiers vis-à-vis d'elle, elle exerce, en

¹⁰⁴⁸ Pour une position contraire, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 483, n° 621.

¹⁰⁴⁹ CE, 21 octobre 1949, *Sieur Briard*, Rec., p. 431 ; 4 février 2004, *Syndicat CNT-PTE de Paris et autres*, req. n° 236.842 (instruction ministérielle).

¹⁰⁵⁰ CE, 7 février 1936, *Jamart*, Rec., p. 172, *GAJA* n° 48, *S.*, 1937, III, p. 113, note J. RIVERO. Ce fondement d'origine jurisprudentiel est jugé fragile par une partie de la doctrine, principalement en raison des incertitudes liées au statut normatif de la jurisprudence (sur cette question, cf., plus bas, p. 320, n° 406). Ces auteurs proposent de rattacher plus largement cette habilitation à la Constitution elle-même, soit au titre de la fonction d'exécution des lois par la mise en relation des art. 21 et 37 (J. GUEZ, thèse préc., p. 70, n° 249 ; M. PELLETIER, thèse préc., p. 137, n° 224), soit au principe à valeur constitutionnelle de nécessité (G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 60, 2006, p. 577, n° 1071). Pour un ex., cf. CE, 8 mars 2006, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques (FCPE)*, req. n° 275.551, Rec., p. 112, *AJDA*, 2006, n° 20, p. 1107, concl. R. KELLER, *Dr. adm.*, 2006, n° 6, p. 17, obs. A. TAILLEFAIT.

¹⁰⁵¹ M. PELLETIER, thèse préc., p. 220, n° 361. Voir également, *ibid.*, p. 453, n° 729.

¹⁰⁵² Sur le premier point, voir P. COMBEAU, art. préc., p. 1072 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 231 et s. ; M. PELLETIER, thèse préc., p. 135, n° 221. Sur le second point, voir P. COMBEAU, art. préc., pp. 1074-1075 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, pp. 424-425 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 642, n° 1132.

¹⁰⁵³ P. COMBEAU, art. préc., p. 1071.

réalité, une véritable *autorité de fait* à leur égard¹⁰⁵⁴. Par l'intermédiaire des agents qui sont tenus de l'appliquer, la doctrine administrative s'impose en fait aux sujets de droit. Prenant davantage en compte cette portée particulière de la doctrine administrative à l'égard des particuliers, le Conseil d'État dénonce lui-même, dans son rapport public de 2006, le développement d'un « *droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique* »¹⁰⁵⁵. Il résulte de ce qui précède que ce n'est que par une sorte d'*effet de ricochet*¹⁰⁵⁶ que les changements de doctrine sont susceptibles d'affecter rétroactivement la situation des particuliers.

293. La question de la rétroactivité de fait ou de droit de la doctrine administrative dépend largement de la portée, elle-même de droit ou de fait, qui lui est reconnue. L'exemple des circulaires est, à cet égard, particulièrement révélateur. Il n'y a pas lieu de revenir de manière extensive sur la distinction traditionnelle entre circulaire interprétative et circulaire réglementaire¹⁰⁵⁷. Les secondes constituent de véritables règlements administratifs, dès lors qu'elles ajoutent ou retranchent aux dispositions législatives ou réglementaires qu'elles sont censées commenter. Lorsqu'elles sont compétemment prises, elles sont, en tant qu'actes réglementaires, pleinement soumises au principe de non-rétroactivité¹⁰⁵⁸. Ainsi, la circulaire réglementaire ne saurait légalement prendre effet rétroactivement, sauf à y avoir été autorisée expressément par la loi¹⁰⁵⁹. Il ne peut donc y avoir, en toute logique, rétroactivité de droit de la doctrine que dans cette seule hypothèse.

En revanche, les effets *par ricochet* de la circulaire interprétative à l'égard des particuliers peuvent donner naissance à une rétroactivité de fait. On sait que désormais il y a lieu de distinguer, au sein de la catégorie des circulaires interprétatives, celles qui sont purement indicatives de celles qui présentent un caractère impératif¹⁰⁶⁰. Les premières devant être assimilées, au mieux, à des invitations ou recommandations, elles ne sauraient emporter une quelconque incidence, de droit ou de fait, sur le

¹⁰⁵⁴ Sur l'ensemble de ces points, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 486, n° 624 ; Y. GAUDEMET, « Remarques à propos des circulaires administratives », in *Problèmes de Droit Public contemporain, Mélanges en l'honneur du Professeur M. STASSINOPOULOS*, Paris, LGDJ, 1974, p. 561, spéc. p. 572, n° 17 ; J. PETIT, thèse préc., pp. 319-320, n° 660 et les références citées.

¹⁰⁵⁵ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, EDCE, n° 57, Paris, La Documentation française, 2006, 412 p. 276.

¹⁰⁵⁶ Y. GAUDEMET, *loc. cit.* ; G. KOUBI, « Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires interprétatives », *RDJ*, 2004, n° 2, p. 499, spéc. p. 519.

¹⁰⁵⁷ CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec., p. 64, *AJDA*, 1954, II bis, p. 5, chr. F. GAZIER et M. LONG, *RDJ*, 1955, n° 1, p. 175, note M. WALINE, *RPDA*, 1954, p. 50, concl. B. TRICOT ; Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, req. n° 233.618, Rec., p. 463, concl. P. FOMBEUR, *GAJA* n° 110, *AJDA*, 2003, n° 10, p. 487, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *JCP A*, 2003, n° 5, p. 94, note J. MOREAU, *LPA*, 23 juin 2003, n° 124, p. 19, note P. COMBEAU, *RFDA*, 2003, n° 2, p. 280, concl. P. FOMBEUR et n° 3, p. 510, note J. PETIT. Cf. également, Y. GAUDEMET, art. préc., pp. 565-566, n° 9 ; X. PRÉTOT, « Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision *Mme Duvignères* », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de F. MODERNE*, Paris Dalloz, 2004, p. 357. Sur la position du juge judiciaire, voir Cass. Crim., 25 novembre 1970, *Mergny*, pourv. n° 70-90.623, Bull. Crim., n° 310, p. 756 ; X. PRÉTOT, « De l'esprit des circulaires et instructions... et des rapports qu'elles entretiennent avec le droit social », *RJS*, 1997, n° 6, p. 415.

¹⁰⁵⁸ Pour un ex. récent, CE, 23 mars 2005, *Mme Smart et autres*, req. n° 261.252, 261.253, 261.941 à 261.943, Rec., T., p. 723. Il en va de même de son retrait éventuel, lequel doit répondre aux conditions de droit commun (CE, 26 mai 2010, *Association "en toute franchise département des Bouches-du-Rhône" et fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD)*, req. n° 320.797).

¹⁰⁵⁹ Dans son contrôle de légalité de la circulaire, le juge s'attache à rechercher si celle-ci n'est pas entachée d'une rétroactivité illégale (CE, Sect., 11 décembre 1970, *Société des Établissements Sonauto et autres*, req. n° 77.132, 77.147, 77.172 et 77.210 Rec., p. 748 ; 3 octobre 1994, *Conseil national de l'ordre des pharmaciens*, req. n° 96.411, Rec., T., p. 1100 ; 22 mai 1995, *Mme Vanrullen*, req. n° 155.842 ; 5 juin 2002, *Mouhattoumou*, req. n° 212.948). Pour un ex. de circulaire, dont la rétroactivité a été autorisée par la loi, cf. CE, 5 mai 1995, *Ministre de l'Équipement, du Transport et du Tourisme c/ SARL Der*, req. n° 154.362, Rec., p. 192, *AJDA*, 1995, n° 12, p. 936, note T. HARMONIAUX, *RDJ*, 1995, p. 1102, concl. F. SCANVIC.

¹⁰⁶⁰ Sur cette distinction, cf. F. CHALTIEL, « Actualité des circulaires », *AJDA*, 2011, n° 34, p. 1930, spéc. p. 1932 ; J. PETIT, note sous CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, préc., *RFDA*, 2003, n° 3, p. 510, spéc. pp. 511-512 et les ex. cités note 11. Pour un ex. récent, voir CE, 26 mai 2009, *Syndicat national des personnels techniques et de travaux de l'équipement de la Confédération générale du travail*, req. n° 306.757, Rec., T., p. 880, *AJDA*, 2009, n° 20, p. 1076.

droit en vigueur ou les situations juridiques existantes. Ainsi, les circulaires impératives sont seules susceptibles d'être véritablement opposables aux administrés une fois publiées¹⁰⁶¹ et contestables par eux devant le juge administratif¹⁰⁶². Bien que dépourvue d'effets de droit propres pour le citoyen, la circulaire interprétative impérative contient une prise de position de l'administration sur le sens et la portée des règles en vigueur qui va s'imposer à ses agents en vue de l'édition de décisions. Par leur intermédiaire, la circulaire impérative affectera alors la situation des administrés¹⁰⁶³.

Néanmoins, la circulaire interprétative impérative ne saurait exercer une influence quelconque sur l'application dans le temps de la règle qu'elle explicite. Celle-là est, en tout état de cause, impuissante à conférer à celle-ci un effet rétroactif¹⁰⁶⁴. Dans le même ordre d'idées, si la circulaire impérative reprend un texte légalement rétroactif, cette rétroactivité est réputée découler directement du texte commenté. La circulaire se borne à réitérer cette rétroactivité¹⁰⁶⁵. À l'inverse, la circulaire impérative qui réitère un texte entaché d'une rétroactivité illégale doit être elle-même annulée pour ce même motif¹⁰⁶⁶.

C'est principalement à l'occasion d'un changement de doctrine, à l'occasion de l'édition d'une nouvelle circulaire impérative, que se manifeste cette rétroactivité de fait. Lorsque l'administration a adopté une position contraire à la loi, rien ne l'empêche de revenir à une interprétation rigoureusement

¹⁰⁶¹ Régi par l'art. 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (JORF du 18 juillet 1978, p. 2851), le régime de publicité des circulaires ministérielles ne conditionnait aucunement l'opposabilité de la doctrine administrative, dans la mesure où il n'était assorti d'aucune sanction. La récente réforme intervenue en la matière ne change rien à cet état du droit, mais introduit un régime de publicité *ad hoc* auquel est attaché une sanction radicale. Désormais, les instructions et circulaires nouvelles émanant de l'administration centrale de l'État ne sont applicables que si elles ont fait l'objet d'une publication sur un site Internet dédié relevant du Premier Ministre (art. 1^{er} du décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008, relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, JORF n° 287 du 10 décembre 2008, p. 18777). Néanmoins, cette réforme demeure partielle, dès lors qu'en sont notamment exclues les directives, les circulaires du Premier Ministre, de même que celles émanant des administrations décentralisées et déconcentrées (cf. F. CHALTIEL, art. préc., p. 1931 ; P. COMBEAU et S. FORMERY, « Le décret du 8 décembre 2008 : un nouvel éclairage sur le "droit souterrain" ? », *AJDA*, 2009, n° 15, p. 809, spéc. p. 814 ; D. VERGELY, « Accessibilité du droit : instructions et circulaires portées à la connaissance du citoyen. Portée et limite du décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 », *JCP A*, 2009, n° 16, p. 19). Par ailleurs, les circulaires déjà signées peuvent être frappées, de plein droit, de caducité, faute pour elles d'avoir été publiées sur ledit site avant le 1^{er} mai 2009 (CE, 16 avril 2010, *M. Azelvandre*, req. n° 279.817, à ment. au T. du Leb., *RFDA*, 2010, n° 3, p. 637 ; 23 février 2011, *Association CIMADE et autres*, req. n° 334.022, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2011, n° 10, p. 529, trib. G. KOUBI). Là encore, cette réforme favorable à une meilleure information du citoyen, que la doctrine appelait de ses vœux (Y. GAUDEMET, art. préc., 575, n° 22), reste parcellaire, puisque le décret n° 2009-471 du 28 avril 2009, relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires (JORF n° 100 du 29 avril 2009, p. 7242), soustrait à cette sanction de caducité les doctrines fiscale et sociale publiées avant le 1^{er} mai 2009, dès lors qu'elles sont respectivement couvertes par les art. L. 80-A et B du LPF et L. 234-6-2 et 3 du Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁶² Qu'elle est ou non fait l'objet d'une publicité (CE, 12 janvier 2009, *Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière*, req. n° 298.708, *AJDA*, 2009, n° 12, p. 665), une circulaire interprétative n'est invocable devant le juge administratif que si elle comporte des dispositions impératives (CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, préc. ; 16 juin 2008, *Association Vivre et vieillir ensemble en citoyens et autre*, req. n° 306.295, Rec., T., p. 847, *AJDA*, 2008, n° 35, p. 1972). Il en va autrement pour la doctrine fiscale dont la contestabilité dépend seulement de leur opposabilité à l'administration telle qu'elle est organisée par l'art. L. 80-A du LPF (CE, Sect., 16 décembre 2005, *Société Friadent France*, req. n° 272.618, Rec., p. 580, *AJDA*, 2006, n° 13, p. 721, note M. COLLET, *BDCF*, 2006, n° 3, p. 41, concl. L. OLLÉON, *RFDA*, 2006, n° 1, p. 186, *RJF*, 2006, n° 3, p. 185, note Y. BENARD ; sur l'évolution de la jurisprudence en la matière, voir O. DEBAT, p. 263, n° 354 ; M. PELLETIER, thèse préc., p. 222, n° 363). Par analogie, il en va vraisemblablement de même pour la doctrine sociale dont l'opposabilité obéit à un régime quasi identique sur le fondement de l'art. L. 234-6-2 du Code de la sécurité sociale.

¹⁰⁶³ P. FOMBEUR, concl. sur CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, préc., p. 287 ; J. PETIT, note préc., p. 515.

¹⁰⁶⁴ Sur le premier point, voir Cass. Crim., 18 janvier 2005, *Mme Verdière*, pourv. n° 04-81.404, Bull. Crim., n° 22, p. 58, *AJDP*, 2005, n° 6, p. 236, obs. C. GIRAULT. Sur le second point, voir CE, 18 mai 1977, *SARL Garage Vincent*, req. n° 00.659, Rec., T., p. 752 (sol. impl.), *DF*, 1977, comm. 1278 (loi) ; 13 mai 1987, *Syndicat national de la petite et moyenne industrie* req. n° 42.383, Rec., T., p. 574 (règlement). La circulaire interprétative est de même insusceptible de conférer un caractère interprétatif à une loi (Cass. Soc., 10 mai 1989, *URSSAF des Bouches-du-Rhône c/ Société Centrale d'achats*, pourv. n° 86-12.545).

¹⁰⁶⁵ CE, 28 mai 2001, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles de l'Indre et autres*, req. n° 203.657 : circulaire se bornant à « faire état » de la rétroactivité des règles contenues dans un règlement européen.

¹⁰⁶⁶ Le juge s'attache ainsi à vérifier que la disposition interprétative d'une circulaire impérative n'est pas contraire au principe de non-rétroactivité (CE, 3 février 2003, *Syndicat national de défense pour l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et autres*, req. n° 235.066, Rec., T., p. 617, *AJDA*, 2003, n° 28, p. 1514, note M. GHEBALI-BAILLY, *Gaz. Pal.*, 7 juillet 2003, n° 185, p. 10, note J. BONNEAU).

conforme à celle-ci ou de procéder à son retrait pur et simple. Dans un cas comme dans l'autre, un tel retour à la lettre de la loi ou à une interprétation plus conforme à elle ne constitue pas, d'un point de vue formel, un changement de droit¹⁰⁶⁷, dès lors que la doctrine illégale, réputée non normative, n'a pu à aucun moment prévaloir sur la loi. Pour le juge, c'est la loi dans sa signification initiale qui est applicable depuis l'origine. Il n'empêche que les décisions fondées sur la doctrine contraire à la loi sont devenues illégales au regard de cette nouvelle interprétation de la loi. Il s'ensuit que la situation du particulier qui s'était conformé à la première doctrine subit une rétroactivité de fait issue du revirement de l'administration¹⁰⁶⁸. Au-delà du cas des circulaires impératives, c'est ainsi que le juge fiscal a pu, pendant longtemps, juger légaux les rehaussements effectués par l'administration fiscale à la suite d'un changement de doctrine à condition qu'ils interviennent à l'intérieur du délai de reprise et alors même qu'ils portaient sur des années antérieures au revirement de l'administration¹⁰⁶⁹.

Cette rétroactivité de fait de la doctrine administrative est naturellement limitée par le principe d'intangibilité des droits définitivement acquis dont peuvent se prévaloir les malheureux bénéficiaires de décisions édictées sous l'empire de la doctrine illégale¹⁰⁷⁰. La situation des particuliers s'avère même particulièrement protégée dans les domaines fiscal et social, compte tenu de ce que la loi elle-même a instauré une véritable garantie en leur faveur contre la rétroactivité de fait des changements de doctrine administrative¹⁰⁷¹.

Le paradoxe qui vient d'être relevé à l'égard des interprétations administratives réputées non normatives se rencontre à propos d'autres catégories d'actes se rapportant aussi à une situation antérieure, tels les actes déclaratifs, reconnaissifs.

§ 5 : La rétroactivité contestable des actes dépourvus d'effet de droit

294. À l'instar des interprétations administratives réputées non normatives, les actes déclaratifs ou reconnaissifs, ou encore rectificatifs, présentent la double caractéristique de se voir reconnaître un effet rétroactif et, dans le même temps, de se voir dénier toute portée sur les droits et obligations des sujets de droit. Au regard de la définition de la rétroactivité, il y a là une contradiction évidente. De deux choses l'une : soit l'acte administratif ne modifie aucunement l'ordonnement juridique et il faut en déduire qu'aucun effet juridique n'a été véritablement reporté dans le passé ; soit l'acte affecte bien l'ordonnement juridique et son caractère rétroactif peut être admis. En tout état de cause, on ne saurait accepter l'établissement d'une corrélation entre rétroactivité et absence de modification de l'ordonnement juridique.

¹⁰⁶⁷ L'argument tiré de la rétroactivité de droit du changement de doctrine sera, en tout état de cause, repoussé par le juge (CE, 28 octobre 1987, *Fédération nationale des coopératives laitières*, req. n° 68.630, Rec., T., p. 665).

¹⁰⁶⁸ Sur l'ensemble de ces points, voir J. PETIT, thèse préc., pp. 320-321, n° 662. Voir également, en matière fiscale, M. LIÉBERT-CHAMPAGNE, « Garantie contre les changements de doctrine », *RJF*, 1988, n° 5, p. 303.

¹⁰⁶⁹ CE, 12 mai 1931 et 20 novembre 1931, *Gaz. Pal.*, 1932, I, p. 692 ; 28 juin 1961, *Compagnie Générale...*, req. n° 33.758, Rec., p. 443 ; 10 mai 1965, *Société X...*, req. n° 61.973, Rec., p. 269. Cf., en ce sens, P. BERN, « La protection du contribuable contre les changements de doctrine administrative. Commentaire de l'article 1649 *quinquies* E du Code Général des Impôts », *RSF*, 1971, n° 4, p. 751, spéc. p. 756 ; J. GUEZ, thèse préc., p. 18, n° 70 et s. ; J. PETIT, *loc. cit.*, n° 663.

¹⁰⁷⁰ Sur cette question, cf., plus bas, p. 487, n° 617.

¹⁰⁷¹ Cf., notamment, l'art. L. 80 du LPF. S'agissant de la doctrine fiscale, l'instauration de cette garantie est intimement liée au droit de reprise dont dispose l'administration fiscale (cf. outre les références citées à la note précédente, J. TUROT, « La vraie nature de la garantie contre les changements de doctrine », *RJF*, 1992, n° 5, p. 371, spéc. p. 373 ; M. PELLETIER, thèse préc., p. 225, n° 366). Sur la doctrine sociale, voir P. COMBEAU, art. préc., p. 1077, « Doctrine fiscale, doctrine sociale... et après », *AJDA*, 2005, n° 33, trib., p. 1809 et « Du nouveau en matière d'invocabilité de l'interprétation administrative. – Le cas de la doctrine sociale dans la loi de simplification du droit », *JCP G*, 2005, I, 153 ; P. COMBEAU et S. FORMERY, art. préc., p. 815

Au bénéfice de ce qui précède, il paraît contestable de reconnaître un effet rétroactif à aux actes déclaratifs d'une situation antérieure de droit, de même qu'aux rectificatifs de forme, en l'absence d'affectation réelle de l'ordonnancement juridique. Par suite, la rétroactivité qui leur est attachée ne constitue qu'une apparence. En revanche, il semble bien qu'il faille reconnaître un véritable effet rétroactif aux actes déclaratifs d'une situation antérieure de fait (I), ainsi qu'aux rectificatifs de fond (II).

I – LA RETROACTIVITE RECONNUE AUX SEULS ACTES DECLARATIFS D'UNE SITUATION DE FAIT

295. Suivant une définition communément admise, l'acte déclaratif ou recognitif se borne à constater l'existence d'une situation de fait ou de droit antérieure ou à mesurer l'étendue des droits qui en découle pour en tirer les conséquences juridiques qui s'imposent¹⁰⁷². Le premier suivant nécessairement la seconde dans la chronologie, la question se pose de savoir si l'acte déclaratif doit comporter un effet rétroactif au jour de la formation de la situation à laquelle il se rapporte. En effet, l'autorité administrative prend ici acte d'une situation antérieure dont elle n'a pas été elle-même à l'origine, si bien qu'il existe nécessairement un certain décalage entre le moment où la situation s'est formée et celui où l'acte de constatation intervient. La jurisprudence semble avoir reconnu, au moins implicitement, à l'administration la faculté de « combler », par l'adoption d'un acte rétroactif, le laps de temps qui s'est écoulé entre ces deux instants. Comme le relevait à juste titre M. Merle, « *du moment que l'acte se borne à constater un droit préexistant, ce n'est pas trop faire violence à la nature des choses que de faire remonter ses effets au jour de la naissance du droit déclaré* »¹⁰⁷³.

Toutefois, la rétroactivité de l'acte déclaratif ne saurait être admise que dans la mesure où il peut lui être reconnu un effet créateur de droit. En effet, il ne peut y avoir report dans le passé d'un effet de droit que si son existence est établie au préalable. C'est en fonction de la nature de la situation à laquelle l'acte déclaratif se rapporte que l'une et l'autre de ces questions peuvent être résolues. Lorsqu'il constate l'existence d'une situation de droit antérieurement créée, l'acte déclaratif est dépourvu d'effet juridique. C'est au demeurant sur un tel motif que le juge administratif a pu se fonder pour déclarer irrecevables les recours contentieux éventuellement intentés à leur rencontre¹⁰⁷⁴. L'autorité administrative se borne ici à constater que l'effet de droit prévu par une règle antérieure ou concrétisé par un acte précédent s'est bien produit. Ce faisant, l'acte déclaratif joue le rôle d'un révélateur « *qui, sur une plaque photographique obscure fait apparaître l'image encore invisible, mais déjà imprimée* »¹⁰⁷⁵. Acte de pure connaissance, l'acte déclaratif reste sans incidence sur l'application qui doit être faite de la règle en cause, dès lors que celle-ci ne dépend aucunement de l'édiction de celui-là, ni, par conséquent, sur la situation juridique qui en est résulté avant son intervention. En d'autres termes, « *si l'acte*

¹⁰⁷² J. CARBAJO, thèse préc., p. 94 ; F. CHALTIEL, « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité. Développements récents », *AJDA*, 2009, n° 30, p. 1650, spéc. p. 1651 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 503, n° 671 ; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, préc., p. 14, n° 10 ; B. SEILLER, « Acte administratif (I – Identification) », fasc. préc., p. 32, n° 218 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 80, § 12. Voir également, C. de SALINS, concl. sur CE, Sect., 6 mars 2009, *Coulibaly*, req. n° 306.084, Rec., p. 79, *RFDA*, 2009, n° 2, p. 215, spéc. p. 218.

¹⁰⁷³ R. MERLE, thèse préc., p. 331, n° 242.

¹⁰⁷⁴ CE, Sect., 18 février 1949, *Association savoisienne pour l'orientation et la formation professionnelle des jeunes*, Rec., p. 83 ; Sect., 11 octobre 1963, *Houille*, req. n° 53.942, Rec., p. 478 ; 27 mai 1987, *Faure*, req. n° 61.014, Rec., p. 184, *AJDA*, 1987, n° 11, p. 679, obs. X. PRÉTOT, *D.*, 1987, IR, p. 187 ; 25 mars 1988, *Heintz*, req. n° 82.678, Rec., T., p. 878 ; 7 octobre 1988, *Bienvenu*, req. n° 73.219, Rec., p. 330.

¹⁰⁷⁵ L. MAZEAUD, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTDCiv.*, 1929, p. 17, spéc. p. 31, cité par R. MERLE, thèse préc., p. 3, n° 3. Sur l'idée d'acte-constatation, voir M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, pp. 84-85, § 13.

déclaratif se borne à constater un droit sans le modifier, ce n'est pas lui qui rétroagit, mais le droit préexistant qui produit ses effets »¹⁰⁷⁶. Tout au plus peut-on voir dans l'acte déclaratif d'une situation de droit une simple confirmation du contenu d'un acte ou d'une règle de droit préexistante. Dans cette mesure, la théorie de la décision confirmative est pleinement applicable à l'acte déclaratif d'une situation de droit¹⁰⁷⁷. Il s'ensuit que, dépourvu de tout effet de droit, cette espèce d'acte déclaratif est insusceptible de rétroagir.

296. Il en va tout à fait autrement pour les actes déclaratifs portant sur une situation de fait. Non seulement les recours exercés dirigés contre eux sont déclarés recevables par le juge administratif, mais encore ce dernier a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'affirmer que de tels actes – qu'il s'agisse d'actes non réglementaires¹⁰⁷⁸ ou, plus rarement, d'actes réglementaires¹⁰⁷⁹ – n'étaient pas entachés d'une rétroactivité illégale. De cet ensemble de solutions, il peut être tiré un double enseignement. D'une part, le juge reconnaît que l'acte déclaratif d'une situation de fait antérieure produit bien un effet de droit, dès lors que l'édiction de celui-là consacre le passage du fait au droit de celle-ci. En constatant qu'à un moment donné, nécessairement antérieur à son intervention, que tel individu remplit matériellement – ou au contraire ne remplit plus – les conditions légales nécessaires à l'obtention d'un droit ou d'un avantage ou à son maintien dans la fonction publique, l'autorité administrative tire pour la première fois les conséquences juridiques de la situation dans laquelle se trouve placer, de ce fait, l'intéressé¹⁰⁸⁰. D'autre part, en ne sanctionnant pas la rétroactivité de l'acte déclaratif, le juge admet implicitement mais nécessairement sa légalité, qu'il justifie tantôt par l'absence d'un quelconque pouvoir d'appréciation dans le chef de l'autorité administrative pour tirer les conséquences juridiques de la situation qu'elle constate, tantôt par la nécessaire préservation de la continuité de certaines situations individuelles¹⁰⁸¹.

Dans le droit de la fonction publique, l'effet des mesures prenant acte d'un changement de position du fonctionnaire ou de la cessation définitive de ses fonctions remonte ainsi valablement à la date à laquelle la situation de l'intéressé s'est trouvée modifiée par suite de la survenance d'un évènement quelconque¹⁰⁸². Dans un cas comme dans l'autre, un acte formel de l'administration

¹⁰⁷⁶ R. MERLE, thèse préc., p. 333, n° 243.

¹⁰⁷⁷ Cf., plus haut, p. 209, n° 274. Voir également, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 134, n° 187.

¹⁰⁷⁸ TC, 17 mars 1949, *Tarboriech*, Rec., p. 595 ; CE, 19 avril 1950, *Cazenave*, Rec., p. 219 ; Sect., 22 mars 1957, *Rocher et autres*, Rec., p. 203 ; Sect., 24 mai 1968, *Mencière*, req. n° 61.921, Rec., p. 329, *AJDA*, 1968, n° 11, p. 597, *Dr. adm.*, 1968, n° 223 ; 16 mars 1984, *Laurent-Massot*, req. n° 39.943 à 39.947, Rec., T., p. 489 ; 28 décembre 1992, *Treviglio*, req. n° 116.494, Rec., T., p. 721. Pour d'autres ex., cf. J. PUISOYE, art. préc., p. 49 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 32, n° 221.

¹⁰⁷⁹ CE, 10 juin 1959, *Syndicat des contrôleurs civils du Maroc et syndicat des adjoints de contrôle civil du Maroc*, Rec., p. 358 ; 13 juillet 1961, *Sieur Battu*, req. n° 39.377, Rec., p. 524. Sur ce point, voir J. PETIT, thèse préc., p. 347, n° 723.

¹⁰⁸⁰ Dans le droit de la fonction publique, c'est le cas des mesures relatives à la position des fonctionnaires ou à leur sortie de la fonction publique, lesquelles présentent un caractère reconnaissable. Cf., par ex., en matière de radiation des cadres de la fonction publique, CE, Sect. de l'Intérieur, Avis, 11 janvier 1972, *AJDA*, 1973, n° 5, p. 263 ; 13 novembre 1987, *Mekies*, req. n° 53.068, Rec., T., p. 803, *RFDA*, 1988, n° 5, p. 803, concl. Y. ROBINEAU ; Ass. gén., Sect. des Finances, Avis, 6 juillet 1994, n° 353.946 ; 17 novembre 2010, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*, req. n° 315.829, *AJDA*, 2010, n° 40, p. 2239). Sur ces différents points, voir J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public, 6^e éd., 2009, p. 312, n° 538 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. II, p. 228 et s., n° 264 et s. ; L. LOMBART, « Typologie de la radiation des cadres de la fonction publique : les cas de pure constatation », *AJFP*, 2008, n° 5, p. 265 ; A. PLANTEY, *op. cit.* p. 349, n° 679. Pour un ex. en dehors du domaine de la fonction publique, cf. CE, 23 mars 2009, *Union départementale des associations familiales de la Dordogne*, req. n° 303.888, *AJDA*, 2009, n° 12, p. 626, *RDSS*, 2009, n° 3, p. 532, concl. A. COURRÈGES (versement d'une aide sociale).

¹⁰⁸¹ Voir, en ce sens, A. COURRÈGES, concl. sur CE, 23 mars 2009, *Union départementale des associations familiales de la Dordogne*, préc., p. 534 ; C. HEUMANN, concl. sur CE, 6 juillet 1956, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Allemand*, Rec., p. 296, spéc. p. 297 ; C. de SALINS, concl. sur CE, Sect., 6 mars 2009, *Coulibaly*, préc., p. 218.

¹⁰⁸² Outre les références déjà citées, voir CE, 2 mars 1949, *Rochet*, Rec., p. 100 ; 10 avril 1957, *Piollet*, Rec., p. 252 ; 30 janvier 1974, *Ciavaldini*, req. n° 90.422, Rec., T., p. 843 (radiation des cadres d'un fonctionnaire atteint par la limite d'âge) ; 17 juin 1960,

constatant ce changement est requis pour que tous les effets qui lui sont attachés par la règle de droit puissent en être déduits. L'acte de constatation, bien que n'ayant par lui-même aucune incidence sur la naissance ou la fin de la situation résultant d'un fait, permet d'en tirer concrètement toutes les conséquences juridiques¹⁰⁸³. Si l'acte déclaratif ne modifie pas, en tant que tel, l'ordonnement juridique, celui-là affecte, sans conteste, celui-ci. Ainsi, la rétroactivité de la mesure de radiation des cadres de la fonction publique entraîne l'irrégularité des traitements versés à compter du moment où l'intéressé ne pouvait plus légalement être maintenu en service et jusqu'au prononcé de sa radiation¹⁰⁸⁴. En revanche, dès lors que l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation sur la situation qu'elle constate, ce qui implique qu'elle n'adopte plus un acte de simple constatation, le principe de non-rétroactivité reprend alors tous ses droits¹⁰⁸⁵.

II – LA RETROACTIVITE RESERVEE AUX SEULS ACTES RECTIFICATIFS DE FOND

297. Il arrive assez souvent qu'une erreur se glisse au moment de la reproduction du texte d'un acte administratif ou d'une loi en attente de publication. Il en résulte une différence de teneur entre la version du texte adopté et celle du texte publié qu'il convient alors de rectifier. Le rectificatif ou *erratum* a précisément pour objet exclusif de restituer à un texte publié sa teneur véritable en faisant disparaître une erreur matérielle de transcription commise lors de sa publication¹⁰⁸⁶. Cette rectification administrative se distingue de la réformation ou de la régularisation en ce qu'elle se borne à rendre au texte initial son contenu exact, sans affecter aucunement sa régularité. De cette absence d'incidence sur le fond de l'acte dépend d'ailleurs la validité du procédé du rectificatif. En effet, le juge considère l'*erratum* qui, sous couvert de réparer une erreur matérielle, modifie en réalité la portée du texte original – que celui-ci ait été fidèlement ou incorrectement retranscrit lors de la publication – comme dépourvu de toute valeur juridique¹⁰⁸⁷. Par exemple, le rectificatif ne saurait légalement conférer un effet rétroactif au texte qu'il

Dame Baudot, req. n° 43.334, Rec., p. 405 ; 22 avril 1992, *Frady*, req. n° 99.671, Rec., T., p. 1077 ; 21 avril 2000, *Guérin*, req. n° 197.388, Rec., T., p. 822 ; 17 juin 2005, *Époux Gleyo*, req. n° 215.761, Rec., T., p. 942, *RLCT*, 2005, n° 5, p. 28, note E. GLASER (radiation des cadres prononcée à la suite d'une condamnation pénale) ; 23 mai 1980, *Ministre de l'Intérieur et Ministre de la Santé c/ Demaret et Roty*, req. n° 02.347 et 02.350, Rec., p. 236, *AJDA*, 1980, n° 11, p. 652 (décisions plaçant un fonctionnaire en position de détachement ou mettant fin à ce détachement). Voir également, L. LOMBART, « Typologie de la radiation des cadres de la fonction publique : le cas de constatation à connotation disciplinaire », *AJFP*, 2008, n° 6, p. 319, et les ex. cités.

¹⁰⁸³ Voir, dans le même sens, J. CARBAJO, thèse préc., p. 95 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 135, n° 187 ; J. PETIT, thèse préc., p. 348, n° 724 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 32, n° 220. Pour une position contraire, voir M. STASSINOPOULOS, *loc. cit.*

¹⁰⁸⁴ Cf. par ex., CE, Sect., 17 mars 1967, *Sanboeuf*, req. n° 65.802, Rec., p. 132.

¹⁰⁸⁵ CE, Sect., 25 mars 1983, *Conseil de la région parisienne de l'ordre des experts-comptables agréés*, req. n° 08.699, Rec., p. 137, concl. M. FRANC ; 28 avril 2000, *SATL Mille Miles*, req. n° 210.579 ; 8 décembre 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances, et de l'Industrie c/ Département de la Charente*, req. n° 237.731, Rec., p. 493, *BDCF*, 2004, n° 3, p. 52 et *RDF*, 2004, n° 22, p. 960, concl. G. GOULARD, *RJF*, 2004, n° 209.

¹⁰⁸⁶ Suivant la définition qu'en donne la jurisprudence (CE, 9 mars 1936, *Ministre des Finances c/ Société X...* (2^e esp.), Rec., p. 299, S., 1936, III, p. 77, note R. ALIBERT, *RDP*, 1937, n° 1, p. 156, chr. C. CHAVANON ; Sect., 21 décembre 1945, *Ministre des Finances c/ Sieur X...*, Rec., p. 264, *Gaz. Pal.*, 1946, I, p. 30, concl. GUIONIN, *JCP G*, 1946, II, 3094, note J. DELPECH, *RDP*, 1946, n° 1, p. 175, note G. JÉZE ; 30 juillet 1949, *Union de la propriété bâtie de France* (3^e esp.), Rec., p. 399 ; 25 février 1955, *Société Ratié frères et Clamagirand*, Rec., p. 120 ; 17 novembre 1971, *Sieurs Isman et Dubuis*, req. n° 75.777 et 75.900, Rec., p. 682, *Rev. adm.*, 1971, n° 144, p. 657, obs. G. LIET-VEAUX ; 16 janvier 2006, *Région Haute-Normandie et autres*, req. n° 274.012 à 274.015 et 274.115, Rec., T., p. 699) et reprise par la doctrine (J. CARBAJO, thèse préc., p. 96 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 136, n° 189).

¹⁰⁸⁷ CE, 25 avril 1941, *Sieur Benoît (Louis)*, Rec., p. 67 ; 13 février 1948, *Syndicat national des statistiques*, Rec., p. 74 ; 2 octobre 1957, *Sieur l'Herbier*, Rec., p. 502. ; Ass., 22 octobre 1971, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police nationale*, req. n° 62.980, Rec., p. 628, *Dr. adm.*, 1971, n° 322. La sanction juridictionnelle du faux rectificatif oscille cependant entre la déclaration d'inexistence (CE, Sect., 10 novembre 1944, *Sieur Breton*, Rec., p. 287 ; Sect., 25 juillet 1952, *Chambre syndicale des fabricants français de paille de sorgo, Sieur Herbert et autres*, Rec., p. 393, S., 1953, III, p. 64 ; 16 mars 1966, *Cartel d'action morale et sociale de l'Union féminine civique et sociale*, req. n° 53.628 et 53.639, Rec., p. 211, *Dr. adm.*, 1966, n° 142, *JCP G*, 1967, III, 15057, concl. L. BERTRAND, *RGDIP*, 1966, p. 788, note C. ROUSSEAU) et la simple déclaration d'illégalité assortie d'une annulation (CE, 31 janvier 1945, *Sieurs Varlet, Citerne et Topin*, Rec., p. 23 ; Ass., 2 février 1951,

corrige¹⁰⁸⁸. De leur côté, la doctrine, ainsi que le juge judiciaire, se prononcent plutôt en faveur de la nullité du rectificatif touchant au fond de l'acte¹⁰⁸⁹.

298. En revanche, lorsque le rectificatif vise seulement à corriger une erreur de pure forme – erreur de dactylographie ou d'orthographe par exemple – dans le corps du texte publié, il est incontestablement regardé comme légal par le juge. À côté de ce procédé de rectification des « coquilles », la jurisprudence admet également que certaines erreurs matérielles de fond puissent être corrigées au moyen de l'*erratum*¹⁰⁹⁰. Dans ce dernier cas, le rectificatif modifie le sens du texte original, mais seulement en vue d'établir une correspondance avec l'intention initiale de son auteur. Contrairement à l'acte interprétatif, le rectificatif se borne ici à rétablir le texte authentique d'une disposition, sans nécessairement en éclairer le sens ou la portée. L'absence de doute quant au sens à donner au texte à rectifier est la condition même du bien-fondé du procédé. Après une période de divergence, les deux ordres de juridiction s'accordent désormais pour reconnaître la légalité de ces deux espèces d'*erratum*¹⁰⁹¹.

Néanmoins, juge judiciaire et juge administratif suivent des méthodes quelque peu différentes afin de vérifier la conformité du rectificatif au contenu du texte adopté. Le juge administratif privilégie la confrontation de la minute du texte administratif ou de l'acte de promulgation de la loi, dont il peut exiger la communication, avec l'*erratum* afin de s'assurer que celui-ci opère bien un retour au texte exact de celui-là¹⁰⁹², tandis que le juge judiciaire, qui ne dispose pas de cette commodité, s'appuie sur les travaux préparatoires et les débats parlementaires de la loi, qui sont eux-mêmes publiés, pour

Rossignol, Rec., p. 66). Le rectificatif touchant au fond de l'acte n'est jugé légal qu'à la condition d'avoir été édicté dans le respect de la règle du parallélisme des formes et des procédures. Il sera alors traité comme une modification pure et simple du texte initial (CE, Sect., 29 juin 1934, *Sieur Rennes*, Rec., p. 751 ; 2 mars 1951, *Sieur Serrure*, Rec., p. 127 ; 22 mai 1953, *Société sucrière de l'usine Sainte Marthe*, Rec., T., p. 601 ; 12 février 1958, *Salomon et autres*, Rec., p. 92). Sur ce dernier point, voir. R. ODENT, *op. cit.*, t. I, pp. 343-344 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 246, § 50 ; M. WALINE, *op. cit.*, p. 523, n° 891.

¹⁰⁸⁸ CE, 25 avril 1941, *Sieur Benoît (Louis)*, préc. ; Sect., 27 avril 1945, *Société de Force et Lumière électriques (Forclum)*, Rec., p. 83 ; Ass., 2 février 1951, *Rossignol*, préc. ; 17 juin 1955, *Dlle Iss*, Rec., T., p. 635.

¹⁰⁸⁹ J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, préc., 2004, p. 748 ; M. FRÉJAVILLE, « La pratique des "errata" au Journal Officiel et la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés », *JCP G*, 1948, I, 677, spéc. n° 5 ; H. PUGET, « L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France », *Rev. adm.*, 1963, n° 94, p. 327, spéc. p. 339 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *Rev. adm.*, 1959, n° 69, p. 239, spéc. p. 248. Sur la position du juge judiciaire, cf. les arrêts cités aux notes suivantes. Quelques arrêts du Conseil d'État restés isolés sont également en ce sens (CE, 27 janvier 1956, *Abdelmoula*, Rec., p. 39 ; 25 novembre 1959, *SA des mines de Zaccar*, Rec., p. 620). Certains auteurs penchent plutôt pour la solution d'inexistence matérielle (R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 761).

¹⁰⁹⁰ Sur cette distinction, voir O. DUPEYROUX, thèse préc., pp. 293-294, n° 267-269 ; M. FRÉJAVILLE, art. préc., n° 3 et s. ; Y. GAUDEMET, « Promulgation et publication des lois », *J.-Cl. civ.*, fasc. 10, 1993, p. 26, n° 153 ; R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 119, 1975, p. 276 ; J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au "Journal Officiel" », *RDJ*, 1949, n° 2, p. 113, spéc. p. 135 ; R. ODENT, *loc. cit.* ; J. PETIT, thèse préc., p. 350, n° 732 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, art. préc., p. 247 ; É. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : Réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *RDJ*, 1981, n° 4, p. 989, spéc. p. 992 et p. 1007 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 244, § 50 ; P. VOIRIN, note préc., p. 18 ; Par ex., il peut s'agir d'un *erratum* remplaçant dans le texte d'une disposition législative le mot « faute » par celui de « faute lourde » (pour d'autres ex., cf. J. LAFERRIÈRE, art. préc., p. 142, note 1).

¹⁰⁹¹ Sur le refus initial du juge judiciaire de reconnaître le rectificatif dit « de fond », voir Cass. Civ., 18 décembre 1933, *Administration des douanes c/ Société Lutetia-Transit, D.*, 1934, I, p. 17, note P. VOIRIN, *RDJ*, 1934, p. 450, obs. G. JÈZE, *S.*, 1934, I, p. 257 note C. ROUSSEAU ; Ch. réun., 5 février 1947, *Benzakem Nessim*, *JCP G*, II, 3478, note J.-F. LECLERC'H, *D.*, 1947, J., p. 177. Cette divergence trouvait son explication dans des considérations d'ordre pratique. En effet, le juge judiciaire se trouvant dans l'incapacité de se faire communiquer la minute des actes administratifs, notamment celle de l'acte de promulgation de la loi (M. FRÉJAVILLE, art. préc., n° 15 ; Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 27, n° 160 ; R. ODENT, *op. cit.*, p. 345), il lui fallait retenir une définition de l'erreur matérielle contrôlable par lui (cf., sur ce point, G. DRUESNE, « La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la V^e République », *RDJ*, 1974, n° 1, p. 169, spéc. p. 176 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 138, n° 190). Voir également, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 150, n° 85 ; G. LIET-VEAUX, « De la publication des lois, décrets et actes réglementaires », *Rev. adm.*, 1971, n° 144, p. 655, spéc. p. 656 ; E. SAUVIGNON, art. préc., p. 1009.

¹⁰⁹² CE, 30 juillet 1949, *Union de la propriété bâtie de France* (3^e esp.), préc. ; 20 janvier 1950, *Sieurs Brichet et Moulonguet-Doleris*, Rec., p. 47 ; 1^{er} juin 1973, *Ministre de l'Agriculture c/ Ville d'Aubusson*, req. n° 85.830, Rec., p. 391, *Dr. adm.*, 1973, n° 190. En matière d'actes administratifs, le juge administratif peut, le cas échéant, se référer au texte soumis pour avis au Conseil d'État (CE, 7 février 1968, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Beau et Girard*, req. n° 72.033, Rec., p. 95). Cette méthode est fortement contestée par la doctrine en matière d'actes administratifs et ce, en raison de son manque de fiabilité, les minutes pouvant faire l'objet d'une falsification (cf., en ce sens, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 300, n° 276 ; M. FRÉJAVILLE, art. préc., n° 9 ; J. LAFERRIÈRE, art. préc., p. 144 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, art. préc., p. 249).

rechercher quelle rédaction du texte est la plus fidèle au dispositif du texte primitif¹⁰⁹³. Cette différence explique sans doute la plus grande rigueur du juge judiciaire à l'égard des *errata* par rapport à son homologue administratif, celui-là n'acceptant de faire prévaloir le texte du rectificatif sur celui du texte initial qu'à la condition que l'erreur matérielle « saute aux yeux », c'est-à-dire qu'elle apparaisse avec suffisamment d'évidence¹⁰⁹⁴.

299. Lorsqu'il est valable, le rectificatif prend effet non pas à partir de sa propre publication, mais à compter de la date de publication du texte auquel il se rapporte. La jurisprudence, suivie en cela par la doctrine majoritaire, admet que le rectificatif puisse légalement rétroagir à la date d'entrée en vigueur du texte initial¹⁰⁹⁵. Si cette solution semble s'imposer pour les rectificatifs dits « de fond », on peut légitimement éprouver quelques hésitations à l'accepter pour les rectificatifs dits « de pure forme ». En effet, le rectificatif « de pure forme » corrige des erreurs que le lecteur aurait très bien pu rectifier de lui-même et qui restent, de ce fait, sans aucune incidence sur le sens à donner au texte primitif. Bien que la rédaction modifiée prévale sur la version initiale du texte, le rectificatif « de pure forme » n'emporte, en réalité, aucun effet de droit véritable¹⁰⁹⁶. Par suite, sa rétroactivité s'avère plus apparente que réelle. La circonstance que le juge n'ait pas établi de distinction entre les deux espèces de rectificatifs, déclarant recevables les recours contentieux formés à l'encontre de l'un comme de l'autre, n'est aucunement décisive sur ce point, dès lors que l'on sait que la notion d'acte susceptible de recours ne recouvre pas entièrement celle de la décision administrative¹⁰⁹⁷. À l'inverse, on ne saurait tirer argument de ce que, au point de vue formel, le rectificatif se confond avec le texte rectifié, le premier portant la même date, le même nom, ainsi que le même numéro que le second, pour soutenir que l'*erratum* ne serait qu'un *fait* de publication qui s'*incorpore* complètement au texte initial. Certes, le rectificatif, même de fond, ne comporte en lui-même aucune manifestation nouvelle de volonté de la part de l'auteur du texte

¹⁰⁹³ Cf., en ce sens, Cass. Crim., 28 mai 1968, *Clauwaert*, pourv. n° 67-92.425, Bull. Crim., n° 177, p. 428, *JCP G*, 1968, II, 15615, obs. anonymes. Cette approche l'a même conduit à confronter l'*erratum* « au texte et à l'esprit » de la disposition (Cass. Crim., 7 février 1961, *Buisson et autres*, pourv. n° 60-91.763, Bull. Crim., n° 78, p. 149, *Gaz. Pal.*, 1961, I, p. 260). Voir E. SAUVIGNON, art. préc., p. 1008.

¹⁰⁹⁴ Cass. Civ., 15 novembre 1937, *État français c/ Dame Bonadon*, RDP, 1938, n° 1, p. 144 ; Civ. 3^e, 12 juillet 1976, *Salotti c/ Époux Levanti*, pourv. n° 75-10.898, Bull. Civ. III, n° 314, p. 239, *D.*, 1976, IR, p. 287. Cf. M. FRÉJAVILLE, art. préc., n° 18 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 69, n° 73 ; P. VOIRIN, note préc., p. 18.

¹⁰⁹⁵ CE, 7 mai 1920, *Julien*, Rec., p. 448 ; 30 juillet 1949, *Union de la propriété bâtie de France* (3^e esp.), préc. ; Sect., 9 décembre 1949, *Union de la propriété bâtie de France*, Rec., p. 541 ; 16 janvier 2006, *Région Haute-Normandie et autres*, préc. La jurisprudence judiciaire va dans le même sens (Cass. Com., 5 avril 1960, *Blanchet c/ Société Charledave*, pourv. n° 59-13.428, Bull. Civ. III, n° 141, p. 127, *Gaz. Pal.*, 1960, 2, p. 77 ; Soc., 8 mars 1989, *Caisse régionale d'assurance maladie de Nord-Picardie c/ Société Les Trois Toques*, pourv. n° 86-13.783, Bull. Civ. V, n° 187, p. 111). Lorsqu'elle se prononce sur la question, la doctrine est également unanime pour admettre la rétroactivité du rectificatif. Voir, en ce sens, J.-M. AUBY, art. préc., p. 52 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 97 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 295, n° 273 ; G. ÉVEILLARD, *loc. cit.* ; M. FRÉJAVILLE, *loc. cit.* ; H. GLEIZES, *La rectification des textes publiés au 'Journal Officiel'*, Paris, Librairie Sirey, 1939, p. 149 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 47 ; J. PETIT, thèse préc., p. 351, n° 735 ; P. VOIRIN, notes sous Cass. Crim. 8 mars 1930, *Bailly, D.*, 1930, I, p. 101 et sous Cass. Civ., 18 décembre 1933, *Administration des douanes c/ Société Lutetia-Transit*, préc., p. 19.

¹⁰⁹⁶ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 292, n° 266 ; J. PETIT, thèse préc., p. 351, n° 734. En effet, de deux choses l'une, soit le rectificatif de pure forme est valide et il ne comporte aucun effet de droit ; soit le rectificatif produit un tel effet et il est considéré comme nul (cf., en ce sens, CE, 21 octobre 1949, *Demoiselle Picquenard et autres*, Rec., T., p. 735 ; Sect., 8 juillet 1956, *Maupin*, Rec., p. 302 ; 12 février 1958, *Salomon et autres*, préc. ; 16 mars 1966, *Cartel d'action morale et sociale de l'Union féminine civique et sociale*, préc.). Du reste, il n'est pas toujours aisé de distinguer le rectificatif de pure forme du rectificatif de fond. Par ex., le rectificatif qui, tout en portant sur un signe de ponctuation, ou sur un accord d'adjectif ou un verbe, qui avait été imprimé au singulier, déclarerait que celui-ci doit désormais être lu au pluriel ou réciproquement, aurait pour conséquence de changer complètement la portée de la phrase ainsi corrigée. Modifiant en apparence seulement la forme de l'acte, de tels rectificatifs doivent être considérés, en réalité, comme touchant au fond de l'acte (J. LAFERRIÈRE, art. préc., p. 135, note 1 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, art. préc., p. 246 ; A. TRASBOT, « De la force obligatoire des *errata* aux lois et décrets insérés au Journal Officiel », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1926, p. 602).

¹⁰⁹⁷ Outre les références déjà citées, voir CE, Sect., 19 février 1937, *Sieurs Cazeaux et autres*, Rec., p. 219 ; 11 octobre 1961, *Consorts Fraenckel*, req. n° 8.543, Rec., p. 554 ; 16 décembre 1983, *Noir et autres*, req. n° 42.180, Rec., p. 518. Cf., en ce sens, P. COMBEAU, art. préc., p. 1070 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 31-32, n° 53 et 54.

initial¹⁰⁹⁸. Toutefois, il est indéniable que les conséquences du texte avant et après la parution du rectificatif portant sur une erreur matérielle de fond ne sont plus les mêmes. À compter de celle-ci, seul le texte résultant de la rectification officielle aura désormais force obligatoire à l'égard des sujets de droit¹⁰⁹⁹. Il s'ensuit que le rectificatif de fond produit bien un véritable effet de droit, lequel remonte au jour de l'entrée en vigueur du texte primitif. La fiction d'incorporation sert donc à décrire la *rétroactivité de droit* du rectificatif¹¹⁰⁰.

Quoi qu'il en soit, la rétroactivité du rectificatif d'une erreur matérielle de fond repose avant tout sur le respect de la volonté de l'auteur du texte. En effet, l'intervention d'un rectificatif signifie que le contenu du texte primitif ne correspond pas à celui qu'il aurait dû être dès l'origine. En l'absence de rectificatif, il sera donc fait application d'un texte qui n'est pas celui qui a été voulu par l'autorité normative au moment où elle a manifesté sa volonté. De la même façon, revenir à la version initiale du texte seulement pour l'avenir c'est permettre l'application, pour la période séparant la publication du texte entaché d'erreur matérielle de celle de l'*erratum*, d'un texte manifestement faux¹¹⁰¹. C'est donc afin d'éviter qu'un texte ait une signification différente selon la période considérée et, par suite, qu'il fasse l'objet d'une application variable dans le temps que la rétroactivité du rectificatif doit être permise. Bien que nécessaire, la mise en conformité rétroactive du texte avec la volonté originelle de l'autorité normative n'est pas sans risque pour la sécurité juridique, à plus forte raison dans les cas où il existe un décalage, allant parfois jusqu'à plusieurs mois, entre la publication du texte et celle de l'*erratum*¹¹⁰². En effet, la rétroactivité du rectificatif aboutit à imposer aux sujets de droit une règle dont il n'avait pas connaissance au moment où ils ont agi. Dans le même ordre d'idées, la rectification rétroactive d'une erreur matérielle affectant la légalité d'un acte administratif équivaut à une régularisation de celui-ci, ce qui a pour effet de priver d'objet les recours éventuellement exercés à son encontre¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁸ Les rectificatifs ne comportent aucune signature, notamment celle de l'auteur de l'acte initial (CE, 25 février 1955, *Société Ratié frères et Clamagirand*, préc.). Lorsqu'ils viennent corriger une loi, ils ne font pas davantage l'objet d'une promulgation, mais d'une publication directe au *Journal Officiel* (Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 26, n° 154). Pour une discussion, voir M. FRÉJAVILLE, art. préc., n° 7 ; G. JÈZE, « La promulgation des lois. IV - De la rectification des lois par voie d'*erratum* », *RDP*, 1918, n° 3, p. 394 ; J. LAFERRIÈRE, art. préc., pp. 137-138, note 1 ; A. TRASBOT, art. préc., p. 603.

¹⁰⁹⁹ Cf., par ex., CE, 12 mars 1965, *Ministre de l'Éducation Nationale c/ Colombel*, req. n° 61.626, Rec., p. 170.

¹¹⁰⁰ Cette formulation, parfois utilisée par le juge judiciaire, ne doit pas surprendre, dès lors qu'elle correspond en réalité à une fiction. Cf., en ce sens, Cass. Soc., 8 mars 1989, *Caisse régionale d'assurance maladie de Nord-Picardie c/ Société Les Trois Toques*, préc., att. 3 : « la rectification d'une erreur purement matérielle dans la publication d'un texte législatif ou réglementaire s'incorpore à la rédaction de ce texte et a force obligatoire dès la date de mise en vigueur du texte primitif ». Sur cette fiction d'incorporation, cf. plus haut, p. et A. TRASBOT, art. préc., p. 615.

¹¹⁰¹ Sur ce point, voir J. PETIT, thèse préc., p. 352, n° 737. Selon l'auteur, l'absence d'effet innovatoire du rectificatif ne saurait, à lui seul, suffire à justifier l'admission de sa rétroactivité (cf., dans le même sens, G. ÉVEILLARD, *eod. loc.*).

¹¹⁰² J. CARBAJO, thèse préc., p. 98 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, 2^e éd., t. IV, pp. 642-643.

¹¹⁰³ Sur le premier point, cf., par ex., CE, Sect., 21 avril 1939, *Société nouvelle du Kanguet*, Rec., p. 255. Sur le second point, cf., par ex., CE, 28 août 1942, *Sieur Bernard*, Rec., p. 256 ; 30 juillet 1949, *Dlle Dantzig*, Rec., p. 397 (nominations rendues régulières par le rectificatif). À l'inverse, si le rectificatif est déclaré nul, la requête conserve son objet (CE, Sect., 8 juillet 1956, *Maupin*, préc. ; Ass. Plén., 10 octobre 1958, *Compagnie salinière de la Camargue*, Rec., p. 484). Sur l'ensemble de ces points, voir J. CARBAJO, thèse préc., pp. 98-99 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., pp. 299-300, n° 275-276 ; J. PETIT, thèse préc., pp. 352-353, n° 737.

300. Conclusion de la Section 1. En dépit de la prégnance du principe de non-rétroactivité, les manifestations de la rétroactivité s'avèrent nombreuses en matière administrative. Cependant, en dehors du pouvoir général de retrait, le phénomène de la rétroactivité de la décision administrative ne constitue pas un ensemble cohérent et homogène. La catégorie des prescriptions catégoriques et concrètes fournit l'essentiel des applications positives de la rétroactivité de la décision administrative. Cela ne signifie pas pour autant que les multiples cas de rétroactivité rencontrés formeraient simplement une collection de solutions ponctuelles apportés à des problèmes spécifiques et, en tant que telle, dépourvue de toute logique d'ensemble. En tout état de cause, on ne saurait réduire la rétroactivité administrative à la seule nécessité d'apporter des tempéraments au principe de non-rétroactivité dans les quelques situations où son application apparaît trop rigoureuse.

Au contraire, il ressort de l'étude positive de la rétroactivité en matière administrative que cette dernière repose, au moins pour partie, sur trois fondements. Elle résulte d'abord de la conciliation opérée entre la règle de non-rétroactivité et d'autres règles et principes de valeur supérieure. Outre la satisfaction d'un intérêt public prééminent, le principe de légalité semble jouer un rôle cardinal dans la légitimation de la rétroactivité en droit administratif, qu'il s'agisse pour l'autorité compétente de veiller à son respect par le biais de contrôles exercés *a posteriori* ou de se mettre en conformité avec lui. Toutefois, ce principe ne saurait constituer une source sans limite de licéité de la rétroactivité administrative, comme en atteste le maintien de l'interdiction de cette dernière en matière de régularisation.

La rétroactivité est dictée ensuite par des considérations d'efficacité et de bonne administration, dès lors que celles-ci s'avèrent compatibles avec la sécurité juridique des administrés. Elle se présente alors comme un instrument de régulation du temps administratif, permettant de compenser la complexité de la procédure administrative, ainsi que les contraintes toujours plus nombreuses qui pèsent sur l'action normative de l'autorité administrative.

La rétroactivité est enfin acceptée en droit administratif en tant qu'accessoire naturel de certaines techniques juridiques. Par comparaison avec celles employées par les autres autorités publiques, les techniques administratives de rétroactivité recouvrent néanmoins une réalité à la fois plus diverse et plus modeste. Au triptyque de départ formé par l'annulation, l'interprétation et la confirmation dont fait usage le législateur, il faut en ajouter d'autres. En matière administrative, la confirmation prend également la forme d'une rectification et d'une réformation, techniques que l'autorité administrative partage avec le juge. Quant à la réformation, il faut constater, en effet, la parenté entre la substitution rétroactive de la décision adoptée par l'autorité saisie d'un recours administratif spécial et le redressement de la situation du contribuable opéré par l'administration fiscale avec les pouvoirs dont dispose le juge de plein contentieux. Il faut encore adjoindre aux précédentes deux catégories d'actes à objet rétroactif auxquels l'autorité administrative a spécifiquement recours, soit les actes conditionnels, ainsi que certains actes déclaratifs. Plus nombreuses, les techniques administratives de rétroactivité se rencontrent plus rarement en pratique, soit que la réalité de la rétroactivité ne soit pas fermement établie, soit que leur mise en œuvre soit strictement encadrée. Seul le pouvoir général de retrait pour illégalité reconnu à l'Administration sur ses décisions fait figure d'exception en la matière.

Il n'en reste pas moins que la rétroactivité répond parfois à des considérations de pure opportunité, comme en témoigne la tolérance du juge administratif à l'égard des mesures favorables

pour leurs destinataires, ou correspond à des situations irréductibles. Par exemple, la seule circonstance que la décision ait acquis un caractère définitif suffit pour que sa rétroactivité ne soit pas sanctionnée¹¹⁰⁴. Il va sans dire que la portée de ces différentes solutions prête, pour le moins, à discussion.

Le constat de l'abondance et l'extrême morcellement des manifestations de la rétroactivité de la décision administrative ne se retrouve pas en matière contractuelle, ce qui peut apparaître paradoxal en raison de la soumission seulement partielle des contrats administratifs au principe de non-rétroactivité.

¹¹⁰⁴ Cf., par ex., CE, 19 mars 1975, *Signol*, req. n° 90.810, Rec., T., p. 854.

Section 2 : La rétroactivité du contrat administratif

301. En droit privé, l'idée qu'un contrat puisse comporter un effet rétroactif est généralement admise. Elle est la conséquence logique du couple formé par le dogme de l'autonomie de la volonté et le principe de la liberté contractuelle. Les parties à un contrat sont libres de déterminer ce à quoi elles s'obligent mutuellement, qu'il s'agisse de déterminer le contenu des clauses du contrat ou de fixer leur portée dans le temps. Ainsi, les parties disposent du pouvoir de stipuler rétroactivement.

302. La transposition au contrat de droit public des principes applicables à la rétroactivité du contrat de droit privé ne s'impose pas avec la force de l'évidence et cela, pour deux raisons. D'une part, la place accordée à l'autonomie de la volonté, ainsi qu'à la liberté contractuelle, en droit administratif ne saurait être la même qu'en droit civil. Plongé dans un droit dominé par la poursuite de l'intérêt général, ces principes apparaissent relativement inadaptés à la nature particulière des contrats publics¹¹⁰⁵. Leur portée en est d'autant plus réduite. Partant, la place de la rétroactivité ne pourrait être que résiduelle dans le contrat public. D'autre part, le contrat, en tant que norme du droit public positif¹¹⁰⁶, est soumis au principe de légalité et doit respecter les normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures¹¹⁰⁷. Occupant le dernier rang au sein de cette hiérarchie¹¹⁰⁸, le contrat est, bien entendu, soumis au respect des principes généraux du droit. Suivant ce raisonnement, il faudrait admettre que le principe de non-rétroactivité des actes administratifs serait pleinement applicable au contrat et, plus encore, qu'il s'opposerait à toute possibilité de lui conférer un effet rétroactif. Ainsi, la nature administrative de l'acte bilatéral le soumettrait nécessairement au principe de non-rétroactivité, tandis que sa nature contractuelle lui permettrait d'y échapper, au moins en partie. C'est suivant l'approche contractuelle que les effets dans le temps du contrat administratifs ont été déterminées, tant par la doctrine que par le juge administratif. Les effets généraux du contrat administratif ne sont fondamentalement pas différents de ceux des contrats civils. Si le contrat public suit un régime juridique original, ses effets propres demeurent, en principe, les mêmes que ceux d'un contrat de droit privé¹¹⁰⁹. Par conséquent, la fixation des effets propres du contrat relève de la liberté contractuelle reconnue aux parties.

303. Le rattachement de la rétroactivité conventionnelle en droit public au principe de la liberté contractuelle emporte une double conséquence. À l'instar des parties à un contrat de droit privé, les parties au contrat administratif sont libres de prescrire sa rétroactivité (§ 1). Parce qu'ils reposent sur le même fondement, les moyens qu'ont les parties à un contrat privé pour traiter, par la voie

¹¹⁰⁵ Malgré un certain attachement à l'autonomie de la volonté, une place importante est faite à des considérations extérieures à la volonté des parties, au nom de l'intérêt général. Il suffit de mentionner les pouvoirs exorbitants dont dispose la personne publique dans l'exécution du contrat, tels ceux de modification et de résiliation unilatérales, qui bien que de nature contractuelle, ne sont pas fondés sur la volonté des parties. Pour une discussion, voir notamment F.-X. FORT, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, p. 27 ; F. GARTNER, « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », *RFDA*, 2006, n° 1, p. 19 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 3^e éd., 2011, p. 37, n° 30 ; S. NICINSKI, « Le Dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, préc., p. 45 ; L. RICHER, *op. cit.*, pp. 23-25, n° 22-25.

¹¹⁰⁶ Cf. la démonstration de D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, n° 1, p. 15 et s.

¹¹⁰⁷ Un contrat n'est légal que s'il est conforme aux lois et décisions administratives unilatérales (cf. Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008, *EDCE*, n° 59, Paris, La Documentation française, 2008, Vol. 1, p. 91).

¹¹⁰⁸ Cette position s'explique par la prééminence donnée aux normes unilatérales (Conseil d'État, *loc. cit.*)

¹¹⁰⁹ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 723, n° 721.

conventionnelle, les éventuelles irrégularités entachant leur engagement initial – voire les éventuels différends survenus à l’occasion de son exécution –, appartiennent également aux parties à un contrat administratif. Bien que les techniques de rétroactivité permettant la consolidation ou l’anéantissement du contrat connaissent des applications en droit public positif, elles demeurent encore peu usitées en cette matière (§ 2).

§ 1 : La rétroactivité du contrat prescrite par les parties

304. La faculté pour les parties à un contrat de stipuler rétroactivement est, en principe, admise en droit privé¹¹¹⁰. La personne publique en dispose donc lorsqu’elle est partie à un contrat soumis au droit privé¹¹¹¹. Même en droit privé, cette liberté ne va toutefois pas sans limites. D’une part, le principe de l’effet relatif du contrat interdit à la rétroactivité de « déborder » la sphère contractuelle¹¹¹². D’autre part, le contrat de droit privé reste soumis, au moins partiellement, au respect des règles supérieures. Ainsi, l’effet rétroactif donné au contrat ne saurait conduire à méconnaître les lois d’ordre public¹¹¹³. Acceptée dans son principe, la rétroactivité du contrat est étroitement encadrée en droit privé.

C’est bien suivant les mêmes principes que la rétroactivité *inter partes* du contrat a été acceptée en droit public, sans que puisse lui être opposée le principe de non-rétroactivité¹¹¹⁴. Le contrat étant regardé comme la loi des parties, tant en droit civil qu’en droit administratif, celles-ci peuvent, en principe, librement organiser le régime des effets *ratione temporis* de celui-là, sous réserve toutefois de respecter les règles d’ordre public¹¹¹⁵. La jurisprudence administrative s’est elle-même prononcée, de manière incontestable en ce sens. Pour le juge administratif, « aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu’aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que des stipulations d’un contrat produisent des effets rétroactifs entre les parties, à condition que ces effets ne s’étendent pas à des personnes qui ne seraient pas parties au contrat »¹¹¹⁶. Pour raisonner en termes contractualistes, aucun principe d’ordre public ne s’oppose à la rétroactivité voulue par les parties.

¹¹¹⁰ Cass. Com., 17 juillet 2001, *Jardin c/ Société Groupe Volkswagen France*, pourv. n° 98-19.258, Bull. Civ. IV, n° 153, p. 145, *JCP E*, 2002, n° 3, p. 30, chr. J.-L. RESPAUD et n° 13, p. 569, note J.-F. KAMDEM, *LPA*, 11 avril 2002, n° 73, p. 19, note S. CHOISY. Voir également, M. GEGOUT, « Essai sur la rétroactivité conventionnelle », *Rev. Crit. Lég. Jurispr.*, 1931, p. 283 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2001, p. 200 et s., n° 160 et s..

¹¹¹¹ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 90, n° 76. Pour un ex. voir CAA Marseille, 26 janvier 2004, *Commune de Nice c/ Médecin*, req. n° 00MA00855 (transaction).

¹¹¹² Cass. Com., 10 janvier 1989, *Société Socabat c/ Directeur général des Impôts*, pourv. n° 87-15.740, Bull. Civ. IV, n° 15, p. 8 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, p. 373 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 713 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, p. 398, n° 422. Ainsi, la rétroactivité d’un contrat de droit privé ne saurait être opposable à l’Administration si cette dernière n’est pas partie audit contrat (CE, 19 juin 1985, *Commune de Saintes*, req. n° 43.062 et 43.063, Rec., p. 191, *AJDA*, 1985, n° 7-8, p. 402, chr. S. HUBAC et J.-É. SCHOETTL).

¹¹¹³ Sur cette question, voir D. POUYAUD, thèse préc., p. 177 et s. n° 240 et s.

¹¹¹⁴ Sur ce point, voir p. 499, n° 631.

¹¹¹⁵ F.-P. BÉNOIT, fasc. 4530 préc., p. 30, n° 194 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., pp. 92-93, n° 76 ; L. GROS, art. préc., p. 260 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 232, n° 440.

¹¹¹⁶ CE, Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste FO des travailleurs des postes et télécommunications*, req. n° 176.261, Rec., p. 354, *LPA*, 19 septembre 2000, n° 187, p. 15, note P. COMBEAU, *RFDA*, 2000, n° 1, p. 197. Voir également, CE, 13 octobre 1989, *Commune de Labarthe-sur-Lèze*, req. n° 77.305, Rec., T., p. 472 ; 2 octobre 2002, *Gross*, req. n° 219.659, Rec., T., p. 924, *BJDCP*, 2003, n° 26, p. 27, concl. D. PIVETEAU, *CMP*, 2002, n° 12, p. 16, obs. J.-P. PIETRI ; 14 mai 2008, *Époux Daviet c/ Ville d’Annecy*, req. n° 284.362, Rec., T., p. 806 (sol. impl.), *BJCP*, 2008, n° 60, p. 347, concl. B. DACOSTA et obs. R. SCHWARTZ, *CMP*, 2008, n° 8-9, p. 29, note É. DELACOUR.

305. Ainsi, les parties au contrat administratif peuvent décider d'anticiper tout ou partie des effets du contrat administratif¹¹¹⁷, à partir du moment où elles en ont chacune librement accepté les aléas. La rétroactivité peut ainsi résulter d'une clause contractuelle prévoyant que le contrat prendra effet à une date antérieure à sa conclusion¹¹¹⁸ ou produira des effets à l'égard d'un acte antérieur. Il n'en va pas différemment lorsque les parties souhaitent, en cours d'exécution, apporter une modification au contrat en lui faisant produire un effet rétroactif¹¹¹⁹. Ce dernier cas correspond, notamment, à l'intervention d'un avenant ayant pour objet de permettre, *a posteriori*, la poursuite de l'exécution du contrat initial¹¹²⁰ ou la prolongation des délais contractuels¹¹²¹. Les parties peuvent enfin assortir le contrat d'une *obligation modale* destinée à organiser leur rapports juridiques dans le temps. La condition permet aux parties d'organiser l'imprévu en subordonnant le déclenchement ou l'anéantissement des effets du contrat à la survenance d'un événement qui lui est extérieur. De ce point de vue, la condition commande le moment de naissance de l'obligation, si elle est suspensive, ou celui de sa disparition, si elle est résolutoire. Lorsque l'événement envisagé se réalise et que la condition est remplie, celle-ci comporte un effet rétroactif. Dans le cas d'une condition suspensive, le contrat prendra effet rétroactivement au jour de sa conclusion. Dans le cas d'une condition résolutoire, le contrat sera regardé comme n'étant jamais intervenu et ses effets seront anéantis *ab initio*. De la même manière, si la condition suspensive ne se réalise pas, elle est considérée comme étant *défaillie*, ce qui libère les cocontractants de leur engagement, tant pour le passé que pour l'avenir. Selon les cas, l'obligation contractuelle sera réputée, par l'effet rétroactif de la condition, être née ou avoir disparu dès l'instant où le contrat a été conclu¹¹²².

306. En toutes hypothèses, il faut que la rétroactivité du contrat résulte de la volonté clairement exprimée des parties. La personne publique ne peut, sans méconnaître les droits que son cocontractant tire du lien contractuel, conférer unilatéralement un effet rétroactif au contrat, le modifier ou y mettre fin rétroactivement¹¹²³. Elle ne peut pas davantage revendiquer son application rétroactive contre son cocontractant, en l'absence de clause expresse¹¹²⁴. Néanmoins, toute rétroactivité implicite du contrat

¹¹¹⁷ CE, 11 juillet 1988, *SA HLM Travail et propriété*, req. n° 53.654 (sol. *a contrario*), *Dr. adm.*, 1988, n° 501 ; Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste FO des travailleurs des postes et télécommunications*, préc. Cf., en ce sens, J.-C. DOUENCE, note sous CE, Sect., Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, req. n° 176.873 à 176.875, *Rec.*, p. 198, *RFDA*, 1997, n° 1, p. 85.

¹¹¹⁸ CE, 2 avril 1971, *Sieur Tlatli Salah Eddine*, préc. ; 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, req. n° 99.743, *Rec.*, T., p. 801 ; 14 mars 1997, *Département des Alpes-Maritimes*, req. n° 143.800, *Rec.*, p. 79, *AJFP*, 1997, n° 4, p. 4, note G.-D. MARILLIA ; CAA Lyon, Plén., 16 octobre 1998, *Département de l'Isère*, req. n° 96LY01258, *Rec.*, p. 604 ; 21 novembre 2007, *Société IBM-France*, req. n° 262.908, *Rec.*, T., p. 943, *AJDA*, 2007, p. 2235, *BJCP*, 2008, n° 56, p. 17, concl. N. BOULOUIS et obs. C. MAUGÜÉ, *JCP A*, 2008, n° 2020, note F. LINDITCH. Sur les différentes dates à retenir pour identifier la rétroactivité du contrat, cf., plus bas, p. 759, n° 979.

¹¹¹⁹ CAA Nancy, Plén., 19 décembre 1989, *Société du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, req. n° 89NC00284, *Rec.*, p. 365 ; CAA Paris, 18 janvier 2005, *Région Île-de-France*, req. n° 02PA01683 à 02PA01686 (4 esp.), *AJFP*, 2005, p. 159, *JCP CTI*, 2005, n° 4, p. 19, note P. BENTOLILA.

¹¹²⁰ CE, 13 juin 1997, *Commune d'Aulnay-sous-Bois*, req. n° 150.681, *Rec.*, T., p. 924, *Dr. adm.*, 1997, n° 11, p. 13 et 1998, n° hors-série, « Le droit des marchés publics », p. 61, *D.*, 1998, SC, p. 230, obs. P. TERNEYRE ; 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, req. n° 173.025, *BJDCP*, 1998, n° 1, p. 36, concl. C. BERGEAL ; CAA Paris, 18 janvier 2005, *Région Île-de-France*, préc.

¹¹²¹ CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (A.R.E.A.)*, req. n° 79.532, *Rec.*, p. 69, concl. E. GUILLAUME, *AJDA*, 1989, p. 391, note J. DUFAU, *D.*, 1990, SC, p. 63, note P. TERNEYRE, *JCP G*, 1989, II, 21323, note P. LEVEL, *RFDA*, 1989, n° 4, p. 619, note B. PACTEAU.

¹¹²² Art. 1179 du Code civil. CAA Paris, 12 novembre 1992, *SA BSM Constructions industrialisées*, préc. : « aucun principe ou aucune règle de droit public n'impliquent [que les articles 1176 et 1178 du Code civil] ne soient pas applicables aux contrats administratifs ». Sur la condition résolutoire, cf., outre l'arrêt cité ci-avant, CE, 8 décembre 1853, *Dame de Verdilhac* *Rec.*, p. 1031 ; 21 janvier 1920, *Compagnie des Salitres d'Autofagosta*, *Rec.*, p. 54 ; CAA Paris, 29 septembre 1995, *Domput*, req. n° 94PA01530, *Rec.*, T., p. 718. Sur la condition suspensive, cf. CE, 18 avril 1821, *Taillard et consorts c/ Le Domaine*, *Rec.*, p. 507 ; 26 octobre 1988, *OPHLM d'Ivry-sur-Seine c/ Baron*, req. n° 61.557, *Rec.*, T., p. 893, *Dr. adm.*, 1988, n° 552. Sur l'ensemble de la question, cf., plus haut, p. 220, n° 285 ; J. DELMAS-MARSALET, art. préc., p. 72 ; J. MARTIN, thèse préc., p. 505, n° 961, et plus spécialement sur les offres de concours, p. 633, n° 1201 ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 137, n° 124 et en particulier sur la défaillance de la condition suspensive, p. 137, n° 124 ; S. THÉRON, thèse préc., p. 376 et s.

¹¹²³ CE, 2 avril 1971, *Sieur Tlatli Salah Eddine*, préc.

¹¹²⁴ CE, 11 juillet 1988, *SA HLM Travail et propriété*, préc.

n'est pas totalement exclue, dès lors qu'il ressort de ses stipulations que telle a bien été la commune intention des parties. Aussi la présence d'une clause de ratification des mesures d'exécution intervenues antérieurement à la conclusion du contrat doit-elle être interprétée comme exprimant la volonté implicite des parties de lui donner un effet rétroactif¹¹²⁵.

Comme il a été vu précédemment à propos de la loi, il est nécessaire de distinguer l'anticipation des effets du contrat de la simple référence à des faits passés. Cette précision tient de l'évidence, mais permet de dissiper les formulations d'apparence, parfois trompeuses. Un exemple suffira à le montrer. Dans l'affaire *Gross*, le Conseil d'État était amené à se prononcer sur la possibilité pour un avenant à un marché de travaux passé par une commune de fixer une date de fin des travaux antérieure à sa signature et, *a fortiori*, à sa transmission au représentant de l'État¹¹²⁶. Alors que la réception des travaux était déjà effectivement intervenue, l'avenant en question procédait au report de la date limite d'exécution du marché d'une année en arrière. Ce report avait pour effet de modifier la date par rapport à laquelle étaient calculées les pénalités de retard, mais il n'avait aucune incidence sur les relations contractuelles elles-mêmes¹¹²⁷. Concrètement, seule la référence numérique servant au calcul des indemnités de retard avait été changée au jour de la transmission de l'avenant. Ce n'est que plus tard, au moment de la présentation du décompte général au maître d'ouvrage, que ces indemnités ont été fixées par référence à la nouvelle date et que la commune a décidé de retenir le montant correspondant sur la somme à verser à l'entrepreneur. Le premier effet juridique de l'avenant s'est produit à une date postérieure à sa transmission, si bien que la rétroactivité n'était qu'apparente¹¹²⁸. La prise en compte d'éléments du passé, même modifiés *a posteriori*, pour déterminer une situation juridique au présent n'équivaut pas à un effet rétroactif. Il faut, à l'inverse et bien plus, qu'un effet de droit soit reporté dans le passé. En revanche, l'analyse aurait été différente si le choix d'une date de référence dans le passé entraîne des conséquences sur les relations contractuelles pour la période précédant la modification¹¹²⁹.

307. Conclusion du paragraphe 1. Bien que le caractère licite de la rétroactivité prescrite par les parties soit acquis dans son principe, cette dernière ne constitue pas un procédé courant en matière contractuelle. La raison doit en être recherchée d'abord dans la nature même du contrat qui se présente avant tout comme un acte de prévision. À cela s'ajoute la multiplication des procédures de passation auxquelles est désormais soumise la grande majorité des contrats administratifs. Le processus de sélection du cocontractant de l'administration enlève, en pratique, une grande partie de son intérêt à l'anticipation des effets du contrat. Enfin, les textes applicables ont longtemps été interprétés comme empêchant toute rétroactivité des contrats locaux soumis à l'obligation de transmission au contrôle de

¹¹²⁵ Il en va ainsi d'une clause d'un marché qui confère le caractère d'un acompte versé au titre dudit marché à la somme correspondant à l'étude menée en vertu d'une lettre de commande émise antérieurement à sa conclusion. Dans la mesure où cette étude n'était pas distincte dudit marché, elle a eu nécessairement pour effet d'anticiper son commencement d'exécution (CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, req. n° 71.956, Rec., T., p. 755, D., 1991, SC, p. 375, obs. P. TERNEYRE, *MTP*, 1991, n° 6, p. 67, *RDP*, 1992, n° 5, p. 1526, note F. LLORENS).

¹¹²⁶ CE, 2 octobre 2002, *M. Gross*, préc. Cf., dans le même sens, CAA Paris, 28 novembre 2000, *Société Jamet*, req. n° 96PA00144 (sol. impl.)

¹¹²⁷ Comme le souligne le commissaire du gouvernement D. Piveteau dans ses conclusions sur cette affaire, « le fait de fixer rétroactivement une date théorique de fin de travaux ne produit aucun effet de droit rétroactif, pour la simple raison que le simple franchissement de cette date n'entraîne sur le moment, à la date en question, aucun effet juridique. Les relations contractuelles ne sont ni interrompues, ni modifiées. Si les travaux ne sont pas achevés, ils continuent de s'exécuter dans les mêmes conditions » (D. PIVETEAU, concl. préc., spéc. p. 29).

¹¹²⁸ Sur les interrogations suscitées par cet arrêt, cf. L. RICHER, *op. cit.*, pp. 232-233, n° 440.

¹¹²⁹ Cf., par ex., les conséquences du choix d'une date de référence anticipée pour le calcul de la révision de la rémunération du contrat (CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (A.R.E.A.)*, préc. ; 4 janvier 1995, *Centre hospitalier général de Saint-Dié*, req. n° 46.190).

légalité comme des marchés publics. On verra, par la suite, que ces obstacles à la rétroactivité du contrat administratif ont été en partie levés¹¹³⁰, sans pour autant que l'on puisse affirmer que c'est là le point de départ de l'essor de la rétroactivité contractuelle en droit public.

Un même constat peut être dressé à l'égard cette fois des techniques contractuelles de rétroactivité.

§ 2 : Les techniques de rétroactivité du contrat administratif

308. Paradoxalement, alors même que le contrat est la chose des parties, son destin ne repose pas entre leurs mains lorsqu'il se trouve atteint dans sa validité. Les diverses irrégularités dont peut être entaché le contrat administratif trouvent habituellement leur sanction devant le juge administratif. Saisi par les parties ou un tiers, le juge du contrat peut déclarer la nullité du contrat – il est plus juste de dire désormais qu'il peut prononcer son annulation – ou, au contraire, décider son maintien. Pourtant, rien ne s'oppose à ce que les parties puissent elles-mêmes constater l'irrégularité du contrat pour en tirer les conséquences, soit en le faisant disparaître, soit en le confirmant. Deux évolutions récentes invitent même à reconsidérer le traitement conventionnel des irrégularités du contrat administratif : la reconnaissance de la liberté contractuelle aux parties à un contrat administratif ; l'essor de la voie de la régularisation du contrat dans un contexte largement favorable à la stabilité des relations contractuelles¹¹³¹. Or, le propre de ces deux solutions apportées au problème de l'irrégularité du contrat administratif est qu'elles donnent lieu à rétroactivité. Bien que largement inusitées pour l'heure, l'annulation (I) et la confirmation (II) conventionnelles du contrat administratif irrégulier ne sont pas totalement exclues par le droit positif.

I – L'ANNULATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF PAR LES PARTIES

309. Il peut apparaître surprenant d'évoquer l'idée d'une destruction rétroactive d'un acte juridique qui résulterait de la volonté même de ceux qui ont initialement trouvé un intérêt commun dans sa formation. C'est pourtant là une des conséquences de la liberté contractuelle, laquelle fait regarder le contrat comme un « monde clos »¹¹³² au sein duquel les parties disposent d'une large autonomie. En toute logique, rien ne s'oppose à ce qu'elles puissent défaire ce qu'elles ont fait, voire à l'anéantir purement et simplement, sous réserve toutefois de ne pas porter atteinte aux droits des tiers et de ne pas méconnaître une règle d'ordre public. Admissible en théorie, l'annulation conventionnelle se rencontre cependant fort rarement en pratique, compte tenu de la difficulté de voir se réaliser un consensus entre

¹¹³⁰ Cf., plus bas, p. 503 et s., n° 637 et s.

¹¹³¹ Le Conseil d'État vient, en effet, de l'élever au rang de solution juridictionnelle aux irrégularités du contrat administratif au même titre que d'autres solutions, l'annulation devenant l'exception (CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; Sect., 31 décembre 2008, *M. Cavallo*, req. n° 283.256, Rec., p., 481 concl. E. GLASER, *AJDA*, 2009, n° 3, p. 142, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJFP*, 2009, n° 3, p. 153, note G. CALLEY, *BJCL*, 2009, n° 6, p. 365, étude S. MACAIRE-SOKYURT, *Dr. adm.*, 2009, n° 3, p. 29, note F. MELLERAY, *JCP A*, 2009, n° 11-12, p. 64, note D. JEAN-PIERRE, *RFDA*, 2009, n° 1, p. 89, concl. E. GLASER ; Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304.802, Rec., p. 509, concl. E. GLASER, *GACA* n° 9 et *GAJA* n° 118, *AJDA*, 2010, n° 3, p. 142, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI et 2011, p. 310, étude E. GLASER et p. 665, chr. A. LALLET et X. DOMINO, *BJCP*, 2010, n° 69, p. 138, concl. E. GLASER, *CMP*, 2010, n° 3, p. 38, note P. REES, *Gaz. Pal.*, 14 mars 2010, n° 72-75, p. 13, note B. SEILLER et 2 avril 2010, n° 92-93, p. 15, note J.-L. PISSALOUX, *JCP A*, 2010, n° 18, p. 21, note F. LINDITCH, *RDI*, 2010, n° 5, p. 265, note R. NOGUELLOU, *RDP*, 2010, n° 2, p. 553, chr. H. PAULIAT, *RFDA*, 2010, n° 3, p. 519, note D. POUYAUD et p. 1089, étude J.-F. LAFAIX, *RJEP*, 2010, n° 676, p. 19, note J. GOURDOU et P. TERNEYRE). Voir L. RICHER, *op. cit.*, p. 187, n° 340.

¹¹³² Selon l'expression de P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », *Rép. resp. puiss. pub.*, Dalloz, 2005, p. 15, n° 101.

les parties en ce sens. En effet, la disparition rétroactive du contrat suppose de remettre les « choses en l'état » dans lequel elles se trouvaient avant l'échange des consentements, ce qui constitue une opération lourde et complexe pour les parties. Concrètement, celles-ci seront tenues de restituer les prestations déjà effectuées, de procéder à une reconstitution matérielle et de rembourser les sommes perçues au titre de l'exécution du contrat annulé. On comprend alors fort bien que l'une ou l'autre d'entre elles ne souhaite pas s'engager dans l'« aventure » que constitue la liquidation des rapports passés avec son cocontractant. Le plus souvent, c'est une simple disparition *pro futuro* du lien contractuel qui sera alors envisagée. Du reste, l'une ou l'autre des parties peut également avoir un intérêt à la poursuite du contrat, notamment lorsque le fonctionnement continu d'un service public est en jeu. Pour cet ensemble de raisons – et pour d'autres qui seront évoquées plus loin – l'annulation du contrat constitue une solution de dernier recours qui est, dans la grande majorité des cas, prononcée par le juge sur recours d'une partie ou d'un tiers et non par les parties elles-mêmes¹¹³³.

310. Beaucoup plus inhabituelle que l'annulation juridictionnelle, l'annulation conventionnelle se rencontre dans trois situations distinctes. Tout d'abord, les parties peuvent, comme on l'a vu dans les développements précédents, avoir elles-mêmes prévu, au moment de la conclusion du contrat, sa disparition rétroactive. En ce cas, l'annulation découle du contrat lui-même. Il en va principalement ainsi lorsqu'il est recouru au mécanisme de la condition résolutoire. Les parties se sont accordées, dans le cadre de leur liberté contractuelle, pour mettre fin rétroactivement à leur engagement en cas de survenance d'un événement incertain et extérieur au contrat, qu'elles envisagent néanmoins. La réalisation de la condition aura pour effet de faire disparaître rétroactivement l'obligation contractuelle, ainsi que les effets qui en auront découlé au cours de l'exécution du contrat¹¹³⁴. La condition résolutoire peut même être implicitement insérée dans certaines catégories de contrats. Ainsi, il est traditionnel de considérer, comme le précisent au demeurant les dispositions de l'article 1184 du Code civil, qu'une condition résolutoire : « *est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* »¹¹³⁵. Néanmoins, il est rare que cette condition résolutoire implicite soit actionnée par les parties d'un commun accord. Le plus souvent, elle sera plutôt revendiquée par l'une contre l'autre et unilatéralement mise en œuvre par le juge. Doit également être rapprochée de cette hypothèse celle de la caducité des offres de concours, dont on peut considérer qu'elles sont assorties d'une condition résolutoire implicite¹¹³⁶. Véritables contrats unilatéraux, puisque le bénéficiaire de l'offre ne prend aucun engagement précis, les obligations de l'offrant disparaissent rétroactivement lorsque le bénéficiaire n'a pas respecté les conditions posées dans

¹¹³³ Sur l'ensemble de ces points, voir B. PLESSIX, thèse préc., pp. 99-100, n° 81 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 363, n° 542.

¹¹³⁴ Cf., plus haut, p. 222, n° 286.

¹¹³⁵ Sur l'application de l'art. 1184 du Code civil par le juge administratif, voir F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 139, 1981 ; J. MARTIN, thèse préc., p. 574, n° 1052 ; R. NOGUELLOU, « La fin du contrat. Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, p. 341, spéc. p. 361. ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 138, n° 125. Pour un ex., cf. CE, 25 mars 1865, *Demeure*, Rec., p. 331.

¹¹³⁶ Sur la caducité des offres des concours, voir A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 638-639, n° 1408 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 80, n° 132. Pour un exposé critique du régime de l'offre de concours, voir J. MARTIN, thèse préc., p. 633, n° 1199 : l'auteur considère que, bien que s'étant construit autour de l'idée de condition, le régime de l'offre de concours se rapproche davantage de celui applicable aux libéralités.

l'offre. Le contrat d'offre de concours se trouve alors résolu rétroactivement, ce qui fonde l'offrant à récupérer les prestations devenues sans cause, sans que le bénéficiaire puisse y faire obstacle¹¹³⁷.

311. Dans un deuxième cas de figure, l'annulation du contrat n'est pas prévue par l'engagement initial, mais est décidée en cours d'exécution du contrat. Toujours dans le cadre de leur liberté contractuelle, les parties entendent mettre un terme de façon anticipée à leurs rapports. Suivant le vocabulaire hérité du droit civil, elles procèdent alors à la *résolution* par consentement mutuel du contrat administratif. Comme le rappelle M. Richer, « *la notion de résolution suppose la rétroactivité de l'anéantissement de l'acte contractuel* »¹¹³⁸. En d'autres termes, le lien contractuel est rétroactivement rompu par la volonté des parties, alors même qu'il a pu faire l'objet d'un commencement d'exécution. Ainsi, dans une affaire *Roujansky*, le Conseil d'État s'est-il borné à tirer les conséquences d'un accord intervenu entre l'État et une entreprise privée pour déclarer « nul et de nul effet » le contrat de concession qu'ils avaient antérieurement conclu¹¹³⁹. Le contrat résolu est donc censé n'avoir jamais existé et ses effets disparaîtront pour l'avenir comme pour le passé. De ce point de vue, la résolution du contrat se rapproche du retrait administratif d'une décision ou de l'annulation juridictionnelle d'un acte administratif¹¹⁴⁰. La résolution du contrat par un accord de volontés ultérieur peut également s'imposer aux parties à l'issue d'un contentieux initié par un tiers. C'est notamment le cas lorsque, à la suite de l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir d'un acte détachable du contrat, le juge de l'exécution estime que celle-ci entraîne nécessairement, eu égard à la nature de l'acte et à la gravité du vice dont il est entaché, la nullité du contrat et ordonne aux parties de résoudre le contrat ou, faute pour elle de parvenir à un accord commun, de saisir le juge du contrat à cette fin¹¹⁴¹. La convention de résolution aura alors pour objet de procéder à la liquidation des rapports qu'ont entretenus les parties à la suite de la conclusion du contrat entaché de nullité.

Les cas de résolution rétroactive du contrat administratif sont cependant difficiles à isoler, dès lors que le terme de « résolution » est souvent utilisé en jurisprudence pour désigner une simple « résiliation » du contrat, laquelle n'a d'effet que pour l'avenir. Du reste, cette ambiguïté terminologique n'est pas propre au droit public, où le vocable est réapparu de manière habituelle en 1999 après avoir

¹¹³⁷ Sur le premier point, cf. CE, 14 mars 1902, *Commune de Beauvois*, Rec., p. 200. Sur le second point, (CE, 24 avril 1918, *Consorts Pavin de Lafarge*, Rec., p. 358. Voir J.-B. AUBY et R. NOGUELLOU, « Offre de concours », *J.-Cl. adm.*, fasc. 684, 2005, p. 12, n° 93. Pour une position contraire, voir Y. LAURANS, « La caducité des contrats administratifs », *RFDA*, 2011, n° 2, p. 495, spéc. p. 498, note 61.

¹¹³⁸ L. RICHER, « Vie et survie du contrat administratif illégal », préc., p. 515. Voir également, R. NOGUELLOU, *loc. cit.*

¹¹³⁹ CE, Ass., 16 avril 1986, *Roujansky*, req. n° 73.767, 73.899, 73.952, 74.105, 74.987 et 75.575, Rec., p. 113, *AJDA*, 1986, n° 5, p. 284, chr. M. AZIBERT et M. FORNACCIARI, *D.*, 1987, J., p. 97, note F. LLORENS, *RDP*, 1986, n° 3, p. 847, concl. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *RFDA*, 1987, n° 1, p. 2, note P. DELVOLVÉ et F. MODERNE.

¹¹⁴⁰ Voir, en ce sens, O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, concl. sur CE, Ass., 16 avril 1986, *Roujansky*, *RDP*, 1986, n° 3, p. 847.

¹¹⁴¹ CE, Sect., 26 mars 1999, *Société Hertz France*, req. n° 202.256, 202.258, 202.259 et 202.262, Rec., p. 95, concl. J.-H. STAHL *AJDA*, 1999, n° 5, p. 427, note M. BAZEX, *BJDCP*, 1999, n° 5, p. 462, concl. J.-H. STAHL, obs. C. MAUGÜÉ et P. TERNEYRE, *CJEG*, 1999, n° 556, p. 264, concl. J.-H. STAHL, *RFDA*, 1999, n° 5, p. 977, note D. POUYAUD, *RDI*, 1999, p. 249, obs. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX. Sur le prononcé d'une injonction de saisir le juge du contrat par voie de conséquence à l'annulation d'un acte détachable, voir CE, 1^{er} octobre 1993, *Société "Le Yacht-Club International" de Bormes-les-Mimosas*, req. n° 54.660, Rec., T., p. 971, *AJDA*, 1993, n° 11, p. 810, concl. M. POCHARD, *RFDA*, 1994, n° 2, p. 248, note B. PACTEAU ; 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, req. n° 248.950, Rec., p. 501, *BJDCP*, 2004, n° 33, p. 136 et *RJEP*, 2004, n° 609, p. 246, concl. D. PIVETEAU, *AJDA*, 2004, p. 394, obs. J.-D. DREYFUS, *Dr. adm.*, 2004, n° 4, p. 20, note A. MÉNÉMÉNIS ; 19 déc. 2007, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) du Confolentais*, préc. ; 19 juillet 2010, *Centre hospitalier de Béziers*, req. n° 327.155, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2010, n° 27, p. 1512, *CMP*, 2010, n° 10, p. 46, note J.-P. PIETRI. Sur cette question, voir Y. GAUDEMET, « Remarque sur quelques aspects récents du contentieux des contrats de l'administration », in *Liber amicorum G. DAUBLON*, Paris, Defrénois, 2001, p. 111, spéc. p. 117 ; F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », préc., p. 588 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 181, n° 328.

disparu à la fin du XIX^e siècle¹¹⁴², et se retrouve également dans les solutions dégagées en droit privé. À la suite de plusieurs auteurs, il semble possible de tracer les contours du domaine de la résolution à effet rétroactif du contrat en droit administratif, en s'inspirant des solutions retenues en droit privé. Dans son application de l'article 1184 du Code civil, le juge judiciaire réserve, en effet, la résolution rétroactive, unilatérale ou consensuelle, à ceux des contrats synallagmatiques qui s'exécutent de façon instantanée. En revanche, dans le cas où il est mis fin à un contrat à exécution successive, c'est la résiliation qui l'emporte comme solution de principe¹¹⁴³. On peut estimer que cette distinction se retrouve dans la jurisprudence administrative, dès lors que les seules affaires dans lesquelles une résolution rétroactive a été évoquée concernaient des contrats de vente d'immeuble. En revanche, lorsqu'est en cause un contrat dont l'exécution s'inscrit dans la durée, la résolution équivaut, dans l'esprit du juge, à une résiliation du contrat¹¹⁴⁴. Bien que rien ne s'opposerait en pratique à ce que les parties résolvent rétroactivement un contrat à exécution successive, on peut raisonnablement estimer que les solutions retenues en matière de résolution juridictionnelle pour inexécution de ses obligations par un cocontractant correspondent, pour les motifs déjà évoqués, à la réalité des rapports contractuels.

312. Enfin, l'annihilation rétroactive du contrat et de ses effets peut résulter du constat par les parties d'une irrégularité entachant celui-là de nullité. En effet, comme le relève d'éminents auteurs, « *la sanction normale des conditions de validité du contrat est la nullité dont le contrat se trouve frappé lorsqu'une de ces conditions fait défaut* »¹¹⁴⁵. Eu égard à la multiplication des irrégularités susceptibles d'atteindre le contrat dans sa validité¹¹⁴⁶, le constat de sa nullité est loin de constituer une hypothèse d'école. S'il advient que les parties détectent une cause de nullité du contrat, elles peuvent elles-mêmes en assurer la sanction en prononçant son annulation. Le juge administratif semble avoir implicitement reconnu cette faculté aux parties, pourvu que le constat de la nullité du contrat fasse l'objet d'un accord commun¹¹⁴⁷. En revanche, sauf rares exceptions, le juge a toujours refusé d'admettre la légalité des déclarations unilatérales de nullité du contrat administratif¹¹⁴⁸. Du reste, l'extension du domaine du pouvoir administratif d'annulation aux contrats, même au nom de l'intérêt général, apparaît comme largement contraire à la logique contractuelle. Elle ne pourrait aboutir, en tout état de cause, qu'à une dénaturation du contrat administratif¹¹⁴⁹. En cas de désaccord entre les parties, c'est donc au juge seul

¹¹⁴² Sur ce constat, voir J. MARTIN, *loc. cit.* ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 97, n° 78 ; D. POUYAUD, note sous CE, Sect., 26 mars 1999, *Société Hertz France, RFDA*, 1999, n° 5, p. 977. Cf., par ex., CE, 21 février 1879, *Ministre de la guerre c/ Ville de Paris*, Rec., p. 169 ; Sect., 6 novembre 1970, *SA touristique et hôtelière de la vallée du Lautarel "Sathoval"*, req. n° 76.860, Rec., p. 654, *AJDA*, 1971, II, p. 105, concl. J. BAUDOIN.

¹¹⁴³ Cf., en ce sens, P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, n° 888 ; R. NOGUELLOU, *loc. cit.*

¹¹⁴⁴ Sur le premier point, voir CAA NANCY, 13 juin 1989, *Poignand*, req. n° 89NC00038. Pour d'autres ex. cf. J. MARTIN, *eod. loc.* Sur le second point, voir 9 décembre 1932, *Compagnie des Tramways de Cherbourg*, req. n° 89.655, 01.000 et 01.001, Rec., p. 1050, concl. JOSSE, D., 1933, III, p. 17, concl. P.-L. JOSSE, note PELLOUX, *RDP*, 1933, p. 117, concl. P.-L. JOSSE, note G. JÈZE, S., 1933, III, p. 9, concl. P.-L. JOSSE, note P. LAROQUE (résolution d'un contrat de fourniture de courant).

¹¹⁴⁵ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 571, n° 541.

¹¹⁴⁶ Sur ce constat, L. RICHER, art. préc., p. 510. Sur les multiples causes de nullité du contrat administratif, voir, parmi de nombreuses études, O. FÉVROT, « La conclusion du marché public », *J.-Cl. adm.*, fasc. 640, 2010, p. 9 et s., n° 2 et s. ; E. GLASER, concl. sur CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 140 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 23 et s., n° 1 et s. Cf. également, *a contrario*, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 76 et s., n° 75 et s.

¹¹⁴⁷ CE, Ass., 16 avril 1986, *Roujansky*, préc. Cf., en ce sens, E. GLASER, concl. préc., p. 139.

¹¹⁴⁸ CE, 2 avril 1971, *Sieur Tlatli Salah Eddine*, préc. Le pouvoir de prononcer unilatéralement la nullité du contrat n'existait pour l'Administration qu'en matière de contrats de fonction publique (CE, 5 mars 1954, *Dlle Soulier*, Rec., p. 139 (sol. impl.), *RJPUF*, 1954, p. 624, concl. A. JACOMET ; 23 février 1966, *Mlle Brillé*, req. n° 64.259, Rec., p. 142 ; sur la solution actuelle, voir CE, Sect., 31 décembre 2008, *M. Cavallo*, préc.) ou, en dehors de cette matière, que si la loi l'y autorisait expressément. Sur l'ensemble de ces points, voir L. RICHER, *loc. cit.* ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 574, n° 544.

¹¹⁴⁹ Certains arrêts ont pu entretenir une certaine confusion à cet égard (CE, 28 janvier 1865, *Pollet*, S., 1865, II, p. 54).

qu'appartient le pouvoir de faire disparaître rétroactivement le contrat irrégulier. Du reste, la nullité conventionnelle, et plus généralement l'annulation conventionnelle, demeure une solution exceptionnelle, compte tenu des conséquences radicales qu'elle entraîne.

Lorsqu'elle est constatée, la nullité emporte l'anéantissement de tous les effets qu'a pu produire le contrat irrégulier¹¹⁵⁰. Suivant l'adage bien connu, « *quod nullum est nullum producit effectum* ». Un contrat nul ne peut faire naître de droits, ni d'obligations entre les parties et doit être regardé comme n'ayant jamais été conclu, quand bien même il aurait été entièrement exécuté. Les rapports entre les parties sont dissouts. Il n'est donc plus possible pour l'une comme pour l'autre d'invoquer les stipulations contractuelles. De la même façon, leurs rapports financiers ne peuvent plus être réglés par le contrat et les responsabilités ne peuvent plus être engagées sur son fondement. Si le contrat a connu un début d'exécution, la déclaration de nullité emporte l'obligation pour les parties de remettre les choses en l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'engagement contractuel. La disparition rétroactive des effets du contrat débouche là encore sur un ensemble de restitutions dont il n'est pas toujours évident qu'elles suffisent à liquider définitivement le passé des rapports *inter partes*.

Si elle existe bel et bien, l'annulation conventionnelle demeure une solution peu usitée en droit administratif, dès lors qu'elle n'est pas dans l'intérêt commun des parties. Il est, en effet, relativement rare que l'une ou l'autre des parties ne souhaite pas la poursuite de l'exécution du contrat, même en dépit de son irrégularité. Ces considérations expliquent, d'une part, que l'annulation du contrat administratif reste principalement d'origine juridictionnelle et, d'autre part, que la voie de sa régularisation soit désormais privilégiée.

II – LA CONFIRMATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF PAR LES PARTIES

313. Par dérogation à la sanction normale de l'irrégularité du contrat administratif qui est l'annihilation de l'acte et de ses effets, les parties peuvent choisir d'entreprendre sa consolidation. Le contrat irrégulier se trouve alors *confirmé* par la volonté de ceux qui ont présidé à son élaboration. Comme on l'a vu dans les développements précédents à propos de la loi puis des actes administratifs unilatéraux, la confirmation *lato sensu* peut s'analyser soit en une régularisation, soit en une renonciation, soit enfin en une réitération. Il a également été montré que la question de la rétroactivité ne pouvait se poser qu'à l'égard des deux premières techniques examinées. Toutefois, il convient également d'écarter la renonciation des présents développements, dès lors qu'elle constitue un acte unilatéral émanant de l'une ou l'autre des parties au contrat. Il en est de même de la régularisation du contrat administratif unilatéralement décidée par la personne publique, dont on a vu que la rétroactivité était, en l'état actuel du droit positif, interdite, sauf rares exceptions¹¹⁵¹.

314. Le maintien du contrat malgré son illégalité connaît, à l'heure actuelle, un regain d'intérêt, tant en doctrine qu'en jurisprudence, dès lors qu'il permet d'assurer une sécurité juridique renforcée aux

¹¹⁵⁰ Les effets de la nullité ne variant pas selon que celle-ci est constatée par le juge ou les parties, on se reportera utilement aux développements consacrés aux conséquences de l'annulation juridictionnelle du contrat administratif (cf., plus bas, p. 350 et s., n° 270 et s.).

¹¹⁵¹ Cf., plus haut, p. 205, n° 270. Voir également, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 281, n° 286.

contrats administratifs¹¹⁵². La jurisprudence administrative envisage expressément la consolidation du contrat administratif comme solution à apporter à son irrégularité, bien qu'elle se borne encore à évoquer les mesures de régularisation adoptées par la seule collectivité contractante en vue de décider de la poursuite de l'exécution du contrat¹¹⁵³. On peut néanmoins identifier deux modalités de consolidation d'un contrat administratif irrégulier dont la source est conventionnelle.

315. Dans un premier cas de figure, c'est l'acte contractuel qui est lui-même l'objet de la consolidation par consentement mutuel des parties. Le contrat irrégulier est maintenu au moyen d'une régularisation, c'est-à-dire d'une correction du vice dont il était jusque-là entaché. Le contrat initial est « réparé », en ce sens qu'il est rétroactivement purgé de son vice, et continue à produire ses effets dans une légalité pleinement retrouvée. Comme on l'a vu à propos de la validation législative, laquelle peut prendre la forme d'une régularisation, la rétroactivité n'est pas consubstantielle à l'idée de consolidation d'un acte, mais elle lui est indispensable pour atteindre l'objectif poursuivi qui est le maintien de l'acte initial et de ses effets¹¹⁵⁴. Par nécessité, la régularisation doit couvrir l'ensemble de la période d'invalidité de l'acte, sous peine d'être privée d'une partie de son efficacité. Ainsi, lorsqu'elle envisage la régularisation du contrat initial, les parties doivent stipuler rétroactivement sa réparation afin d'écarter toute éventualité d'annulation tant pour le passé que pour l'avenir. Une telle rétroactivité n'est pas illégale au regard de la liberté contractuelle dont bénéficient les parties à un contrat administratif.

Possible en théorie, la régularisation du contrat est confrontée, en pratique, à de nombreux obstacles, le plus important d'entre eux tenant à ce que certains vices de légalité du contrat sont, en toutes hypothèses, irréparables. C'est le cas notamment de la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence ou, plus généralement, des règles d'ordre public, ainsi que des vices touchant à l'objet ou à la cause du contrat administratif¹¹⁵⁵. Hormis les cas où l'irrégularité du contrat est liée à la procédure d'engagement de la personne publique ou au choix de son cocontractant, de tels vices faisant logiquement l'objet d'une régularisation unilatérale, la correction du contrat par les parties pourrait porter, par exemple, sur l'omission d'une clause obligatoire¹¹⁵⁶. Quant aux autres obstacles à la régularisation du contrat irrégulier, ils relèvent plus généralement des limites posées à la rétroactivité même du contrat administratif, lesquelles seront évoquées plus loin¹¹⁵⁷. Enfin, dans la mesure où elle requiert un nouvel accord des volontés, la régularisation conventionnelle du contrat administratif reste soumise, du point de vue de la personne publique, au bon vouloir de son cocontractant. Si ce dernier peut avoir un intérêt, notamment financier, à la poursuite de l'exécution du contrat, il n'est pas exclu qu'il préfère en obtenir la nullité auprès du juge administratif¹¹⁵⁸.

¹¹⁵² P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », in Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 329 ; L. RICHER, art. préc., p. 520.

¹¹⁵³ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹¹⁵⁴ Cf., plus haut, p. 96, n° 140.

¹¹⁵⁵ L. GROS, « La rétroactivité du contrat public », préc., p. 262 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 271 et s., n° 271 et s. ; F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », préc., p. 579 et s., spéc. p. 584.

¹¹⁵⁶ J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 303, n° 316.

¹¹⁵⁷ Cf., plus bas, p. 503 et s., 637 et s.

¹¹⁵⁸ En effet, l'annulation juridictionnelle du contrat lui permettrait de se libérer de ses obligations, notamment celle d'assumer les garanties d'exécution attachées au contrat. Il serait également susceptible d'obtenir, outre le paiement des dépenses utiles au titre de l'enrichissement sans cause, des dommages-intérêts au titre du manque à gagner sur le fondement de la responsabilité pour faute de l'administration. (cf., sur ces différents points, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 265, n° 263).

316. Dans un second cas de figure, c'est la situation juridique née du contrat irrégulier qui est régularisée au moyen d'une réfection de l'acte qui en est le support. Le contrat initial est délaissé au profit d'un nouvel accord des volontés. En principe, la réfection d'un acte irrégulier n'a d'effet que pour l'avenir¹¹⁵⁹. Néanmoins, aucune règle ni aucun principe ne s'opposant à ce que les parties, dans le cadre de leur liberté contractuelle, décident de conférer un effet rétroactif au contrat administratif, celles-ci pourront tout à fait stipuler la réfection rétroactive du contrat initial à l'occasion de l'édition du nouveau contrat. Celui-ci se substituera alors pour le passé comme pour l'avenir à celui-là¹¹⁶⁰. Cette voie de consolidation n'est pas dépourvue de tout intérêt, puisqu'elle permet de conserver les conditions initiales de l'engagement contractuel pour la poursuite de son exécution, autant qu'elle sauvegarde les actions en responsabilité contractuelle.

Cependant, la nécessité d'un nouvel accord des volontés pour obtenir la consolidation du contrat irrégulier est susceptible, comme on vient de le voir, de poser quelques difficultés pratiques, dès lors que la personne publique reste dépendante du bon vouloir de son cocontractant. Il n'est pas exclu que ce dernier poursuive, par opportunisme, la nullité du contrat irrégulier auprès du juge administratif. Par ailleurs, pour certains types d'irrégularités, telles la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, la réfection rétroactive du contrat rencontre un obstacle insurmontable dans l'obligation d'organiser une nouvelle procédure de passation pour le nouveau contrat. Il en va de même dans les cas où l'offre du cocontractant de la personne publique était assortie d'un délai lors de la passation du contrat initial, lequel peut avoir expiré au moment de la réfection¹¹⁶¹. Il s'ensuit que le domaine de la réfection rétroactive semble devoir se cantonner, d'une part, aux contrats dont la procédure de passation n'est pas réglementée, tels les conventions d'occupation du domaine public ou les contrats de recrutement des agents publics¹¹⁶².

317. Conclusion du paragraphe 2. Si elle est possible en théorie, la destruction ou la consolidation rétroactive du contrat administratif irrégulier d'origine purement conventionnelle se réduit, somme toute, à une part congrue. Son domaine se limite, en tout état de cause, à l'objet même du contrat. En effet, les irrégularités commises lors de la passation sont le plus souvent imputables à la personne publique elle-même et ne peuvent être, par conséquent, sanctionnées ou régularisées par cette voie. Eu égard au nombre important des règles d'ordre public s'y rapportant, cette voie ne constitue pas une pure hypothèse d'école. Cependant, la rétroactivité conventionnelle ne présente un réel intérêt pour les cocontractants que dans la perspective du maintien des effets du contrat irrégulier. En effet, les difficultés attachées à la liquidation des rapports passés entre les parties est de nature à dissuader ces

¹¹⁵⁹ Cf., plus haut, p. 207, n° 271. Sur la réfection du contrat, voir C. DUPEYRON, thèse préc., p. 31, n° 50 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 255, n° 253 ; S. MERCOLI, thèse préc., p. 50.

¹¹⁶⁰ Cf., en ce sens, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 259, n° 257 et p. 266, n° 264. Pour un ex., cf. CE, 7 mai 1926, *Sieur Charton c/ Ministre de la Guerre*, Rec., p. 471 ; 5 mai 1961, *Ministre de la Construction c/ Société M. et A. Cuillerai*, req. n° 45.863, 49.623 et 49.784, Rec., p. 303.

¹¹⁶¹ C'est le cas en matière de délégations de service public (CAA Marseille, 26 mars 2007, *Daerden*, req. n° 04MA00354, *CMP*, 2007, n° 6, p. 28, note É. DELACOUR), ainsi que pour certains marchés publics, lorsque la commission d'appel d'offres l'a décidé (CE, 21 mars 2007, *Commune de Lens*, req. n° 279.535, Rec., T., p. 939, *AJDA*, 2007, n° 30, p. 1657, note P. SUBRA DE BIEUSSES, *BJCP*, 2007, n° 52, p. 212, concl. D. CASAS, *CMP*, 2007, n° 5, p. 62, note W. ZIMMER). Sur ces différents points, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., pp. 267-269, n° 266-267.

¹¹⁶² J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 269, n° 269. On peut également se demander, par un raisonnement *a contrario*, si ne seraient pas également concernés les marchés publics négociés. Cf., en ce sens, CE, 27 mai 1998, *Commune d'Agde*, req. n° 165.109, Rec., T., p. 1019, *BJDCP*, 1998, n° 1, p. 31, concl. C. BERGEAL, *CMP*, 1998, n° 3, p. 17, obs. C. DELELIS, *Dr. adm.*, 1998, n° 7, p. 13, *RDI*, 1998, p. 361, obs. F. LLORENS et P. TERNEYRE.

dernières de recourir à la résolution conventionnelle, si bien que dans la plupart des cas c'est un contentieux qui aura été à l'origine de cette solution.

*

318. Conclusion de la Section 2. Fondée sur le principe de la liberté contractuelle, la rétroactivité du contrat administratif n'apparaît guère contestable dans son principe. Pourtant, elle connaît des applications peu nombreuses en pratique. Ce paradoxe ne doit pas surprendre en raison de multiples obstacles empêchant ou réduisant l'intérêt pour les parties d'anticiper les effets du contrat dans le temps. Par ailleurs, la rétroactivité du contrat a longtemps été perçue comme un moyen pour la personne publique de contourner les règles qui s'imposent à elles, en particulier en matière de procédure de passation et/ou de contrôle de légalité. La contractualisation croissante de l'action publique, combinée à la volonté d'assurer une plus grande liberté contractuelle, ainsi que de garantir une plus grande stabilité du contrat, pourraient conduire à un recours plus fréquent à la rétroactivité *inter partes*. Ce mouvement semble même déjà amorcé. En effet, les obstacles traditionnellement opposés à l'effet rétroactif du contrat public ont, en partie, été levés. Par exemple, la méconnaissance de la règle de transmission des contrats locaux au représentant de l'État n'est plus regardée comme un vice de nature à entraîner, de plein droit, la nullité du contrat. Dans le même ordre d'idées, l'émergence d'une politique juridictionnelle de régularisation des contrats irréguliers, comme en atteste l'accroissement des pouvoirs du juge du contrat en ce sens, pourrait attirer l'attention sur l'existence de voies proprement conventionnelles de consolidation rétroactive du contrat public. Au total, il faut considérer que la rétroactivité contractuelle reste encore en devenir en droit public.

* *

*

319. Conclusion du Chapitre II. En matière administrative, l'impression qui domine est celle d'un morcellement extrême des manifestations de la rétroactivité, ce qui rend difficile toute tentative de systématisation. Si une approche positive du phénomène de la rétroactivité en cette matière permet de regrouper ses multiples expressions autour de quelques principes explicatifs, tels les principes de bonne administration ou de légalité, ou encore les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, on ne saurait en tirer aucune conclusion de portée générale. Il n'existe pas, en la matière, un pouvoir de rétroactivité qui serait reconnu, même à titre dérogatoire, à l'autorité administrative de manière invariable. Bien souvent, le recours à la rétroactivité, lorsqu'il est admis, répond plutôt à des nécessités d'ordre pratique, ce qui limite d'autant la portée explicative des solutions jurisprudentielles. Certains cas de rétroactivité correspondent à des situations parfois irréductibles et dont la raison d'être même prête à discussion. Au total, c'est dire que ces cas d'application forment autant d'« îlots » de rétroactivité, plutôt qu'un ensemble cohérent et rationnellement fondé.

La rétroactivité administrative est loin de présenter une physionomie uniforme. Quantitativement, l'essentiel du phénomène concerne les prescriptions catégoriques et concrètes. À l'opposé et de manière quelque peu paradoxale, la rétroactivité du contrat se rencontre rarement, principalement en raison des difficultés pratiques qu'elle recèle, ainsi que des obstacles procéduraux qui privent son emploi d'une grande partie de son intérêt. Enfin, la rétroactivité de la règle administrative, parce qu'elle est la plus attentatoire à la sécurité juridique, est sévèrement encadrée. En tout état de

cause, ce n'est que dans des cas limites ou en présence d'une habilitation que la légalité du règlement rétroactif est admise.

Il n'en reste pas moins que le nombre important des exceptions au principe de non-rétroactivité peut amener à s'interroger sur son devenir. Conçu comme une règle absolue à l'origine¹¹⁶³, ce principe a subi, au fil des évolutions jurisprudentielles, de nombreux aménagements et assouplissements. Sans doute cette situation n'est-elle pas entièrement exceptionnelle en droit administratif. En cette matière, il n'est guère de règle qui ne comporte de multiples exceptions, afin de tenir compte des nécessités administratives notamment. Au bénéfice de la consécration du principe de sécurité juridique, autant que de l'ancrage progressif des principes du droit transitoire, un changement de logique apparaît souhaitable dans le sens d'une adaptation des règles gouvernant les effets des actes administratifs dans le temps à la réalité de l'emploi courant de la rétroactivité par l'autorité administrative. À la faveur du renouvellement des méthodes du juge administratif¹¹⁶⁴, lequel privilégie encore davantage la conciliation entre des exigences contradictoires en vue d'établir un équilibre entre l'intérêt public et les divers autres intérêts en présence, il conviendrait de permettre à l'autorité administrative de réaliser elle-même ce bilan en amont. Affranchir l'Administration du « carcan » de la règle absolue de non-rétroactivité suppose néanmoins d'entourer le pouvoir administratif de rétroactivité ainsi reconnu de sérieuses garanties. Outre le caractère impérieux du motif d'intérêt général qu'il paraît naturel d'exiger de l'autorité normative, il faudrait également tenir compte du caractère prévisible de la mesure, ainsi que de son impact sur les situations antérieurement constituées¹¹⁶⁵. Du reste, cette solution s'inspire de ce qui se fait déjà en droit de l'Union européenne, les institutions disposant d'une certaine marge d'appréciation pour recourir à la rétroactivité, pourvu qu'elles justifient d'un intérêt public impérieux et qu'elles ne portent atteinte à aucun principes généraux du droit de l'Union européenne, en particulier ceux de confiance légitime et de sécurité juridique¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ Sur ce point, cf., plus bas, p. 474 et s., n° 597 et s.

¹¹⁶⁴ Sur cette question, voir, notamment, D. BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, n° 30, p. 1626, spéc. pp. 1628-1629.

¹¹⁶⁵ Pour une proposition similaire, voir R. MOULIN, « Pour une simplification du contentieux économique : en finir avec le principe de non-rétroactivités des actes administratifs ? », in *Droit et économie. Interférences et interactions. Études en l'honneur du Professeur M. BAZEX*, Paris, Lexis-Nexis, Litec, 2009, p. 245, spéc. p. 258 ; A. TROIANELLO, « La non rétroactivité réglementaire est-elle encore justifiée ? », in P. FLEURY-LEGROS (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 99.

¹¹⁶⁶ Sur ce point, cf., plus bas, p. 443 et s., n° 561 et s.

CHAPITRE III : LA RETROACTIVITE DE LA DECISION DE JUSTICE

320. Introduction et délimitation de l'objet du chapitre. La rétroactivité est souvent présentée comme une caractéristique essentielle de l'activité du juge, qu'il s'agisse pour lui de trancher des litiges ou de fixer sa jurisprudence¹¹⁶⁷. De par sa fonction même, le juge est amené à statuer exclusivement sur des événements passés¹¹⁶⁸. Son action est donc principalement tournée vers le passé, ce qui peut amener à considérer que toute intervention du juge emporte nécessairement une modification du passé de l'ordonnement juridique. La rétroactivité de la décision de justice relèverait ainsi de l'évidence même. Toutefois, une telle affirmation suscite de nombreuses difficultés, et non des moindres.

Dire que la décision de justice rétroagit suppose d'établir au préalable que le juge crée des normes. Comme le rappelle notamment M. Petit, un procès ne saurait être rétroactif. Ce sont les normes juridiques qui rétroagissent¹¹⁶⁹. Il faut donc accepter que le juge soit une source de droit¹¹⁷⁰, qu'il exerce un pouvoir normatif. Immanquablement surgit la question lancinante de savoir si la jurisprudence doit être considérée comme une véritable source du droit¹¹⁷¹. Sans reprendre l'ensemble des termes d'un débat qui dépasse largement le cadre de la présente étude, il semble désormais admis par la doctrine publiciste majoritaire que le juge dispose bien d'un tel pouvoir, quel que soit le fondement auquel il se rattache¹¹⁷². Au demeurant, les objections d'ordre théorique à la reconnaissance d'un pouvoir normatif au juge ne résistent pas aux multiples manifestations de son exercice. De la même façon que l'écoulement du temps peut être prouvé en effectuant un simple mouvement¹¹⁷³, l'existence d'un pouvoir normatif détenu par le juge se trouve démontrée par le fait même qu'il l'exerce.

Une deuxième difficulté se présente alors, celle de déterminer ce qui, dans l'activité du juge, se rattache à l'exercice de son pouvoir normatif. Selon M. Gaudemet, « *le juge administratif exerce simultanément une double mission : celle immédiate, de donner leur solution aux différents litiges qu'on lui soumet ; et celle occasionnelle, de participer à la création des règles du droit positif ; aux méthodes strictement juridictionnelles s'ajoutent ainsi des méthodes jurisprudentielles ; et il n'y a aucune raison a priori pour qu'elles soient identiques* »¹¹⁷⁴. Si la mission jurisprudentielle du juge administratif implique nécessairement un processus normatif, dont la légitimité est régulièrement décriée par une

¹¹⁶⁷ Cf., plus haut, p. 30, n° 45 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, préc., t. I, p. 21, n° 5 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 17 et s. ; Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, préc., p. 11 ; J. PETIT, thèse préc., p. 100, n° 202 et s.

¹¹⁶⁸ Y. GAUDEMET, « Sécurité du droit et jurisprudence », *JCP E, Cah. dr. entr.*, 1990, n° 6, p. 12, spéc. p. 15, n° 29.

¹¹⁶⁹ J. PETIT, « La rétroactivité du procès », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, n° 29, 2007, p. 1. Voir également, C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, 1958-1959, préc., p. 231.

¹¹⁷⁰ Sur la distinction entre les expressions « source de droit » et « source du droit », cf. L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2000, p. 8, n° 50 et s. et « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !) », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen J. HÉRON*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2008, p. 47, spéc. p. 48 ; C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 519, spéc. p. 532 et s.

¹¹⁷¹ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, préc., pp. 12-13, n° 10 ; F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, pp. 150-151.

¹¹⁷² Cf., plus bas, p. 312, n° 399. Voir également, D. de BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 107 et s., ainsi que les références citées par l'auteur p. 113, note 22.

¹¹⁷³ Il est ici fait allusion à la célèbre argumentation de Zénon d'Élée visant à nier la réalité du mouvement et, par conséquent, du temps. Il suffisait alors de marcher pour réfuter son raisonnement (Aristote, *La Physique*, Livre VI, 239b5, Paris, Librairie philosophique J. VRIN, 1999, p. 241 ; J. HÉRON, « L'infériorité technique de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1993, n° 4, p. 1083, n° 1).

¹¹⁷⁴ Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 11. Voir, dans le même sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 122, n° 159 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, préc., p. 6, n° 7 ; J. HÉRON, *loc. cit.* ; J. PETIT, *loc. cit.*

partie de la doctrine, des doutes peuvent être émis à l'égard de sa mission juridictionnelle. Il est en effet classique de soutenir qu'au titre de sa fonction juridictionnelle, le juge se borne à « dire le droit », sans rien y ajouter. Le processus d'application du droit permet au contraire de montrer que le jugement comporte un effet substantiel sur l'ordonnancement juridique et, ce faisant, implique bien un processus normatif. Ainsi, alors même que le juge exerce deux missions présentant une nature différente et qui ne correspondent pas à la même opération intellectuelle, celles-ci participent toutes deux du pouvoir normatif de celui-là.

321. Dans l'exercice de ses pouvoirs juridictionnel et jurisprudentiel, le juge édicte deux types de normes qui présentent la particularité de se rapporter, l'une comme l'autre, à des faits passés. Ce lien particulier avec le passé qu'entretient l'activité normative du juge ne signifie pas pour autant que la rétroactivité doit être considérée comme le mode exclusif de son action dans le temps. Toutefois, il faut reconnaître, à ce stade, que la rétroactivité constitue bien le mode d'expression privilégié de l'activité normative du juge.

Au titre de sa fonction juridictionnelle, le juge dispose d'un trio de techniques, dont la rétroactivité constitue un accessoire naturel. À l'égard des actes juridiques dont la validité est remise en cause devant lui, le juge détient une prérogative générale d'annulation rétroactive, ainsi que, plus rarement, un pouvoir de réformation rétroactive. Enfin, l'interprétation que le juge donne des textes dont il lui appartient d'assurer l'application est également le siège d'une rétroactivité.

Au titre de sa fonction jurisprudentielle, le juge est amené à dégager des règles qui sont, par essence, dotées d'un effet rétroactif. Néanmoins, en l'absence de statut officiel de la jurisprudence, de nombreuses difficultés demeurent, tant dans l'identification de l'effet sur le passé de la règle jurisprudentielle que dans la recherche de ses différentes expressions. Si la rétroactivité de la règle jurisprudentielle peut être aisément démontrée, ses contours demeurent incertains. Jusqu'à une période récente, seule la prise en compte des jugements faisant rétroactivement application d'une nouvelle jurisprudence permettait d'attester de l'incidence de cette dernière sur le passé de l'ordonnancement juridique. L'émergence d'une « jurisprudence normative », déclarée et assumée comme telle par le juge, ouvre cependant la voie à une expression plus directe de la rétroactivité de la règle prétorienne.

322. Paragraphe de renvoi. On s'intéressera principalement au juge administratif dans les développements qui suivent. Il ne doit cependant pas être ignoré que le juge judiciaire est également amené à appliquer le droit public. Du reste, il existe un parallèle entre les évolutions qu'ont connues l'un et l'autre dans l'exercice de leur mission jurisprudentielle. Dans cette mesure, les questions abordées à propos de l'un sont également valables pour l'autre. Les développements consacrés au Conseil constitutionnel auraient également pu figurer dans les présents développements, à tout le moins ceux relatifs à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Dans un souci de cohérence, il a été choisi de ne pas les séparer de développements consacrés à la loi. On s'y reportera donc utilement.

323. Plan du chapitre. Dès lors que les missions du juge présentent une nature différente, les pouvoirs qu'il met en œuvre à l'occasion de leur accomplissement offrent naturellement un critère pertinent pour classer les diverses expressions de la rétroactivité de la décision justice. L'étude de la rétroactivité juridictionnelle (Section 1) précédera donc celle de la rétroactivité jurisprudentielle (Section 2).

Section 1 : La rétroactivité de la décision juridictionnelle

324. En dehors de la question bien connue des conséquences découlant de l'annulation pour excès de pouvoir, laquelle a fait l'objet d'études approfondies¹¹⁷⁵, la doctrine publiciste ne s'est guère encore intéressée à la question des effets dans le temps du jugement. À l'évidence, le rôle essentiel que le recours pour excès de pouvoir a tenu dans la construction de l'État de droit, de même que sa nature tout à fait singulière¹¹⁷⁶, expliquent à la fois la préférence qui lui a été accordée et le désintérêt relatif à l'égard des autres types de jugement. De manière générale, la doctrine s'est également davantage préoccupée des difficultés qui s'attachent à l'exécution des jugements par l'Administration¹¹⁷⁷ que de leurs effets propres. Il est vrai que l'absence de texte régissant les effets du jugement rend difficile toute tentative de systématisation.

Dans la période récente, une partie de la doctrine privatiste a mené, sous l'impulsion du Doyen Héron, une étude plus aboutie des effets développés par le jugement dans le temps¹¹⁷⁸. Partant de la prémisse que le juge ne se borne pas simplement à « dire le droit », ces auteurs se sont attachés à montrer que la fonction juridictionnelle implique un processus normatif. Ce dernier débouche sur l'édiction d'une norme dont le champ d'application ne s'étend pas toujours au passé. Outre le fait qu'elles ont permis de conforter le lien nécessaire entre rétroactivité et normativité, ces recherches permettent de mieux circonscrire le domaine du jugement rétroactif (§1).

325. Comme on vient de le rappeler, la question de la rétroactivité du jugement a principalement été abordée au travers des différents pouvoirs attribués au juge pour régler les litiges qui lui sont soumis et, en particulier, l'annulation pour excès de pouvoir. Il est ainsi classiquement admis que la mise en œuvre par le juge de ses pouvoirs d'annulation ou de réformation fait produire, en principe, un effet rétroactif à la décision de justice. Au bénéfice de ce qui a été observé pour les autres autorités publiques, il semble plus juste de considérer qu'au-delà de la rétroactivité générale du jugement, le juge dispose, à l'instar de toute autorité normative, de techniques visant au retraitement au présent des effets d'actes ou de situations passés. Les notions de confirmation, d'annulation et d'interprétation, ainsi que la rétroactivité de plein droit qui leur est associée, permettent de rendre compte de l'éventail des techniques juridictionnelles de rétroactivité (§ 2).

¹¹⁷⁵ G. BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE*, n° 15, Paris, Imprimerie nationale, 1961, p. 53 ; J. MASSOT, « Portée et conséquence de l'annulation par le juge d'un acte administratif », *EDCE*, n° 31, Paris, Imprimerie nationale, 1979-1980, p. 111 ; J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, chr., p. 37 ; P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Pedone, 1952. Voir également, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1108 et s., n° 1220 et s.

¹¹⁷⁶ Ces aspects sont bien connus. Parmi une littérature abondante, voir notamment Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 472 et s., n° 1022 et s. ; P. WEIL et D. POUYAUD, *Le droit administratif*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 23^e éd., 2011, p. 102.

¹¹⁷⁷ Cf., notamment, Ass. H. Capitant, *L'effectivité des décisions de justice*, 1985, Paris, Economica, 1987 ; J.-P. COSTA, « L'exécution des décisions de justice », *AJDA*, 1995, n° spéc., p. 222 ; P. DELVOLVÉ, « L'exécution des décisions de justice contre l'administration », *EDCE*, n° 35, Paris, Imprimerie nationale, 1983-1984, p. 111 ; C. GUETTIER, « L'administration et l'exécution des décisions de justice », *AJDA*, 1999, n° spéc., p. 66 ; H. OBERDORFF, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, thèse dactyl., Paris II, 1981 ; « Rapport du Conseil d'État sur l'exécution des décisions des juridictions administratives (décembre 1989) », *RFDA*, 1990, n° 4, p. 481 ; J. RIVERO, art. préc. Voir également la bibliographie citée par R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1185, n° 1310.

¹¹⁷⁸ Pour une étude générale des effets dans le temps du jugement en droit civil, cf. C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 328, 2000, p. 325 et s., n° 482 et s. Voir également, P. DELNOY, « Les effets des jugements dans le temps », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 251 ; J. HÉRON, « Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », *RRJ*, 1992, n° 4, p. 961 et « L'application des jugements dans le temps », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *op. cit.*, p. 237 ; H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 430, 2005.

§ 1 : La rétroactivité du jugement

326. À l'occasion de l'accomplissement de sa mission juridictionnelle, le juge est conduit à se prononcer sur des faits dont la survenance est nécessairement antérieure à sa saisine. Pour ce faire, il doit se transporter dans le passé et déterminer si les faits du litige, au moment de leur survenance, devaient se voir appliquer la règle de droit en cause et/ou si cette dernière leur a été correctement appliquée. En d'autres termes, le juge doit établir ou rétablir l'effet de droit qui aurait dû être attaché aux faits du litige au moment où ces derniers se sont produits.

Le caractère simplement constatatif que suggère cet examen rétrospectif, combiné à la conception purement déclarative de la fonction juridictionnelle héritée de la période révolutionnaire, ont contribué à accréditer l'idée selon laquelle que le jugement ne serait qu'un acte de pure connaissance et d'intelligence, dépourvu d'effet créateur de droit. Le juge se borne à « dire le droit », à découvrir les causes de nullité des actes juridiques pour en tirer les conséquences qui s'imposent. En d'autres termes, le juge ne fait que reconnaître un état du droit qui lui préexiste. La rétroactivité naturelle reconnue à l'acte juridictionnel a ainsi longtemps reposé sur cette approche déclarative¹¹⁷⁹. Cette dernière comporte néanmoins comme inconvénient majeur de faire apparaître la rétroactivité du jugement comme étant plus apparente que réelle. Or, il ne peut y avoir de rétroactivité que de la norme juridique. À l'opposé, une autre approche voit dans le jugement un acte de volonté et, par conséquent, lui accorde un effet créateur de droit¹¹⁸⁰, ce qui permet *in fine* d'admettre la rétroactivité véritable de l'acte juridictionnel. L'analyse normative du jugement permet de faire la part entre ce qui relève du simple examen rétrospectif du passé auquel se livre naturellement le juge et ce qui relève de l'exercice de son pouvoir normatif. Or, seul ce dernier aspect du jugement est concerné par la question de la rétroactivité (I).

327. Les effets du jugement ainsi circonscrits n'affectent pas tous le passé de l'ordonnement juridique. Leur portée dans le temps diffère selon la fonction assumée par le juge dans l'application de la règle de droit. La distinction entre jugements constitutifs et jugements déclaratifs exprime la dualité des modes d'application du jugement dans le temps. Le jugement constitutif traduit une situation dans laquelle l'intervention du juge est nécessaire pour l'application de la règle de droit. Son effet ne se réalise alors que pour l'avenir. Par opposition, le jugement déclaratif correspond à la mission traditionnelle du juge, laquelle consiste à rétablir ce qui aurait dû se passer si la règle de droit avait été correctement appliquée. Par suite, la question de la rétroactivité ne peut se poser qu'à son égard (II).

I – LA RETROSPECTIVITE DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

328. À l'occasion de l'accomplissement de sa mission juridictionnelle, le juge est amené à appliquer une règle de droit à une série de faits dont la survenance respective est antérieure à sa saisine. Ce décalage temporel est inhérent à la fonction principale, mais non exclusive¹¹⁸¹, du juge de trancher des

¹¹⁷⁹ Cf., notamment, J. CARBAJO, thèse préc., p. 78 ; O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, préc., p. 237, n° 210 ; J. de SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, préc., p. 236, n° 231.

¹¹⁸⁰ Pour une présentation des thèses doctrinales, voir, notamment, F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, Aix-Marseille, PUAM, coll. du Centre de Recherches Administratives, 2010, p. 195 et s.

¹¹⁸¹ Par ex., les juridictions administratives peuvent également prendre des actes administratifs ou encore intervenir occasionnellement pour résoudre des questions de droit qui auraient pu être tranchées par d'autres autorités. On songe ici, par ex., au contentieux des autorisations de plaider. Dans ce dernier cas, un texte a voulu offrir les garanties de la procédure juridictionnelle ou

litiges déjà nés. C'est là « *la conséquence de l'ordre chronologique imposé, qui fait succéder la naissance du litige et sa résolution par le juge, et de l'effet de la durée de l'instance* »¹¹⁸². Comme le remarquait Portalis, « *il est de nature des jugements de régler le passé, parce qu'ils ne peuvent intervenir que sur des actions ouvertes, et sur des faits auxquels ils appliquent les lois existantes* »¹¹⁸³. En d'autres termes, le juge statue par définition sur des faits et des situations appartenant au passé¹¹⁸⁴, autant qu'il fait application de règles de droit édictées dans ce même passé. Pour autant, ce « voyage » dans le passé, qui est le propre de l'activité du juge, ne débouche pas toujours sur l'édictation d'une norme dotée d'un effet rétroactif. À cet égard, il convient au préalable de séparer nettement l'aspect déclaratif de la fonction juridictionnelle de ses incidences normatives. En d'autres termes, il ne faut pas confondre les modalités particulières selon lesquelles le contrôle juridictionnel est effectué avec les effets produits par le jugement. Seuls ces derniers sont concernés par la question de la rétroactivité. La frontière entre ces deux éléments n'étant pas des plus aisée à tracer, elle appelle quelques précisions.

329. Le contrôle juridictionnel s'exerce en trois temps. Pour parvenir à la solution du litige, le juge « se transporte » dans le passé afin de déterminer la règle de droit qui devait être appliquée à la situation litigieuse. Ensuite, le juge s'attachera à vérifier la conformité des éléments faisant litige au droit alors applicable, c'est-à-dire apprécier si l'administration en a fait une juste application. À l'issue de cet examen, il devra établir ou rétablir la situation légale pour donner la solution au litige. Si le premier temps du jugement présente bien un caractère déclaratif, tel n'est pas le cas des deux suivants, lesquels sont créateurs de droit¹¹⁸⁵. Pour s'en convaincre, il faut partir de la notion de prétention, telle qu'elle a été développée par le Doyen Héron. Selon l'éminent auteur, le jugement constitue le miroir de la demande dont l'élément essentiel est la prétention. Cette dernière se caractérise par la règle de droit qui permettra de donner satisfaction au requérant si elle s'avère fondée¹¹⁸⁶. Le litige résulte de l'opposition entre deux parties qui ne sont pas parvenues à s'entendre et qui vont ultérieurement saisir le juge afin que celui-ci départage leurs prétentions. En contentieux administratif, cette opposition n'apparaît pas avec évidence, dès lors que, comme l'a soutenu Laferrière, ainsi que nombre d'auteurs à sa suite, le procès administratif doit être regardé moins comme un procès entre parties que comme un procès fait à un acte¹¹⁸⁷. Selon l'éminent auteur, les deux éléments à considérer dans le procès administratif sont « *d'un côté un acte, un contrat, une obligation ayant un caractère administratif, de l'autre une réclamation d'ordre juridique dirigée contre l'administration [...]* », si bien que « *tout débat qui tend à infirmer ou à modifier les actes et opérations [de nature administrative], à discuter leur portée légale et*

accorder l'autorité particulière de la décision de justice. Voir, notamment, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, pp. 11-12, n° 2 ; J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., pp. 266-269, n° 318-320.

¹¹⁸² H. LE BERRE, « La jurisprudence et le temps », *Droits, Temps, interprétation et droit*, 2000, n° 30, p. 71, spéc. p. 75. Dans le même ordre d'idées, Jean Rivero soulignait que « *Le juge ne statue que sur le passé, un passé qui, par ses conséquences, se prolonge le plus souvent dans le présent, certes ; mais l'acte juridique ou le fait matériel sur lequel le juge se prononce se situe, dans le temps, (on s'excuse d'annoncer cette vérité de La Palisse !), avant le jugement* » (J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, I, p. 15). Voir également, F. MELLERAY, « Décision juridictionnelle et règle jurisprudentielle », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 43.

¹¹⁸³ J.-É.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, préc., p. 72.

¹¹⁸⁴ H. LE BERRE, thèse préc., p. 349, n° 235.

¹¹⁸⁵ D. de BÉCHILLON, thèse préc., p. 119 ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, préc., p. 404 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 319. Cf., dans le même sens, quoique de manière moins nette, F. BLANCO, thèse préc., p. 200.

¹¹⁸⁶ J. HÉRON, « Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », préc., p. 962, n° 2. Voir également, C. BLÉRY, thèse préc., p. 63, n° 87.

¹¹⁸⁷ É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, p. 561. Cf. également, L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, Paris, Dunod, 1^{ère} éd., 1869, p. 459 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, préc., p. 413, § 27.

leur validité, constitue par sa nature même un litige administratif»¹¹⁸⁸. Cette approche objective du procès administratif qui s'intéresse principalement à la question de droit posée au juge a été critiquée par le Doyen BONNARD. Pour ce dernier, elle efface complètement la dimension dialectique de tout procès, laquelle implique nécessairement la présence d'un défendeur au litige. Ainsi, tout litige administratif engage également une prétention émanant, sinon d'un défendeur, du moins d'un défendeur à l'acte – ici l'Administration. Celle-ci consistera tout bonnement à soutenir la légalité de l'acte ou de l'opération contestée par le demandeur – ici l'administré¹¹⁸⁹.

330. La prétention forme la substance du procès et consiste, pour le requérant, à alléguer « un certain nombre de faits dont il prétend qu'ils se sont effectivement produits et qu'ils correspondent au présupposé d'une règle de droit »¹¹⁹⁰. Suivant ce raisonnement, tout procès se rapporte à une norme juridique dont la violation est sanctionnée par le juge. Le juge va d'abord établir la norme de référence en vigueur au moment de la survenance des faits litigieux¹¹⁹¹. Il va ensuite déterminer si elle devait être obéie par le requérant¹¹⁹² en confrontant son présupposé aux faits allégués. Cette confrontation va lui permettre de proclamer laquelle de ces prétentions est conforme au droit. En rejetant ou en acceptant l'une ou l'autre, le juge va enfin assurer la sanction de la norme applicable, s'il s'avère que celle-ci n'a pas été respectée.

Bien que la détermination de la règle applicable au litige suppose du juge qu'il « voyage » dans le passé, cette opération n'est que rarement le siège d'une rétroactivité. Concrètement, le juge recherche quelle était la règle de droit qui était applicable ou qui aurait dû être appliquée à l'ensemble des faits du passé qui forment la matière du litige¹¹⁹³. Ainsi, le droit applicable au litige est établi par le juge nécessairement après que l'objet de ce même litige se soit formé. Cela ne signifie pas pour autant que son activité implique toujours une rétroactivité, dès lors que le juge se livre ici à un simple réexamen du passé, sans y apporter une quelconque modification. Tout au plus peut-on dire du contrôle juridictionnel qu'il présente à ce stade un caractère rétrospectif. Certes, en établissant le droit applicable le juge

¹¹⁸⁸ Sur l'ensemble de ces points, voir É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 7.

¹¹⁸⁹ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé*, Paris, Delagrave, 1934, rééd. Dalloz, 2005, p. 22 et s. Cf., également, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, pp. 10-11, n° 2. Sur la subjectivisation progressive du recours pour excès de pouvoir, voir S. RIALS, « Ouverture : la fonction de juger », *Droits*, 1989, n° 9, p. 3, spéc. p. 18.

¹¹⁹⁰ J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, pp. 270-271, n° 324-325 ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948, rééd. Paris, Dalloz, 2002, pp. 54-55, n° 57. Cf., dans le même sens, F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 212, 2001, spéc. p. 234.

¹¹⁹¹ Sur le premier point, voir H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 317-318. Sur le second point, voir J.-J. BIENVENU, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, t. I, thèse Paris II, 1979, p. 142 ; C. BLÉRY, thèse préc., p. 59, n° 78 ; M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, La Justice, 1981, n° 16, p. 5. Selon ces auteurs, en déterminant la règle applicable parmi celles susceptibles de régir les faits soumis à son appréciation le juge se livre déjà à un travail d'analyse et d'interprétation qui comporte nécessairement une part de création intellectuelle.

¹¹⁹² Comme le montre D. de Béchillon, la fonction de juger emporte solution d'un problème de licéité. Tout jugement vise à étalonner et à sanctionner un état d'adéquation d'une norme ou d'un comportement à une norme juridique (D. de BÉCHILLON, thèse préc., p. 111). Voir également, R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. CARRÉ DE MALBERG*, Paris, Sirey, 1933, p. 3, spéc. p. 17 ; H. KELSEN, *op. cit.*, p. 318 ; J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Études juridiques offertes à L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, Paris, Librairie Dalloz, 1964, p. 457 ; J. WALINE, *Droit administratif*, préc., p. 293, n° 312.

¹¹⁹³ Il peut s'agir d'un texte qu'il interprète ou d'une jurisprudence qu'il met en œuvre. Sur ce dernier point, il est arrivé que le Conseil d'État approuve la référence faite par le juge du fond à une jurisprudence antérieure pour fonder sa solution (CE, Sect., 8 novembre 1968, *Entreprise Poroli et dame Martin*, req. n° 62.778, 64.028 et 64.424, Rec., p. 561).

confère « la certitude à une situation juridique jusqu'alors douteuse et contestée »¹¹⁹⁴, mais cette opération n'est, en principe, aucunement créatrice de droit et donc génératrice de rétroactivité.

On doit cependant reconnaître qu'il arrive parfois que ce premier temps du jugement soit lui-même créateur et puisse, le cas échéant, déboucher sur une modification du passé de l'ordonnement juridique. Dans certains cas, la détermination du texte applicable n'est pas une opération purement déclarative, mais comporte une part de création. Il en va principalement ainsi lorsque le juge use de son pouvoir d'interprétation dans la recherche de la signification du texte applicable. Le juge est ainsi amené à opérer un choix entre plusieurs significations possibles à donner au texte applicable au litige. À l'occasion de cette interprétation, le juge opère souvent une véritable reconstruction de la norme applicable¹¹⁹⁵. Cette dernière se verra alors rétroactivement attribuer la signification retenue par le juge et sera appliquée comme telle aux faits du litige. Un exemple particulièrement éclairant est celui du « constat » par le juge administratif l'abrogation implicite d'une norme du fait de l'entrée en vigueur d'une norme postérieure de valeur supérieure ou égale. Le passé ancien peut ainsi se trouver modifié à l'occasion de l'établissement d'un passé plus récent. Il en a été ainsi principalement dans l'affaire *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*¹¹⁹⁶, à l'occasion de laquelle le juge administratif a constaté en 2005 l'abrogation implicite d'une ordonnance datant de 1945 du fait de l'entrée en vigueur de la Constitution du 27 octobre 1946 et de son Préambule pour ensuite prononcer l'annulation d'une décision administrative édictée en 2000. Or, l'on sait que la portée normative dudit Préambule, lequel était en l'espèce opposé à l'ordonnance de 1945, n'a été reconnue que progressivement, à partir des années 1950. De fait, le Conseil d'État avait, à l'époque, adopté en section administrative une solution exactement inverse s'agissant de la même ordonnance¹¹⁹⁷. Ce faisant, le juge a retenu en l'espèce une règle qui ne lui était manifestement pas applicable à l'époque du litige.

331. Ensuite, le juge s'attachera à vérifier la conformité des éléments faisant litige au droit alors applicable. À l'issue de cet examen, il devra établir ou rétablir la situation légale pour donner la solution au litige. Or, le juge ne se contente pas simplement de déterminer la solution du litige : il l'impose en acceptant ou en rejetant la prétention de l'une ou l'autre des parties. Ce faisant, il crée un nouvel état du droit auquel les parties devront se conformer. Dans le contentieux indemnitaire, la créance détenue par la

¹¹⁹⁴ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 3^e éd., 1996, p. 589, n° 139. Ce double effet doit être plutôt rattaché à l'autorité de chose jugée (C. BLÉRY, thèse préc., pp. 92-95, n° 133-136 et p. 129, n° 191), laquelle constitue l'un des attributs conférés au jugement par la loi et qu'il faut nettement distinguer de son effet normatif. En tant que tel, l'autorité de chose jugée entraîne des effets qui ne procèdent pas directement du jugement (C. BLÉRY, thèse préc., p. 115 et s., n° 168 et s. ; P. LAMPUE, « La notion de l'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, n° 1, p. 5, spéc. p. 37). Voir également, H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée », *D.*, 1968, chr., p. 1.

¹¹⁹⁵ Sur ce point, cf., plus bas, p. 306, n° 388. Voir également, M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, La Justice, 1981, n° 16, p. 5, spéc. p. 9. Pour une position contraire, voir M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 142, § 25 et pp. 152-153, § 28 : l'auteur estime que le juge doit obligatoirement adopter la solution qui aurait été celle du législateur. Son rôle se limite à exprimer la volonté de la loi et tout revirement de jurisprudence n'est que la découverte du sens véritable de la loi. Ce changement d'opinion du juge est susceptible de survenir, soit par suite d'une erreur d'interprétation initiale, soit du fait de l'évolution de l'opinion publique que le législateur est réputé avoir suivi.

¹¹⁹⁶ CE, Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, req. n° 259.584, Rec., p. 570, *AJDA*, 2006, p. 357, chr. C. LANDAIS et F. LÉNICA, *Dr. adm.*, 2006, n° 4, p. 29, note O. GUILLAUMONT, *LPA*, 25 avril 2006, n° 82, p. 10, note A. COURET, *RFDA*, 2006, n° 1, p. 41, concl. J.-H. STAHL.

¹¹⁹⁷ Sur le premier point, cf. CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec., p. 426, *RDP*, 1950, n° 3, p. 691, concl. F. GAZIER, note M. WALINE, *JCP G*, 1950, II, 5681, concl. F. GAZIER, *Rev. adm.*, 1950, n° 16, p. 366, concl. F. GAZIER, note G. LIET-VEAUX, *Dr. soc.*, 1950, n° 8, p. 317, concl. F. GAZIER, *S.*, 1950, III, p. 109, note J.D.V., *D.*, 1950, J., p. 538, note A. GERVAIS ; Ass., 6 janvier 1956, *Syndicat national autonome du cadre d'administration général des colonies*, Rec., p. 4, *RDP*, 1956, n° 4, p. 1295, note M. WALINE, *AJDA*, 1956, II, p. 95, chr. F. GAZIER, *Rev. adm.*, 1956, n° 49, p. 33, concl. P. LAURENT, note G. LIET-VEAUX ; 11 juillet 1956, *Amicales des annamites de France*, Rec., p. 317, *AJDA*, 1956, II, p. 400, chr. J. FOURNIER et G. BRAIBANT. Sur le second point, voir CE, Section de l'intérieur, Avis, 15 mars 1949, *JCP*, 1949, III, 14409.

victime du dommage naît avec sa réalisation, mais reste contestée jusqu'au jugement. Jusqu'à ce moment, le droit à réparation n'est pas établi, non plus que ne l'est son montant¹¹⁹⁸. Après le jugement de responsabilité, la situation est telle que l'on passe d'un droit grevé à un droit déchargé de l'obstacle entravant l'application de la règle de droit. De ce droit libéré, il est immédiatement déduit des conséquences sur la situation des parties¹¹⁹⁹. De la même manière, l'acte administratif a été regardé comme valable et a pu produire ses effets jusqu'à ce que son illégalité ait été établie par le jugement. On passe alors d'un état de légalité présumée à un état d'illégalité officiellement proclamée¹²⁰⁰. En prononçant son annulation, le juge rétablit l'état du droit tel qu'il aurait dû être si la règle de droit avait été correctement appliquée.

L'*effet substantiel* du jugement consiste en « l'affirmation du droit de l'auteur de la prétention à l'effet juridique de la règle de droit »¹²⁰¹, laquelle emporte bien une modification de l'ordonnancement juridique. L'effet substantiel du jugement ne se confond ainsi ni avec l'autorité de chose jugée, ni avec la force exécutoire dont il est doté¹²⁰². Le jugement constitue bien un acte normatif, en ce qu'il contient un impératif juridique¹²⁰³. Ce n'est qu'à ce stade que le juge exercera, en toute occasion, un pouvoir normatif, dès lors qu'il ordonnera que tel état du droit soit appliqué aux faits soumis à son appréciation. Parce que les faits du litige précèdent nécessairement son règlement par le juge dans la chronologie, il en est généralement déduit que l'effet substantiel du jugement remontera systématiquement au moment de leur réalisation et, par là, produira de plein droit un effet rétroactif. Si la rétroactivité constitue la technique¹²⁰⁴ nécessaire et appropriée pour l'accomplissement de la fonction dévolue au juge de trancher des litiges antérieurement nés, cela ne signifie pas pour autant que tout jugement n'aurait, par définition, jamais aucune incidence sur l'avenir¹²⁰⁵, non plus qu'il n'existerait de jugement qui ne développerait ses effets que dans le futur. En d'autres termes, si la fonction de juger est essentiellement rétrospective, elle ne donne pas toujours lieu à rétroactivité. Parmi les différentes catégories de décisions juridictionnelles, seules certaines sont rétroactives. C'est le cas des jugements déclaratifs, lesquels s'opposent en cela aux jugements constitutifs.

¹¹⁹⁸ C. BLÉRY, thèse préc., p. 105, n° 151 ; J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 271, n° 325 ; J. PETIT, art. préc., p. 7.

¹¹⁹⁹ C. BLÉRY, thèse préc., p. 95, n° 137.

¹²⁰⁰ F. BLANCO, thèse préc., p. 199, note 1132 ; C. BLÉRY, thèse préc., p. 357, n° 525 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 602 ; J. PETIT, *loc. cit.* Sur la normativité du jugement d'annulation, voir également C. AGOSTINI, *Les normes non valides*, préc., p. 69.

¹²⁰¹ J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 276, n° 330.

¹²⁰² Le premier se rapporte à la constatation des éléments du présumé de la règle et leur correspondance à une règle de droit déterminée. Les secondes assurent l'exécution, forcée le cas échéant, de l'effet substantiel du jugement. Certains auteurs rattachent, à tort, la force exécutoire du jugement à l'autorité de chose jugée en distinguant entre autorité formelle et autorité matérielle (R. BONNARD, thèse préc., p. 84 ; P. LAMPUÉ, art. préc., p. 50).

¹²⁰³ P. COMANDUCCI, « Quelques problèmes conceptuels concernant l'application du droit », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 315, spéc. p. 318 et 326 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 217, n° 3 ; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., p. 16, n° 22 ; O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463, spéc. p. 464 ; M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de G. SCELLE*, t. II, Paris, LGDJ, 1950, p. 613, n° 1. Voir, dans le même sens, D. de BÉCHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 33 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, préc., p. 88, n° 124.

¹²⁰⁴ J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 272, n° 328 ; H. KELSEN, *op. cit.*, p. 321 ; J. PETIT, « La rétroactivité du procès », préc., pp. 7-8. Voir également, B. PACTEAU, « La rétroactivité jurisprudentielle insupportable ? », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de J.-F. LACHAUME*, Paris, Dalloz, 2007, p. 808.

¹²⁰⁵ Voir P. DELNOY, « Les effets des jugements dans le temps », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 251, n° 1 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 34, n° 52.

II – UNE RETROACTIVITE RESERVEE AUX JUGEMENTS DECLARATIFS

332. L'action dans le temps du jugement n'est pas uniforme. Selon la fonction assumée par le juge, le jugement peut ne pas produire d'effet sur le passé de l'ordonnancement juridique. La distinction entre jugements constitutifs et jugements déclaratifs permet de mettre en relief la diversité des modes d'action du jugement dans le temps (A). Il résulte de cette distinction que seuls les jugements déclaratifs développent véritablement un effet rétroactif (B).

A/ Typologie des jugements et application dans le temps

333. Pour déterminer l'application dans le temps du jugement, la doctrine se réfère classiquement à la distinction entre jugements déclaratifs et jugements constitutifs¹²⁰⁶. Le jugement déclaratif est, en principe, rétroactif, tandis que le jugement constitutif ne produit d'effet que pour l'avenir. La rétroactivité du premier repose sur l'idée qu'il se borne à constater des droits préexistants. Ainsi, le jugement déclaratif rétroagit nécessairement au jour où ces droits sont nés. Par opposition, c'est parce qu'il crée un droit nouveau, différent de celui qui existait auparavant, que le jugement constitutif ne produit d'effet que pour l'avenir¹²⁰⁷. Ainsi, les différentes modalités d'application dans le temps du jugement renvoie en réalité à la distinction entre déclaration et création du droit¹²⁰⁸. Si la distinction classique correspond bien à la réalité d'une dualité du jugement dans son application dans le temps, le fondement sur lequel elle repose apparaît cependant contestable. Outre le fait qu'il peut être soutenu, comme on vient de le voir, que tout jugement comporte à la fois un aspect déclaratif et un aspect constitutif¹²⁰⁹, la distinction classique méconnaît « *l'effet substantiel dont les deux sortes de jugement sont également dotés* »¹²¹⁰ et qui fait de n'importe quel jugement un acte normatif à part entière.

334. Si le fondement de la distinction procède d'une confusion, elle conserve néanmoins sa portée explicative, en tant qu'elle permet de décrire les différents modes d'action du jugement dans le temps. Il appartient au Doyen Héron d'avoir donné à la distinction entre jugements déclaratifs et jugements constitutifs son exacte signification¹²¹¹. Celle-ci doit être recherchée dans la fonction assumée par le juge

¹²⁰⁶ C. AGOSTINI, thèse préc., p. 216 et s. ; J.-M. AUBY, thèse préc., p. 304 ; F. BLANCO, thèse préc., p. 195 ; L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », préc., p. 456 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 350, n° 235 ; J. PETIT, « La rétroactivité du procès », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc. Voir également, T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, chr., p. 26, n° 8 ; L. MAZEAUD, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTDCiv.*, 1929, n° 1, p. 17, spéc. p. 42 ; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, préc., p. 65 ; H. MONTAGNE, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, thèse Paris, 1912 ; P. RAYNAUD, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », in *Études de droit contemporain, Contributions françaises aux III^{ème} et IV^{ème} congrès internationaux de droit comparé*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, vol. XV, Paris, Sirey, 1959, p. 377, spéc. p. 380 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 7^e éd., 2006, p. 582, n° 752 ; P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP G*, 1959, I, 1467, n° 6.

¹²⁰⁷ A. GALLET, *Étude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, thèse, Poitiers, Société française d'imprimerie et de librairie, 1903, p. 171 ; P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », *RIDC*, 1957, p. 170, spéc. p. 180 ; R. MERLE, thèse préc., p. 124, n° 77

¹²⁰⁸ Cf., par ex., C. EISENMANN, *op. cit.*, 1958-1959, pp. 234-235 ; P. ESMEIN, *Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, thèse Paris, 1914.

¹²⁰⁹ C. BLÉRY, thèse préc., p. 100, n° 143 ; J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 273, n° 328 ; P. WEIL, thèse préc., p. 137.

¹²¹⁰ J. HÉRON et T. LE BARS, *loc. cit.* Cf., dans le même sens, C. BLÉRY, thèse préc., p. 99, n° 142 ; J. PETIT, art. préc., pp. 7-8.

¹²¹¹ J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTDCiv.*, 1985, pp. 315-316, n° 60 ; *Principes du droit transitoire*, préc., p. 153, n° 171 ; « Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », préc., p. 963, n° 4 ; « L'application des jugements dans le temps », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le*

dans l'application de la règle de droit. Le jugement sera dit constitutif lorsque l'intervention du juge est nécessaire pour l'application de la règle de droit. Celle-ci ne peut produire son effet par la simple réalisation des faits correspondant à son présumé jusqu'à l'édition du jugement. En matière pénale, la commission de l'infraction ne suffit pas à entraîner la peine, laquelle doit forcément être prononcée par le juge répressif¹²¹². En actionnant la norme, le jugement crée un état de droit nouveau qui n'existait pas auparavant. Comme l'explique M. Petit, « *En d'autres termes, le juge n'est pas chargé de rétablir ce qui aurait dû se passer mais d'établir ce qui doit se passer maintenant, compte tenu des faits qui ont eu lieu* »¹²¹³. Dans ces conditions, il est normal de considérer que l'effet du jugement se réalise sans rétroactivité.

Le jugement sera dit déclaratif lorsque le juge rétablit ce qui aurait dû se passer si la règle de droit avait été correctement appliquée¹²¹⁴. C'est là le propre de la fonction juridictionnelle. Le jugement déclaratif poursuit le rétablissement *a posteriori* de la situation qui aurait découlé de la production de l'effet prévu par la règle de droit qui n'a pas été respectée. Dans cette mesure, il ne peut qu'être rétroactif. La dualité fonctionnelle du jugement appelle la dissociation de ses effets dans le temps. En toute logique, seul le jugement déclaratif doit être retenu pour l'étude de la rétroactivité du jugement.

B/ Le principe de la rétroactivité du jugement déclaratif

335. La question des effets sur le passé du jugement doit être résolue en prenant en considération non la date à laquelle les faits du litige sont appréciés par le juge, mais le moment auquel le jugement prend effet. Or, la réponse à apporter à cette question dépend du pouvoir que le juge met en œuvre dans le règlement du litige. Partant ainsi du critère sur lequel a longtemps reposé la distinction entre les différents contentieux¹²¹⁵, quelques exemples permettront de séparer les jugements assortis d'un effet rétroactif de ceux qui n'en produisent aucun.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le juge intervient après que la décision administrative contestée a été prise, voire même entièrement exécutée par l'Administration¹²¹⁶. De fait, une longue

droit, préc., p. 244, n° 12. Voir également, quoique de manière moins nette, L. DUGUIT, art. préc., p. 460 ; H. KELSEN, *op. cit.*, p. 319 ; P. LAMPUÉ, art. préc., p. 20.

¹²¹² Cf., l'ex. de la déchéance des droits civiques dont le prononcé entraîne la radiation des cadres de la fonction publique de l'agent condamné (art. 24 de la loi du 13 juillet 1983 préc.), mais qui ne peut résulter que d'une condamnation pénale (art. 131-26 du nouveau Code pénal), sauf en matière électorale (art. L. 7 du Code électoral ; CE, Ass., 11 décembre 2006, *Mme Nicolai*, req. n° 271.029, Rec., p. 528, *AJDA*, 2007, n° 10, p. 545, note G. PEISER, *BJCP*, 2007, n° 50, p. 56 et *RFDA*, 2007, n° 3, p. 498, concl. E. GLASER, *RLCT*, 2007, n° 21, p. 26, note E. GLASER).

¹²¹³ J. PETIT, art. préc., p. 8.

¹²¹⁴ C. BLÉRY, thèse préc., p. 356, n° 524.

¹²¹⁵ Les recours contentieux sont désormais répartis moins d'après l'étendue des pouvoirs du juge (R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 5) que selon la nature de la question posée au juge administratif (J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 77, n° 1021 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 452, n° 976, spéc. p. 458, n° 990 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, préc., p. 37, n° 18, spéc. p. 39, n° 19). Pour une position plus nuancée, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 209, n° 227 ; F. MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A*, 2005, n° 30-34, p. 1233.

¹²¹⁶ Cette situation est fréquente du fait du jeu combiné du caractère exécutoire des décisions administratives, en particulier du privilège du préalable (CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, req. n° 25.288, Rec., p. 257, *AJDA*, 1982, n° 11, p. 657, concl. BIANCARELLI et note LUKASCEWICZ, *D.*, 1983, IR, p. 270, obs. P. DELVOLVÉ et J., p. 327, note O. DUGRIP, *Rev. adm.*, 1982, n° 210, p. 627, note J.-P. LUKASZEWICZ et B. PACTEAU) et du caractère non suspensif des recours, sauf textes contraires (G. LAVAU, « Du caractère non-suspensif des recours devant les tribunaux administratifs », *RDP*, 1950, n° 4, p. 777, spéc. p. 794). Voir F. BLANCO, thèse préc., p. 207 ; I. BRIL, *Le Conseil d'État et le temps. Contribution à l'étude de la fonction juridictionnelle du Conseil d'État*, t. I, thèse dactyl., Grenoble II, 1999, diff. ANRT, coll. Thèses à la carte, 2003, p. 33 et s. ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 78 ; P. WEIL, thèse préc., p. 145 et s., spéc. p. 148.

période peut séparer l'exécution de la décision contestée de la saisine du juge¹²¹⁷. Quelle que soit la durée écoulée, le juge administratif va devoir se livrer à un examen rétrospectif de la légalité de la décision administrative contestée devant lui. En principe, la légalité d'une décision administrative doit être appréciée au regard de la situation existante et du droit applicable au jour où elle a été prise¹²¹⁸. Le juge doit donc se replacer à cette date, laquelle est, par hypothèse, antérieure à son intervention¹²¹⁹. Par exemple, pour apprécier la légalité de la nomination d'un fonctionnaire dans un nouveau poste, le juge doit se reporter au statut régissant le cadre d'emplois applicable à cette date. En cas d'évolutions successives du statut, seul sera prise en compte la version en vigueur au jour de la nomination, à l'exclusion des versions antérieure ou postérieure¹²²⁰. Si elle constitue la date de référence du réexamen du passé auquel se livre le juge, la date d'édition de la décision reste relativement indifférente à la question de la rétroactivité du jugement. En effet, seule la date à laquelle celui-ci prend effet importe pour déterminer son action dans le temps. De fait, lorsque le juge administratif prononce l'annulation d'une décision administrative, sa décision prendra effet au jour où celle-ci a été édictée. C'est là toute la signification à donner au principe en vertu duquel l'acte annulé est «réputé n'être jamais intervenu»¹²²¹. Dans le cas d'une annulation pour excès de pouvoir, la date de référence du contrôle de légalité et la date d'effet du jugement coïncident, mais il n'en va pas toujours ainsi.

336. Dans le plein contentieux objectif, la situation est quelque peu différente, dès lors que le juge doit se placer à la date à laquelle il statue pour apprécier la légalité de la décision contestée¹²²². Même si l'examen par le juge de la situation litigieuse au regard de l'ensemble des circonstances de fait et de droit au jour du jugement présente une certaine actualité, il reste, de la même manière que précédemment, sans influence sur la détermination des effets dans le temps du jugement. Au demeurant,

¹²¹⁷ À cela, il faut encore ajouter les délais liés à l'instance (D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée du recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 220, 2002, p. 147, n° 132 ; P. WEIL, thèse préc., p. 150 et s.).

¹²¹⁸ CE, Sect., 22 juillet 1949, *Société des automobiles Berliet*, Rec., p. 368 ; 20 décembre 1967, *Ministre de l'Intérieur c/ Fabre-Luce*, req. n° 71.383, Rec., p. 511 ; 2 octobre 1968, *Hucleux*, req. n° 72.083, Rec., p. 468 ; Sect., 14 novembre 1969, *Houdebert*, req. n° 73.287, Rec., p. 502 ; 6 mars 1989, *Société de bourse JFA Buisson c/ Chambre de compensation des instruments financiers de Paris (CCIFP)*, req. n° 98.570, Rec., p. 84, *RFDA*, 1989, n° 4, p. 627, concl. E. GUILLAUME ; Sect., 27 mai 1994, *Braun-Ortega et Buisson*, req. n° 112.026, Rec., p. 264, *RFDA*, 1994, n° 4, p. 832, obs. P. TERNEYRE. Voir D. BAILLEUL, thèse préc., p. 229, n° 226 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 226, n° 249 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 224, n° 298 ; H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011, p. 382 et s., n° 493 et s. ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préc., p. 172, n° 36.

¹²¹⁹ Il existe toutefois un certain nombre d'exceptions éparées, au nombre desquelles figure la théorie des circonstances exceptionnelles (cf., R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. II, préc., pp. 296-297). Par ailleurs, le principe n'est lui-même pas absolu, dès lors que le juge peut prendre en compte, dans certains cas, les changements de circonstances de fait et de droit survenus postérieurement à l'édition de la décision contestée (cf. l'ex. de l'obligation d'abroger un règlement devenu illégal du fait d'un changement de circonstances, CE, Sect., 10 janvier 1930, *Despujol*, Rec., p. 30, *GAJA* n° 42, *D.*, 1930.3.16, note P.-L. J., *S.*, 1930.3.41, note R. ALIBERT ; Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, req. n° 74.052, Rec., p. 44, *GAJA* n° 90, *AJDA*, 1989, n° 6, p. 387, note O. FOUQUET, *RFDA*, 1989, n° 3, p. 391, concl. N. CHAHID-NOURAÏ et p. 422, note O. BEAUD et L. DUBOUIS, *RTDE*, 1989, p. 509, note J. VERGÈS ; art. 1^{er} de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007, relative à la simplification du droit, JORF n° 296 du 21 décembre 2007, p. 20639, *AJDA*, 2008, n° 8, p. 399, obs. E. BLANC et p. 402, note B. SEILLER) Voir également, J.-M. AUBY, « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 1959, n° 3, p. 435 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 243 et s., n° 1138 et s. ; D. BAILLEUL, thèse préc., p. 231, n° 228 ; R. ODENT, *loc. cit.*, B. SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, t. II, thèse dactyl., Paris II, 1995, p. 550.

¹²²⁰ Cf., s'agissant des réformes successives du statut de la police municipale, CE, 19 novembre 2008, *Commune de Saint-Paul*, req. n° 300.521, Rec., p. 423, *BJCL*, 2009, n° 1, p. 47, concl. F. SÉNERS, *RFDA*, 2009, n° 1, p. 184. Voir également, dans le même sens, CE, Sect., 7 mars 1975, *Commune de Bordères-sur-l'Échez*, req. n° 91.411, Rec., p. 179, *AJDA*, 1975, p. 230, chr. M. FRANC et M. BOYON ; Ass., 1^{er} février 1985, *Association chrétienne "Les Témoins de Jéhova de France"*, req. n° 46.488, Rec., p. 22, *RDP*, 1985, n° 2, p. 483, concl. F. DELON, note J. ROBERT, *RFDA*, 1985, n° 4, p. 566, note P. SOLER-COUTEAUX.

¹²²¹ Sur la rétroactivité des annulations contentieuses, cf., plus bas, p. 269, n° 345 ; P. WEIL, thèse préc., p. 137. Pour une formulation explicite, cf., par ex., CE, Ass., 5 juin 1970, *Sieur Puisoye*, req. n° 71.650 et 72.036, Rec., p. 385, *AJDA*, 1970, n° 9, p. 489, chr. R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOUILLE.

¹²²² Plus précisément à celle de sa lecture (CE, Sect., 19 novembre 1993, *Mlle Brutus*, req. n° 100.288, Rec., p. 321, *D.*, 1994, SC, p. 255, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Dr. adm.*, 1993, n° 569, *RFDA*, 1994, n° 1 p. 194, obs. P. TERNEYRE ; 17 mai 2002, *Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) c/ Mlle Pavlovic*, req. n° 231.387, Rec., T., p. 848).

il convient de rappeler que ce principe est lui-même relatif, dès lors que dans certains cas, c'est par rapport au droit applicable au jour de l'édition de la décision contestée que le juge de plein contentieux devra statuer sur sa légalité¹²²³. C'est en fonction du pouvoir exercé par le juge de plein contentieux que la portée dans le temps du jugement varie. Dans le cas où ce dernier prononce l'annulation ou procède à la réformation de l'acte contesté, sa propre décision prend effet à la date d'édition de ce dernier¹²²⁴. Au contraire, lorsque le juge de plein contentieux se borne à prononcer la simple abrogation de l'acte incriminé, son jugement ne produira alors qu'un effet immédiat¹²²⁵.

Il n'y a pas lieu de raisonner différemment en présence d'un jugement de condamnation, dont les effets ne sont qu'actuels. Tel est le cas des décisions rendues par le juge de l'exécution¹²²⁶. Il est toutefois nécessaire de distinguer nettement entre les effets propres au jugement d'exécution et ceux qui s'attachent aux mesures ordonnées par ce même jugement. Si l'exécution de la chose jugée est susceptible d'exiger de l'Administration qu'elle édicte des mesures avec effet rétroactif¹²²⁷, l'ordre qui lui est adressé par le juge de l'exécution n'emporte, en tant que tel, aucun effet sur le passé. Il y a lieu d'appliquer le même raisonnement à la situation dans laquelle le juge du principal revêt, à titre dérogatoire, les habits du juge de l'exécution et ordonne, à titre préventif, à l'Administration de prendre les mesures propres à assurer l'exécution de la chose jugée¹²²⁸.

337. Dans le plein contentieux subjectif, le jugement de condamnation en responsabilité prend, en principe, effet au jour de la naissance du droit contesté¹²²⁹. Établissant le droit à indemnisation de la victime d'un dommage, le jugement de responsabilité prend nécessairement effet au moment de la réalisation du dommage, alors même que ce dernier n'est pas toujours évalué à cette date. En effet, si la date d'évaluation du préjudice pour les dommages aux personnes est celle du jugement, la date à retenir en cas de dommages aux biens est celle de la réalisation dudit dommage¹²³⁰. Toutefois, cette différence

¹²²³ Sur le premier point, voir J. PETIT, thèse préc., p. 172, n° 361. Sur le second point, cf., par ex., CE, 24 novembre 1976, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Sieur X.*, req. n° 00.726, Rec., p. 501 (appréciation de la légalité de l'imposition à la date de son établissement, telle qu'elle est fixée par les textes) ; Sect., 29 juillet 2002, *Élections municipales de Levallois-Perret*, req. n° 240.108, Rec., p. 290, *AJDA*, 2003, n° 2, p. 97, note B. MALIGNER (l'inéligibilité d'un candidat s'apprécie à la date de l'élection). De manière générale, il est inapplicable aux règles de forme et de procédure pour lesquelles la légalité doit être appréciée au jour de l'édition de l'acte (cf., supra, p. 71, n° 105 ; outre les arrêts cités, voir CE, 5 mai 1972, *Sieur Guillebaud*, req. n° 77.803, Rec., p. 340 ; Sect., 18 avril 1986, *Société des mines de potasse d'Alsace*, req. n° 53.934, Rec., p. 115) et ce, même lorsqu'il est procédé à sa réformation (CE, Sect., 15 décembre 1989, *Ministre de l'Environnement c/ Société SPECHINOR*, req. n° 70.316, Rec., p. 254, *CJEG*, 1990, n° 454, p. 136, concl. C. de la VERPILLIÈRE, *Rev. adm.*, 1990, n° 253, p. 46, note P. TERNEYRE).

¹²²⁴ Cf., plus bas, p. 269, note 1240.

¹²²⁵ CE, 21 janvier 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire c/ Société Schweppes France*, req. n° 234.227, Rec., p. 13 ; 14 mai 2003, *Communautés de communes du canton de Chaufailles*, req. n° 222.234 ; Sect., 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision (M6)*, req. n° 338.273, à pub. au Leb., *Dr. adm.*, 2011, n° 3, p. 31, note M. BAZEX, *RFDA*, 2011, n° 1, p. 200.

¹²²⁶ Art. L. 911-4 du CJA. Cf., par ex., CE, 3 mai 2004, *Magnat*, req. n° 250.730, Rec., T., p. 838 ; 26 septembre 2008, *M. Sem*, req. n° 297.553, Rec., T., p. 794.

¹²²⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 815, n° 1031 2° et *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1175, n° 1298 ; Y. GAUDEMET, « Du bon usage de l'injonction (ou quand le juge refait l'impôt). À propos du récent arrêt *Migaud* enjoignant à l'État de modifier rétroactivement les tarifs de l'impôt », *RFDA*, 2003, n° 3, p. 520 ; C. MAUGÜÉ, art. préc., p. 597 ; CE, 14 mars 2003, *M. Migaud*, req. n° 251.935, *BDCF*, 2003, n° 5, p. 63 et *RFDA*, 2004, n° 5, p. 966, concl. J.-H. STAHL, *RDSS*, 2006, n° 5, p. 941, note M. BORGETTO.

¹²²⁸ Art. L. 911-1 du CJA. Voir, par ex., CE, Sect., 26 janvier 2003, *M. et Mme Bour*, req. n° 231.558, Rec., p. 59, *AJDA*, 2003, n° 14, p. 729, chr. F. DONNAT et D. CASAS, et 2004, n° 3, p. 211, note A. LEVY, *BJDCP*, 2003, n° 29, p. 307, *BJDU*, 2003, n° 2, p. 106 et *RJEP*, 2003, n° 599, p. 346, concl. P. FOMBEUR, *BJDU*, 2003 n° 3, p. 168, note É. FATÔME, *Construct.-Urb.*, 2003, n° 5, p. 22, obs. P. BENOIT-CATTIN, *Dr. adm.*, 2003, n° 6, p. 43, note A. LAQUIÈZE et n° 8-9, p. 38, note C. BROYELLE, *LPA*, 18 août 2003, n° 164, p. 4, note F. MELLERAY ; Sect., 31 décembre 2008, *M. Pereira Dos Santos Maia*, req. n° 293.853, Rec., p. 497, *AJDA*, 2009, n° 17, p. 947, note É. CARPENTIER, *BJDU*, 2008, n° 6, p. 440, concl. A. COURRÈGES, *Dr. adm.*, 2009, n° 3, p. 39, note F. MELLERAY, *JCP A*, 2009, n° 3, p. 17, obs. M.-C. ROUAULT, *JCP N*, 2009, 1202, note J.-F. SRUILLLOU, *RDI*, 2009, n° 3, p. 196, obs. P. SOLER-COUTEAUX, *RFDA*, 2009, n° 1, p. 101, concl. A. COURRÈGES, *RJEP*, 2009, n° 663, p. 25, note A. LALLET (conséquences de l'annulation d'une décision de préemption). Sur l'ensemble de la question, voir C. MAUGÜÉ, art. préc.

¹²²⁹ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 482 et s., n° 1367 et s.

¹²³⁰ CE, Ass., 21 mars 1947, *Compagnie générale des eaux*, Rec., p. 122 et *Dame Veuve Aubry*, Rec., p. 123. Sur les modalités d'évaluation du dommage, voir R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 223.

ne saurait exercer une quelconque influence sur le moment auquel le droit à indemnisation est constitué et, par conséquent, sur l'effet dans le temps de la décision du juge.

Dans le contentieux contractuel, le juge du contrat est amené à statuer sur les droits et obligations des parties¹²³¹, lesquelles préexistent nécessairement à son intervention. Toutefois, cela ne signifie pas nécessairement que l'effet dans le temps de la décision du juge affectera, de plein droit, le passé de la relation contractuelle. En règle générale, le jugement par lequel le juge du contrat constate la nullité du contrat – ou plutôt prononce son annulation depuis la décision *Commune de Béziers* – ou, dans certaines hypothèses, de ses mesures d'exécution opère bien avec effet rétroactif. Emportant la disparition *ab initio* de l'un comme des autres, le jugement de nullité ou d'annulation prend logiquement effet à la date de la signature du contrat ou de l'édition de la mesure d'exécution¹²³². Il en va différemment lorsque, saisi d'un recours remettant en cause la validité du contrat, son juge se prononce en faveur de la résiliation du contrat vicié¹²³³. La résiliation ne comportant, par définition, aucun effet sur le passé, le jugement la prononçant ne produit d'effet qu'*ad futurum*.

338. Enfin, il convient de rappeler que fort logiquement l'office du juge administratif, lorsqu'il se prononce à titre provisoire, n'est pas de statuer sur le passé, mais de préserver l'avenir. Il en résulte que les ordonnances rendues par le juge du provisoire ne sauraient produire d'effet sur le passé. Bien au contraire, le principe est celui de la non-rétroactivité du jugement provisoire¹²³⁴. Il n'est fait exception à ce principe que dans le cas des référés précontractuel et contractuel. Cette exception remarquable s'explique aisément, le juge des référés statuant, dans le cadre de ces deux recours, en qualité de juge de plein contentieux. Par suite, celui-ci dispose des mêmes pouvoirs que le juge du principal¹²³⁵. *Mutatis mutandis*, les ordonnances rendues en cette matière sont susceptibles de produire un effet rétroactif

¹²³¹ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 79, n° 1023 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE ET P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, préc., t. II, p. 1002 et s., n° 1787 et s. ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. I, préc., p. 1015.

¹²³² Sur le pouvoir d'annulation du juge du contrat, cf., plus bas, p. 271, n° 350, ainsi que CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.. Sur la question de l'annulation des mesures prises par la personne publique à l'encontre de son cocontractant en cours d'exécution du contrat, laquelle intéresse uniquement les contrats de longue durée, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 493, n° 1379 ; F. BRENET, « L'annulation des mesures d'exécution du contrat par le juge de plein contentieux. Renouveau et perspectives », *Dr. adm.*, 2000, n° 11, p. 4 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 992, n° 1108 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE ET P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 1007, n° 1795 et les ex. cités ; J. MARTIN, *Les sources du droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse dactyl., Paris II, 2008, p. 292 et s. Pour des ex. récents, voir CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, req. n° 101.578, Rec., p. 197, *AJDA*, 1992, n° 7-8, p. 480, chr. C. MAUGÛÉ et R. SCHWARTZ, *JCP G*, 1993, 22014, note V. HAÏM ; 25 mai 1992, *Département de l'Hérault*, req. n° 91.326, Rec., T. p. 1254, *AJDA*, 1992, n° 7-8, p. 480, chr. C. MAUGÛÉ et R. SCHWARTZ.

¹²³³ Outre les références citées à la note précédente, voir CE, 14 janvier 2000, *Commune de Staffelfelden*, req. n° 184.722, Rec., p. 227, *BJCP*, 2000, n° 13, p. 434 et *CJEG*, 2000, n° 571, p. 473, concl. C. BERGEAL, *CMP*, 2000, n° 2, p. 20, note P. SOLER-COUTEAUX, *LPA*, 8 décembre 2000, n° 245, p. 14, note L. JÉGOUZO-VIÉNOT ; 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, req. n° 290.540, Rec., T., p. 809, *AJDA*, 2009, n° 6, p. 319, note J.-D. DREYFUS, *BJCP*, 2009, n° 63, p. 151, concl. B. DACOSTA, *CMP*, 2009, n° 1, p. 21, note G. ECKERT, *Dr. adm.*, 2009, n° 2, p. 17, note F. MELLERAY, *Environnement*, 2009, n° 169, p. 26, note A. ZIANI, *RJEP*, 2009, n° 5, p. 14, note G. PELLISSIER, *RLCT*, 2009, n° 44, p. 39, note C. MONDOU. Sur l'ensemble de la question, voir É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 131 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE ET P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 1004, n° 1972 et la jurisprudence citée.

¹²³⁴ C'est le cas notamment des procédures d'urgence organisées par les art. L. 511-1 et s. du CJA. Cf., en matière de référés-suspension, CE, 13 juin 2003, *Mlle Chakir*, req. n° 243.615, Rec., p. 253, *BJDCP*, 2003, n° 9, p. 675, concl. I. de SILVA, *CFP*, décembre 2003, p. 33, obs. M. GUYOMAR ; 30 décembre 2003, *Communauté urbaine de Lille*, req. n° 258.057 ; CE, 8 juillet 2011, *M. Botella*, req. n° 342.113, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 25, p. 1410. Au demeurant, le juge des référés ne saurait, sans outrepasser les limites de son office, prononcer l'annulation d'une décision administrative (CE, 9 mars 2005, *Moimuddin*, req. n° 274.509, Rec., T., p. 805, *AJDA*, 2005, n° 23, p. 1302, concl. F. DONNAT, *Dr. adm.*, 2005, n° 5, p. 28, note F. DONNAT). Il en va de même en matière de sursis à exécution des jugements (art. R. 811-15 à 17 et R. 821-5 du CJA ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1512, n° 1709 ; pour un ex. récent, cf. CE, 24 avril 2007, *Centre d'exportation du livre français (CELF)*, req. n° 298.866, *AJDA*, 2007, n° 24 p. 1294, concl. C. LANDAIS et obs. D. de BÉCHILLON). En cas de sursis d'un jugement prononçant son annulation, la décision en cause est alors provisoirement maintenue en vigueur.

¹²³⁵ Art. L. 551-1 et L. 551-13 du CJA. Sur les pouvoirs du juge de plein contentieux contractuel, voir L. FOLLIOU, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, thèse dactyl., Paris II, p. 290 et s. ; J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, préc., p. 649, n° 694.

lorsque le juge met en œuvre son pouvoir d'annulation¹²³⁶. En tout état de cause, le caractère largement dérogatoire des référés en matière contractuelle les fait apparaître comme une sorte de « recours de troisième type »¹²³⁷, ce qui les place dans une situation exceptionnelle par rapport aux autres procédures d'urgence.

339. Conclusion du paragraphe 1. La normativité du jugement réside dans l'affirmation par le juge du droit de l'auteur d'une prétention à l'effet juridique de la règle de droit. Ce faisant, tout jugement produit un *effet substantiel* sur l'ordonnancement juridique. Le juge ne se borne pas à « découvrir » le droit applicable, il « établit » le droit qui doit ou aurait dû être appliqué. Au titre de sa mission juridictionnelle, le juge est susceptible de jouer un double rôle dans l'application de la règle de droit. Lorsque son intervention est indispensable pour rendre la règle de droit applicable, l'activité du juge est entièrement tournée vers le futur. Par définition, le jugement constitutif ne produit d'effet que pour l'avenir. Au contraire, lorsque sa fonction consiste à sanctionner l'application de la règle de droit, c'est exclusivement sur le passé que le regard du juge se porte alors. Afin d'établir si la règle de droit a été correctement appliquée à la situation soumise à son appréciation et rétablir ce qui aurait dû se passer, le juge doit nécessairement se transporter dans le passé. Le jugement déclaratif statue nécessairement sur le passé. Bien qu'il fasse du juge « l'homme du passé », l'examen rétrospectif auquel celui-ci se livre ne confère pas pour autant au jugement déclaratif un effet rétroactif. En prenant en compte le pouvoir mis en œuvre par le juge pour résoudre le litige, le jugement produira un effet différent dans le temps. Les jugements rétroactifs sont ceux dont l'objet même est d'établir un droit antérieurement né ou de retraiter les effets antérieurement produits par un acte juridique. Ainsi, les jugements de condamnation en responsabilité, ainsi que tous les jugements d'annulation et de réformation produisent, de plein droit, un effet rétroactif. Ce ne sont toutefois pas les seuls jugements auxquels il doit être reconnu un tel effet, à raison de leur objet même.

§ 2 : Les techniques juridictionnelles de rétroactivité

340. À l'instar des autres autorités publiques, le juge dispose également de techniques normatives permettant le retraitement des effets d'actes ou de situations passés. On retrouve ici les trois catégories de techniques de rétroactivité que sont l'annulation, la confirmation et l'interprétation, auxquelles recourent le législateur comme l'autorité administrative.

Selon le pouvoir qu'il est appelé à mettre en œuvre pour trancher les litiges qui lui sont soumis le juge sera amené tantôt à sanctionner, tantôt à réparer les illégalités affectant un acte administratif ou un jugement antérieurement intervenu. Tandis que le jugement d'annulation aura pour conséquence de remettre en cause les effets antérieurement produits par l'acte irrégulier, le jugement de réformation emportera, à l'inverse, leur consolidation *ab initio*. C'est dire qu'à l'annulation (I) et à la confirmation

¹²³⁶ Il en va ainsi lorsque le juge du référé précontractuel annule une décision se rapportant au contrat ou lorsque le juge du référé contractuel prononce la nullité du contrat. En revanche, on peut légitimement douter que le pouvoir de suppression d'une clause du projet de contrat appartenant au juge du référé précontractuel implique un effet rétroactif, dans la mesure où le contrat n'est pas lui-même en vigueur, voire est dépourvu d'existence juridique parce que non signé.

¹²³⁷ Selon la formule de P. Terneyre à propos du référé précontractuel (P. TERNEYRE, « L'émergence d'un recours contentieux de troisième type », *ALD*, 1992, comm., p. 82). Leur origine communautaire n'y est pas tout à fait étrangère. Sur l'ensemble de la question, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1479 et s., n° 1655 et s. ; F. DIEU, « L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels », *AJDA*, 2007, n° 15, p. 782 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 161 et s., n° 297 et s.

(II) juridictionnelles est attaché, à raison de l'objet même des jugements qui les réalisent, un effet rétroactif de plein droit.

En sa qualité d'organe d'application du droit, le juge est également appelé à interpréter les textes dont il doit assurer la sanction. Au titre de sa fonction juridictionnelle, le juge délivre une interprétation authentique qui, par le jeu de la fiction d'incorporation de la norme interprétative à la norme interprétée, rétroagit de plein droit au jour du texte applicable au litige (III).

I – L'ANNULATION JURIDICTIONNELLE

341. Au titre de sa mission juridictionnelle, il appartient au juge d'apprécier la régularité des actes contestés devant lui et de sanctionner, éventuellement, l'irrégularité constatée. La sanction des irrégularités de l'acte de droit public consiste en la suppression des effets que ce dernier a pu développer dans le passé, de telle manière à ce qu'il soit réputé comme n'étant jamais intervenu. De la même manière qu'en droit privé, cette sanction peut être envisagée en droit public à travers la théorie des nullités¹²³⁸. Toutefois, les solutions dégagées par le droit positif en matière de sanction des irrégularités de l'acte juridique sont loin de présenter pareille homogénéité. Tout au plus peut-on extraire, à partir du droit administratif, une trilogie à laquelle se trouve associée l'idée de rétroactivité. Selon les cas, l'acte irrégulier est annulable, entaché de nullité ou inexistant¹²³⁹.

Si toutes servent à décrire l'idée selon laquelle les effets qu'a pu développer dans le passé l'acte irrégulier doivent être effacés, elles ne reposent pas sur le même système explicatif. Le jugement se prononçant sur la validité d'un acte juridique traduit cette diversité de solutions au traitement des vices entachant l'acte de droit public. Selon les cas, le juge tantôt prononce l'annulation, tantôt déclare nul ou inexistant l'acte affecté dans sa validité par un vice quelconque. Tandis que la notion d'annulabilité implique une sanction prononcée *a posteriori* par le juge, les notions de nullité et d'inexistence suggèrent un simple constat d'un état existant *a priori*. Dans le premier cas, il y a un acte de volonté de la part du juge, si bien que sa décision est dotée d'un véritable effet rétroactif, tandis que dans les deux suivants, il y a un simple acte de connaissance, ce qui laisse à penser que l'effet rétroactif attaché au jugement relève davantage de l'apparence.

342. Le juge administratif s'est longtemps montré réticent à opérer un choix entre ces deux systèmes explicatifs. Si la théorie de l'inexistence présente encore un degré certain de particularisme du point de vue de son régime (B), on peut estimer que la jurisprudence penche désormais largement en faveur de la théorie de l'annulabilité, comme en atteste la reconnaissance récente d'un pouvoir d'annulation au juge du contrat. La rétroactivité attachée à la technique de l'annulation y trouve alors toute son utilité technique, dès lors qu'elle permet de retraiter au présent les conséquences d'une illégalité antérieurement commise (A).

¹²³⁸ J. BOULOUIS, « L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », in Travaux de l'association H. CAPITANT, *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Journées de Turin du 4 au 7 juin 1962, t. 14, 1965, p. 771 ; Y. GAUDEMET, *loc. cit.* Ces auteurs estiment que droit public et droit privé recourent aux mêmes concepts techniques, mais que la mise en œuvre de ces derniers est nécessairement différente, dès lors que les intérêts qui gouvernent les deux droits ne sont pas les mêmes. Voir également, L. ALCINDOR, *Des différentes espèces de nullité des actes administratifs*, Paris, éd. M. Giard et E. Brière, 1912 ; G. JÉZE, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP*, 1913, n° 2, pp. 294, spéc. p. 300.

¹²³⁹ Ces trois idées ont été progressivement dégagées et dissociées par la doctrine et la jurisprudence au cours du XIX^e siècle (pour un historique, voir S. GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *Revue de droit de Mc Gill*, 1995, n° 2, p. 299 et s.). Le Doyen Boulouis a tenté de montrer que ces trois notions étaient également utilisées en droit constitutionnel et en droit financier (J. BOULOUIS, art. préc., p. 776, n° 14).

343. Gardien de la légalité administrative, le juge administratif détient une *prérogative d'annulation* à l'égard de tous les actes administratifs¹²⁴⁰ soumis à son contrôle. Ce pouvoir d'annulation appartient, au premier chef, au juge de l'excès de pouvoir à l'égard des décisions administratives unilatérales dont il a à connaître, ainsi que de certaines catégories de contrat de droit public¹²⁴¹. Il est également détenu par le juge de plein contentieux lorsqu'il se trouve saisi d'une question de légalité objective afférente à une décision administrative¹²⁴². Dans le plein contentieux subjectif, les textes ont également octroyé, par dérogation au droit commun des procédures d'urgence, un pouvoir d'annulation au juge du référé précontractuel à l'égard des actes se rapportant à la passation d'un contrat administratif¹²⁴³, ce qui le fait apparaître comme une sorte de « recours de troisième type »¹²⁴⁴. Ce cas n'est plus isolé, puisque le juge du référé contractuel s'est également vu reconnaître par les textes un pouvoir d'annulation du contrat en cas de méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence. Enfin, le juge du contrat s'est lui-même récemment reconnu un pouvoir d'annulation des contrats illégaux lorsqu'il est saisi par les parties ou par un tiers intéressé, en application de la jurisprudence *Tropic Travaux*¹²⁴⁵.

344. Éclaté entre plusieurs juges, le pouvoir d'annulation est, néanmoins, mis en œuvre suivant une logique invariable et entraîne des effets identiques. Par son objet même, l'annulation produit, de plein droit, un effet rétroactif. D'un point de vue normatif, l'annulation contentieuse procède à la sortie de vigueur de l'acte sanctionné en effaçant ses effets, tant passés que présents, avant de supprimer sa validité¹²⁴⁶. Par le jeu de la rétroactivité, l'annulation juridictionnelle aboutit à la disparition *ab initio* de l'ordonnement juridique tant de l'acte lui-même que des conséquences qu'il a pu avoir sur ce dernier au cours de la période où il a été provisoirement appliqué. À cet égard, l'annulation prononcée par le juge constitue un « moyen d'apurement » de l'ordonnement juridique. En elle-même, la nature de l'acte de droit public irrégulier dont la « mise à mort » a été commandée par le jugement d'annulation

¹²⁴⁰ Et ce, depuis l'ouverture, par les dispositions de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, du recours en annulation pour excès de pouvoir contre l'ensemble des actes des diverses autorités administratives. Jusqu'alors, le Conseil d'État ne s'était reconnu compétent que pour apprécier la légalité des actes réglementaires (J. MASSOT, art. préc., p. 112).

¹²⁴¹ Il s'agit principalement des contrats des collectivités locales, des contrats de recrutement d'agents publics, ainsi que, plus largement, de ceux qui comportent des clauses à effet réglementaire. Sur ce point, cf., plus bas, p. 274, n° 354.

¹²⁴² R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 210, n° 229 et p. 238, n° 264. Cf., par ex., CE, 7 février 1873, *Bourgeois*, Rec., p. 124 ; 26 juillet 1985, *Fabenrev*, req. n° 64.718, Rec., T., p. 726 ; Sect., 15 décembre 1989, *Ministre de l'Environnement c/ Société SPECHINOR*, préc. (annulation d'une autorisation) ; Sect., 10 novembre 2004, *Élections du président du comité des finances locales*, req. n° 269.727 et 269.864, Rec., p. 425, *BJCL*, 2005, n° 1, p. 52 et *JCP A*, 2004, n° 48, p. 1520, concl. F. SÈNERS, *JCP CTI*, 2005, n° 1, p. 19, note J. MOREAU (annulation d'une élection). Sur le pouvoir d'annulation du juge de plein contentieux, voir, notamment, B. BALDOUS, thèse préc., p. 223, n° 166 ; H. LEPETIT-COLLIN, thèse préc., p. 392, n° 514.

¹²⁴³ Art. L. 551-1 et s. du CJA. Saisi en tant que juge de plein contentieux, le juge des référés précontractuels dispose des mêmes pouvoirs que le juge du principal. Il convient également de préciser que si le juge dispose d'un pouvoir de suppression des clauses destinées à figurer dans le contrat, on peut légitimement douter qu'un tel pouvoir implique un quelconque effet rétroactif, dans la mesure où, au moment où le juge intervient, le contrat n'est pas lui-même en vigueur, voire est dépourvu d'existence juridique, parce que non signé.

¹²⁴⁴ Selon la formule de P. Terneyre (P. TERNEYRE, « L'émergence d'un recours contentieux de troisième type », *ALD*, 1992, comm., p. 82). Sur l'ensemble de la question, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1479 et s., n° 1655 et s. ; F. DIEU, « L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels », *AJDA*, 2007, n° 15, p. 782 ; L. RICHER, *op. cit.*, pp. 162-163, n° 299 et 300.

¹²⁴⁵ Sur le premier point, voir art. L. 551-13 et s. du CJA. Sur le second point, cf., plus bas, p. 561, n° 715. Sur les pouvoirs du juge de plein contentieux contractuel, voir L. FOLLIOU, thèse préc., p. 290 et s. ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 649, n° 694.

¹²⁴⁶ De la suppression des premiers, il est souvent inféré celle du second (B. SEILLER, « Acte administratif (II – Régime) », préc., p. 73, n° 546). D'un point de vue logique, l'annulation correspond à un processus exactement inverse à celui de l'entrée en vigueur. La norme annulée est d'abord *désactionnée* pour ensuite être définitivement *supprimée*. Voir, notamment, P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 64, n° 130 et p. 90, n° 199.

reste indifférente. Qu'elle se rapporte à une décision unilatérale (1), un contrat (2) ou un jugement (3), l'annulation juridictionnelle réalise l'anéantissement rétroactif de l'acte irrégulier et de ses effets.

1°) L'annulation juridictionnelle de la décision administrative unilatérale

345. Dès lors que le juge administratif a établi, à l'issue de l'examen des prétentions présentées devant lui, l'illégalité de l'acte contesté, il peut – et même doit – en prononcer l'annulation. Le jugement d'annulation a ainsi pour objet de sanctionner toute illégalité administrative en ordonnant que soient effacées les conséquences que celle-ci a pu produire sur l'ordonnement juridique, tant pour le passé que pour l'avenir¹²⁴⁷. Lorsqu'elle est prononcée, l'annulation a pour effet d'anéantir la décision illégale « de manière générale et absolue et non pas seulement d'en paralyser l'application à l'occasion d'un litige déterminé »¹²⁴⁸. Suivant la formule consacrée, non seulement l'acte annulé n'existe plus, mais il est réputé « n'être jamais intervenu »¹²⁴⁹ ou « n'avoir jamais existé »¹²⁵⁰. Il est donc de principe que l'acte sanctionné par une annulation soit détruit pour le passé comme pour le présent. C'est dire que l'annulation juridictionnelle, qu'elle soit prononcée en excès de pouvoir ou en plein contentieux, comporte naturellement un effet rétroactif à l'instant même où l'illégalité a été commise, soit au jour de l'édiction de l'acte incriminé¹²⁵¹.

346. Contrairement à la logique déclarative qui a longtemps prévalu en matière d'annulation pour excès de pouvoir, il a été montré, de longue date, que le jugement d'annulation comporte à la fois un effet reconnaissant et un effet attributif. L'annulation ne consiste pas simplement pour le juge à constater un

¹²⁴⁷ F. BLANCO, thèse préc., p. 200 ; C. BLÉRY, thèse préc., p. 318, n° 474 ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 156 ; H. LEPETIT-COLLIN, thèse préc., p. 394, n° 518 ; P. WEIL, thèse préc., p. 138.

¹²⁴⁸ J. MASSOT, art. préc., p. 111.

¹²⁴⁹ Cf. dans le contentieux de l'excès de pouvoir, parmi de nombreux ex., CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, préc. ; 14 novembre 1952, *Bernard*, préc. ; Ass., 10 décembre 1954, *Cru et autres*, préc. ; 13 mars 1959, *Nègre*, Rec., p. 179 ; Ass., 13 juillet 1963, *Syndicat national des ingénieurs-conseils inspecteurs du contrôle de la prévention et assimilés et autres*, req. n° 56.222, Rec., p. 429, *Dr. soc.*, 1963, p. 629, concl. NICOLAÏ ; 7 avril 1976, *Ministre de la Qualité de la vie c/ SCI du Moulin de Segères*, req. n° 95.501, Rec., p. 188 ; 10 juin 1988, *SCI de la ZAC de Villarceau*, req. n° 73.833, 73.940 et 74.102, Rec., p. 240, *AJDA*, 1988, n° 7-8, p. 443, chr. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFRE ; 9 novembre 1990, *Ville de Perpignan c/ Gautier*, req. n° 99.439, Rec., T., p. 623 ; 5 avril 1993, *Commune de Fréjus et SCI "Bleu marine"*, req. n° 117.090 et 117.091, Rec., p. 98, *JCP G*, 1993, IV, 1531, obs. M.-C. ROUAULT ; 29 octobre 1997, *Association "Urbanisme ou environnement ?"*, req. n° 160.072 à 160.074, Rec., p. 382 ; 25 février 1998, *Mme Douce de la Salle*, req. n° 150.355, Rec., T., p. 1106 ; Sect., 26 janvier 2003, *M. et Mme Bour*, req. n° 231.558, Rec., p. 59, *AJDA*, 2003, n° 14, p. 729, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *BJDCP*, 2003, n° 29, p. 307, concl. P. FOMBEUR, *BJDU*, 2003, n° 2, p. 106 et *RJEP*, 2003, n° 599, p. 346, concl. P. FOMBEUR ; Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, req. n° 255.886, Rec., p. 197, *GAJA* n° 112, *AJDA*, 2004, n° 22, p. 1183, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *RFDA*, 2004, n° 4, p. 438, note J.-H. STAHL et A. COURRÈGES et p. 454, concl. C. DEVYS ; 18 octobre 2006, *Fédération des services CFDT et autres*, req. n° 276.359, Rec., p. 427, *Dr. adm.*, 2006, n° 12, p. 37, *Dr. soc.*, 2006, n° 12, p. 1096, concl. C. DEVYS, *JCP S*, 2006, n° 44-45, p. 31, note A. NOURY ; 12 décembre 2007, *M. Sire*, req. n° 296.072, Rec., p. 471, *AJDA*, 2008, n° 12, p. 638, concl. M. GUYOMAR, *AJFP*, 2008, n° 4, p. 172, note R. GUEGUEN, *D.*, 2008, n° 21, p. 1457, note P.-O. CAILLE, *Dr. adm.*, 2008, n° 2, p. 37, note D. BAILLEUL. Cf. également, dans le contentieux de pleine juridiction, CE, 7 février 1873, *Bourgeois*, préc. ; 29 avril 1977, *Ministre de l'Industrie c/ Dame Appuy et Société minière de Trébas*, req. 00.478 et 00.524, Rec., p. 201 ; 26 juillet 1985, *Fabenrev*, req. n° 64.718, Rec., T., p. 726 ; Sect., 15 décembre 1989, *Ministre de l'Environnement c/ Société SPECHINOR*, préc. ; Sect., 10 novembre 2004, *Élections du président du comité des finances locales*, préc.

¹²⁵⁰ CE, Ass., 5 juin 1970, *Sieur Puisoye*, préc. ; 16 mars 1984, *Laurent-Massot*, préc. ; 11 mars 1991, *M. Do*, req. n° 76.774, Rec., T., p. 1029 ; 28 mai 2001, *Commune de Bohars et SARL Minoteries France*, req. n° 218.374, 218.912, 229.455 et 229.456, Rec., p. 249, *AJDA*, 2001, n° 7, p. 652, chr. P. COLLIN et M. GUYOMAR, *BJDU*, 2001, n° 3, p. 212 et *CJEG*, 2002, n° 586, p. 246, concl. D. PIVETEAU, *Dr. adm.*, 2001, n° 8-9, p. 32, note D. PIVETEAU, *RFDA*, 2001, n° 4, p. 957.

¹²⁵¹ Pour un ex., voir CAA Lyon, 21 janvier 1997, *Ville de Nice c/ SARL GEPRIM et SCI Les Parvis du Cap*, req. n° 94LY01429, 94LY01668 et 94LY01669, Rec., T., p. 1010 ; 5 septembre 2002, *Delrieu et autres*, req. n° 02LY00295, Rec., T., p. 887. On rappellera que la date d'effet du jugement d'annulation reste largement indifférente à celle à laquelle le juge administratif doit se placer pour apprécier la légalité de l'acte contesté devant lui. Qu'il soit rendu par le juge de l'excès de pouvoir ou par celui de plein contentieux, le jugement d'annulation prend effet à la date d'édiction de la décision illégale (sur ce point, cf., plus bas, p. 689, n° 887). Sur le principe de rétroactivité de l'annulation juridictionnelle, voir F. BLANCO, thèse préc., p. 194.

état de nullité préexistant à son intervention du juge, mais à prononcer *a posteriori* une sanction de l'irrégularité de la décision administrative. La rétroactivité constitue ainsi la technique nécessaire et appropriée pour assurer l'efficacité de la sanction juridictionnelle de l'illégalité administrative¹²⁵².

347. L'annulation juridictionnelle commande l'éradication, avec effet rétroactif, de l'ensemble des conséquences de l'illégalité sanctionnée. Il s'agit de rétablir le *statu quo ante* à l'édiction de l'acte annulé. En d'autres termes, l'annulation contentieuse d'une décision administrative irrégulière pose le principe d'une *restitutio in integrum* de la légalité, c'est-à-dire d'un retour de l'ordonnement juridique à l'état de légalité qui était le sien un instant avant l'édiction de l'acte annulé. La rétroactivité qui est attachée au jugement d'annulation va entraîner l'annihilation de tous les effets que l'acte illégal a pu produire sur l'ordonnement juridique. Cette opération peut parfois avoir pour conséquence la remise en vigueur, elle-même rétroactive, du droit antérieur.

348. D'abord, l'annulation juridictionnelle commande l'éradication des effets de l'illégalité administrative, pour le passé comme pour le présent¹²⁵³. De ce point de vue, l'annulation juridictionnelle a une portée absolue dans le temps et, dans cette mesure, peut avoir des répercussions parfois dévastatrices sur l'ordonnement juridique. En effet, il convient de garder à l'esprit que l'anéantissement rétroactif d'une norme juridique constitue une opération extrêmement grave, à plus forte raison lorsque plusieurs mois, voire plusieurs années, se sont écoulés entre son entrée en vigueur et le prononcé de son annulation par le juge¹²⁵⁴. Des situations juridiques ont pu s'établir, voire même se consolider, au cours de cette période intermédiaire. L'annulation juridictionnelle va remettre en cause de la manière la plus radicale la vie juridique qui a pu, un temps, se développer.

La plupart du temps, l'annulation juridictionnelle se limite à ordonner l'annihilation pour le passé des effets produits par l'acte irrégulier. Néanmoins, comme le rappelle à juste titre M. Chapus, « l'annulation d'une décision est susceptible, par le jeu naturel et libre de sa rétroactivité, de provoquer l'illégalité d'autres décisions »¹²⁵⁵. Ainsi, l'effet destructeur de l'annulation s'étend à l'ensemble des actes édictés au cours de la période intermédiaire qui entretiennent un rapport particulier avec la décision sanctionnée. Devenus illégaux du fait de la disparition *ab initio* de l'acte initial, ces « actes-conséquences » vont subir le même sort. Tant eux-mêmes que les effets qu'ils ont pu produire vont être annihilés. Par exemple, l'annulation d'un décret de 1969 modifiant les conditions de fonctionnement du comité consultatif des universités prive d'existence légale certaines de ses sections, créées à cette occasion, et entache de nullité les délibérations que celles-ci ont adoptées au cours de la période intermédiaire¹²⁵⁶.

Il reste qu'en pratique, il est souvent nécessaire d'édicter des mesures supplémentaires en vue de tirer toutes les conséquences de l'annulation initialement prononcée. La rétroactivité originelle sera

¹²⁵² Voir, dans le même sens, F. BLANCO, thèse préc., p. 198 ; P. WEIL, thèse préc., p. 137.

¹²⁵³ F. BLANCO, thèse préc., p. 194 et s., spéc. p. 198 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 239, n° 211 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 418 ; P. WEIL, thèse préc., p. 137.

¹²⁵⁴ Sur ces différents points, voir L. ACCOLAS, thèse préc., p. 15 ; L. ALCINDOR, thèse préc., p. 113 ; F. BLANCO, thèse préc., p. 207 ; B. SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », préc., p. 22. Comme il a été déjà souligné, ce décalage temporel est lié au caractère non-suspensif des recours en droit administratif, ainsi que plus largement à l'encombrement des prétoires (cf., plus haut, p. 515, n° 651) ; voir également, G. BRAIBANT, art. préc., p. 59 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 78 ; P. WEIL, thèse préc., p. 145).

¹²⁵⁵ Souligné par nous. Voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1128, n° 1243. Voir également L. ALCINDOR, thèse préc., p. 109 ; M. KELLERSHOHN, thèse préc., pp. 59-60.

¹²⁵⁶ CE, 25 janvier 1974, *Duverger*, req. n° 80.907, Rec., p. 59.

donc suivie d'autres rétroactivités dérivées. Comme on l'a vu plus tôt, il peut s'agir de décisions administratives adoptées en exécution de la chose jugée et pourvu d'un effet rétroactif¹²⁵⁷. De la même manière, le juge lui-même peut également être amené à tirer les conséquences de l'annulation de l'acte initial en prononçant de nouvelles annulations. Par voie de conséquence au premier jugement d'annulation, le juge remet en cause la légalité des actes qui entretiennent un lien étroit avec l'acte annulé, l'irrégularité de celui-ci ayant contaminé ceux-là.

Néanmoins, les conséquences radicales qu'emporte, dans sa pureté logique, la rétroactivité de l'annulation juridictionnelle s'avèrent parfois moins perturbatrices qu'il n'apparaît au premier abord. En effet, l'annulation rétroactive peut déboucher sur la remise en vigueur automatique du droit immédiatement antérieur à l'édition de la décision administrative illégale, ce qui peut permettre de contenir l'effet de réaction en chaîne sur les « actes-conséquences » qui y seraient conformes ou d'éviter la création d'un *vacuum juris*.

349. Ensuite, l'annulation de la décision illégale entraîne parfois la remise en vigueur rétroactive du droit antérieur. En ordonnant l'effacement des effets de l'acte irrégulier, le jugement d'annulation remet les choses dans l'état où elles se trouvaient un instant avant la commission de l'illégalité administrative. Cela signifie que l'ordonnancement juridique est rétabli dans l'état qui était le sien antérieurement à l'édition de la décision illégale¹²⁵⁸. Or, il se peut fort bien qu'à ce moment une précédente décision était en train de produire ses propres effets. L'anéantissement rétroactif de la décision aura pour conséquence de ressusciter la décision qui était alors en vigueur. En d'autres termes, l'effet négatif de l'annulation rétroactive comporte un effet positif corrélatif, consistant à remettre en vigueur les décisions que l'acte irrégulier annulé a remplacées, modifiées ou supprimées et ce, à compter de la date même à laquelle celui-là était lui-même entré en vigueur. Du fait de la rétroactivité juridictionnelle, les décisions administratives antérieurement applicables sont même réputées n'avoir jamais cessé de produire leurs effets¹²⁵⁹.

2°) Du constat de la nullité du contrat administratif au prononcé de son annulation

350. Le contentieux de la validité du contrat administratif a connu une évolution remarquable. Jusqu'à une période récente, le juge du contrat refusait de se reconnaître une prérogative générale d'annulation du contrat administratif irrégulier. Dans une logique déclarative, le juge se contentait de constater la nullité du contrat entaché d'un vice. Cette posture n'était pas sans conséquence sur le rôle joué par la rétroactivité dans le traitement juridictionnel des irrégularités du contrat administratif. La consécration d'un pouvoir d'annulation dans le contentieux contractuel a permis de privilégier une logique davantage en conformité avec la réalité du mécanisme de la rétroactivité.

351. En cas de litige sur la validité du contrat administratif, le juge est traditionnellement le seul à pouvoir en constater la nullité. La nullité est la sanction normale des conditions de validité du contrat administratif. Que l'une ou l'autre manque et le contrat irrégulier est rétroactivement privé de ses effets.

¹²⁵⁷ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 175 et s., n° 234 et s.

¹²⁵⁸ Voir, notamment, M. KELLERHSHOHN, thèse préc., p. 59 ; S. DAËL, concl. sur CE, Sect., Avis, 28 juillet 1995, *Consorts Alsina et SA Plâtres Lambert Production*, req. n° 169.480 et 139.725, Rec., p. 318 et 336, *BJDU*, 1995, n° 4, p. 270, spéc. p. 279.

¹²⁵⁹ Sur ce différents points, voir p. 824, n° 1077.

Suivant l'adage rappelé plus tôt, « *quod nullum est nullum producit effectum* ». Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir pu produire aucun effet entre les parties. Il en résulte que ceux que le contrat a pu provisoirement emporter disparaissent rétroactivement de l'ordonnancement juridique. Du point de vue de ses effets sur le passé, le jugement de nullité du contrat administratif présente ici une différence notable par rapport au jugement d'annulation en excès de pouvoir d'un acte unilatéral. Là où l'un et l'autre débouchent sur l'anéantissement des effets de l'acte irrégulier, le second entraîne également celui de l'acte lui-même, tandis que le premier ne l'affecte pas directement. Le contrat déclaré nul continue, suivant l'opinion de la doctrine publiciste majoritaire, à exister matériellement¹²⁶⁰. On ne saurait toutefois surestimer cette différence, dès lors que la juridicité de l'acte disparaît dans les deux cas. Ce qui reste du contrat nul, c'est-à-dire l'*instrumentum* et la déclaration de volonté, est repoussé en dehors du champ du droit, si bien que la portée de la nullité diffère fort peu, en pratique, de celle de la sortie de vigueur de l'acte illégal opérée par l'annulation contentieuse¹²⁶¹. Du point de vue des effets juridiques de la décision du juge, l'annulation comme la déclaration de nullité emporte la disparition rétroactive des effets de l'acte irrégulier et ce dernier est réputé n'être juridiquement jamais intervenu.

352. Toutefois, cette manière de décrire les effets du jugement de nullité est révélatrice de la conception classique de la notion de nullité qui a longtemps prévalu dans le contentieux contractuel. Suivant cette dernière, la nullité est un état du contrat qui préexiste à l'intervention du juge et que celui-ci se borne à *constater*¹²⁶². Privé d'une ou de plusieurs de ses conditions de validité, le contrat nul est regardé comme « mort-né ». En tant que tel, il est un néant juridique. Or, du néant il ne peut rien sortir. L'acte nul n'ayant jamais pu faire partie de l'ordonnancement juridique, il n'a jamais pu valablement produire un quelconque effet¹²⁶³. Dans cette logique, il n'y a donc pas lieu d'annuler ce qui n'a jamais existé juridiquement. Tout au plus peut-on considérer que l'acte nul a « *l'apparence d'un acte légal : il est susceptible d'être considéré comme tel par certains* »¹²⁶⁴, ce qui explique qu'il a pu en être tiré des conséquences provisoires et que celles-ci doivent être rétroactivement effacées. En d'autres termes, le jugement de nullité du contrat administratif est purement *déclaratif* et sa rétroactivité n'est que la

¹²⁶⁰ On peut même estimer qu'il n'a jamais eu d'autre existence que purement matérielle. Sur la différence entre annulation et déclaration de nullité, voir D. de BÉCHILLON et P. TERNEYRE « Contrats administratifs (Contentieux des) », *Rép. cont. adm.*, 2000, p. 30, n° 174 et p. 34, n° 196 ; D. de BÉCHILLON, « Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle : une présentation graphique », *LPA*, 14 mai 1990, n° 58, p. 10, spéc. p. 13 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 1006, n° 1793 ; A. PERI, « Le concept de nullité en droit des contrats administratifs », *JCP A*, 2008, n° 3, p. 28, spéc. p. 34, n° 35 ; D. PIVETEAU, concl. sur CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, préc., p. 139 ; H. SAVOIE, concl. sur CE, Sect., 20 octobre 2000, *Société CitéCable Est*, req. n° 196.553, Rec., p. 457, *RFDA*, 2001, n° 2, p. 359, spéc. p. 364. Cf., dans le même sens, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 218, 1992, p. 231, n° 386. Pour une position inverse, assimilant annulation et déclaration de nullité, J. de SOTO, thèse préc., p. 45, n° 60-II. Pour un exposé critique, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 62, n° 57.

¹²⁶¹ Sur le premier point, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 62, n° 57. Sur le second point, voir, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 750, n° 843-1°.

¹²⁶² Cf., par ex., CE, 29 novembre 1929, *Sieurs Chartelot et autres*, Rec., p. 1050 ; 28 juillet 2000, *Jacquier*, req. n° 202.792, Rec., T., p. 1096, *BJDCP*, 2000, n° 13, p. 429, concl. H. SAVOIE, *CMP*, 2000, n° 11, comm. 16, note F. LLORENS, *RDI*, 2000, p. 561, obs. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; Sect., 20 octobre 2000, *Société CitéCable Est*, préc. *BJDCP*, 2001, n° 14, p. 54, *CJEG*, 2001, n° 572, p. 21 et *RFDA*, 2001, n° 2, p. 359, concl. H. SAVOIE, *CMP*, 2001, n° 1, p. 25, note J.-P. PIETRI, *Dr. adm.*, 2001, n° 3, p. 12, note F. SABIANI. Voir également, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 728, n° 822 ; F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », préc., p. 571.

¹²⁶³ Pour un exposé de cette conception inspirée de la doctrine civiliste classique, voir S. BIAGINI-GIRARD, *L'inexistence en droit administratif. Contribution à l'étude de la fonction des nullités*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, p. 149, n° 377 ; L. FOLLIOT, thèse préc., pp. 290-291 ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 116, n° 99 et p. 127, n° 111. Voir également, R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse dactyl. Dijon, 1909 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 22^e éd., 2000, p. 210 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat. Conditions de formation*, t. III, Paris, Economica, 6^e éd., 2007, p. 539, n° 531.

¹²⁶⁴ L. ALCINDOR, thèse préc. ; A. LAMBERT-RIBOT, *Des moyens dont dispose l'administration pour mettre fin aux situations qu'elle a particulièrement créées*, préc., p. 43.

conséquence de l'« état naturel des choses » – l'absence *ab initio* de lien contractuel entre les parties – ainsi constaté. On pourrait même douter que la déclaration de nullité produise véritablement, dans ce contexte, un effet rétroactif. En effet, si celle-ci ne fait que constater un état préexistant, elle ne change rien à l'état du droit. Bien au contraire, elle ne fait que révéler ce qui a toujours été. Ce n'est pas le jugement de nullité qui rétroagit, mais le contrat qui n'a jamais produit aucun effet valable. Or, l'idée même de rétroactivité implique une modification du passé au présent. Comme on a eu l'occasion de le montrer, elle doit, de ce point de vue, être nettement distinguée de la déclarativité, laquelle n'en comporte aucune¹²⁶⁵.

La conception déclarative de la nullité du contrat a longtemps interdit de reconnaître au juge du contrat un pouvoir d'annuler un contrat administratif irrégulier¹²⁶⁶, ainsi que toute marge d'appréciation dans les conséquences à tirer des irrégularités affectant l'engagement contractuel, dont on rappellera qu'elles n'ont cessé de se multiplier en droit des contrats publics. Ne faisant que constater ce qui lui préexistait, le juge administratif était tenu de constater par voie d'action, comme par voie d'exception, la nullité du contrat administratif. Le caractère d'ordre public des irrégularités susceptibles d'entraîner cette nullité renforçait même l'idée d'automaticité de la déclaration de nullité du contrat¹²⁶⁷.

353. À ce traitement *physiologique* du contrat irrégulier a été opposée, pour finalement lui succéder, une conception dans laquelle la nullité constitue une sanction juridictionnelle que le juge administratif *prononce*. Plus précisément, la nullité est alors le résultat de l'annulation juridictionnelle du contrat administratif irrégulier. L'état d'irrégularité de l'acte devient le présupposé de la sanction de nullité¹²⁶⁸, ce qui signifie que l'acte irrégulier produit des effets de droit tant qu'il n'a pas été annulé. Il n'est pas nul *ab initio*, mais simplement annulable. En d'autres termes, la réalité des effets juridiques que l'acte irrégulier a pu engendrer au cours de la période intermédiaire prend le pas sur la fiction selon laquelle celui-ci n'a pu, à un quelconque moment, entraîner ceux-là. Le rôle tenu par le jugement de nullité s'en trouve également modifié, le juge ne se bornant plus à constater l'état de nullité du contrat mais sanctionnant *a posteriori* l'irrégularité dont il est affecté. La rétroactivité retrouve alors sa signification, dès lors qu'il s'agit d'effacer au présent les conséquences de ce qui n'aurait jamais dû être et qui a pourtant été au cours de la période intermédiaire. L'ordre juridique est alors rétabli dans l'état de légalité dans lequel il se trouvait avant que le contrat ait été conclu. Dans cette perspective de réparation de l'illégalité, l'annulation devient une sanction parmi d'autres que le juge peut éventuellement écarter au nom de l'intérêt général. Elle demeure cependant la seule à emporter la disparition rétroactive de l'ordonnement juridique du contrat irrégulier. Dans ce contexte, la rétroactivité du jugement de

¹²⁶⁵ Sur ce point, voir, plus haut, p. 97, n° 141. Cf., dans le même sens, J.-F. LAFaix, thèse préc., pp. 67-68, n° 64.

¹²⁶⁶ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 749, n° 843 1° ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 997, n° 1779 et p. 1004, n° 1792. Voir également, CE, 28 décembre 1988, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, req. n° 71.646, *LPA*, 7 juillet 1989, n° 81, p. 4, note F. MODERNE, *Dr. adm.*, 1989, n° 94 ; CAA Paris, 5 juillet 2007, *Commune de Levallois-Perret*, req. n° 07PA00560 et 07PA00561, *Rec.*, T., p. 944, *AJDA*, 2007, n° 38, p. 2089, note J.-D. DREYFUS.

¹²⁶⁷ Sur l'ensemble de ces points, voir E. GLASER, *concl. préc.*, p. 142 et les références citées.

¹²⁶⁸ Comme le souligne Mme Guelfucci-Thibierge, « *La nullité, au sens substantiel, réside dans la sanction consistant en la disparition des effets juridiques de l'acte dans la mesure de la violation de la loi [...] ce n'est pas dans l'état de l'acte, en tant qu'il comporte un vice originnaire l'entachant depuis sa conclusion que la nullité puise son caractère substantiel ; cet état n'est que le présupposé de la sanction de nullité* » (C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., p. 126, n° 361).

nullité correspond, comme pour toute annulation contentieuse, à la volonté d'effacer les conséquences de l'irrégularité commise¹²⁶⁹.

354. Le juge administratif a principalement raisonné, jusqu'à une période très récente, à partir de la notion de « nullité-état » dans le contentieux contractuel, qu'il s'agisse de constater la nullité du contrat lui-même ou de ses mesures d'exécution¹²⁷⁰. Toute idée de « nullité-sanction », impliquant la reconnaissance d'un pouvoir d'annulation, n'était cependant pas exclue, en raison de l'éclatement entre plusieurs juges du contentieux administratif du contrat de droit public¹²⁷¹. De fait, elle demeurait limitée aux rares cas dans lesquels le juge de l'excès de pouvoir était reconnu compétent pour connaître d'un contrat administratif. Ainsi, la loi a exceptionnellement attribué au juge de l'excès de pouvoir un pouvoir d'annulation des contrats administratifs passés par les collectivités territoriales, lorsque ce dernier est saisi d'un déféré préfectoral. Le contrôle de légalité confié au préfet portant sur les actes des collectivités territoriales quelle que soit leur nature, unilatérale ou contractuelle, celui-là est recevable à contester directement les contrats de celles-ci, que ces derniers soient soumis ou non à l'obligation de transmission¹²⁷². Le juge de l'excès de pouvoir s'est également reconnu compétent pour connaître et, le cas échéant, annuler les contrats de recrutement d'agents publics, ainsi que plus largement, celles des stipulations d'un contrat administratif qui présentent une nature réglementaire¹²⁷³ ou certaines de ses mesures d'exécution¹²⁷⁴.

Par une série de décisions de principe, le juge du contrat a progressivement renoncé à la conception de « nullité-état » pour se reconnaître un pouvoir d'annulation du contrat irrégulier. Une première brèche a été ouverte avec la création prétorienne d'un recours de pleine juridiction permettant à certaines catégories de tiers de contester directement la validité du contrat ou de certaines de ses

¹²⁶⁹ Sur l'ensemble de ces points, voir J.-F. LAFAY, thèse préc., p. 67, n° 63. Voir également, B. BALDOUS, thèse préc., p. 238, n° 177 ; L. FOLLIOU, thèse préc., p. 453 ; F. LLORENS, art. préc., p. 571, spéc. p. 575, n° 17 ; P. TERNEYRE, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE*, 1988, n° 39, p. 69, spéc. p. 85.

¹²⁷⁰ Sur ces dernières, voir CE, 20 janvier 1965, *Guichou*, req. n° 62.563, Rec., T., p. 987 et *Société des pompes funèbres générales*, req. n° 58.704, Rec., p. 42, D., 1965, J., p. 788, note J. TOUSCOZ ; 17 décembre 1971, *Association syndicale des embranchés particuliers Gare-État, Gare Saint-Julien à Caen*, req. n° 78.798, Rec., p. 785. Voir également, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 1006 et s., n° 1793 et s. ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 327, n° 664.

¹²⁷¹ Voir, en ce sens, B. BALDOUS, thèse préc., p. 234, n° 175 ; D. de BÉCHILLON, « Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle : une présentation graphique », *LPA*, 14 mai 1990, n° 58, p. 10 ; A. PERI, art. préc., p. 31, n° 23 ; D. POUYAUD, « La sanction de l'irrégularité dans la passation d'un marché. Quatre juges pour un contrat. Obs. sous TA Versailles, 23 octobre 1997, *Société Plastic Omnium c/ SICTOM Région Isle Adam* », *Dr. adm.*, 1998, n° 4, p. 4 ; P. TERNEYRE, « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité », in Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 383.

¹²⁷² CE, 2 novembre 1988, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff*, req. n° 64.954, Rec., T., p. 659, D., 1989, SC, p. 217, obs. P. TERNEYRE ; Sect. 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de la Réunion*, req. n° 117.717, Rec., p. 302 (sol. impl.), *RFDA*, 1991, p. 971 ; 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, req. n° 99.643, Rec., T., p. 1109, *AJDA*, 1994, n° 12, p. 898, concl. C. MAUGÛÉ ; 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*, req. n° 144.029, Rec., p. 431, *AJDA*, 1996, n° 6, p. 448, note V. HAÏM, D., 1996, SC, p. 319, obs. P. TERNEYRE. Voir L. RICHER, *op. cit.*, p. 201, n° 369 et p. 203, n° 372.

¹²⁷³ Sur le premier point, voir CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, req. n° 138.536, Rec., p. 274, *AJDA*, 1996, n° 10, p. 807, chr. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *CJEG*, 1996, n° 526, p. 382, note P. TERNEYRE, *LPA*, 18 décembre 1996, n° 152, p. 27, note M. VIVIANO, *RFDA*, 1997, n° 1, p. 89, note P. DELVOLVÉ, *Quot. jur.*, 24 octobre 1996, n° 86, p. 350 ; 28 avril 2004, *Association pour le respect du site du Mont Blanc*, req. n° 236.076, *CMP*, 2004, n° 7, p. 31, note J.-P. PIETRI. Sur le second point, voir CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, req. n° 149.662 et 149.663, Rec., p. 375, *CJEG*, 1999, n° 551, p. 61, concl. J.-H. STAHL, *RFDA*, 1999, n° 1, p. 128, concl. J.-H. STAHL et p. 139, note D. POUYAUD, *AJDA*, 1998, n° 12, p. 969, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *AJFP*, 1999, n° 1, p. 4, note P. BOUTELLET, *LPA*, 31 mars 1999, n° 64, p. 6, note M.-C. ROUAULT ; 5 mai 2006, *Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères*, req. n° 271.626, Rec., p. 234, *AJDA*, 2006, n° 24, p. 1339, note Y. GOUNIN ; Sect., 31 décembre 2008, *Cavallo*, préc. ; 31 juillet 2009, *Société Les Sables d'or*, req. n° 303.876, *AJDA*, 2010, n° 16, p. 895, note P. SUBRA DE BIEUSSES. Voir L. FOLLIOU, thèse préc., p. 313.

¹²⁷⁴ Il s'agit principalement des mesures mettant fin définitivement aux rapports contractuels, telles sa résiliation (B. BALDOUS, thèse préc., p. 247, n° 186 ; L. FOLLIOU, thèse préc., p. 328 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 1054 et s., n° 1836 et s. ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 325, n° 660). Pour un ex. récent, voir CE, 30 septembre 2009, *Commune de Saint-Pol-sur Ternoise*, req. n° 326.230, *BJCP*, 2009, n° 67, p. 504.

clauses, à l'occasion de laquelle le Conseil d'État a précisé que le juge du contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, avait la faculté d'en prononcer l'annulation totale ou partielle, après avoir vérifié que cette dernière ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants¹²⁷⁵. La deuxième brèche fut l'œuvre du législateur communautaire et concerne le contentieux de l'urgence. Par voie de directive, les autorités communautaires ont institué un juge du référé contractuel disposant du pouvoir de sanctionner tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence par l'annulation du contrat¹²⁷⁶. Enfin, le Conseil d'État a « achevé » de bouleverser la notion de nullité du contrat administratif en dotant le juge du contrat d'un pouvoir général d'annulation lorsqu'il est saisi d'un recours des parties contestant la validité du contrat administratif. Sa mise en œuvre est réservée aux irrégularités les plus graves entachant le contrat et soumise à la condition que son prononcé ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général¹²⁷⁷. Si ce changement de logique modifie profondément l'office du juge du contrat, il ne modifie en rien, sous réserve toutefois des précisions apportées plus tôt, les effets dans le temps du jugement sanctionnant l'irrégularité du contrat. Le contrat déclaré nul ou annulé par le juge administratif est rétroactivement privé de ses effets et disparaît, en tant qu'acte juridique, de l'ordonnement juridique.

355. Pour importante qu'elle soit d'un point de vue théorique, cette évolution ne revêt qu'une faible portée en pratique. Le contrat déclaré nul ou annulé par le juge administratif disparaît rétroactivement de l'ordonnement juridique, ainsi que l'ensemble des effets qu'il a pu produire au cours de son existence¹²⁷⁸. Confronté à une irrégularité particulièrement grave entachant le contrat administratif à l'encontre duquel un recours en invalidité a été exercé, le juge du contrat peut dorénavant en prononcer l'annulation. En sa qualité de juge de plein contentieux, le juge du contrat ne se trouve pas dans la même situation que le juge de l'excès de pouvoir, lequel a l'obligation – et non la simple faculté – de prononcer l'annulation rétroactive de toute décision administrative affectée d'une quelconque irrégularité. Même dans le cadre d'un contentieux faisant suite à l'annulation en excès de pouvoir d'un acte détachable du contrat, le juge du contrat disposait déjà d'une marge d'appréciation pour apprécier s'il y avait lieu ou non de déclarer nul le contrat¹²⁷⁹. La disparition rétroactive du contrat n'est qu'un des éléments de la palette de solutions dont dispose le juge du contrat pour en sanctionner l'irrégularité.

¹²⁷⁵ Il s'agit de tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif. Voir CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation* préc.

¹²⁷⁶ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JOUE n° L 335 du 20 décembre 2007, p. 31), telle que transposée aux art. L. 551-13 à 23 du CJA par l'art. 1^{er} de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JORF n° 107 du 8 mai 2009, p. 7796). Voir L. RICHER, *op. cit.*, p. 198, n° 362. Pour un ex., voir CE, 1^{er} juin 2011, *Société Koné*, req. n° 346.405, à pub. au Leb., *BJCP*, 2011, n° 77, p. 301, concl. B. DACOSTA, *Dr. adm.*, 2011, n° 10, p. 45, note F. BRENET, *JCP A*, 2011, n° 29, p. 34, note F. LINDITCH, *JCP G*, 2011, n° 24, p. 1158, obs. L. ERSTEIN, *RFDA*, 2011, n° 4, p. 860 (méconnaissance du délai de *standstill* et du principe de l'allotissement posé à l'art. 10 du Code des marchés publics).

¹²⁷⁷ E. GLASER, concl. préc., p. 149. Il s'agit principalement des irrégularités tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement (CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.). Voir également, D. POUYAUD, note sous CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc. ; J.-F. LAFAIX, « Réflexions sur la sanction des règles relatives aux procédures de passation des contrats publics », *RFDA*, 2010, n° 1, p. 85, spéc. p. 92 ; P. REES, « État des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique », *CMP*, 2010, n° 1 p. 6.

¹²⁷⁸ Sur ce point, voir, notamment, C. BRÉCHON-MOULÈNES, « Remarques sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs », préc. ; L. FOLLIOU, thèse préc., p. 294 ; L. THIBAUT, *Les effets de la nullité des contrats administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1955.

¹²⁷⁹ Cf., en ce sens, CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, préc. Voir également, L. RICHER, *op. cit.*, p. 180, n° 327. Tel est également le cas du nouveau juge du référé contractuel (cf., en ce sens, L. RICHER, *op. cit.*, p. 198, n° 362).

Comme tout jugement d'annulation, le jugement d'invalidité du contrat, comme au demeurant le jugement de nullité avant lui, emporte, une fois prononcé, l'anéantissement rétroactif des effets du contrat sanctionné¹²⁸⁰. Dans les deux cas, le contrat déclaré nul ou annulé est réputé n'être jamais intervenu. En raison de la jeunesse du contentieux de l'annulation du contrat administratif devant le juge de plein contentieux, il sera principalement raisonné par analogie avec les conséquences produites par un jugement constatant la nullité du contrat administratif.

La rétroactivité qui découle de tout jugement invalidant un contrat emporte à la fois la disparition du lien contractuel et l'obligation corrélative pour les parties de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat sanctionné. D'un côté, les effets que le contrat irrégulier a pu produire sont anéantis, pour le passé comme pour l'avenir. En conséquence, les parties ne peuvent plus s'en prévaloir, que ce soit dans leurs rapports réciproques, notamment financiers, ou devant le juge. Si du contrat initial a découlé, par la suite, des mesures d'exécution ou la conclusion d'autres contrats, les uns comme les autres peuvent se trouver également anéantis avec effet rétroactif, dans le cas où l'irrégularité du premier aurait contaminé les seconds. De l'autre, suivant la logique de la rétroactivité, l'annulation des effets du contrat poursuit, comme en matière d'actes unilatéraux, le rétablissement du *statu quo ante*. Par suite, les parties au contrat invalidé devront procéder à des restitutions, financières ou matérielles, de telle à remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient un instant avant la conclusion du contrat irrégulier. En d'autres termes, l'annulation juridictionnelle du contrat entraîne la liquidation du passé des rapports *inter partes*¹²⁸¹.

Eu égard aux conséquences radicales et parfois lourdes pour le patrimoine des cocontractants qu'entraîne la rétroactivité de l'annulation juridictionnelle du contrat, le juge administratif sera, le plus souvent, amené à privilégier une éventuelle indemnisation ou – ce qui est nouveau – la régularisation du contrat comme solution de droit commun de traitement des irrégularités du contrat¹²⁸². C'est ce qui fait que l'annulation, au même titre que la nullité voire même plus que jamais, ne constituera qu'une solution d'ultime recours, une *ultima ratio*¹²⁸³.

¹²⁸⁰ Sur cette question, voir E. GLASER, concl. préc., pp. 143-144 ; C. GUETTIER, « L'anéantissement du contrat administratif », *RDC*, 2008, n° 1, p. 81 ; V. HAÏM, « Fin des marchés publics », *J.-Cl. adm.*, fasc. 653, 2000, p. 9, n° 51 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 575, n° 547 ; F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », préc., p. 571 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 483, n° 803 ; L. THIBAUT, *Les effets de la nullité des contrats administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1955.

¹²⁸¹ Sur l'ensemble de ces points, voir p. 819, n° 1069.

¹²⁸² D. POUYAUD, thèse préc., p. 488, n° 811. Voir également, CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹²⁸³ Suivant l'heureuse formule de D. POUYAUD, *op. cit.*, p. 363, n° 542.

3°) L'annulation du jugement administratif par la juridiction supérieure

356. Saisies en appel ou en cassation, les juridictions supérieures disposent d'un pouvoir d'annulation à l'encontre des jugements irrégulièrement prononcés par les juges du premier ou du second degré. En tant que juges d'appel, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État sont saisis de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel. Non seulement doivent-ils s'assurer du respect des règles de compétence et de procédure par le jugement de premier ressort, mais encore sont-ils saisis, quant au fond du litige, de toutes les conclusions présentées par les parties en première instance. Hormis les cas dans lesquels le juge d'appel fait usage de son pouvoir de réformation, l'irrégularité du premier jugement sur le fond ou la forme entraîne son annulation rétroactive. Le plus souvent, cette annulation n'est pas pure et simple. Elle constitue le préalable à l'exercice par le juge d'appel de son pouvoir d'évocation ou au renvoi devant les juges du premier degré¹²⁸⁴. En tout état de cause, l'annulation pure et simple, c'est-à-dire sans renvoi ou évocation, prononcée par le juge d'appel ne peut être prononcée que dans les rares cas où elle met, à elle seule, entièrement fin au litige.

En tant que juge de cassation, le Conseil d'État se limite à contrôler la régularité externe du jugement et l'application qui a été faite de la règle de droit par les juges du fond. Pour le reste, la mise en œuvre du pouvoir d'annulation par le juge de cassation se rapproche de ce qui existe en matière d'appel. Le juge de cassation pourra annuler rétroactivement le jugement irrégulier avant de renvoyer aux juges du fond ou de régler lui-même l'affaire au fond, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du CJA. Ce n'est que lorsqu'elle clôt définitivement le litige que l'annulation du jugement irrégulier par le juge de cassation sera pure et simple¹²⁸⁵.

357. Comme tout jugement d'annulation, le jugement invalidant un autre jugement emporte l'anéantissement rétroactif des effets de l'acte sanctionné. Selon la formule consacrée, le jugement annulé est réputé n'être jamais intervenu. Tous les effets que ce dernier a pu avoir sur le litige et, plus largement, sur l'ordonnancement juridique sont anéantis. À l'intérieur de la sphère contentieuse, la disparition rétroactive du jugement irrégulier fait « revivre » automatiquement l'instance¹²⁸⁶. Le litige doit être considéré comme n'ayant jamais été réglé par la juridiction dont la décision a été annulée. Le juge antérieurement compétent se retrouve à nouveau saisi, de plein droit, du litige, sauf bien entendu dans les rares cas où une annulation pure et simple est prononcée¹²⁸⁷. L'annihilation rétroactive du premier jugement signifie également que le juge pourra librement rejuger l'affaire, de même que les

¹²⁸⁴ Sur le premier point, cf., plus bas, p. 288, n° 374 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 579, n° 1490. Sur le second point, voir R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 668. Cf., par ex., CE, Sect., 12 juin 1959, *Ministre de la Santé publique c/ Pratt-Flottes*, Rec., p. 362 ; 2 octobre 1964, *Ministre de la Construction c/ Dame Girard*, req. n° 56.287, Rec., p. 442.

¹²⁸⁵ Sur ces différents points, cf. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 619, n° 1437 et p. 623, n° 1442 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1310, n° 1453 ; É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 578 ; C. LASRY, concl. sur CE, 23 mars 1956, *Louis*, Rec., p. 136, D., 1957, J., p. 149 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 643 ; B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 534, n° 464. Voir également, J.-P. CHAUDET, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 74, 1967, p. 311, n° 476 ; D. JACQUEMART, *Le Conseil d'État juge de cassation*, Paris, LGDJ, 1957 ; J. MASSOT, O. FOUQUET, J.-H. STAHL et M. GUYOMAR, *Le Conseil d'État juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, 5^e éd., 2000. Pour des ex. d'annulation pure et simple par le juge de cassation, cf. CE, Sect., 19 mars 1948, *Alhérیتیère*, Rec., p. 135 ; 1^{er} juin 1949, *Le Bris*, Rec., p. 259 ; 29 janvier 1954, *Sparfel*, Rec., p. 69 ; Sect., 7 décembre 1956, *Dame Delecluse-Dufresne*, Rec., p. 468 ; 17 octobre 1962, *Bertonneau*, req. n° 57.342, Rec., T., p. 1086 ; Sect., 9 février 1979, *Godard*, req. n° 04.430, Rec., p. 51 ; 16 octobre 1985, *Payet*, req. n° 53.161, Rec., T., p. 748.

¹²⁸⁶ CE, Ass., 18 février 1949, *Fauchon*, Rec., p. 82 ; 23 octobre 1957, *de Grand Maison*, Rec., T., p. 1005 ; 30 octobre 1957, *Ministre de la Reconstruction et du Logement c/ Entreprise Darnat*, Rec., p. 570 ; 20 février 1960, *SARL Entreprise Collignon et Ministre de la Reconstruction et du Logement c/ Entreprise Collignon*, req. n° 28.356 et 32.454, Rec., p. 148.

¹²⁸⁷ C'est-à-dire en l'absence de renvoi ou d'évocation de l'affaire par le juge d'appel ou le juge de cassation.

parties pourront renouveler leurs prétentions¹²⁸⁸. Selon les cas, l'instance recommence ou reprend comme si le jugement irrégulier n'avait jamais été rendu. Par exemple, l'annulation par le juge de cassation d'un jugement d'appel infirmant la décision des juges de première instance fait revivre rétroactivement ce dernier, si bien que le juge d'appel s'en trouve à nouveau saisi¹²⁸⁹. Toutefois, la logique de la rétroactivité fléchit parfois devant la réalité de la censure intervenue antérieurement à la résurrection de l'instance. Ainsi, la juridiction qui sera à nouveau saisie du litige devra respecter la chose jugée par le jugement d'annulation, comme c'est le cas en matière de cassation avec renvoi¹²⁹⁰.

358. Les conséquences de l'annulation d'un jugement irrégulier ne se limitent pas à la sphère contentieuse, mais affectent également le passé de l'ordonnancement juridique. Selon la solution donnée au litige par le jugement entaché d'irrégularité, la rétroactivité de l'annulation en appel ou en cassation aura une portée différente. Trois hypothèses peuvent être successivement envisagées. Dans le premier cas, le jugement d'annulation rendu par la juridiction supérieure fait suite à un arrêt de rejet en premier ressort ou à un arrêt d'appel confirmatif d'une première annulation. Il produit alors les mêmes effets sur la décision contestée qu'un arrêt initial d'annulation. La décision irrégulière, ainsi que toutes les conséquences qu'elle a pu produire au cours de la période intermédiaire, doivent être supprimées et le droit immédiatement antérieur à son intervention sera éventuellement remis en vigueur¹²⁹¹. En raison du caractère non suspensif des voies de recours, la circonstance que l'instance reprendra éventuellement devant une autre juridiction n'a aucune influence sur l'obligation d'exécuter la chose jugée¹²⁹². De même, l'écart temporel séparant le début du procès de la décision de la juridiction supérieure est entièrement recouvert par l'effet rétroactif de l'annulation prononcée ultérieurement en appel ou finalement en cassation. L'autorité administrative devra remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient antérieurement à l'édition de la décision irrégulière, indifféremment du moment où le jugement d'annulation est intervenu. Il faut néanmoins reconnaître que le laps de temps important séparant l'entrée en application de la décision irrégulière de son annulation contentieuse peut constituer un obstacle non négligeable à la *restitution in integrum*, celle-là ayant épuisé ses effets bien longtemps avant que celle-là soit prononcée¹²⁹³.

Dans la deuxième hypothèse, le jugement d'annulation de la juridiction supérieure confirme la sentence d'annulation précédemment rendue par la juridiction inférieure. Cette confirmation n'a, de fait, aucune incidence sur les effets que l'annulation initiale a entraînés sur l'ordonnancement juridique, si ce n'est que l'annihilation rétroactive de la décision irrégulière, ainsi que de ses effets, se trouve par là confortée. Il en va de même dans l'hypothèse plus complexe où une annulation est intervenue à chaque

¹²⁸⁸ Sur ces différents points, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1316, n° 1460 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 641. Pour des ex., en matière de cassation avec renvoi, cf. CE, 5 mars 1951, *Sieur X.*, Rec., p. 133 ; Sect., 9 octobre 1964, *Pioton*, req. n° 55.621, Rec., p. 458 ; 4 novembre 1987, *Tabau*, req. n° 85.835, Rec., T., p. 904.

¹²⁸⁹ Sur ce point, voir R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 643. Cf., par ex., CE, Sect., 27 avril 1962, *Ministre des Armées c/ Huguet*, req. n° 55.086, Rec., p. 282 ; Sect., 11 février 1972, *Crochette*, req. n° 76.799, Rec., p. 138, *RDP*, 1972, n° 4, p. 958, concl. G. GUILLAUME, *D.*, 1972, p. 426, note LE ROY, *JCP G*, 1973, II, 17363, note R. SAVATIER.

¹²⁹⁰ CE, 8 juillet 1904, *Botta*, Rec., p. 558, *GAJA* n° 13, *D.*, 1906, III, p. 33, concl. J. ROMIEU, *S.*, 1905, III, p. 81, note M. HAURIOU.

¹²⁹¹ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 824, n° 1077.

¹²⁹² L'obligation d'exécuter la chose jugée naît dès la notification du jugement (CE, 9 février 1955, *Commune de Joinville-le-Pont*, préc. ; Sect., 17 mars 1961, *Sieur Ducout c/ Commune du Mont-Dore*, préc. ; 26 octobre 1966, *Ministre de la Santé publique et de la Population c/ Dlle Fourtet*, préc. ; 16 octobre 1985, *Commune de la Garenne-Colombes*, préc.). Il n'en va autrement que si un sursis à exécution du jugement d'annulation a été obtenu (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1512, n° 1709 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 923) ou dans les cas exceptionnels où il est dérogé au principe de l'effet non suspensif des recours, comme par ex. dans le contentieux électoral (art. L. 223 et L. 250 du Code électoral ; sur les autres exceptions, cf. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1189, n° 1321). Sur le principe de l'effet non suspensif des voies de recours, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 576, n° 1485 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1187, n° 1320 ; B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 511, n° 440.

¹²⁹³ Voir, en ce sens, R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 642. Cf., par ex., CE, Sect., 17 mai 1968, *Andréi*, req. n° 66.522 Rec., p. 321.

étape du procès. L'annulation par le juge de cassation de l'arrêt de la cour administrative d'appel annulant lui-même un premier jugement d'annulation rendu par le tribunal administratif ne fait que confirmer l'annulation originelle.

Enfin, dans une dernière hypothèse, le jugement d'annulation de la juridiction supérieure succède à un premier jugement d'annulation rendu par la juridiction inférieure. Son effet sur le passé de l'ordonnancement juridique sera plus spectaculaire, puisque l'annulation sur annulation emporte la remise en vigueur rétroactive de la décision administrative litigieuse. Il convient, en effet, de rappeler que le jugement annulant une décision juridictionnelle, elle-même revêtue de l'autorité absolue de chose jugée, est doté d'une autorité équivalente et produit un effet *erga omnes*¹²⁹⁴. Du fait de la rétroactivité de l'annulation prononcée par le second jugement, le premier jugement d'annulation est réputé n'être jamais intervenu, si bien que la décision administrative concernée, dont la légalité se trouve par là confirmée, est remise en vigueur de plein droit et ce, à compter du jour même de sa propre entrée en vigueur. Elle doit être regardée comme n'ayant jamais cessé d'exister et de produire ses effets¹²⁹⁵.

Bien qu'elle obéisse à un régime particulier, la théorie de l'inexistence emporte, lorsqu'elle est mise en œuvre par le juge administratif, des conséquences identiques d'un point de vue temporel à celles d'une annulation juridictionnelle.

B/ L'inexistence de l'acte de droit public établie par le juge administratif

359. Comme le rappelait à juste titre M. Weil, « *la théorie de l'inexistence a toujours été l'une des plus obscures et des plus controversées du droit administratif* »¹²⁹⁶. Au sein de la théorie générale des nullités de l'acte de droit public, l'inexistence occupe une place particulière, dès lors qu'elle concerne les vices les plus graves susceptibles d'atteindre l'acte juridique dans sa validité¹²⁹⁷. Non seulement l'acte inexistant est entaché de nullité – c'est-à-dire qu'il n'a pu, à aucun moment, faire partie de l'ordonnancement juridique ou produire un quelconque effet –, mais il n'a, de surcroît, jamais relevé du champ du droit. Il est généralement distingué entre deux formes d'inexistence, selon qu'il a été établi qu'il manque à l'acte un élément essentiel à sa formation, de telle sorte que celui-ci doit être regardé

¹²⁹⁴ Cf., s'agissant des arrêts de cassation, CE, 30 septembre 2005, *Commune de Beausoleil*, req. n° 258.873, Rec., p. 410, concl. S. VERCLYTTE, *AJDA*, 2005, n° 44, p. 2450, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *BDCF*, 2005, n° 12, p. 64, *BJDU*, 2005, n° 6, p. 431 et *JCP*, 2005, II, 10175, concl. S. VERCLYTTE, *Gaz. Pal.*, 12 mars 2006, n° 71, p. 21, note J.-L. PISSALOUX, *JCP CTI*, 2005, n° 12, p. 22, note L. ERSTEIN.

¹²⁹⁵ L. DEREPAS, concl. sur CE, 21 juillet 2009, *Maïa*, req. n° 307.540, Rec., T., p. 983, *BJDU*, 2009, n° 5, p. 387, spéc. p. 388. Outre cette décision, relative à un acte réglementaire, cf. également, CE, 26 janvier 1979, *SCI "Le Maréchal"*, req. n° 05.746 et 05.747, Rec., T., p. 843 ; 30 septembre 2005, *Commune de Beausoleil*, préc. (acte non-réglementaire). Par ailleurs, la remise en vigueur rétroactive de la décision a pour conséquence de priver de tout effet les décisions intervenues à la suite de la première annulation (CE, 25 février 1998, *Mme Douce de la Salle*, préc.), lesquelles devront être rétroactivement retirées en exécution de la chose jugée par l'autorité compétente (CAA Paris, 25 juillet 1997, *Compagnie guadeloupéenne de transports scolaires et autres*, req. n° 95PA03535, Rec., T., p. 1018). Voir également, J. DEPPEZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, t. I, préc., p. 168.

¹²⁹⁶ P. WEIL, « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *D.*, 1958, chr., p. 49. Sur l'origine de la théorie, voir E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 497.

¹²⁹⁷ Y. ANDRÉ, *Le retrait des actes administratifs*, préc., p. 129. ; J.-M. AUBY, thèse préc., p. 273 ; S. BIAGINI-GIRARD, thèse préc., p. 297, n° 815 ; F. DONNAT et D. CASAS, chr. sous, CE, Sect., 29 novembre 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, req. n° 223.027, Rec., p. 396, *AJDA* 2003, n° 6, p. 276, spéc. p. 277 ; J. MOREAU, « Inexistence », *Rép. cont. adm.*, 2002, pp. 2-3, n° 8-29 ; P. WEIL, thèse préc., p. 139 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 263 ; M. WALINE, *op. cit.*, p. 410, n° 674.

comme n'ayant jamais été édicté, ou qu'il a été jugé que le vice dont il est entaché est d'une gravité telle qu'il est de nature à le priver de la qualité d'acte juridique¹²⁹⁸.

360. L'intérêt principal de la fiction véhiculée par la notion d'inexistence tient à son régime. Elle permet au juge de s'affranchir des contraintes procédurales pesant d'ordinaire sur son action, ce qui l'autorise à remettre en cause rétroactivement les effets d'un acte juridique, même devenu définitif. En revanche, l'inexistence ne présente pas de différence, d'un point de vue temporel, par rapport à l'annulation. Dans un cas comme dans l'autre l'acte sanctionné disparaît *ab initio* de l'ordonnement juridique. Le procédé de la fiction n'enlève rien à la réalité de la rétroactivité du jugement établissant l'inexistence de la décision administrative (1) ou de la décision de justice (2).

1°) L'inexistence de la décision administrative

361. Par son degré de gravité, l'inexistence se distingue d'autres formes de sanction de l'irrégularité de l'acte administratif, principalement la nullité et l'annulabilité. Dans le premier cas, l'acte est gravement vicié et jugé « déficient ». Pour cette raison, il n'a jamais pu entrer dans l'ordonnement juridique, et, par suite, développer un quelconque effet. Dans le second cas, l'acte annulable est affecté d'un vice plus bénin et considéré comme simplement « malade ». L'acte annulable est ainsi capable, malgré son irrégularité, d'entraîner des effets, mais ceux-ci restent précaires¹²⁹⁹.

Saisi d'un recours en déclaration d'inexistence, le juge ne se borne pas simplement à prononcer l'annulation de l'acte irrégulier, mais le déclare « nul et non avenue » ou « nul et de nul effet »¹³⁰⁰. Contrairement à l'annulation contentieuse, la déclaration d'inexistence n'emporte pas seulement l'anéantissement de l'acte irrégulier et de ses effets. Elle postule également qu'il n'a, à aucun moment, pu faire partie de l'ordonnement juridique, voire même de la sphère juridique. Si cette nuance a son importance, de même que la différence de nature existant entre les deux catégories de recours, elle s'avère sans conséquence sur les effets dans le temps attachés au prononcé du jugement d'inexistence. Quelles que soient les formules employées par le juge dans la déclaration d'inexistence ou les distinctions que l'on peut en tirer par rapport à une simple annulation contentieuse, il n'en reste pas moins que, dans un cas comme dans l'autre, l'acte est réputé n'être jamais intervenu. En conséquence de

¹²⁹⁸ R. ODENT, *op. ci.*, t. I, p. 761 ; P. WEIL, art. préc., p. 50. Dans les cas d'inexistence matérielle, l'acte est dépourvu de tout *instrumentum*, soit qu'il n'en existe aucune trace formelle (CE, Sect., 26 janvier 1951, *Galy*, Rec., p. 46, S., 1951, III, p. 52, concl. R. ODENT ; 9 mai 1990, *Commune de Lavaur c/ Lozar*, req. n° 72.384, Rec., p. 115, D., 1991, SC, p. 136, obs. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Quot. jur.*, 6 septembre 1990, n° 105, p. 3, note M.-C. ROUAULT), soit que cette trace existe, mais qu'elle ne correspond à aucune réalité (CE, 28 février 1986, *Commissaire de la République des Landes*, req. n° 62.206, Rec., p. 50, *GACA* n° 41, *AJDA*, 1986, n° 5, p. 326, note J. MOREAU, *RDP*, 1986, n° 5, p. 1468, note J.-M. AUBY, *RFDA*, 1987, p. 219, note J.-C. DOUENCE ; CAA Marseille, 6 décembre 2005, *Louis Lequette c/ Syndicat mixte pour l'aménagement de Pra Loup*, req. n° 02MA00476, *AJDA*, 2006, n° 22, p. 1220, concl. A. BONNET). Dans les cas d'inexistence juridique, l'acte inexistant a bien été adopté, mais il est « *insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration* » (CE, 13 juillet 1966, *Guignon*, req. n° 54.130, Rec., p. 476, D., 1966, J., p. 669, note F.-G. BERTRAND ; 11 mars 1998, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Auger*, req. n° 169.794, Rec., T., p. 676, *JCP G*, 1998, IV, 2378, obs. M.-C. ROUAULT) ou constitue une atteinte grave et flagrante aux attributions d'une autre autorité (CE, Ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard*, req. n° 26.188 et 26.325, Rec., p. 355, concl. F. GAZIER, *GAJA* n° 74, D., 1958, J., p. 152, note P. WEIL, *AJDA*, 1957, II, p. 273, chr. J. FOURNIER et G. BRAIBANT).

¹²⁹⁹ J. BOULOUIS, art. préc., p. 775 ; S. GAUDET, art. préc., p. 343 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 52, n° 51.

¹³⁰⁰ Outre les références déjà citées, comp. CE, 28 juillet 1911, *Gillot*, Rec., p. 887 ; Sect., 28 octobre 1932, *Lafitte et autres*, Rec., p. 882, S., 1933, III, p. 65, note A. MESTRE ; 26 octobre 2005, *Pinguet et autres*, req. n° 260.756, Rec., p. 442, *RFDA*, 2005, n° 6, p. 1231, note P. TERNEYRE et 2006, n° 2, p. 401, concl. Y. AGUILA et p. 405, note M. LASCOMBE et X. VANDENDRIESSCHE (décisions nulles et de nul effet) avec CE, 28 février 1947, *Megevand*, Rec., p. 85 ; 10 novembre 1999, *Préfet de la Drôme*, req. n° 126.382, Rec., T., p. 584 (décisions nulles et non avenues).

l'intervention du jugement d'inexistence, comme du jugement d'annulation, l'acte irrégulier, ainsi que ses effets, disparaissent rétroactivement de l'ordonnement juridique¹³⁰¹.

362. Comme on l'a vu précédemment à propos de la nullité, l'inexistence est susceptible de deux approches différentes, lesquelles ne sont pas sans incidence sur la portée dans le temps qu'il faut reconnaître au jugement la déclarant. Dans la théorie classique, l'inexistence constitue un *état* affectant l'acte juridique¹³⁰². L'acte inexistant étant affecté d'un vice rédhibitoire l'atteignant dans sa validité, il n'a jamais pu faire partie de l'ordonnement juridique et, par suite, n'a pu entraîner aucun effet de droit valable. L'acte inexistant est un *néant juridique* et de ce « non-être juridique »¹³⁰³, il n'a jamais pu rien en sortir. La situation qui en est découlée n'est, au mieux, que purement factuelle. Dans cette conception classique, l'inexistence est un *état préexistant* que le juge constate *a posteriori*. Parce que dans le cas de l'inexistence le vice est particulièrement flagrant et grave, cette intervention du juge est jugée comme étant superfétatoire¹³⁰⁴. Le jugement d'inexistence est purement *déclaratif*, en ce sens qu'il ne fait que constater un état naturel des choses qui a toujours existé. Dans cet ordre d'idées, la rétroactivité attachée à la déclaration d'inexistence ne fait rien d'autre que de mettre en adéquation l'ordre juridique avec ce qu'il a toujours été¹³⁰⁵.

Toutefois, on peut sérieusement douter que la déclaration d'inexistence donne lieu, ce faisant, à une véritable rétroactivité. La rétroactivité suppose, par définition, une modification du passé au présent. Or, si le jugement d'inexistence ne fait que jouer le rôle d'un *révélateur* de ce qui préexiste, sans rien changer à l'état du droit, il ne saurait produire, à proprement parler, aucun effet rétroactif. En effet, si l'acte déclaré inexistant n'a lui-même jamais produit valablement un quelconque effet, il faut logiquement en déduire qu'il n'a pas pu affecter le passé de l'ordonnement juridique. Il n'y a donc pas lieu de rétablir ce dernier dans son état initial, puisqu'il ne l'a, de fait, jamais quitté. En d'autres termes, ce n'est pas le jugement d'inexistence qui comporte un effet sur le passé, ce dernier se bornant à révéler ce qui a toujours existé, c'est l'acte inexistant qui n'a pu produire aucun effet valable¹³⁰⁶. Tout au plus peut-on regarder, à la suite de M. Eisenmann, la déclaration d'inexistence comme « *une sorte d'opération matérielle de nettoyage, de salubrité juridique, d'enlèvement d'un déchet de l'organisme juridique* »¹³⁰⁷.

363. À cette conception déclarative de l'inexistence qui fait du jugement la constatant guère plus qu'une opération matérielle et qui conduit à repousser l'idée de rétroactivité pour décrire ses effets, s'oppose une conception dans laquelle l'inexistence constitue une sanction prononcée *a posteriori* par le juge. L'inexistence n'est plus un état préexistant qui s'impose au juge, mais la sanction attachée à la

¹³⁰¹ Sur le premier point, voir J.-M. AUBY, thèse préc., pp. 307-308 ; G. JÈZE, art. préc., pp. 302-305 ; P. WEIL, *loc. cit.* ; F. WODIÉ, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *AJDA*, 1969, n° 2, p. 76, spéc. p. 77 et p. 85. Sur le second point, voir J.-M. AUBY, thèse préc., p. VI ; M. KELLERSHOHN, thèse préc., pp. 33-34 ; V. NADAN, « Quelques remarques sur l'utilité d'une modulation à l'envers : l'inexistence en question », *Dr. adm.*, 2010, n° 6, p. 13.

¹³⁰² Cf., plus haut, p. 272 et s., n° 351 et s. Pour un exposé critique de cette conception, voir, notamment, F. BLANCO, thèse préc., p. 197 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 75 et s. ; S. GAUDET, art. préc., p. 295 et s. ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 51, n° 49 ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 450, n° 463.

¹³⁰³ M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 5.

¹³⁰⁴ Dans cette logique, il n'y a donc pas lieu d'annuler ou de retirer ce qui n'a jamais existé juridiquement. De même, il ne saurait être question de déclarer recevables les recours exercés contre une chose qui n'existe pas. Voir, en ce sens, C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 99 ; S. GAUDET, art. préc., p. 331 ; G. JÈZE, art. préc., pp. 302-303 ; M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 14 ; P. WEIL, art. préc., p. 54.

¹³⁰⁵ L. ALCINDOR, thèse préc., p. 43.

¹³⁰⁶ Sur ce point, voir, plus haut, p. 272, n° 352. Cf., dans le même sens, J.-F. LAFAIX, thèse préc., pp. 67-68, n° 64.

¹³⁰⁷ C. EISENMANN, *loc. cit.*

découverte par lui d'un vice d'une particulière gravité affectant l'acte litigieux¹³⁰⁸. Pour s'en convaincre, il suffit de relever la difficulté extrême qu'il y aurait à traiter comme absolument inexistant un acte qui a concrètement donné lieu à des mesures d'exécution, tant juridiques que matérielles. Aussi longtemps que le vice entachant d'inexistence l'acte concerné n'a pas été « découvert », ce dernier a ainsi pu développer provisoirement des effets de droit, à plus forte raison si l'on tient compte de la présomption de validité dont bénéficient les décisions administratives exécutoires¹³⁰⁹. Même si l'acte inexistant ne constitue qu'une « apparence trompeuse », cette dernière a été suffisamment plausible pour laisser croire, un temps, que ce même acte contenait une norme valide et, qu'en tant que tel, il pouvait valablement produire des effets de droit. En d'autres termes, la réalité des effets engendrés au cours de la période intermédiaire par l'acte irrégulier prend le pas sur la fiction selon laquelle celui-ci n'a pu, à un quelconque moment, entraîner ceux-là. En témoigne la position parfois adoptée par le juge consistant à prononcer, dans certains cas, l'annulation ou la suspension des effets de l'acte, alors même qu'il venait d'en établir l'inexistence¹³¹⁰.

Au sein de cette approche de l'« inexistence-sanction »¹³¹¹, il ne saurait y avoir guère plus qu'une différence de degré entre celle-ci et d'autres catégories de sanctions de l'acte irrégulier. Tout au plus peut-on dire que sur l'échelle de ces sanctions, l'inexistence se situe à l'échelon le plus élevé. Dans le même ordre d'idées, il ne saurait y avoir de différence notable entre les effets d'une annulation contentieuse et ceux d'une déclaration d'inexistence. Du point de vue du rôle tenu par le jugement d'inexistence dans l'établissement de celle-ci, autant que dans sa portée dans le temps, celui-ci constitue une sorte particulière de jugement d'annulation¹³¹².

364. La conception moderne de l'inexistence qui vient d'être sommairement rappelée permet de rendre toute son utilité technique à la rétroactivité. Dès lors que l'inexistence est comprise comme la sanction d'une irrégularité particulièrement grave, le jugement qui la constate vise, non pas seulement à établir sa réalité, mais également et surtout à en redresser les conséquences. Dans cette perspective, il s'agit principalement d'anéantir au présent les effets de droit qu'a entraînés dans le passé l'acte déclaré inexistant. Il s'ensuit que la déclaration d'inexistence équivaut, dans ses effets *ratione temporis*, à l'annulation rétroactive de l'acte irrégulier. Ainsi, les effets de l'acte déclaré inexistant sont immédiatement et entièrement anéantis *ab initio*, de même que les actes pris sur fondement ou à sa suite, ainsi que leurs effets propres, disparaissent par voie de conséquence. L'inexistence de l'acte initial contamine irrémédiablement la validité des actes-conséquences, si bien qu'à l'instar du premier le juge déclare également les seconds « nuls et de nul effet », sans que puissent y faire obstacle les délais de recours ou le principe de respect des droits acquis¹³¹³. Bien plus que la rétroactivité de l'annulation

¹³⁰⁸ Outre les réf. citées à la note 1302, voir J.-M. AUBY, thèse préc., p. 332 ; S. BIAGINI-GIRARD, thèse préc., p. 38 et s., n° 70 et s. ; M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 14 ; V. NADAN, art. préc., pp. 14-15.

¹³⁰⁹ Pour un même constat, voir M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 27.

¹³¹⁰ Sur le choix par le juge de prononcer une annulation pour excès de pouvoir, plutôt qu'une déclaration d'inexistence, voir P. WEIL, art. préc., p. 53. Pour un même constat, cf. L. ALCINDOR, thèse préc., p. 43 ; A. MESTRE, note sous CE, Sect., 28 octobre 1932, *Lafitte et autres*, préc., S., 1933, III, p. 67 ; J. de SOTO, thèse préc., pp. 60, n° 80-V. Cf., par ex., CE, 10 janvier 1908, *Legouez*, Rec., p. 9 ; 22 janvier 1954, *Pacha*, Rec., p. 46. Sur la possibilité de suspendre les effets d'un acte inexistant, voir CE, 29 juillet 2002, *Scribe*, req. n° 240.966, Rec., T., p. 860, *AJDA*, 2002, n° 13, p. 930, note M.-C. de MONTECLER, *JCP CTI*, 2002, n° 12, p. 18, obs. T. CÉLÉRIER ; 26 janvier 2007, *Commune de Neuville-sur-Escaut*, req. n° 297.969, Rec., T., p. 1009, *JCP A*, 2007, n° 10-11, p. 16, note P. CAILLE.

¹³¹¹ M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 19.

¹³¹² Sur ces différents points, cf. C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 97 et s. ; M. KELLERSHOHN, thèse préc., pp. 10-12.

¹³¹³ J. MOREAU, fasc. préc., p. 4, n° 40. Pour des ex., voir CE, Ass., 15 mai 1981, *Maurice*, req. n° 33.041, Rec., p. 221, *AJDA*, 1982, n° 2, p. 86, concl. A. BACQUET, *D.*, 1982, J., p. 147, note BLONDEL et F. JULIEN-AFERRIÈRE ; Sect., 9 novembre 1990,

contentieuse, celle de la déclaration d'inexistence est comme une « coulée de lave qui renverse tout sur son passage »¹³¹⁴.

365. Si elle ne présente guère d'intérêt du point de vue de ses effets temporels, la théorie de l'inexistence conserve toute son utilité dans une perspective procédurale. Le jeu de la fiction consistant pour le juge à se placer en amont de tout acte l'autorise à s'affranchir des règles habituelles qui gouvernent son office¹³¹⁵. Ainsi, le recours en déclaration d'inexistence suit un régime plus favorable que celui applicable aux autres recours en annulation¹³¹⁶, dont le trait le plus original est l'absence de tout délai attaché à sa mise en jeu¹³¹⁷. Dans cette limite, la théorie de l'inexistence constitue un régime particulier de rétroactivité en tant qu'elle permet de renforcer, dans des cas tout à fait exceptionnels, le contrôle juridictionnel et ses conséquences sur des actes jugés particulièrement insupportables pour la légalité administrative. La théorie de l'inexistence répond à une même logique et emporte des conséquences identiques lorsqu'elle est utilisée pour remettre en cause rétroactivement une décision de justice.

2°) L'inexistence du jugement

366. Rapportée à la décision de justice, la théorie de l'inexistence concerne deux techniques juridictionnelles « extraordinaires »¹³¹⁸ que sont la procédure en règlement de juges et les voies de rétractation. On relèvera également que le Tribunal des conflits est également appelé à rendre des jugements déclarant l'inexistence d'un jugement, au terme de la procédure de conflit entre les deux ordres de juridiction¹³¹⁹. En contentieux administratif, l'emploi de la notion d'inexistence dans certaines circonstances particulières permet aux juridictions administratives de s'affranchir de nombreux obstacles procéduraux, dont le principal n'est autre que l'autorité de la chose jugée. Au terme de l'une ou l'autre de ces procédures atypiques, le jugement est déclaré « nul et non avenue » et disparaît rétroactivement de l'ordonnancement juridique, de même que les effets qu'il a jamais pu produire.

367. Le règlement de juges constitue une technique de résolution des conflits entre choses jugées permettant aux juridictions administratives supérieures de remettre rétroactivement en cause les effets d'un jugement passé en force de chose jugée. En vertu des « pouvoirs généraux dont [le Conseil d'État] est investi par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 »¹³²⁰ – ce dernier étant aujourd'hui repris en substance

Fléret, req. n° 78.012, Rec., p. 319, *Dr. adm.*, 1991, n° 9, *RFDA*, 1990, n° 6, p. 1104 ; 10 novembre 1999, *Préfet de la Drôme*, préc. Pour des ex. plus anciens, cf. F. WODIÉ, art. préc., p. 87.

¹³¹⁴ Expression utilisée par M. Weil à propos de la première, mais qui convient mieux à la seconde (P. WEIL, thèse préc. p. 89).

¹³¹⁵ P. WEIL, art. préc., p. 55. Cf., dans le même sens, R. Chapus, reprenant les propos du Doyen Vedel, pour qui : « la notion d'inexistence est [...] une notion fonctionnelle : une notion à laquelle le juge a recours quand il estime convenable ou nécessaire de lever certaines contraintes [...] et d'une façon générale de parvenir à certains résultats » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 1014, n° 1204).

¹³¹⁶ Voir, en ce sens, J.-M. AUBY, thèse préc., p. 285 et p. 287 ; R. CHAPUS, *loc. cit.* ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, pp. 100-101 et p. 135 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 575, n° 1228 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 765 ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 453, n° 465.

¹³¹⁷ CE, Ass., 8 novembre 1974, *Association des Administrateurs civils du ministère de la santé et du ministère d'État chargé des affaires sociales et autres*, préc. ; Sect., 4 juillet 1980, *Zemma*, req. n° 16.377, Rec., p. 299, concl. A. BACQUET ; Ass., 15 mai 1981, *Maurice*, préc. ; 8 décembre 1982, *Commune de Dompierre-sur-Besbre*, req. n° 33.596, Rec., T., p. 555 ; 28 février 1986, *Commissaire de la République des Landes*, préc. ; 9 mai 1990, *Commune de Lavaur c/ Lozar*, préc. ; 18 mars 1998, *Khellil*, req. n° 160.933, Rec., p. 91, *RFDA*, 1998, n° 3, p. 648.

¹³¹⁸ J. RIGAUD, concl. sur CE, Sect., 31 janvier 1969, *Gardarein*, req. n° 76.136, Rec., p. 55. Pour ce dernier, le règlement des juges constitue un « contentieux non euclidien qui échappe inévitablement aux règles les mieux établies » (J. RIGAUD, concl. préc., p. 61).

¹³¹⁹ Sur ce point, voir S. BIAGINI-GIRARD, thèse préc., p. 322 et s., n° 882 et s. ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, préc., p. 993 et s., n° 1184 et s.

¹³²⁰ On rappellera qu'il s'agit du texte qui réalise le passage de la justice retenue à la justice déléguée. Sur cette formulation jurisprudentielle, voir CE, Sect., 15 janvier 1932, *Sieur Rambaud*, Rec., p. 61 et, du même jour, *Dame veuve Reynès*, Rec., p. 866, *D.*,

à l'article L. 111-1 du CJA¹³²¹ –, les juges du Palais Royal peuvent déclarer « nul et non avenue » un jugement définitif, dans la mesure où il s'avère contraire à la chose jugée. Ce pouvoir exorbitant a été confié, dans un premier temps, au seul Conseil d'État, auquel il appartient, en sa qualité de Cour suprême, d'assurer la régulation de l'ordre juridictionnel administratif et, en particulier, de veiller au bon fonctionnement de la justice administrative¹³²². Bien que les rares cas d'application de cette technique atypique ont majoritairement relevé du Conseil d'État, toute juridiction administrative supérieure est compétente pour résoudre un conflit de choses jugées¹³²³. Au titre cette fois de la régulation des compétences entre les deux ordres de juridiction, une mission équivalente a été spécialement confiée au Tribunal des conflits par une loi de 1932¹³²⁴.

En effet, c'est la volonté d'éviter un déni de justice, lequel peut résulter de la coexistence de deux jugements contradictoires, qui justifie le recours à la théorie de l'inexistence dans les hypothèses évoquées¹³²⁵. Le jeu de la fiction de l'inexistence permet au juge, en se plaçant en amont de l'acte, de surmonter l'impossibilité de corriger le jugement qui est devenu définitif en dépit de son caractère *mal fondé*. Le régime particulièrement favorable offert par la théorie de l'inexistence autorise alors la juridiction administrative supérieure à contourner la rigidité de certaines règles contentieuses. La circonstance que les recours contentieux sont expirés, que l'annulation du jugement mal fondé n'a pas été demandée et que ce dernier est revêtu définitivement de l'autorité de la chose jugée ne font plus échec à sa remise en cause par la juridiction administrative supérieure. Cette dernière pourra se saisir d'office et sans conclusions des parties pour déclarer « nul et non avenue » le jugement mal fondé, après avoir établi l'existence d'une contrariété manifeste sur la compétence à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif ou d'une contrariété évidente au fond¹³²⁶. En d'autres termes, la flagrance de la contrariété fait regarder le jugement comme irrémédiablement mal fondé. Suivant la conception moderne de l'« inexistence-sanction », la gravité du vice dont est entaché le jugement commande l'anéantissement au présent des effets qu'il a pu entraîner pour le passé. De la même manière que précédemment, la déclaration d'inexistence du jugement produit un effet rétroactif de plein droit et

1932, III, p. 11 et S., 1932, III, p. 12, concl. ROUCHON-MAZERAT ; Sect., 3 avril 1936, *Sudre*, Rec., p. 452, D., 1936, III, p. 57, concl. P.-L. JOSSE et note M. WALINE ; 10 novembre 1999, *Société coopérative agricole de Briennon*, req. n° 208.119, Rec., p. 351, *JCP G*, 2000, IV, 501 ; 28 juillet 2000, *Consorts Demir*, req. n° 196.920, Rec., p. 357, *RFDA*, 2000, n° 5, p. 1157.

¹³²¹ Ces dispositions ne font, du reste, que reprendre celles de l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 citée plus haut.

¹³²² Outre les ex. déjà cités, cf., J. RIGAUD, concl. préc., p. 61 : « [cette technique extraordinaire] se justifie par des considérations impérieuses d'ordre public et trouve son fondement dans la mission générale de contrôle et de régulation dont [le Conseil d'État est investi] à l'égard des juridictions subordonnées ». Cf., dans le même sens, J.-H. STAHL, concl. sur CE, 10 novembre 1999, *Société coopérative agricole de Briennon*, préc., non publiées : « vous tirez ce pouvoir exceptionnel de la mission particulière qui est la vôtre pour ce qui a trait à l'organisation et au bon fonctionnement de la justice administrative ».

¹³²³ Cf. l'ex. des règlements de juges rendus par les cours administratives d'appel, CAA Nancy, 19 février 1991, *Époux Degezelle*, req. n° 89NC00841, Rec., p. 493 ; CAA Douai, Plén., 15 avril 2004, *Époux Lorent-Bailliez*, req. n° 03DA00759, *RFDA*, 2004, n° 4, p. 843, chr., O. YEZNIKIAN. De son côté, le Conseil d'État peut être amené à régler des conflits de chose jugée avec lui-même (CE, Ass., 11 mai 1959, *Miret*, Rec., p. 295, *AJ*, 1959, I, p. 114, chr. M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT, D., 1959, p. 397, note R. DRAGO, S., 1959, p. 146, concl. A. BERNARD). Sur ces différents points, voir S. BIAGINI-GIRARD, thèse préc., p. 319, n° 876 et p. 323, n° 883 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1100, n° 1212.

¹³²⁴ Cf. l'art. 1^{er} de la loi du 20 avril 1932, ouvrant un recours devant le tribunal des conflits contre les décisions définitives rendues par les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs lorsqu'elles présentent une contrariété aboutissant à un déni de justice (JORF du 22 avril 1932, p. 4330). Voir également, S. BIAGINI-GIRARD, thèse préc., pp. 322-323, n° 882-885 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 767, n° 979 3° ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 437, n° 948.

¹³²⁵ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1099, n° 1212.

¹³²⁶ Sur le premier cas, cf. CE, Sect., 14 octobre 1960, *Tisserand*, req. n° 46.052, Rec., p. 542, *AJDA*, 1960, I, p. 152, chr. M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT et II, p. 325 ; 18 octobre 1961, *Abada*, req. n° 50.380, Rec., p. 573 ; Sect., 26 février 1971, *Odinot*, req. n° 77.797, Rec., p. 170, *AJDA*, 1971, n° 5, p. 307 ; 23 avril 1975, *Debled*, req. n° 90.173, Rec., p. 257). Ce cas ne présente guère plus qu'un intérêt historique en raison de la mise en place d'un système de régulation des compétences à l'intérieur de la juridiction administrative (art. R. 351-1 et s. du CJA). Sur le second cas, voir CE, 14 mars 1986, *Consorts Lornet*, req. n° 53.176, Rec., p. 72 ; 12 février 1990, *Commune de Bain-de-Bretagne*, req. n° 60.282, Rec., p. 33, *Dr. adm.*, 1990, n° 185, *RFDA*, 1990, n° 2, p. 297 ; CAA Nancy, 19 février 1991, *Époux Degezelle*, préc.

équivalant, d'un point de vue temporel, à celui d'une annulation contentieuse. Par suite, les effets du jugement déclaré inexistant sont immédiatement et entièrement anéantis *ab initio*, de même que les actes pris pour son exécution. Il est remarquable de constater que le règlement de juges est insusceptible de donner lieu à une quelconque évocation ou réformation du jugement ainsi annulé par la juridiction administrative supérieure. Cette dernière doit obligatoirement renvoyer au juge compétent le soin de vider le litige¹³²⁷.

244. Lorsqu'il fait droit à un recours en révision, le Conseil d'État est également amené à faire jouer la théorie de l'inexistence. Le jugement qui a été rendu sur pièces fausses ou en violation du principe de l'égalité des armes ou du droit à un procès équitable, est déclaré « nul et non avenue »¹³²⁸. De la même façon, lorsque la juridiction compétente admet un recours en opposition ou en tierce opposition, elle déclare « nul et non avenue » le jugement qu'elle a précédemment rendu par défaut ou qui a porté atteinte aux droits des requérants¹³²⁹. Dans toutes ces hypothèses, le recours à la notion d'inexistence suit la même logique qu'en matière de règlement de juges. Celle-ci permet de lever les obstacles liés à l'écoulement des délais de recours et de surmonter l'autorité de la chose jugée en vue de faire disparaître rétroactivement de l'ordonnement juridique un jugement entaché d'une irrégularité grave ou particulièrement attentatoires aux droits des justiciables. Toutefois, contrairement à ce qui passe en matière de règlement de juges, la déclaration de la nullité du jugement intervenant sur recours en rétractation ne constitue, le plus souvent, qu'un préalable à l'exercice par le juge de son pouvoir de réformation. Au jugement déclaré « nul et non avenue » sera entièrement et rétroactivement substitué un nouveau jugement.

245. Conclusion du I. Le problème de la sanction juridictionnelle de l'irrégularité d'un acte de droit public ne reçoit pas une réponse unique en droit positif. Selon les cas, le juge tantôt prononce l'annulation, tantôt déclare nul ou inexistant l'acte vicié. Toutefois, le jugement se prononçant sur la validité d'un acte juridique présente une réelle unité du point de vue de ses effets dans le temps. Quelle que soit la théorie mise en œuvre et la terminologie employée, les effets de l'acte irrégulier sont rétroactivement anéantis, de telle manière à ce qu'il soit réputé comme n'ayant jamais été pris. La rétroactivité constitue donc l'instrument commun aux différentes sortes de sanction de l'irrégularité de l'acte de droit public. En tant qu'elle permet le retraitement au présent des conséquences produites dans le passé par l'acte sanctionné, la rétroactivité est la technique appropriée pour effacer toute trace de l'illégalité commise et réaliser ainsi l'apurement de l'ordonnement juridique.

¹³²⁷ CE, Sect., 14 octobre 1960, *Tisserand*, préc. ; 10 décembre 1969, *Bouriau*, req. n° 77.856, Rec., T., p. 936 ; Sect., 26 février 1971, *Odinot*, préc. ; 23 avril 1975, *Debled*, préc. ; 21 juin 1991, *Centre hospitalier d'Auxerre*, req. n° 112.069, Rec., T., p. 1163. Pour une critique, voir M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT, chr. sous CE, Sect., 14 octobre 1960, préc. ; J. RIGAUD, concl. préc., p. 55 Rec., p. 170. Voir également, S. BIAGINI-GIRARD, thèse préc., p. 321, n° 879.

¹³²⁸ Sur cette voie exceptionnelle de rétractation, cf., plus bas, p. 289, n° 376, ainsi que les ex. cités.

¹³²⁹ Pour des ex., CE, 6 mai 1949, *Vauzelle*, Rec., p. 204 ; 9 janvier 1959, *Ville de Nice*, Rec., p. 26 ; 7 avril 1995, *Mme Bernard*, req. n° 144.624, Rec., T., p. 1008, *Dr. adm.*, 1995, n° 5, p. 20, obs. R. SCHWARTZ (opposition) ; CE, 12 janvier 1977, *Commune de Langeais*, req. n° 99.493, Rec., p. 13 ; 7 décembre 1983, *Commune de Lauterbourg*, req. n° 28.300, Rec., p. 491 ; 24 juillet 1987, *Huguet*, req. n° 67.702, Rec., T., p. 682, *LPA*, 30 octobre 1987, p. 4, concl. O. FOUQUET ; 15 juin 1992, *Société Albion Développement et SCI des Hautes Roches*, req. n° 132.416, Rec., p. 235, *RFDA*, 1993, p. 773, *RDJ*, 1993, p. 884 ; 22 février 2002, *Société Albion Développement et SCI des Hautes Roches*, req. n° 190.696, Rec., p. 62, *BJDU*, 2002, n° 2, p. 139, concl. S. AUSTRY (tierce opposition). Il en va de même du jugement rendu en appel contre un jugement ayant rejeté ou fait droit à la demande de tierce opposition (pour des ex., cf. CE, Sect., 6 octobre 1961, *Fédération nationale des huileries métropolitaines moyennes et artisanales*, req. n° 41.587, Rec., p. 544 ; 28 mai 1971, *Époux Godet*, req. n° 75.621, Rec., p. 394 ; 19 novembre 1986, *Jugla*, req. n° 45.375 et 48.964, Rec., T., p. 680, *LPA*, 17 juillet 1987, p. 4, concl. E. GUILLAUME ; 5 décembre 2008, *Époux Albrecht*, req. n° 293.560, Rec., p. 446). Sur ces différents points, voir S. BIAGINI-GIRARD, thèse préc., p. 325 et s., n° 891 et s. ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1329 et s., n° 1473 et s. ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 994 et s.

Plutôt que d'annihiler l'acte vicié et ses effets, ce qui constitue une opération lourde et complexe, le juge dispose, dans certaines hypothèses, du pouvoir de redresser directement ou indirectement l'irrégularité commise. Quelle que soit sa forme, la consolidation de l'acte irrégulier est opérée de manière rétroactive par le juge.

II – LA CONFIRMATION JURIDICTIONNELLE

368. Au sens large, la confirmation recouvre toute opération visant à consolider un état du droit préexistant¹³³⁰. Rapportée à la mission juridictionnelle, elle consiste principalement pour le juge à *confirmer* un acte antérieur, c'est-à-dire à consolider les effets qu'il a produits dans le passé et, plus largement, de permettre que ceux-ci continuent de se développer dans l'avenir. Plusieurs techniques juridictionnelles réalisent la confirmation d'un acte antérieur, mais toutes ne sont pas le siège d'une rétroactivité. S'il est indéniable que le jugement en rectification des erreurs matérielles entachant un jugement antérieur et le jugement de réformation d'un autre jugement ou d'une décision administrative précédemment édictée donnent lieu à rétroactivité, il paraît douteux que les jugements de rejet, les techniques contentieuses de substitution utilisées par le juge de l'excès de pouvoir à cette occasion, ou même la régularisation des requêtes réalisée devant lui produisent un tel effet.

369. On pourrait estimer que tout jugement rejetant la prétention d'irrégularité présentée à l'encontre d'un acte juridique emporte confirmation de la légalité de ce dernier, ainsi que des effets qu'il a entraînés pour le passé¹³³¹. Néanmoins, ce serait donner une portée excessive au jugement de rejet. Ce dernier n'affecte, en réalité, aucunement le contenu de l'acte validé, non plus que l'application que ce dernier a pu connaître auparavant. L'incidence sur le passé de l'ordonnancement juridique du jugement de rejet apparaît donc hautement improbable.

370. La même interrogation peut être posée, en lien avec les effets du jugement de rejet, à l'égard des différentes techniques auxquelles recourt le juge de l'excès de pouvoir, à cette occasion, pour corriger la légalité de la décision attaquée. *A priori*, le pouvoir d'agir sur les motifs et le fondement juridique de l'acte litigieux débouche sur la confirmation de sa légalité. On serait alors tenté d'en déduire que la substitution de motifs ou de base légale est opérée de manière rétroactive par le juge de l'excès de pouvoir. De la même manière que précédemment, ces divers techniques contentieuses permettant d'assurer le maintien dans l'ordonnancement juridique d'un acte menacé d'annulation contentieuse n'ont, en réalité, aucune incidence sur son dispositif et, partant, sur ses effets. De surcroît, l'acte ayant été *ab initio* justifié dans son principe, le juge ne fait que rétablir le fondement ou le motif correct et adapté dont cet acte disposait dès le départ¹³³². Il en va de même, et à plus forte raison, de la technique de neutralisation des motifs par laquelle le juge ne fait que mettre à l'écart un vice entachant l'acte. L'illégalité ne sera ici tout bonnement pas sanctionnée. Dans l'ensemble de ces hypothèses, la réfection de l'acte administratif opérée par le juge a une finalité principalement contentieuse. L'absence de sanction d'une illégalité par le juge n'emporte pas pour autant sa confirmation rétroactive.

¹³³⁰ Sur ce point, cf., plus haut, p. 94, n° 136.

¹³³¹ Sur cette question, voir, notamment, F. BLANCO, thèse préc., p. 254 et s., spéc. p. 256.

¹³³² Sur ces différents points, voir D. BAILLEUL, thèse préc., p. 288, n° 275 ; B. BALDOUS, thèse préc., p. 255, n° 189 ; F. BLANCO, thèse préc., p. 308 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1005, n° 1124 ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 283 ; B. SEILLER, « L'illégalité sans annulation », *AJDA*, 2004, n° 18, p. 963. Pour une position contraire et favorable à l'acceptation de la rétroactivité de ces procédés, voir J.-J. ISRAEL, thèse préc., p. 124.

371. C'est une autre raison qui conduit à écarter la question de la rétroactivité du mécanisme procédural que constitue la régularisation des requêtes opérées devant le juge administratif. Par dérogation à la règle selon laquelle la régularité d'une requête s'apprécie au jour de son introduction, le juge peut inviter le requérant à régulariser sa requête, si celle-ci ne satisfait pas à toutes les exigences légales. Postérieurement au dépôt de son recours, le requérant peut corriger les vices entachant l'acte introductif d'instance¹³³³, de telle manière à faire « faire perdurer les effets d'une requête pourtant introduite, à l'origine, de manière irrégulière et de permettre au requérant de voir examiner ses prétentions au fond »¹³³⁴. Selon certains auteurs, « la régularisation entraîne la validation rétroactive de l'acte de procédure. Le vice qui l'affectait se trouve effacé, comme s'il n'avait jamais existé »¹³³⁵. Outre le fait que la régularisation n'est pas réalisée par le juge lui-même, mais par les parties, on peut sérieusement douter que cette opération produise un effet rétroactif. En effet, la régularisation s'insère dans un processus, l'instance, qui s'inscrit dans la durée¹³³⁶. Or, au moment où la régularisation de la requête est opérée, l'instance est encore « en cours », si bien qu'elle produit un effet immédiat et non un effet rétroactif. La nature durable de la situation juridique en cause s'y oppose. Si les délais les permettent, le temps de la procédure est suspendu par le juge, dans l'attente que la situation du requérant soit régularisée¹³³⁷.

372. En revanche, l'exercice par le juge administratif du pouvoir de réformation qu'il détient en sa qualité de juge d'appel et de juge de plein contentieux débouche sur la consolidation rétroactive du fond de l'acte réformé, ainsi que de ses effets (A). Il en va de même, quoique dans une moindre mesure, lorsqu'il procède à la rectification d'une erreur matérielle entachant un jugement précédent, dès lors que cette technique est progressivement devenue un véritable moyen de réformer rétroactivement un jugement devenu définitif (B).

¹³³³ En droit processuel, le procès commence par un acte introductif d'instance (J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 35, n° 31 ; H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Paris, Bière, 1956, réimpr. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, p. 167). Voir, dans le même sens, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 373, n° 450 ; P. FOMBEUR, « Requête », *Rép. cont. adm.*, 2007, p. 1, n° 1 ; F. JACQUELOT, « Droit au recours juridictionnel et régularisation des requêtes en contentieux administratif », *RRJ*, 2006, n° 1, p. 213, note 2. Sur la règle de l'appréciation de la légalité de la requête au jour de son dépôt, voir CE, 22 mars 1944, *Sieur Layec*, Rec., p. 97 ; 5 octobre 1977, *Secrétaire d'État à la Culture et Société Elido World Company*, req. n° 01.501 et 01.510, Rec., T., p. 686, *AJDA*, 1978, n° 2, p. 106. Sur ce cette question, voir P. FOMBEUR, fasc. préc., p. 12, n° 61 ; J.-J. ISRAËL, thèse préc., p. 145 ; R. ODENT, « Le destin des fins de non-recevoir », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à M. WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 653 ; J. PETIT, thèse préc., p. 341, n° 710 et p. 471, n° 960.

¹³³⁴ F. JACQUELOT, art. préc., p. 214.

¹³³⁵ J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 171, n° 204. Cf., dans le même sens, D. CHABANOL, « La régularisation des requêtes devant le juge administratif », *AJDA*, 1993, n° 5, p. 331, spéc. p. 333 ; J.-P. PIETRI, « La régularisation des requêtes devant le juge administratif », in *Gouverner, administrer, juger, 'Liber amicorum' J. WALINE*, Paris, Dalloz, 2002, p. 695, spéc. p. 708. En son temps, L. Aucoc évoquait déjà cette idée de confirmer la nullité d'une requête (L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, Paris, Dunod, 3^e éd., 1885, p. 775). Pour un ex., cf. CE, 21 février 1964, *Goudal*, req. n° 5.954, Rec., T. décenn., 1955-1964, t. V, p. 584.

¹³³⁶ L'instance se déclenche par la saisine du juge et s'achève avec le rendu du jugement.

¹³³⁷ Sur cette idée, voir P. FOMBEUR, fasc. préc., p. 12, n° 65. Du reste, la notion de régularisation peut tout à fait se concevoir sans recourir à l'idée de la rétroactivité (cf., sur ce point, plus haut, p. 205, n° 270). Sur l'analyse structurale des règles de droit applicables au procès, voir J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, pp. 50-51, n° 46. Pour admettre la rétroactivité de la mesure de régularisation d'une requête, il faudrait d'abord reconnaître que l'acte introductif d'instance, acte de procédure, constitue un acte juridique à part entière, dont les conditions de légalité de fond et de forme devraient, par suite, être appréciées au jour de son édicton par le requérant. La situation de ce dernier serait alors réputée constituée à cette date et l'acte de régularisation modifiant *a posteriori* l'acte initial revêtirait bien un caractère rétroactif (Pour une analyse allant dans ce sens, cf. L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, Paris, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, t. 20, 2009, spéc. p. 253, n° 207). Sur la question de la nature juridique de la requête, voir A. CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009, spéc. pp. 191-192, ainsi que les références citées. Pour ce dernier, « La requête est simplement l'acte de procédure qui porte le recours à la connaissance du juge ».

A/ La réformation juridictionnelle

373. La réformation consiste en la révision par une autorité du fond d'un acte juridique édicté par une autre autorité, soit en vue d'en modifier le contenu, soit en vue de lui substituer un acte nouveau. Le juge dispose alors de la faculté de consolider dans son ensemble la situation juridique soumise à son appréciation, soit en rendant conforme aux règles de droit en vigueur l'acte qui en est le support, soit en remplaçant cet acte par les mesures propres à assurer le respect de la légalité administrative. Ce pouvoir se manifeste doublement dans l'activité du juge, selon qu'il porte sur des jugements précédemment rendus (1) ou sur des décisions administratives antérieurement édictées (2). Dans un cas comme dans l'autre, le pouvoir de réformation entraîne, dans son double versant, l'intervention rétroactive du juge administratif.

1°) La réformation rétroactive des jugements

374. Le pouvoir de réformation est, tout d'abord, une prérogative reconnue au juge d'appel, en vertu de laquelle ce dernier peut modifier tout ou partie du jugement rendu par le juge de première instance. Il est la conséquence de l'effet dévolutif de l'appel. Le litige de première instance est entièrement rejugé, ce qui peut amener le juge d'appel à réformer totalement ou partiellement le jugement entrepris. Ce faisant, le juge d'appel modifie directement le contenu du jugement rendu en première instance, de manière à assurer le règlement complet et définitif du litige¹³³⁸. Dès lors qu'il ne s'agit pas de remplacer le jugement antérieur, mais de le corriger directement, il faut considérer que c'est toujours celui-là qui gouvernera, par ses effets, la situation litigieuse et non le jugement qui le réforme. Cela signifie que les effets de la réformation viennent se fondre dans ceux du jugement initial. En d'autres termes, l'arrêt réformé est réputé avoir existé dans son contenu modifié dès la date à laquelle il a été rendu. C'est donc ce même jugement de première instance qui, dans sa version réformée, s'appliquera aux faits ou actes litigieux, sans que cela ait une quelconque incidence sur la date à laquelle il a pris effet. Les conséquences nouvelles qui devront être tirées du jugement initial par suite de sa réformation devront l'être à compter de son prononcé, comme si celles-là avaient toujours été impliquées par celui-ci. De ce qui précède, il découle que le jugement de réformation produit un effet rétroactif au jour du rendu du jugement réformé.

À côté du pouvoir de modification d'un jugement régulièrement prononcé par la juridiction de première instance, le juge d'appel dispose, cette fois à l'égard du jugement irrégulier, d'un pouvoir d'évocation de l'affaire dont il a été saisi¹³³⁹. Dans un seul et même mouvement, le juge d'appel prononce l'annulation du jugement contesté devant lui pour ensuite statuer directement sur le fond du

¹³³⁸ Pour des ex., voir CE, 22 mars 1968, *Ville de Clermont-Ferrand c/ Époux Touzet*, req. n° 70.563, Rec., p. 202 ; 22 mai 1974, *Consorts Barral*, req. n° 87.088, Rec., T., p. 1124 ; 26 novembre 1976, *Houchard*, req. n° 91.671 ; 30 mars 1984, *Mme Wolff*, req. n° 34.786, Rec., T., p. 718 ; 25 octobre 1996, *Société d'économie mixte d'aménagement de Gennevilliers (SEMAG) et autre*, req. n° 137.361 et 137.362, Rec., T., p. 1105 ; 16 avril 2010, *Prymerski*, req. n° 325.262, Rec., p. 124.

¹³³⁹ Qu'il s'agisse de la cour administrative d'appel en cas d'appel du jugement de première instance (L. 321-1 du CJA) ou du Conseil d'État en cas de pourvoi en cassation (art. L. 821-2 du même code) ou également en cas d'appel devant lui (art. L. 321-2 du CJA).

litige¹³⁴⁰. Par l'effet de l'évocation, l'instance est réputée continuer devant le juge d'appel, ce qui explique que ce dernier puisse régler le litige de manière complète et définitive par une décision entièrement nouvelle, comme s'il était le juge primitif de l'affaire. En d'autres termes, le jugement rendu sur évocation se substitue purement et simplement au jugement annulé. Il s'ensuit que les effets du jugement de substitution recouvrent entièrement ceux précédemment produits par le jugement de première instance. Quels qu'ils aient été, les effets de ce dernier se trouvent remplacés rétroactivement par ceux découlant du jugement rendu après évocation. Cela ne signifie pas pour autant que leurs champs d'application dans le temps respectifs soient en tous points identiques¹³⁴¹. Il n'en ira ainsi que dans les cas de maintien du dispositif initial, l'effet du jugement irrégulier se trouvant *in fine* confirmé par le jugement rendu après évocation¹³⁴². S'il en allait autrement et que la substitution juridictionnelle ne valait que pour l'avenir, il en résulterait que le vide juridique laissé par l'annulation préalable du jugement de première instance ne serait pas comblé.

375. C'est un même raisonnement qui doit prévaloir dans le cadre des voies de rétractation de droit commun ouvertes aux parties n'ayant pas produit à l'instance. Les procédures de l'opposition et de la tierce opposition permettent d'obtenir devant la juridiction qui a statué la rétractation et, le cas échéant, la réformation d'un jugement ayant respectivement été rendu par défaut ou porté atteinte aux droits des requérants¹³⁴³. Tandis que l'opposition est assimilable à une voie de recours classique et ne peut être exercé que dans les délais de droit commun, la tierce opposition n'est, quant à elle, soumise à aucune condition de délai¹³⁴⁴ et apparaît, dans cette mesure, plus exorbitante. En effet, la tierce opposition pourra, dans certains cas, déboucher sur la remise en cause d'un jugement passé définitivement en force de chose jugée. Il en résulte que ce qui a été dit du pouvoir de réformation du juge d'appel est pleinement applicable à la procédure de l'opposition, tandis qu'il faut rapprocher la tierce opposition de la voie exceptionnelle de rétractation que constitue le recours en révision.

376. Dans le cadre du recours en révision, le Conseil d'État dispose, à l'instar du juge d'appel, d'un pouvoir de réformation rétroactive de jugements antérieurement rendus¹³⁴⁵. La sentence emporte, une fois rendue, le dessaisissement du juge, ce qui empêche ce dernier de revenir sur sa décision, notamment dans le cas où celle-ci aurait été rendue sur pièce fautive ou alors qu'une pièce décisive a été retenue par une partie ou encore alors qu'une exigence procédurale essentielle n'a pas été respectée par le juge¹³⁴⁶.

¹³⁴⁰ CE, Sect., 13 mai 1970, *Augeray*, req. n° 78.166, Rec., p. 334 et *RD*P, 1970, n° 4, p. 1047, concl. J. KAHN ; 6 novembre 1987, *Mme Ravey et Mme Messant* req. n° 47.690 et 47.691, Rec., T., p. 903 ; 13 octobre 1997, *Ministre de l'Agriculture et de la Forêt c/ Époux Ricoup*, req. n° 125.918, Rec., T., p. 1037.

¹³⁴¹ Cf. le cas d'une annulation contentieuse prononcée après évocation dont les effets débute à une date postérieure à celle du jugement d'annulation rendu en première instance, CE, 29 décembre 1997, *Ministre du Budget c/ Mme Mialon* req. n° 150.333, Rec., T., p. 1036.

¹³⁴² Il en va ainsi notamment lorsque le jugement rendu après évocation aboutit à confirmer l'annulation prononcée en première instance (cf., par ex., CE, 27 janvier 1995, *SCI du "Domaine de Tournon" et autres et Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 119.276 et 119.362, Rec., T., p. 1001).

¹³⁴³ Sur l'opposition, cf. art. R. 381-1 et s. du CJA. Sur la tierce opposition, art. R. 832-1 et s. du CJA. Ces voies de recours sont ouvertes même sans texte, dans la mesure où elles résultent des principes généraux de la procédure (cf., en matière d'opposition, CE, Sect., 12 octobre 1956, *Desseaux*, Rec., p. 364, *D.*, 1956, J., p. 736, note R. DRAGO, *RD*P, 1957, n° 1, p. 115, concl. C. LASRY). La tierce opposition est même rangée au nombre des « règles générales de procédure dont l'application ne peut être écartée que par une disposition législative expresse » (CE, 3 novembre 1972, *Dame de Talleyrand-Périgord*, req. n° 77.508, Rec., p. 707). Voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1329 et s., n° 1473 et s. ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 994 et s.

¹³⁴⁴ CE, Sect., 6 octobre 1961, *Fédération nationale des huileries métropolitaines moyennes et artisanales*, préc.

¹³⁴⁵ Art. R. 834-1 et s. du CJA. Cette voie de recours n'existe que si un texte l'a expressément prévue. Pour un historique, voir P.-A. VINCENT, « Le recours en révision devant le Conseil d'État », *RD*P, 1938, p. 423.

¹³⁴⁶ Sur ces différents points, voir CE, 25 juin 1958, *Société des automobiles Berliet*, Rec., p. 386, concl. A. BERNARD ; 11 janvier 1961, *David*, req. n° 44.104, Rec., p. 30 ; 31 octobre 1990, *Ville du Touquet-Paris-Plage c/ Époux Grégoire et autres*, req. n° 107.129, Rec., p. 307, *RD*P, 1991, p. 870, *RFDA*, 1990, n° 6, p. 1096 ; 25 novembre 1994, *Société "La Cinq"*, req. n° 110.810, Rec., p. 511, *Dr. adm.*, 1994, n° 12, p. 19, obs. S. D., *RFDA*, 1995, n° 1, p. 215. Voir, plus récemment, L. TOUZEAU, « De la révision...

Lorsque pareil incident affecte fâcheusement une décision rendue, en dernier ressort, par une juridiction souveraine, la rigueur du principe du dessaisissement est atténuée par la faculté ouverte au justiciable d'en demander la révision. En application d'un texte spécial, le recours en révision permet alors de « rétablir ce qu'aurait dû être le résultat du procès »¹³⁴⁷. Répondant à des conditions de recevabilité rigoureuses, le recours en révision s'exerce principalement à l'encontre d'une décision rendue par le Conseil d'État, juridiction suprême de l'ordre administratif. L'admission de la requête en révision amène ce dernier à déclarer « nulle et non avenue » la décision juridictionnelle contestée et à statuer à nouveau en fait et en droit sur la requête initiale. Le litige sera à nouveau réglé dans son entier, en tenant compte de l'élément nouveau soulevé par le requérant et/ou en respectant les règles qui avaient été méconnues par le premier jugement¹³⁴⁸. Dans la mesure où il s'agit de dire le droit tel qu'il aurait dû être, la décision que le Conseil d'État rendra sur recours en révision se substituera entièrement et rétroactivement, dans ses effets, à la décision révisée.

Ce qui vient d'être dit à propos du jugement de révision est pleinement transposable au jugement en tierce opposition. Saisie par une partie absente de l'instance initiale et dont les droits ont été lésés par le jugement qu'elle a antérieurement rendu, la juridiction compétente est alors en mesure de corriger l'erreur qu'elle a précédemment commise. Si la demande en tierce opposition s'avère fondée, le juge déclarera « nul et non avenu » le jugement initial et jugera à nouveau intégralement l'affaire. De la même manière que précédemment, le second jugement rétablit ce qui aurait dû être jugé par le premier et, dans cette mesure, les effets de celui-là recouvrent entièrement et rétroactivement ceux antérieurement produits par celui-ci¹³⁴⁹.

2°) La réformation rétroactive des décisions administratives

377. Le pouvoir de réformation est l'apanage du juge de pleine juridiction qui l'exerce directement et rétroactivement sur les décisions administratives contestées devant lui. Bien qu'il s'interdise une telle emprise sur la décision administrative, le juge de l'excès de pouvoir n'en exerce pas moins une forme de réformation indirecte par le biais de la technique des annulations partielles, ce qui aboutit à une modification rétroactive du contenu de l'acte soumis au contrôle de légalité.

378. Le pouvoir de réformation directe du juge de plein contentieux. Le juge de pleine juridiction dispose de prérogatives renforcées à l'égard des décisions administratives soumises à son contrôle. Là où le juge de l'excès de pouvoir ne dispose traditionnellement que d'un pouvoir d'annulation, qu'il peut néanmoins aménager et désormais moduler dans le temps, le juge de plein contentieux détient

du recours en révision », *Dr. adm.*, 2011, n° 7, p. 13 : l'auteur propose d'ajouter le fait nouveau aux cas d'ouverture du recours en révision déjà existants.

¹³⁴⁷ J.-C. BONICHOT, concl. sur CE, Sect., 5 avril 1996, *Treiber*, req. n° 93.234, Rec., p. 122, *LPA*, 14 juin 1996, p. 13.

¹³⁴⁸ CE, 16 janvier 1931, *Lanoë*, Rec., p. 72, *S.*, 1931, III, p. 33, note P. LAROQUE ; 11 janvier 1935, *Commune de Drusenheim*, Rec., p. 37 ; Sect., 5 décembre 1975, *Murawa*, req. n° 93.814, Rec., p. 634 ; Sect., 5 avril 1996, *Treiber*, préc., concl. J.-C. BONICHOT, préc., *GACA* n° 21, *Dr. adm.*, 1996, n° 7, p. 25, *EDCE*, 1997, n° 48, p. 138, *RFDA*, 1996, p. 618.

¹³⁴⁹ Outre le ex. déjà cités p. 285, note 1329, cf. CE, Sect., 8 juillet 1955, *Ville de Vichy*, Rec., p. 396 ; Sect., 18 octobre 1957, *Floch*, Rec., p. 542, *AJ*, 1957, I, p. 481, concl. GRÉVISSE ; Ass., 29 octobre 1965, *Dame Béry*, req. n° 60.211, Rec., p. 565, *D.*, 1966, p. 105, concl. J. RIGAUD, *RDP*, 1966, n° 1, p. 151, note M. WALINE ; Sect., 14 octobre 1966, *Dlle Boulanger*, req. n° 66.651, Rec., p. 547, *AJDA*, 1967, n° 1, p. 53, concl. Y. GALMOT ; 15 juin 1992, *Société du canal de Provence*, préc. ; 3 septembre 1999, *Ministre du Travail et des Affaires sociales c/ Mme Elhor*, req. n° 187.522 ; 22 février 2002, *Société Albion Développement et SCI des Hautes Roches*, préc. Pour des ex. de réformation en appel de jugements refusant la tierce opposition, cf. CE, 4 juin 1982, *Compagnie du Grand Delta Cofradel*, req. n° 23.947, Rec., p. 207 ; 10 mai 1985, *Chambre de commerce et d'industrie d'Annecy*, req. n° 50.188, Rec., T., p. 659 ; 19 novembre 1986, *Jugla*, préc.

également un pouvoir de réformation de la décision administrative. En vertu de ce pouvoir, le juge peut modifier le contenu de celle-ci ou substituer sa propre décision à celle antérieurement prise par l'autorité administrative. Dans les deux cas, la légalité administrative se trouve ainsi directement et rétroactivement redressée par la voie juridictionnelle.

Bien qu'étroitement apparentés, ces deux attributs naturels du juge de pleine juridiction sont souvent mal dissociés¹³⁵⁰. Il est pourtant possible de les distinguer, dès lors qu'ils correspondent à deux opérations intellectuelles différentes. La réformation se présente comme une « *alternative à l'annulation pure et simple [...] elle conserve l'acte et en évite l'annulation, tout en le rectifiant pour certaines de ses dispositions* »¹³⁵¹. En d'autres termes, la réformation se rapproche d'une régularisation de l'acte par le juge. De son côté, la substitution intervient, quant à elle, une fois l'annulation de l'acte initial prononcée¹³⁵². Elle consiste alors pour le juge, faisant acte d'administrateur, à remplacer purement et simplement la décision annulée par sa propre décision¹³⁵³. Certains auteurs ont tenté d'affiner cette distinction en s'attachant à délimiter, avec davantage de précision, le domaine respectif de la substitution et de la réformation *stricto sensu*. Cette délimitation repose à la fois sur la nature de l'acte soumis au contrôle et sur les pouvoirs mis en œuvre. D'un côté, la substitution se limiterait aux cas dans lesquels une carence ou une décision négative de l'Administration est sanctionnée, le juge adoptant une décision positive à la suite du prononcé de l'annulation. De l'autre, la réformation n'interviendrait qu'à l'égard des décisions positives qui, tout en étant contestables dans leurs modalités, sont justifiées dans leur principe, le juge se bornant alors à rectifier directement son contenu¹³⁵⁴. Ainsi, la délivrance par le juge d'une autorisation d'exploitation d'une installation classée à la suite de l'annulation du refus illégalement opposé par le préfet relève du pouvoir de substitution, tandis que la modulation d'une sanction prononcée par l'autorité administrative ou la rectification du montant de l'impôt ou d'une pension par le juge se rattache davantage au pouvoir de réformation.

On ne saurait cependant conférer une portée complètement décisive à cette classification et ce, pour deux raisons. D'abord, le juge lui-même n'opère pas, en pratique, une séparation tranchée entre les deux techniques. Ce dernier les utilise concurremment, sans que l'on puisse toujours distinguer nettement l'une de l'autre¹³⁵⁵. C'est dire que si l'on prend en considération – et c'est là la seconde raison – l'ampleur de la modification juridictionnelle sur l'acte qui en est l'objet, il faut bien admettre qu'il n'existe pas une différence de nature entre le pouvoir de réformation *stricto sensu* et celui de substitution, mais une simple différence de degré¹³⁵⁶. De la rectification du contenu d'un acte existant, dans tous ses éléments, à l'édiction d'une décision entièrement nouvelle, il y a un pas qui est franchi par

¹³⁵⁰ Voir D. BAILLEUL, thèse préc., p. 267, n° 259 ; M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 143.

¹³⁵¹ Y. GAUDEMET, « Le pouvoir de réformation de la cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du conseil de la concurrence », *JCP G*, 1999, I, 188, p. 2242. Cf., dans le même sens, B. BALDOUS, thèse préc., pp. 256-257, n° 191.

¹³⁵² B. BALDOUS, thèse préc., p. 226, n° 169. Pour une position contraire, voir R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 1011.

¹³⁵³ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 233, n° 259. Pour un exposé critique, Y. GAUDEMET, *loc. cit.*

¹³⁵⁴ Sur ces différents points, voir F. BLANCO, thèse préc., pp. 136-137 ; J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, I, p. 67, spéc. p. 68 ; Y. GAUDEMET, *eod. loc.* ; C.-H. VIGNES, « Le pouvoir de substitution », *RDP*, 1960, n° 4, p. 753. Pour un ex. de substitution, voir CE, Ass. 26 juin 1992, *Mme Lepage-Huglo et autres*, req. n° 137.345, Rec., p. 246, concl. G. LE CHATELIER, *AJDA*, 1992, p. 649, chr. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ. Pour un ex. de réformation, voir CE, 25 novembre 1994, *Société "La Cinq"*, préc.

¹³⁵⁵ En témoignant les différentes analyses dont ont pu faire l'objet les pouvoirs du juge de l'élection de rectifier les résultats du scrutin et de proclamer, le cas échéant, le nom des candidats élus (cf., par ex., CE, Ass., 13 janvier 1967, *Élections municipales d'Aix-en-Provence*, req. n° 67.617, 67.619 et 67.697, Rec., p. 16, *AJDA*, 1967, n° 4, p. 226, concl. A. DUTHEILLET DE LAMOTHE). Certains auteurs estiment que ces derniers relèvent du pouvoir de réformation (B. MALIGNER, « Des conditions d'exercice du pouvoir de réformation du juge de l'élection », in *Droit administratif, Mélanges R. CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 397), tandis que d'autres les rattachent au pouvoir de substitution (F. BLANCO, thèse préc., p. 137 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1000, n° 1119 1°).

¹³⁵⁶ Y. GAUDEMET, art. préc., p. 2243. Cf., dans le même sens, H. LEPETIT-COLLIN, thèse préc., p. 412, n° 545.

le juge de manière presque imperceptible. Les conséquences d'une réformation totale de l'acte ou de son remplacement par une décision nouvelle apparaissent même en tous points identiques. De ce point de vue, on peut estimer que le pouvoir de réformation se trouve absorbé par le pouvoir de substitution¹³⁵⁷.

379. La proximité des deux formes de réformation juridictionnelle se retrouve également lorsqu'est abordée la question de leur effet dans le temps. Quelle que soit son ampleur, la modification de l'acte opérée *a posteriori* par le juge de pleine juridiction comporte un effet rétroactif au jour de l'édition de la décision contestée. Cependant, il faut constater que la doctrine comme la jurisprudence ne se sont pas prononcées nettement en faveur d'une telle solution. Du côté du juge, il est vrai que, contrairement à ce qui se passe en excès de pouvoir, ce dernier est appelé, en tant que juge de pleine juridiction, à statuer moins sur la légalité d'un acte en tant que tel, que sur celle d'une situation juridique prise dans son ensemble. Il s'ensuit que la réformation juridictionnelle porte, en premier lieu, sur la situation juridique illégalement créée, l'acte qui en constitue le support passant alors au second plan¹³⁵⁸. En d'autres termes, c'est avant tout la légalité de la situation, dans sa globalité, qui est redressée par le juge. Or, cette opération peut fort bien se concevoir sans recourir nécessairement à la notion de rétroactivité¹³⁵⁹. De son côté, la doctrine s'est principalement interrogée sur l'étendue des pouvoirs du juge de pleine juridiction au regard de l'interdiction qui lui est faite de se comporter en administrateur¹³⁶⁰, sans se préoccuper de l'aspect temporel de la question. Les quelques rares auteurs qui ont envisagé cet aspect ont tranché en faveur de la solution de rétroactivité sans justifier ou expliciter leur position¹³⁶¹. Or, suivant la conception qui est retenue du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, celui-ci est susceptible d'exercer une influence sur l'étendue des pouvoirs du juge, et notamment sur leur portée dans le temps.

En vertu de ce principe, le juge ne peut entreprendre sur l'administration active. En particulier, il n'appartient pas au premier d'exercer au lieu et place de la seconde, les compétences qui sont les siennes¹³⁶². Notamment, le juge ne peut édicter une décision administrative que l'autorité compétente aurait dû prendre. Si le juge s'en écarte par les pouvoirs que les textes ou la jurisprudence lui reconnaissent de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité administrative, il est traditionnellement soutenu qu'il ne peut le faire que dans la limite des pouvoirs reconnus à l'autorité compétente elle-même¹³⁶³. En d'autres termes, le juge administrateur ne saurait disposer de pouvoirs plus étendus que l'Administration. Une lecture rigoriste de ce principe accréderait l'idée d'une interdiction faite au juge d'attribuer un effet rétroactif à sa propre décision, dès lors que l'autorité

¹³⁵⁷ Certains auteurs en déduisent que le premier constitue un sous-ensemble du second (B. BALDOUS, thèse préc., p. 256, n° 191 ; J. CHEVALLIER, art. préc., p. 68).

¹³⁵⁸ Pour un rappel, voir D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA*, 2011, n° 3, p. 156, spéc. p. 160.

¹³⁵⁹ Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler qu'il existe un pouvoir administratif de régularisation, dont l'exercice est soumis au respect du principe de non-rétroactivité des décisions administratives (cf., plus haut, p. 205, n° 270).

¹³⁶⁰ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 228, n° 166 ; D. BAILLEUL, thèse préc., p. 272, n° 262 ; B. BALDOUS, thèse préc., p. 255, n° 189 ; P. DELVOLVÉ, « La nature du recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bull. Joly*, 1990, n° 6, p. 499 ; M. DENIS-LINTON, « Régime général des recours de plein contentieux », *J.-Cl. adm.*, fasc. 1122, 1994, pp. 16-17, n° 71 ; Y. GAUDEMET, art. préc., p. 2243 ; H. LEPETIT-COLLIN, thèse préc., p. 405, n° 536.

¹³⁶¹ H. LEPETIT-COLLIN, thèse préc., p. 481 et s., n° 627 et s. : l'auteur évoque brièvement le caractère reconnaissant attaché aux décisions du juge de plein contentieux dans le contentieux électoral et dans celui des étrangers pour justifier la rétroactivité du jugement de réformation. Or, comme on l'a vu, la distinction entre le caractère reconnaissant ou constitutif du jugement n'est pas pertinente pour déterminer son effet dans le temps.

¹³⁶² J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 97, 1970, p. 188 et p. 275 et s. ; J.-F. THÉRY, concl. sur CE, Sect., 11 mai 1979, *Ripert*, req. n° 07.490, Rec., p. 214, *AJDA*, 1980, n° 2, p. 106, spéc. p. 107.

¹³⁶³ Sur ces points, voir D. BAILLEUL, thèse préc., p. 272, n° 262 ; B. BALDOUS, thèse préc., p. 259, n° 193 ; P. DELVOLVÉ, art. préc., p. 499 ; M. DENIS-LINTON, fasc. préc., pp. 16-17, n° 71 ; Y. GAUDEMET, art. préc., p. 2244.

administrative compétente en est elle-même incapable du fait de sa soumission au principe de non-rétroactivité.

C'est bien pourtant le principe de la rétroactivité du pouvoir de réformation juridictionnelle, qu'il s'agisse de procéder à la substitution ou à la simple modification de la décision administrative, que la jurisprudence administrative semble consacrer, ce qui ne va pas sans susciter quelques interrogations sur la signification de cette solution au regard tant du principe de séparation, que des principes du droit transitoire.

380. S'agissant du pouvoir de substitution, la rétroactivité de la décision adoptée par le juge de pleine juridiction ne fait aucun doute. Le mécanisme de substitution rétroactive d'une décision à une autre est, en droit administratif, l'apanage du supérieur hiérarchique et se caractérise, d'un point de vue normatif, par une double opération d'annulation, puis d'édiction d'une norme nouvelle dotée d'un effet rétroactif¹³⁶⁴. C'est bien un pouvoir de même nature que met en œuvre le juge de pleine juridiction. En témoignent certaines décisions du juge judiciaire, statuant en tant que juge de plein contentieux sur les décisions administratives prises par les autorités de régulation en matière de régulation économique, dont la formulation fait nettement apparaître ce schéma : « *après avoir annulé la décision, [la Cour d'appel de Paris] a le pouvoir de se prononcer [...] sur les pratiques dont [l'autorité administrative indépendante] était saisie* »¹³⁶⁵. Le juge substitue alors sa propre appréciation à celle de l'autorité contrôlée et adopte une décision qui a vocation à remplacer entièrement la décision contestée. Dans cette logique, les effets de celle-là recouvrent complètement les effets, tant passés que présents, de celle-ci. Cette rétroactivité de la substitution juridictionnelle est même nécessaire, dans la mesure où elle permet non seulement de combler le vide juridique laissé par l'annulation de la décision initiale, mais également de rétablir le requérant dans ses droits au moment même où ils ont été méconnus. Au demeurant, il n'est pas tout à fait faux de dire que le juge judiciaire n'a fait que s'inspirer de la jurisprudence administrative dans la détermination des modalités d'exercice de son pouvoirs de pleine juridiction.

Néanmoins, il faut constater que le juge administratif ne se prononce pas, le plus souvent, de manière explicite sur la portée dans le temps de la substitution qu'il opère, non plus qu'il ne reprend ostensiblement la séquence correspondante à cette opération normative. Tout au plus se borne-t-il à indiquer qu'il appartient au juge de pleine juridiction de se prononcer lui-même sur le bien-fondé de la demande des intéressés¹³⁶⁶. Il n'en reste pas moins que le principe de la rétroactivité de sa décision de substitution est, pour lui, chose acquise¹³⁶⁷. En témoigne une décision dans laquelle le Conseil d'État a, dans le dispositif même de celle-ci, lui-même prononcé le classement d'une station d'épuration des eaux usées dans la catégorie des établissements dangereux de première classe et ce, à compter de la date d'effet de l'arrêté du préfet l'ayant inexactement rangé dans la deuxième classe, en même temps qu'il a

¹³⁶⁴ Sur le premier point, cf. J. CHEVALLIER, art. préc., p. 75. Sur le second point, cf., plus haut, p. 219, note 1007.

¹³⁶⁵ CA Paris, 15 juin 1999, *Canal Plus*, et 2 juillet 1999, *LPA*, 15 octobre 1999, p. 7, note C. DUCOULOUX-FAVARD. Sur la nature de la mission exercée par la juridiction judiciaire en la matière, voir M.-C. BOUTARD-LABARDE et Y. GAUDEMET, « Le contrôle des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », *LPA*, 25 avril 1991, p. 7 ; P. DELVOLVÉ, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Études offertes à J.-M. AUBY*, Paris, Dalloz, 1992, p. 47.

¹³⁶⁶ CE, Sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barreña*, préc. ; 7 février 1986, *Caisse régionale d'assurance maladie Rhône-Alpes*, req. n° 27.433, Rec., T., p. 396, *Dr. adm.*, 1986, n° 173 ; 4 novembre 1994, *Abderrahmane*, req. n° 144.345, Rec., T., p. 1144 ; 25 novembre 1998, *Département du Nord*, req. n° 181.242, Rec., p. 439, *Dr. adm.*, 1999, n° 1, p. 14, obs. C. MAUGÜÉ, *RFDA*, 1999, n° 1 p. 248 ; 27 mars 2000, *Mme Wery*, req. n° 200.591, Rec., T., p. 1155 ; 6 février 2006, *Wessang*, req. n° 268.192, Rec., p. 59, *AJDA*, 2006, n° 18, p. 992, note P. SOUBIROUS. Sur ce point, voir V. HAÏM, « Recours de pleine juridiction », *Rép. cont. adm.*, 2008, p. 26, n° 185-186.

¹³⁶⁷ Cf., en ce sens, D. BOTTEGHI et A. LALLET, chr. préc., p. 160.

annulé ledit arrêté dans cette limite¹³⁶⁸. Dans une décision ultérieure, le Conseil d'État a également eu l'occasion de tirer les conséquences de la rétroactivité de la substitution à laquelle il procède en rejetant comme irrecevable la demande du requérant tendant au sursis à exécution de la décision lui refusant la qualité de réfugié, au motif que la décision de la Commission de recours des réfugiés, statuant en qualité de juge de plein contentieux, s'était entièrement substituée à elle. En d'autres termes, la décision initiale ayant rétroactivement disparu de l'ordonnancement juridique par l'effet de la décision de la Commission de recours, il n'y avait plus lieu de prononcer son sursis à exécution¹³⁶⁹.

Comme le rappelle à juste titre M. Chevallier, le pouvoir de substitution rétroactive après annulation constitue une prérogative exorbitante appartenant historiquement au supérieur hiérarchique, que la jurisprudence administrative a entendu maintenir au profit du juge de pleine juridiction au-delà du règne de la justice retenue¹³⁷⁰. Dans ce contexte, certes surprenant, les pouvoirs du juge excèdent bien ceux de l'autorité compétente pour prendre la décision initiale. Cependant, il convient de relever qu'ils ne sont pas totalement étrangers à certains pouvoirs administratifs reconnus aux autorités de contrôle intervenant sur recours administratif spécial et qui sont appelées à fixer en dernier lieu la position de l'Administration. En tout état de cause, le juge ne saurait, dans l'exercice de son pouvoir de substitution, logiquement faire application d'un autre texte que celui en vigueur à la date d'édiction de la décision administrative substituée, non plus qu'il ne saurait s'affranchir des règles et garanties entourant sa procédure d'édiction¹³⁷¹.

381. La réformation *stricto sensu* d'une décision administrative antérieure par le juge obéit à une logique différente de celle de la substitution. Elle vise non au remplacement de la décision préexistante, mais seulement à son maintien au moyen d'une correction directe de son contenu¹³⁷². De ce point de vue, la modification de la décision par le juge en vue de redresser sa légalité se rapproche davantage d'une forme de régularisation réalisée avec effet rétroactif. Là encore, la jurisprudence administrative reste peu éclairante sur la portée dans le temps de l'exercice du pouvoir de réformation¹³⁷³ et ne permet

¹³⁶⁸ CE, 13 octobre 1976, *Ministre d'État, Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement et des Transports c/ Sieurs Tarit et Cognet*, req. n° 94.464, 94.734, 97.220 et 98.360, Rec., p. 412 ; et, dans le même sens, CE, 12 novembre 1969, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Boudjemar*, req. n° 75.702, Rec., T., p. 925. Pour d'autres ex., voir B. BALDOUS, thèse préc., p. 266 et s., n° 196 et s.

¹³⁶⁹ CE, 29 janvier 1986, *Kodia*, req. n° 72.001, Rec., p. 22, *RFDA*, 1986, p. 615, concl. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE. C'est en ce sens que se prononçait le commissaire du gouvernement O. Dutheillet de Lamothé dans ses conclusions sur cette affaire « *Nous vous invitons aujourd'hui à franchir un pas supplémentaire [...] en jugeant que la décision de la commission de recours se substitue purement et simplement à celle du Directeur de l'O.F.P.R.A. Cette dernière décision ayant donc, à la date de l'introduction de la requête, disparue, les conclusions tendant à ce qu'il soit sursis à son exécution sont irrecevables* » (O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, concl. préc.). Pour d'autres ex., voir CE, 12 novembre 1980, *Boillaud*, req. n° 09.627, Rec., T. p. 630 ; 30 mars 1984, *Mme Wolff*, préc.

¹³⁷⁰ J. CHEVALLIER, art. préc., p. 79. Cf., dans le même sens, B. BALDOUS, thèse préc., p. 277, n° 207 ; P. TERNEYRE, note sous CE, Sect., 15 décembre 1989, *Ministre de l'Environnement c/ Société SPECHINOR*, préc., *Rev. adm.*, 1990, n° 253, p. 45, spéc. p. 46.

¹³⁷¹ Si un élément de procédure manque ou a été accompli de façon incomplète ou irrégulière, le juge ne pourra accorder l'autorisation (CE, Sect., 15 décembre 1989, *Ministre de l'Environnement c/ Société SPECHINOR*, préc.) et devra se contenter d'en prononcer l'annulation (CE, Sect., 15 juillet 1960, *Sieur Guichard*, req. n° 23.757, Rec., p. 480 ; 18 décembre 1981, *Cezary*, req. n° 20.787, Rec., T., p. 640, *Gaz. Pal.*, 1982, 1, p. 192). Sur ce point, voir B. BALDOUS, thèse préc., p. 230, n° 173.

¹³⁷² Cf., par ex., CE, 27 mai 1988, *Société industrielle armoricaine de légumes (SIALE)*, req. n° 57.894, Rec., p. 221, *Dr. adm.*, 1988, n° 381, et *Comité de défense du site de Kervoazou*, req. n° 66.490 et 66.575, Rec., p. 222 ; 31 mars 2004, *Époux Gaston*, req. n° 250.378, Rec., T., p. 808, *Dr. rur.*, févr. 2005, p. 48, note X. LARROUY-CASTERA, *JCP A*, 2004, n° 27, p. 910, note P. BILLET.

¹³⁷³ Le juge ne prend pas le soin de préciser le point de départ dans la chronologie des effets de la réformation. Cf., par ex., CE, 24 juin 1910, *Société La Volta*, Rec., p. 496 ; 27 mai 1988, *Société industrielle armoricaine de légumes (SIALE)*, préc. (réformation totale) ; 26 mai 1993, *Société Aussebat-Rey*, req. n° 78.156, Rec., T., p. 735, *DF*, 1993, n° 32-37, p. 1433, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *RJF*, 1993, n° 7, p. 546, chr. G. GOULARD ; Ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, req. n° 45.126, Rec., p. 397, *AJDA*, 1996, p. 980, chr. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *RJF*, 1996, n° 12, p. 799, chr. S. AUSTRY et p. 809, concl. G. GOULARD (réformation partielle).

pas de trancher *a priori* en faveur de la solution de rétroactivité. Comme il a été souligné plus haut, cette attitude n'est pas surprenante, dès lors que ce qui importe pour le juge, c'est que l'exécution de la décision administrative puisse se poursuivre dans une légalité pleinement retrouvée.

Néanmoins, la réformation de la décision, telle qu'elle est opérée *a posteriori* et de manière directe par le juge, appelle cette rétroactivité. Dès lors que la légalité de la situation juridique est redressée sans qu'une nouvelle décision soit édictée, il paraît logiquement nécessaire que le vice de la décision qui la fonde disparaisse *ab initio*. Du point de vue de la légalité de cette dernière, l'absence de rétroactivité de la réformation juridictionnelle laisserait subsister une période d'illégalité, laquelle s'avère difficilement compatible avec son maintien dans l'ordonnement juridique, tant pour le passé que pour l'avenir. En d'autres termes, la consolidation juridictionnelle de la situation litigieuse passe par la régularisation rétroactive de la décision qui en est le support. De fait, il est possible d'inférer des conséquences attachées par la jurisprudence à la réformation du dispositif d'une décision administrative que c'est bien du jour de l'édition ou de la notification de la décision – et non de celui de sa propre décision – que le juge administratif entend bien faire partir les effets de celle-là. Ainsi, dans le contentieux des monuments et sites historiques, le Conseil d'État a pu considérer, en conséquence de la modification qu'il venait d'apporter au montant des travaux prescrits par une décision ministérielle pour la conservation d'un domaine classé, que la contribution financière du propriétaire à l'exécution de ces travaux produisait intérêt à compter de la date de notification dudit arrêté ministériel. Cela signifie que c'est par référence au montant réformé de la somme et non à celui de son montant initial que les intérêts, ainsi que leur éventuelle capitalisation, devront être calculés¹³⁷⁴. Par suite, il faut considérer que les modifications apportées par le juge à l'obligation de contribuer financièrement aux travaux remontent également à cette même date. En d'autres termes, la réformation de la décision exécutoire ayant donné naissance à la créance comporte nécessairement un effet rétroactif au jour où celle-ci a pris elle-même effet.

Il convient néanmoins de nuancer la logique de la rétroactivité dans ce qu'elle peut avoir de fictif. Si la rétroactivité implique un retraitement juridique des effets de la situation passée, cette opération reste sans aucune incidence d'ordre matériel. Ainsi, le redressement de la légalité par le jugement de réformation ne saurait aboutir à une remise en état matériel de la situation litigieuse. Par exemple, si la rétroactivité de la réformation conduit à imposer au titulaire d'une autorisation une obligation de faire, telle celle d'accomplir des travaux de mise en conformité ou de consolidation d'un immeuble ou de cesser l'exploitation d'une installation classée, pour une période déjà révolue, il apparaît essentiellement vain d'exiger de lui d'y satisfaire matériellement avant le prononcé du jugement, celui-ci se trouvant par hypothèse dans l'impossibilité de le faire¹³⁷⁵. Il s'ensuit que l'exécution de l'obligation rétroactivement née de la réformation n'interviendra concrètement qu'à la suite de l'intervention du jugement l'ayant réalisée.

¹³⁷⁴ CE, 18 mars 1981, *Société fermière et de participations*, req. n° 93.498, 00.133 et 01.179, Rec., p. 149. Voir également, dans le contentieux indemnitaire, CE, 6 avril 1979, *Ministre des Postes et Télécommunications c/ Gaz de France et autres*, req. n° 93.883 et 93.939 à 93.941, Rec., p. 154 ; 12 juin 2006, *Mme Goetz*, req. n° 228.841, Rec., p. 295, *RFDA*, 2006, n° 4, p. 694, note P. TERNEYRE.

¹³⁷⁵ Cf., par ex., CE, Ass., 22 juin 1951, *Consorts Chevallier-Tedeschi*, Rec., p. 363, *D.*, 1952, J., p. 5, note P. WEIL ; 8 mars 1961, *Dlle Villatte*, req. n° 47.847, Rec., p. 159, *AJ*, 1961, p. 634, note J. G. ; 30 mars 1984, *Mme Wolff*, préc. ; 4 mai 1998, *Téallier*, req. n° 161.336, Rec., p. 191, *BDEI*, 1998, n° 4, p. 21, note M. COURTIN et p. 22, concl. F. LAMY, *LPA*, 11 août 1999, n° 159, p. 18, note D. DEBARDE. Voir également, CE, 20 janvier 1978, *Ville de Lyon*, req. n° 02.668, Rec., T., p. 922 : ordre adressé au propriétaire d'un immeuble menaçant ruine d'effectuer des travaux après annulation du jugement de première instance ; TA Amiens, 19 avril 1983, *Commune de Cuffies*, Rec., p. 552 : prescriptions adressées à l'exploitant et au préfet en conséquence de l'annulation de la décision. Pour d'autres ex., cf. B. BALDOUS, thèse préc., p. 287, n° 213.

Dans le même ordre d'idées, la rétroactivité de la réformation n'interdit pas au juge de plein contentieux de tenir compte, par souci de réalisme, d'éléments de fait ou de droit survenus ultérieurement au cours de la période intermédiaire, entendue comme celle séparant la date d'édiction de la décision de la date du jugement. À ce propos, on ne saurait tirer argument de l'obligation qui lui est faite de se prononcer d'après les circonstances de fait et de droit existantes à la date de sa propre décision¹³⁷⁶ pour contester la rétroactivité du jugement de réformation. En effet, il convient de garder à l'esprit que la détermination du texte applicable au litige ne conditionne aucunement l'effet dans le temps du jugement. D'une part, il est des cas dans lesquels le juge de plein contentieux doit faire application du texte en vigueur à la date d'édiction de la décision contestée ou de la réalisation des faits litigieux, sans que cela ait une incidence sur la portée des pouvoirs qu'il met en œuvre¹³⁷⁷. D'autre part, le juge de plein contentieux peut, tout autant que le juge de l'excès de pouvoir, annuler rétroactivement une décision administrative, quand bien même la réponse qu'il apporte au litige est actuelle au regard du droit applicable¹³⁷⁸. *Mutatis mutandis*, le juge de plein contentieux peut statuer au vu des éléments dont il dispose à la date de sa propre décision, sans que cela ait une quelconque conséquence sur l'effet dans le temps de la réformation à laquelle il procèdera le cas échéant.

Néanmoins, cette solution n'est pas sans poser quelques difficultés du point de vue du droit appliqué à l'occasion de la réformation juridictionnelle. En effet, remplacer ou modifier rétroactivement une décision en tenant compte d'éléments de droit intervenus postérieurement à son édicition peut conduire le juge à faire produire des effets rétroactifs à un texte ultérieurement intervenu et qui était *a priori* dépourvu de tels effets. Or, le texte édicté au présent n'a pas vocation, sauf exceptions, à régir les actes adoptés antérieurement à lui. Par suite, en appliquant ce texte à la décision réformée – et ce, dès le commencement des effets de celle-ci –, le juge étend corrélativement au passé le champ d'application de celui-là. De fait, le juge de plein contentieux tient compte de ce risque et ne fait application pour le passé d'un texte intervenu postérieurement aux faits ou à l'acte litigieux que si son auteur a entendu lui conférer une telle portée ou si un principe supérieur lui en fait obligation¹³⁷⁹.

¹³⁷⁶ CE, 4 juillet 1958, *Société des Établissements Thibault*, Rec., p. 413 ; 22 juin 1965, *Élection du maire de Sarcelles*, req. n° 61.090, Rec., p. 47 ; Sect., 17 mars 1972, *Auchier*, req. n° 77.445, Rec., p. 231, *Dr. adm.*, 1972, n° 4, p. 2 ; 6 février 1981, *Dugenes*, req. n° 03.539, Rec., T., p. 829, *D.*, 1982, p. 308, note M. PRIEUR ; Sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barreña*, préc. ; Sect., 19 novembre 1993, *Mlle Brutus*, req. n° 100.288, Rec., p. 321, *D.*, 1994, SC, p. 255, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Dr. adm.*, 1993, n° 12, p. 10, *RFDA*, 1994, n° 1 p. 194, obs. P. TERNEYRE ; Sect., Avis, 5 avril 1996, *Houdmond*, req. n° 176.611, Rec., p. 116, *Dr. adm.*, 1997, n° 6, p. 13, note C. LAVIALLE, *DF*, 1996, n° 25, p. 838, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Quot. jur.*, n° 43, 29 mai 1997, p. 10, note D. DAVOUST, *RFDA*, 1996, n° 3, p. 624, obs. P. TERNEYRE et 1997, n° 4, p. 843, étude J. PETIT, *RJF*, 1996, n° 5, p. 311, chr. S. AUSTRY ; 5 juillet 2006, *SARL Entreprise H. Olivo*, req. n° 259.061, Rec., p. 324, *AJDA*, 2006, n° 31, p. 1728, concl. M. GUYOMAR, *Environnement*, 2006, n° 8-9, p. 21, note D. DEHARBE, *RFDA*, 2006, n° 5, p. 1091 ; Sect., 21 décembre 2007, *Groupeement d'irrigation des prés de la forge*, req. n° 280.195, Rec., p. 543, *Dr. adm.*, 2008, n° 3, p. 36, note F. MELLERAY, *JCP A*, 2008, n° 7, p. 26, note F.-X. MILLET et n° 8, p. 30, note P. BILLET, *RFDA*, 2008, n° 1, p. 196 et n° 3, p. 541, concl. M. GUYOMAR, *RJEP*, 2008, n° 652, p. 21, concl. M. GUYOMAR. Voir également, D. BAILLEUL, thèse préc., p. 234, n° 231 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 234, n° 259 ; J. PETIT, thèse préc., p. 170, n° 357 ; H. LEPETIT-COLLIN, thèse préc., p. 382, n° 493.

¹³⁷⁷ Il en va ainsi dans le contentieux des pensions dans lequel le juge doit appliquer le texte en vigueur, non à la date à laquelle il statue, mais à celle du fait générateur du droit à pension (CE, 30 juillet 2003, *Mme Kadi*, req. n° 226.304, Rec., T., p. 885, *JCP A*, 2003, n° 43, p. 1391, note D. JEAN-PIERRE ; 11 décembre 2009, *Mme Hamsi veuve Laidani*, req. n° 304.723, Rec., T., p. 620, *Gaz. Pal.*, 16 mars 2010, n° 75, p. 15, note B. SEILLER ; 14 avril 2010, *Époux Labanne*, req. n° 336.753, Rec., p. 110 *AJDA*, 2010, n° 18, p. 1018, concl. A. COURRÈGES). Sur ce point, voir J. PETIT, thèse préc., p. 172, n° 361.

¹³⁷⁸ Cf., par ex., CE, 8 décembre 1948, *Élections de Lande-sur-Eure*, Rec., p. 463 ; 14 novembre 1951, *Sieur Lefort*, Rec., p. 527 ; 16 juillet 1952, *Élections municipales d'Abscon (Nord)*, Rec., p. 381 ; 22 mars 1985, *Syndicat des copropriétaires du 16-18 rue du Chevalier de la Barre*, req. n° 36.032, Rec., p. 90 ; 20 avril 2005, *Société des Sablières et entreprises Morillon-Corvol*, req. n° 246.690, *BDEI*, 2005, n° 3, p. 32, concl. M. GUYOMAR ; 18 décembre 2009, *SCI Ramig*, req. n° 315.537, Rec., T., p. 888, *AJDA*, 2010, n° 12, p. 690, concl. J.-P. THIELLAY, *JCP A*, 2010, n° 11-12, p. 39, note J. MOREAU. Voir B. BALDOUS, thèse préc., p. 229, n° 172 ; J. PETIT, thèse préc., p. 171, n° 359-360.

¹³⁷⁹ Sur le premier point, cf. l'ex., dans le contentieux des pensions, de l'application d'un texte rétroactif adopté postérieurement à la date du fait générateur du droit à pension (CE, Sect., 7 février 2008, *Mme Rabha Baomar*, req. n° 267.744, Rec., p. 30, *RFDA*, 2008, n° 3, p. 510, concl. J.-P. THIELLAY ; 11 décembre 2009, *Mme Hamsi veuve Laidani*, préc.). Sur le second point, cf. l'application

En procédant à la réformation rétroactive de la décision soumise à son appréciation, le juge de pleine juridiction exerce des pouvoirs nécessairement plus étendus dans le temps que ceux détenus par l'autorité administrative compétente pour l'édicter. À s'en tenir à la lettre du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, il faudrait en conclure que cette solution est en contrariété avec l'exigence limitative qui en découle de correspondance des pouvoirs du juge de pleine juridiction à ceux de l'autorité administrative elle-même. Comme on a eu l'occasion de le souligner plus haut, le principe de non-rétroactivité des décisions administratives s'oppose fermement à ce qu'une mesure de régularisation ou de réformation adoptée par l'autorité compétente puisse comporter un quelconque effet sur le passé. Autrement dit, la réformation juridictionnelle ne pourrait produire d'effet rétroactif sans méconnaître les exigences tirées du principe de séparation. Cette position apparaît cependant excessive tant du point de vue de la pratique qu'au plan des principes. D'une part, la réformation rétroactive n'est pas inconnue des pouvoirs confiés à certaines autorités en charge d'un contrôle administratif¹³⁸⁰. De même, si la régularisation administrative ne saurait, en principe, revêtir un effet rétroactif, il en va différemment dans les cas où l'auteur de la décision réformée se trouvait dans l'obligation de décider à une date ou pour une période déterminée¹³⁸¹. D'autre part, outre la circonstance que le juge n'est pas lui-même soumis au principe de non-rétroactivité dans son activité, il faut également rappeler que le principe de séparation a toujours été conçu comme un principe d'équilibre¹³⁸², ce qui rend sa portée des plus relative. Partant, il n'a jamais été interprété comme requérant une symétrie absolue des compétences en cas d'empiètement du juge sur l'administration active. Du reste, on peut raisonnablement estimer que, même si tel était le cas, le principe de séparation devrait céder devant la logique de rétablissement de la légalité administrative qui sous-tend le pouvoir juridictionnel de réformation.

382. Le pouvoir de réformation indirecte du juge de l'excès de pouvoir. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, certaines formes d'annulations partielles prononcées par le juge administratif sont regardées comme étant l'expression d'un pouvoir de réformation indirecte¹³⁸³, dont la mise en œuvre aboutirait à une modification rétroactive du contenu de la décision administrative litigieuse. En principe, l'annulation partielle consiste en une amputation pure et simple d'une ou plusieurs dispositions de la décision administrative contestée ou, plus subtilement, à la soustraction d'un de ses éléments normatifs¹³⁸⁴. La décision administrative ainsi débarrassée de ses composantes illégales est maintenue

faite par le juge de plein contentieux du principe de la rétroactivité *in mitius* (cf. plus haut, p. 383, n° 482 ; outre les ex. déjà cités, voir également, en matière de permis de conduire, CE, Avis, 9 juillet 2010, *Berthaud*, req. n° 336.556, Rec., p. 287, *AJDA*, 2010, n° 38, p. 2162, note D. GINOCCHI, *Dr. adm.*, 2010, n° 10, p. 41, note D. BAILLEUL, *RFDA*, 2010, n° 5, p. 1080 ; Sect., 16 juillet 2010, *Colomb*, req. n° 294.239, Rec., p. 298, concl. C. LEGRAS, *AJDA*, 2010, n° 26, p. 1452, *BDCF*, 2011, n° 1, p. 44, concl. C. LEGRAS, *JCP G*, 2010, n° 44, p. 2067, note D. COSTA, *RDF*, 2010, n° 41, p. 49 ; et du même jour, *Ministre d'État, Ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer, en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat c/ Société "Les Casuccie"*, req. n° 313.768, Rec., p. 317, *BJDU*, 2010, n° 4, p. 268, concl. G. DUMORTIER, *Dr. adm.*, 2010, n° 11, p. 50, note J.-B. AUBY). Sur l'ensemble de ces points, voir D. BOTTEGHI et A. LALLET, chr. préc., p. 158.

¹³⁸⁰ Cf., plus haut, p. 186, n° 245.

¹³⁸¹ Cf., par analogie, le cas dans lequel le juge de plein contentieux renvoie à l'autorité compétente pour statuer à nouveau sur la situation litigieuse à une date déterminée (CE, 16 avril 1986, *Tequi*, req. n° 45.243, Rec., p. 110).

¹³⁸² J. CHEVALLIER, art. préc., p. 67. De surcroît, le principe est de « *conception et de formulation doctrinales* » (J. CHEVALLIER, thèse préc., p. 291), ce qui affaiblit d'autant sa portée en droit positif.

¹³⁸³ B. BAILLEUL, thèse préc., p. 285, n° 273 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1003, n° 1121 ; J. CHEVALLIER, art. préc., p. 78 ; M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 143 ; P. WEIL, thèse préc., p. 182. Voir également, M.-P. CORBELLE, « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA*, 1972, I, p. 138, spéc. p. 143.

¹³⁸⁴ Sur la distinction entre annulation partielle quantitative et annulation partielle qualitative, voir F. BLANCO, thèse préc., p. 273 et s. Un ex. bien connu d'annulation partielle qualitative est l'annulation « en tant que » et, notamment, celle d'une décision en tant qu'elle comporte un effet rétroactif (CE, 30 janvier 1920, *Morel*, Rec., p. 107 ; Ass., 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*,

dans l'ordonnancement, ce qui entraîne corrélativement la consolidation de la situation à laquelle celle-ci a donné naissance. Certes, le retranchement d'une partie substantielle de l'acte a une incidence non négligeable sur sa portée et ses effets¹³⁸⁵, mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'une simple correction négative de sa légalité. Contrairement à la réformation *stricto sensu*, l'annulation partielle n'apporte aucun élément nouveau au fond de l'acte¹³⁸⁶. Toutefois, la frontière entre correction négative et correction positive de l'acte s'estompe quelque peu dans le cas du prononcé d'une annulation partielle « en tant que ne pas »¹³⁸⁷, c'est-à-dire en tant que l'acte administratif a omis de prévoir quelque chose. L'illégalité ne découle pas du contenu de l'acte tel quel, mais de ce que ce contenu ne correspond pas à ce qu'il aurait dû être. L'annulation partielle requiert alors de réformer le contenu de l'acte sanctionné en complétant son dispositif. Or, même sous cette forme particulière, l'annulation partielle ne revient pas, du moins en principe, à une réformation *stricto sensu* de l'acte litigieux¹³⁸⁸, dès lors que ce n'est pas le juge qui procède lui-même à la modification directe de son contenu. Tout au plus ce dernier s'attache-t-il à adresser des directives à l'Administration afin que celle-ci puisse redresser l'illégalité, le cas échéant en assortissant sa décision d'une injonction. Certes, le juge met à la charge de l'autorité administrative de véritables obligations de faire en vue de satisfaire à la chose jugée, si bien que celle-ci se trouve, en réalité, en situation de compétence liée pour modifier l'acte sanctionné. Cependant, il n'en reste pas moins que, même dans cette configuration originale, c'est l'auteur de l'acte qui procède à la réformation de l'acte administratif en comblant ses lacunes, et non le juge lui-même¹³⁸⁹. En présence d'une simple lacune textuelle, l'annulation partielle ne débouche pas sur la réformation juridictionnelle de l'acte sanctionné.

En revanche, on peut légitimement se poser la question de savoir si dans les cas exceptionnels où le juge de l'excès de pouvoir annule une réglementation administrative *en tant qu'elle* prévoit une exclusion illégale¹³⁹⁰, celui-là ne procéderait pas à une réformation pure et simple de celle-ci. En effet, l'annulation de l'exclusion emporte l'élargissement du champ d'application initial de la règle administrative. Ce qui avait été initialement exclu se trouve, par l'effet rétroactif de l'annulation contentieuse, inclus *ab initio* dans le champ d'application de la réglementation litigieuse. Comme le relevait le commissaire du gouvernement Aguila à la fin des conclusions qu'il a prononcées dans l'affaire *Groupement forestier des ventes du Nonant*, « de même que deux signes "moins" donnent un signe "plus", l'annulation d'une exclusion est très proche de l'édition d'une norme »¹³⁹¹. De cette

req. n° 94.511, Rec., p. 289, *GAJA* n° 60, D., 1948, J., p. 437, note M. WALINE, *Gaz. Pal.*, 1948, 2, p. 7 et S. 1948, III, p. 69, concl. M. LETOURNEUR, *JCP G*, 1948, II, n° 4427, note A. MESTRE).

¹³⁸⁵ Cela peut être le cas pour les actes illégalement dotés d'un effet rétroactif dans la mesure où leur économie générale se trouve bouleversée en conséquence de l'annulation « en tant que » (cf., en ce sens, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 174, n° 150).

¹³⁸⁶ F. BLANCO, thèse préc., pp. 298-299. Voir également, auparavant, M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 455 ; E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 569.

¹³⁸⁷ CE, Sect., 13 mars 1998, *Fédération nationale des sociétés d'économie mixte*, req. n° 148.414, Rec., p. 74, *AJDA*, 1998, n° 6, p. 514, concl. C. BERGEAL, *Quot. jur.*, 2 juin 1998, n° 44, p. 4, note J. MORAND-DEVILLER ; Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, préc. ; Sect., 25 février 2005, *Mme Barbier*, req. n° 253.593, Rec., p. 81, *AJDA*, 2005, n° 18, p. 1002, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *LPA*, 13 juillet 2006, n° 139, p. 20, note A. HAQUET, *RFDA*, 2005, n° 2, p. 461, note P. TERNEYRE et n° 4, p. 753, concl. D. CHAUVAUX

¹³⁸⁸ Cf., en ce sens, F. BLANCO, thèse préc., p. 300. Pour une position contraire, voir B. BALDOUS, thèse préc., p. 296, n° 217 ; C. BERGEAL, concl. sur CE, Sect., 13 mars 1998, *Fédération nationale des sociétés d'économie mixte*, préc., p. 519.

¹³⁸⁹ Il n'entre pas dans les pouvoirs du juge administratif d'ajouter de lui-même les prescriptions manquantes à une réglementation (cf., en ce sens, Y. AGUILA, concl. sur CE, Ass., 16 décembre 2005, *Groupement forestier des ventes du Nonant*, req. n° 261.646, Rec., p. 583, *AJDA*, 2006, n° 6, p. 320 ; CE, 10 avril 2002, *SARL Institut supérieur d'Informatique et de Management de l'Informatique (IMI)*, req. n° 219.715, Rec., T., p. 647 (sol. impl.), *BDCF*, 2002, n° 7, p. 22, concl. E. MIGNON, *RJF*, 2002, p. 779).

¹³⁹⁰ CE, Ass., 16 décembre 2005, *Groupement forestier des ventes du Nonant*, préc., concl. Y. AGUILA, préc., *RRJ*, 2007, n° 1, p. 327, note C. BALLANDRAS-ROZET.

¹³⁹¹ Y. AGUILA, concl. préc.

façon, le texte se trouve directement et rétroactivement réécrit par le juge dans un sens conforme à la légalité administrative. Le contenu de la règle administrative fait ainsi l'objet d'une véritable réformation juridictionnelle, alors même qu'à proprement parler, aucune prescription nouvelle n'a été ajoutée en remplacement de celle qui vient d'être censurée. Même si les apparences sont sauvées, compte tenu de ce que le juge n'a pas usé du « crayon », mais uniquement de la « gomme »¹³⁹², il faut cependant admettre qu'entre la correction d'une norme positivement opérée par le juge de plein contentieux et la correction négative d'une norme négative réalisée par le juge de l'excès de pouvoir, il n'y a aucune différence objectivement observable. Dans un cas comme dans l'autre, le contenu de la décision administrative est rétroactivement révisée par le juge.

C'est à un même résultat qu'aboutit la rectification rétroactive d'un jugement rendu antérieurement et qui se trouve être entaché d'une erreur matérielle.

B/ La rectification juridictionnelle

383. Le juge n'étant pas un être infallible, il peut arriver qu'une erreur de rédaction se glisse dans la minute d'une décision juridictionnelle. Pareil incident peut s'avérer des plus fâcheux, dès lors que le juge se trouve, une fois sa sentence prononcée, dessaisi de plein droit du litige. En présence d'une décision rendue en dernière instance, il devient proprement impossible de corriger, par le biais des voies de recours de droit commun, l'erreur constatée. C'est pour faire face à pareille impasse que le Conseil d'État a institué, par voie prétorienne, une voie exceptionnelle de rétractation permettant de demander la rectification des jugements entachés d'une erreur matérielle¹³⁹³. Admis même sans texte contre toute décision juridictionnelle rendue en dernier ressort, puis étendu par un texte spécial aux jugements rendus par les juridictions non souveraines¹³⁹⁴, le recours en rectification d'erreur matérielle peut être exercé devant la juridiction qui a adopté la décision, pourvu que l'erreur invoquée par le requérant ait été de nature à exercer une influence sur le jugement de l'affaire. La rectification juridictionnelle a pour objet de restituer sa véritable teneur à la décision de justice en faisant disparaître l'erreur matérielle commise lors de sa rédaction. En principe, la rectification se borne à rendre au texte initial du jugement son contenu exact sans affecter aucunement sa régularité¹³⁹⁵. Cette opération se distingue, à première vue, de la réformation ou de la révision du jugement dans la mesure où elle est censée n'avoir aucune incidence sur le fond de l'acte juridictionnel. Du point de vue de sa fonction, le jugement rectificatif se rapproche de l'*erratum*¹³⁹⁶, dès lors que l'un comme l'autre visent à restituer la volonté initiale de l'auteur de l'acte

¹³⁹² Selon le mot bien connu du Doyen Vedel, à propos du Conseil constitutionnel, le juge « s'autorise la gomme, mais s'interdit le crayon ».

¹³⁹³ CE, Sect., 21 novembre 1930, *Dame veuve Benoît*, Rec., p. 969, *GACA* n° 22, S., 1931, III, p. 33, concl. P.-L. JOSSE et note P. LAROQUE, D., 1932, III, p. 35, concl. P.-L. JOSSE. Cette voie de rétractation est désormais codifiée aux art. R. 833-1 et 2 du CJA. Sur la création du recours, voir F. BORELLA, « La rectification d'erreur matérielle devant les juridictions administratives », *RDP*, 1962, n° 5, p. 463.

¹³⁹⁴ Sur le premier point, cf. les dispositions citées à la note précédente s'agissant des décisions du Conseil d'État et des cours administratives d'appel. Sur le second point, cf. l'art. R. 741-11 du CJA qui confie au président du tribunal administratif un pouvoir propre de rectification des jugements et ordonnances rendus par le tribunal. Le Conseil constitutionnel a également institué, de manière prétorienne, un recours en rectification d'erreur matérielle en matière électorale (cf., en ce sens, C.Const, déc. n° 87-1026, 23 octobre 1987, *A.N., Haute-Garonne*, Rec., p. 55 ; déc. n° 95-2070R, 6 novembre 1996, *A.N., Paris (12^e circonscription)*, Rec., p. 135 ; J.-É. GICQUEL, « Du recours en rectification d'erreur matérielle devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 20 janvier 1995, n° 9, p. 11). Pour le juge judiciaire, cf. Cass. Civ. 2^e, 14 juin 1963, Bull. Civ. II, n° 455, p. 337 ; art. 462 du NCPC.

¹³⁹⁵ P. LAROQUE, note sous CE, Sect., 21 novembre 1930, *Dame veuve Benoît*, préc., S., 1931, III, p. 33, spéc. p. 34.

¹³⁹⁶ Cf., plus haut, p. 233, n° 297.

rectifié. Les deux procédés sont d'autant plus proches qu'ils se voient communément reconnaître un effet rétroactif au jour du texte rectifié et peuvent porter à la fois sur la forme et sur le fond de ce dernier.

384. Le principe est que l'arrêt faisant droit à une demande de rectification d'erreur matérielle modifie rétroactivement l'arrêt initialement rendu. Comme en matière d'*erratum*, cette rétroactivité repose sur l'idée d'incorporation de la rectification au contenu du texte primitif. C'est en ce sens que se prononçait le commissaire du gouvernement Fratacci dans ses conclusions sur l'affaire *Conseil régional d'Aquitaine et Mme Lefèvre* : « En toute orthodoxie, le recours en rectification n'est autre que le rétablissement de l'ordre naturel des choses jugées par la juridiction en cause, dans un sens conforme à sa volonté constante et au terme d'une véritable réincorporation des mentions correctes dans la décision erronée »¹³⁹⁷. Ainsi, le jugement initial est réputé avoir existé, dans sa forme rectifiée, dès la date à laquelle il a été rendu et sera, en conséquence, appliqué comme tel à la situation litigieuse. La portée donnée au jugement rectificatif peut surprendre. Dès lors qu'il ne s'agit apparemment que de remédier à une erreur de pure forme, telle une erreur de plume ou d'expression, la rectification semble *a priori* dépourvue d'effet de droit, si bien qu'il faudrait en conclure que la rétroactivité du jugement rectificatif est plus apparente que réelle. Ce serait toutefois ignorer que l'opération de rectification peut aboutir à une modification du fond de l'acte juridictionnel. De fait, le Conseil d'État a très tôt admis que le recours en rectification d'erreur matérielle ne se limitait pas au redressement de l'expression de la volonté du juge. Par sa décision *Dame veuve Benoît*, la Haute juridiction l'a étendu à la correction de la volonté du juge elle-même. En d'autres termes, le recours en rectification d'erreur matérielle est susceptible d'aboutir au redressement du fond de la décision juridictionnelle¹³⁹⁸. À l'instar de ce qui se passe en matière d'*erratum*, il est donc nécessaire de distinguer entre les jugements rectificatifs de forme et les jugements rectificatifs de fond. Si on peut douter de la rétroactivité des premiers, tel n'est pas le cas pour les seconds.

Dans le premier cas, le jugement rectificatif vise seulement à corriger une erreur matérielle de pure forme – erreur de plume ou d'expression par exemple – constatée dans la minute d'une décision juridictionnelle¹³⁹⁹. Autrement dit, le jugement rectificatif redresse une erreur que le requérant aurait très bien pu rectifier de lui-même et qui reste, de ce fait, dépourvu d'une quelconque incidence sur le sens et la portée à donner à la décision initiale. Il en résulte qu'alors même que la nouvelle rédaction prévaut désormais sur la rédaction initiale de la décision juridictionnelle, le jugement rectificatif ne touche aucunement au fond de ladite décision. Ne produisant aucun effet de droit véritable, la rétroactivité du jugement rectificatif s'avère plus apparente que réelle. Il n'en va autrement que dans le cas où la rectification, en apparence de pure forme, affecte en réalité le fond même de la décision.

Au fil des décisions, le Conseil d'État a interprété la notion d'erreur matérielle de façon de plus en plus extensive, pour lui faire couvrir l'ensemble des erreurs de fait susceptibles de toucher au fond de

¹³⁹⁷ S. FRATACCI, concl. sur CE, Sect., 23 juin 1995, *Conseil régional d'Aquitaine et Mme Lefèvre*, req. n° 126.546 et 145.649, Rec., p. 271, *RFDA*, 1996, n° 4, p. 491, spéc. p. 496. Voir également, CE, 25 septembre 2006, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SARL Exploitation des commerces de Thau*, req. n° 291.847, Rec., T., p. 1042.

¹³⁹⁸ CE, Sect., 21 novembre 1930, *Dame veuve Benoît*, préc. Voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1346, n° 1496 ; P. LAROQUE, *loc. cit.* ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 1006.

¹³⁹⁹ L'erreur matérielle de pure forme se rapporte, le plus souvent, à une date, à un calcul ou à une identité. Voir, par ex., CE, 23 septembre 1961, *Giacobbi*, req. n° 55.251, Rec., p. 529 : erreur dans le calcul d'un décompte de suffrages ; 17 février 1965, *Picard*, req. n° 57.396, Rec., p. 113 : erreur sur la date de notification d'une décision ; 19 janvier 1966, *Boulogne* : erreur de conversion d'anciens francs en nouveaux francs. Sur ce point, voir D. POUYAUD, « Le recours en rectification d'erreur matérielle devant les juridictions administratives », *RFDA*, 1993, n° 4, p. 721, spéc. p. 722.

la décision juridictionnelle, voire même davantage¹⁴⁰⁰. S'il est de principe que le recours en rectification ne saurait permettre la remise en cause d'une appréciation d'ordre juridique, le Conseil d'État a introduit une exception remarquable en admettant de redresser une erreur juridique, lorsqu'elle est le fruit d'une méconnaissance par le juge d'une règle de procédure contentieuse¹⁴⁰¹. Touchant au fond même du droit, le jugement rectificatif est susceptible de redresser tous les aspects de légalité de la décision juridictionnelle en modifiant ses motifs ou son dispositif, voire même en y ajoutant, en vue d'établir une correspondance avec l'intention qui a été initialement celle des premiers juges. L'opération de rectification peut ainsi conduire le Conseil d'État à changer le sens même de la décision initiale, transformant par exemple une décision de non-lieu en décision de rejet ou une décision de rejet en décision d'annulation¹⁴⁰². La réécriture partielle réalisée par le jugement rectificatif sera alors incorporée au contenu de la décision juridictionnelle erronée, laquelle sera réputée avoir eu un tel contenu *ab initio*. La rétroactivité de la rectification touchant au fond du jugement primitif permet de sauver ce dernier de l'annulation, tout en assurant l'exécution de la chose jugée, dès lors que les conséquences de ce qui aurait dû être jugé doivent désormais être tirées à compter du moment même où le jugement redressé a pris lui-même effet.

Tel n'est pas le cas lorsque l'erreur constatée, en raison de sa nature, appelle une rectification entière de la décision juridictionnelle initiale. Dans cette dernière hypothèse, le Conseil d'État la déclare nulle et non avenue¹⁴⁰³. L'affaire est alors entièrement rejugée et c'est une nouvelle décision qui se substituera entièrement et rétroactivement à la décision initiale. La rectification juridictionnelle va donc bien au-delà de la simple restitution de la volonté exprimée dans le jugement primitif et constitue, en réalité, une véritable réformation rétroactive de la décision juridictionnelle en vue de consolider la chose jugée.

C'est une même rétroactivité qui s'attache à la rectification par le juge judiciaire des erreurs matérielles de fond entachant une ordonnance d'expropriation. En raison tant du formalisme de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, que de la brièveté du délai à l'intérieur duquel le juge de l'expropriation doit se prononcer, soit quinze jours, de telles erreurs sont relativement fréquentes. Un jugement rectificatif redresse alors l'erreur commise sur le montant de l'indemnité ou sur la surface d'emprise de l'opération déclarée d'utilité publique¹⁴⁰⁴. La rectification du fond de la

¹⁴⁰⁰ Sur cette évolution, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, pp. 1348-1349, n° 1497 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 1007 ; D. POUYAUD, art. préc., p. 728. Cf., par ex., CE, 3 mai 2004, *Mme Dogan*, req. n° 258.085, Rec., T., p. 853.

¹⁴⁰¹ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1348, n° 1496 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 630, n° 1564 1°. Pour un ex. d'erreur juridique processuelle, voir CE, 14 février 1990, *Époux Gloviak*, req. n° 105.159, Rec., p. 35, *AJDA*, 1990, n° 6, p. 479, concl. B. STIRN, *Dr. adm.*, 1990, n° 189 et 2 avril 2010, *Faure*, req. n° 332.015, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2010, n° 25, p. 1435, note B. MALIGNER : omission par le Conseil d'État de faire jouer l'effet dévolutif de l'appel et, par suite, de répondre à des conclusions. Cette exception est elle-même de plus en plus largement entendue (CE, 27 juin 2008, *Mme Boudinar*, req. n° 281.074, *AJDA*, 2009, n° 4, p. 211, note N. CHIFFLOT : erreur sur l'interprétation d'une requête. Sur cette question, voir D. POUYAUD, art. préc., p. 735.

¹⁴⁰² CE, 4 avril 1973, *Sieur Gonnet et ministre de l'Économie et des Finances c/ Sieurs Delcourt et Dausset*, req. n° 86.283 et 86.300, Rec., T., p. 1091, *RDP*, 1974, n° 2, p. 585 ; 15 janvier 1993, *Commune de Cabrières-d'Avignon*, *RDP*, 1993, n° 2, p. 543, concl. M. POCHARD.

¹⁴⁰³ CE, Sect., 28 septembre 1958, *Titecat-Beauport*, Rec., p. 502 ; 29 avril 1988, *Mme Grounin*, req. n° 47.294, Rec., p. 175 ; 3 juillet 1987, *Agde*, req. n° 60.476, Rec., T., p. 901. Sur ce point, voir G. LE CHATELIER, fasc. préc., p. 18, n° 146.

¹⁴⁰⁴ Art. 12-4 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique dans sa version antérieure au décret n° 2005-467 du 13 mai 2005, portant modification du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique (JORF n° 112 du 15 mai 2005, p. 8449). Le recours en rectification d'erreur matérielle en matière d'expropriation est régi par les dispositions de droit commun figurant à l'art. 462 du Code procédure civile. Pour des ex., voir Cass. Soc., 6 mars 1958, Bull. Civ. IV, n° 344, p. 250 ; Civ. 3^e, 30 octobre 1964, Bull. Civ. III ; Civ. 3^e, 24 février 1993, *Commune de Piscop*, *AJDI*, 1994, p. 45, obs. A. B. Sur cette question, voir R. HOSTIOU et J.-F. STRUILLON, *Expropriation et préemption*, Paris, Lexis-Nexis, Litec, coll. Litec professionnels, 4^e éd., 2011, p. 146, n° 202 ; J. LEMASURIER, *Droit de l'expropriation*, Paris, Economica, 3^e éd., 2005, p. 280.

première ordonnance ne saurait toutefois avoir pour conséquence de modifier l'emprise de l'expropriation, de modifier l'identité du propriétaire ou de remédier à la méconnaissance d'un règle de procédure¹⁴⁰⁵. À l'issue de l'opération, l'ordonnance de rectification s'incorpore rétroactivement à l'ordonnance rectifiée.

385. Bien que la rectification juridictionnelle concerne principalement les rapports de juge à juge, le Conseil d'État a été conduit, dans des situations exceptionnelles, à procéder d'office à la rectification d'une erreur matérielle entachant une décision administrative, en l'absence de tout autre moyen pour son auteur d'y pourvoir lui-même¹⁴⁰⁶. Une fois publié, l'arrêt rectificatif s'incorpore au dispositif de la décision administrative rectifiée et prendra rétroactivement effet au jour de cette dernière. Dans ce cas certes exceptionnel, la rectification juridictionnelle se rapproche davantage de la fonction traditionnelle de l'*erratum*. Il s'agit avant tout de conférer aux dispositions concernées leur portée exacte, en l'absence de tout doute sur ce qui a été l'intention initiale de leur auteur. Néanmoins, elle s'en sépare en ce que, par ce biais, le juge de l'excès de pouvoir consolide la légalité d'une décision administrative, dont il aurait autrement dû prononcer l'annulation. Cette solution expédiente se justifie d'autant plus qu'elle demeure strictement limitée. Eu égard au principe d'autolimitation du juge de l'excès de pouvoir, lequel s'interdit de procéder à la correction positive du fond d'une décision administrative, l'opération de rectification ne saurait être aucunement novatrice quant au fond du droit.

386. Conclusion du II. Malgré les interrogations qui persistent sur le régime de la réformation juridictionnelle, il paraît peu douteux que le juge procède, dans les hypothèses envisagées, à une consolidation rétroactive de l'acte entaché d'un vice ou d'une erreur matérielle, que cette opération soit réalisée avec ou sans annulation. La réformation juridictionnelle constitue le moyen le plus abouti dont dispose le juge pour remédier à l'irrégularité ou à l'erreur antérieurement commise, de telle manière à ce que la décision qui en était entachée soit désormais réputée comme ayant été, dès le départ, pleinement conforme à la règle de droit. L'ordonnancement juridique se trouve directement purifié, sans que l'adoption de mesures supplémentaires s'avère nécessaire.

L'office du juge ne se limite pas au retraitement des situations juridiques nées *ex ante* en violation d'une règle de droit. Il lui appartient, plus généralement, d'attribuer à la règle de droit applicable au litige la signification qui doit être la sienne et qu'une imperfection a rendu susceptible de controverse. L'interprétation donnée par le juge à l'occasion du règlement du litige qui lui est soumis rétroagit, à raison de son objet même, de plein droit au jour du texte interprété.

¹⁴⁰⁵ Cf., outre le ex. cités à la note précédente, Cass. Civ. 3^e, 17 juin 1980, *Gautier c/ EPAREB*, pourv. n° 79-70.468, Bull. Civ. III, n° 120, p. 188 ; 11 mars 1987, *M. de Scey-Montbéliard de Brun c/ Ministre de l'Urbanisme*, pourv. n° 85-70.301, D., 1987, SC, p. 425, obs. P. CARRIAS, *JCP G*, 1987, II, 20898, obs. A. BERNARD ; 6 janvier 1999, *Société Cuchia c/ SEM départementale pour l'aménagement du Val-d'Oise*, pourv. n° 93-70.243, Bull. Civ., 1999, III, n° 2, p. 1, *AJDI*, 1999, p. 807, obs. A. LÉVY ; 30 mars 2010, *Mme Ammamou et autres c/ Préfet du département de Seine-Maritime*, pourv. n° 09-10.766 et 09-13.200, *RDI*, 2010, p. 306, note R. HOSTIOU.

¹⁴⁰⁶ CE, 25 mars 2002, *Caisse d'assurance agricole du Bas-Rhin*, req. n° 224.055, Rec., p. 110, *RFDA*, 2002, n° 3, p. 664 : rectification par le juge de l'excès de pouvoir d'une erreur matérielle entachant une ordonnance de codification, compte tenu de ce que l'expiration de l'habilitation législative empêchait l'autorité compétente d'édicter un rectificatif.

III – L'INTERPRÉTATION JURIDICTIONNELLE

387. L'interprétation des textes administratifs ou législatifs est inhérente à la fonction juridictionnelle. Dès lors qu'il appartient au juge d'appliquer la règle de droit à une série de faits ou d'actes litigieux, il est de son office de résoudre les difficultés qui sont attachées à cette opération¹⁴⁰⁷. En d'autres termes, le juge peut et même doit, en sa qualité d'organe d'application du droit, dissiper l'obscurité d'une disposition ou remédier aux antinomies ou lacunes qu'un texte peut comporter, sous peine de commettre un déni de justice¹⁴⁰⁸. Ce faisant, le juge est conduit à œuvrer de manière rétroactive, dans la mesure où il détermine *a posteriori* le sens à donner au texte applicable au litige, pour ensuite en assurer la sanction à l'égard de faits ou d'actes dont la survenance précède nécessairement son intervention dans la chronologie. Chacun s'accorde à reconnaître l'existence de ce pouvoir juridictionnel d'interprétation, mais tous n'ont pas la même conception de sa nature et, partant, de sa portée. Bien que le débat sur le pouvoir d'interprétation du juge dépasse largement le cadre de l'étude ici engagée, celui-là n'est pas sans incidence sur celle-ci. En effet, dès lors qu'il n'y a de rétroactivité que des normes juridiques, évoquer la rétroactivité de l'interprétation juridictionnelle suppose d'admettre que cette activité est le siège d'un pouvoir normatif. Or, selon la conception de l'interprétation retenue, la solution apportée à la question de sa rétroactivité n'est pas la même.

D'un côté, la conception classique de l'interprétation, héritée du légicentrisme, en fait un acte de pure connaissance, ce qui conduit à lui dénier toute portée normative au sein du processus d'application du droit et, par conséquent, toute rétroactivité. Partant du présupposé que l'énoncé contenu dans un texte ne possède qu'une signification unique, les auteurs classiques considèrent qu'il incombe seulement au juge de la formuler. De là, l'adage *in claris cessit interpretatio* qu'exprime notamment la théorie de l'acte clair, théorie à laquelle le juge administratif, comme son homologue judiciaire, demeurent attachés¹⁴⁰⁹. Lorsque le texte interprété est dépourvu d'obscurité, d'ambiguïté ou d'imprécision, il n'y a

¹⁴⁰⁷ H. Kelsen considérait même l'interprétation comme un préalable nécessaire à tout jugement. Selon lui, « *si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes. L'interprétation est donc un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit* » (H. KELSEN, *op. cit.*, p. 452). Cf., dans le même sens, J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, préc., p. 115, spéc. p. 119 ; M. DISANT, thèse préc., pp. 58-63 ; Y. GAUDEMET, « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », in P. AMSELEK (dir.), *op. cit.*, p. 204.

¹⁴⁰⁸ Sur le premier point, voir J. GHEZ, thèse préc., p. 14, n° 50. Comme le remarquait fort justement Portalis, « *Il y a une science pour les législateurs, comme il y a une science pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude [...]* C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforce inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler les vides que nous laissons » (souligné par nous ; J.-É.-M. PORTALIS, *Discours et rapports sur le code civil*, préc., 2010, pp. 72-73). Sur le second point, cf. l'art. 4 du Code civil. Voir également, C. EISENMANN, « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477, spéc. pp. 490-491 ; Y. GAUDEMET, *loc. cit.* ; B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, n° 5, p. 878 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 347.

¹⁴⁰⁹ Sur la position du juge administratif, voir É. REVERCHON, concl. sur CE, 16 juillet 1852, *Merilhou, S.*, 1862, III, p. 491 ; B. GENEVOIS, art. préc., p. 879 ; E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 499 ; R. ODENT, *loc. cit.* Pour un exposé critique, voir J.-J. BIENVENU, thèse préc., p. IV ; C. EISENMANN, art. préc., p. 496. Pour des ex., voir CE, Sect., 27 octobre 1999, *Commune de Houdan c/ Lhemery*, req. n° 188.685, Rec., p. 326, *AJDA*, 2000, n° 3, p. 259, note J. MORAND-DEVILLER, *BJDU*, 1999, n° 5, p. 370, concl. C. MAUGÜÉ ; 30 décembre 2002, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, req. n° 234.415, Rec., p. 487, *AJDA*, 2003, n° 5, p. 239, concl. M. GUYOMAR ; 12 février 2003, *Forté*, req. n° 235.869, Rec., p. 33, *Dr. soc.*, 2003, n° 7-8, p. 717, note P. CHAUMETTE. Sur la position du juge judiciaire, cf. L. BACH, fasc. préc., p. 14, n° 106. Pour des ex., voir Cass. Civ., 6 avril 1887,

pas lieu à interprétation et le juge s'en tient à la lettre du texte pour l'appliquer. À l'inverse, en présence d'un texte vague, obscur ou imprécis, le juge doit restituer, voire parfois reconstituer, le sens à lui donner. Ce n'est pas pour autant que le juge fait alors œuvre normative. Bien au contraire, l'opération d'interprétation consiste pour lui à rechercher la volonté de l'auteur du texte. En d'autres termes, le juge se borne à « révéler » une signification contenue dès l'origine dans le texte initial, mais qui demeurerait jusqu'ici cachée¹⁴¹⁰. Purement déclarative, l'interprétation du juge reste sans incidence sur le droit existant. Seule la volonté de l'auteur du texte, telle qu'elle s'est exprimée ou telle qu'elle se déduit de son objet, des débats parlementaires ou des travaux préparatoires, est créatrice de droit. Dans ce contexte, la rétroactivité parfois attribuée à l'interprétation donnée par le juge d'un texte n'est qu'apparente. En effet, ce n'est pas le texte tel qu'interprété *a posteriori* par le juge qui est appliqué au litige, mais le texte dans la signification qu'il est réputé avoir toujours eue. Dans sa fonction juridictionnelle, le juge se cantonne alors, pour donner la solution au litige, à vérifier que le fait ou l'acte contesté est conforme à la signification préexistante, quoique provisoirement cachée, du texte applicable. Tout au plus peut-on, dans cette conception déclarative, reconnaître à l'interprétation effectuée par le juge qu'elle rend plus claire et plus aisée l'application du texte initial.

D'un autre côté, la conception moderne de l'interprétation la reconnaît comme attributive de signification¹⁴¹¹. Partant de l'idée que tout énoncé contenu dans un texte est, par nature, susceptible de plusieurs sens possibles, les tenants de cette position estiment que le rôle du juge consiste à effectuer un choix parmi ceux-ci et que, ce faisant, il exerce un pouvoir de décision créateur de droit. L'interprétation est alors conçue principalement comme un acte de volonté, comme le siège d'un pouvoir normatif. Suivant cette logique, l'interprétation d'un texte donnée par le juge en sa qualité d'organe d'application du droit est *authentique*¹⁴¹², en particulier lorsqu'elle émane d'une cour suprême. Dès lors que le juge est habilité par l'ordre juridique à interpréter un texte en vue de trancher un litige, son interprétation s'impose, en ce sens qu'elle ne peut être contestée et que le texte interprété n'a désormais d'autre signification que celle qui lui a été attribuée par l'interprète¹⁴¹³. Néanmoins, l'effet créateur reconnu à l'interprétation authentique de la règle de droit trouve une frontière logique dans la détermination de la totalité des sens possibles d'une règle donnée, ainsi que dans le statut de l'organe qui l'a émise¹⁴¹⁴. Sur ce dernier point, l'interprétation juridictionnelle reste largement tributaire du procès et son autorité ne saurait, du moins en principe, excéder celle de la chose jugée. Encore n'en vaudrait-il ainsi que dans les cas où l'interprétation constitue le soutien nécessaire au dispositif du jugement. En revanche, lorsqu'elle est donnée par la Cour suprême, l'interprétation du juge « *se détache du procès et du jugement qui l'exprime ; elle est la référence au-delà de celui-ci, et au-delà même de tout*

Bull. Civ., n° 72, p. 131, *DP*, 1887, 1, p. 503 ; Soc. 21 janvier 1988, *M. X...*, pourv. n° 86-43.569, Bull. Civ. V, n° 67, p. 45 ; Crim., 10 mai 2000, *M. X...*, pourv. n° 99-83.977, Bull. Crim., n° 84, p. 540 ; Com., 10 mai 2006, *Société Idi c/ Société CNIM*, pourv. n° 04-10.696, Bull. Civ. IV, n° 119, p. 121.

¹⁴¹⁰ Sur l'ensemble de ces points, voir J. GUEZ, thèse préc., p. 4, n° 11 ; H. KELSEN, *op. cit.*, p. 459 et s., spéc. pp. 462-463 ; J.-É.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, préc., p. 29.

¹⁴¹¹ J.-J. BIENVENU, thèse préc., t. I, p. XV et p. 142 ; M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », préc., p. 9 et *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 293. Voir également, J. PETIT, thèse préc., p. 299, n° 611. C'est également la position d'une partie de la doctrine de droit privé (L. BACH, fasc. préc., p. 15, n° 118).

¹⁴¹² Sur cette question, voir H. KELSEN, *op. cit.*, p. 461. Cf. également, J. CHEVALLIER, art. préc., p. 115 ; J. GUEZ, *op. cit.*, p. 3, n° 9 ; M. TROPER, « Interprétation », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 843 ; L. FAVOREU et al., *op. cit.*, p. 94, n° 124.

¹⁴¹³ M. TROPER, *loc. cit.* Sur les différentes versions de la théorie normativiste de l'interprétation, voir M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, n° 50, p. 341, spéc. p. 342.

¹⁴¹⁴ J. CHEVALLIER, *loc. cit.* ; L. FAVOREU et al., *op. cit.*, p. 96, n° 125 ; M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », préc., p. 11. Voir également, D. de BÉCHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de F. MODERNE*, Paris Dalloz, 2004, p. 13.

contentieux. De portée juridique limitée, l'interprétation du juge trouve son autorité dans la souscription implicite (ou expresse) de tout système juridictionnel à la règle du précédent »¹⁴¹⁵. Dans cette mesure, l'interprétation du juge suprême supplante alors celles antérieurement données par les autres organes d'application du droit. Pour autant, le statut du juge interprète ne rend pas entièrement prééminente son interprétation dans un système juridique où il existe une pluralité d'ordres de juridiction. De fait, lorsque la Cour suprême dispose d'une compétence exclusive, l'interprétation délivrée par elle joue bien un rôle d'unification du droit et s'impose à tous. En revanche, et c'est le cas le plus fréquent, en cas d'interprétations concurrentes, l'autorité de l'interprétation de la Cour suprême reste relative.

Quelle que soit l'étendue de son autorité, l'interprétation juridictionnelle ne dispose pas moins d'une véritable portée normative et produit, par conséquent, un effet rétroactif *stricto sensu* au jour du texte interprété. Parce que cette interprétation est authentique, elle est réputée « s'incorporer » au texte interprété¹⁴¹⁶. Comme on a eu l'occasion de le souligner, la fiction d'incorporation attachée à la norme interprétative met en exergue l'identité d'objet existant entre elle et l'acte interprété. La première possédant un champ d'application temporel identique au second, les effets de celle-là remontent nécessairement au jour de l'entrée en vigueur de celui-ci. Parce que l'objet de l'interprétation juridictionnelle est le même que celui du texte interprété, celle-là rétroagit de plein droit à la date d'effet de celui-ci¹⁴¹⁷. Il convient cependant de dissocier l'effet propre de l'interprétation juridictionnelle et celui de son application aux faits du litige. En d'autres termes, l'opération d'interprétation ne se confond pas avec l'opération de concrétisation opérée par le jugement. Si le juge réalise en un seul mouvement et en un même moment ces deux opérations, elles doivent être intellectuellement distinguées. Dans un premier temps, le juge détermine le texte applicable au litige, dont la matière précède par hypothèse sa saisine, et en attribue rétroactivement la signification¹⁴¹⁸. Dans un second temps, il en assure la sanction en appliquant rétroactivement à des faits ou des actes passés le texte ainsi interprété¹⁴¹⁹.

Entre les conceptions classique et moderne de l'interprétation, il a été montré, à propos des interprétations législative et administrative, que c'est la seconde qui paraît le mieux décrire le mécanisme de rétroaction de la norme interprétative¹⁴²⁰. Il faut cependant constater que le juge administratif lui-même ne va pas jusqu'à se reconnaître un pouvoir d'interprétation aussi large. De fait, le juge administratif se rallie encore volontiers, au moins partiellement, à la conception classique de

¹⁴¹⁵ Y. GAUDEMET, *eod. loc.*

¹⁴¹⁶ J. GHEZ, thèse préc., p. 4, n° 14 ; J. HÉRON, « L'infériorité technique de la règle jurisprudentielle », préc., p. 1085 ; X. PRÉTOT, « Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1998, n° 1, p. 11. Le juge judiciaire a encore eu récemment l'occasion de confirmer implicitement qu'il regardait bien l'incorporation de son interprétation au texte interprété comme une fiction. Dans le contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi, récemment introduit dans notre ordre juridique, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel plusieurs questions de constitutionnalité au motif que celles-ci déduisaient l'atteinte aux droits et libertés garanties par la Constitution « *non du texte même d'une disposition législative mais de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence* » (Cass., Ass. plén., QPC, 19 mai 2010, pourv. n° 09-70.161, Bull. A. P. ; Crim., QPC, 19 mai 2010, *Mme Taylor, Colonna et Guillaume*, pourv. n° 09-83.328, 09-82.582 et 09-87.651, Bull. Crim. (3 esp.), *Gaz. Pal.*, 23 mai 2010, n° 143-147, p. 16, note D. ROUSSEAU). Voir également la réponse du Conseil constitutionnel pour lequel : « *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* » (C.Const., déc. n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, cons. 2).

¹⁴¹⁷ Sur ce point, cf., plus haut, p. 124, n° 172. Voir également, Y. GAUDEMET, art. préc., p. 211.

¹⁴¹⁸ Comme le soulignait à juste titre J.-J. Bienvenu, « *il y a là à l'occasion de chaque litige une reconstitution de l'acte ou de la règle à appliquer dont seul le juge apprécie la nécessité et l'opportunité* » (J.-J. BIENVENU, thèse préc., p. XIV).

¹⁴¹⁹ L. FAVOREU et al., *op. cit.*, p. 96, n° 126 ; H. KELSEN, *op. cit.*, p. 340 ; H. MOTULSKY, thèse préc., pp. 60-61, n° 61 à 63 ; M. PELLETIER, thèse préc., p. 22, n° 35. Cf. également, quoique de manière moins nette, C. EISENMANN, art. préc., pp. 502-503.

¹⁴²⁰ Cf., plus haut, respectivement pp. 124-125, n° 172-173 et p. 223, n° 288.

l'interprétation¹⁴²¹. On peut estimer, au contraire, que ce dernier ne fait par là que reconnaître les contraintes pesant sur son pouvoir d'interprétation, lesquelles découlent à la fois de son statut organique et de la discipline qu'il s'impose à lui-même. Dans ce contexte, le primat donné à la recherche de la volonté du législateur dans l'interprétation juridictionnelle des lois s'explique aisément par la prise en compte de la *situation* du Conseil d'État par rapport à l'auteur de l'acte. Cette méthode générale d'interprétation lui procure un « paravent commode »¹⁴²² qui, tout en exprimant sa déférence vis-à-vis du Parlement, permet de fondre sa propre interprétation avec celle de l'auteur du texte.

388. Quelle que soit la nature et l'étendue du pouvoir d'interprétation que le juge veut bien se reconnaître, il n'en reste pas moins que l'interprétation qu'il délivre des textes rétroagit au jour de l'entrée en vigueur de ceux-ci. Ce point est aisément vérifié, dès lors que le juge fait application du texte interprété aux faits du litige, comme si celui-ci avait eu, dès l'origine, la signification ou la portée que celui-là vient de lui conférer. Cela est particulièrement patent dans les affaires où l'interprétation juridictionnelle vient infirmer ou confirmer l'interprétation antérieure de la règle de droit qu'a pu en donner l'autorité administrative elle-même¹⁴²³.

Il en va également de même lorsque l'interprétation prétorienne contredit frontalement une disposition législative apparemment dépourvue de toute ambiguïté. On raisonnera ici principalement à partir de l'exemple des règles applicables à la recevabilité des recours, la rétroactivité de l'interprétation juridictionnelle du texte ayant une incidence directe et ostensible sur l'issue du litige. On rappellera, à titre liminaire, que l'effet dans le temps de ces dernières doit être apprécié par rapport à la date de formation du recours et, par suite, ne sont applicables, sauf à rétroagir, qu'aux recours déposés postérieurement à leur entrée en vigueur¹⁴²⁴. Or, l'interprétation juridictionnelle prenant effet à la même date que le texte auquel elle se rapporte, elle s'applique alors à l'ensemble des recours, qu'ils aient été ou non déposés à une date antérieure à celle à laquelle cette interprétation intervient. On peut mentionner, à titre d'exemple, les décisions dans lesquelles le juge administratif a interprété, de manière libérale, les textes interdisant tout recours à l'encontre d'une décision administrative. Celui-là regarde ceux-ci comme n'ayant pas, dès l'origine, exclu le recours pour excès de pouvoir. En conséquence de la rétroactivité de l'interprétation juridictionnelle du texte, le juge a pu légalement déclarer recevables l'ensemble des recours dirigés contre les décisions concernées et ce, quand bien même ils auraient été déposés à une date antérieure à celle de l'interprétation favorable à leur admission¹⁴²⁵. À l'inverse, lorsque le juge adopte une interprétation restrictive des conditions de recevabilité d'une voie de recours organisée par un texte, celle-ci entraîne le rejet de tous les recours pendants, de même que ceux

¹⁴²¹ Cf. l'opinion exprimée par le Président Genevois, art. préc., p. 878.

¹⁴²² B. SEILLER, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., *JCP A*, 2007, n° 38, p. 14, spéc. p. 15. Sur l'attitude du juge administratif face à la loi, voir R. LATOURNERIE, art. préc., « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, Sirey, 1952, p. 177, spéc. p. 252.

¹⁴²³ Cf., par ex., en matière fiscale, Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, pourv. n° 87-13.689, Bull. Civ. I, n° 226, p. 151, *Gaz. Pal.*, 1989, 2, comm. 152 ; 3 octobre 1994, *Établissements Danag-Handels-Anstalt*, req. n° 125.480, Rec., p. 425, *DF*, 1994, n° 94, comm. 2097, concl. G. BACHELIER (interprétation extensive d'une exonération fiscale) ; 2 mars 1994, *Ministre du Budget c/ SA Mais Angevin*, req. 123.355, Rec., p. 105, *DF*, 1994, n° 21-22, p. 900, concl. F. LOLOUM (définition extensive d'une catégorie fiscale).

¹⁴²⁴ CE, 13 juin 1953, *Racine*, Rec., p. 285 ; Sect., 10 février 1995, *M. Albert Riehl et Commune de Coudekerque-Branche*, req. n° 129.168 et 147.378, Rec., p. 66 (deux esp.), *AJDA*, 1995, n° 5, p. 370, chr. L. TOUVET et J.-H. STAHL, *LPA*, 12 juillet 1995, n° 83, p. 33, note M.-F. VERDIER, *RFDA*, 1995, n° 2, p. 343, concl. H. SAVOIE ; 13 juillet 2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, préc.

¹⁴²⁵ Ainsi, le juge a interprété en 1950 une loi de 1943 qui interdisait tout recours administratif ou judiciaire à l'encontre de la décision litigieuse, datant de 1946, comme n'ayant pas exclu le recours pour excès de pouvoir, ce qui lui a permis de statuer sur le recours dirigé ultérieurement contre elle (CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*, Rec., p. 110, *GAJA* n° 61, *RDP*, 1951, n° 2, p. 478, concl. J. DELVOLVÉ et note M. WALINE). Pour un autre ex., voir CE, 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes et autres*, préc.

antérieurement introduits et qui n'ont pas encore donné lieu à un jugement passé en force définitive de chose jugée¹⁴²⁶.

La rétroactivité de l'interprétation juridictionnelle est également perceptible au moment où le juge la fait évoluer. L'interprétation que donne les tribunaux d'un texte n'est pas figée dans le temps ; elle est susceptible d'être actualisée. Du fait de la fiction rappelée plus haut, la nouvelle signification se substitue purement et simplement à l'ancienne pour s'incorporer au texte initial. En d'autres termes, l'interprétation nouvelle recouvre entièrement et rétroactivement les effets de l'interprétation ancienne. Ainsi, un requérant irrecevable à saisir le juge en conséquence d'une interprétation restrictive d'un texte verra son recours admis à l'occasion d'un changement d'interprétation, alors même que celui-là a été introduit antérieurement à l'intervention dudit changement¹⁴²⁷.

389. Il ne saurait en aller différemment lorsque le juge est appelé à interpréter un acte administratif, que ce soit dans le cadre du contentieux général ou dans celui, plus rare, du contentieux spécial de l'interprétation. Une décision récente intervenue sur un recours en interprétation a eu l'occasion de rappeler le principe de la rétroactivité de l'interprétation juridictionnelle d'un acte administratif. Saisi d'une demande de modulation des effets dans le temps de l'interprétation donnée d'un contrat administratif par un tribunal administratif, la cour administrative d'appel de Bordeaux n'y a pas fait droit en estimant que son office ne l'autorisait pas à procéder à une telle modulation. Le juge d'appel a ensuite précisé que « *l'opposabilité de l'interprétation donnée aux stipulations litigieuses ne saurait être fixée à une date postérieure à la prise d'effet du contrat* »¹⁴²⁸. La formule ne pouvait être plus limpide, l'interprétation faite par le juge d'un acte administratif rétroagit, de plein droit, au jour de sa prise d'effet. Dans le contentieux général, la rétroactivité de l'interprétation juridictionnelle s'avère particulièrement remarquable dans les cas où elle sert à redresser la légalité de l'acte administratif interprété. Ainsi, le recours par le juge de l'excès de pouvoir à la technique des interprétations neutralisantes ou à celle des réserves d'interprétation le conduit à « vider de son venin » le contenu d'un acte administratif¹⁴²⁹. La rétroactivité attachée à l'interprétation ainsi réalisée permet de regarder l'acte en cause comme légal *ab initio*. L'illégalité qui aurait dû être sanctionnée par le juge se trouve alors rétroactivement effacée par l'interprétation neutralisante¹⁴³⁰. Cette méthode singulière ne saurait toutefois être employée qu'à l'égard de ceux des actes dont l'annulation apparaît néfaste au juge.

390. L'importance de l'interprétation juridictionnelle d'un texte, ainsi que de ses conséquences temporelles, incitent le Gouvernement, comme les juges du fond, à solliciter l'avis du Conseil d'État sur le sens et la portée d'un texte nouveau et ce, dans un souci de prévention du contentieux. Connaître à l'avance ou le plus rapidement possible la position de la haute juridiction administrative – par voie d'avis administratif ou contentieux – sur le sens et la portée à donner à un texte nouveau permet d'éviter les déconvenues attachées à la rétroactivité de l'interprétation authentique que celle-ci ne sera appelée à

¹⁴²⁶ Cela notamment été le cas en matière de recours administratif préalable obligatoire. Sur ce point, cf., plus bas, p. 328, n° 414.

¹⁴²⁷ Comp. CE, 28 juin 1961, *Sieur Q...*, req. n° 46.482, Rec., p. 445 et Ass. 17 mars 1972, *Dame G.*, req. n° 76.654, Rec., p. 228 : interprétation de l'art. 1933-5 du CGI dans le sens du refus, puis de l'admission, de l'intérêt de la femme mariée à agir au nom de son mari pour demander au juge une réduction de l'impôt sur le revenu du foyer fiscal. Pour d'autres ex., voir B. GENEVOIS, art. préc., pp. 881-882 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 366 et s.

¹⁴²⁸ CAA Bordeaux, 11 juin 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux*, req. n° 07BX01763, *AJDA*, 2010, n° 3, p. 174.

¹⁴²⁹ Voir, en ce sens, B. SEILLER, « L'illégalité sans annulation », *AJDA*, 2004, n° 18, p. 963.

¹⁴³⁰ Cf., par ex., Sect. 6 novembre 1992, *Mme Perrault*, req. n° 93.734, Rec., p. 398, *JCP G*, 1992, II, 22005 ; 17 mai 1999, *Le Briquir*, req. n° 123.952, Rec., p. 154, *AJDA*, 1999, n° 7-8, p. 618, concl. D. CHAUVAUX (atteinte potentielle au principe d'égalité hommes-femmes) ; 12 juillet 1995, *SARL Constructions Transactions Mauro*, req. n° 138.196 ; Avis, 28 novembre 2007, *Zhu*, req. n° 307.036, Rec., p. 454, *AJDA*, 2007, n° 42, p. 2289 (absence de saisine pour avis d'un organisme). Sur ces ex., voir F. DONNAT, concl. sur CE, Sect., 25 juillet 2004, *M. et Mme Leroy*, req. n° 242.318, Rec., p. 338, non publiées ; J. LE GARS, « De la manière de délier l'administration de sa compétence liée... », *AJDA*, 2010, n° 25, p. 1406 ; B. SEILLER, art. préc.

délivrer que bien plus tard, le plus souvent au stade de la cassation¹⁴³¹. La rétroactivité de l'interprétation juridictionnelle se trouve parfois au cœur d'un conflit entre le juge et le législateur. Il n'est pas rare, en effet, que ce dernier adopte un texte nouveau dans le but, avoué ou non, de renverser l'interprétation donnée par les tribunaux d'une loi qu'il a antérieurement édictée. Le fait que le législateur, auteur du texte initial, soit contraint d'édicter, le cas échéant sous couvert d'interprétation ou plus ostensiblement par voie de validation, une loi rétroactive faisant échec à celle de l'interprétation juridictionnelle achève de montrer la réalité et l'importance de cette dernière¹⁴³².

391. Conclusion du paragraphe 2. La rétroactivité du jugement s'exprime, pour l'essentiel, à travers la mise en œuvre des pouvoirs du juge. Afin de remplir son office, le juge utilise plusieurs techniques dont la rétroactivité constitue un accessoire naturel. D'abord, les pouvoirs d'annulation et de réformation permettent au juge de procéder, au présent, au retraitement d'une situation née dans le passé ou d'un acte précédemment édicté en méconnaissance d'une règle de droit. Ensuite, son pouvoir d'interprétation l'autorise à attribuer à la règle applicable au litige la signification qui doit être la sienne et qu'une imperfection a rendu, un temps, susceptible de controverse. Par comparaison avec celles employées par les autres autorités publiques, les techniques juridictionnelles de rétroactivité sont tout aussi nombreuses et diversifiées. À l'instar de l'autorité administrative, le juge recourt au polyptyque formé par l'annulation, la réformation, la rectification et l'interprétation. Ce parallélisme ne saurait surprendre, dès lors que l'une comme l'autre ont pour mission de veiller au respect de la légalité administrative et disposent, pour ce faire, de moyens comparables. Néanmoins, si leur point commun est d'être le siège d'une rétroactivité, ils ne sont pas identiques pour autant. Logiquement, le juge dispose, pour remplir sa propre mission, de pouvoirs plus étendus et moins strictement encadrés que ceux exercés par l'autorité administrative. La rétroactivité constitue ainsi la technique principale d'exercice de la fonction juridictionnelle.

¹⁴³¹ Sur ce point, voir H. BELRHALI-BERNARD, « Les avis contentieux du Conseil d'État : remarques sur vingt années de pratique », *AJDA*, 2010, n° 7, p. 364, spéc. p. 371. Sur la question des effets des avis rendus par le Conseil d'État, cf., plus bas, p. 337 et s. et 426 et s.

¹⁴³² Pour des ex., cf., plus haut, pp. 101-102, n° 146.

392. Conclusion de la Section 1. La rétroactivité est au cœur même de l'exercice du pouvoir normatif juridictionnel. La mission du juge consiste principalement à établir la règle de droit qui aurait dû être appliquée aux faits litigieux, puis à vérifier la conformité des seconds à la première. En affirmant le droit de l'auteur d'une prétention à l'effet juridique de la règle de droit en cause, le jugement produit un *effet substantiel* sur l'ordonnancement juridique. Le juge ne se borne pas à « découvrir » le droit applicable, il « établit » le droit qui doit ou aurait dû être appliqué. Au titre de sa mission juridictionnelle, le juge est susceptible de jouer un double rôle dans l'application de la règle de droit, auquel correspond une dualité d'effet dans le temps. Lorsque son intervention est indispensable pour rendre la règle de droit applicable, l'activité du juge est entièrement tournée vers le futur. Au contraire du jugement constitutif, le jugement déclaratif sanctionne l'application d'une règle de droit au cours d'une période antérieure à son intervention. Le jugement déclaratif statue nécessairement sur le passé. Toutefois, l'examen rétrospectif auquel le juge se livre à cette occasion ne confère pas pour autant un effet rétroactif à sa décision. Seuls rétroagissent les jugements dont l'objet même est de retenir une situation juridique née *ex ante* en violation d'une règle de droit. En d'autres termes, le jugement rétroactif rétablit ce qui aurait dû se passer si la règle de droit avait été correctement appliquée.

C'est en prenant principalement en compte le pouvoir mis en œuvre par le juge pour résoudre le litige que les multiples manifestations de la rétroactivité du jugement peuvent être saisies. Selon les cas, le juge sera amené tantôt à sanctionner, tantôt à réparer rétroactivement les illégalités affectant un acte administratif ou un jugement antérieurement intervenu. Au sein de chacune des branches de cette alternative, les expressions de la rétroactivité sont variées. D'un côté, l'établissement par le juge de l'inexistence de l'acte de droit public et le prononcé de son annulation pour irrégularité entraînent chacun l'anéantissement rétroactif de ses effets. De l'autre, la réformation de l'acte de droit public irrégulier, qu'elle intervienne ou non après une annulation, et sa rectification emportent la consolidation rétroactive de ses effets. Enfin, l'office du juge étant d'appliquer une règle de droit en ayant au préalable résolu les difficultés attachées à sa signification, l'interprétation qu'il donne des textes administratifs ou législatifs produit, par le jeu de la fiction d'incorporation de la norme interprétative à la norme interprétée, également un effet rétroactif.

Il en va de même lorsque, à l'occasion de l'accomplissement de sa mission juridictionnelle, le juge participe ponctuellement à la création des règles du droit positif. Une fois formulée, la jurisprudence nouvelle produit, de plein droit, un effet rétroactif.

Section 2 : La rétroactivité de la règle jurisprudentielle

393. Le juge est parfois appelé à dégager, à l'occasion et pour les besoins de la solution du litige qui lui est soumis, une solution nouvelle qu'il va élargir pour fixer, de manière générale et abstraite, le droit applicable à une situation donnée. La solution nouvellement dégagée va affecter non seulement les situations sur lesquelles porte la décision de justice, mais également toutes celles non soumises à litige, indifféremment du moment où elles sont nées. En d'autres termes, la jurisprudence nouvelle est applicable, de plein droit et avec effet rétroactif, aux situations antérieurement constituées. Cette rétroactivité *essentielle* attachée à la jurisprudence est le résultat d'une sorte d'effet mécanique produit par l'absence d'habilitation officielle du juge à créer des règles de droit, autrement que pour remplir sa fonction juridictionnelle. Bien que son fondement et sa légitimité soient sources d'éternelles controverses, le pouvoir normatif jurisprudentiel n'en est pas moins une réalité. En raison de sa clandestinité, ce pouvoir présente trois caractéristiques qui sont à la source même de rétroactivité inhérente à la jurisprudence. Il est subsidiaire par rapport au pouvoir juridictionnel, seul pouvoir normatif du juge à être officiellement habilité. Il s'exerce selon un mode particulier, la règle prétorienne étant formulée et appliquée rétroactivement par le juge en un même mouvement, à travers le jugement qu'il rend. Il présente une déficience fondamentale tenant à l'indétermination du champ d'application de la règle nouvellement édictée. Ces éléments font de la rétroactivité une caractéristique indissociable de l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel.

394. Essentiellement rétroactive, la jurisprudence n'est cependant pas un phénomène uniforme. Elle est susceptible d'emprunter les divers « canaux » par lesquels le juge exerce ordinairement sa fonction principale de trancher des litiges déjà nés ou, pour les juridictions suprêmes, celle plus accessoire de faciliter le traitement rapide des contentieux. Ce polymorphisme se manifeste également d'un point de vue temporel. À côté des jurisprudences établies par un ensemble de décisions successives formulant progressivement, par effet de sédimentation, un principe nouveau et/ou par une interprétation constructive ou renouvelée de textes préexistants, la règle nouvelle peut également être exprimée de façon instantanée, à travers un arrêt de principe ou un avis contentieux. Dans la période récente, le juge a eu tendance à se détacher du cadre du litige pour formuler plus ouvertement et plus directement la règle prétorienne. Ce faisant, il fait désormais œuvre de *jurislation*, ce qui ne va pas sans remettre en cause l'inhérence même de la rétroactivité à la fonction jurisprudentielle.

Au bénéfice de ce qui a été dit, l'analyse de la rétroactivité générale de la jurisprudence (§ 1) doit précéder l'étude de ses manifestations particulières (§ 2).

§ 1 : La rétroactivité essentielle de la jurisprudence

395. À la source de la rétroactivité essentielle de la jurisprudence réside le pouvoir normatif non officiellement habilité du juge et les conditions particulières dans lesquelles celui-là s'exerce. On ne saurait écarter cette question de la normativité de la jurisprudence, dès lors qu'elle conditionne nécessairement la réponse à donner à l'effet dans le temps de la jurisprudence. S'il n'est, du reste, plus guère défendable de contester l'existence d'un pouvoir normatif jurisprudentiel, il n'en reste pas moins

que ce dernier présente, du fait même qu'il n'est pas officiellement habilité, des spécificités irréductibles. Ce n'est qu'en vue d'accomplir sa mission juridictionnelle que le juge est fondé à formuler une jurisprudence nouvelle. Ainsi, la règle jurisprudentielle présente la particularité de ne pas être posée pour elle-même, mais en vue de résoudre un litige. C'est à travers un seul et même vecteur, le jugement, que se combinent l'exercice du pouvoir créateur de règles de droit du juge et la mise en œuvre de sa fonction d'application du droit. Ce « mélange des genres » produit un effet mécanique remarquable. Aussitôt formulée, la jurisprudence nouvelle est appliquée aux situations litigieuses antérieurement nées. Le lien indissociable ainsi établi entre création et application du droit par le juge explique la rétroactivité inhérente à la jurisprudence (I). La conséquence de ce lien est l'anticipation automatique des effets sur l'ordonnement juridique de la jurisprudence nouvellement formée (II).

I – L'EXPLICATION : LE LIEN INDISSOCIABLE ENTRE CREATION ET APPLICATION DU DROIT PAR LE JUGE

396. Malgré un certain consensus en faveur de sa reconnaissance, la normativité de la jurisprudence demeure une interrogation lancinante en doctrine. La solution par l'affirmative que lui apporte la doctrine majoritaire est loin de résoudre toutes les difficultés, notamment celles attachées à la formation de la règle prétorienne. Pourtant, la normativité de la jurisprudence constitue une condition première de la reconnaissance de sa rétroactivité. S'il n'y a de rétroactivité que de la norme, alors la jurisprudence doit, pour être rétroactive, être normative. Toutefois, parce que le pouvoir normatif jurisprudentiel n'est pas officiellement habilité, la norme jurisprudentielle reste marquée par les caractéristiques attachées à sa source (A). La « clandestinité » de la jurisprudence se manifeste également à travers le mode de création des règles prétoriennes. Formulée à l'occasion d'un litige, la règle jurisprudentielle est contenue dans le jugement qui en fait application. Ce lien indissociable entre création et application du droit par le juge constitue l'élément explicatif de l'inhérence de la rétroactivité à la norme jurisprudentielle (B).

A/ La normativité de la jurisprudence, condition de l'admission de sa rétroactivité

397. Si la question de la reconnaissance au juge d'un pouvoir créateur de règles de droit ne fait plus guère débat au sein de la doctrine publiciste, la réponse à lui donner conditionne directement la reconnaissance de son caractère rétroactif. Pour être admissible, la normativité de la jurisprudence pose de nombreuses difficultés qu'il est difficile de surmonter (1). Si l'on peut déduire de l'énoncé général et abstrait présent dans les motifs du jugement l'existence d'une règle de droit, celle-ci reste emprunte par les caractéristiques attachées à sa source. Le pouvoir normatif jurisprudentiel demeure subsidiaire et finalisé par rapport aux pouvoirs normatifs officiellement habilités. Faute d'une telle habilitation, la norme jurisprudentielle ne dispose que d'une autorité indirecte (2).

1°) L'admission progressive d'un pouvoir normatif jurisprudentiel

398. Le droit jurisprudentiel est dégagé par le juge au fur et à mesure des litiges qui lui sont soumis. Il s'agit de droit non écrit, en ce sens que la règle de droit n'est pas posée pour elle-même par un organe constitutionnellement habilité. En droit français, la reconnaissance d'un pouvoir normatif à la

jurisprudence se heurte à une longue tradition héritée de l'idéologie révolutionnaire, en vertu de laquelle le juge ne saurait jouer aucun rôle dans la création du droit¹⁴³³. Sur le fondement d'une lecture légicentriste du principe de séparation des pouvoirs¹⁴³⁴ et au nom de la légitimité démocratique reconnue au seul Parlement, la jurisprudence ne saurait figurer parmi les sources formelles du droit français. Jusqu'à une période récente, c'est entourée, au mieux, d'un climat de forte suspicion que la question de la reconnaissance au juge d'un pouvoir créateur de règles de droit¹⁴³⁵ a été abordée en doctrine. L'attitude même du juge a entretenu l'illusion de l'absence de création de droit par la voie prétorienne. Comme le relevait M. Jeanneau : « *le Conseil d'État se défend fréquemment, dans ses déclarations officielles, d'être l'auteur des principes généraux du droit. Il se présente comme le serviteur d'un corps de règles non écrites qui s'imposent à lui de l'extérieur et qu'il "se borne à constater"* »¹⁴³⁶. C'est dire que le débat sur le pouvoir normatif de la jurisprudence fait figure de véritable « serpent de mer », lequel dépasse largement le cadre de la présente étude¹⁴³⁷.

399. Sans reprendre dans leur intégralité les termes d'une controverse inépuisable¹⁴³⁸, on ne s'y intéressera que dans la mesure où les différentes manières de traiter la normativité de la jurisprudence influent directement sur la reconnaissance que celle-ci est bien le siège d'une rétroactivité de droit. S'il ne peut y avoir de rétroactivité que des normes juridiques, la réponse apportée à la question de la normativité de la jurisprudence conditionne nécessairement celle à donner à sa portée temporelle. Or, la doctrine demeure partagée entre la négation pure et simple et la reconnaissance prudente d'un pouvoir normatif de la jurisprudence. Une même ligne de partage se retrouve, du reste, parmi les membres de la juridiction administrative¹⁴³⁹.

¹⁴³³ Cf. L. BACH, art. préc., p. 49 ; J.-L. BERGEL, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », *RRJ*, 1993, n° 4, p. 1055, spéc. p. 1056 ; J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, préc., p. 51 et s. ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, préc., p. 87, n° 123 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., pp. 121-122 et *op. cit.*, t. I, préc., p. 5, n° 6 ; J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle, Études offertes à G. RIPERT*, t. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 28, spéc. p. 38 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 7 et 33 ; G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *RIDC*, 1984, n° spécial, p. 265 ; J. WALINE, *Droit administratif*, préc., p. 293, n° 312 ; M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », préc., p. 624, n° 16.

¹⁴³⁴ Comme le remarque J. Maury, « *le principe de séparation des pouvoirs en vertu duquel l'autorité judiciaire ne peut, en France, rien entreprendre sur la fonction législative, outre qu'il n'est pas absolu, interdit uniquement au juge de faire œuvre de législateur, c'est-à-dire d'édicter par un acte de sa propre volonté une règle générale et permanente* » (J. MAURY, art. préc., p. 29). Voir, également, F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. II, Paris, Sirey, 1^{ère} éd., 1914, p. 33 et s., n° 146 ; J. HÉRON, « L'infériorité technique de la règle jurisprudentielle », préc., p. 1085.

¹⁴³⁵ T. REVET, « La légisprudence », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de P. MALAURIE*, Paris, Defrénois, 2005, p. 377, n° 1.

¹⁴³⁶ B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, p. 123.

¹⁴³⁷ Outre les références citées dans les développements précédents et suivants, voir, parmi une littérature abondante, P. AVRIL, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droits ? », *Arch. phil. dr.*, La création du droit par le juge, t. 50, 2007, p. 30 ; S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, t. 17, 1974 ; M. CHRÉTIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle : leur formation, leurs caractères*, thèse Lille, impr. de L. Danel, 1936 ; H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit public, t. 161, 1991 ; R. DAVID, « La jurisprudence », *RRJ*, 1985, n° 3, p. 776 ; D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., Paris II, 1980 ; M. DISANT, thèse préc., p. 214 et s. ; O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 349 et « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », préc., p. 465 et s. ; J. HILAIRE, « Jugement et jurisprudence », *Arch. phil. dr.*, t. 39, Le Procès, 1994, p. 181 ; J. ROCHE, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *AJDA*, 1962, n° 10, p. 532 ; M. WALINE, art. préc., p. 615.

¹⁴³⁸ De surcroît, de nombreuses études, auxquelles on se permet de renvoyer, ont déjà été consacrées à ce débat doctrinal. Voir, notamment, Association H. CAPITANT, *La réaction de la doctrine à la création de droit par le juge*, t. 21, 1980 ; D. de BÉCHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 29 et s. ; O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », préc., p. 463 ; J. HARDY, art. préc., p. 453 ; A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989, n° 2, p. 257, spéc. p. 275 et s., n° 13 et s. ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 20 et s., n° 17 et s. ; P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ*, 2001, n° 1, p. 77.

¹⁴³⁹ Pour une position conforme à la théorie classique de la déclarativité de la jurisprudence, voir R. MARGUERIE, concl. sur CE, 7 décembre 1883, *Compagnie des chemins de fer de Paris à Orléans*, Rec., p. 904 ; H. SAVOIE, concl. sur CE, Ass., 6 février 1998,

D'un côté, la doctrine classique refuse de voir dans la jurisprudence une activité normative. Un premier courant dénie purement et simplement tout caractère juridique à la jurisprudence. Ces auteurs ne voient en elle qu'une tendance sociologique¹⁴⁴⁰. Dans la même veine, un second courant, tout en acceptant l'appartenance à la sphère juridique de la jurisprudence, rejette l'idée que le juge puisse créer du droit par cette voie. Dans ces deux conceptions fortement marquées par le légicentrisme, le juge se borne à dire le droit sans jamais innover. Il en découle que, pour ces auteurs, la jurisprudence n'est pas rétroactive, mais simplement déclarative¹⁴⁴¹. À la manière de l'interprétation, laquelle est conçue par la doctrine classique comme un acte de pure connaissance, la jurisprudence fait corps avec l'ordre juridique préexistant, qu'elle se borne à révéler sans rien y ajouter ou y retrancher. Dans ce contexte, les innovations éventuellement observables dériveraient en réalité des textes ou de principes inexprimés que le juge découvre. La conséquence logique et radicale qui s'impose est que l'interprétation jurisprudentielle, censée ne jouer que le rôle de révélateur d'une règle antérieure, est réputée avoir toujours existé¹⁴⁴². À titre d'exemple, on rappellera pour mémoire que c'est suivant un raisonnement analogue que la théorie des principes généraux du droit a longtemps été expliquée en droit administratif¹⁴⁴³. Cette manière de voir ne saurait pourtant être acceptée. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que l'interprétation, en tant qu'elle n'est pas seulement descriptive ou cognitive du sens à donner à un énoncé mais bien attributive de signification, est elle-même une activité normative. De là à admettre que cette activité est susceptible de déboucher sur la création d'une règle de droit entièrement nouvelle, il n'y a qu'un pas qu'une approche animée par une volonté de réalisme a permis de franchir, sans pour autant clore définitivement le débat.

400. D'un autre côté, une partie de la doctrine reconnaît, dans un désir de réalisme, un pouvoir créateur de règles de droit à la jurisprudence¹⁴⁴⁴. Ce courant favorable à la réception de la normativité de

Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais, req. n° 138.777, 147.424 et 147.425, Rec., p. 30, *RFDA*, 1998, n° 2, p. 412 ; Y. STRUILLOU, concl. sur CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, req. n° 278.220, Rec., p. 118, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 550, spéc. p. 559. Pour une position plus audacieuse, voir J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1998, *EDF*, req. n° 160.246, Rec. p. 364, *AJDA*, 1998, n° 12, p. 1017, spéc. p. 1018 ; J.-C. BONICHOT, « L'arrêt AC ! : évolution ou révolution ? », *AJDA*, 2004, n° 20, trib., p. 1049 ; D. CASAS, concl. sur CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., *RFDA*, 2007, n° 4, p. 696.

¹⁴⁴⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, t. I, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 27^e éd., 2002, p. 285, n° 144 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007, pp. 47-48, n° 73 et p. 227, n° 438 ; J. ROCHE, art. préc., p. 538. Partant, ces auteurs lui reconnaissent seulement une autorité de fait ou, tout au plus, une autorité *de jure* par voie de formation coutumière. Pour un rappel, voir Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », préc., p. 1628.

¹⁴⁴¹ De cette idée de déclarativité, F. Terré en déduit que « c'est parce que la jurisprudence n'est pas constitutive mais seulement déclarative et parce qu'elle ne peut être créatrice de droit que ses décisions ne sauraient avoir la force des lois rétroactives » (cf. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., p. 438, n° 532).

¹⁴⁴² Voir, notamment, T. BONNEAU, *La Cour de Cassation et l'application de la loi dans le temps*, préc., p. 73 et s., n° 85 et s. et « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, chr., pp. 24-26, n° 5 à 8 ; L. DI QUAL, « Des actes interprétatifs publics non juridictionnels et de leur autorité à l'égard du juge », préc., pp. 44-45 ; W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », *D.*, 2006, n° 7, p. 472 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, éd. E. de Boccard, 3^e éd., 1927, p. 164, § 15 et *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préc., p. 416 ; J. ROCHE, art. préc., p. 534 ; P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP G*, 1959, 1467, n° 6 ; F. ZÉNATI, *op. cit.*, p. 155 ; Pour un exposé critique, voir A. HERVIEU, art. préc., p. 288, n° 23. Cf. également l'opinion de TRONCHET citée par P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, préc., p. 25, n° 7.

¹⁴⁴³ B. JEANNEAU, *loc. cit.* ; J. MASSOT et T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 174 ; J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne », *D.*, 1951, chr., pp. 21-22.

¹⁴⁴⁴ Cette posture est notamment celle adoptée par le groupe de travail présidé par N. Molfessis (N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Paris, Litec, 2005, p. 5). Voir, dans le même sens, O. DUPEYROUX, art. préc. p. 468 ; J. HARDY, « Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif français », *RDP*, 1990, n° 2, p. 453, spéc. pp. 456-460 ; M. WALINE, art. préc., p. 623, n° 14.

la jurisprudence est largement majoritaire au sein de la doctrine publiciste¹⁴⁴⁵. On peut même ajouter que, pour la doctrine administrativiste en particulier, celle-ci relève même de l'évidence, dès lors que chacun s'accorde pour donner une place importante, voire singulière, à la jurisprudence du Conseil d'État dans l'élaboration des règles du droit administratif¹⁴⁴⁶. De fait, la jurisprudence a souvent été présentée comme l'une des composantes essentielles du droit administratif¹⁴⁴⁷, si bien que celle-là est parfois rangée parmi les sources formelles de celui-ci¹⁴⁴⁸.

Toutefois, même en cette matière, l'admission de la normativité de la jurisprudence ne s'accompagne pas d'un consensus autour de sa nature ou de son statut¹⁴⁴⁹. Quant au fondement à donner au pouvoir normatif du juge, les opinions sont partagées. Certains auteurs, les plus anciens, estiment que ce pouvoir résulterait d'une réception ou d'une habilitation implicite de la règle jurisprudentielle par le législateur¹⁴⁵⁰. Dans la même veine, d'autres auteurs fondent l'habilitation du pouvoir normatif du juge sur une interprétation constructive des dispositions des articles 4, 5 et 1351 du Code civil. Contraint de statuer du fait de la prohibition du déni de justice et de motiver ses jugements, lesquels sont revêtus d'une autorité particulière, le juge est fondé à édicter des règles, dans la limite de ne pas empiéter sur le pouvoir législatif en statuant par voie de disposition générale¹⁴⁵¹. D'autres encore préfèrent assimiler la

¹⁴⁴⁵ H. Battifol constatait déjà avec raison que « *les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative* » (H. BATTIFOL, « Les revirements de jurisprudence », *Arch. phil. dr.*, t. 12, 1967, p. 335 ; cf., dans le même sens, G. DARCY, « Le théoricien et le rêveur (réflexions sur les revirements de jurisprudence) », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 349, n° 30 ; Y. GAUDEMET, art. préc., p. 397 ; F. ZÉNATI, *op. cit.*, p. 151).

¹⁴⁴⁶ Il n'en va pas de même du droit fiscal, lequel procède essentiellement de la loi (cf., en ce sens, C. de la MARDIÈRE, « Le pouvoir créateur du juge de l'impôt », *Arch. phil. dr.*, t. 50, 2007, p. 229 ; G. VEDEL, art. préc., p. 270).

¹⁴⁴⁷ Cela tient au rôle qu'elle a joué dans la formation historique du droit administratif (cf., notamment, G. BRAIBANT, « Le rôle du Conseil d'État dans la création du droit », *Droit administratif, Mélanges R. CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 91, spéc. p. 96 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution générale à la théorie de l'État*, t. I, préc., p. 748, n° 248 ; R. CHAPUS, « L'élaboration du droit : la jurisprudence. Rapport introductif », *Rev. adm.*, 2000, n° spéc., n° 3, Colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État français, p. 33 ; J. CRUET, *op. cit.*, p. 69 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *op. cit.*, p. 86, n° 125 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 121 et s., spéc. p. 123 ; F. GAZIER, « Le rôle de la jurisprudence dans le développement du droit administratif français », *RIDC*, 1986, n° spéc., p. 161 ; J. HARDY, art. préc., p. 456 ; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc., 2^e éd., introduction à la première édition, pp. XII-XIII ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 30 et s. ; J. RIVERO, « Réflexions sur les sources comparées des droits administratifs », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur M. STASSINOPOULOS*, Paris, LGDJ, 1974, p. 138, n° 7 ; G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à M. WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 777, et « Le précédent judiciaire en droit public français », préc., p. 271). Selon la formule de R. Chapus, une des caractéristiques fondamentales du droit administratif est qu'il est « un droit fondamentalement jurisprudentiel » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 6, n° 11 ; cf., dans le même sens, C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 310 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 143 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pp. 88-89). Cependant, cette conception doit être aujourd'hui nuancée, sans pour autant être tout à fait remise en cause, avec la multiplication des textes régissant la matière administrative et la codification, certes à droit constant, qui l'accompagne (sur ce point, voir C. DEBBASCH, « Les sources du droit administratif, permanence et novation », *D.*, 1971, chr., pp. 255-256 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *op. cit.*, p. 99, n° 143 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, préc., p. 7 et s., n° 8 et s. ; J. HARDY, art. préc., p. 454 ; J.-F. LACHAUME, « La jurisprudence à l'épreuve de la loi dans le droit des services publics », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à G. CORNU*, Paris, PUF, 1994, p. 233 ; T. LARZUL, *Les mutations des sources du droit administratif*, Rennes, éd. L'Hermès, 1994, p. 276 et p. 334 ; D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel », *AJDA*, 1980, n° 12, p. 635 ; F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, 2005, n° 12, p. 637 ; G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, n° 31, Paris, Imprimerie nationale, 1979-1980, p. 31).

¹⁴⁴⁸ J.-L. BERGEL, art. préc., p. 1056 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 92, n° 116 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 123 et 227.

¹⁴⁴⁹ En effet, l'absence de statut de la jurisprudence la fait apparaître comme une source clandestine, voire abusive, du droit, selon la formule d'O. Dupeyroux (O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », préc., p. 349). Elle conduit la doctrine à considérer, non sans quelque paradoxe, que la jurisprudence est une source du droit, non pas en droit mais en fait. Pour un exposé critique, voir S. RIALS, thèse préc., p. 197, n° 139.

¹⁴⁵⁰ Cf., respectivement, M. WALINE, art. préc., p. 627, n° 18 et O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 74, n° 64. Toutefois, un tel raisonnement ne peut être suivi car il consiste à présupposer, à tort, que le législateur connaît la jurisprudence et que son abstention équivaut à une autorisation ou approbation tacite (cf., en ce sens, P. JESTAZ, art. préc., pp. 12-13 ; J. MAURY, art. préc., pp. 38-39).

¹⁴⁵¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 734, n° 244 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc., p. 124, n° 162 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 325 et « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », préc., p. 499, n° 26 ; Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », préc., p. 398 et « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », préc., p. 208 ; J. HARDY, art. préc., p. 460 ; P. HÉBRAUD, « Le juge et la

jurisprudence à la coutume en insistant davantage sur son mode de formation particulier¹⁴⁵². D'autres enfin tentent de démontrer que le juge dispose d'un pouvoir normatif autonome et originaire, et non plus seulement dérivé et tributaire de la loi ou de la coutume, lequel découle de la nature même de la fonction de juger¹⁴⁵³. Cette position est, du reste, confortée par le déclin progressif de la conception organique de la fonction législative en droit français. Depuis 1958, le pouvoir de fixer des règles de droit n'est plus exclusivement dévolu au législatif, mais est désormais partagé avec l'exécutif. Dans un contexte d'inflation normative et de disqualification de la loi¹⁴⁵⁴ au profit de sources concurrentes, notamment européennes, la participation du juge à la fonction législative ne semble plus aussi transgressive. Elle trouve même une nouvelle légitimité dans les multiples fonctions qui sont confiées au juge ordinaire. Cette montée en puissance du pouvoir jurisprudentiel est, du reste, favorisée par le développement d'une conception matérielle de la loi qui englobe l'interprétation qui en est donnée par les juridictions¹⁴⁵⁵.

Pour nombre d'auteurs, l'impossibilité d'établir, de manière décisive, un fondement juridique au pouvoir normatif de la jurisprudence conduit à lui attribuer, tout au plus, une autorité de fait¹⁴⁵⁶ inférieure au droit écrit. Pour ces derniers, la jurisprudence est conçue comme une source du droit certes, mais dérivée et subalterne par rapport aux sources dites « officielles » que sont la loi et l'acte administratif. Les auteurs qui admettent, au contraire, que la jurisprudence est juridiquement habilitée lui font bénéficier d'une autorité de droit. Quelles que soient les interrogations qui persistent sur la justification et le fondement juridique du pouvoir normatif jurisprudentiel, l'acceptation de son existence est, pour le droit public, chose acquise en doctrine.

À ces considérations largement favorables à la reconnaissance au juge du pouvoir d'édicter des règles de droit s'ajoute l'absence de caractère décisif des objections qui lui sont classiquement opposées. Ces dernières sont principalement tirées d'une certaine lecture de la conception française de la séparation des pouvoirs¹⁴⁵⁷. Il est fait interdiction au juge de participer et, *a fortiori*, d'empiéter sur la fonction législative. Le juge n'est que le simple exécutant de la loi.

jurisprudence », in *Mélanges offerts à P. COUZINET*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1974, p. 329, spéc. p. 339, n° 10 ; S. RIALS, *loc. cit.*

¹⁴⁵² Ces auteurs recourent aux critères de la création du droit par voie de coutume pour expliquer la jurisprudence (L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. dr. civ.*, préc., p. 14, n° 101 ; P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.*, 1987, chr., p. 11, spéc. p. 12 ; G. CORNU, *op. cit.*, p. 231, n° 442 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 49, n° 47 ; J. MAURY, art. préc., p. 48 ; R. LATOURNERIE, art. préc., p. 263 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 248, n° 56 ; G. TEBOUL, *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 153, 1989, p. 6 et « À propos de la coutume dans la jurisprudence administrative. Dialogue intérieur », in *Droit administratif, Mélanges R. CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 589). Ainsi, l'existence d'une jurisprudence n'est admise que lorsque plusieurs décisions ont été rendues dans le même sens (J.-L. BERGEL, art. préc., p. 1061 ; J. BOULANGER, art. préc., p. 440, n° 37 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 319 ; P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTDCiv.*, 1952, p. 17, spéc. p. 19 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 214 ; J. MOREAU, *Droit administratif*, préc., p. 512, n° 394 ; pour un exposé critique, voir O. SALVAT, thèse préc., p. 100, n° 100). Or, on le sait, la jurisprudence peut émaner d'une seule décision et disposer d'une autorité immédiate (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 122, n° 159 ; P. HÉBRAUD, art. préc., p. 331, n° 1 ; G. VEDEL, art. préc., p. 281, n° 14). Sur l'ensemble de la question, J.-J. GLEIZAL, « Les sources du droit administratif », in P. ALLIÈS (dir.), *L'Administration dans son droit : genèse et mutation du droit administratif français*, Paris, Publisud, coll. Critique du droit, 1985, p. 74 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 275, n° 13 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 21, n° 17-18.

¹⁴⁵³ Voir, en ce sens, F. MELLERAY, « Décision juridictionnelle et règle jurisprudentielle », in B. SEILLER (dir.), *op. cit.*, p. 43 ; D. de BÉCHILLON, thèse préc., pp. 125-137.

¹⁴⁵⁴ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 337. Voir également, M. DISANT, thèse préc., pp. 221-222.

¹⁴⁵⁵ Cf., en ce sens, C. Const., déc. n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, préc., cons. 2. C'est également la position défendue par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, série A, n° 30, § 47 ; 24 avril 1990, *Kruslin c/ France*, req. n° 11801/85, série A, n° 176-A, § 29, *GACEDH* n° 5).

¹⁴⁵⁶ M. DISANT, thèse préc., p. 226 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 223.

¹⁴⁵⁷ Elle est largement inspirée des idées de Montesquieu dont il suffit ici de rappeler la teneur : « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la fonction exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur [...] les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui

401. L'inopérance de la prohibition des arrêts de règlement. D'une part, le juge ne peut s'affranchir de sa fonction juridictionnelle et se faire législateur. La législation par voie d'autorité jurisprudentielle est prohibée. La prohibition des arrêts de règlement posée à l'article 5 du code civil¹⁴⁵⁸ a parfois été avancée pour contester le pouvoir normatif du juge¹⁴⁵⁹. En édictant une norme générale et abstraite en vue de fixer le droit applicable à une situation donnée, le juge violerait le principe de séparation des pouvoirs. L'arrêt de principe est alors assimilé à un arrêt de règlement¹⁴⁶⁰. Comme l'a récemment rappelé M. Gaudemet, ce rapprochement méconnaît la réalité historique¹⁴⁶¹. L'arrêt de règlement correspondait, dans un régime de confusion des pouvoirs, à l'exercice par un même organe des pouvoirs législatif et judiciaire. Sous l'Ancien Régime, les Parlements disposaient du droit de police, lequel dérivait du droit de justice et en était indissociable. Indépendamment de leur fonction juridictionnelle, ils participaient à l'activité législative en prenant des actes de portée générale¹⁴⁶². Contrairement aux arrêts dits « ordinaires », les arrêts de règlement n'étaient pas revêtus de l'autorité de chose jugée et ne se limitaient pas aux parties. Une fois publiés, ils devenaient obligatoires *erga omnes* dans tout ou partie du ressort de la cour. Ils étaient rendus suivant une procédure tout à fait différente de celle applicable aux décisions de justice¹⁴⁶³. Les arrêts de règlement renvoyaient ainsi à l'exercice d'un pouvoir de réglementation localisée, supplétive et provisoire¹⁴⁶⁴. On peut y voir une forme de décentralisation de la fonction législative. La confusion qui a pu s'installer tient à ce que ces arrêts pouvaient être rendus à l'occasion d'un procès¹⁴⁶⁵, lequel avait révélé au Parlement la nécessité de statuer par voie d'autorité. Les principes sur lesquels reposait la solution donnée à l'espèce étaient alors généralisés et rendus obligatoires pour l'avenir. Non seulement cette décision avait valeur de précédent

prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI). Cf. R. MARGUERIE, concl. sur CE, 7 décembre 1883, *Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans c/ Ministre de la Guerre*, Rec., p. 904, DP, 1885, III, p. 65. Voir également, R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 741, n° 246 ; F. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 35, n° 146 ; G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », préc., p. 265, n° 1, ainsi que les références citées p. 259, note 1195.

¹⁴⁵⁸ En vertu de cette disposition, « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». On retrouve cette prohibition dès la loi des 16-24 août 1790, puis dans les Constitutions de la période de la Révolution française (O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », préc., p. 351). Y. Gaudemet a montré comment ce principe a été constitutionnalisé, notamment par la décision du Conseil constitutionnel n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs* (Rec., p. 46, GDCC n° 12). Voir, sur ce point, Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de D. LABETOUILLE*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 393-397. Voir également, R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 743, n° 246 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 84, n° 74.

¹⁴⁵⁹ A. AUDINET, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges offerts à J. BRËTHE de la GRESSAYE*, Bordeaux, éd. Bière, 1967, p. 99 et 104-105 ; H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlement », *D.*, 1958, chr., p. 85.

¹⁴⁶⁰ Sur ce point, cf. Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, n° 6, p. 1617, spéc. p. 1619 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 98, n° 79. Voir également, M.-A. FRISON-ROCHE, « Application de la loi par le juge », *J.-Cl. civ.*, art. 5, 1995, p. 3, n° 7 ; L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. dr. civ.*, préc., p. 21, n° 161.

¹⁴⁶¹ Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », préc., p. 389 et « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », préc., pp. 1627. Voir, dans le même sens, L. BACH, « Jurisprudence », préc., p. 20, n° 160 ; H. LE BERRE, thèse préc. p. 43.

¹⁴⁶² Sur le procédé des arrêts de règlement, dont l'origine remonte à la *curia regis*, voir B. BEIGNER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, n° 9, p. 45 ; G. DÉTEIX, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris*, Paris, LGDJ, 1930 ; P. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle : dimension et doctrine*, Paris, PUF, coll. Les Grandes thèses du droit français, 1997 et *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, PUF, Publications du Centre d'histoire du droit et de recherches interuniversitaires de l'Université de Picardie Jules Verne, 1999 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 43, n° 41 ; P. SUEUR, *Histoire du droit public français : XV^e - XVIII^e siècle*, t. II, Paris, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2007, p. 144.

¹⁴⁶³ Y. GAUDEMET, art. préc., p. 391 ; P. PAYEN, thèse préc. ; P. SUEUR, *op. cit.*, pp. 145-146.

¹⁴⁶⁴ En effet, les arrêts de règlement n'intervenaient que pour compléter la législation royale ou la coutume. Ils étaient rendus « sous le bon plaisir du roi », lequel pouvait, en son conseil, les modifier ou les annuler. Voir, H. LE BERRE, thèse préc., p. 44, n° 42 ; J. SUEUR, *loc. cit.*

¹⁴⁶⁵ Ils pouvaient l'être également en dehors de tout procès sur requête des gens du Roi (G. DÉTEIX, thèse préc., p. 28 ; P. SUEUR, *loc. cit.*).

judiciaire, mais elle avait, de surcroît, une portée réglementaire. C'est donc bien la question du cumul des deux fonctions par un même organe qui est réglée par l'article 5 du code civil. Pour le juge administratif, il signifie qu'étant juge de l'administration, celui-ci ne peut cumuler les fonctions juridictionnelles et d'administration active¹⁴⁶⁶. La prohibition des arrêts de règlement n'emporte pas condamnation du pouvoir normatif du juge et les juridictions suprêmes la respectent lorsqu'elles rendent un arrêt de principe, de même qu'elles en sanctionnent la méconnaissance par les juridictions inférieures¹⁴⁶⁷. Bien au contraire, elle doit être conçue comme une « *indication de ce que la création du droit par le juge doit suivre une autre voie, celle de la jurisprudence* »¹⁴⁶⁸.

402. L'insuffisance de l'interdiction du précédent obligatoire. D'autre part, le juge ne peut conférer une quelconque autorité à sa jurisprudence. Le système du précédent obligatoire n'est pas reçu en droit français. Le précédent obligatoire est un système dans lequel le juge est officiellement habilité à édicter des normes générales et obligatoires. Dans les systèmes de *Common Law*, le *Judge made Law* lie non seulement l'auteur du principe lui-même, mais également les autres juges, quel que soit leur rang¹⁴⁶⁹. La règle du *stare decisis* veut ainsi que la solution donnée sur un cas concret soit appliquée dans toutes les décisions à rendre sur les cas semblables susceptibles de se présenter ultérieurement¹⁴⁷⁰. Un tel système traduit une conception suivant laquelle le droit est, en principe, créé par le juge. Le rôle essentiel qui lui est attribué fonde ainsi son pouvoir d'édicter des règles générales et implique, pour des raisons de sécurité juridique et d'égalité, qu'elles soient obligatoires et permanentes. À défaut de réunir ces différents éléments, la jurisprudence serait, selon certains auteurs, privée de certains des éléments constitutifs de la règle de droit et ne pourrait, par conséquent, être le siège d'un pouvoir normatif¹⁴⁷¹. La normativité de la jurisprudence serait logiquement tributaire du caractère obligatoire en droit, et non simplement en fait, du précédent, ainsi que de sa permanence. Or, le droit français prohibe le précédent obligatoire¹⁴⁷². Dans un système où la loi est considérée comme la seule source authentique du droit, le rôle dévolu au juge ne peut être que celui d'un simple exécutant. Pour statuer, il ne peut se fonder que sur des règles préexistantes et d'origine législative¹⁴⁷³. La conséquence qui en est logiquement déduite est l'absence de caractère obligatoire des propositions générales énoncées par le juge¹⁴⁷⁴. Le juge ne peut

¹⁴⁶⁶ Y. GAUDEMET, art. préc., p. 396.

¹⁴⁶⁷ CE, 31 janvier 1827, *Ovrillard et Sebillieu c/ Ville de Limoges*, Rec., p. 93 ; 6 avril 1850, *Messine*, Rec., p. 336 ; 8 mars 1851, *Compagnie Usquin c/ Arnaud*, Rec., p. 175 ; 25 mars 1931, *Rochemont*, Rec., p. 343 ; Sect. 31 mai 1963, *Sieur X.*, req. n° 56.162, Rec., p. 346 (sol. impl.). Sur ce point, voir la démonstration et les exemples cités par H. LE BERRE, thèse préc., p. 84 et s., n° 74 et s. Cf., dans le même sens, M.-A. FRISON-ROCHE, fasc. préc., p. 8, n° 40 ; F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 279, n° 355.

¹⁴⁶⁸ Y. GAUDEMET, art. préc., p. 398. Cf., dans le même sens, P. HÉBRAUD, art. préc., p. 339, n° 10 ; P. MORVAN, art. préc., p. 108, n° 65 ; T. REVET, art. préc., p. 379, n° 3.

¹⁴⁶⁹ J.-L. BERGEL, art. préc., p. 1061 ; G. CORNU, *op. cit.*, p. 229, n° 440 ; M. CHRÉTIEN, thèse préc., p. 85 et 112 ; M. DISANT, thèse préc., p. 228 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 317 ; M. HAURIOU, « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1929, n° 15, p. 109 ; P. HÉBRAUD, art. préc., p. 344, n° 13 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 36, n° 34.

¹⁴⁷⁰ L. BACH, « Jurisprudence », préc., p. 20, n° 159 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 334 ; H. LE BERRE, *loc. cit.*

¹⁴⁷¹ H. LE BERRE, *eod. loc.* ; J. ROCHE, art. préc., p. 539 ; S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA*, 1981, n° 3, p. 117, n° 9 ; G. VEDEL, art. préc., p. 267, n° 2.

¹⁴⁷² Pour un historique, cf. H. LE BERRE, thèse préc., p. 63 et s., n° 60 et s. Voir également, G. VEDEL, art. préc., p. 276.

¹⁴⁷³ C. EISENMANN, art. préc., p. 484 ; G. VEDEL, art. préc., p. 267.

¹⁴⁷⁴ J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle, Études offertes à G. RIPERT*, t. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 419, n° 4 ; O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », préc., p. 463 ; M. HAURIOU, art. préc., pp. 111-112 ; M. CHRÉTIEN, thèse préc., p. 341 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 73, n° 69 ; G. VEDEL, art. préc., p. 282, n° 16.

se lier lui-même ou lier d'autres juges, quant aux principes qu'il dégage à l'occasion de ses décisions¹⁴⁷⁵. Par suite, la jurisprudence ne pourrait s'exprimer autrement que comme une simple probabilité qu'une solution dégagée à un moment donné par un juge soit suivie à l'avenir par lui-même ou d'autres juges. De cette absence de caractère obligatoire du précédent, il est inféré l'absence de permanence de la jurisprudence. Parce que le juge peut se dédire à tout moment et qu'il n'existe aucun droit au maintien d'une jurisprudence, la jurisprudence est privée de la stabilité essentielle à la règle générale. La potentialité d'un revirement empêcherait ainsi la normativité de la jurisprudence. Un tel raisonnement est partiellement erroné et, en tout état de cause, contredit par la pratique. On peut immédiatement écarter l'argument selon lequel la fixité serait une condition nécessaire à la reconnaissance de la normativité de la jurisprudence¹⁴⁷⁶. Outre le constat que le système du précédent obligatoire n'exclut pas toute possibilité de revirement de jurisprudence et que sa pratique est, en réalité, plus souple qu'il n'y paraît¹⁴⁷⁷, il convient de rappeler que fondamentalement l'auteur d'une norme dispose du pouvoir de la modifier à tout moment¹⁴⁷⁸. Que son exercice soit libre ou contraint, cela est indifférent. La question de l'aptitude à la modification n'entretient, en réalité, aucun rapport avec celle de la force obligatoire de la jurisprudence. Celle-ci se rapporte à ses destinataires, non au comportement de son auteur.

403. La question devient alors celle de savoir si la jurisprudence est capable de lier ses destinataires dans la durée¹⁴⁷⁹. Elle renvoie alors à deux problèmes distincts : celui de savoir si un lien d'imputation permanent peut être établi entre l'énoncé de la règle générale et les faits qu'elle entend régir ; celui de l'existence d'une obligation juridique pour les sujets de droit de se conformer à la solution générale nouvellement dégagée par le juge. Si le premier porte bien sur un des éléments constitutifs de la norme, le second se rapporte à son efficacité. Or, ces deux questions ne peuvent recevoir qu'une réponse théorique négative. Plutôt que d'en déduire l'impossibilité de reconnaître une valeur obligatoire à la jurisprudence et de repousser en conséquence sa normativité¹⁴⁸⁰, il est possible de proposer une autre solution. Outre le constat que la réalité dépasse bien souvent la théorie et que les règles jurisprudentielles s'imposent, en pratique, aux justiciables avec la même vigueur et la même constance qu'une règle écrite¹⁴⁸¹, on peut envisager les éléments qui viennent d'être considérés, non comme s'opposant à la normativité de la jurisprudence, mais comme manifestant l'inaptitude du juge à la fonction normative. Édictée par un organe non habilité à cette fin, la règle de droit présente, d'un point de vue technique, un caractère déficient. L'absence d'habilitation officielle du juge à édicter des règles générales et obligatoires n'empêche pas de reconnaître, dans une perspective réaliste, au juge un pouvoir normatif

¹⁴⁷⁵ C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 312 ; F. GAZIER, art. préc., p. 172 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 66 et s., n° 63 et s. ; O. SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, préc., p. 28, n° 33 ; G. VEDEL, art. préc., p. 265 et 281.

¹⁴⁷⁶ A. HERVIEU, art. préc., p. 278, n° 16 ; B. LAVERGNE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », *RRJ*, 2008, n° 1, p. 285.

¹⁴⁷⁷ En témoignent la pratique du *distinguishing* par les juridictions anglo-saxonnes, ainsi que l'existence de revirements de jurisprudence dans les systèmes de *Common Law* (J.-L. BERGEL, *loc. cit.* ; B. LAVERGNE, *loc. cit.*). Voir également, M. DISANT, thèse préc., p. 230 et les ex. cités.

¹⁴⁷⁸ J. BOULANGER, art. préc., p. 427, n° 19 ; M. CHRÉTIEN, thèse préc., p. 145 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, pp. 312-313 ; J. HARDY, art. préc., p. 464 ; P. HÉBRAUD, art. préc., p. 337, n° 7 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 72, n° 67 ; J. WALINE, *Droit administratif*, préc., p. 295, n° 316.

¹⁴⁷⁹ Il est bien évident que le nouveau principe jurisprudentiel dispose, à tout le moins, d'une force obligatoire instantanée. Le fait même qu'il existe un jugement en faisant application signifie que ses destinataires ont été, un moment, contraints par elle.

¹⁴⁸⁰ Conclusion à laquelle sont parvenus certains auteurs (L. BACH, art. préc., p. 60 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 78, n° 71 ; G. VEDEL, art. préc., p. 280, n° 13).

¹⁴⁸¹ Cf. le raisonnement, dépourvu de toute ambiguïté sur ce point, du commissaire du gouvernement H. Savoie à l'occasion de ses conclusions sur CE, Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, préc., *RFDA*, 1998, n° 2, p. 410.

officieux résultant de l'épanouissement de son pouvoir juridictionnel¹⁴⁸², lequel est officiellement habilité. Seulement, dans la mesure où la règle de droit a été posée par une autorité dont la fonction première n'est pas celle-là, celle-ci s'avère techniquement déficiente.

S'il ne fait aucun doute que le juge exerce bien un pouvoir créateur de droit, la démonstration que ce pouvoir implique l'édiction de règles de droit « trébuché » sur le particularisme de la création par voie de jurisprudence. L'absence de statut officiel du pouvoir jurisprudentiel affecte d'une double déficience la règle de droit émise à l'occasion du jugement.

2°) La déficience persistante du pouvoir normatif jurisprudentiel

404. La reconnaissance au juge d'un pouvoir créateur de règles de droit conduit à voir dans la jurisprudence « *l'expression de normes générales et abstraites, comparables par là aux règles légales* »¹⁴⁸³. Le bien fondé d'un tel rapprochement ne saurait être surestimé, compte tenu des spécificités de la jurisprudence¹⁴⁸⁴. La règle jurisprudentielle n'atteint pas la perfection de la règle légale et n'a pas les mêmes possibilités. Elle n'en possède ni l'homogénéité, ni l'uniformité¹⁴⁸⁵, ni même la force. Au demeurant, la force d'attraction exercée par la loi en tant que modèle de représentation de la règle de droit, compromet, en partie, une telle comparaison. La jurisprudence a une nature et une valeur propres qui ne sont pas celles de la loi¹⁴⁸⁶. Dès lors, la circonstance que la règle jurisprudentielle ne répondrait qu'imparfaitement aux caractéristiques de la règle légale ne doit pas, à elle seule, conduire à lui dénier la qualité de règle de droit. À l'inverse, ces considérations conduisent à reconnaître à l'œuvre créatrice du juge une spécificité irréductible par rapport aux autres règles édictées par les organes officiellement habilités. Par rapport à ces dernières, la règle prétorienne est affectée d'une double déficience. D'une part, le pouvoir de création du droit détenu par le juge est affecté d'une déficience technique par rapport à celui attribué aux autres autorités normatives¹⁴⁸⁷. D'autre part et corrélativement, les règles dégagées par voie de jurisprudence disposent d'une autorité déficiente.

405. La déficience technique du pouvoir normatif jurisprudentiel. Du point de vue de la technique de création du droit, le juge n'est pas l'égal des autres autorités normatives. La création du droit par la voie jurisprudentielle est le fruit du hasard et de la nécessité¹⁴⁸⁸ : hasard des recours ; nécessité de donner sa solution au litige. Parce qu'elle n'est pas officiellement reconnue, l'activité normative du juge n'est pas organisée. Elle s'exerce occasionnellement, au gré des difficultés rencontrées par le juge dans l'accomplissement de sa fonction juridictionnelle. Le contexte de la

¹⁴⁸² D. de BÉCHILLON, thèse préc., p. 134. Voir également, P. HÉBRAUD, art. préc., p. 338, n° 7 ; D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 107, 1972, p. 83 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 135, 1980, p. 196, n° 138.

¹⁴⁸³ Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 121. Cf. également, J. MAURY, art. préc., p. 29.

¹⁴⁸⁴ Sur les limites d'une telle comparaison, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 20, n° 5 ; J.-L. BERGEL, art. préc., p. 1056 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 750, n° 250 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 244 ; P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », préc., n° 6.

¹⁴⁸⁵ Bien qu'on puisse adresser, à bien des égards, le même reproche à la règle légale. Voir, par ex., Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 244, note 4 ; P. JESTAZ, art. préc., p. 14 ; J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne », préc., pp. 23-24.

¹⁴⁸⁶ P. HÉBRAUD, art. préc., p. 333 ; J. MAURY, art. préc., p. 38 ; P. MORVAN, art. préc., p. 102, n° 51 ; W. DROSS, art. préc.

¹⁴⁸⁷ J. HÉRON, art. préc., p. 1084, n° 2.

¹⁴⁸⁸ Expression empruntée par le Doyen Vedel (G. VEDEL, « Hasard et nécessité », *Rev. adm.*, 2000, n° spéc., n° 3, Colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État français, p. 207) à J. Monod (J. MONOD, *Le hasard et la nécessité : Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Paris, Seuil, 1970). Cf., dans le même sens, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 260, n° 58.

formulation de la règle jurisprudentielle n'est ainsi pas le même que celui de la règle légale. Alors que la règle légale présente un caractère primitif dans la réglementation des situations juridiques, cette dernière n'est que secondaire chez la règle jurisprudentielle. La règle jurisprudentielle présente la particularité de ne pas être posée par le juge pour elle-même, mais en vue de résoudre le litige qui lui est soumis. De fait, l'exigence impérieuse de résoudre le litige constitue tout à la fois le fondement et la mesure du pouvoir créateur du juge. Parce qu'il est intimement lié à la fonction de juger, ce pouvoir demeure subsidiaire et finalisé par rapport à celui attribué au législateur ou à l'autorité administrative.

Toutefois, l'infériorité technique de la règle jurisprudentielle par rapport aux autres règles de droit ne doit pas être surestimée. D'une part, il existe une identité d'objet entre la règle jurisprudentielle et la règle écrite, en ce qu'elles entendent toutes deux régir des actes de conduite humaine¹⁴⁸⁹. La résolution d'une question de droit implique, indirectement mais nécessairement, une certaine modélisation des comportements. Cette manière de voir se vérifie, à tout le moins, s'agissant de la jurisprudence administrative. Comme le remarquait M. Zénati, « *alors que la conception "morale" du droit comme un ensemble de règles de conduite ne convient pas au droit privé, elle peut trouver un appui dans la légalité administrative, corps de règles dont l'objet est autant de guider l'action de l'administration que de trancher ses litiges* »¹⁴⁹⁰. Ainsi, lorsqu'il consacre un nouveau cas de responsabilité pour faute de l'Administration, le juge administratif répond à la question de savoir si celle-ci a transgressé une obligation d'action ou d'abstention dont la sanction se traduit par le versement d'une indemnité. Ce faisant, le juge énonce une obligation nouvelle destinée à régler la conduite de la personne publique¹⁴⁹¹.

D'autre part, la règle jurisprudentielle n'est pas posée simplement dans le but de relier les faits litigieux à la solution nouvelle¹⁴⁹². L'adoption d'une règle nouvelle par le juge traduit un choix durable et général¹⁴⁹³ entre diverses solutions. Il en découle que la formulation de la règle n'est pas uniquement motivée par la nécessité immédiate de trancher un litige concret, mais par le souci de résoudre durablement une question de droit. Bien que les circonstances de fait soient à la racine de la solution nouvelle, celle-ci les dépasse nécessairement. À titre subsidiaire, on peut enfin relever que certains principes jurisprudentiels possèdent la précision et la stabilité qui s'attachent à la règle écrite¹⁴⁹⁴.

L'écart entre la règle jurisprudentielle et la règle écrite apparaît bien plus important lorsqu'est abordée la question de leur autorité respective.

406. L'autorité déficiente de la règle jurisprudentielle. Comme le souligne M. Gaudemet à propos de la règle jurisprudentielle, « *règle de droit en puissance, elle en a l'aspect, mais non la force* »¹⁴⁹⁵. La clandestinité de la règle jurisprudentielle conduit à lui dénier, en droit positif, toute valeur obligatoire à

¹⁴⁸⁹ C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 567, n° 1 ; P. FLEURY-LE GROS, « De l'application de la loi dans le temps à l'application de la jurisprudence dans le temps : le paradoxe de l'échelle de verre », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen J. HÉRON*, préc., p. 221 et s. et « Les techniques d'application de la loi et de la jurisprudence dans le temps : unité ou diversité ? », in P. FLEURY-LEGROS (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 35, spéc. p. 36 ; F. ZÉNATI, *op. cit.*, p. 178.

¹⁴⁹⁰ F. ZÉNATI, *op. cit.*, p. 186.

¹⁴⁹¹ D. de BÉCHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », préc., p. 18.

¹⁴⁹² La règle jurisprudentielle ne constitue pas uniquement le soutien nécessaire de la décision rendue. Elle dispose d'une plus grande autonomie et se détache de son auteur. Le juge se place dans une position voisine de celle du législateur (Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 214 ; J. HÉRON, art. préc., p. 1087, n° 8). Cf., en sens contraire, M.-A. FRISON-ROCHE, « Application de la loi par le juge », *J.-Cl. civ.*, art. 5, 1995, p. 9, n° 48.

¹⁴⁹³ J.-L. BERGEL, art. préc., p. 1058 ; H. LE BERRE, thèse préc., pp. 96-100, n° 79.

¹⁴⁹⁴ Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 226 ; R. LATOURNERIE, art. préc., p. 263 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 595, n° 395.

¹⁴⁹⁵ Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 223.

l'égard des sujets de droit. Si l'absence d'autorité directe de la règle jurisprudentielle ne peut qu'être constatée, rien ne s'oppose à ce qu'une autorité indirecte lui soit reconnue¹⁴⁹⁶.

Parce que la jurisprudence nouvelle est formulée à l'occasion d'un jugement, il semblerait naturel d'associer l'autorité de la première à celle du second, dès lors que le juge exerce, au titre de sa mission juridictionnelle, un pouvoir normatif officiellement habilité. Par suite, l'autorité de la jurisprudence pourrait bénéficier indirectement de l'autorité de la chose jugée. Une telle solution ne saurait toutefois être retenue. D'une part, l'effet substantiel du jugement se limite à son dispositif. Or, la règle de droit induite du jugement se situe formellement dans les motifs. D'autre part, la force obligatoire de la règle jurisprudentielle ne se déduit pas davantage des attributs du jugement. C'est même tout le contraire. L'autorité de chose jugée empêche, en principe, la transformation du jugement en règle de droit¹⁴⁹⁷. Au demeurant, les motifs du jugement qui permettent d'identifier la règle applicable ne sont pas revêtus de l'autorité de chose jugée¹⁴⁹⁸, sauf lorsqu'ils en constituent le soutien nécessaire¹⁴⁹⁹. Même dans cette éventualité, ils ne deviennent obligatoires que pour les parties, ainsi que pour un nombre limité de personnes¹⁵⁰⁰. Selon la formule du Doyen Vedel, s'il existe une autorité de chose jugée, « *il n'y a pas d'autorité de la jurisprudence* »¹⁵⁰¹. Il faut donc constater que la force obligatoire de la règle jurisprudentielle ne peut, en aucun cas, provenir directement du jugement.

407. Au refus de reconnaître une valeur obligatoire à la règle jurisprudentielle, il est classiquement opposé des éléments d'ordre pratique¹⁵⁰². À défaut de valeur juridique, la jurisprudence disposerait au moins d'une autorité de fait tant à l'égard des administrés¹⁵⁰³ qu'à l'égard des juges¹⁵⁰⁴. Cette autorité de fait serait renforcée par la tendance du juge à rechercher spontanément et à respecter le précédent¹⁵⁰⁵. La déficience de la règle jurisprudentielle serait ainsi compensée par sa force de persuasion. Néanmoins, cette explication n'est pas satisfaisante, dans la mesure où elle substitue une question à une autre. À la

¹⁴⁹⁶ C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 318.

¹⁴⁹⁷ J.-L. BERGEL, *loc. cit.* ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 319.

¹⁴⁹⁸ Selon une jurisprudence constante, les motifs ne sont pas revêtus de l'autorité de chose jugée. CE, 6 mai 1887, *Malègue et autres c/ Ministre de la Guerre*, Rec., p. 362, DP, 1888.5.82 ; 24 juin 1887, *Veuve Vidal*, Rec., p. 508, DP, 1888.5.83 ; 26 janvier 1940, *Courajoux, Le Gall et Guédon*, Rec., p. 33.

¹⁴⁹⁹ Il faut qu'ils soient indispensables pour déterminer ou compléter le sens du dispositif. La jurisprudence exige qu'existe un lien nécessaire entre eux (TC, 12 décembre 1942, *Dlle de Murard et préfet de l'Ain*, Rec., 1943, p. 319 ; CE, Sect., 28 décembre 1949, *Société des automobiles Berliet*, Rec., p. 579, D., 1949, J., p. 383, note P. WEIL, S., 1951.3.1, concl. J. GUIONIN, note A. MATHIOT ; 9 décembre 1974, *Dame veuve Charlot*, req. n° 85.937, Rec., p. 619 ; Sect., 7 décembre 1979, *Ministre de la Défense c/ Amar*, req. n° 13.765, Rec., p. 455 ; 6 janvier 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, req. n° 152.654, Rec., p. 10 ; 30 septembre 1998, *Diallo*, req. n° 152.191, Rec., T., p. 1111 ; Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, préc. ; 27 juillet 2001, *Titran*, req. n° 222.509, Rec. p. 441, AJDA, 2001, n° 12, p. 1046, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *Europe*, 2001, n° 8, p. 20, obs. Paul CASSIA, LPA, 24 octobre 2001, n° 212, p. 12, note S. DAMAREY, RRF, 2003, n° 2, p. 1513, note F. BLANCO ; 28 décembre 2001, *Syndicat CNT des PTE de Paris*, req. n° 205.369, Rec., p. 673 ; 18 octobre 2006, *Vuillet*, req. n° 278.557, AJDA, 2007, n° 2, p. 105. Cf. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1085, n° 1199 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 599.

¹⁵⁰⁰ Celles à l'égard desquelles il y a également identité de cause et d'objet (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1087, n° 1201).

¹⁵⁰¹ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », préc., p. 266.

¹⁵⁰² Selon J. Massot et J. Marimbert, le refus de reconnaître une force obligatoire au précédent « cadre assez mal avec la démarche réelle de la juridiction suprême dont les décisions s'imposent en pratique aux juridictions subordonnées comme au justiciable, au-delà de l'espèce qui leur sert de cadre » (J. MASSOT et J. MARIMBERT, *Le Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 1988, p. 192).

¹⁵⁰³ R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 745, n° 247 ; M. CHRÉTIEN, thèse préc., pp. 16-17 ; O. DUPEYROUX, art. préc., p. 359 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 58, n° 55 ; J. ROCHE, art. préc., p. 534.

¹⁵⁰⁴ P. JESTAZ, art. préc., p. 15 ; J. MAURY, art. préc., p. 28.

¹⁵⁰⁵ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 171, 1994, p. 25 et 35. Certains auteurs estiment qu'il s'agit là d'une conséquence directe de l'exigence de motivation des jugements. Le précédent constituant un modèle éprouvé, il est opportun, voire même nécessaire, pour le juge de s'y référer dans la recherche d'une bonne motivation pour sa décision (J.-L. BERGEL, art. préc., p. 1059). Partant de ce raisonnement, d'autres auteurs vont même jusqu'à transformer la révérence envers le précédent en obligation, sur le fondement de laquelle reposerait le pouvoir normatif du juge (P. JESTAZ, art. préc., p. 17).

question de la force obligatoire de la jurisprudence succède celle de sa juridicité. En effet, « *comment du fait faire jaillir l'obligation ?* »¹⁵⁰⁶.

408. Il paraît préférable de partir du constat que la règle jurisprudentielle, tant qu'elle existe et jusqu'à ce qu'elle ait été remise en cause par une décision contraire, est effectivement sanctionnée en tant que règle de droit. En sa qualité d'organe d'application du droit, le juge fait application de la règle jurisprudentielle de la même façon que les autres normes en lui reconnaissant une force également contraignante¹⁵⁰⁷. De leur côté, les sujets de droit tiennent compte de la règle jurisprudentielle afin d'éviter la sanction juridictionnelle qui peut en être faite à l'occasion d'un litige. Par cela même qu'elle est appliquée et sanctionnée par le jugement¹⁵⁰⁸, il est logiquement nécessaire de reconnaître que la règle jurisprudentielle dispose d'une force obligatoire. Comme le relevait M. Eisenmann, « *l'écart théoriquement immense entre les règles de droit législatif et les règles de droit jurisprudentiel se trouve en fait, positivement, fortement atténué* »¹⁵⁰⁹. De la même manière que l'existence de la règle jurisprudentielle se déduit du jugement, sans pour autant que les deux se confondent totalement, l'autorité de la jurisprudence se reflète dans la sanction juridictionnelle¹⁵¹⁰.

Un examen théorique de la question de l'autorité de la jurisprudence conduit, en toute orthodoxie, à lui dénier toute valeur juridique propre, tandis qu'un examen concret permet de lui reconnaître une force juridique particulière¹⁵¹¹. Comme le remarquait fort justement M. Jestaz, la normativité de la jurisprudence a tout de l'« ombre portée »¹⁵¹². De la même manière que l'œil ne perçoit de la lumière produite par une bougie que la lueur de sa flamme d'un côté et le reflet qu'elle produit sur un mur de l'autre, la normativité de la jurisprudence ne peut être autrement démontrée, du moins en l'état actuel des principes du droit français, qu'en tenant compte, d'un côté, de l'énoncé normatif contenu dans le jugement et, de l'autre, de l'existence d'un effet de droit appliqué et sanctionné. La reconstruction logique vient alors suppléer la clandestinité du pouvoir jurisprudentiel, ainsi que la déficience de son exercice.

409. Conclusion du A. *A priori*, un examen d'ordre strictement théorique conduit à ne distinguer dans les énonciations générales et abstraites présentes dans le jugement que « *l'image virtuelle de la règle de droit* »¹⁵¹³. Au contraire, une approche pragmatique de la question du pouvoir créateur de règles de droit du juge amène à constater que son existence relève de l'évidence¹⁵¹⁴. Sans doute reste-t-il des interrogations sur la légitimité du pouvoir normatif reconnu au juge dans un système de séparation des pouvoirs, ce qui explique la relative incertitude quant à la détermination de sa nature et de son statut. Sans doute ces interrogations empêchent-elles que soit organisé, de manière générale, un régime

¹⁵⁰⁶ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 20, n° 5 ; O. DUPEYROUX, art. préc., p. 360 ; J. MAURY, art. préc., p. 31 ; G. VEDEL, art. préc., p. 283, n° 16.

¹⁵⁰⁷ A. HERVIEU, art. préc., p. 283, n° 18 ; S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, 1984, p. 48.

¹⁵⁰⁸ L'inertie de la règle jurisprudentielle n'empêche pas pour autant le juge d'écarter son application à l'occasion d'un arrêt d'espèce (Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 254), à l'image de ce que peut d'ailleurs faire toute autorité normative à l'égard de sa propre règle.

¹⁵⁰⁹ C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 318. Voir, dans le même sens, J. WALINE, *op. cit.*, p. 295, n° 316.

¹⁵¹⁰ Le problème de la sanction de l'ignorance d'une jurisprudence est, à cet égard, particulièrement révélateur. Sur cette question, voir H. LE BERRE, thèse préc., p. 92 et s., n° 77 et s. ; G. VEDEL, art. préc., p. 283.

¹⁵¹¹ Cf., dans le même sens, H. LE BERRE, thèse préc., p. 83, n° 73.

¹⁵¹² P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, chr. XXIII, p. 149.

¹⁵¹³ L. BACH, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !) », préc., p. 60.

¹⁵¹⁴ O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », préc., p. 474.

permettant d'officialiser et d'encadrer l'exercice d'un tel pouvoir¹⁵¹⁵. Cependant, ces débats doctrinaux apparaissent, aujourd'hui, quelque peu dépassés par la posture récemment adoptée par le juge. Ce dernier n'hésite plus à affirmer, de façon ouverte et assumée, son pouvoir créateur de règles de droit. L'officialisation récente du pouvoir normatif jurisprudentiel comporte deux aspects. D'un côté, le juge fait ouvertement état de ce que sa jurisprudence revêt un caractère « normatif », comme en témoigne le titrage de ses arrêts de principe. De l'autre, en sa qualité d'autorité normative « autoproclamée », il organise lui-même l'exercice de son pouvoir, ce qui l'a notamment amené à se reconnaître la faculté d'aménager dans le temps les effets d'une nouvelle jurisprudence¹⁵¹⁶. Cette attitude ne laisse plus guère planer le doute quant à la réponse que le juge entend désormais apporter à l'épineux problème de savoir si sa jurisprudence peut être source de règles de droit. Du côté du juge, la cause est désormais entendue. En droit public, la jurisprudence est une source du droit, mais une source singulière. Cette spécificité s'exprime, notamment, à travers le mode de formulation de la règle prétorienne.

B/ Le mode particulier de formulation de la règle jurisprudentielle

410. À première vue, le jugement n'énonce en lui-même aucune règle. Il est seulement possible, par sa lecture, de découvrir la règle dont il a été fait application. À la différence du droit écrit, la règle jurisprudentielle est formulée à partir de circonstances de fait données¹⁵¹⁷, pour ensuite leur être appliquée. Il en résulte un mode de formulation de la règle propre à la jurisprudence¹⁵¹⁸, lequel implique un double mouvement allant du particulier au général, puis du général au particulier.

Au titre de sa fonction juridictionnelle, le juge doit, en vue de répondre à l'exigence de motivation de sa décision, fonder sa solution sur une règle de droit préexistante. Le plus souvent, il existe une règle de droit écrite régissant la situation litigieuse et son application suffit à donner sa solution au litige, mais il arrive que la norme de référence soit défailante, voire même absente. Dans pareille situation, le juge est alors amené à reconstruire, soit en l'interprétant soit en la complétant, la règle applicable au litige¹⁵¹⁹, ou tout bonnement à la créer¹⁵²⁰. Il exerce alors un pouvoir normatif

¹⁵¹⁵ En ce sens, cf. N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., pp. 12-13 ; F. MELLERAY, *loc. cit.*

¹⁵¹⁶ Sur ces différents points, cf., plus bas, p. 585 et s., n° 744 et s.

¹⁵¹⁷ Cf., notamment, G. DARCY, « Le théoricien et le rêveur (réflexions sur les revirements de jurisprudence) », préc., p. 347, n° 28. Par opposition, la règle de droit écrite est définie abstraitement pour la généralité des cas. Elle a pour objet de déterminer, par avance, les comportements qu'elle régit (cf. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, préc., p. 5, n° 6).

¹⁵¹⁸ En effet, ayant à déterminer l'existence d'un lien entre des faits et un état du droit, le juge est forcé d'analyser ce qui, dans les faits invoqués, pourrait justifier la prétention, c'est-à-dire d'en isoler les caractères propres à déterminer sa conviction. Le résultat de ses réflexions est une règle (P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., p. 59, n° 86). Comme le soulignait également J. Rivero, « il y a là une différence essentielle entre l'édiction de la règle par l'autorité législative ou réglementaire et son élaboration jurisprudentielle, notamment lorsqu'il s'agit de substituer une règle à celle qui s'appliquait antérieurement » (J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, n° 1, p. 16).

¹⁵¹⁹ La règle nouvelle peut émaner d'une interprétation constructive d'un texte par le juge ou du comblement d'une de ses lacunes, que celles-ci soient volontaires ou non, ou encore de la résolution d'une antinomie. Sur ces différents aspects, voir notamment, L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. dr. civ.*, préc., p. 14 et s., n° 103 et s. et art. préc., pp. 52-55 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 734, n° 244 ; H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 328-329 et p. 335 ; J. MASSOT et T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État*, préc., p. 173.

¹⁵²⁰ La fonction créatrice apparaît bien plus nettement dans ce cas. Voir L. BACH, *ibid.*, p. 20 et s., n° 58 et s. ; R. CHAPUS, « L'élaboration du droit : la jurisprudence. Rapport introductif », préc., pp. 34-35 ; S. RIALS, thèse préc., p. 195, n° 137 ; J. WALINE, *op. cit.*, p. 294, n° 314 ; G. TEBOUL, « Quelques brèves remarques sur la création du droit par le juge administratif dans l'ordre juridique français », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de G. CONAC*, Paris, Economica, 2001, p. 210, n° 3. Cf., par ex., la consécration d'un principe général du droit à la répression des abus de droit en matière fiscale en dehors du champ d'application des dispositions de l'article L. 64 du LPF (CE, Sect., 27 septembre 2006, *Société Janfin*, req. n° 260.050, Rec., p. 401, *BDCF*, 2006, n° 12, p. 67 et *RDF*, 2006, n° 47, p. 2038, concl. L. OLLÉON, *RDF*, 2006, n° 47, p. 1999, étude O. FOUQUET, *JCP E*, 2006, n° 50, p. 2170, note P. DIBOUT, *Procédures*, 2006, n° 12, p. 24, note J.-L. PIERRE, *Rev. adm.*, 2006, n° 354, p. 606 et 2007, n° 358, p. 375, notes P. DURAND, *RJEP*, 2007, n° 640, p. 109, note L. OLLÉON, *RJF*, 2006, n° 12, p. 1083, chr. Y. BÉNARD).

finalisé. Bien qu'il ne soit pas habilité à poser des normes générales pour elles-mêmes, il faut reconnaître, à tout le moins, que la fonction du juge implique qu'il soit « *habilité à présupposer rétrospectivement l'existence de normes juridiques générales destinées à servir de fondement aux normes juridiques individuelles qu'il posera et qui en seront l'application* »¹⁵²¹. Concrètement, le juge recourt à un syllogisme hypothétique ou « secondaire »¹⁵²², au moyen duquel il va déduire la nécessité d'une nouvelle majeure, qu'elle résulte de l'inadaptation, de l'insuffisance ou de l'absence de règle préexistante. À l'issue d'un raisonnement finaliste¹⁵²³, le juge va énoncer la règle nouvelle, de façon plus ou moins explicite, pour ensuite déduire la solution à donner au cas particulier en recourant à un second syllogisme. Malgré les apparences, la règle jurisprudentielle ne résulte pas du jugement, c'est le jugement qui résulte d'elle¹⁵²⁴. Habituellement décrite dans les motifs¹⁵²⁵, seule la seconde partie de l'opération de création de la règle jurisprudentielle apparaît à la lecture du jugement. C'est là l'expression de ce que la règle jurisprudentielle est posée à l'intérieur d'une décision¹⁵²⁶. Elle n'occupe pas la place centrale. Il est donc nécessaire de reconstruire la rationalité de la norme jurisprudentielle pour faire apparaître les éléments constitutifs de la règle de droit, c'est-à-dire ses caractères hypothétique et abstrait.

411. Si le juge administratif a, très tôt, pris l'habitude d'adopter une formulation abstraite et générale de ses décisions de principe¹⁵²⁷, le style rédactionnel ne détermine pas pour autant le contenu même de la norme. Ainsi, une formule générale et abstraite ne constitue pas nécessairement la marque d'une norme présentant de tels caractères. C'est même plutôt le contraire qui se produit pour la règle jurisprudentielle. Contenu dans une décision, l'énoncé de la règle s'intègre formellement à elle. Le style de rédaction du jugement se rapprochant davantage de l'énoncé catégorique¹⁵²⁸, la partie du syllogisme contenant le présupposé de la règle appliquée par le jugement n'apparaît pas avec évidence à sa lecture. Il est même nécessaire de recréer la structure hypothétique et abstraite de l'énoncé normatif pour faire apparaître la règle de droit appliquée par le jugement. Par exemple, dans l'affaire *Époux V.*, le juge administratif abandonne l'exigence d'une faute lourde en matière médicale en jugeant que : « *considérant que les erreurs ainsi commises, qui ont été selon les rapports d'expertise la cause de l'accident survenu à Mme V., constituent une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital ; que par suite, M. et Mme V. sont fondés à demander l'annulation du jugement attaqué* »¹⁵²⁹. Le présupposé de la règle désormais applicable en la matière se reconstruit comme suit : si une faute simple est commise – ici une erreur médicale – et génère un dommage – des séquelles neurologiques – qui lui est imputable, alors la personne publique – l'hôpital – aura l'obligation de le réparer. De l'énoncé

¹⁵²¹ L. BACH, *ibid.*, p. 20, n° 158 et « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !) », préc., p. 50.

¹⁵²² M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », préc., pp. 10-11, n° 16.

¹⁵²³ B. LAVERGNE, art. préc., pp. 298-299 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 66, spéc. p. 69 ; F. ROUVILLOIS, « Le raisonnement finaliste du juge administratif », *RDJ*, 1990, n° 6, p. 1817.

¹⁵²⁴ Sur la théorie déductive du pouvoir normatif du juge, voir S. RIALS, thèse préc., pp. 197-198, n° 140.

¹⁵²⁵ C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 311. Sur les méthodes du juge dans l'élaboration de la règle jurisprudentielle, voir. Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, préc., p. 216 et s.

¹⁵²⁶ J. HÉRON, « L'infériorité technique de la règle jurisprudentielle », préc., p. 1085, n° 4 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 267, n° 9 ; O. SALVAT, thèse préc., p. 77, n° 86.

¹⁵²⁷ Pour le Conseil d'État, cf., par ex., CE, 5 fructidor an IX (23 août 1801), *Godard c/ Benoît, R & L*, t. I, p. 6 (cité par H. LE BERRE, thèse préc., p. 28, n° 25). Voir, également, O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », préc., p. 362 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 214 ; F. ZÉNATI, *op. cit.*, p. 198 et s.

¹⁵²⁸ Cela tient au fait que chaque paragraphe du jugement débute par « considérant que... ». Ce style rend simplement moins évidente à la lecture l'identification du présupposé de la règle.

¹⁵²⁹ CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, req. n° 79.027, Rec., p. 171, concl. H. LEGAL, *GAJA* n° 94, *AJDA*, 1992, p. 355 et *RFDA*, 1992, n° 3, p. 571, concl. H. LEGAL, *D.*, 1993, SC, p. 146, obs. P. BON et P. TERNEYRE, *JCP G*, 1992, II, 21881, note J. MOREAU, *LPA*, 3 juillet 1992, note V. HAÏM. Pour une démarche similaire, C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 314.

catégorique présent dans le considérant de principe, il est possible d'induire le caractère hypothétique et abstrait de la règle nouvellement posée par le juge.

412. Si la recherche des premiers éléments constitutifs de la règle de droit ne suscite que peu de difficultés, il n'en va pas de même pour le dernier d'entre eux : le lien d'imputation permanent entre le présumé de la règle et l'effet de droit qu'elle prévoit¹⁵³⁰. *A priori*, cet élément ferait défaut à la norme jurisprudentielle. Entre chaque arrêt, la règle jurisprudentielle n'existerait pas¹⁵³¹. Contenue dans une décision, elle serait insusceptible de produire un nombre indéterminé d'effets dans le temps et s'épuiserait avec le jugement. Comme le relève M. Le Berre, « *ce qui manque à la jurisprudence, c'est une existence temporelle nécessaire à toute norme générale. Son prononcé l'épuise instantanément. La répéter systématiquement ne permettra que de la faire clignoter. Mais entre chaque éclair, l'obscurité revient* »¹⁵³². À l'inverse, d'autres auteurs estiment que « *l'ensemble des situations visées par l'hypothèse réglée par la norme tombe sous le coup de celle-ci dès son établissement* »¹⁵³³. La règle nouvelle a non seulement vocation à être appliquée dans toutes les affaires qui viendront à être jugées, mais également, indépendamment de tout procès, à tous les faits entrant dans son présumé. Comme on l'a montré, le lien indissociable unissant le jugement à la règle jurisprudentielle existe au stade de sa formulation, mais n'a rien de nécessaire à celui de son application.

Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler qu'au titre de sa mission juridictionnelle, le juge doit, sauf exception, faire application de règle en vigueur au jour de la réalisation des faits objet du litige. Or, si la règle jurisprudentielle n'existe qu'à l'instant du jugement, comment expliquer qu'elle puisse être applicable à une situation qui le précède dans la chronologie ? On peut se poser la même question à l'égard de la situation inverse, celle dans laquelle le jugement rejette une prétention au motif que l'administration s'est conformée, au moment où elle a pris sa décision, à la règle jurisprudentielle dégagée plus tôt.

413. Ainsi, la spécificité de la formulation de la règle jurisprudentielle ne l'empêche pas de poser un lien d'imputation permanent entre son présumé et les faits qu'elle entend régir. Si la formulation comme l'application de la règle jurisprudentielle dépendent du « hasard » des recours¹⁵³⁴, ce qui importe, d'un point de vue normatif, c'est que ce hasard ne réduit aucunement la virtualité de son application à un nombre indéfini de situations. Il suffit que la règle nouvelle ait vocation à s'appliquer chaque fois qu'un litige se présente¹⁵³⁵.

Malgré les particularités de sa formulation, la règle jurisprudentielle répond aux critères distinctifs de la règle de droit. Toutefois, le lien indissociable entre création et application du droit par le juge – qui caractérise le mode de formation de la jurisprudence et traduit l'inaptitude de celui-là à la fonction normative – est à la source même d'une autre particularité de la règle jurisprudentielle, qui se rattache cette fois à son action dans le temps. Du fait de son mode de formulation, la jurisprudence

¹⁵³⁰ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, pp. 19-20, n° 5 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 277, n° 15 ; J. MAURY, art. préc., p. 29.

¹⁵³¹ Suivant cette manière de voir, J. Arrighi de Casanova rappelait que « *formellement, le droit est réinventé sur chaque affaire* » (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Sect., Avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c/ SARL Auto-industrie Méric*, req. n° 164.008, Rec., p. 154, *RJF*, 1995, n° 5, p. 332).

¹⁵³² H. LE BERRE, thèse préc., p. 78, n° 71. Cf., dans le même sens, L. BACH, *op. cit.*, p. 26, n° 206 et art. préc., p. 59 ; M. HAURIOU, « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », préc., p. 113 ; G. VEDEL, art. préc., p. 267, n° 2.

¹⁵³³ A. HERVIEU, art. préc., p. 268, n° 9.

¹⁵³⁴ Sur cette formule, J. RIVERO, art. préc., p. 17.

¹⁵³⁵ P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTDCiv.*, 1952, pp. 17-23.

nouvelle voit son application automatiquement anticiper dans le temps. C'est dire que la règle jurisprudentielle est, par essence même, rétroactive.

II – LA CONSEQUENCE : L'ANTICIPATION AUTOMATIQUE DE L'APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE

414. Il n'y a guère lieu de s'attarder sur la question de savoir si les effets de la règle jurisprudentielle sont nécessairement rétroactifs, car elle est aisément démontrée et toujours vérifiée¹⁵³⁶. Le pouvoir créateur du juge est conditionné et finalisé par la solution du litige auquel il lui faut parvenir. Si le juge formule une règle de droit, c'est pour l'appliquer immédiatement au cas d'espèce. La règle nouvelle vient alors remplacer celle applicable au moment de la survenance des faits ou des actes litigieux¹⁵³⁷. C'est là une des conséquences du lien consubstantiel entre la création de la règle jurisprudentielle et son application concrète¹⁵³⁸ qui caractérise son mode de formation. D'une certaine façon, la rétroactivité juridictionnelle est à l'origine de celle de la jurisprudence¹⁵³⁹.

D'un point de vue normatif, cela signifie que le champ d'application de la règle jurisprudentielle est nécessairement déterminé en fonction d'éléments dont la survenance précède nécessairement sa formulation dans la chronologie. Au moment où celle-là est énoncée, les faits et actes qu'elle a vocation à régir se sont, par définition, déjà produits¹⁵⁴⁰. À cet égard, on peut même remarquer que les faits ou actes correspondant au présumé de la règle jurisprudentielle nouvelle sont, au premier chef, ceux-là même qui ont donné lieu au litige à l'occasion duquel le juge l'a formulée, sans que cela signifie pour autant que ce soient les seuls que la règle prétorienne a vocation à régir. Parce qu'elle gouverne des éléments appartenant au passé, la règle jurisprudentielle produit automatiquement son effet de manière anticipée par rapport à la date à laquelle elle a été énoncée, nonobstant les difficultés de datation dont elle peut parfois être l'objet.

L'exemple du droit de la responsabilité administrative permet d'illustrer utilement ce point, s'agissant d'un changement de règles de fond par voie de jurisprudence. La réalisation du fait dommageable commande l'application des règles déterminant la personne responsable, ainsi que les conditions d'indemnisation du dommage qui en est résulté, et emporte, ce faisant, la constitution du droit à indemnité. En modifiant l'une ou l'autre de ces règles, le juge substitue une règle nouvelle à celle qui a été appliquée – ou qui aurait dû l'être – au moment de l'accomplissement du fait dommageable. Le

¹⁵³⁶ Sous réserve de la mise en œuvre du nouveau pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence que les Cours suprêmes viennent de s'octroyer (CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Baron*, req. n° 283.141, Rec., p. 204, concl. J.-P. THIELLAY, *GACA* n° 57, *AJDA*, 2008, n° 24, p. 1316, chr. B. BOURGEOIS-MACHUREAU et É. GEFFRAY, *Dr. adm.*, 2008, n° 8-9, p. 40, note F. MELLERAY, *LPA*, 1^{er} décembre 2008, n° 240, p. 17, chr. F. BRENET, *RFDA*, 2008, n° 4, p. 689, concl. J.-P. THIELLAY et n° 5, p. 964, note B. PACTEAU ; Cass., Ass. Plén., 13 février 2009, *Pessino*, pourv. n° 01-85.826, Bull. Crim., A. P., n° 1, *AJDA*, 2009, n° 21, p. 1165, note B. PACTEAU.

¹⁵³⁷ L. BACH, art. préc., p. 56 ; G.-X. BOURIN, « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal ? », *Gaz. Pal.*, 2-3 juin 1995, doctr., p. 2 ; P. HÉBRAUD, art. préc., pp. 366-367 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 349 ; D. LINOTTE, art. préc., p. 633 ; C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53, p. 9 ; J. RIVERO, art. préc., p. 15 ; O. SALVAT, thèse préc., p. 72, n° 81.

¹⁵³⁸ J. HÉRON, art. préc., p. 1085, n° 5 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 267, n° 9 ; T. REVET, art. préc., p. 386, n° 12 ; J. RIVERO, art. préc., p. 16 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 28, n° 7.

¹⁵³⁹ J. HARDY, art. préc., p. 463 ; P. HÉBRAUD, art. préc., p. 366, n° 24. Voir également, V. TCHEN, « L'influence des revirements de jurisprudence sur l'action de l'administration », *LPA*, 25 juillet 1994, n° 88, p. 4, spéc. p. 8.

¹⁵⁴⁰ D. de BÉCHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », préc., p. 7 ; J. HÉRON, art. préc., p. 1088, n° 12 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 291, n° 25 ; C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in C. ATIAS (dir.), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 123.

fait générateur de la responsabilité s'étant réalisé antérieurement à l'édiction de la règle jurisprudentielle nouvelle, il y a bien atteinte à une situation antérieurement constituée. Ainsi, lorsque le Conseil d'État crée un régime autonome de responsabilité de l'État législateur du fait de la méconnaissance d'une convention internationale, le nouveau régime consacré en 2007¹⁵⁴¹ est substitué à celui qui était applicable au moment de la réalisation du fait dommageable résultant de l'intervention d'une loi de validation datée du 25 juillet 1994¹⁵⁴². Alors que l'application de la règle ancienne avait conduit les juges du fond à rejeter la demande indemnitaire du requérant, celle de la règle nouvelle au même fait dommageable aboutit, devant le Conseil d'État, à la reconnaissance de la responsabilité de l'État législateur¹⁵⁴³. Applicable aux règles de fond régissant des faits instantanés, le raisonnement est transposable à celles régissant une partie des décisions administratives¹⁵⁴⁴.

Un autre exemple significatif est celui d'un changement par voie de jurisprudence des règles de forme et de procédure gouvernant l'adoption des actes juridiques, qu'il s'agisse des règles régissant leur

¹⁵⁴¹ CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, req. n° 279.522, Rec., p. 78, *AJDA*, 2007, n° 11, p. 585, chr. F. LENICA et J. BOUCHER, *Dr. adm.*, 2007, n° 3, p. 29 et n° 5, p. 9, étude M. GAUTIER et F. MELLERAY, *Europe*, 2007, n° 3, p. 5, note D. SIMON, *JCP A*, 2007, n° 14, p. 45, note C. BROUELLE, *JCP G*, 2007, II, 10045, note M.-C. ROUAULT, *LPA*, 7 août 2007, n° 157, p. 11, note M. CANEDO-PARIS, *Procédures*, 2007, n° 4, p. 29, note S. DEYGAS, *RFDA*, 2007, n° 2, p. 361, concl. L. DEREPAIS et n° 4, p. 789, note M. CANEDO-PARIS, *RTDH*, 2007, n° 71, p. 909, note F. LEMAIRE.

¹⁵⁴² Auparavant, la réparation des dommages causés par une loi méconnaissant une convention internationale était envisagée, en l'absence d'application concrète, par rapport au régime plus général de la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois et des conventions internationales (CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*, Rec. p. 257, *GAJA* n° 82, *AJDA*, 1966, p. 350, chr. J.-P. PUISSOCHET et J.-P. LECAT, *D.*, 1966, p. 582, note J.-F. LACHAUME, *JCP G*, 1967, 15000, note J. DEHAUSSY, *RDP*, 1966, n° 4, p. 774, concl. M. BERNARD et n° 5, p. 955, note M. WALINE ; Sect., 29 octobre 1976, *Ministre des affaires étrangères c/ Consorts Burgat*, req. n° 94.218, Rec., p. 452, *AJDA*, 1977, n° 1, p. 30, chr. Mme NAUWELAERS et L. FABIUS, *D.*, 1978, p. 77, note C.-L. VIER et J.-F. LAMOUREUX, *JCP G*, 1977, II, 18606, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *RDP*, 1977, n° 1, p. 213, concl. J. MASSOT), du moins en l'absence d'acte administratif d'application (CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, req. n° 87.753, Rec., p. 78, concl. M. LAROQUE, *AJDA*, 1992, p. 210, concl. M. LAROQUE et p. 329, chr. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ, *CJEG*, 1992, n° 483, p. 525, chr. P. SABOURIN, *D.*, 1992, p. 208, chr. R. KOVAR et 1993, SC, p. 141, obs. P. BON et P. TERNEYRE, *Europe*, 1992, n° 4, p. 1, note D. SIMON, *JCP G*, 1992, II, 21859, note G. TEBOUL, *RDP*, 1992, n° 6, p. 1480, note F. FINES). Reposant sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi est soumise à la double condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revête un caractère grave et spécial (CE, Ass., 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers "La Fleurette"*, Rec., p. 25, *GAJA* n° 50, *D.*, 1938, III, p. 41, concl. ROUJOU et note L. ROLLAND, *RDP*, 1938, n° 1, p. 87, concl. ROUJOU et note G. JÈZE, *S.*, 1938, III, p. 25, concl. ROUJOU et note P. LAROQUE). Une partie de la doctrine, suivie en cela par quelques juridictions inférieures, militaient cependant en faveur de la reconnaissance d'un régime de responsabilité pour faute (CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, req. n° 89PA02498, Rec., p. 558, *AJDA*, 1992, n° 11, p. 768, obs. X. PRÉTOT, *Dr. adm.*, 1992, n° 8-9, p. 15, *DF*, 1992 n° 33-38, p. 1420, comm. 1665 et p. 1423, concl. F. BERNAULT ; TA Clermont-Ferrand, 23 septembre 2004, *SA Fontanille*, req. n° 0101282, *AJDA*, 2005, n° 7 p. 385, note C. WEISSE-MARCHAL ; G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », *RFDA*, 1997, n° 5, p. 1017 et « Le législateur français transgressant le droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable ? », *AJDA*, 2006, n° 39, p. 2155 ; A. BARAV, « Responsabilité et irresponsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum J. WALINE*, Paris, Dalloz, 2002, p. 431 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1380, n° 1519 ; L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA*, 1996, n° 3, p. 583 ; C. WEISSE-MARCHAL, « Quelle réparation pour les dommages causés aux particuliers pour la violation d'une directive communautaire dépourvue d'effet direct ? », *RFDA*, 2000, n° 2, p. 402). Sur cette question, voir C. BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 236, 2003.

¹⁵⁴³ Pour d'autres ex. en matière de responsabilité administrative, cf. CE, 11 janvier 1838, *Duchâtelier*, Rec., p. 7 ; Ass., 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers "La Fleurette"*, préc. (création du régime de responsabilité du fait des lois) ; Ass., 22 octobre 1943, *Sarda*, Rec., p. 232 ; Ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec., p. 279, *D.*, 1947, J., p. 375, note BLAEVOËT, *S.*, 1947, III, p. 105, note F.-P. BÉNOIT (modification des conditions d'engagement de la responsabilité en matière de collaborateurs occasionnels du service public) ; 23 mai 2003, *Mme Chabba*, req. n° 244.663, Rec., p. 240, *AJDA*, 2004, n° 3, p. 157, note N. ALBERT, *Dr. adm.*, 2003, n° 10, p. 44, note M. LOMBARD, *JCP A*, 2003, n° 30, p. 1046, obs. C. BROUELLE et n° 36 p. 1124, note J. MOREAU (assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité en matière de surveillance pénitentiaire). Voir également, H. LE BERRE, thèse préc., p. 579 et s., n° 382 et s.

¹⁵⁴⁴ Seules sont concernées les décisions qui constituent un élément du présumé de la règle de droit (cf., plus haut, p. 65, n° 98). Par ex., s'agissant des règles déterminant la légalité interne de l'acte de création d'un service public sur un marché, CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec., p. 333, *S.*, 1901, III, p. 73, note M. HAURIOU ; Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec., p. 583, *GAJA* n° 43, *RDP*, 1930, p. 530, concl. P.-L. JOSSE, *S.*, 1931, III, p. 73, concl. P.-L. JOSSE et note R. ALIBERT ; Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, req. n° 57.435, Rec., p. 563, *AJDA*, 1964, n° 12, p. 686, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET, *Rev. adm.*, 1965, n° 103, p. 31, note G. LIET-VEAUX ; Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc. (acte de création d'un service public sur un marché).

légalité externe¹⁵⁴⁵ ou de celles affectant le droit au recours contre elles. La situation procédurale étant constituée avec l'édition de l'acte, les règles de forme et de procédure ne sont pas, en principe, applicables aux décisions adoptées antérieurement à leur date d'observabilité. De la même manière que précédemment, le juge va formuler la nouvelle règle de forme ou de procédure à l'occasion d'un litige portant sur une décision déjà édictée. Ainsi, la légalité externe de l'acte ou les possibilités de le contester va être appréciée par rapport à une règle qui n'existait pas au moment de la constitution de la situation procédurale. C'est ainsi qu'en étendant l'obligation d'introduire un recours administratif préalable à peine d'irrecevabilité du recours contentieux à toute personne intéressée, même si elle n'est pas au nombre de celles qui sont limitativement énumérées par les dispositions législatives ou réglementaires instituant ledit recours, le Conseil d'État a, par un arrêt *Louis*, dégagé une règle de procédure nouvelle s'imposant à l'ensemble des procédures en cours au moment de sa formulation¹⁵⁴⁶. Applicable aux procédures engagées contre des décisions déjà édictées, la règle jurisprudentielle nouvelle modifie une situation antérieurement constituée et produit, ce faisant, un effet rétroactif. En conséquence, les recours contentieux engagés au moment de la formulation de la règle ont été déclarés irrecevables pour les requérants qui n'avaient pas satisfait à l'obligation nouvellement posée¹⁵⁴⁷. Inversement, lorsqu'une voie de recours est créée¹⁵⁴⁸ ou sa nature modifiée¹⁵⁴⁹, la règle nouvelle est rétroactivement applicable aux décisions déjà édictées, mais qui ne sont pas encore devenues définitives au moment de sa formulation, ce qui a pour effet de déclarer recevables les recours dirigés contre celles-ci.

415. Conclusion du paragraphe 1. Contestable en théorie, le pouvoir créateur de règles de droit exercé par le juge administratif n'a jamais été sérieusement contesté par la majorité de la doctrine publiciste. Il est, de même, assez aisément admis que la jurisprudence est le siège d'une rétroactivité

¹⁵⁴⁵ Voir, par ex., CE, 12 octobre 2005, *Société Placoplâtre*, req. n° 277.300, Rec., T., p. 1032, *AJDA*, 2005, n° 44, p. 2474, concl. Y. AGUILA.

¹⁵⁴⁶ CE, 28 septembre 2005, *Louis*, req. n° 266.208 et 266.210, Rec., p. 401, *AJDA*, 2005, n° 44, p. 2425, trib. B. SEILLER et 2006, n° 2, p. 103, note A.-M. MAZETIER, *BJCL*, 2006, n° 1, p. 60, concl. A.-F. ROUL, *Dr. adm.*, 2006, n° 4, p. 45, note P. LIGNIÈRES et J. DUVAL, *LPA*, 13 juillet 2007, n° 140, p. 20, note A. GRABOY-GROBESCO. Sur le droit antérieur, cf., notamment, CE, 6 janvier 1989, *SCI Aménagement Ajaccio Mezzavia*, req. n° 102.708, Rec., T., p. 498.

¹⁵⁴⁷ Le Conseil d'État est, par la suite, revenu sur sa solution, en limitant le champ d'application de l'obligation au contentieux des décisions administratives prises par les ordres professionnels (CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, préc., *AJDA*, 2006, n° 15, p. 796, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *BJCL*, 2006, n° 5, p. 330, concl. Y. STRUILLLOU et obs. B. POUJADE, *Construct.-Urb.*, 2006, n° 4, p. 28, note A.-M. RENAUX, *D.*, 2006, n° 18, p. 1237, note H. GELAS, *Dr. adm.*, 2006, n° 4, p. 45, note P. LIGNIÈRES et J. DUVAL, *JCP E*, 2006, 1960, note C. CARBONNEL, *LPA*, 13 juillet 2007, n° 140, p. 20, note A. GRABOY-GROBESCO, *Procédures*, 2006, n° 5, p. 26, obs. S. DEYGAS, *RDP*, 2007, n° 2, p. 615, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 550, concl. Y. STRUILLLOU). En dehors de ce domaine, le revirement a eu pour conséquence de permettre rétroactivement aux intéressés de contester à nouveau directement la décision litigieuse devant le juge administratif, dès lors qu'ils ne sont pas désignés par les textes institutifs d'une procédure administrative de recours préalable (CAA Nancy, 21 juin 2007, *Société Raver*, req. n° 06NC01300, Rec., T., p. 669).

¹⁵⁴⁸ CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec., p. 749, concl. J. ROMIEU, *DP*, 1907, III, p. 49, concl. J. ROMIEU, *RDP*, 1906, p. 249, note G. JÈZE, *S.*, 1906, III, p. 49, note M. HAURIOU (recours contre les actes détachables d'un contrat) ; Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, Rec., p. 464 (2 esp.), *GAJA* n° 66, *D.*, 1951, p. 620, note NGUYEN DO, *JCP G*, 1951, II, 6532, note J.-J. R. et 1952, II, 6734, note C. EISENMANN, *RDP*, 1951, n° 4, p. 1087, note M. WALINE, *S.*, 1952, III, p. 25, note A. MATHIOT et 1953, III, p. 57, note MEURISSE (action récursoire de l'administration contre l'agent fautif en cas de cumul de fautes) ; Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, préc. (recours pour excès de pouvoir contre un contrat de recrutement d'un agent public). Il en va de même de la création d'un nouveau cas d'ouverture d'un recours contentieux (cf., s'agissant du recours pour excès de pouvoir, CE, 24 juillet 1903, *Guibal*, Rec., p. 351 ; 24 juillet 1903, *Commune de Massat*, Rec., p. 556 ; 7 août 1903, *Chabot et autres*, Rec., p. 619, *S.*, 1904.3.1, note M. HAURIOU ; 24 décembre 1920, *Julien*, Rec., p. 1138), dès lors qu'elle touche à l'existence même du droit au recours.

¹⁵⁴⁹ Voir, par ex., en matière de sanctions administratives, CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, req. n° 274.000, Rec., p. 24, concl. C. LEGRAS, *AJDA*, 2009, n° 11, p. 583, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDP*, 2009, n° 4, p. 189, note É. PÉCHILLON, *BDCF*, 2009, n° 5, p. 19, *RDF*, 2009, n° 15, p. 37 et *RFDA*, 2009, n° 2, p. 259, concl. C. LEGRAS, *JCP A*, 2009, n° 16, p. 27, note D. BAILLEUL, *JCP G*, 2009, II, 10087, note K. GRABARCZYK, *RFDA*, 2009, n° 4, p. 729, étude R. TINIÈRE et 2010, n° 3, p. 597, chr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et L. SERMET, *RJEP*, 2009, n° 665, p. 35, note F. MELLERAY.

véritable, comme en témoigne la dénonciation régulière des effets des revirements de jurisprudence. Néanmoins, la doctrine ne s'est que très rarement préoccupée des caractéristiques intrinsèques que revêt le pouvoir créateur du juge, ainsi que du mode singulier selon lequel il s'exprime. Pourtant, ces deux aspects montrent le lien fondamental existant entre rétroactivité et normativité de la jurisprudence. D'un côté, la normativité constitue une condition première de l'admission de la rétroactivité véritable de la règle jurisprudentielle. De l'autre, la normativité particulière de la jurisprudence fait de la rétroactivité une de ses caractéristiques essentielles. Les caractéristiques du pouvoir normatif jurisprudentiel que sont sa clandestinité, sa subsidiarité, ainsi que sa déficience technique, sont à la source du lien indissociable existant entre création et application du droit par le juge. Or, ce lien entraîne, de manière mécanique, l'anticipation dans le temps des effets de la jurisprudence nouvelle. L'affirmation suivant laquelle la règle prétorienne est essentiellement rétroactive se trouve ainsi vérifiée, autant qu'elle est désormais mieux cernée.

Si la rétroactivité est inhérente à la règle jurisprudentielle, l'étendue de celle-là varie selon les différentes formes que celle-ci est susceptible de revêtir.

§ 2 : Les expressions de la rétroactivité jurisprudentielle

416. En raison de l'absence d'officialisation du pouvoir créateur de règles de droit du juge, la jurisprudence ne représente pas un phénomène homogène. La règle jurisprudentielle ne connaît pas un seul mode de formation, mais emprunte les « canaux » réservés habituellement à l'exercice par le juge de sa fonction juridictionnelle. Elle ne se voit pas davantage attribuer une valeur unique, si bien qu'il semble plus juste de parler « des jurisprudences »¹⁵⁵⁰. Ces dernières ont cependant en commun leur rétroactivité. Quel que soit le chemin que leur formulation a emprunté et quelle que soit la valeur qui leur est *a priori* accordée, les jurisprudences produisent, de plein droit, un effet rétroactif.

417. Aux différentes expressions du pouvoir normatif du juge correspondent diverses formes de rétroactivité de la jurisprudence. Dans sa manifestation la plus ancienne, la jurisprudence est le résultat d'une sédimentation de décisions successives formulant progressivement un principe nouveau et/ou par une interprétation constructive ou renouvelée de textes préexistants. Cela ne signifie pas pour autant qu'à une occasion ou une autre, la jurisprudence nouvelle ne puisse être formulée instantanément. Néanmoins, parce qu'il transite par un ou plusieurs jugements, le nouveau principe jurisprudentiel ne se laisse pas aisément saisir. À cette première difficulté s'ajoute l'incapacité pour le juge, en raison de l'absence de caractère officiel de son pouvoir, de délimiter le champ d'application temporel de la jurisprudence nouvelle. Impossible à dater et à circonscrire, la jurisprudence nouvelle est censée avoir toujours existé. Sa rétroactivité est indéterminée, ce qui lui confère une portée virtuellement sans limite (I). Par la suite, la fonction jurisprudentielle du Conseil d'État s'est progressivement enrichie avec la mise en place de procédures d'avis sur une question de droit posée par le Gouvernement ou une juridiction administrative. Elle s'est, en même temps, lentement affranchie du cadre strict du litige. Bien que dépourvus d'autorité juridique, à l'instar de la jurisprudence classique, les énoncés à caractère

¹⁵⁵⁰ Selon la formule et la classification établie par Y. Gaudemet. L'auteur montre que les décisions de principe n'ont pas toutes la même autorité, alors même que doit leur être attaché un même régime juridique (Y. GAUDEMET, thèse préc. pp. 244-245). Voir, dans le même sens L. BACH, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !) », préc., p. 49 ; R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chr. XX, p. 99.

général et abstrait figurant dans les avis du Conseil d'État « font » jurisprudence. Ce mode de formation de la jurisprudence par voie d'avis a pour vertu principale d'être plus immédiat et plus aisément identifiable. Du point de vue de ses effets dans le temps, cette forme de jurisprudence « à grande vitesse » a une incidence moins directe sur le passé de l'ordonnement juridique. En effet, l'effet rétroactif qui doit lui être reconnu continue de dépendre de l'édiction d'un jugement (II). Au terme de cette évolution se situe la forme la plus achevée de la normativité jurisprudentielle. Assumant désormais ouvertement un pouvoir créateur de règles de droit, le juge se reconnaît la faculté d'édicter explicitement la règle prétorienne et surtout de délimiter directement son champ d'application dans le temps. Contrairement aux formes traditionnelles d'expression de la jurisprudence, la rétroactivité de la règle nouvelle peut être aménagée au moment de sa formulation. Cette œuvre de *jurislation* ne va toutefois pas sans remettre en cause l'inhérence même de la rétroactivité à la fonction jurisprudentielle (III).

I – LA RETROACTIVITE INDETERMINEE DE LA JURISPRUDENCE

418. La détermination de l'étendue de la rétroactivité attachée à une jurisprudence nouvelle ou à un revirement de jurisprudence présente des difficultés redoutables principalement en raison de son mode de formation. Formulée à l'occasion d'un litige, la règle jurisprudentielle est contenue dans le jugement qui en fait application et, de ce fait, ne se laisse pas aisément saisir. Il s'avère donc parfois difficile de déceler la décision qui fait « date » en jurisprudence. Or, selon la ou les dates retenues comme point de départ de la jurisprudence nouvelle, le champ d'application de cette dernière est susceptible de varier dans son étendue. Ainsi, les difficultés attachées à l'identification de la règle jurisprudentielle elle-même exercent une incidence directe sur la détermination de son champ d'application dans le temps (A). À cela s'ajoute le caractère subsidiaire du pouvoir normatif du juge qui prive ce dernier de la capacité de délimiter lui-même et *a priori* le champ d'application temporel de la jurisprudence nouvelle. Il s'ensuit que le champ d'application de la jurisprudence nouvelle dépasse largement le cadre du litige pour saisir également tous les faits non soumis à litige, indifféremment de l'époque où ils se sont produits. L'étendue de sa rétroactivité est donc la plus large qui soit (B).

A/ La localisation incertaine de la jurisprudence nouvelle

419. Les difficultés que suscitent l'identification de la règle jurisprudentielle nouvelle sont bien connues¹⁵⁵¹. Elles deviennent même redoutables en cas de changement de règle¹⁵⁵². Or, dans l'un

¹⁵⁵¹ Sur cette question, voir H. LE BERRE, thèse préc., p. 149 et s., n° 102 et s. Voir également, N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, rapp. préc., p. 44 et s. ; J. PETIT, « La rétroactivité du procès », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 10 et s. ; P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, préc., pp. 25-26, n° 7 ; O. SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, préc., p. 44 et s., n° 51 et s.

¹⁵⁵² À la difficulté de déceler le précédent se greffe celle d'identifier le revirement de jurisprudence. La notion de revirement recouvre elle-même une réalité complexe dont l'analyse revêt une part de subjectivité. Pour une partie de la doctrine, le revirement n'existe qu'à condition d'avoir été identifié par la doctrine (P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », préc., p. 15 ; M. DEGUERGUE, thèse préc., pp. 745-746 ; pour une critique, voir D. de BÉCHILLON, thèse préc., p. 128 et s.). Pour certains auteurs, tout arrêt qui pose une règle différente des solutions antérieures constitue un revirement de jurisprudence (C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G*, 1994, I, n° 27, 3776, n° 32). Selon H. Le Berre, il faut plutôt combiner deux critères : l'opposition des solutions et la volonté du juge (H. LE BERRE, thèse préc., p. 149 et s., n° 102 et s.). Le premier critère est objectif et se trouve rempli dès lors qu'il existe une opposition soit dans le fondement de la solution, soit dans son contenu. Il en résulte une opposition de solutions et non une simple différence de circonstances. Tout est ici affaire de degré et de nuances. Le second critère est subjectif et tient à la volonté du juge de revirer (A. HERVIEU, art. préc., p. 296, n° 28). Le revirement suppose ainsi consensus, clarté et vision

comme dans l'autre cas, ces difficultés ont une incidence directe sur la recherche de la date à laquelle la nouvelle solution jurisprudentielle a été consacrée. En effet, l'appréhension de l'existence d'une règle jurisprudentielle nouvelle est une question première par rapport à celle de l'identification du moment à laquelle elle est apparue. Par suite, les difficultés à déceler la décision qui fait date en jurisprudence rendent d'autant plus incertaine la datation de la règle jurisprudentielle nouvelle. Sans entrer dans le détail d'une question qui dépasse largement le cadre de la présente étude, il convient de rappeler brièvement les difficultés attachées à la connaissance de la solution nouvelle pour mieux saisir les conséquences qu'elles comportent pour la détermination de la date de son apparition. Ces difficultés tiennent, d'une part, à la formulation de la règle par le juge (1) et, d'autre part, à la réception qui en est faite par la doctrine (2).

1°) Les difficultés liées à la formulation de la règle par le juge

420. L'incertitude attachée à la formulation de la règle jurisprudentielle par le juge tient à la fois à des considérations de forme et de fond. Il est souvent reproché au juge administratif son laconisme, source d'hésitations quant au contenu et à la portée de ses décisions¹⁵⁵³. Bien que les avantages qu'elle procure ne doivent pas être ignorés¹⁵⁵⁴, la formulation parfois implicite et imprécise de la règle jurisprudentielle n'entraîne pas moins une incertitude à la fois sur l'existence¹⁵⁵⁵ et le champ d'application¹⁵⁵⁶ de la règle nouvellement posée. Dans bien des cas, il arrive qu'un principe jurisprudentiel nouveau ait été appliqué sans que le juge ne l'ait expressément formulé. À cet égard, il suffit de rappeler que certains principes généraux du droit ont été sanctionnés sans avoir toujours été clairement énoncés par le juge¹⁵⁵⁷. Une période parfois longue peut ainsi séparer le début de l'application du nouveau principe de sa consécration explicite en tant que tel ; l'édiction de la règle de sa connaissance. Au problème de

prospective (S. RIALS, thèse préc., p. 375 et s., n° 262 et s.). Voir également, G. DARCY, « Le théoricien et le rêveur (réflexions sur les revirements de jurisprudence) », préc., p. 338, n° 15 ; N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 45.

¹⁵⁵³ H. LE BERRE, thèse préc., p. 277, n° 191 ; S. RIALS, thèse préc., p. 407, n° 296. Voir également, J.-M. AUBY, note sous CE, Ass., 11 juillet 1975, *Sieur Clément et Association pour la défense de la culture et de la musique contemporaine*, req. n° 91.193, Rec., p. 426, D., 1976, J., p. 213, spéc. p. 217.

¹⁵⁵⁴ Outre la considération que concision ne signifie pas imprécision, la doctrine de *l'imperatoria brevitatis* (CE, 5 décembre 1924, *Légillon*, Rec., p. 985, *GACA* n° 64, obs. P. CASSIA) laisse au juge une large marge d'appréciation, soit qu'il ne souhaite pas prendre explicitement parti au-delà de l'espèce, soit qu'il ne veuille pas donner un contenu trop précis au principe posé (cf. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, préc., pp. 5-6, n° 7 et thèse préc., p. 263 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 302, n° 33 ; É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 344 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 282, n° 193 ; M. LOMBARD et G. DUMONT, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 8^e éd., 2009, p. 35, n° 70 ; J. WALINE, *op. cit.*, p. 294, n° 314).

¹⁵⁵⁵ Pour un ex. d'incertitude sur la consécration d'une règle nouvelle, voir CE, Sect., 27 juillet 1990, *Bourgeois*, req. n° 44.676, Rec., p. 242, *AJDA*, 1991, p. 53, note L. RICHER et p. 346, note R. DEBBASCH, D., 1991, SC, p. 287, obs. P. BON et P. TERNEYRE, *RDP*, 1992, n° 3, p. 785, note J.-F. TOUCHARD, *RFDA*, 1990, n° 5, p. 899 et *RJF*, 1990, p. 548, concl. N. CHAHID-NOURAI (responsabilité de l'administration fiscale pour faute simple). Pour un ex. de reconnaissance implicite, voir CE, Sect., 29 novembre 1991, *Crépin*, req. n° 86.346, Rec., p. 411, *AJDA*, 1991, p. 889, chr. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ, *RFDA*, 1992, n° 5, p. 884, concl. F. LAMY (qualification d'établissements publics de l'État des chambres de commerce). Pour d'autres ex., voir H. LE BERRE, thèse préc., pp. 279-280, n° 192.

¹⁵⁵⁶ Cf., par ex., l'évolution consécutive à l'abandon du régime de la faute lourde en matière médicale (CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, préc.).

¹⁵⁵⁷ M. DEGUERGUE, thèse préc., p. 34 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 173, n° 120. Ainsi en a-t-il été pour le principe du respect des droits de la défense (comp. CE, 19 juin 1903, *Ledochowski*, Rec., p. 452 ; Sect., 17 juin 1930, *Ribeyrolles*, Rec., p. 76 ; Ass., 3 juillet 1931, *Le Scornet*, Rec., p. 736, S., 1932.3.57, concl. ETTORI, note R. BONNARD ; Sect., 5 mai 1944, *Dame Trompier-Gravier*, Rec., p. 133, D., 1945, J., p. 110, concl. B. CHENOT et note G. JÈZE), ainsi que de celui de non-rétroactivité des actes administratifs (comp. CE, 10 mai 1889, *Pierrard, Câtillon et autres*, préc. ; Sect., 27 avril 1945, *Société Force et Lumière électriques (Forclum)*, préc. ; 28 février 1947, *Ville de Lisieux*, préc.).

l'implicite s'ajoute parfois celui de la progressivité, le juge procédant par étapes successives dans la consécration de la solution nouvelle¹⁵⁵⁸ ou dans la délimitation de son champ d'application¹⁵⁵⁹.

Est particulièrement révélatrice de cette progressivité, l'évolution que connaît la jurisprudence relative à l'intensité du contrôle juridictionnel exercé sur le choix de la sanction par l'autorité disciplinaire. Fixé en 1978 par l'arrêt *Lebon*, le principe général était celui du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Jusqu'à une période récente, ce principe souffrait seulement quelques exceptions ponctuelles, principalement dégagées au cours des années 1990. La multiplication progressive de ces exceptions, de même que l'extension de leur champ d'application, au cours des années 2000, pose la question d'un renversement de jurisprudence au profit de la consécration du principe d'un contrôle normal sur le choix de la sanction effectué par l'autorité disciplinaire¹⁵⁶⁰.

421. Même lorsqu'elle est consacrée de manière explicite, la règle nouvelle peut avoir été formulée de manière imprécise par le juge. À cela, une double explication est classiquement apportée. L'une tient à la motivation elliptique des décisions du juge administratif¹⁵⁶¹, l'autre à la rédaction en des termes

¹⁵⁵⁸ La progressivité de l'élaboration d'une règle nouvelle (cf., par ex., sur l'obligation du pouvoir réglementaire de prendre les mesures d'application d'une loi, CE, Sect., 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la Société nationale des chemins de fer français et aux chemins de fer algériens*, préc. ; 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec., p. 475, D., 1963, J., p. 606, note J.-M. AUBY ; 3 octobre 1979, *Aguessy*, req. n° 10.309, Rec., p. 357 ; 24 juin 1992, *Soulat*, req. n° 97.033, *AJDA*, 1992, p. 691, note P. LETOURNEUR) se prolonge dans celle de son évolution (cf., par ex., s'agissant du régime contentieux des circulaires, CE, 18 juin 1993, *Institut français d'opinion publique (IFOP)*, req. n° 137.317, 137.369 et 137.553, Rec., p. 178, *Rev. adm.*, 1993, n° 274, p. 322, concl. F. SCANVIC ; Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, req. n° 233.618, Rec., p. 463, concl. P. FOMBEUR, *GAJA* n° 110, *AJDA*, 2003, n° 10, p. 487, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *JCP A*, 2003, n° 5, p. 94, note J. MOREAU, *LPA*, 23 juin 2003, n° 124, p. 19, note P. COMBEAU, *RFDA*, 2003, n° 2, p. 280, concl. P. FOMBEUR). Le revirement peut également intervenir à l'issue d'une période transitoire d'arrêts contradictoires (H. LE BERRE, thèse préc., p. 333 et s., n° 226 et s. et les ex. cités ; O. SALVAT, thèse préc., p. 101, n° 101) ou de décisions ponctuelles concordantes (Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, préc., p. 224).

¹⁵⁵⁹ Cf., par ex., l'extension progressive de la jurisprudence *Nicolo*, citée à la note suivante, aux normes communautaires de droit dérivé (CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, req. n° 56.776 et 56.777, Rec., p. 81, concl. M. LAROCHE, *JCP G*, 1992, II, 21859, note G. TEBoul, *LPA*, 10 avril 1992, n° 44, p. 18, note T. CÉLÉRIER, *RFDA*, 1992, n° 3, p. 425, note L. DUBOIS) puis aux principes généraux du droit communautaire (CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, req. n° 226.514, Rec., p. 624, *AJDA*, 2002, n° 19, p. 1219, note A.-L. VALEMBOIS, *Dr. adm.*, 2002, n° 3, p. 28, note P. CASSIA, *Europe*, 2002, n° 4, p. 6, note A. RIGAUX et D. SIMON, *RMCUE*, 2002, n° 462, p. 595, note F. CHALTIÉL, *RTDE*, 2003, n° 2, p. 197, note C. CASTAING).

¹⁵⁶⁰ CE, Sect., 9 juin 1978, *Sieur Lebon*, req. n° 05.911, Rec., p. 245 ; Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, req. n° 112.820, Rec., p. 70, *AJDA*, 1991, n° 5, p. 358, chr. R. SCHWARTZ et C. MAUGÛÉ, *Quot. jur.*, 23 mai 1991, n° 62, p. 7, note M.-C. ROUAULT, *RFDA*, 1991, n° 4, p. 612, concl. M. de SAINT-PULGENT. Sur l'évolution vers un contrôle normal du choix de la sanction disciplinaire, voir CE, 27 novembre 1996, *Ligue islamique du nord*, req. n° 170.207 et 170.208, Rec., p. 461, *LPA*, 10 mars 1997, n° 30, p. 10, note Nguyen VAN TUONG (élèves) ; 21 mars 2007, *Mme Waltz-Gasser épouse Roussel*, req. n° 284.655, Rec., T., p. 1112, *AJDA*, 2008, n° 3, p. 163 (bénéficiaires des allocations chômage) ; Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, req. n° 272.650, Rec., p. 263, concl. M. GUYOMAR, *CFP*, 2007, n° 269, p. 33, note M. GUYOMAR, *Dr. adm.*, 2007, n° 10, p. 39, note F. MELLERAY, *RFDA*, 2007, n° 6, p. 1199, concl. M. GUYOMAR ; Sect., 12 octobre 2009, *Petit*, req. n° 311.641, Rec., p. 367, concl. M. GUYOMAR, *AJDA*, 2009, n° 39, p. 2163, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *RFDA*, 2010, n° 3, p. 598, chr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et L. SERMET (professionnels) ; 27 mai 2009, *Hontang*, req. n° 310.493, Rec., p. 207, *Dr. adm.*, 2009, n° 7, p. 6, note F. MELLERAY, *Gaz. Pal.*, 21 juillet 2009, n° 172-174, p. 6, concl. M. GUYOMAR (magistrats du parquet) ; 2 mars 2010, *Fédération Française d'athlétisme*, req. n° 324.439, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2010, n° 12, p. 664, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI (sportifs). Voir, en ce sens, M. CANEDO-PARIS, *AJDA*, 2010, n° 17, trib., p. 921. Le principe d'un contrôle minimum continue de prévaloir pour les sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des agents publics (CE, Sect., 1^{er} février 2006, *Touzard*, req. n° 271.676, Rec., p. 38, *RFDA*, 2006, n° 2, p. 427, note P. TERNEYRE ; 27 juillet 2009, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mlle B.*, req. n° 313.588, Rec., p. 308, *Dr. adm.*, 2009, n° 10, p. 43, note M. GUYOMAR, *JCP A*, 2009, n° 43, p. 53, note D. JEAN-PIERRE).

¹⁵⁶¹ H. LE BERRE, *loc. cit.* ; J. WALINE, *Droit administratif*, préc., p. 9, n° 12. Est particulièrement révélatrice la publication par les membres des juridictions de méthodes d'interprétation de leurs décisions (J. ARRIGHI DE CASANOVA « Savoir lire et décoder les décisions du juge administratif », in G. BACHELIER, *Le contentieux fiscal*, Paris, éd. EFE, diff. Litec, 2^e éd., 1996, p. 135). Sur la question de la motivation du jugement, voir également A. de LAUBADÈRE, « Le Conseil d'État et l'incommunicabilité », *EDCE*, n° 31, Paris, Imprimerie nationale, 1979-1980, p. 17, spéc. p. 23 ; M. NOEL, « Les motifs dans les décisions juridictionnelles administratives », *RDP*, 1924, n° 1, p. 250 ; C. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice, La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, coll. Travaux du Centre National de Recherches de Logique, 1978, p. 251, spéc. p. 278 ; M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, n° 3, p. 747, spéc. p. 753 ; O. SALVAT, thèse préc., p. 222, n° 209 ; T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, n° 1, p. 5, spéc. p. 48 ; A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice », *RTDCiv.*, 1974, p. 487.

parfois anodins, voire même lapidaires de la décision édictant la règle nouvelle¹⁵⁶². L'une et l'autre contribuent à entretenir une certaine ambiguïté sur l'existence et la portée de la règle nouvelle¹⁵⁶³, si bien qu'il faut parfois attendre une décision postérieure¹⁵⁶⁴ pour tenir la nouvelle solution pour acquise. Le besoin d'une décision levant l'ambiguïté née de la décision primitive comporte un double inconvénient. D'une part, il ouvre une période d'incertitude de nature à retarder la prise en compte de la règle nouvelle, et corrélativement son application. Cette période est susceptible de se prolonger, dès lors qu'il n'est pas rare de rencontrer des jugements faisant application de la jurisprudence ancienne postérieurement à la consécration de la jurisprudence nouvelle¹⁵⁶⁵. D'autre part, la nécessité d'une décision confirmant la solution nouvelle introduit une concurrence entre deux dates pour fixer le moment de création de la norme.

422. Il faut néanmoins nuancer ces reproches classiquement adressés au juge administratif à l'aune de la préoccupation qu'il manifeste non plus seulement d'affirmer la solution nouvelle, mais d'en expliciter la portée¹⁵⁶⁶. Toutefois, l'attention particulière apportée à la rédaction des arrêts de principe, de même que la tendance du juge administratif à se faire pédagogue ne réduisent pas toutes les difficultés¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶² H. LE BERRE, thèse préc., p. 278, n° 191 ; A. VANWELKENHUYZEN, « La motivation des revirements de jurisprudence », in C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *loc. cit.* Cf., par ex., CE, 13 décembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, Rec., p. 1148, concl. JAGERSCHMIDT, *GAJA* n° 5, S., 1892.3.17, note M. HAURIOU, *DP*, 1891.3.41, concl. JAGERSCHMIDT ; Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108.243, Rec., p. 190, concl. P. FRYDMAN, *GAJA* n° 91, *AJDA*, 1989, n° 12, p. 756, chr. E. HONORAT et E. BAPTISTE et p. 788, note D. SIMON, *RFDA*, 1989, n° 5, p. 812, concl. P. FRYDMAN, p. 824, note B. GENEVOIS, n° 6, p. 993, note L. FAVOREU, p. 1000, note L. DUBOIS.

¹⁵⁶³ Cf., par ex., CE, Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, req. n° 140.376, Rec., p. 327, concl. D. KESSLER, *AJDA*, 1992, p. 643, chr. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ, *D.*, 1993, J., p. 293, note O. GOHIN, *JCP G*, 1993, I, 3645, chr. É. PICARD, *LPA*, 21 octobre 1992, n° 127, p. 11, note T. CÉLÉRIER, *RDJ*, 1992, n° 6, p. 1799, concl. D. KESSLER, p. 1822, note A.-M. LE BOS-LE POURHIET, *RFDA*, 1993, n° 1, p. 55, note D. POUYAUD (compétence du Président de la République en matière décrétable). À l'insuffisance de motivation s'ajoute également la circonstance que le juge ne vise pas explicitement ses décisions antérieures, en conséquence de la prohibition du système du précédent obligatoire (cf., plus haut, p. 317, n° 402 ; J. HARDY, art. préc., p. 461). En tout état de cause, une telle référence est très souvent explicite dans les conclusions des commissaires du gouvernement, lesquelles font l'objet, plus systématiquement que par le passé, d'une publication.

¹⁵⁶⁴ Pour des ex., cf. H. LE BERRE, thèse préc., p. 333, n° 226.

¹⁵⁶⁵ Par ex., alors que la jurisprudence avait répondu par la négative à la question de la détention du pouvoir réglementaire par les ministres (CE, 3 mars 1942, *Sandoz*, Rec., p. 74 ; Ass., 6 mars 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris*, Rec., p. 165 ; Sect., 18 novembre 1960, *Fédération nationale des déportés du travail*, Rec., p. 631), deux décisions avaient semblé, certes implicitement, la remettre en cause (CE, 6 octobre 1944, *Topin*, Rec., p. 257 ; 6 novembre 1953, *Dame Boisson*, Rec., p. 478), avant d'être définitivement condamnées (CE, Sect., 6 octobre 1961, *Union nationale des parents d'élève de l'enseignement libre*, Rec., p. 550, *RDJ*, 1961, n° 6, p. 1271, concl. M. BERNARD ; Ass. plén., 24 novembre 1961, *Anglès d'Auriac*, req. n° 53.358, Rec., p. 657 ; Sect., 29 mai 1964, *Boyreau et Laboille-Moresmau*, req. n° 60.434, Rec., p. 304, *AJDA*, 1964, II, p. 488, note R. DRAGO, *DF*, 1964, n° 28, p. 15, concl. L. BERTRAND, *JCP G*, 1964, II, 13863, note anonyme ; Ass., 12 juillet 1969, *Chambre de commerce de Saint-Étienne*, req. n° 76.089, Rec., p. 379 ; Sect., 6 novembre 1970, *Syndicat national du personnel navigant*, req. n° 79.636, Rec., p. 650 ; Ass., 26 mars 1971, *Le Roy*, req. n° 77.670, Rec., p. 255 ; 17 mars 1972, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Dlle Jarrige*, req. n° 80.583, Rec., p. 222 ; 13 janvier 1975, *Da Silva et CFDT*, req. n° 90.193, Rec., p. 16, *AJDA*, 1975, n° 3, p. 258, note J.-M. ANDRÉ, *D.*, 1975, J., p. 787, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Dr. soc.*, 1975, n° 4, p. 274, concl. P. DONDOUX, *JCP G*, 1976, II, 18235, note A. PELLET). Il en va de même des décisions qui introduisent une dérogation ponctuelle et exceptionnelle à une règle préexistante (H. LE BERRE, thèse préc., p. 322, n° 220 et les ex. cités).

¹⁵⁶⁶ Comme l'observait M. Genevois, « en matière d'interprétation de la loi, le Conseil d'État ne se contente pas d'affirmations péremptoires. Il s'efforce de plus en plus de convaincre l'administration, les justiciables et la doctrine de la pertinence des solutions qu'il adopte » (B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi, *RFDA*, 2002, n° 5, p. 877, spéc. p. 886). Il est permis de considérer que le juge a étendu cette démarche à la création de la règle purement jurisprudentielle (cf., par ex., CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. ; Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, préc. ; Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275.531, Rec., p. 272, *AJDA*, 2006, n° 29, p. 1592, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *BJCP*, 2006, n° 47, p. 295, *RFDA*, 2006, n° 5, p. 1048 et *RJEP*, 2006, n° 636, p. 430, concl. D. CASAS, *CMP*, 2006, n° 7, p. 12, note G. ECKERT, *Dr. adm.*, 2006, n° 8-9, p. 21, note M. BAZEX, *Gaz. Pal.*, 7 décembre 2006, p. 7, note O. RENAUDIE, *JCP A*, 2006, n° 24, p. 809, note F. LINDITCH ; Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. Voir également, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1063, n° 1175 2° ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 104 ; S. RIALS, thèse préc., p. 338, n° 407). Au demeurant, cette volonté d'explicitation des solutions retenues vient renforcer la pratique déjà ancienne du classement des décisions selon leur importance (C. MAUGÜÉ et J.-H. STAHL, « Sur la sélection des arrêts du Recueil Lebon », *RRJ*, 1996, n° 4, p. 1113), ainsi que la publication qui en est faite au Recueil Lebon depuis 1821 (H. LE BERRE, thèse préc., p. 297, n° 202).

¹⁵⁶⁷ Sur les interrogations suscitées par des décisions de principe présentées comme clarificatrices, cf., par ex., CE, Sect., 22 février 2007, *Association du Personnel Relevant des Établissements pour Inadaptés (APREI)*, req. n° 264.541, Rec., p. 92, *AJDA*, 2007, n° 15, p. 793, chr. F. LENICA et J. BOUCHER, *JCP A*, 2007, n° 10-11, p. 33, concl. C. VÉROT, note M.-C. ROUAULT et n° 23, p.

L'incertitude sur l'existence de la règle jurisprudentielle peut enfin venir de l'instabilité des solutions adoptées par le juge au cours d'une période plus ou moins longue¹⁵⁶⁸. L'alternance successive de plusieurs solutions contradictoires rend impossible la détermination de celle qui constitue la règle applicable, la rétroactivité des décisions les plus récentes recouvrant celles des plus anciennes¹⁵⁶⁹. À ces difficultés d'identification s'ajoutent celles qui s'attachent à la réception des décisions de justice par la doctrine.

2°) Les difficultés liées à la réception de la règle jurisprudentielle par la doctrine

423. La difficulté d'identifier la règle nouvelle tient également à la réception par la doctrine de la décision la consacrant. De longue date, la doctrine a joué un rôle essentiel dans l'identification de la règle jurisprudentielle et de ses évolutions, ainsi que dans la détermination de leur champ d'application. Son importance a pu inciter certains auteurs à estimer que la règle jurisprudentielle n'existait qu'à condition d'avoir reçu « l'imprimature » de la doctrine¹⁵⁷⁰. Une telle conception ne saurait être admise. L'existence de la règle jurisprudentielle ne saurait aucunement dépendre de la prise en considération d'éléments extérieurs à elle. Elle reste l'œuvre du juge, à laquelle l'observation par des personnes extérieures n'ajoute rien. Ce n'est donc qu'au titre de la révélation de la règle nouvelle que la doctrine intervient dans sa datation.

424. Outre les éventuelles erreurs et imprécisions dans son interprétation, l'incertitude peut émaner de la résistance doctrinale face à la nouvelle solution, dont elle minimise la portée¹⁵⁷¹. Elle peut également tenir à la position d'une partie de la doctrine qui considère, plus généralement, qu'il faut parfois plusieurs décisions pour tenir la règle nouvelle comme acquise¹⁵⁷². Dans l'un ou l'autre cas, plusieurs dates sont susceptibles d'être retenues, ce qui rend le doute persistant¹⁵⁷³ et l'identification du

30, note G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *LPA*, 1^{er} août 2007, n° 153, p. 16, note F.-X. FORT, *RFDA*, 2007, n° 4, p. 803, note C. BOITEAU et 2008, n° 1, p. 67, étude L. JANICOT ; Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 284.736, Rec., p. 155, *AJDA*, 2007, n° 19, p. 1020, chr. F. LENICA et J. BOUCHER, *BJCP*, 2007, n° 53, p. 283 et *RJEP*, 2007, n° 644, p. 273, concl. F. SÉNERS, *CMP*, 2007, n° 6, p. 25, note G. ECKERT, *Dr. adm.*, 2007, n° 6, p. 35, note M. BAZEX et S. BLAZY, *JCP A*, 2007, n° 21, p. 35, note J.-M. PONTIER, *JCP G*, 2007, II, 10132, note M. KARPENSCHIF, *LPA*, 24 juillet 2007, n° 147, p. 13, note J.-M. GLATT, *RDI*, 2007, n° 5, p. 424, note J.-D. DREYFUS, *RDP*, 2007, n° 5, p. 1367, note O. BUI-XAN, *RFDA*, 2008, n° 1, p. 67, étude L. JANICOT, *RLCT*, 2007, n° 25, p. 26, étude M.-C. ROUAULT.

¹⁵⁶⁸ Sur les positions adoptées successivement par le juge administratif s'agissant de l'obligation d'abroger un règlement illégal après l'expiration du délai de recours contentieux, voir CE, Sect., 6 novembre 1959, *Coopérative laitière de Belfort*, Rec., p. 581 ; 12 mai 1976, *Leboucher et Tarandon*, req. n° 96.436, Rec., p. 246, *AJDA*, 1977, n° 4, p. 261, note M. CEOARA, *CJEG*, 1976, n° 307, p. 167, note J. VIROLE ; Sect., 30 janvier 1981, *Ministre du Travail et de la Participation c/ Société Afrique France Europe transaction*, req. n° 16.148, Rec., p. 32, concl. M.-D. HAGELSTEEN, *AJDA*, 1981, p. 245, chr. M.-A. FEFER et M. PINAULT, *D.*, 1981, IR, p. 277, obs. P. DELVOLVÉ et 1982, J., p. 37, note J.-M. AUBY ; concl. N. CHAHID-NOURAI, sur CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, req. n° 74.052, Rec., p. 44, *RFDA*, 1989, n° 3, p. 391, spéc. p. 393.

¹⁵⁶⁹ Cf., plus loin, p. 335 et s., n° 425 et s.

¹⁵⁷⁰ M. DEGUERGUE, thèse préc., pp. 11-16 et pp. 745-746. Cf., dans le même sens, J. MAURY, art. préc., p. 43 ; P. JESTAZ, art. préc., p. 15 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., p. 64, n° 53.

¹⁵⁷¹ L'ex. de l'arrêt *Blanco* est, à cet égard, bien connu (cf. H. LE BERRE, thèse préc., p. 329, n° 224). Voir également M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933, p. 529, note 27 ; H. LE BERRE, *ibid.*, p. 288, n° 196 et les ex. cités.

¹⁵⁷² C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 319 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 224 et s. ; F. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 50 et s. ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, préc., p. 529, note 27 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 340, n° 230, et les ex. cités ; J. MAURY, art. préc., p. 31.

¹⁵⁷³ Sur les divergences entre les auteurs quant aux dates, voire aux périodes, retenues pour déterminer le changement de jurisprudence, cf. H. LE BERRE, thèse préc., p. 340 et s., n° 230 et s. Cf., par ex., la controverse sur la reconnaissance de l'obligation pour l'administration de poursuivre en matière de contraventions de grande voirie (CE, Sect., 23 février 1979, *Association "Les Amis des chemins de ronde"*, Rec., p. 75, concl. A. BACQUET, *AJDA*, 1979, n° 5, p. 83, chr. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU, *D.*, 1979, J., p. 405, note M. LOMBARD et *IR*, p. 267, obs. P. DELVOLVÉ, *JCP G*, 1980, II, 19932, note J.-F. DAVIGNON, *RDP*, 1979, n° 4, p. 1157, note M. WALINE ; comp. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 468, n° 1357, et J. MOURGEON, thèse préc., p. 308, n° 213) ; ou celle relative à la naissance du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (CE,

moment de la création de la règle nouvelle malaisée. Ici, la datation de la décision qui fait jurisprudence devient éminemment subjective et propre à jeter un voile opaque sur le moment de la naissance de la règle nouvelle¹⁵⁷⁴.

À ces éléments d'incertitude relatifs à la localisation dans le temps de la règle jurisprudentielle s'ajoutent d'autres éléments tenant cette fois à la délimitation de son champ d'application temporel.

B/ L'indétermination du champ d'application temporel de la jurisprudence nouvelle

425. Édictée par un organe incapable de délimiter son champ d'application dans le temps, la règle jurisprudentielle est affecté du plus large qui soit. Énoncée à l'occasion d'un litige, la jurisprudence a, par hypothèse, vocation à le dépasser. Non seulement la règle jurisprudentielle nouvelle est applicable à tous les litiges semblables qui surviendront postérieurement au jugement à l'occasion duquel elle a été formulée, mais elle l'est également à l'ensemble des cas similaires non encore définitivement tranchés par un jugement¹⁵⁷⁵. Enfin, la jurisprudence nouvelle a, à l'évidence, vocation à régir tous les faits non soumis à litige¹⁵⁷⁶, quelle que soit la date à laquelle ils sont intervenus. Telle qu'elle se présente, l'anticipation de la période d'application de la règle jurisprudentielle semble ne se heurter à aucune limite, si ce ne sont, d'une part, les règles qui empêchent le justiciable de contester indéfiniment par la voie contentieuse le droit qui lui est appliqué et, d'autre part, les principes qui garantissent, plus largement, la protection des situations juridiques définitivement acquises. L'indétermination du domaine d'application dans le temps de la règle jurisprudentielle débouche donc sur la création d'une fiction. Impossible à dater et à circonscrire, la règle jurisprudentielle nouvelle est censée avoir toujours existé¹⁵⁷⁷. À titre d'exemple, le Conseil d'État est revenu, en 2004, rétroactivement sur le principe de l'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non atteint par la prescription du délai de reprise de l'administration fiscale. Le Conseil d'État a ainsi abandonné une règle prétorienne consacrée en 1952 et appliquée de façon constante depuis 1973¹⁵⁷⁸. Par le jeu de la fiction de préexistence de la jurisprudence nouvelle, les effets de celle consacrée en 2004 recouvrent, en apparence, entièrement celle précédemment fixée en 1952, puis appliquée constamment depuis 1973.

Sect., 15 avril 1961, *Lagrange*, Rec., p. 121, *AJDA*, 1961, p. 200, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT ; comp. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 1062, n° 1255 1°) et R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 564).

¹⁵⁷⁴ En témoignent les nombreux ex. cités par H. Le Berre dans sa thèse (H. LE BERRE, *loc. cit.*).

¹⁵⁷⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 263, n° 59 ; V. TCHEN, art. préc., p. 9. Pour un ex. voir CE, 12 octobre 2005, *Société Placoplâtre*, préc.

¹⁵⁷⁶ Voir, en ce sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 34, n° 53 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 268, n° 9 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 334 ; E. SERVERIN, « Jurisprudence », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 712.

¹⁵⁷⁷ Comme le remarquait le Doyen Vedel, « Si nouvelle que soit la règle de droit posée par le juge, elle n'a pas à proprement parler de date : elle est littéralement intemporelle » (G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », préc., p. 267).

¹⁵⁷⁸ Art. 38-2 du CGI. Comp. CE, Plén., 31 octobre 1973, *Sieur Lebon*, req. n° 88.207, Rec., p. 609, *GAJF* n° 35, *BCD*, 1974.1.20, *DF*, 1973/1976, n° 51, comm. 1739, concl. M.-A. LATOURNERIE ; Ass., 13 mars 1981, *Caisse X*, req. n° 12.508, Rec., p. 141, *DF*, 1981, n° 31-32, comm. 1572, *RJF*, 1981, n° 4, p. 161, concl. C. SCHRICKE, *Rev. Soc.*, 1981, n° 3, p. 539, note C. PLAGNET et CE, Ass., 7 juillet 2004, *SARL Ghesquière Équipement*, req. n° 230.169, Rec., p. 310, *BDCF*, 2004, n° 10, p. 51, concl. P. COLLIN, *RDF*, 2005, n° 12, p. 603, note J.-L. PIERRE et p. 606, concl. P. COLLIN, *RJF*, 2004, n° 10, p. 719. Dans une décision ultérieure, le Conseil d'État prend le soin de préciser que la décision *SARL Ghesquière Équipement* « est revenue rétroactivement, en ouvrant cette faculté au contribuable, sur une règle issue d'une jurisprudence ancienne et constante » (CE, 19 novembre 2008, *Société Getecom*, req. n° 292.948, Rec., p. 425, *BDCF*, 2009, n° 2, p. 55, concl. N. ESCAUT, *RDF*, 2009, n° 6, p. 61, concl. N. ESCAUT et note P. FUMENIER, *RJF*, 2009, n° 2, p. 99 et 180). Une loi de validation est ultérieurement intervenue pour limiter les conséquences de ce revirement de jurisprudence (cf. l'art. 43 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, de finances rectificative pour 2004, JORF n° 304 du 31 décembre 2004, p. 22522 ; sur cette loi, voir CE, 19 novembre 2008, *Société Getecom*, préc. ; 13 février 2009, *Saupic*, req. n° 296.117, Rec., T., p. 722, *BDCF*, 2009, n° 5, p. 37, concl. E. GEFFRAY, *RDF*, 2009, n° 15, p. 24, concl. E. GEFFRAY et note P. FUMENIER, *RJF*, 2009, n° 5, p. 430). Elle a elle-même fait l'objet d'une censure de la part du Conseil constitutionnel (C.Const., déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société Imnoma*, *GDCC* n° 50, *Gaz. Pal.*, 27 février 2011, n° 58-60, p. 21, chr. J.-A. BENOÎT, *RDF*, 2010, n° 51-52, p. 2, note G.-H. BOUCHERON et É. MEIER).

Cependant, il convient de nuancer ce que cette présentation peut avoir de spectaculaire. En réalité, la fiction de préexistence primitive de la règle jurisprudentielle trouve à s'appliquer uniquement dans l'éventualité où le juge s'affranchit du « paravent commode » que lui offre le mythe selon lequel il ne serait que « la bouche de la loi »¹⁵⁷⁹. De fait, la conception que le juge se fait de son office le conduit à tenter de rattacher, autant que faire ce peut, la règle nouvelle à un texte préexistant¹⁵⁸⁰, quitte à recréer une volonté hypothétiquement exprimée par le législateur ou à conférer une toute autre portée au texte de référence. Au nombre des avantages qu'une telle révérence procure, figure celui de cantonner l'anticipation dans le temps de l'application de la règle nouvelle à la date d'entrée en vigueur du texte interprété. La fiction d'incorporation à la loi de l'interprétation jurisprudentielle offre ainsi la possibilité de circonscrire son domaine d'application dans le temps¹⁵⁸¹. Tel a été le cas des interprétations données successivement par le Conseil d'État, en matière d'aide juridictionnelle, du nouvel article L. 104-1 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre. Introduite par la loi du 18 décembre 1998, cette disposition apporte une exception aux principes posés par la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique en consacrant un droit d'accès inconditionnel à l'assistance judiciaire pour les requérants introduisant une action contentieuse devant les juridictions des pensions¹⁵⁸². En 2003, le Conseil d'État avait interprété ce texte comme excluant toutes les conditions posées par la loi de 1991, pour ensuite revenir le 31 octobre 2008 à une lecture plus stricte de cet article et soumettre le bénéfice de l'aide juridictionnelle à la condition tenant aux chances de succès de l'action contentieuse prévue à l'article 7 de cette même loi¹⁵⁸³. En l'espèce, la nouvelle interprétation jurisprudentielle soumet rétroactivement les requérants à une nouvelle condition de fond, quand bien même ceux-ci remplissaient, au moment où il a été statué sur leur demande d'aide, celles qui résultaient de la jurisprudence antérieure. En effet, la nouvelle interprétation jurisprudentielle, émise en 2008, se substitue rétroactivement et entièrement à celle délivrée en 2003 par le Conseil d'État. Toutefois, du fait de la fiction d'incorporation au texte interprété, cette rétroactivité ne saurait remonter au-delà du 19 décembre 1998, date d'effet de l'article L. 104-1. Il s'ensuit que le changement d'interprétation ayant comme conséquence l'adjonction d'une nouvelle condition au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle n'affecte rétroactivement que les décisions ayant accordé l'aide entre 1998 et 2008, à la double condition toutefois que l'action des demandeurs soit susceptible d'être jugée comme ayant peu de chances d'aboutir et que l'instance à laquelle ils participent n'ait pas fait l'objet d'un jugement définitivement passé en force de chose jugée à la date du 31 octobre 2008

Alors que l'adoption par le Conseil d'État d'un avis rendu sur une question de droit permet d'identifier plus facilement une jurisprudence nouvelle, ce nouveau mode de formulation de la règle prétorienne ne change rien aux difficultés d'appréciation de sa portée dans le passé.

¹⁵⁷⁹ B. SEILLER, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., *JCP A*, 2007, n° 38, p. 15.

¹⁵⁸⁰ B. GENEVOIS, art. préc., p. 886 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 135 et « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », préc., p. 209 et p. 211 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 511, n° 336.

¹⁵⁸¹ De fait, certains auteurs en déduisent qu'elle procure au juge une large autonomie (Y. GAUDEMET, *loc. cit.*), quelques-uns allant même jusqu'à voir dans l'interprétation le fondement de son pouvoir normatif (J.-P. CHAUDET, thèse préc., p. 181, n° 278 ; P. HÉBRAUD, art. préc., p. 437). Voir également, quoique de manière moins évidente, L. DI QUAL, « Des actes interprétatifs publics non juridictionnels et de leur autorité à l'égard du juge », *D.*, 1964, chr., p. 37, spéc. p. 44.

¹⁵⁸² Cf., respectivement, la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, relative à l'aide juridique (JORF n° 162 du 13 juillet 1991, p. 9170) et l'art. 8 de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits (JORF n° 296 du 22 décembre 1998, p. 19343).

¹⁵⁸³ Comp. CE, 24 mars 2003, *Lebrun*, req. n° 251.532, Rec., p. 124 et Sect., 31 octobre 2008, *Mme Bensaadoune*, req. n° 315.418, Rec., p. 393.

II – LA RETROACTIVITE INDIRECTE DES AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT RENDUS SUR UNE QUESTION DE DROIT

426. Saisi d'une question de droit qui lui est posée par une autorité administrative ou juridictionnelle, le Conseil d'État y répond par un avis formulé de manière générale et abstraite. Bien que dépourvus d'autorité juridique, les énoncés figurant dans les avis donnés par le Conseil d'État, en sa qualité de juridiction suprême de l'ordre administratif ou de conseiller du Gouvernement, bénéficient d'une autorité de fait indéniable. On retrouve alors le même décalage existant entre les principes généralement applicables à la jurisprudence et la réalité normative de cette dernière. La potentialité normative des avis du Conseil d'État pose la question de leur effet dans le temps et, plus spécialement, de leur rétroactivité (A). *Mutatis mutandis* serait-on tenté de dire, la rétroactivité des règles nouvellement posées par l'avis du Conseil d'État se déduit de l'application qui en est faite par les organes d'application du droit à des situations nées antérieurement à leur énoncé (B).

A/ La potentialité normative des avis

427. La fonction consultative exercée par le Conseil d'État au titre des différentes missions dont il a été investi en sa double qualité de conseiller du Gouvernement et de juge administratif suprême présente un caractère polymorphe¹⁵⁸⁴. Parmi la multitude des avis que celui-ci est appelé à rendre, seuls deux d'entre eux intéressent directement ou indirectement la fonction jurisprudentielle assumée par le juge administratif suprême : les avis contentieux rendus sur renvoi d'une juridiction administrative inférieure qui participent directement de la création de règles jurisprudentielles nouvelles et les avis rendus sur une question de droit émanant des ministres dont la contribution aux règles prétoriques du droit administratif est à la fois plus ponctuelle et plus indirecte.

Les avis administratifs rendus par le Conseil d'État sur une question de droit émanant des ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative sont l'occasion pour le conseiller du Gouvernement de résoudre des questions d'ordre général en vue de prévenir la formation éventuelle d'un contentieux ou d'apporter un éclairage sur le sens et la portée d'une jurisprudence nouvelle, voire sur les conséquences à tirer d'une décision contentieuse¹⁵⁸⁵. Il s'agit principalement de dénouer des questions de technicité et présentant une marge d'incertitude de ce fait. Bien qu'elle affleure à la sphère contentieuse, cette forme d'avis se rattache davantage à une activité doctrinale plus largement exercée par l'administration active¹⁵⁸⁶. Cette procédure est, du reste, nettement séparée des procédures proprement contentieuses. Si un recours est engagé au moment de la saisine pour avis du Conseil d'État, ce dernier refusera de répondre à la question qui lui est soumise. De surcroît, même en cas de réponse à la demande d'avis, celle-ci est faite sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux

¹⁵⁸⁴ Pour un inventaire, voir Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA et F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 2008, p. 15 et s. ; J. GOURDOU, « L'avis du Conseil d'État sur une question de droit », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de F. MODERNE*, Paris Dalloz, 2004, p. 189, spéc. p. 191 ; H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse », *RFDA*, 2009, n° 5, p. 895.

¹⁵⁸⁵ Art. 21 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, relative au Conseil d'État (JORF du 1^{er} août 1945, p. 4770), codifié à l'art. L. 112-2 du CJA. Voir Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA et F. ROLIN, *op. cit.*, pp. 29-30 ; J. GOURDOU, art. préc., p. 202.

¹⁵⁸⁶ Cf., plus haut, p. 226, n° 291.

compétents¹⁵⁸⁷. La doctrine du Conseil d'État ne peut entrer en conflit avec l'autorité de la chose jugée. Il n'en reste pas moins qu'au-delà de la fonction d'explication et d'explicitation du droit existant, l'avis administratif peut également contribuer à compléter une jurisprudence existante, voire même être à l'origine d'une jurisprudence nouvelle, alors même qu'aucun litige ne s'est encore présenté sur la question examinée¹⁵⁸⁸. Cette fonction jurisprudentielle reste relativement marginale par rapport à la fonction principale de l'avis administratif. Tel n'est pas le cas, en revanche, lorsque le Conseil d'État rend un avis contentieux.

Les avis contentieux donnés par le Conseil d'État en application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative ont progressivement acquis une place prédominante dans la définition des règles et principes juridiques applicables à l'Administration¹⁵⁸⁹. Alors même que cette activité ne relève pas davantage que la précédente de la fonction juridictionnelle, elle participe toutefois amplement de la fonction jurisprudentielle du juge administratif. L'avis contentieux est l'occasion pour la juridiction suprême de l'ordre administratif, saisie d'une question nouvelle, sérieuse et répétitive posée par une juridiction administrative inférieure, de réitérer une jurisprudence antérieure ou de la compléter¹⁵⁹⁰. Dans ce dernier cas, de même que dans celui où un nouveau principe est fixé en l'absence de toute jurisprudence antérieure, l'avis « fait jurisprudence ». Il en est même un des principaux vecteurs. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que l'élaboration du régime de la transaction en matière administrative, le développement d'un contrôle de conventionnalité des lois de validation ou, plus récemment, l'évolution de la définition de l'ouvrage public sont autant d'avancées jurisprudentielles résultant d'un avis contentieux¹⁵⁹¹. Parce qu'il provoque une prise de position du Conseil d'État sur un point de droit, dont ce dernier aurait sinon eu à connaître beaucoup plus tardivement du fait du jeu des recours juridictionnels, l'avis contentieux constitue « une sorte d'antidote

¹⁵⁸⁷ On peut également ajouter à ce qui précède le secret des avis administratifs du Conseil d'État. La publicité éventuellement donnée à l'un d'entre eux est soumise à l'accord préalable du Gouvernement et ne concerne, en tout état de cause, que les demandes pour avis émanant des ministres (Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *Rev. adm.*, 1999, n° spéc., n° 1, p. 95, spéc. p. 102 ; Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA et F. ROLIN, *op. cit.*, pp. 48-50 ; J. GOURDOU, art. préc., p. 200).

¹⁵⁸⁸ CE, Ass. gén., Avis, 24 juin 1993, n° 353.605, *GACE* n° 22, p. 245, note É. DESMONS (modulations des tarifs de service public) ; Sect. des travaux publics, Avis, 7 juillet 1994, n° 356.089, *GACE* n° 25, p. 287, note C. VIGOUROUX et D. CASAS (principe de spécialité des établissements publics). Pour d'autres ex., voir J. GOURDOU, art. préc., pp. 202-203.

¹⁵⁸⁹ Art. 12 de la loi n° 87-1127 du 12 décembre 1987, portant réforme du contentieux administratif (JORF du 1^{er} janvier 1988, p. 7). Sur cette réforme, voir D. LABETOUILLE, « Ni monstre, ni appendice, le "renvoi" de l'article 12 », *RFDA*, 1988, n° 2, p. 213.

¹⁵⁹⁰ F. BRENET et A. CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA*, 2002, n° 3, p. 525, pp. 534-535 ; Y. GAUDEMET, *loc. cit.* Cf., par ex., la réaffirmation du principe selon lequel il n'appartient pas au juge administratif de contrôler la constitutionnalité des lois (CE, Ass., Avis, 16 avril 1996, *Mme Doukouré*, req. n° 176.399, Rec., p. 125, *AJDA*, 1996, n° 7, p. 507, chr. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *RFDA*, 1996, n° 4, p. 808, concl. P. MARTIN).

¹⁵⁹¹ Cf., respectivement, CE, Ass., Avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie c/ O.G.E.C. de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, préc. ; Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Draon*, req. n° 250.167, Rec., p. 423, *AJDA*, 2003, n° 6, p. 283, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *JCP A*, 2003, n° 6, p. 129, étude G. CHAVRIER, *RFDA*, 2003, n° 2, p. 339, note J. PETIT ; Ass., Avis, 27 mai 2005, *Provin*, req. n° 277.975, Rec., p. 212, concl. C. DEVYS, *AJDA*, 2005, n° 26, p. 1455, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *RFDA*, 2005, n° 4, p. 893, note P. TERNEYRE et n° 5, p. 1003, concl. C. DEVIS (contrôle de conventionnalité des lois de validation) ; CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district d'Hay-les-Roses*, req. n° 249.153, Rec., p. 433, concl. G. LE CHATELIER, *GACA* n° 74 et *GACE* n° 72, *AJDA*, 2003, n° 6, p. 280, chr. F. DONNAT et D. CASAS *BJDCP*, 2003, n° 26, p. 54, concl. G. LE CHATELIER, *RFDA*, 2003, n° 2, p. 291, concl. G. LE CHATELIER et note B. PACTEAU, *RJEP*, 2003, n° 603, p. 543, note J. GOURDOU et P. TERNEYRE (régime de la transaction administrative) ; Ass., Avis, 29 avril 2010, *Époux Béliquaud*, req. n° 323.179, Rec., p. 126, concl. M. GUYOMAR, *AJDA*, 2010, n° 29, p. 1642, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI et n° 34, p. 1916, note P.-A. JEANNENEY, *Dr. adm.*, 2010, n° 10, p. 38, note J.-L. PISSALOUX, *RDI*, 2010, n° 7-8, p. 390, note O. FÉVROT, *RFDA*, 2010, n° 3, p. 557, concl. M. GUYOMAR et F. MELLERAY, *RJEP*, 2010, n° 680, p. 24, concl. M. GUYOMAR et note Y. GAUDEMET (définition de l'ouvrage public). Pour d'autres ex., voir H. BELRHALI-BERNARD, art. préc., p. 369 ; V. DUSSART, « Les avis contentieux du Conseil d'État en matière fiscale », *LPA*, 20 octobre 2004, n° 210, p. 3 ; J. GOURDOU, art. préc., p. 205 ; B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 328, n° 284.

aux lenteurs redoutées de la formation classique du droit jurisprudentiel »¹⁵⁹². De la pratique des avis contentieux, il émerge une jurisprudence synthétique et librement exprimée, dès lors que le Conseil d'État s'affranchit parfois du cadre strict du litige¹⁵⁹³.

428. Quel que soit le rôle qu'ils jouent dans la formation de la jurisprudence administrative, les avis contentieux, tout comme les avis administratifs, sont dépouillés de toute force juridique. En dépit du caractère général et impersonnel des énoncés contenus dans les deux sortes d'avis, ces derniers ne s'imposent aucunement en droit au questionneur, ministre ou juridiction, non plus que plus généralement à l'Administration ou à son juge. Les uns comme les autres conservent la liberté de suivre ou non l'avis qu'ils ont sollicité. Cependant, on doit immédiatement remarquer que la perspective contentieuse renforce considérablement l'autorité des positions adoptées par le Conseil d'État à l'occasion de la délivrance d'un avis administratif ou contentieux. Dépourvus de caractère décisoire, les avis n'exercent pas moins une influence décisive sur les organes qui détiennent le pouvoir de décision. De fait, il est rarissime que l'avis donné à un titre ou un autre par la haute instance ne soit pas suivi par les autorités administratives ou juridictionnelles dans leur activité respective¹⁵⁹⁴. Mieux encore, l'avis portant sur une question de droit est perçu, sinon comme l'état du droit positif, du moins comme constituant une « forte indication sur la façon dont le Conseil d'État, juge en dernier ressort de la légalité administrative, interpréterait et appliquerait le droit sur ce point particulier »¹⁵⁹⁵. De ce fait, les avis du Conseil d'État bénéficient, l'un comme l'autre, d'une autorité de fait unanimement reconnue par la doctrine¹⁵⁹⁶. Lorsqu'un contentieux survient dans le champ de la question qui a été posée à la haute instance, l'interprétation donnée à l'occasion du rendu de l'avis sera systématiquement reprise, telle quelle, par le juge administratif dans l'exercice de sa fonction contentieuse. C'est dire que l'on retrouve les principes posés par les avis du Conseil d'État reproduits à l'identique dans les motifs des décisions juridictionnelles, ce qui amène à les considérer comme de véritables règles jurisprudentielles¹⁵⁹⁷. Par suite, les principes posés par l'avis contentieux ou administratif, puis repris au contentieux, sont appliqués et sanctionnés par le jugement comme toute autre règle d'origine prétorienne. À l'instar de la jurisprudence en général, les avis sont, quant à leur portée, révélateurs du décalage existant entre le droit et la réalité d'une jurisprudence normative.

La potentialité normative des avis administratifs et contentieux rendus par le Conseil d'État amène à s'interroger sur leur portée dans le temps à l'occasion de l'application qui en est faite lors du règlement des litiges entrant dans le champ de la question de droit tranchée par eux.

¹⁵⁹² Y. GAUDEMET, art. préc., p. 99.

¹⁵⁹³ F. BRENET et A. CLAEYS, art. préc., pp. 536-537 ; Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », préc., pp. 1630-1631 ; J. GOURDOU, art. préc., p. 196 et p. 199. Il peut, en effet, élargir ou reformuler la question qui lui est posée (cf., par ex., CE, Ass., Avis, 7 juillet 1989, *Mlle Calé*, req. n° 106.902, Rec., p. 159, *RFDA*, 1989, n° 6, p. 897, concl. M. LAROQUE, *AJDA*, 1989, p. 606, chr. E. HONORAT et E. BAPTISTE ; Avis, 13 octobre 2000, *Procarione*, req. n° 223.297, Rec., p. 421, *BJDU*, 2000, n° 4, p. 275, concl. P. FOMBEUR). Voir également, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 765, n° 860 1°.

¹⁵⁹⁴ Sur l'ensemble de ces points, Y. GAUDEMET, art. préc., p. 98 ; H. HOEPFFNER, art. préc., p. 905 et s. n° 36 et s. Voir également, CE, 17 novembre 1997, *Mme Doukouré*, req. n° 188.163, Rec., p. 426, *D.*, 1998, IR, p. 11, *Dr. adm.*, 1998, n° 2, p. 20, obs. M. C.

¹⁵⁹⁵ Sur le premier point, voir H. BELRHALI-BERNARD, art. préc., p. 370. Sur le second point, voir Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA et F. ROLIN, *loc. cit.*

¹⁵⁹⁶ Sur la portée des avis contentieux, voir F. BRENET et A. CLAEYS, art. préc. p. 532 ; H. BELRHALI-BERNARD, art. préc., pp. 368-370 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 292, n° 329 ; Y. GAUDEMET, art. préc. p. 98 ; Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA et F. ROLIN, *op. cit.*, p. 47 ; J. GOURDOU, art. préc., p. 201 ; D. LABETOULLE, art. préc., p. 217. Sur la portée des avis administratifs, voir Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA et F. ROLIN, *op. cit.*, pp. 62-63 ; J. GOURDOU, art. préc., p. 202 ; H. HOEPFFNER, art. préc., p. 906, n° 39 et p. 907, n° 42.

¹⁵⁹⁷ Comp., par ex., CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district d'Hay-les-Roses*, préc. et CAA Paris, 29 juin 2006, *Société KPMG c/ Direction du Trésor*, req. n° 03PA02539.

429. Dépourvus d'effet juridique, les avis du Conseil d'État relatifs à une question de droit ne sauraient, par conséquent, être en eux-mêmes et à eux seuls le siège d'une rétroactivité de droit. Toutefois, dans la mesure où ils sont dotés d'une portée jurisprudentielle indéniable, ces mêmes avis sont incontestablement la source d'une rétroactivité de fait. Par comparaison avec la jurisprudence classique, le mode de formation de la jurisprudence par voie d'avis est plus immédiat, mais sa rétroactivité demeure plus indirecte.

Contrairement à la jurisprudence classique, les lignes directrices déterminées à l'occasion du rendu d'un avis sont aisément identifiables chronologiquement, de même que leur teneur est fixée de manière claire et précise. Sur ce dernier point, la tendance du Conseil d'État à s'affranchir de la pratique de l'*imperatoria brevis* pour adopter une motivation plus explicite et détaillée dans la rédaction de ses avis contribue à une meilleure lisibilité de la solution nouvellement dégagée, autant qu'à l'uniformité dans sa mise en œuvre¹⁵⁹⁸. De surcroît, la publication – quasi systématique pour les avis contentieux ; plus ponctuelle pour les avis administratifs – dont les avis sont l'objet, assure une large diffusion à la solution nouvelle. Rendus rapidement observables, les principes dégagés par l'avis se voient épargner les incertitudes ordinairement liées à la datation de la jurisprudence classique. Mieux encore, il est courant de retenir comme point de départ de la jurisprudence nouvelle ou réitérée la date de l'avis par préférence à celle de la décision juridictionnelle qui en constitue l'application¹⁵⁹⁹. De fait, lorsque l'une et l'autre sont rendus le même jour, comme c'est souvent le cas, l'avis éclipse totalement la décision d'application, alors même que c'est elle qui dispose d'une autorité normative¹⁶⁰⁰.

Il n'en reste pas moins que la rétroactivité résultant du lien indissociable entre création et application du droit jurisprudentiel apparaît plus indirecte, lorsque ce dernier est fixé par voie d'avis. En effet, alors que la règle jurisprudentielle est créée puis appliquée dans un même mouvement lorsqu'elle transite par le jugement, cette séquence est formellement séparée lorsqu'elle provient d'un avis contentieux ou administratif. Au sein du mode particulier de formation de la jurisprudence, l'avis constitue un simple préalable qui doit encore recevoir l'« onction contentieuse ». La règle prétorienne devra être reprise formellement par le juge dans l'exercice de sa fonction contentieuse. Aussi celle-là ne prendra-t-elle effet qu'à la faveur de sa première application par un jugement. En d'autres termes, c'est parce que le juge fera, à l'occasion du règlement d'un litige, une application rétroactive de la règle en puissance dégagée par l'avis que l'on peut dire que celle-ci produit bien des conséquences sur le passé de l'ordonnancement juridique. On retrouve ici les deux traits de la jurisprudence : déficiente dans son

¹⁵⁹⁸ Sur ce point, voir F. BRENET et A. CLAEYS, art. préc., p. 537.

¹⁵⁹⁹ Ainsi, la date de publication de l'avis du Conseil d'État est parfois prise en compte comme point de référence pour fixer un délai de prescription (CE, Ass., Avis, 16 février 2009, *Mme Hoffman-Glemane*, req. n° 315.499, Rec., p. 43, concl. F. LENICA, *AJDA*, 2009, n° 11, p. 589, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *Dr. adm.*, 2009, n° 4, p. 47, note F. MELLERAY, *JCP A*, 2009, n° 23, p. 40, note J.-P. MARKUS, *RFDA*, 2009, n° 2, p. 316, concl. F. LENICA et n° 3, p. 525, note B. DELAUNAY et P. ROCHE, *RTDH*, 2009, n° 80, p. 1037, note A. ANTOINE) ou pour déterminer le champ d'application d'une loi de validation (comp. CE, Sect., Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, req. n° 176.873 à 176.875, Rec., p. 198, *D.*, 1996, J., p. 269, chr. NGUYEN VAN TUONG et 1997, J., p. 45, note F.-P. BÉNOIT, SC, p. 113 obs. P. TERNEYRE, *Dr. adm.*, 1996, n° 10, p. 13, chr. NGUYEN VAN TUONG, *JCP G*, 1996, IV, 1967, *RDI*, 1996, p. 562, obs., F. LLORENS et Ph. TERNEYRE, *RDP*, 1999, n° 3, p. 829, étude M. DREYFUSS, *RFDA*, 1997, n° 1, p. 83, note J.-C. DOUENCE et l'art. 101-VII de la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006, sur l'eau et les milieux aquatiques, *JORF* n° 303 du 31 décembre 2006, p. 20285, *JCP A*, 2007, n° 10, p. 23, obs. O. GUILLAUMONT). Sur ces ex., voir H. BELRHALLI-BERNARD, art. préc., p. 369-370 ; B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 330, n° 284.

¹⁶⁰⁰ Comp., par ex., CE, Ass., Avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie c/ O.G.E.C. de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, préc. avec CE, Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, req. n° 140.032, Rec., p. 460, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 97, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD et p. 149, concl. C. BERGEAL.

autorité ; rétroactive dans son application. Quelques exemples permettent d'illustrer cette dernière caractéristique.

S'il n'y a pas de rétroactivité de droit de l'avis contentieux ou administratif rendu par le Conseil d'État, sa reprise au contentieux conduit le juge administratif à faire application aux faits et actes objets du litige d'une règle formulée postérieurement à leur survenance. C'est ainsi que les juridictions administratives, lorsqu'elles tirent les conséquences au contentieux d'un avis rendu par le Conseil d'État, sanctionnent rétroactivement les principes fixés par lui à cette occasion. Deux exemples le montreront. Un premier exemple concerne l'application aux sanctions administratives de la règle de la rétroactivité *in mitius*. C'est par un avis administratif, rendu à propos de la contribution spéciale due par les employeurs à raison de l'occupation irrégulière d'un travailleur étranger, que le Conseil d'État a reconnu, en 1993, la valeur constitutionnelle de cette règle, en même temps qu'il en a étendu le champ d'application, jusque-là cantonné à la matière pénale, au droit de la répression administrative dans son ensemble¹⁶⁰¹. Ce n'est pourtant qu'en 1997, à l'occasion d'un contentieux relatif à cette même contribution, que le Conseil d'État a confirmé le principe de l'application générale de la règle de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions administratives¹⁶⁰². En l'espèce, un règlement communautaire du 25 juin 1991 avait abrogé la contribution spéciale due par les employeurs à raison de l'occupation irrégulière d'un travailleur étranger à compter du 1^{er} janvier 1992. Eu égard au caractère plus doux de cette disposition, le juge a fait bénéficier d'office du principe de la rétroactivité *in mitius* un employeur sanctionné le 1^{er} octobre 1986 pour avoir illégalement employé au 20 février 1986 des travailleurs étrangers. Ce faisant, le Conseil d'État a bien fait une application rétroactive du principe par la décision qu'il a rendue en 1997. En effet, l'application dans le temps des règles répressives de fond s'appréciant par rapport à la date de commission de l'infraction¹⁶⁰³, c'est le texte en vigueur au 20 février 1986 qui aurait dû être appliqué au litige. Or, ce texte est écarté, en l'espèce, au profit d'un texte ultérieur prenant effet en 1992 par le jeu du principe de la rétroactivité *in mitius*. La substitution de la norme de référence du contrôle juridictionnel a donc été rendue possible du fait de l'application rétroactive par le juge d'un principe dont la formulation est elle-même postérieure à ces deux textes, puisqu'elle date de 1993. En d'autres termes, en reconnaissant en 1997 qu'une infraction constituée en 1986 ne pouvait plus recevoir de sanction par l'effet d'un principe consacré en 1993 et reconnu applicable à une réglementation datant de 1991, le Conseil d'État a bien assuré une sanction rétroactive d'une règle dégagée par voie d'avis administratif et censée, parce qu'elle émane de la jurisprudence, avoir toujours existé. Applicable aux règles de fond formulées par un avis administratif du Conseil d'État, le raisonnement est le même s'agissant des règles de forme de même que pour les règles de droit fixées par un avis contentieux.

Un second exemple est tiré de l'interprétation constructive qu'a fait le Conseil d'État, à travers plusieurs avis contentieux, des règles de recevabilité des recours contentieux en matière d'urbanisme et, en particulier, de la portée de l'obligation de les notifier. Il s'agit là de règles qui régissent les formes suivant lesquelles un recours contentieux doit être exercé. C'est donc par rapport à la date du dépôt du

¹⁶⁰¹ CE, Ass. Gén., Avis, 27 mai 1993, n° 353.429, *GACE* n° 20, comm. J.-H. ROBERT, *EDCE*, 1993, n° 45, p. 342. La réception de ce principe en matière fiscale résulte, quant à elle, d'un avis contentieux (cf. CE, Sect., Avis, 5 avril 1996, *M. Guy Houdmond*, préc.). Sur ce principe et son application par le juge administratif en sa qualité de juge pénal, cf., plus haut, p. 77, n° 348.

¹⁶⁰² CE, 17 mars 1997, *Office des migrations internationales (OMI)*, req. n° 124.588, Rec., p. 86, *Dr. adm.*, 1997, n° 8-9, p. 11, note C. MAUGÜÉ.

¹⁶⁰³ Sur ce point, cf., plus haut, p. 77, n° 112 et p. 717, n° 926.

recours que leur action dans le temps doit s'apprécier¹⁶⁰⁴. Ainsi, dans la mesure où les précisions apportées par le Conseil d'État quant à la portée et aux modalités d'application de la règle de procédure figurant à l'article L. 600-3 du code de l'urbanisme, devenu l'article R. 600-1 du même code, vont être appliquées à l'occasion de la résolution de litiges formés antérieurement à la date de rendu de l'avis contentieux – ce qui implique que les recours ont, en l'occurrence, été déposés à une date encore antérieure –, il y a également là application rétroactive des lignes directrices dégagées par ce même avis¹⁶⁰⁵.

Si l'évolution des modes de formation de la jurisprudence dans le sens de leur perfectionnement progressif n'a pas fondamentalement modifié la manière d'appréhender la rétroactivité de la jurisprudence, l'officialisation récente par le juge de son pouvoir normatif jurisprudentiel annonce un profond bouleversement de cette question.

III – LA RETROACTIVITE AMENAGEE DE LA LEGISPRUDENCE

430. Jusqu'à une période récente, le juge administratif exerçait sa fonction jurisprudentielle avec la prudence qu'on lui connaît¹⁶⁰⁶, privilégiant des modes d'expression de la règle prétorienne ne le faisant pas directement et ostensiblement apparaître comme son auteur. Ainsi a-t-il pu couramment user du « paravent » commode que lui offrait la loi et, en particulier, l'interprétation de la volonté du législateur ou, à défaut, avoir recours aux principes généraux du droit qu'il est censé se borner à « découvrir », pour formuler une règle nouvelle du droit administratif tout en préservant la fiction d'absence de pouvoir créateur de la jurisprudence. Dans un contexte favorable à l'expansion de son rôle¹⁶⁰⁷, le juge ordinaire assume désormais ouvertement un pouvoir créateur de règles de droit qu'il exerçait jusque-là dans la clandestinité. Le titrage de certaines décisions récentes du Conseil d'État, faisant tour à tour référence à la « jurisprudence normative »¹⁶⁰⁸ ou à la « règle jurisprudentielle »¹⁶⁰⁹ est particulièrement révélateur de ce changement d'attitude. Cette *jurisprudence* ou *légisprudence*¹⁶¹⁰ se présente comme l'expression la plus directe et la plus aboutie de la création du droit par voie de jurisprudence, rapprochant encore davantage, d'un point de vue technique, la règle prétorienne de la règle écrite.

¹⁶⁰⁴ La raison en est que la régularité externe de l'acte de saisine du juge doit être appréciée au jour de l'introduction du recours (cf., plus bas, p. 717, n° 927 ; J. PETIT, thèse préc., p. 470, n° 959).

¹⁶⁰⁵ Comp. par ex., CE, Avis, 17 janvier 1997, *Association de défense du site de l'environnement de Galluis*, req. n° 183.072, Rec., p. 22, *Dr. adm.*, 1997, n° 3, p. 28, obs. B. LAMORLETTE, *LPA*, 5 mars 1997, n° 28, p. 17, concl. J.-C. BONICHOT, *RFDA*, 1997, p. 436 et CAA Marseille, 2 juillet 1998, *Commune de Garéoult*, req. n° 97MA00833 (interprétation extensive de la notion de document d'urbanisme au sens de l'art. L. 600-3 du Code de l'urbanisme). Pour un autre ex., comp. CE, Avis, 19 novembre 2008, *Société Sahelac et Mme Danielle Juventin*, req. n° 317.279, Rec., p. 429, *BJCL*, 2009, n° 2, p. 142 et *BJDU*, 2009, n° 1, p. 48, concl. B. BOURGEOIS-MACHUREAU et obs. J.-C. BONICHOT, *Environnement*, 2009, n° 166, p. 23, note A. ZIANI, *JCP A*, 2008, n° 52, p. 39, note G. PELLISSIER, *RDI*, 2009, n° 2, p. 130, obs. P. SOLER-COUTEAUX et CAA Douai, 6 août 2010, *Noblemaire c/ Commune de Neuilly-Saint-Front*, req. n° 09DA01445 (inopposabilité de l'obligation de notification des recours de l'art. R. 600-1 du Code de l'urbanisme en l'absence de mention de cette obligation dans l'affichage sur le terrain du permis de construire contesté).

¹⁶⁰⁶ Cf., par ex., F. GAZIER, concl. sur CE, Ass., 13 décembre 1957, *Société nationale des ventes de surplus, RPDA*, 1958, n° 5, p. 80, spéc. p. 83.

¹⁶⁰⁷ Qu'il s'agisse de sa fonction de juge communautaire de droit commun (O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 4, 2001, p. 723 et s., n° 584 et s.) ou de son office de juge de la conventionnalité de la loi (F. SUDRE, « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à P. LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 821).

¹⁶⁰⁸ CE, 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, req. n° 238.199, Rec., T., p. 563, *BJDU*, 2004, n° 4, p. 294, concl. F. SÉNERS, *Dr. adm.*, 2004, n° 11, p. 47, note R. NOGUELLOU, *RDI*, 2004, n° 5, p. 462, obs. P. SOLER-COUTEAUX.

¹⁶⁰⁹ CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Baron*, préc.

¹⁶¹⁰ Expressions utilisées par la doctrine pour désigner la jurisprudence normative de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. Sur la première expression, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 765, n° 860 1°. Sur la seconde expression, voir T. REVET, art. préc., p. 386, n° 12.

Dans la mesure où le juge s'est attribué un pouvoir normatif propre, il s'est corrélativement doté de son prolongement naturel, celui d'organiser son exercice dans le temps¹⁶¹¹. C'est ainsi qu'en sa qualité d'autorité normative, le juge dispose désormais, à l'instar du législateur ou de l'autorité administrative, de la capacité de délimiter le champ d'application temporel de la jurisprudence nouvelle en vue, notamment, d'atténuer les conséquences de sa rétroactivité essentielle¹⁶¹². C'est ainsi qu'il ressort de la décision fondatrice *Société Tropic Travaux Signalisation*, que s'il appartient en principe au juge d'appliquer à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, la règle jurisprudentielle nouvelle, le Conseil d'État peut, par exception, décider, au moment où il consacre cette même règle, de limiter dans son étendue la rétroactivité de son application. Dans cette même affaire, la Haute juridiction a, après avoir institué de manière prétorienne une nouvelle voie de recours permettant à certaines catégories de tiers de contester la validité d'un contrat administratif devant le juge de plein contentieux, entendu limiter son bénéfice pour le passé aux seuls requérants ayant déjà engagé, à la date de lecture de sa décision – soit le 16 juillet 2007 –, une action en justice ayant le même objet¹⁶¹³. Cela signifie qu'au lieu d'être rétroactivement applicable à l'ensemble des contrats conclus antérieurement au 16 juillet 2007 et encore susceptibles de recours, la règle prétorienne n'emporte que des conséquences limitées pour le passé. Seuls les contrats faisant l'objet d'un litige en cours à cette même date et dont la validité se trouvait, à cette occasion, contestée sont donc soumis à la rétroactivité aménagée de la règle prétorienne nouvelle¹⁶¹⁴. En sa qualité d'autorité normative, le juge peut désormais réduire le champ d'application de la règle jurisprudentielle nouvelle pour que celui-ci n'affecte le passé que de manière limitative.

Toutefois, l'émergence d'un droit transitoire de la règle jurisprudentielle ne signifie pas pour autant que sa rétroactivité doive être systématiquement « bridée ». Le juge peut tout à fait s'en tenir au régime général de la rétroactivité de la règle prétorienne. La règle nouvellement consacrée produira alors l'effet rétroactif ordinairement attaché à toute règle de droit dégagée par voie de jurisprudence, dont on a vu qu'il était le plus large qui puisse être¹⁶¹⁵. Comme on le verra et comme le juge l'a lui-même admis, ce pouvoir normatif jurisprudentiel est néanmoins soumis dans son exercice, comme l'est

¹⁶¹¹ Comme le relève M. Moderne, « tout droit jurisprudentiel transitoire s'inscrit dans le prolongement naturel d'une compétence normative durablement installée et à peu près unanimement admise » (F. MODERNE, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., *RFDA*, 2007, n° 5, p. 917, spéc. p. 920).

¹⁶¹² De ce point de vue et comme l'a fait remarquer F. Moderne, « le pouvoir de neutraliser, le cas échéant, la rétroactivité de la solution jurisprudentielle et d'imposer en conséquence une autre solution, fût-elle elle-même provisoire, apparente [le juge] à certains égards au législateur et à l'autorité réglementaire » (F. MODERNE, *loc. cit.*).

¹⁶¹³ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁶¹⁴ Cf., par ex., TA Nîmes, 18 septembre 2008, *Société Veolia Eau*, req. n° 0700470, *AJDA*, 2008, n° 41, p. 2232, concl. D. CHABERT. On rappellera, à cet égard, que pour apprécier le champ d'application dans le temps d'une règle instituant un nouveau recours contentieux, il convient de se placer à la date d'édition de l'acte contesté et non à la date de la décision juridictionnelle. Sur les principes applicables à cette catégorie de règles, cf., plus haut, p. 725, n° 939.

¹⁶¹⁵ Par ex., le Conseil d'État, après avoir consacré la possibilité de prendre en compte la valeur économique de la prestation pour la fixation de redevances pour services rendus, n'a pas jugé nécessaire d'aménager les effets dans le temps de cette nouvelle règle de fond. Il s'ensuit qu'elle peut être rétroactivement appliquée par le juge de cassation aux décisions administratives édictées à une date antérieure à celle de la lecture du jugement à l'occasion duquel la règle a été posée pour la première fois. C'est ainsi que ce même juge peut sanctionner la décision du juge du fond sur le fondement de cette même règle, alors même que le rendu de la première a précédé la formulation de la seconde dans la chronologie. Comp., en ce sens, CE, Ass., 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et autre*, req. n° 293.229 et 293.254, Rec., p. 349, *AJDA*, 2007, n° 33, p. 1807, chr. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, *BDCF*, 2007, n° 12, p. 56 et *RJEP*, 2007, n° 647, p. 381, concl. C. DEVYS, *Dr. adm.*, 2007, n° 8-9, p. 39, note M. BAZEX et S. BLAZY, *RFDA*, 2007, n° 6, p. 1269, concl. C. DEVYS et note P. TERNEYRE et 7 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des îles (SETIL)*, req. n° 309.499, Rec., T., p. 917, *AJDA*, 2009, n° 44, p. 2439, chr. P.-A. JEANNENEY et p. 2480, note J.-D. DREYFUS, *LPA*, 21 décembre 2009, n° 253, p. 12, note S. ZIANI, *RJEP*, 2010, n° 674, p. 33, concl. N. BOULOUIS).

plus généralement toute compétence normative, à un certain nombre de contraintes¹⁶¹⁶. Ainsi, en cas de risque d'atteinte à la substance du droit au recours, le juge peut – et même doit – assortir de certaines réserves l'application dans le temps de la nouvelle règle qu'il formule¹⁶¹⁷.

La mise en place d'un pouvoir normatif propre à la jurisprudence ne doit pas conduire à remettre en cause le fondement même sur lequel la création du droit par cette voie a toujours reposé. La possibilité dont dispose désormais le juge de délimiter, dans certaines hypothèses, le champ d'application de la règle jurisprudentielle nouvelle et, ce faisant, d'en moduler les effets dans le temps, ne doit pas l'amener à se détacher complètement du cadre du litige qu'il a pour mission principale de résoudre. L'inaptitude à la fonction normative du juge doit rester la règle, sous peine pour lui d'enfreindre la prohibition des arrêts de règlement. Si le lien consubstantiel entre la création de la règle jurisprudentielle et son application concrète peut être aménagé, voire partiellement rompu, en vue de limiter la rétroactivité qui en résulte, on ne saurait admettre que cette rétroactivité soit entièrement neutralisée à l'occasion de la formulation d'une jurisprudence nouvelle. On serait alors en présence d'une règle primitive, posée en elle-même et pour elle-même, édictée par une autorité non habilitée à cet effet. Or, le juge ne saurait régler *a priori* et seulement pour l'avenir les comportements des sujets de droit, sans violer par là le principe de séparation des pouvoirs. Au bénéfice de ce qui précède, on peut conclure que la rétroactivité est essentielle à la jurisprudence à la fois dans son mode d'expression, que pour sa validité même.

*

431. Conclusion du paragraphe 2 et de la Section 2. Jusqu'à une période récente, la rétroactivité essentielle de la règle jurisprudentielle a été présentée comme un sacrifice nécessaire au progrès du droit. Elle était le signe de l'inaptitude du juge à la fonction normative, de même que la contrepartie à la clandestinité de son exercice. Posée par une autorité non officiellement habilitée et, partant, incapable de délimiter son champ d'application dans le temps, la règle prétorienne est, en conséquence, dotée de la rétroactivité la plus étendue qui soit. À la source de cet effet rétroactif incontrôlé réside le lien indissociable existant entre création et application du droit par le juge. Par un effet mécanique, ce lien entraîne l'anticipation *ratione temporis* des effets de la jurisprudence nouvelle, puisque cette dernière est formulée et appliquée dans un même mouvement, à l'occasion du rendu d'un même jugement.

Au fil du temps, les modes d'expression du pouvoir normatif jurisprudentiel se sont diversifiés, multipliant d'autant les formes de rétroactivité de la règle prétorienne. Jusqu'à récemment encore, l'enrichissement et le perfectionnement des méthodes jurisprudentielles n'ont pas fondamentalement changé la manière d'appréhender la rétroactivité de la règle de droit posée par le juge. Tout au plus était-elle devenue plus aisément identifiable, notamment grâce à la pratique des avis rendus par le Conseil d'État sur une question de droit. Quel que soit le mode de formulation de la règle jurisprudentielle, sa rétroactivité continuait de se déduire de l'application qui en était faite par un jugement à des situations qui s'étaient constituées antérieurement à son énoncé. Le champ d'application temporel de la jurisprudence nouvelle demeurait indéterminé, si bien qu'il fallait en déduire qu'il était le plus large qui soit.

¹⁶¹⁶ Il s'agit des exigences générales tirées du principe de sécurité juridique, ainsi que de celles, plus spécifiques à la jurisprudence normative, issues du droit au recours. Sur ces différents points, cf., plus bas, p. 599 et s. et n° 765 et s.

¹⁶¹⁷ CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Baron*, préc. Voir également, A. COURRÈGES, concl. sur CE, Sect., 31 octobre 2008, *Mme Bensaadoune*, préc., non publiées.

En officialisant son pouvoir normatif jurisprudentiel, le juge ordinaire a profondément modifié l'analyse des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle. Non seulement cette dernière est ostensiblement formulée, ce qui facilite grandement son identification, mais son champ d'application dans le temps est désormais directement déterminé par le juge. Certes, dans la plupart des cas, le juge ne fixera pas explicitement le point de départ des effets de la règle qu'il vient d'édicter, si bien qu'il faut considérer que l'exercice de son pouvoir normatif n'a fait l'objet que d'un simple aménagement. Il paraît même essentiel que le lien indissociable entre création et application du droit ne soit pas rompu. Cependant, rien n'exclut que, dans certaines circonstances, il en aille différemment, comme c'est déjà le cas en cas de risque d'atteinte au droit au recours. Partant, on peut légitimement s'interroger sur ce qu'il reste des différences constatées entre les sources du droit officiellement habilitées que sont la loi et le règlement administratif, et celle autoproclamée qu'est désormais la jurisprudence normative. D'un point de vue normatif, il existe désormais une identité technique de formulation et d'application dans le temps de la règle de droit, indifféremment de l'autorité qui l'a édictée. En d'autres termes, une unité se construit indéniablement entre les droits transitoires législatif et jurisprudentiel¹⁶¹⁸. C'est dire que la spécificité de la création de la règle de droit par voie de jurisprudence est menacée. Sa remise en cause ouvrirait, à n'en pas douter, une crise « des légitimités », dont le juge pourrait ne pas sortir indemne¹⁶¹⁹. Il reste que la rétroactivité ne constitue plus désormais le mode exclusif d'application dans le temps de la règle jurisprudentielle.

¹⁶¹⁸ Cf., en ce sens, P. FLEURY-LEGROS, « De l'application de la loi dans le temps à l'application de la jurisprudence dans le temps : le paradoxe de l'échelle de verre », préc., p. 225 et « Les techniques d'application de la loi et de la jurisprudence dans le temps : unité ou diversité ? », in P. FLEURY-LEGROS (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 38.

¹⁶¹⁹ T. TUOT, « Les revirements de jurisprudence dans le temps », in P. FLEURY-LEGROS (dir.), *op. cit.*, p. 101, spéc. p. 105.

* *

*

432. Conclusion du chapitre III. La rétroactivité constitue le mode d'expression privilégié de la normativité du juge. Ce constat ne saurait surprendre car, contrairement aux autres autorités publiques, son activité est principalement orientée vers le passé. Il s'ensuit que l'accomplissement par le juge de sa double mission juridictionnelle et jurisprudentielle donne lieu à une rétroactivité abondante et multiforme. Toutefois, le recensement des cas de rétroactivité de la décision de justice n'est pas chose facile. La longue tradition du droit français, héritée de la période révolutionnaire, faisant du juge la « bouche de la loi » a contribué à entretenir l'illusion qu'il ne serait qu'une autorité subalterne et inapte à la fonction normative. Or, il ne peut y avoir de rétroactivité que de la norme juridique. Pour admettre que l'activité du juge est bien le siège d'une rétroactivité, il fallait d'abord établir que celle-ci était le lieu de l'exercice d'un pouvoir normatif. Le rétablissement de la réalité de ce pouvoir, mis en œuvre par le juge au titre de ses missions juridictionnelle et jurisprudentielle, a ainsi permis de dresser l'inventaire des différentes manifestations de la rétroactivité de la décision de justice.

Concernant la fonction juridictionnelle, les travaux de l'école normativiste ont contribué à réhabiliter sa dimension normative. Comme l'a montré M. de Béchillon dans sa thèse, la fonction de juger consiste fondamentalement à résoudre un problème de licéité. Selon cet auteur, « *tout jugement vise à étalonner et à sanctionner un état d'adéquation d'une norme ou d'un comportement à une norme juridique* »¹⁶²⁰. De son côté, le Doyen Héron a mis en lumière l'*effet substantiel* produit par le jugement sur l'ordonnement juridique en conséquence de l'exercice du pouvoir normatif juridictionnel. Cet effet substantiel consiste en « *l'affirmation du droit de l'auteur de la prétention à l'effet juridique de la règle de droit* »¹⁶²¹. La normativité de la fonction de juger ainsi rétablie a permis d'analyser les effets dans le temps du jugement en tenant compte du rôle joué par le juge dans l'application de la règle de droit. Lorsque ce dernier assume une fonction d'application de la règle de droit à des situations constituées antérieurement à son intervention, le jugement qu'il prononce est susceptible de produire un effet rétroactif. Par exemple, dès lors qu'il établit le droit à indemnisation de la victime d'un dommage survenu dans le passé, le jugement de responsabilité voit son effet remonter à la date de réalisation de ce dommage. C'est, en effet, à cet instant que la règle de droit a été méconnue par la personne publique et que le droit à indemnisation s'est, par conséquent, constitué. En dehors de cette hypothèse, c'est principalement à partir des différents pouvoirs dont le juge dispose pour remplir son office de trancher des litiges déjà nés que les diverses manifestations de la rétroactivité des jugements dits « déclaratifs » peuvent être recensées. À l'occasion du règlement du litige, le juge fait usage de techniques dont la rétroactivité constitue un accessoire naturel. Ces techniques de rétroactivité ne sont autres que celles que se partagent les différentes autorités publiques, c'est-à-dire l'annulation, l'interprétation et la confirmation. À l'instar de ce qui se passe en matière administrative, la confirmation juridictionnelle prend la forme à la fois d'une réformation et d'une rectification. De manière générale, le juge détient des pouvoirs particulièrement larges et variés pour procéder au retraitement, au présent, des effets produits dans le passé par un acte irrégulier. Que le juge entende sanctionner ou réparer d'une manière

¹⁶²⁰ D. de BÉCHILLON, thèse préc., p. 111.

¹⁶²¹ J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 275, n° 330.

quelconque le vice entachant l'acte de droit public, sa décision comportera invariablement un effet rétroactif.

Concernant la fonction jurisprudentielle, la doctrine publiciste majoritaire s'accorde pour reconnaître un pouvoir créateur de règles de droit au juge administratif sans que soient résolues pour autant toutes les questions liées à sa nature, à son fondement et, surtout, à ses modalités d'exercice. L'absence d'habilitation officielle du pouvoir normatif jurisprudentiel fait du juge une autorité normative déficiente. Son pouvoir est subsidiaire et finalisé ; l'autorité des règles qu'il pose est elle-même limitée. À la différence des autres règles de droit, la règle jurisprudentielle ne revêt pas un caractère primitif. Elle n'est pas posée pour elle-même, mais en vue de résoudre un litige. La mission jurisprudentielle du juge est très fortement dépendante de sa mission juridictionnelle, seule à être officiellement habilitée. Le lien indissociable existant entre création et application du droit par le juge marque la spécificité du pouvoir normatif jurisprudentiel. Il explique également la rétroactivité de plein droit qui est attachée à la jurisprudence nouvellement formulée. Formulée et appliquée à l'occasion d'un même jugement, la jurisprudence voit son effet s'étendre à l'ensemble des situations antérieurement constituées. Autorité normative déficiente, le juge est incapable de délimiter le champ d'application dans le temps de la norme qu'il édicte. Celui-ci s'étend donc indéfiniment dans le passé. Cet ensemble d'éléments fait que la rétroactivité est véritablement inhérente à la jurisprudence et ce, quels que soient les modes de formulation de la règle prétorienne.

La diversification progressive des modes de création du droit par le juge, comme l'illustre la mise en place des procédures d'avis rendus par le Conseil d'État sur une question de droit, n'a en rien changé la manière d'appréhender ses effets dans le temps. Transitant à travers le jugement, la règle jurisprudentielle voit son application étendue, par ce biais, aux situations qui se sont constituées dans le passé. Néanmoins, l'officialisation récente par le juge de son pouvoir de créer des règles du droit positif a amorcé, à cet égard, une évolution dans l'appréhension des effets *ratione temporis* de la jurisprudence. Certes, cette consécration semble *a priori* ne pas devoir remettre fondamentalement en cause les caractéristiques essentielles de la jurisprudence, au premier rang desquelles figure sa rétroactivité. Toutefois, il faut admettre que cette dernière n'est plus désormais qu'une solution de principe, dès lors que le juge dispose, en sa qualité d'autorité normative autoproclamée, de la faculté de délimiter le champ d'application temporel de la règle qu'il pose. En tout état de cause, cette révolution « copernicienne » réalise un rééquilibrage entre les différentes autorités publiques de la rétroactivité.

Conclusion du Titre I

433. Le recensement des manifestations de la rétroactivité en droit public atteste de la fréquence de son emploi par la puissance publique. La « géographie » des acteurs de la rétroactivité montre les applications nombreuses et disparates dont cette technique fait l'objet. C'est dire que le particularisme du procédé déjoue toute tentative de réaliser l'unité du phénomène. La localisation de la rétroactivité en droit public a également été l'occasion de soulever les premiers enjeux théoriques d'une définition plus serrée de la rétroactivité.

434. De manière générale, le phénomène de la rétroactivité comporte une double facette. D'un côté, la rétroactivité est un mode, parmi d'autres, d'application dans le temps de la norme nouvelle. De l'autre, elle constitue l'accessoire naturel de certaines catégories de normes, dont la caractéristique commune est que leur objet est orienté exclusivement ou principalement vers le passé. Dans l'un et l'autre de ses versants, la rétroactivité présente une réalité plurielle.

435. Le premier versant de la rétroactivité manifeste son particularisme en droit public. Chaque autorité publique entretient un rapport avec cette technique qui lui est propre, ce qui s'oppose à toute approche unitaire du phénomène.

Le législateur bénéficie d'une grande liberté pour prescrire la rétroactivité de la loi ordinaire. L'anticipation des effets dans le temps de la loi nouvelle est d'abord réalisée au moyen des procédés les plus divers, ce qui ne rend pas toujours aisée l'identification de la loi rétroactive. La rétroactivité de la loi adopte elle-même les formes les plus variées, comme en témoignent le problème de son caractère implicite, ainsi que celui des fausses qualifications dont le législateur use afin de s'affranchir des contraintes pesant sur son action sur le passé. La rétroactivité de la loi varie ensuite selon son objet et le domaine dans lequel elle intervient. L'effet rétroactif de la loi s'apprécie différemment selon que celle-ci édicte une règle de fond ou une règle de forme. Dans le domaine répressif, elle constitue le mode normal d'action de la règle de fond plus douce. Dans les domaines financier et fiscal, la rétroactivité de la loi se définit respectivement par rapport à la clôture de l'exercice budgétaire et au fait générateur de l'impôt, ce qui lui fait adopter une forme particulière.

À l'opposé, l'autorité administrative est privée, en principe, de la faculté de doter ses décisions d'un effet rétroactif. La prohibition générale de la rétroactivité en matière administrative apparaît cependant en décalage avec la réalité plurielle que revêt le procédé dans cette matière. Cette pluralité se vérifie à un double point de vue. La rétroactivité administrative trouve d'abord de nombreuses sources de légitimation, plus ou moins fermement établies, ce qui débouche sur une situation paradoxale. Si l'on ne peut que constater la multitude des cas de rétroactivité licite de l'acte administratif unilatéral, on doit admettre, dans le même temps, que chacun d'eux correspond à une solution particulière. Certes, on peut regrouper certaines manifestations de la rétroactivité administrative autour de quelques principes explicatifs, mais toute tentative de systématisation générale reste vouée à l'échec, en raison de l'empirisme des solutions jurisprudentielles. Ensuite, la rétroactivité concerne, du point de vue de son domaine, essentiellement les prescriptions catégoriques et concrètes, la rétroactivité des règles administratives n'étant permise que dans des situations exceptionnelles. Enfin, on doit réserver le cas particulier des contrats administratifs. Bien que les parties puissent prescrire la rétroactivité du contrat, celle-ci demeure rare en pratique. De multiples obstacles empêchent son emploi ou réduisent l'intérêt

des parties à y avoir recours. Néanmoins, cette situation est appelée à évoluer dans un contexte qui fait une place plus grande à la liberté contractuelle.

C'est une logique inverse aux deux précédentes qui guide l'appréhension de la rétroactivité de la décision de justice. La rétroactivité est un phénomène naturel pour le juge. Ainsi la majeure partie de son activité se rapporte-t-elle au passé. Cela ne signifie pas pour autant que toute décision juridictionnelle comporte, de plein droit, un effet sur le passé de l'ordonnement juridique. Le rôle joué par le juge dans l'application de la règle de droit permet d'isoler, parmi les différentes formes de jugement, ceux qui produisent véritablement un effet rétroactif. C'est le cas lorsque le juge affirme ou confirme le droit de l'auteur d'une prétention à l'effet juridique qu'aurait dû avoir ou qu'a effectivement produit dans le passé la règle de droit. Habituellement attachée à la décision juridictionnelle, la rétroactivité constitue également une des caractéristiques essentielles de la jurisprudence. Lorsque le juge participe à la création des règles du droit positif, ces dernières reçoivent systématiquement une application rétroactive. Cette spécificité tient au lien indissociable entre création et application du droit par le juge dans l'exercice de sa mission jurisprudentielle.

436. Dans son second versant, la rétroactivité constitue l'accessoire naturel de certaines catégories de normes dont l'objet même commande l'anticipation de leur effet dans le temps. L'annulation, la confirmation, ou l'interprétation sont autant de techniques normatives auxquelles est naturellement associé un effet rétroactif. Elles représentent une sorte de « fonds commun » à la disposition de toute autorité normative. Au-delà de cet élément d'unité, c'est encore la diversité qui prédomine dans l'utilisation qui est faite par les autorités publiques des techniques de rétroactivité. Tandis que le juge use indistinctement et abondamment de cette trilogie, l'emploi qu'en font le législateur et l'autorité administrative se polarise sur certaines d'entre elles seulement. Ainsi, la confirmation et l'interprétation sont largement mises en œuvre par le législateur, à la différence de l'autorité administrative qui ne les emploie que dans des cas exceptionnels. À l'inverse, l'annulation est plus fréquemment utilisée par la seconde que par le premier. Encore faut-il nuancer le constat fait pour l'annulation législative, à la faveur du développement du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois promulguées sur renvoi des juridictions ordinaires. En effet, la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée, dans ce cadre, par le Conseil constitutionnel est susceptible de remettre en cause pour le passé les effets de la loi sanctionnée. Au premier élément de diversité que constituent les différences notables relevées dans le maniement de ces techniques de rétroactivité, il faut en ajouter un autre. Certaines techniques de retraitement des effets du passé sont propres à l'une ou l'autre des autorités publiques. Ignorée du législateur, la réformation et la rectification connaissent des applications en matière administrative et juridictionnelle. La condition et la ratification sont respectivement utilisées, à titre exclusif, par l'autorité administrative et le législateur.

437. L'inventaire des manifestations de la rétroactivité en droit public s'avère beaucoup plus complexe qu'il pourrait y paraître au premier abord. Le problème de la rétroactivité est intimement lié à celui de la création du droit, ce qui pose de nombreuses difficultés d'ordre théorique. L'étude des sources de la rétroactivité achoppe sur la question des sources du droit. C'est dire que la rétroactivité entretient un lien étroit avec la normativité. En effet, il ne peut y avoir de rétroactivité que de la norme juridique, ce qui emporte deux conséquences.

D'une part, la normativité est la condition première de la reconnaissance de la rétroactivité. L'admission de la portée normative de certaines des activités des différentes autorités publiques entraîne celle de la rétroactivité de leur action. Cela est particulièrement vrai pour le juge dans l'exercice de sa

fonction de trancher des litiges déjà nés, de même que plus généralement pour les interprètes authentiques de la règle de droit, qu'ils soient en charge de son édicition ou de son application.

D'autre part, le domaine de la rétroactivité se limite à celui de la norme juridique. Cette corrélation permet d'exclure du champ de la rétroactivité les actes dépourvus d'incidence sur l'ordonnement juridique, tels ceux qui comportent une réitération ou une déclaration d'un état antérieur du droit. La circonstance que ces actes, improprement qualifiés de rétroactifs, se rapportent à des situations antérieurement nées reste sans conséquence sur leur absence de portée juridique sur le passé. L'effet rétroactif qui leur est attribué n'est qu'une apparence, bien vite dissipée.

En revanche, la corrélation entre normativité et rétroactivité devient plus difficile à maintenir d'un point de vue formel, lorsqu'est abordé le problème de la création du droit par des organes non officiellement habilités par l'ordre juridique. Certaines activités réputées non normatives sont pourtant le siège d'une rétroactivité véritable, quoiqu'indirecte. L'absence de reconnaissance officielle de l'autorité de droit de l'interprétation administrative par voie de doctrine ou de la jurisprudence n'empêche pas que celle-ci ou celle-là puisse donner lieu à des applications véritablement rétroactives. Simplement, le déficit de normativité de l'une et de l'autre en fait des sources indirectes de rétroactivité. À côté de la rétroactivité « de droit », il existe donc une rétroactivité « de fait » qui résulte des conséquences juridiques sur le passé de l'ordonnement juridique de l'application de normes non formellement reconnues comme telles. S'agissant de la jurisprudence, le juge administratif a partiellement réglé la question en se reconnaissant ouvertement un pouvoir créateur de règles de droit.

438. Au total, l'examen de la pratique de la rétroactivité en droit public laisse l'impression d'un phénomène polymorphe, d'un « édifice baroque ». Le pluralisme qui se dégage de l'étude des sources de la rétroactivité se retrouve également lorsqu'il s'agit d'aborder la place qu'occupe le pouvoir de rétroactivité dans l'ordre juridique.

TITRE II : LES STATUTS DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

439. Objet du titre. La place qu'occupe la rétroactivité en droit public peut être précisée par la prise en compte des règles et des principes s'opposant ou limitant son emploi. La « géographie » des contraintes pesant sur les acteurs de la rétroactivité permet de déterminer le « statut » de cette dernière en droit public. Il en ressort que la rétroactivité ne fait pas l'objet d'un traitement uniforme en droit public. Son statut y est variable et inégal.

440. Délimitation de l'objet du titre. Le « statut » de la rétroactivité, entendu comme l'ensemble des règles qui gouvernent son emploi, présente deux traits essentiels en droit public. D'abord, il est partiellement défini. Aucun régime organisant, de manière positive et générale, l'emploi de la rétroactivité n'a été élaboré. Son statut varie selon les domaines et l'autorité qui y recourt. Ensuite, le statut de la rétroactivité est inégal. Chaque autorité publique ne dispose pas de la même latitude pour retraiter les effets juridiques survenus dans le passé.

441. Alors que le procédé tient une place non négligeable dans l'activité normative des autorités publiques, aucun texte ou principe ne fixe, de manière générale, les conditions ou les modalités de mise en œuvre de la rétroactivité. Seule la règle de la rétroactivité *in mitius* de la loi répressive de fond fait exception, en ce qu'elle organise, de manière positive, l'action sur le passé de la loi nouvelle. Néanmoins, la logique propre à cette règle demeure relativement étrangère à celle du droit public, ce qui empêche de la regarder autrement que comme un principe *sui generis* en cette matière.

De même, aucune limite de portée générale n'a été posée à l'emploi de la rétroactivité, à l'exception, là encore, de la matière pénale. Il paraît également essentiellement vain de rechercher des « bornes » s'imposant invariablement à toute action sur le passé des normes juridiques¹⁶²². Ces dernières restent tributaires de la position qu'occupe chaque autorité publique face à la rétroactivité. Faute d'une approche positive et globale, c'est encore le particularisme qui prédomine. Le statut de la rétroactivité en droit public n'est que le reflet de la spécificité du rapport qu'entretient chaque autorité publique avec cette notion.

442. Ces acteurs de la rétroactivité se trouvent dans une position inégale vis-à-vis d'elle. D'une part, l'activité normative du législateur et de l'autorité administrative est principalement tournée vers l'avenir, tandis que celle du juge est principalement orientée vers le passé. Pour les premiers, la rétroactivité constitue une anomalie, alors que pour le second, elle est un élément indissociable de son office. D'autre part, le législateur dispose, au nom de l'intérêt général, de la faculté d'user librement de la rétroactivité, à la différence de l'autorité administrative à laquelle il est fait interdiction, du moins en principe, d'y

¹⁶²² Cela ne signifie pas pour autant que l'on ne puisse identifier ponctuellement une règle s'imposant à l'ensemble des autorités publiques lorsqu'elles recourent à la rétroactivité. Tel est le cas, par ex., de la protection accordées aux décisions passées en force de chose jugée. Cette exception mise à part, les limites à la rétroactivité ne présentent guère d'homogénéité. Ainsi, les exigences tirées du principe de sécurité juridique n'ont pas toutes la même signification ou la même portée selon l'autorité publique considérée. En particulier, le respect dû aux situations antérieurement acquises commence seulement à s'imposer au législateur et au juge, alors même qu'il constitue une limite traditionnelle à la rétroactivité en matière administrative. Au-delà des principes régissant spécifiquement l'effet dans le temps des normes juridiques, on peut également trouver des règles substantielles s'opposant à la rétroaction de la norme nouvelle. Il en va ainsi, par ex., du principe d'égalité.

recourir. Quant au juge, la rétroactivité de ses décisions est une conséquence mécanique de la particularité de sa mission, qui est de trancher des litiges déjà nés. Jusqu'à une période récente, celui-là ne disposait d'aucun moyen lui permettant d'agir directement sur celle-ci.

Au bénéfice de ce qui précède, il faut donc admettre que la rétroactivité fait l'objet d'un traitement dissocié en droit public, en fonction de l'autorité qui en fait usage.

443. Pour le législateur et l'autorité administrative, la rétroactivité est conçue, d'un point de vue normatif, comme un phénomène contre nature. Réécrire le passé est, de longue date, jugé comme contraire aux préceptes d'une bonne législation, autant qu'attentatoire à la sécurité des relations juridiques antérieurement nouées. Cette perspective explique l'absence de mise en place d'un régime de la rétroactivité de la loi ou de la décision administrative. Mise à part la matière pénale, on rechercherait en vain un texte autorisant l'emploi de la rétroactivité par le législateur ou l'autorité administrative. Au contraire, seule la règle de la non-rétroactivité a eu « droit de cité » dans les textes, quoiqu'avec une force variable selon les matières et les époques. En l'absence de consécration positive des principes gouvernant l'action sur le passé de la loi ou de l'acte administratif, ceux-ci se déduisent, à une exception près, d'un « jeu d'ombres chinoises ». De manière paradoxale, mesurer la place qu'occupe la rétroactivité de la loi ou de la décision administrative, c'est éprouver la force de sa prohibition en droit public¹⁶²³. À cette logique d'ensemble, il n'y a guère que la règle de la rétroactivité *in mitius* qui fasse exception, sous la réserve qui a été rappelée à titre liminaire.

Cela ne signifie pas pour autant que la rétroactivité de la loi fasse l'objet d'un traitement identique à celle de l'acte administratif. Il est même classique de souligner leur inégalité face à l'interdiction de la rétroactivité¹⁶²⁴ et, par effet de miroir, vis-à-vis de la rétroactivité elle-même.

On sait que l'action dans le temps de l'autorité administrative est, en grande partie, « bornée » par le principe général du droit de non-rétroactivité. Ce principe couvre l'ensemble des décisions administratives. Pour ces dernières, le statut de la rétroactivité est donc nettement fixé. Elle y tient la place d'une exception faite à la prohibition générale de tout effet sur le passé des normes administratives unilatérales. Cependant, cette interdiction ne s'applique pas aux contrats administratifs. Les parties peuvent librement recourir à la rétroactivité, du moins en principe. Le jeu combiné du principe de l'effet relatif de l'engagement contractuel, ainsi que des textes, réduit fortement la place de la rétroactivité dans le contrat administratif. *De jure* ou *de facto*, le statut de la rétroactivité en matière administrative est celui d'une exception.

À l'inverse et de manière tout aussi évidente, le législateur n'est pas tenu par le respect du principe de non-rétroactivité consacré par l'article 2 du code civil. Cette disposition a été interprétée, de manière constante, comme formulant une simple directive d'interprétation à l'adresse des autorités en charge de l'application des lois. Le législateur demeure, quant à lui, libre de prescrire la rétroactivité de la loi, sauf en matière pénale. À partir des dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la jurisprudence constitutionnelle a élaboré un véritable statut de la rétroactivité de la loi en matière répressive. Proscrite lorsque la règle répressive de fond est plus sévère pour son destinataire que la précédente, la rétroactivité joue, de plein droit, lorsqu'à l'inverse la première s'avère plus favorable au second que la règle antérieurement applicable. En dehors de ce

¹⁶²³ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 600, n° 758.

¹⁶²⁴ Voir, en ce sens, J. PETIT, thèse préc., p. 31 et s., n° 65 et s.

domaine, la rétroactivité de la loi fait l'objet d'un encadrement jurisprudentiel destiné à assurer le respect par le législateur à la fois des principes à valeur constitutionnelle et des engagements internationaux de la France, notamment européens. Édifié à l'occasion du contrôle des validations législatives, l'encadrement de la liberté du législateur s'est progressivement étendu aux lois ordinaires. Corrélativement, les exigences auxquelles sont désormais soumises les lois rétroactives ont été progressivement harmonisées. Il n'en reste pas moins que, de manière générale, le statut de la rétroactivité de la loi varie en fonction de la matière dans laquelle le législateur intervient.

444. Pour le juge, la perspective est inverse à celle adoptée pour les deux autorités précédentes. Il est de l'essence même de la décision de justice de régler le passé. En raison de la nature même de son office, qui est de trancher des litiges déjà nés, le juge est condamné à la rétroactivité. Jusqu'à une période récente, on pouvait donc considérer que la normativité du juge était, par définition, « [irréductible] à la règle de non-rétroactivité »¹⁶²⁵.

La rétroactivité étant un phénomène naturel pour le juge, l'enjeu ne peut donc être celui de dégager les conditions de mise en œuvre de celle-là par celui-ci. Au demeurant, la rétroactivité de la décision de justice s'est développée en marge de tout texte. Il s'agit plutôt de savoir comment le juge peut « gérer » avec mesure les conséquences qu'emportent sur le passé les décisions qu'il adopte. De fait, le juge a développé, de longue date, des stratégies visant à tempérer la rétroactivité de ses décisions. De manière ponctuelle, il a été conduit à poser des limites à leur portée sur le passé. De ce point de vue, l'idée même d'un « statut » de la rétroactivité de la décision de justice peut paraître *a priori* dénuée de pertinence.

Néanmoins, la consécration dans la période récente d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la décision de justice invite à reconsidérer ce point. En effet, la reconnaissance de la faculté pour le juge d'aménager les effets *ratione temporis* de ses décisions comporte une double signification pour l'étude de la rétroactivité de la décision de justice. D'une part, elle a donné lieu à l'émergence d'un droit transitoire des normes juridictionnelles et jurisprudentielles, au sein duquel la non-rétroactivité devient une solution parmi d'autres. Si la rétroactivité demeure le principe, il peut désormais y être fait exception. D'autre part et corrélativement, cette évolution a induit un changement de logique en faveur de la construction d'un véritable statut de la rétroactivité de la décision de justice. La rétroactivité ne saurait être plus longtemps présentée comme un phénomène inhérent à l'activité du juge et, en tant que tel, échappant largement à son emprise. Le juge a dorénavant une prise directe sur l'effet *ratione temporis* de ses décisions, qu'il peut aménager en vue de sauvegarder la sécurité juridique.

La rétroactivité devient donc le principe gouvernant, sauf exception, l'action dans le temps de la décision de justice. Le juge peut choisir d'écarter cette solution, dans les cas où sa mise en œuvre emporterait des conséquences manifestement excessives sur le passé de l'ordonnement juridique. Il s'ensuit que, faute pour la rétroactivité de répondre à un certain nombre de garanties, elle devra être mise en échec au profit de la non-rétroactivité. C'est dire que la rétroactivité de la décision de justice fait désormais l'objet d'un encadrement général, qu'elle est soumise à un « statut », au même titre que la rétroactivité de la loi ou celle de l'acte administratif. Il n'en reste pas moins qu'à l'instar de ce qui passe pour la loi et l'acte administratif, c'est un statut particulier de la rétroactivité de la décision de justice qui se met progressivement en place.

¹⁶²⁵ Suivant la formule de J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », préc., p. 15.

445. Justification du plan. Le renforcement du principe de non-rétroactivité en droit français, notamment à travers la diffusion formelle de l'exigence de sécurité juridique, n'est guère contestable. Ce constat aurait pu conduire à adopter une vision unitaire du traitement de la rétroactivité en droit public. Une telle approche aurait consisté à rechercher les éléments d'un statut général de la rétroactivité en cette matière. Ce parti rencontre cependant un double obstacle. D'une part, il méconnaît l'opposition fondamentale entre le juge et les autres autorités normatives du point de vue de leur action temporelle qui paraît irréductible. D'autre part, les contraintes pesant sur l'emploi de la rétroactivité participent elles-mêmes de logiques différentes et demeurent propres à chaque autorité. Tout au plus peut-on constater des similitudes de méthode, là où la rétroactivité n'est pas interdite en principe, dans le traitement de la rétroactivité. Il s'agit de mieux encadrer le procédé au nom d'impératifs supérieurs, sans pour autant le proscrire. C'est donc en fonction du rapport spécifique qu'entretient chaque autorité publique avec elle que le statut de la rétroactivité doit être circonscrit.

446. Plan du Titre. La rétroactivité de la loi se caractérise par son statut à géométrie variable, selon le domaine dans lequel le législateur intervient (Chapitre I). En revanche, c'est un statut plus homogène qui gouverne la rétroactivité de l'acte administratif. La place de cette dernière est globalement celle d'une exception (Chapitre II). Le statut de la rétroactivité de la décision de justice apparaît, pour sa part, comme encore en construction (Chapitre III).

CHAPITRE I : LE STATUT A GEOMETRIE VARIABLE DE LA RETROACTIVITE DE LA LOI

447. Introduction et délimitation de l'objet du chapitre. À l'exception de la courte période du Directoire, le droit constitutionnel français n'a jamais prohibé, de manière générale, la rétroactivité de la loi. Par leur silence, les Constitutions françaises successives, dont celle du 4 octobre 1958 *in fine*, ont implicitement refusé toute constitutionnalisation du principe de non-rétroactivité de la loi en droit français¹⁶²⁶. Suivant une tradition fermement établie, le Parlement dispose, en principe, de toute latitude, au nom de l'intérêt général, pour décider la remise en cause des situations antérieurement constituées. Le législateur est même le seul à disposer du pouvoir de rétroactivité dans l'ordre juridique français.

La liberté laissée au législateur pour organiser librement l'action de la loi dans le temps, y compris pour étendre son emprise sur le passé, ne saurait surprendre. Dans le système du droit public français, la loi, expression de la volonté générale, occupe traditionnellement une place centrale et prédominante¹⁶²⁷. Parce que le pouvoir législatif y est souverain, il a longtemps été conçu comme un absolu. La mise en place d'un contrôle de constitutionnalité de la loi, ainsi que la consécration d'un pouvoir réglementaire autonome, par la Constitution de 1958 ont cependant contribué à circonscrire son domaine et à lui imposer des limites. Il n'en reste pas moins que l'exercice du pouvoir législatif demeure largement discrétionnaire¹⁶²⁸. La liberté pour le législateur de recourir à la rétroactivité en constitue l'une des expressions les plus éclatantes.

Il serait néanmoins hasardeux d'en inférer que la rétroactivité de la loi bénéficierait d'un statut particulièrement favorable en droit français. Bien au contraire, il existe, de longue date, un préjugé envers les lois rétroactives allant dans un sens exactement opposé¹⁶²⁹. C'est que revenir sur le passé des situations juridiques ne relève pas de l'office naturel de la loi, qui est d'organiser l'avenir. De surcroît, modifier *ex post facto* la règle de droit qui devait être respectée des citoyens, c'est heurter frontalement les droits et libertés individuels qui leur ont été reconnus. C'est également trahir la confiance que ceux-ci avaient placée dans cette règle. Aussi la rétroactivité de la loi est-elle généralement jugée comme étant manifestement contraire à la fois aux préceptes d'une bonne législation et au besoin fondamental de sécurité juridique¹⁶³⁰. Dans cette perspective, la rétroactivité n'a jamais été conçue autrement que comme une exception fâcheuse à la règle de la non-rétroactivité, seule à même de garantir la prévisibilité du droit et la stabilité des situations juridiques. Néanmoins, aucune interdiction de principe

¹⁶²⁶ L. BACH, « Conflits de lois dans le temps », fasc. préc., p. 32, n° 183 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 600, n° 758.

¹⁶²⁷ Cf., notamment, R. MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et de ses développements récents dans le droit public français », *EDCE*, 1949, n° 3, p. 50.

¹⁶²⁸ A. BOCKEL, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Itinéraires, Études en l'honneur de L. HAMON*, Paris Economica, coll. Politique comparée, 1982, p. 43, spéc. p. 59.

¹⁶²⁹ Sur ce point, cf., plus haut, p. 2, n° 4.

¹⁶³⁰ Comme le relevait avec force Portalis : « *L'office des lois est de régler l'avenir. Le passé n'est plus en leur pouvoir [...] Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure. [...] L'homme, qui n'occupe qu'un point dans le temps comme dans l'espace, serait un être bien malheureux, s'il ne pouvait se croire en sûreté, même pour sa vie passée ; pour cette position de son existence, n'a-t-il pas déjà porté tout les poids de sa destinée ? Le passé peut laisser des regrets ; mais il termine toutes les incertitudes. [...] Ce serait empirer la triste condition de l'humanité, que de vouloir changer, par le système de la législation, le système de la nature, et de chercher, pour un temps qui n'est plus, à faire revivre nos craintes, sans pouvoir rendre nos espérances. Loin de nous l'idée de ces lois à deux faces, qui ayant sans cesse un œil sur le passé, et l'autre sur l'avenir, dessécheraient la source de la confiance, et deviendraient un principe éternel d'injustice, de bouleversement et de désordre* » (J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, pp. 71-72).

de la rétroactivité de la loi n'a été sérieusement envisagée. De l'aveu même de ses détracteurs, la rétroactivité peut s'avérer utile¹⁶³¹, à condition toutefois d'être utilisée avec parcimonie et d'être contenue dans des limites strictement définies.

Ni totalement acceptée, ni totalement rejetée, la rétroactivité tient une place ambiguë parmi les différents modes d'action dans le temps de la loi. En effet, la rétroactivité de la loi ne dispose pas d'un statut juridique clairement déterminé. D'un côté, la règle de la non-rétroactivité de la loi n'a jamais été constitutionnalisée, ce qui empêche de considérer que la rétroactivité est reléguée à un statut d'exception. De l'autre, la rétroactivité de la loi n'a jamais été totalement autorisée, ce qui empêche de la faire accéder, au moins partiellement, au rang de principe¹⁶³². Loin de traduire un choix entre prohibition générale et autorisation totale, c'est une solution de compromis que traduit le droit positif. D'abord, la rétroactivité de la loi n'est pas prohibée en principe, sauf en matière pénale. Ensuite, en dehors de ce domaine, le législateur est libre de recourir à la rétroactivité. Cependant, la rétroactivité de la loi, même si elle est autorisée, est loin de pouvoir être utilisée sans restriction. En effet, en tant qu'elle porte atteinte aux droits et libertés, ainsi qu'à l'exigence de sécurité juridique, la loi rétroactive fait l'objet d'un encadrement de plus en plus strict de la part des jurisprudences constitutionnelle et européenne.

En l'absence de statut clairement défini, la place de la rétroactivité de la loi ne peut se déduire directement d'un texte ou d'un ensemble de principes qui organiserait, de manière générale et positive, les conditions ou les modalités de sa mise en œuvre. C'est le principe de non-rétroactivité, seul à avoir été expressément consacré dans les textes et en jurisprudence, qui permet, par un jeu de miroir, de déterminer la place que la rétroactivité de la loi tient en droit public français. Cette dernière se déduit de l'évaluation de la faiblesse de la non-rétroactivité en matière législative, à une exception près qui concerne la matière pénale.

Le principe de non-rétroactivité de la loi a été posé par l'article 2 du code civil. Disposant d'une valeur au mieux législative, cette disposition n'a jamais été regardée comme consacrant une règle impérative s'imposant au législateur, mais comme une simple directive d'interprétation s'adressant aux organes d'application de la loi. Ainsi, les juges ordinaires se sont fondés sur l'article 2 du code civil pour soumettre à un principe d'interprétation stricte les dispositions législatives rétroactives. En revanche, du moment que le législateur manifeste expressément sa volonté de conférer un effet rétroactif à la loi, l'article 2 du code civil ne saurait lui être opposé et les juges ordinaires seront tenus de l'appliquer aux situations antérieurement constituées.

De son côté, la jurisprudence constitutionnelle a constamment dénié toute valeur constitutionnelle au principe de non-rétroactivité, sauf en matière pénale. Le Conseil constitutionnel a, en effet, érigé en principe à valeur constitutionnelle la non-rétroactivité de la loi répressive de fond à partir des dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lorsque celle-ci s'avère plus sévère pour son destinataire que la loi précédente. À l'inverse, et de manière tout à fait exceptionnelle, les Sages de la rue Montpensier ont également posé la seule règle autorisant la rétroactivité de la loi nouvelle en déduisant des mêmes dispositions, le principe de la rétroactivité *in*

¹⁶³¹ G. A. BORDA, « Portée et limitation du droit transitoire », in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, t. I, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 75, spéc. p. 80 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 66, n° 70.

¹⁶³² Cf. dans le même sens, S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 1, 2001, p. 556 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 728, n° 928 ; J. PETIT, thèse préc., p. 58, n° 120.

mitius. Si la loi répressive de fond nouvelle s'avère plus favorable que la loi ancienne, elle bénéficie de plein droit et avec effet rétroactif à son destinataire.

En dehors de la matière pénale, on aurait pu croire que le pouvoir de rétroactivité du législateur souverain. Loin s'en faut. Le développement parallèle, voire concurrent, des contentieux constitutionnel et européen des droits fondamentaux est venu contrarier fortement la liberté d'action du législateur, au nom de la garantie des droits. L'emploi de ce procédé a été progressivement soumis à toute une série d'exigences qui constituent autant de « bornes » imposées au pouvoir législatif de rétroactivité. Elles sont globalement orientées dans deux directions. D'un côté, il s'agit d'offrir à certaines situations une protection temporelle contre une éventuelle remise en cause ultérieure de la part du législateur. En d'autres termes, c'est la stabilité des situations juridiques, à travers l'exigence de sécurité juridique prise dans ses diverses dimensions, qui est opposée à la rétroactivité de la loi. De l'autre, il s'agit de garantir certains droits fondamentaux, tels le droit à un procès équitable ou de propriété, contre les atteintes que pourrait leur porter la puissance publique. Bien que ces droits et libertés n'entretiennent qu'un rapport indirect avec la question de l'application de la loi dans le temps, leur préservation implique nécessairement une certaine résistance temporelle face à la volonté du législateur. C'est à l'aune de l'intérêt général qu'un équilibre est recherché entre le respect de la liberté du législateur de recourir à la rétroactivité de la loi et la nécessité de sauvegarder les droits et libertés fondamentaux.

Au-delà de ces points communs, chaque système a ses propres exigences et poursuit ses propres objectifs. S'il se recoupe partiellement, le champ d'application du droit constitutionnel français, du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas le même.

Il s'ensuit qu'il n'existe pas un ensemble de principes ou d'exigences homogènes permettant d'établir un statut général de la rétroactivité de la loi. D'un côté, elle dispose d'un statut clairement défini dans le domaine répressif. De l'autre, la loi rétroactive non répressive est encadrée par un ensemble de « garde-fous » posés à différents titres par les jurisprudences constitutionnelle et européenne. Les contraintes pesant sur l'action sur le passé du législateur résultent de couches successivement apportées par chaque jurisprudence, dont seules la conjonction et la superposition permettent d'offrir une vue d'ensemble de la place occupée par la rétroactivité de la loi non répressive. Au total, le statut de la rétroactivité de la loi en droit public français est à géométrie variable selon le domaine concerné.

448. Plan du Chapitre. De ce qui précède, il ressort que la rétroactivité de la loi ne bénéficie pas d'un statut homogène en droit public français. En l'absence de principes gouvernant le phénomène dans son ensemble, c'est l'approche sectorielle qui paraît la mieux à même de rendre compte du statut à géométrie variable que connaît la rétroactivité de la loi. Dans la matière répressive, les principes dégagés par la jurisprudence constitutionnelle offre un statut complet à la rétroactivité de la loi (section 1). En dehors de ce domaine, c'est la liberté du législateur d'user de ce procédé qui prévaut. Seulement, l'exercice de cette liberté est encadré par un ensemble d'exigences constitué par diverses « strates jurisprudentielles »¹⁶³³ (section 2).

¹⁶³³ Selon la formule de J.-P. CAMBY, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *RDP*, 2000, n° 3, p. 611, spéc. p. 612.

Section 1 : Le statut constitutionnel de la rétroactivité de la loi en matière répressive

449. Introduction et plan. Les rapports entre droit public et droit pénal sont anciens. Ils sont néanmoins longtemps restés limités à la compétence reconnue au juge administratif en matière répressive¹⁶³⁴. Pour l'essentiel, cette compétence se limitait à la matière des contraventions de grande voirie, laquelle n'a, de surcroît, pas toujours relevé du domaine de la loi¹⁶³⁵. Et encore, le rattachement de ce contentieux à la justice pénale a été contesté par une partie de la doctrine de droit public, au motif que la contravention de grande voirie « n'a pas pour objet d'infliger des peines à des délinquants ; elle se préoccupe beaucoup plus des choses que des personnes »¹⁶³⁶. Ainsi la doctrine s'est-elle longtemps partagée entre les tenants de la nature mixte et les tenants de la nature pénale de la répression des contraventions de grande voirie¹⁶³⁷. Si cette discussion n'a plus guère d'intérêt en l'état actuel du droit positif, compte tenu des évolutions ultérieures intervenues en la matière¹⁶³⁸, elle illustre néanmoins les rapports marginaux qu'entretenaient le droit public avec le droit pénal et le bouleversement qu'a constitué l'application au premier d'une partie des principes régissant le second¹⁶³⁹.

L'étude de l'émergence d'un « droit public répressif » et de ses multiples implications en droit positif dépasse de loin le cadre des présents développements. On se permettra donc de renvoyer aux nombreuses études déjà menées sur les rapports pénaux droit public et droit pénal¹⁶⁴⁰. Tout au plus peut-on

¹⁶³⁴ Sauf à considérer, comme que le droit pénal constitue matériellement une branche du droit public, dès lors qu'il met en jeu les relations entre l'État et les particuliers. Pour une discussion, voir notamment P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 21^e éd., 2008, p. 14, n° 31 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 16^e éd., 2009, p. 15, n° 35 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Paris, éd. Cujas, 7^e éd., 1997, p. 215, n° 146 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 66, n° 76 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 25, n° 31.

¹⁶³⁵ Cette réglementation est désormais reprise à l'art. L. 2132-2 du CGPPP. Sur la question, voir É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc., t. I, p. 20 et t. II, p. 630. Un autre point de rencontre entre les deux matières peut être identifié dans le régime des sanctions pénales pour inexécution des règlements de police (art. R. 26, 15^e de l'ancien Code pénal abrogé par l'art. 9 du décret n° 93-726 du 29 mars 1993, portant réforme du code pénal, JORF n° 75 du 29 mars 1993, p. 5559), repris par l'article R. 610-5 du nouveau Code pénal. De surcroît, ces règlements peuvent, en vertu de l'article 111-3 du même code, prévoir eux-mêmes qu'ils seront assortis de peines contraventionnelles (sur ce point, cf. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, préc., t. I, p. 644, n° 1360 ; J. MOREAU, *Droit administratif*, préc., p. 215, n° 153). Pour d'autres ex., cf. J. MOURGEON, thèse préc., p. 346, n° 244). Sur la question, voir, en dernier lieu, S. NIQUÈGE (dir.), *L'infraction pénale en droit public*, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèque de droit, 2010.

¹⁶³⁶ Cf., notamment, R. ODENT, *Contentieux administratif*, préc., t. II, p. 707. Pour une opinion contraire, cf. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 250, n° 271.

¹⁶³⁷ Cf., en faveur de la nature mixte, J. MOURGEON, thèse préc., p. 172, n° 121 et p. 191, n° 132 ; ; P. GÉLARD, « Le caractère mixte de la contravention de grande voirie », *AJDA*, 1967, I, p. 140. Cf., en faveur de la nature pénale M. WALINE, note sous CE, 1^{er} mars 1967, *Demoiselle Lescot*, req. n° 69.375, Rec., p. 102, *RDP*, 1968, n° 1, p. 175, spéc. p. 176. La jurisprudence a pu, un temps, entretenir le doute sur ce point (cf., respectivement, CE, 22 juin 1987, *Secrétaire d'État auprès du Ministre des Transports, chargé de la Mer c/ M. Rognant*, req. n° 50.787, Rec., T., p. 727, *AJDA*, 1988, n° 1, p. 60, obs. X. PRÉTOT ; Sect., Avis, 23 avril 1997, *Préfet de la Manche c/ Société Nouvelle Henry*, req. n° 183.689 et 183.970 (2 esp.), Rec., p. 153 et 155, *Dr. adm.*, 1997, n° 6, p. 12, note C. LAVIALLE, *Quot. Jur.*, 17 juillet 1997, n° 55, p. 2, *RFDA*, 1997, n° 3, p. 659).

¹⁶³⁸ Quelle que soit leur nature, les contraventions de grande voirie relèvent de la matière pénale et, par conséquent, se voient appliquer les principes la régissant (R. CHAPUS, *loc. cit.* ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 604, n° 765). Du reste, elles sont, de longue date, soumises au respect du principe de non-rétroactivité (CE, 8 avril 1847, *Compagnie du chemin de fer de Paris à Rouen*, Rec., p. 180).

¹⁶³⁹ Les deux droits restent néanmoins distincts, dès lors que la fonction de rétribution qui caractérise la répression pénale la distingue de tout autre forme d'action répressive (G. DELLIS, thèse préc., p. 42, n° 65).

¹⁶⁴⁰ R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles Bruylant, coll. Centre d'études constitutionnelles et administratives, n° 29, 2007 ; Association internationale de droit pénal, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal », *RIDP*, 1988, p. 1 ; J.-C. BONICHOT, « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2001, n° spéc., p. 73 ; Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Paris, La Documentation française, 1995 ; J.-L. de CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Droit administratif, Mélanges R. CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 103 ; H.-M. CRUCIS, « Sanctions administratives », *J.-Cl.*

brièvement rappeler que c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui, la première, a découvert la « matière pénale » et a soumis une partie de l'action publique au respect de certains principes relevant jusqu'alors exclusivement du droit pénal en droit français¹⁶⁴¹.

De son côté, le Conseil constitutionnel a, dans un premier temps, refusé de soumettre les lois intervenant en dehors du « domaine pénal » aux principes qui la régissent et, en particulier, au principe de non-rétroactivité¹⁶⁴². Il est ensuite revenu sur cette position pour progressivement faire entrer l'ensemble des règles applicables aux sanctions administratives présentant le caractère d'une punition¹⁶⁴³ au sein de la « matière répressive ». Se fondant sur une lecture libérale de l'article 8 de la Déclaration de 1789, la jurisprudence constitutionnelle a assimilé le droit pénal et le droit public répressif et en a tiré les conséquences du point de vue de leur application dans le temps¹⁶⁴⁴.

Il ne s'est pas agi pour le Conseil d'opérer une transposition des principes applicables en droit pénal vers le droit public, ce qui aurait signifié une nécessaire adaptation des premiers aux spécificités du second. En rattachant à un fondement unique les principes du droit pénal et ceux du droit public répressif émergent, les Sages de la rue Montpensier ont réalisé une véritable opération de « réception », si bien qu'il faut considérer que lesdits principes constituent un fonds commun applicable à toute forme de répression¹⁶⁴⁵.

Parmi ces principes réceptionnés en droit public et qui, en tant que tels, s'imposent désormais à l'action répressive menée par les autorités publiques, deux intéressent plus particulièrement l'action sur

adm., fasc. 108-40, 1999, p. 7, n° 20 ; J.-F. DAVIGNON, « Quelle place pour la répression administrative dans notre ordonnancement juridique ? », *LPA*, 1997, n° 83, p. 5 ; G. DELLIS, thèse préc. ; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992 ; M. DOBKINE, « L'ordre répressif administratif », *D.*, 1993, chr., p. 158 ; M. LEFFONDRE, *Recherche sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, thèse Caen, 1973 ; J. KLUGER, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Rev. Sc. Crim.*, 1995, p. 505 ; F. MODERNE, *op. cit.* et « Les sanctions administratives au confluent du droit interne et des droits européens », *RFDA*, 1997, n° 1, p. 1 ; S. NIQUÈGE, *Juge administratif et droit pénal*, thèse dactyl., Pau, 2007 ; A. SAILLARD, *L'appropriation des règles pénales par le juge administratif répressif*, thèse dactyl., Orléans, 2000 ; J.-H. ROBERT, « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », *AJDA*, 2001, n° spéc., p. 90 ; M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000.

¹⁶⁴¹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel e.a. c/ Pays-Bas*, Série A, n° 22 ; 21 février 1984, *Öztürk c/ RFA*, Série A, n° 73 ; 24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, Série A, n° 284 ; 9 février 1995, *Welch* ; 8 juin 1995, *Jamil c/ France* ; 24 septembre 1997, *Garyfallou Aebe c/ Grèce* ; 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c/ France* ; 21 mars 2006, *Valico c/ Italie* ; 11 janvier 2007, *Mamidakis*. On sait que la notion de droit pénal au sens des articles 6, § 1 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas la même signification qu'en droit interne (R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 102, n° 92 ; Groupement de recherche des droits de l'homme et logiques juridiques, « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *Rev. Sc. Crim.*, 1987, p. 819 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 322, n° 238 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Paris, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 57).

¹⁶⁴² C.Const., déc. n° 79-109 DC, 9 janvier 1980, préc., cons. 7 ; déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 380-119 ; déc. n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, *Loi de finances pour 1981*, cons. 7 et 8, Rec., p. 53, *Pouvoirs*, 1981, n° 17, p. 210, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RGDIP*, 1981, p. 601, chr. E. DECAUX, *D.*, 1981, IR, p. 359, obs. L. HAMON, *Rev. adm.*, 1981, p. 143, note M. de VILLIERS.

¹⁶⁴³ Cf., en dernier lieu, J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. Const.*, 2009, n° 26, spéc. n° 15.

¹⁶⁴⁴ C.Const., déc. n° 82-155 DC, préc., cons. 33 ; déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 5 ; déc. n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 12, Rec., p. 63, *AIJC*, 1987, p. 578, chr. B. GENEVOIS, *DF*, 1988, p. 1228, note L. PHILIP, *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 174, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Rev. adm.*, 1988, p. 136, note T. LAMBERT, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399, chr. L. FAVOREU, *RFDA*, 1988, n° 2, p. 350, note B. GENEVOIS ; déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, préc., cons. 36 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 88 ; déc. n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*, cons. 55-56, Rec., p. 95, *AJDA*, 1991, n° 6, p. 475, note X. PRÉTOT, *DF*, 1991, p. 612, note L. PHILIP, *Dr. soc.*, 1991, n° 4, p. 338, note X. PRÉTOT, *JCP G*, 1991, I, 3522, note F. QUEROL, *LPA*, 1991, n° 17, p. 15, note J.-P. CHAUMONT, *Pouvoirs*, 1991, n° 57, p. 183, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDC*, 1991, n° 5, p. 136, note L. PHILIP et p. 145, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, préc., cons. 25 et 26 ; déc. n° 92-311 DC, 29 juillet 1992, préc., cons. 4 et 5 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, cons. 8, Rec., p. 168, *AIJC*, 1999, p. 597, chr. S. de CACQUERAY, *AJDA*, 2000, n° 1, p. 43, chr. J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 28 juillet 2000, n° 150, p. 31, chr. B. MATHIEU et S. AIVAZZADEH-BARRÉ, *RFDA*, 2000, n° 2, p. 289, note B. MATHIEU, *RFDC*, 2000, p. 137, note L. PHILIP, *RJF*, 2000, n° 2, p. 90, note E. MIGNON.

¹⁶⁴⁵ G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 184, 1997, pp. 18-19, n° 31. Voir également, F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle : Contribution à l'étude du "jus puniendi" de l'État dans les démocraties contemporaines*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1993.

le passé de la loi. Le premier pose une interdiction de principe de la rétroactivité de la loi, lorsqu'elle emporte des conséquences plus sévères que la précédente sur la situation du délinquant. Le second autorise, à l'inverse, l'application rétroactive de la loi nouvelle aux situations antérieurement constituées, dès lors qu'elle s'avère plus favorable que l'ancienne pour son destinataire.

À eux deux, ces principes organisent, de manière positive, l'effet dans le temps de la loi en matière répressive. En tant que tels, ils sont sans équivalent dans les autres domaines dans lesquels le législateur détermine les règles qui régissent l'action des autorités publiques. En acceptant d'appliquer à l'ensemble des règles répressives le principe de non-rétroactivité (§ 1), ainsi que celui de la rétroactivité *in mitius* (§ 2), la jurisprudence constitutionnelle a attribué un statut clairement défini à la rétroactivité de la loi en cette matière. C'est dire qu'en droit public répressif, la rétroactivité de la loi bénéficie d'un statut constitutionnel.

§ 1 : L'interdiction de faire rétroagir la loi répressive plus sévère

450. Le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère constitue un corollaire du principe fondamental de la légalité des délits et des peines, tel qu'il a été proclamé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en son article 8. En prescrivant que toute punition doit obligatoirement résulter d'une loi publiée antérieurement à la commission des faits délictueux, le principe de légalité interdit toute rétroactivité en matière pénale.

C'est sur ce fondement textuel que le principe de non-rétroactivité a acquis valeur constitutionnelle en matière pénale¹⁶⁴⁶. Cette constitutionnalisation a contribué à renforcer le statut d'un principe déjà consacré expressément par plusieurs textes internationaux¹⁶⁴⁷. Peu de temps après, la Cour de Justice l'a, à son tour, élevé au rang de principe général du droit de l'Union européenne¹⁶⁴⁸. Il figure désormais à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En droit interne, ce principe a connu une expansion remarquable à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel. À partir de l'impulsion donnée par la jurisprudence de la Cour européenne, la Haute instance a progressivement étendu le champ d'application des principes régissant la matière pénale à l'ensemble des sanctions ayant le caractère d'une punition, ce qui a eu pour conséquence de rendre applicable le principe de non-rétroactivité au droit public. Ainsi, le principe a valeur

¹⁶⁴⁶ C.Const., déc. n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, préc., cons. 8 ; déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 32 et 33. Sur cette évolution, voir L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'A. VITU*, Paris, Cujas, 1989, p. 169.

¹⁶⁴⁷ Qu'il s'agisse des stipulations de l'alinéa 2 de l'art. 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, de celles du paragraphe 1^{er} de l'art. 15 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 (TA Strasbourg, 8 décembre 1994, *Simon*, *RJF*, 1996, n° 73, *RUDH*, 1995, p. 120, concl. LOUIS, note G. COHEN-JONATHAN) ou de celles de l'art. 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (CE, 21 avril 1997, *O'Callaghan*, req. n° 176.889, Rec., T., p. 816 ; 18 février 2002, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ M. et Mme Cherrier*, req. n° 192.808 et 192.946, *RJF*, 2002, n° 537, *BDCF*, 2002, n° 64, concl. G. GOULARD, *RDF*, 2002, n° 578 ; 12 décembre 2007, *Section française de l'observatoire international des prisons*, req. n° 293.993, Rec., T., p. 653, *AJDP*, 2008, n° 3, p. 131, note M. HERZOG-EVANS, *RFDA*, 2008, n° 4, p. 750, chr. J. ANRIANTSIMBAZOVINA et L. SERMET et n° 5, p. 999, note L. DE GRAËVE).

¹⁶⁴⁸ CJCE, 10 juillet 1984, *Regina c/ Kent Kirk*, aff. 63/83, Rec., p. 2689, pt. 22 ; 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, aff. 80/86, Rec. p. 3969, pts. 12 et 13 ; 15 juillet 2004, *Gereken et Procola*, aff. C-459/02, Rec., I, p. 7315, pt. 35 ; 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03, Rec., I, p. 5285, pt. 44 ; 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri et autres c/ Commission*, aff. C-189/02 P, Rec., I, p. 5564, pt. 202 ; 18 mai 2006, *Archer Daniels Midland et autre c/ Commission*, aff. C-397/03 P, Rec., I, p. 4491, pt. 18 ; 4 juillet 2006, *Adeneler et autres*, aff. C-212/04 Rec., I, p. 6057, pt. 110 ; 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, Rec., I, p. 1331 ; 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, Rec., I, p. 2483, pt. 100 ; V. TRSTENJAK, concl. sur CJCE, 15 mai 2008, *Archer Daniels Midland Co. c/ Commission*, aff. C-510/06 P, Rec., I, p. 1843, pt. 78.

constitutionnelle de non-rétroactivité s'impose au législateur lorsqu'il intervient pour organiser l'action répressive des autorités publiques.

La portée du principe de non-rétroactivité est particulièrement large en droit public, puisqu'elle s'étend à l'ensemble des lois qui déterminent les règles relatives aux sanctions fiscales, à la plupart des sanctions administratives, voire même à une partie des sanctions disciplinaires. De même, son domaine est strictement délimité. La prohibition de la rétroactivité en matière répressive ne s'adresse qu'aux lois édictant des règles de fond et ne trouve à s'appliquer que dans la mesure où la loi nouvelle s'avère plus sévère pour ses destinataires que ne l'était la loi ancienne. Néanmoins, ces différents critères ne sont pas toujours aisés à apprécier en pratique, de même que la mise en œuvre du principe rencontre elle-même divers obstacles, dont le principal réside dans la théorie de la « loi-écran ».

Ainsi, si la valeur constitutionnelle du principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère est certaine (I), sa portée l'est beaucoup moins en droit public (II).

I – LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DU PRINCIPE DE NON-RETROACTIVITE DE LA LOI REPRESSIVE PLUS SEVERE

451. Véritable clé de voûte du système pénal français depuis la Révolution française¹⁶⁴⁹, le principe fondamental de la légalité des délits et des peines a, notamment, pour corollaire la limitation de l'application de la loi pénale dans le temps¹⁶⁵⁰. En disposant que « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* », l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacre la non-rétroactivité de la règle répressive plus sévère et entend protéger le citoyen contre l'arbitraire du pouvoir¹⁶⁵¹. Il lui est fait interdiction d'incriminer et de sanctionner des comportements qui n'étaient pas répréhensibles au moment où ils ont été adoptés. Il en résulte que la loi ne peut prendre effet qu'à compter d'une date postérieure à celle de sa publication, lorsqu'elle comporte des dispositions d'une telle nature. Son entrée en vigueur doit donc précéder les faits qu'elle a pour objet de régir. La prohibition de la rétroactivité de la loi répressive plus sévère a, par la suite, été réaffirmée de manière expresse dans les versions successives du Code pénal¹⁶⁵².

Autant la question de l'utilité d'un tel rappel législatif au regard du principe général posé par l'article 2 du code civil aurait pu être posée à une époque où la valeur, ainsi que la portée normative, de

¹⁶⁴⁹ Formulé sous la forme de l'adage *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (C. B. BECCARIA, *Traité de délits et des peines*, 1764, Paris, éd. Cujas, trad. L. KHAIAT, 1966, p.), ce principe figure désormais à l'art. L. 111-3 du nouveau Code pénal. Pour un historique, cf. J.-M. CARBASSE, « Légalité des délits et des peines », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrigue Lamy-PUF, 2003, p. 920 et *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, coll. Droit Fondamental, 2^e éd., 2006, p. 442, n° 241 ; F. DESPORTES et F. LE GUNÉHEC, *op. cit.*, p. 146, n° 209 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, p. 337 et s., n° 249 et s. ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 112, n° 87 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 69 et s., n° 80 et s., spéc. p. 109, n° 129 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 443, n° 87 et s.

¹⁶⁵⁰ Selon la formule de Portalis, « *la loi qui sert de titre à l'accusation doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse* ». Voir également P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 231 et s. ; F. DESPORTES et F. LE GUNÉHEC, *op. cit.*, p. 220, n° 273 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, Paris, éd. Cujas, 7^e éd., 1997, p. 341, n° 252 ; J. MOURGEON, *loc. cit.* ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 173, n° 205 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 145 ; B. BOULOC, *op. cit.*, p. 148, n° 155 ; P. ROUBIER, *loc. cit.*

¹⁶⁵¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 460, n° 89 ; R. MERLE et A. VITU, *loc. cit.* Cf., par ex., C.Const., déc. n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, préc., cons. 15.

¹⁶⁵² Ainsi, l'article 4 de l'ancien Code pénal français de 1810 disposait lui-même que « *nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis des peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis* ». Ce principe figure désormais à l'article 112-1 de l'actuel Code pénal, en vertu duquel « *sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date* ».

la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen étaient encore en question¹⁶⁵³, autant ce débat semble dépassé depuis que le Conseil constitutionnel a précisé l'une et l'autre¹⁶⁵⁴. Il ne fait aucun doute, depuis lors, que le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère, comme l'ensemble des dispositions de la Déclaration de 1789, dispose d'une valeur constitutionnelle et s'impose au législateur. Le juge constitutionnel rappelle constamment dans sa jurisprudence le contenu de l'article 8 de la Déclaration de 1789¹⁶⁵⁵, bien que l'on puisse relever quelques décisions dans lesquelles ils se bornent à renvoyer au principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère¹⁶⁵⁶ qui en est tiré.

En tout état de cause, seule une disposition expresse de valeur constitutionnelle permettrait au législateur de déroger à ce principe constitutionnellement protégé et, ce faisant, à une loi répressive plus sévère de régir des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur¹⁶⁵⁷.

Si la valeur du principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère est certaine, sa portée continue de susciter quelques interrogations, particulièrement en droit public.

¹⁶⁵³ Cf., par ex., P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 450, n° 88 et p. 460, n° 89. Pour un rappel du débat sur la valeur et la portée du Préambule de la Constitution, cf. *GDCC*, n° 6, p. 54, n° 7, G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, Thémis droit, 5^e éd., 1973, p. 270.

¹⁶⁵⁴ En conférant une pleine portée normative, ainsi qu'une valeur constitutionnelle, aux préambules de la Constitution du 27 octobre 1946 et de la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel a, par effet de ricochet, conférer l'une et l'autre à l'ensemble des textes et principes auxquels les deux préambules renvoient explicitement et parmi lesquels figure bien évidemment la Déclaration de 1789 (cf., à l'égard de la loi, C.Const., déc. n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi relative au contrat d'association*, Rec., p. 29, *GDCC*, n° 6, *AJJC*, 1991, p. 77, chr. F. LUCHAIRE, *AJDA*, 1971, n° 10, p. 537, note J. RIVERO, *D.*, 1974, p. 83, chr. L. HAMON, *RDP*, 1971, n° 6, p. 1171, note J.-H. ROBERT ; à l'égard d'un traité, C.Const., déc. n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité des Communautés européennes*, Rec., p. 15, *JCP G*, 1970, I, 2354, note D. RUZIE, *RGDIP*, 1971, p. 239, note C. ROUSSEAU, *RDP*, 1971, n° 1, p. 171, note C. ÉMÉRI et J.-C. GAUTRON).

¹⁶⁵⁵ C.Const., déc. n° 79-109 DC, 9 janvier 1980, préc., cons. 7 ; déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 32 ; n° 86-215 DC, 3 septembre 1986, préc., cons. 22 et 23 ; déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, préc., cons. 34 et 35 ; déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, préc., cons. 24, 25 et 37 ; déc. n° 92-311 DC, 29 juillet 1992, préc., cons. 4 ; déc. n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme*, cons. 7 et 8, Rec., p. 87, *AJDA*, 1996, n° 9, p. 693, note O. SCHRAMECK et C. TEITGEN-COLLY et 1997, n° 1, p. 86, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *D.*, 1997, J., p. 69, note B. MERCUZO et 1998, SC, p. 147 et 154, obs. T. S. RENOUX, *Gaz. Pal.*, 26 Février 1997, p. 2, note D. RICHARD, *JCP G*, 1996, II, 22709, note N. NGUYEN VAN TUONG, *LPA*, 29 novembre 1996, n° 144, p. 5, chr. B. MATHIEU, *RDP*, 1997, n° 1, p. 59, chr. D. ROUSSEAU et n° 5, p. 1245, note F. LUCHAIRE, *RFDA*, 1997, n° 3, p. 538, note P.-É. SPITZ, *RFDC*, 1996, n° 28, p. 806, note T. S. RENOUX ; déc. n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, cons. 10 et 11, Rec., p. 487, *AJJC*, 2003, p. 730, chr. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et G. SCHMITTER, *D.*, 2004, n° 18, p. 1276, note D. RIBES, *RDF*, 2004, n° 17, p. 782, chr. L. PHILIP, *LPA*, 24 février 2004, n° 39, p. 3 et 25 février 2004, n° 40, p. 12, chr. J.-É. SCHOETTL et 27 décembre 2004, n° 258, p. 16, note L. BAGHESTANI-PERREY, *RFDC*, 2004, n° 57, p. 121, note L. PHILIP ; déc. n° 2005-527 DC, 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, cons. 12, Rec., p. 153, *AJJC*, 2005, p. 571, chr. G. SCHMITTER, *Gaz. Pal.*, 18-20 décembre 2005, n° 352-354, p. 9, note J.-É. SCHOETTL, *RFDC*, 2006, n° 66, p. 348, chr. S. NICOT.

¹⁶⁵⁶ Le plus souvent, celui-ci prend le soin de se référer à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (C.Const., déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 39 ; déc. n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, préc., cons. 55 ; déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, cons. 5, Rec., p. 315, *AJDA*, 1999, n° 1, p. 22, chr. J.-É. SCHOETTL, *D.*, 2000, SC, p. 63, obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Dr. soc.*, 1999, p. 21, note R. PELLET, *Gaz. Pal.*, 29 juin 1999, p. 23 ou 940, note C. LEPAGE-JESSUA, *JCP G*, 1999, I, 117, note X. PRÉTOT et II, 10046, note G. GUIHEUX, *LPA*, 2 août 1999, n° 152, p. 18, chr. S. AIVAZZADEH-BARRÉ et B. MATHIEU, *RFDA*, 1999, n° 1, p. 89, note B. MATHIEU, *RFDC*, 1999, p. 123, note F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN), mais ce n'est pas toujours le cas (C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 3 ; déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale*, cons. 14, Rec., p. 21, *D.*, 1995, SC, p. 293, obs. É. OLIVA, *LPA*, 29 mars 1995, n° 38, p. 7, chr. B. MATHIEU, *Pouvoirs*, 1994, n° 70, p. 219, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDC*, 1994, n° 19, p. 545, note P. GAÏA ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 8 ; également, s'agissant d'un accord international, C.Const., déc. n° 2006-541 DC, 28 septembre 2006, *Accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens (Accord de Londres)*, cons. 11, Rec., p. 102, *D.*, 2007, n° 2, p. 120, note M. VERPEAUX et n° 27, p. 1919, note J. FOYER, *LPA*, 25 octobre 2006, n° 213, p. 10, note J.-É. SCHOETTL, *RFDC*, 2007, n° 70, p. 298, note V. BERTILE).

¹⁶⁵⁷ Cf., par ex., l'art. 68-1 de la Constitution introduit par l'art. 4 de la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 (JORF n° 172 du 28 juillet 1993, p. 10600), relatif aux infractions relevant de la compétence de la Cour de Justice de la République, devenu l'art. 68-3, tel qu'ajouté par l'art. 10 de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 (JORF n° 181 du 5 août 1995, p. 11744).

II – LA PORTEE DU PRINCIPE DE NON-RETROACTIVITE DE LA LOI REPRESSIVE PLUS SEVERE EN DROIT PUBLIC

452. Les principes régissant la matière pénale, dont le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, ont été progressivement rendus applicables par la jurisprudence constitutionnelle aux « sanctions présentant le caractère d'une punition » prononcées par des autorités autres que les juridictions répressives¹⁶⁵⁸. La formulation générale adoptée par la Haute instance permet d'inclure dans le champ d'application du « principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions »¹⁶⁵⁹, non seulement les sanctions prononcées par les juridictions administratives, mais également celles prises par les autorités administratives non juridictionnelles dotées d'un pouvoir de sanction¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁸ C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 33 ; déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, préc., cons. 36 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80 ; déc. n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, préc., cons. 55 à 57 ; déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, préc., cons. 24 ; déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 47 à 49, Rec. p. 224, *GDCC* n° 23, *AJDA*, 1994, n° 2, p. 97, note C. TEITGEN-COLLY, *Dr. soc.*, 1994, n° 1, p. 69, note X. PRÉTOT et J.-J. DUPEYROUX, *LPA*, 9 septembre 1994, n° 108, p. 4, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Pouvoirs*, 1993, n° 68, p. 166, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1994, n° 4, p. 1165, note V. FABRE-ALIBERT, *RFDA*, 1993, n° 5, p. 871, note B. GENEVOIS, *RFDC*, 1993, n° 15, p. 583, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, préc., cons. 30 ; déc. n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, cons. 37, Rec., p. 333, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 118, note J.-É. SCHOETTL, *RDF*, 1998, p. 387, note H. DE FEYDEAU, *LPA*, 22 juin 1998, n° 74, p. 20, chr. B. MATHIEU, M. VERPEAUX et S. V. AIVAZZADEH-BARRÉ, *Procédures*, 1998, n° 4, p. 24, note J.-L. PIERRE et n° 8, p. 4, note P. SCHIELE, *RFDC*, 1998, n° 33, p. 160, note L. PHILIP ; déc. n° 99-424 DC, 29 décembre 1999, cons. 53, *AJJC*, 1999, p. 615, chr. S. de CACQUERAY, *AJDA*, 2000, n° 1, p. 37, note J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 4 mai 2000, n° 89, p. 4, note E. DOUAT et 28 juillet 2000, n° 150, p. 27, chr. S. V. AIVAZZADEH-BARRÉ et M. VERPEAUX, *RDP*, 2000, n° 1, p. 9, note J. BUISSON, *RFDC*, 2000, n° 41, p. 132, chr. L. PHILIP, *RFFP*, 2001, n° 76, p. 261, note D. RIBES ; déc. n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003, préc., cons. 11 ; déc. n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 14, Rec., p. 107, *GDCC* n° 39, *JCP G*, 2009, n° 39, p. 46, note M. VERPEAUX, *LPA*, 24 juin 2009, n° 125, p. 7, note F. CHALTIEL, *RTDCiv.*, 2009, n° 4, p. 754, note T. REVET, *RFDC*, 2010, n° 81, p. 168, note W. BENESSIANO. Sur son refus initial, cf. C.Const., déc. n° 98-78 DC, 22 novembre 1978, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, Rec., p. 33, *JCP G*, 1980, II, 19309, note N. NGUYEN QUOC DINH, *Pouvoirs*, 1979, n° 9, p. 186, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1979, n° 6, p. 1686, chr. L. FAVOREU.

¹⁶⁵⁹ Selon la formule désormais utilisée par le Conseil constitutionnel. Voir, en ce sens, C.Const., déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, *Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française*, cons. 3, Rec., p. 254, *AJDA*, 1997, p. 963, chr. J.-É. SCHOETTL, *D.*, 1998, J., p. 117, note Y. BRARD et 1999, SC, p. 233, obs. A. ROUX, *LPA*, 4 mars 1998, n° 27, p. 16, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX et 17 février 1999, n° 34, p. 12, note M. ENTIOPE, *RDP*, 1998, n° 1, p. 23, F. LUCHAIRE, *RFDA*, 1998, n° 1, p. 148, note B. MATHIEU, *RFDC*, 1998, n° 33, p. 157, note L. PHILIP ; déc. n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, préc., cons. 51 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 8 ; déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, *Loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française*, cons. 3, Rec., p. 80, *AJJC*, 2002, p. 627, chr. W. MASTOR, *D.*, 2002, n° 18, p. 1439, note B. MATHIEU et 2003, n° 16, p. 1069, note L. GAY, *LPA*, 19 février 2002, n° 36, p. 16, note J.-É. SCHOETTL et 25 septembre 2002, n° 192, p. 16, chr. B. MATHIEU, *RDP*, 2002, n° 3, p. 639, chr. D. ROUSSEAU, *RFDC*, 2002, n° 50, p. 385, chr. L. GAY ; déc. n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, préc., cons. 23 ; déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, préc., cons. 31 ; déc. n° 2005-527 DC, 8 décembre 2005, préc., cons. 11 ; déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 19, Rec., p. 129, *JCP G*, 2007 n° 1-2, p. 3, note B. MATHIEU, *LPA*, 2 mars 2007, n° 45, p. 3, note M. DISANT, *RDP*, 2007, n° 2, p. 571, étude J.-P. CAMBY, *RFDA*, 2007, n° 1, p. 134, note J.-É. SCHOETTL, *RFDC*, 2007, n° 72, p. 749, note P. LUPPI, *RFFP*, 2007, n° 97, p. 266, chr. X. PRÉTOT ; déc. n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 35, Rec., p. 138, *LPA*, 8 février 2007, n° 29, p. 37, note J.-É. SCHOETTL, *RFDC*, 2007 n° 72, p. 766, note A. MANGIAVILLANO ; déc. n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 6, Rec., p. 89, *GDCC* n° 36, *JCP G*, 2008, n° 11, p. 4, note B. MATHIEU, *LPA*, 20 mars 2008, n° 58, p. 3, note F. CHALTIEL et 17 juin 2008, n° 121, p. 7, note R. BOUSTA, *Rev. adm.*, 2009, n° 367, p. 36, note F. MALHIÈRE, *RDP*, 2008, n° 5, p. 1381, note C. GHICA-LEMARCHAND, *RFDC*, 2008, n° 76, p. 846, note W. BENESSIANO et L. GAY ; déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, cons. 11, Rec., p. 378, *Dr. Soc.*, 2009, n° 4, p. 450, note V. BERNAUD, *Rev. adm.*, 2009, n° 370, p. 357, note M. DISANT, *RFDC*, 2009, n° 78, p. 332, note A. MANGIAVILLANO, *RFFP*, 2009, n° 107, p. 317, chr. X. PRÉTOT. Avant de retenir finalement cette formule, le Conseil constitutionnel s'est provisoirement référé au principe de non-rétroactivité « des sanctions pénales et des sanctions ayant le caractère d'une punition » (C.Const., déc. n° 96-375 DC, 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 7, Rec., p. 60, *AJDA*, 1996, n° 5, p. 369, note O. SCHRAMECK, *D.*, 1998, SC, p. 150, obs. P. GAÏA, *LPA*, 4 septembre 1996, n° 107, p. 9, chr. B. MATHIEU, *RDP*, 1996, n° 4, p. 1147, note X. PRÉTOT, *RFDC*, 1996, n° 27, p. 598, note P. GAÏA).

¹⁶⁶⁰ C.Const. déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, préc., cons. 36 ; déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, préc., cons. 26 ; 93-325 DC, 13 août 1993, préc. ; 12 août 2004, déc. n° 2004-504 DC, préc. ; déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le*

Ce sont donc l'ensemble des règles régissant la sanction administrative de comportements considérés comme fautifs qui sont entrées dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789¹⁶⁶¹. D'abord, le Conseil constitutionnel a étendu son domaine aux lois relatives aux sanctions fiscales¹⁶⁶². Il a ensuite soumis, plus largement, les règles concernant la plupart des sanctions administratives au respect de ce principe¹⁶⁶³. Le Conseil d'État a poursuivi cette expansion en incluant une partie des sanctions disciplinaires dans le champ d'application du principe de non-rétroactivité.

Si le domaine du principe de non-rétroactivité couvre un nombre grandissant de lois, sa mise en œuvre concrète n'est pas évidente. D'une part, cette dernière est strictement conditionnée à trois critères dont l'appréciation concrète n'est pas aisée en pratique (A). D'autre part, le principe de non-rétroactivité demeure d'une efficacité limitée (B).

A/ La délimitation du champ d'application du principe de non-rétroactivité

453. Le champ d'application du principe de non-rétroactivité de la loi répressive est précisément délimité. Cependant, l'application concrète des critères qui permettent la mise en jeu de la protection des situations antérieurement constituées contre la rétroactivité de la loi nouvelle est parfois difficile. La loi n'est, en effet, soumise à l'interdiction de rétroagir qu'à la condition de remplir trois critères cumulatifs. D'abord, la prohibition de la rétroactivité ne s'applique, en droit public, qu'aux textes poursuivant une finalité répressive ou, plus précisément, punitive (1). Parmi les lois répressives, seules celles qui posent des règles de fond sont concernées par le principe de non-rétroactivité, à l'exclusion des lois de forme et de procédure (2). Enfin, au sein même des lois répressives de fond, la règle de non-rétroactivité ne condamne la loi nouvelle que dans la mesure où elle présente un caractère plus sévère que l'ancienne (3).

logement et la lutte contre l'exclusion, cons. 4, Rec., p. 73, *GDCC* n° 38, *RDF*, 2009, n° 16, p. 39, note L. VALLÉE, *RFDC*, 2010, n° 81, p. 156, note G. LAZAROVA ; déc. n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, préc., cons. 14 ; déc. n° 2009-590 DC, 22 octobre 2009, préc., cons. 22.

¹⁶⁶¹ T. BOMBOIS et D. DÉOM, « La définition de la sanction administrative », in R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 27 et s. ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., p. 933 ; M. GUYOMAR, « La sanction administrative », *LPA*, 12 janvier 2006, n° 9, p. 7 ; J.-M. SAUVÉ, « Les sanctions administratives en droit public français », *AJDA*, 2001, n° spéc., p. 16. Sur les principes applicables au prononcé d'une sanction par une autorité administrative, cf., par ex., C.Const., déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, préc., cons. 33 à 39 ; déc. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, préc., cons. 6 ; déc. n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, Rec., p. 99, cons. 15, *AJDA*, 1996, n° 9, p. 694, note O. SCHRAMECK, *CFP*, 1996, n° 149, p. 7, note O. SCHRAMECK, *D.*, 1998, SC, p. 146, obs. J. TRÉMEAU, *LPA*, 11 juin 1997, n° 70, p. 16, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDA*, 1996, n° 5, p. 909, note J. CHEVALLIER, *RFDC*, 1996, n° 28, p. 823, note J. TRÉMEAU ; déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, préc., cons. 30 ; CE, 21 juin 1997, *Ministre d'État, Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c/ SARL Le Koutouri*, req. n° 150.747, *RFDA*, 1997, n° 4, p. 892 ; C.Const., déc. n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication*, cons. 50, Rec., p. 121, *AJJC*, 2000, p. 695, chr. J.-C. CAR, *Gaz. Pal.*, 8-9 septembre 2000, n° 252, p. 19, note E. JEZ et F.-J. PANSIER et 27 et 28 octobre 2000, n° 301, p. 26, note A. BENSOUSSAN et P. NOGUIER, *LPA*, 31 juillet 2000 n° 151, p. 12, note J.-É. SCHOETTL et 18 décembre 2000, n° 251, p. 15, note L. BAGHESTANI-PERREY, *D.*, 2001, n° 4, p. 322, note A. LEPAGE et n° 23, SC, p. 1838, obs. N. JACQUINOT, *RFDC*, 2001, n° 45, p. 86, chr. N. JACQUINOT ; déc. n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 36, Rec., p. 50, *AJDA*, 2006, n° 35, p. 1961, note C. GESLOT, *Dr. soc.*, 2006, n° 5, p. 494, note X. PRÉTOT, *JCP G*, 2006, n° 16, p. 809, note G. DRAGO, *LPA*, 5 avril 2006, n° 68, p. 3 et 6 avril 2006, n° 69, p. 3, notes J.-É. SCHOETTL, 13 avril 2006, n° 74, p. 4, note B. MATHIEU et 16 mai 2006, n° 97, p. 4, obs. J. VIGUIER, *RDP*, 2006, n° 3, p. 769, obs. J.-P. CAMBY, *RFDC*, 2006, n° 67, p. 585, note V. OGIER-BERNAUD.

¹⁶⁶² C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 34 ; déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 5 ; déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 17 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80 et 81 ; déc. n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, préc. ; déc. n° 99-424 DC, 29 décembre 1999, préc. ; déc. n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003, préc., cons. 12. Sur son refus initial, cf. C.Const., déc. n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, cons. 7 et 8.

¹⁶⁶³ C.Const., déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, préc., cons. 35 et 36 ; déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, préc., cons. 26 et 27 ; déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, préc., cons. 46 à 48 ; déc. n° 2004-504 DC, 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 24, Rec., p. 153, *AJJC*, 2004, p. 662, chr. H. ALCARAZ, É. CARPENTIER, L. GAY et G. SCHMITTER, *LPA*, 15 septembre 2004, n° 185, p. 6, note J.-É. SCHOETTL et 14 décembre 2005, n° 248, p. 6, chr. A.-L. VALEMBOSIS. Cf., également, *a contrario*, C.Const., déc. n° 92-311 DC, 25 juillet 1992, préc., cons. 5. Pour un ex. en matière administrative, voir CE, 2 novembre 2005, *Gouverneur*, req. n° 267.143, Rec., T., p. 1063.

1°) L'identification du caractère répressif de la règle de droit

454. L'identification des règles de droit public ayant un caractère répressif repose sur la notion de sanction¹⁶⁶⁴. Au sein de cette catégorie hétérogène, seules sont *a priori* concernées par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, les sanctions qui présentent le caractère d'une punition au sens de la jurisprudence constitutionnelle. Selon M. Degoffe, deux critères permettent de distinguer la sanction de la punition. D'une part, le domaine de la punition est celui de l'exercice d'une liberté, alors que celui de la sanction *lato sensu* inclut l'insertion de l'individu dans une réglementation. D'autre part, elle se singularise également par son contenu. La punition possède un caractère dissuasif, impliquant l'absence d'adéquation entre la méconnaissance de l'obligation préexistante et la sévérité de la sanction, au contraire de la simple sanction pour laquelle cette adéquation existe¹⁶⁶⁵. C'est ce dernier élément que la jurisprudence constitutionnelle a entendu privilégier pour délimiter le domaine de la non-rétroactivité de la loi en matière répressive. En d'autres termes, c'est par rapport au but punitif poursuivi par l'autorité normative¹⁶⁶⁶, que le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789 disposition peut être précisé.

En l'absence de qualification législative expresse, il est nécessaire de recourir à la technique du faisceau d'indices pour identifier le caractère punitif d'une mesure. Il convient de prendre principalement en considération le comportement personnel du contrevenant, ainsi que l'absence de proportionnalité entre la gravité du préjudice subi et la condamnation prononcée¹⁶⁶⁷. Dans une moindre mesure, constituent également des indices du caractère répressif d'une mesure, l'absence de caractère automatique de son prononcé, ainsi que l'existence de mesures à caractère réparateur¹⁶⁶⁸.

455. D'abord, le simple caractère défavorable d'une disposition ne suffit pas, en état de cause, à lui conférer un caractère punitif. Il en va ainsi, par exemple, de la suppression d'une exonération fiscale ou de la création d'une imposition nouvelle, lesquelles sont jugées comme défavorables au contribuable. En dépit de l'argumentation régulièrement développée devant lui, le Conseil constitutionnel n'a jamais opposé le principe de non-rétroactivité de la loi répressive de fond à de telles dispositions¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁴ Trois critères permettent, en effet, d'identifier la sanction : la transgression, le dommage et l'intérêt protégé (M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 36). Ainsi, la sanction présente deux traits distinctifs. Elle est prise en conséquence du comportement d'une personne adopté en méconnaissance d'une prescription existante et considéré comme constitutif d'une faute. Elle est adoptée dans l'intention de punir et présente, à ce titre, un certain degré de sévérité. Sur la notion de sanction, cf. également R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 27 et s., n° 5 et s. ; Conseil d'État, étude préc., p. 35 ; H.-M. CRUCIS, fasc. préc., p. 6, n° 17 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 606, n° 767 ; H.-G. HUBRECHT, « La notion de sanction administrative », *LPA*, 1990, n° 8, p. 6 ; J. KLUGER, art. préc. ; J. MOREAU, *op. cit.*, p. 217, n° 155 ; J. PETIT, thèse préc., p. 47, n° 95.

¹⁶⁶⁵ Voir, en ce sens, M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, préc., « L'ambiguïté de la sanction administrative », *AJDA*, 2001, n° spéc., p. 27 et « La sanction à caractère punitif devant le Conseil constitutionnel », in *La sanction*, Actes du colloque du 27 novembre 2003 organisé à l'Université Jean Moulin Lyon III, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007, p. 47. Si on ne peut inférer de la comparaison entre sanction et punition une différence de nature entre les deux notions, du moins peut-on y voir une différence de degré fondée sur ce second critère (cf., par ex., en matière administrative, CE, 25 mars 1988, *Centre national de la cinématographie*, req. n° 77.148, Rec., T., p. 1034 ; 4 juin 1997, *Société Cap Île-de-France*, req. n° 169.051, Rec., p. 203 ; et, plus spécialement en matière fiscale, CE, 21 avril 1989, *David*, req. n° 89.657, Rec., T., p. 577 ; 2 juin 1989, *Aigroz*, req. n° 64.246, Rec., T., p. 563 ; Sect., Avis, 31 mars 1995, *Ministre du budget c/ SARL Auto-industrie Méric*, req. n° 164.008, Rec., p. 154, *RJF*, 1995, n° 5, p. 332, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *DF*, 1995 n° 18-19, comm. 1141).

¹⁶⁶⁶ R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 39, n° 16 ; G. DELLIS, thèse préc. p. 95, n° 141 ; G. ÉVEILLARD, *loc. cit.* ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 111, n° 86 ; J. PETIT, *loc. cit.*

¹⁶⁶⁷ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 608, n° 767 ; J. LAMARQUE, « Sources du droit fiscal », *J.-Cl. Proc. Fisc.*, fasc. 116-10, 2000, p. 9, n° 29 ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 129, n° 94.

¹⁶⁶⁸ C.Const., déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 89 et 98.

¹⁶⁶⁹ Cf., par ex., C.Const., déc. n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, préc., cons. 17 (suppression d'un avantage fiscal) ; déc. n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, cons. 3, Rec., p. 67, *GDCC* n° 17, *AJDA*, 1984, p. 97, note L. PHILIP, *Gaz. Pal.*, 2 et 3 mars 1984, p. 97, note M. AMADIO et A. VIALA, *JCP G*, 1984, II, 20160, note A. DECOCQ et R. DRAGO et 1985, II, 20325, note C. FRANCK, *LPA*, 7 décembre 1984, n° 139, p. 8, note O. FOUQUET, *Rev. adm.*, 1984, p. 142, note R. ETIEN et déc.

456. Ensuite, lorsque l'objet principal de la mesure n'est pas de réprimer, mais de prévenir ou de réparer, le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère ne s'applique pas. Tel est le cas principalement des mesures de police administrative, dont le but est de prévenir toute atteinte à l'ordre public ou, le cas échéant, de le rétablir. Aussi sont-elles, en principe, exclues du champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Par exemple, le Conseil constitutionnel, comme le Conseil d'État, jugent que les mesures administratives d'expulsion prononcées à l'encontre des étrangers ne revêtent pas un caractère punitif¹⁶⁷⁰. On pourrait ainsi multiplier les exemples en ce domaine¹⁶⁷¹.

Dans le même ordre d'idées, les mesures relatives à la prévention d'un risque de déséquilibre financier d'un service public ne constituent pas davantage une punition. Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'institution d'une majoration de cotisations sociales dans le but de prévenir le risque du régime d'assurance chômage, quand bien même celle-ci dissuaderait l'employeur de procéder à des licenciements¹⁶⁷². Il en va de même des mesures ayant pour objet la réparation d'un dommage¹⁶⁷³. Ne poursuivant aucun but punitif, elles échappent également au principe de non-rétroactivité.

457. Enfin, les mesures prises indépendamment de toute appréciation du comportement personnel des personnes qu'elles visent sont exclues du champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789.

n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 35 à 39 (suppression d'une exonération fiscale) ; ou déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 24 et 25 ; déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, préc., cons. 3 et 4 (création d'une imposition nouvelle). Voir G. DELLIS, thèse préc., p. 186, n° 261.

¹⁶⁷⁰ C.Const., déc. n° 79-109 DC, 9 janvier 1980, préc., cons. 6 ; CE, Avis, 17 novembre 1981, *GACE*, 1^{ère} éd., 1997, p. 483 ; 20 janvier 1988, *Ministre de l'intérieur c/ Elfenzi*, req. n° 87.036, Rec., p. 17, *AJDA*, 1988, p. 49, concl. C. VIGOUROUX, *JCP G*, 1988, II, 21178, obs. C. S. ; 31 juillet 1996, *Sasorith*, req. n° 169.703, Rec., T., p. 705, 24 mars 1997, *Errahali*, req. n° 162.318.

¹⁶⁷¹ CE, 3 novembre 1989, *Blanquie*, req. n° 88.408, Rec., T., p. 429, *RDP*, 1990, p. 907 (mesures de suspension de permis de conduire) ; Sect., 25 février 1994, *Ministre délégué à la santé c/ Laboratoire d'Artois*, req. n° 153.202, Rec., p. 98, *AJDA*, 1994, p. 394, concl. G. LE CHATELIER, *D.* 1994, p. 419, note C. SCHAEGIS (retrait d'une autorisation de fonctionnement d'un laboratoire d'analyse médicale) ; 30 décembre 1998, *SARL 1965 Broadway*, req. n° 198.125 (interdiction de publication d'une revue à caractère pornographique) ; Sect., 31 mai 2000, *Société Cora et Société Casino-Guichard Perrachon*, req. n° 213.161 et 213.352, Rec., p. 194, concl. F. LAMY (refus d'approbation d'une opération de concentration) ; 16 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Provensal*, req. n° 207.646, Rec., p. 136, *Dr. adm.*, 2001, n° 6, p. 25, note C. MAUGÜÉ (retrait de l'agrément requis pour exercer une activité dans un établissement de jeux) ; Ord., 20 août 2004, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, req. n° 269.813, Rec., p. 357 (interruption de la diffusion de programmes télévisuels). Voir également, R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 65, n° 44 ; J.-L. de CORAIL, art. préc., p. 124 ; H.-M. CRUCIS, fasc. préc., p. 13, n° 40 ; G. DELLIS, thèse préc., p. 132, n° 184 ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 122, n° 90 ; É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. I, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, n° 179 ; B. SEILLER, « Acte administratif (II – Régime) », fasc. préc., p. 54, n° 388. Pour un ex. en matière pénale, C.Const., déc. n° 2005-527 DC, 8 décembre 2005, préc., cons. 16 (surveillance judiciaire).

¹⁶⁷² C.Const., déc. n° 92-311 DC, 29 juillet 1992, préc., cons. 6. Un autre ex. est celui des mesures de sûreté, de rétention ou de surveillance judiciaire (CE, 12 décembre 2007, *Section française de l'observatoire international des prisons*, préc. : prévention du risque de récidive).

¹⁶⁷³ En matière fiscale, les intérêts de retard constituent une réparation pécuniaire (C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 34 ; CE, 14 avril 1986, *SCI « Les Chasses »*, préc., ; Plén., 9 novembre 1988, *Grisoni*, req. n° 68.965, Rec., p. 403, *RJF*, 1989, n° 179, *DF*, 1988, n° 27, comm. 1360, concl. B. MARTIN-LAPRADE) du retard dans la perception de la créance par le Trésor et sont donc dus indépendamment de toute idée de sanction (art. 1727-I du CGI ; CE, 27 juillet 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Agencinox*, req. n° 211.758, Rec., p. 408, *BDCF*, 2001, n° 11, p. 27 et *RDF*, 2001, n° 49, p. 1725, concl. G. GOULARD, *RJF*, 2001, n° 11, p. 908, chr. J. MAÏA ; Ass., Avis, 12 avril 2002, *SA Financière Labeyrie*, req. n° 239.693, Rec., p. 137, *GAJF* n° 59, *AJDA*, 2002, n° 5, p. 410, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *BDCF*, 2002, n° 6, concl. F. SÉNERS, *RDF*, 2002, n° 26, p. 971, concl. F. SÉNERS et note B. BOUTEMY et E. MEIER et n° 43, p. 1433, note M.-C. BERGERÈS, *JCP E*, 2002, 1168, note B. BOUTEMY et E. MEIER, *LPA*, 14 août 2002, n° 162, p. 6, note A. SAILLARD, *Rev. adm.*, 2002, n° 327, p. 257, note O. FOUQUET, *RDP*, 2002, n° 3, p. 619, note X. PRÉTOT et 2003, n° 2, p. 405, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2002, p. 679 et 2003, p. 946, chr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et L. SERMET, *RJF*, 2002, n° 6, p. 447, chr. L. OLLÉON ; 30 novembre 2007, *Société Sideme*, préc. ; Cass. Com., 27 septembre 2005, *Société Octogone immobilier*, pourv. n° 03-14.636, *RDF*, 2006, n° 27, p. 1367, rapp. C. GUÉGUEN ; CE, 28 février 2007, *SARL Louvigny*, req. n° 283.441, Rec., T., p. 812, *RDF*, 2007, n° 41, p. 47, concl. P. COLLIN). Il en irait autrement si le montant des intérêts dépassaient le taux légal ou s'ils n'étaient pas dus uniquement *prorata temporis* (CE, 17 février 1992, *Vermeersch*, req. n° 58.299, Rec., p. 62, *RJF*, 1992, n° 4, p. 263, chr. J. TUROT, *DF*, 1992, n° 45, comm. 2117, concl. P. MARTIN). Voir, en ce sens, M. COLLET, *Droit fiscal*, préc., p. 136, n° 241 ; G. DELLIS, thèse préc., p. 201, n° 288 ; F. DOUET, thèse préc., p. 134, n° 212 ; J. LAMARQUE, « Sources du droit fiscal », *J.-Cl. Proc. Fisc.*, fasc. 116-10, 2000, p. 9, n° 27 ; J. PETIT, thèse préc., p. 242, n° 511. Cf., toutefois, en faveur d'une assimilation des intérêts de retard à des sanctions, B. MARTIN-LAPRADE, concl. sur CE, Sect., 11 décembre 1987, *SCI Rudel*, préc., *DF*, 1988, n° 19, p. 635 ; J. TUROT, « Pénalités fiscales : "une zone de transit" du droit administratif », *RJF*, 1992, n° 4, p. 263 ; G. VIDAL, « Les sanctions fiscales », *RDF*, 2007, n° 3, p. 50.

Ainsi, les actes mettant fin à une irrégularité et à ses conséquences¹⁶⁷⁴ ou imposant l'exécution d'une obligation préexistante dans le chef de l'intéressé¹⁶⁷⁵ ne constituent pas des punitions dès lors qu'elles ne prennent aucunement en compte le comportement de leur destinataire. Par suite, elles ne se voient pas appliquer les principes régissant la matière répressive.

À l'exception des cas dans lesquels la vocation de la mesure n'est manifestement pas de punir, il est parfois difficile de déterminer concrètement les incidences d'autres mesures, en particulier lorsqu'elles présentent une nature mixte ou poursuivent une pluralité d'objectifs.

458. Le critère attaché au but punitif n'apparaît pas toujours opératoire, notamment face à des mesures poursuivant plusieurs objectifs, comme c'est souvent le cas en matière fiscale.

Ce sont, en premier lieu, les majorations d'imposition dues en cas de retard de déclaration ou de paiement de l'impôt qui ont soulevé des difficultés de qualification en raison de leur double finalité, à la fois réparatrice du retard subi par le Trésor public et punitive vis-à-vis du contribuable négligeant. Le législateur est récemment intervenu pour trancher en faveur de la nature punitive des majorations d'imposition. En les assimilant à des pénalités fiscales, le législateur a entendu soumettre les majorations au principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions¹⁶⁷⁶. Cette clarification doit être approuvée pour les majorations sanctionnant un comportement du contribuable et se cumulant aux intérêts de retard¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷⁴ C.Const., déc. n° 77-83 DC, 20 juillet 1977, *Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961*, cons. 3, Rec., p. 39, *AJDA*, 1977, p. 599, étude R. DENOIX DE SAINT MARC, *D.*, 1979, J., p. 297, note L. HAMON, *Pouvoirs*, 1977, n° 3, p. 179, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Rev. adm.*, 1977, p. 586, note J.-Y. PLOUVIN, *RDP*, 1978, p. 827, chr. L. FAVOREU (retenue sur traitement d'un fonctionnaire pour inexécution du service) ; déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 41, Rec., p. 145, *AJJC*, 2001, p. 587, chr. É. DEAL, *D.*, 2002, SC, p. 1950, obs. D. RIBES, *Dr. adm.*, 2001, n° 12, p. 22, note X. PRÉTOT, *LPA*, 24 décembre 2001, n° 255, p. 4, note J.-É. SCHOETTL et 17 septembre 2002, n° 186, p. 5, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDC*, 2002, n° 49, p. 174, chr. D. RIBES ; CE, Sect., 25 février 1994, *Ministre délégué à la santé c/ Laboratoire d'Artois*, préc. ; 16 décembre 1994, *SA Monégasque "Le Prêt"*, req. n° 99.219, Rec., p. 552, *RFDA*, 1995, n° 1, p. 218 ; 15 janvier 1997, *Association Radio-Sud-Vendée-Pictons*, req. n° 177.989, Rec., p. 20, *RFDA*, 1997, n° 1, p. 38, étude F. MODERNE, *Dr. adm.*, 1997, n° 2, p. 14, *JCP G*, 1996, IV, 1344, *RJF*, 1995, comm. 709 (retrait d'une autorisation pour non-respect par son bénéficiaire des conditions mises à son octroi) ; 3 mai 1995, *SA Ghéardi*, req. n° 134.993, Rec., T., p. 762, *RJF*, 1995, comm. 709 (refus d'accorder le bénéfice d'une exonération fiscale à une personne ne remplissant pas les conditions légales). Voir également, R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 76, n° 57 ; Conseil d'État, étude préc., p. 124 ; G. DELLIS, thèse préc., p. 187, n° 262.

¹⁶⁷⁵ Qu'il s'agisse, par ex. d'obligations fiscales ou de répétition de l'indu (cf. R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 70, n° 50).

¹⁶⁷⁶ Cf. l'art. 13 de l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005, relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et à l'aménagement du régime des pénalités (JORF n° 285 du 8 décembre 2005, p. 18912 ; G. VIDAL, art. préc., p. 54), ratifiée par l'article 136 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JORF n° 110 du 13 mai 2009, p. 7920). La solution se justifie, au demeurant, par le fait que, la fonction de réparation du préjudice subi par le Trésor a déjà été épuisée par les intérêts de retard (cf., en ce sens CE, Section des finances, Avis, *EDCE*, 1999, n° 50, p. 98 ; J. PETIT, *loc. cit.* ; G. ÉVEILLARD, *loc. cit.*, note 36). Cette réforme confirme, du reste, les solutions jurisprudentielles les concernant (outre la jurisprudence citée par J. PETIT, *loc. cit.*, voir CE, Avis, 4 avril 1997, *Jammet*, req. n° 183.658, Rec., p. 129, *DF*, 1997, n° 24, p. 794, concl. F. LOLOUM, *RJF*, 1997, n° 5, p. 287, chr. S. AUSTRY ; 28 octobre 2002, *SARL Lobelle*, préc. ; Sect., 22 avril 2005, *Société Limelight Boys*, req. n° 257.254, Rec., p. 168, *BDCF*, 2005, n° 7, p. 35, concl. P. COLLIN, *JCP E*, 2005, 1120, note O. FOUQUET, *LPA*, 2 décembre 2005, n° 240, p. 12, note A. LEFEUVRE, *RDF*, 2005, n° 24, p. 1045, note O. FOUQUET, *RJF*, 2005, n° 7, p. 463, étude F. BÉREZYIAT). Cf. également, en matière de redevance d'assainissement, CE, 9 juillet 2003, *Ferrand*, req. n° 221.070, Rec., T., p. 621.

¹⁶⁷⁷ Les majorations doivent s'entendre désormais comme des sanctions proportionnelles appliquées sur des droits, qu'elles soient dues au titre d'un manquement du contribuable à ses obligations déclaratives ou d'un retard pris dans la déclaration ou le paiement de l'impôt (cf., par ex., art. 1728 du CGI : retard ou absence de déclaration et CE, 6 juin 2007, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Lemarinier*, req. n° 270.955, Rec., T., p. 793, *RDF*, 2007, n° 38, p. 26, *RFDA*, 2008, n° 4, p. 746, chr. J. ANRIANTSIMBAZOVINA et L. SERMET ; art. 1729 du CGI : insuffisance de déclaration, CE, Avis, 8 juillet 1998, *Fattell*, req. n° 195.664, Rec., T., p. 906, *RJF*, 1998, n° 8-9, comm. 637, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; 1731 du CGI : retard de paiement des impôts recouverts par les comptables de la direction générale des impôts ; art. 1732 du CGI : opposition à contrôle fiscal et CE, 26 décembre 2008, *Gonzalez-Castrillo*, préc.). Au demeurant, le caractère objectif de certaines majorations, dues en l'absence d'appréciation du comportement personnel du contribuable, n'exclut pas nécessairement la qualification de pénalité. Comme le souligne S. Austry, « dès lors que l'administration n'est jamais tenue d'infliger une punition, elle porte nécessairement une appréciation sur le comportement d'un contribuable quant au point de savoir s'il mérite ou non que cette sanction lui soit infligée » (S. AUSTRY, « Les sanctions administratives en matière fiscale », *AJDA*, 2001, n° spéc., p. 54 ; CE, Sect., 1^{er} octobre 1999,

En revanche, la qualification de punition paraissait moins évidente en ce qui concerne la majoration de 10 % due pour retard de paiement des impôts recouvrés par les comptables du Trésor, dans la mesure où, se substituant aux intérêts de retard, elle se présente davantage comme une mesure de réparation¹⁶⁷⁸. Le Conseil constitutionnel est venu lever toute ambiguïté sur ce point en rejetant le grief tiré de ce que cette mesure constituerait une sanction automatique contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789, au motif que « *que la majoration [de 10%], qui ne revêt pas le caractère d'une punition, a pour objet la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif des impôts directs* »¹⁶⁷⁹.

En second lieu, certaines amendes fiscales suscitent les mêmes interrogations que les majorations d'imposition. Tandis que le Conseil constitutionnel les considère, de manière générale, comme des sanctions ayant le caractère de punition¹⁶⁸⁰, on peut s'interroger sur la pertinence d'une telle qualification pour certaines d'entre elles qui entretiennent un lien direct avec la somme éludée par le contribuable¹⁶⁸¹.

459. Le critère attaché au but punitif de la mesure a considérablement élargi le champ d'application des principes communs de la répression. Ainsi, les règles applicables aux sanctions disciplinaires ou présentant un caractère *sui generis*¹⁶⁸² ont été, au moins partiellement, soumises aux principes la régissant. L'application du critère finaliste a inéluctablement conduit à leur imposer le respect du principe de légalité des délits et des peines et, par conséquent, celui de la non-rétroactivité.

Association pour l'unification du christianisme mondial, req. n° 170.598, Rec., p. 286, *RDF*, 2000, n° 240, *RJF*, 1999, n° 11, p. 836, concl. G. BACHELIER).

¹⁶⁷⁸ Art. 1730 du CGI. Satisfaisant à une fonction de réparation, l'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789 devrait alors être exclue (C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 34 ; voir également, S. AUSTRY, art. préc., p. 55). Pour d'autres exemples de majorations de droits remplaçant des intérêts de retard, cf. l'art. 1758 A du CGI et en matière de taxe parafiscale, CE, 19 février 2003, *Centre technique interprofessionnel des fruits et légumes*, req. n° 243.781, Rec., T., p. 616, *RJF*, 2003, n° 657). En revanche, dès lors qu'elle s'ajouterait aux intérêts de retard, la qualification de sanction ne ferait plus aucun doute, comme c'est le cas en matière d'impôts recouvrés par les comptables de la direction générale des impôts (art. 1731 du CGI). Sur ce point, cf., G. DELLIS, thèse préc., p. 200, n° 286 ; W. JEANDIDIER, « Des sanctions mixtes : l'exemple des sanctions fiscales et douanières », in *La sanction*, Actes du colloque du 27 novembre 2003 organisé à l'Université Jean Moulin Lyon III, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007, p. 83.

¹⁶⁷⁹ C.Const., déc. n° 2011-124 QPC, 29 avril 2011, *Mme Catherine B.*, cons. 3.

¹⁶⁸⁰ C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc. Les amendes sont généralement définies comme des sanctions forfaitaires ou proportionnelles à un élément autre que les droits. Sur cette question, voir J. PETIT, thèse préc., pp. 243-244, n° 513.

¹⁶⁸¹ La distinction retenue pour les majorations d'imposition permet de ranger les amendes en trois catégories. Les amendes ayant un but exclusivement répressif constituent indéniablement des sanctions (cf., par ex., art. 1729 B du CGI : défaut de production d'un document demandé par l'administration fiscale ou communication d'un document omissions et inexactitude ; art. 1734 du CGI : obstacle au droit de communication de l'administration ; art. 1759 du CGI : défaut de déclaration de rémunérations et distributions occultes ; art. 1760 du CGI : défaut de mention de certains revenus exonérés ou soumis à prélèvement ou retenu libératoires ; art. 1762 du CGI et L. 111 du LPF : infraction à la publicité de l'impôt et C.Const., déc. n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, préc., cons. 12). D'autres amendes qui sont calculées en fonction du montant de l'impôt éludé par le contribuable sont ainsi qualifiées, compte tenu de ce qu'elles se cumulent aux intérêts de retard (cf., par ex., l'amende égale au montant de la taxe locale d'équipement, art. 1848 du CGI). Enfin, des doutes peuvent être émis à l'égard d'amendes dont le montant correspond à tout ou partie de la somme qui aurait dû être payée au Trésor (art. 1735 du CGI : refus de communication des opérations de transferts de fonds à l'étranger ; 1736 du CGI : infractions commises par les tiers déclarants ; art. 1737 du CGI : infractions aux règles de facturation), dès lors qu'elles entretiennent un lien étroit avec le préjudice qui lui a été ainsi causé (Cf., en ce sens, CE, 12 février 1986, *Sizam-Bastaraud*, req. n° 42.072, Rec., T., p. 464). En tout état de cause, la jurisprudence est indifférente à ces distinctions et assimile à des sanctions l'ensemble des amendes fiscales (CE, 10 novembre 1993, *Gianoli*, req. n° 62.445, Rec., p. 315, *DF*, 1994, n° 9, p. 415, concl. O. FOUQUET, *RJF*, 1994, n° 1, p. 11, concl. O. FOUQUET ; Sect., 1^{er} octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, préc. ; 30 novembre 2007, *Société Sideme*, préc. ; 23 avril 2008, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c/ Société Bisico France*, req. n° 308.865, Rec., p. 170, *BDCF*, 2008, n° 7, p. 58 et *RJEP*, 2008, n° 655, p. 25, concl. L. VALLÉE, *RDF*, 2008, n° 24, p. 33, concl. L. VALLÉE et note J.-L. PIERRE ; 26 mai 2008, *SA Norelec*, req. n° 288.583, Rec., p. 186, *BDCF*, 2008, n° 8-9, p. 38, concl. F. SÉNERS, *RDF*, 2008, n° 28, p. 34, concl. L. VALLÉE et note J.-L. PIERRE). Sur l'ensemble de cette question, voir G. DELLIS, thèse préc., p. 197 et s., n° 281 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 243 et s., n° 512 et s. Pour d'autres ex. cf. l'instruction n° 13 N-1-07 du 19 février 2007, relative à l'aménagement du régime des pénalités fiscales (BOI n° 29 du 19 février 2007).

¹⁶⁸² C'est le cas pour les amendes infligées par la Cour de discipline budgétaire et financière (CE, Ass., 30 juin 1961, *Procureur général près la Cour des comptes*, Rec., p. 451, concl. A. BERNARD ; 1^{er} octobre 1976, *Bouche*, req. n° 95.323, Rec., p. 385 ; Sect., 9 décembre 1977, *De Grailly*, préc. ; Sect., 7 juillet 1978 *Massip*, req. n° 94.837, Rec., p. 301 ; 17 octobre 1984, *Contensou*, req. n° 47.362, Rec., p. 333 ; 16 janvier 2008, *Haberer*, req. n° 292.790, Rec., p. 6, *AJDA*, 2008, n° 18, p. 1000, note M. COLLET, *JCP A*, 2008, n° 29, p. 20, note J. GATTÉ, *RJEP*, 2008, n° 656, p. 12, note M. LASCOMBE et X. VANDENDRIESSCHE).

S'agissant du pouvoir disciplinaire détenu par l'administration sur ses agents ou sur certaines institutions, une telle évolution n'allait pas de soi. Les mesures prononcées par l'autorité disciplinaire sont, en principe, exclues de la matière pénale. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme celle des juridictions ordinaires, sont en parfaite harmonie sur ce point¹⁶⁸³. Il en va de même s'agissant du champ d'application du principe, tel qu'il est consacré par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁸⁴.

Alors que le caractère répressif d'une partie des mesures disciplinaires ne fait aucun doute, il est classiquement opposé à l'application des principes issus du droit pénal l'autonomie du droit disciplinaire¹⁶⁸⁵. Le principe de légalité des délits et des peines en fournit un exemple éclairant¹⁶⁸⁶. Si les sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées ont, de longue date, été limitativement déterminées par les textes, tel n'a pas été le cas de la faute disciplinaire. L'absence de prédétermination des fautes de nature à justifier d'éventuelles sanctions différencie fondamentalement la faute disciplinaire de l'infraction pénale¹⁶⁸⁷. Il en découle que les textes instituant de nouvelles mesures de discipline peuvent recevoir application pour des faits antérieurement commis, le principe de non-rétroactivité leur étant inopposable. Cela ne signifie pas pour autant que le droit disciplinaire ignorerait totalement les principes régissant la matière pénale. En réalité, celui-là s'est même, de longue date, largement inspiré de ceux-ci¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸³ Cf., respectivement, Cass. Ch. réun., 9 novembre 1852 ; C.Const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, préc. ; 9 octobre 1996, *Société Prigest*, préc. ; 30 mars 2005, *Voydeville*, req. n° 254.244. Le Conseil d'État avait exclu les sanctions disciplinaires du champ de son étude consacrée aux sanctions administratives (Conseil d'État, *Le pouvoir de l'administration dans le domaine des sanctions*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 1995).

¹⁶⁸⁴ La jurisprudence européenne et interne considèrent que la répression disciplinaire relève de la matière des « obligations à caractère civil » et non de celle « des accusations en matière pénale », au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, req. n° 132.369, Rec., p. 34, *AJDA*, 1996, p. 358, chr. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, *JCP G*, 1996, II, 22669, note LASCOMBE et VION, *RFDA*, 1996, p. 1186, concl. M. SANSON, *RTDH*, 1998, p. 365, note ANDRIANTISMBAZOVINA ; 28 septembre 1998, *Nottin*, req. n° 181.595, Rec., T., p. 993 ; CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, Rec., 1999, VIII, *GACEDH, RDP*, 2000, n° 3, p. 617, note X. PRÉTOT et p. 711, note GONZALEZ, *LPA*, 17 mai 2000, n° 98, p. 7, note F. MELLERAY, *RFDA*, 2000, p. 617, note KISSANGALOU ; CE, 23 février 2000, *L'Hermite*, req. n° 192.480, Rec., p. 101 ; 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres*, aff. 63235/00, pt. 57, *AJDA*, 2007, p. 1360, note F. ROLIN, *AJFP*, 2007, n° 5, p. 246, note A. FITTE-DUVAL, *Dr. adm.*, 2007, n° 7, p. 31, note F. MELLERAY ; 13 septembre 2007, *Mouillet c/ France*, req. n° 27521/04, *AJDA*, 2008, n° 17, p. 985, chr. J.-F. FLAUSS). Il en va de même s'agissant du champ d'application de l'art. 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, CE, 17 décembre 1990, *Fournet*, req. n° 118.732, Rec., p. 367 ; 25 novembre 1992, *Mme Dietsch*, req. n° 90.927, Rec., T., p. 1082 ; 11 février 1998, *Galy-Dejean*, req. n° 157.564.

¹⁶⁸⁵ Bien que l'on puisse la rattacher au manquement à une obligation de fonction publique, elle-même liée à la notion de service public (J.-L. DE CORAIL, art. préc., pp. 106-110), ce qui la rapprocherait de la sanction pénale, la sanction disciplinaire intervient à l'intérieur d'un groupe organisé et suppose un lien déjà individualisé entre l'administration et l'intéressé. Par opposition, le droit pénal concerne les relations générales entre l'État et les citoyens. Cette spécificité institutionnelle, de même que les finalités de la discipline, rend irréductible l'autonomie du premier par rapport au second (cf., en ce sens, J.-M. AUBY, « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », in *Mélanges Brethe de la Gressaye*, 1967, p. 75 et 79 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc., t. II, p. 333, n° 382 ; G. DELLIS, *eod. loc.* ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, préc., p. 137 ; M. LEFFONDRE, thèse préc., p. 386 et s. ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 54, n° 39 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 646 ; M. DE SAINT PULGENT, concl. sur CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, req. n° 112.820, Rec., p. 70, *RFDA*, 1991, n° 4, p. 612). Pour une position contraire, voir M. GUYOMAR, concl. sur CE, Sect., 12 octobre 2009, *Petit*, req. n° 311.641, Rec., p. 367.

¹⁶⁸⁶ Pendant longtemps, il a pu être soutenu que le principe de légalité des incriminations n'était pas reçu en droit disciplinaire (cf., en ce sens, G. DELLIS, thèse préc., p. 209, n° 298 et p. 239, n° 331). La circonstance que la jurisprudence ait complété l'absence de texte en la matière ne pouvait être considérée comme décisive à cet égard (pour une position contraire, cf. J. MOURGEON, thèse préc., p. 253, n° 175). Si l'on peut accepter l'existence d'un principe de légalité des sanctions disciplinaires, il ne pouvait s'agir que d'un emprunt fait au droit pénal (Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. V, Paris, LGDJ, 12^e éd., 2000, p. 197, n° 241 ; R. ODENT, *loc. cit.*) et non d'une transposition.

¹⁶⁸⁷ Sur ces différents points, voir J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, préc., p. 85, n° 129 ; G. DELLIS, thèse préc., p. 288, n° 402 ; J.-M. AUBY, art. préc., p. 85 ; P. DEUMIER, « La sanction disciplinaire », in P. ANCEL et J. MORET-BAILLY (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, coll. Droit, 2007, pp. 249-251. Cf., par ex., CE, Ass., 30 mars 1962, *Bertaux*, req. n° 27.449 et 27.450, Rec., p. 237.

¹⁶⁸⁸ Cf., s'agissant de l'application du principe de non-rétroactivité aux mesures individuelles de sanction, CE, 28 novembre 1924, *Jouzier*, Rec., p. 955 ; 25 juin 1954, *Préfet de la Seine c/ Dame Olivier*, Rec., p. 386 ; 31 mai 1968, *Moreau*, req. n° 72.114, Rec., p.

Par sa décision *Petit* du 12 octobre 2009, la Section du contentieux du Conseil d'État est revenue partiellement sur cet état du droit en imposant le respect des principes communs de la répression aux règles relatives aux sanctions professionnelles revêtant un caractère disciplinaire¹⁶⁸⁹. Cette évolution vient parachever, en ce domaine, la soumission des sanctions professionnelles au respect du principe de légalité des délits et des peines¹⁶⁹⁰, ainsi que de celui de la non-rétroactivité¹⁶⁹¹. Il reste que le droit disciplinaire de la fonction publique demeure en dehors du champ d'application des principes communs de la répression et, en particulier, du principe de légalité des délits et des peines, ainsi que de son corollaire, le principe de non-rétroactivité¹⁶⁹².

2°) La limitation du principe de non-rétroactivité aux règles répressives de fond

460. Le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ne concerne, en droit public répressif, que les règles de fond édictées en matière de sanctions administratives et fiscales¹⁶⁹³. En revanche, la prohibition de la rétroactivité n'est pas, par principe, applicable aux règles de procédure¹⁶⁹⁴ et de compétence en ces matières.

Il faut néanmoins réserver le cas des règles de prescription, dans la mesure où leur inclusion dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme a pu faire question,

348. Voir également F. GAZIER, concl. sur CE, 6 juin 1952, *Pourcher*, Rec., p. 297, spéc. p. 299 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 682. Sur cette question, voir F. DELPÉRÉE, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, LGDJ, 1969.

¹⁶⁸⁹ CE, Sect., 12 octobre 2009, *Petit*, préc., *AJDA*, 2009, n° 39, p. 2163, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *RFDA*, 2010, n° 3, p. 598, chr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et L. SERMET ; Sect., 7 avril 2010, *SELARL Grande pharmacie Gerbaud et autres*, req. n° 322.305, Rec., p. 103, *AJDA*, 2010, n° 16, p. 876, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI.

¹⁶⁹⁰ CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Benkerrou*, préc. ; 4 février 2005 *Société GSD Gestion et M. Gautier*, req. n° 269.001, Rec., p. 28, *LPA*, 26 avril 2005, n° 82, p. 5, concl. M. GUYOMAR, *Gaz. Pal.*, 26 juin 2006, n° 172, p. 24, note F. BOUCARD, *RFDA*, 2005, n° 6, p. 1174, étude D. COSTA et 2006, n° 2, p. 444, note P. TERNEYRE ; Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc.

¹⁶⁹¹ M. GUYOMAR, concl. sur CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Benkerrou*, préc., *RFDA*, 2004, n° 5, p. 913. Sur le refus initial, voir R. MARGUERIE, concl. sur CE, 13 mai 1881, *Brissy*, Rec., p. 492, spéc. p. 496.

¹⁶⁹² CE, 9 avril 2010, *Matelly*, req. n° 312.251, à ment. au T. du Leb., *LPA*, 21 juillet 2010, n° 144, p. 3, obs. M.-C. ROUAULT (inapplicabilité du principe de légalité des délits et des peines). Voir également, CE, 12 décembre 2007, *Siband*, req. n° 293.301, Rec., T., p. 928, *AJDA*, 2008, n° 17, p. 932, note E. TSALPATOUIROS, *LPA*, 8 avril 2008, n° 86, p. 16, concl. M. GUYOMAR. Sur cette question, voir J. PRALUS-DUPUY, « L'applicabilité de l'art. 6 de la CEDH aux contentieux disciplinaires », *RFDA*, 2008, n° 2, p. 317 ; L. LOMBART, « Typologie de la radiation des cadres de la fonction publique : le cas de constatation à connotation disciplinaire », *AJFP*, 2008, n° 6, p. 319.

¹⁶⁹³ Sont donc visées les dispositions instituant une sanction (C.Const., déc. n° 93-321 DC, 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, cons. 43 à 47, Rec., p. 196, *AJDA*, 1993, n° 11, p. 755, chr. O. SCHRAMECK, *LPA*, 8 octobre 1993, n° 121 p. 12, note, Y.-M. DOUBLET et 2 mars 1994, n° 26, p. 11, chr. M. VERPEAUX, *Pouvoirs*, 1993, n° 68, p. 157, chr. P. AVRIL, *RFDC*, 1993, n° 16, p. 820, note X. PHILIPPE ; déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, préc., cons. 43 à 49 : sanction d'interdiction du territoire) ou une pénalité nouvelle (C.Const., déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, préc., cons. 19 à 34 ; déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, préc., cons. 36 à 39 : amende infligée aux entreprises de transport exploitant des liaisons internationales pour le transport d'étrangers ; déc. n° 93-321 DC, 20 juillet 1993, préc., cons. 12 à 15 : perte du droit à acquérir la nationalité française) ou modifiant les éléments constitutifs d'une sanction ou d'une pénalité existante (CE, 24 mars 1982, *Société Legrand*, req. n° 15.967, Rec., T., p. 544, *AJDA*, 1982, n° 5, p. 361, chr. F. TIBERGHEN et B. LASSERRE ; Ord., 11 février 2005, *Barre*, req. n° 276.376, Rec., p. 42, *Dr. adm.*, 2005, n° 8-9, p. 35, note M. LOMBARD).

¹⁶⁹⁴ G. DELLIS, thèse préc., p. 287, n° 401 ; A. WERNER, « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », *RDP*, 1982, n° 3, p. 762. Il en va ainsi, en matière fiscale, des dispositions régissant les actes de procédure, dès lors qu'elles n'ont pas pour objet ou pour effet de modifier l'assiette de l'impôt ou l'appréciation à porter par l'administration sur les agissements des contribuables (cf., en ce sens, CE, 7 janvier 1949, *Société Provençal*, Rec., p. 6 ; Ass., 4 janvier 1957, *Lamborot*, Rec., p. 12 ; Sect., 9 juillet 1965, *Voskresenski*, req. n° 60.747, Rec., p. 419, *AJDA*, 1965, II, p. 603, concl. J. FOURNIER ; Plén., 14 janvier 1983, *Mme X.*, req. n° 28.077, Rec., p. 4, *DF*, 1983, n° 24, p. 838, concl. P. LÉGER, *RJF*, 1983, p. 148, n° 448, chr. P.-F. RACINE ; 25 juillet 1986, *Brackers de Hugo*, req. n° 45.871, Rec., T., p. 468 ; 27 avril 1987, *Blaize*, req. n° 47.063, Rec., T., p. 665 ; 25 mai 1988, *Société Fournier Ship*, req. n° 57.930, Rec., T., p. 709 ; 23 novembre 1988, *Donsimoni et Ministre du Budget*, req. n° 54.576 et 55.409, Rec., T., p. 715 ; 28 novembre 1990, *Vrac*, req. n° 60.523, Rec., T., p. 660 ; Sect., 13 décembre 1991, *Société "Appareils spéciaux échangeurs de température" (ASET)*, req. n° 65.940 et 66.868, Rec., p. 437, *RJF*, 1992, n° 1, p. 17, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *DF*, 1992, n° 4, comm. 62 ; 18 février 2002, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ M. et Mme Cherrier*, préc. ; 22 mai 2002, *SARL Berre station*, req. n° 231.105, Rec., T., p. 882, *RDF*, 2002, comm. 833, *RJF*, 2002, n° 967).

celles-ci sont généralement rangées, en droit administratif comme en droit fiscal, parmi les règles de procédure. Par conséquent, le principe de non-rétroactivité ne leur est pas applicable et elles restent soumises au principe de l'effet immédiat¹⁶⁹⁵. La loi nouvelle peut modifier les règles applicables à toutes les prescriptions en cours au jour où elle est publiée, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de savoir si elle est ou non plus sévère¹⁶⁹⁶. Alors que les prescriptions légalement acquises bénéficient, selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, d'une protection spécifique au titre de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme¹⁶⁹⁷, il semble que le juge administratif la leur ait déniée¹⁶⁹⁸.

461. Le problème de l'incrimination indirecte. Parmi les règles de fond régissant la matière de sanctions administratives et fiscales, seules sont concernées par le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère, les lois qui incriminent directement un comportement, à l'exclusion de celles qui se bornent à poser « une obligation dont l'inobservation est pénalement sanctionnée par une autre règle »¹⁶⁹⁹. Ces lois dites d'« incrimination indirecte » peuvent rétroagir pourvu qu'elles disposent expressément en ce sens¹⁷⁰⁰. Toutefois, le fait que ces règles n'établissent pas par elles-mêmes une incrimination n'exclut pas qu'elles puissent avoir des répercussions répressives. En effet, une loi qui assujettit rétroactivement un sujet de droit à une obligation nouvelle dont la méconnaissance ou l'inexécution fait l'objet d'une incrimination par un autre texte, a pour effet de rendre répréhensible un comportement qui ne l'était pas au moment où il a été adopté¹⁷⁰¹. Dans une telle situation, l'application rétroactive de la loi extra-répressive porte indirectement atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère. Admettant dans son principe le procédé de l'incrimination indirecte, la jurisprudence constitutionnelle en a limité les effets en déduisant de l'article 8 de la Déclaration des

¹⁶⁹⁵ Cf., de manière implicite, C.Const., déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 9 (procédure de mise en recouvrement d'une imposition). Sur ces différents points, cf. p. 733 et s., n° 952 et s. Au demeurant, cette question présente un intérêt limité pour l'action répressive en droit administratif, dès lors que celle-ci est imprescriptible (G. DELLIS, thèse préc., p. 293, n° 408 ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 356, n° 253), à moins qu'un texte n'enferme son exercice dans un délai déterminé (cf., sur l'application de la prescription annale en matière de contraventions de grande voirie, CE, Ass., 30 janvier 1942, *Dame Veuve Digennard*, Rec., p. 33 ; sur l'application de la prescription triennale en matière économique, CE, 16 février 1962, *Percy du Sert*, req. n° 48.374, Rec., p. 112, *RDP*, 1962, p. 1174, note M. WALINE ; voir également, CE, Ass., 27 mai 1955, *Deleuze*, Rec., p. 296, *AJDA*, 1955, II, p. 275, concl. P. LAURENT).

¹⁶⁹⁶ Voir, en ce sens, CE, 7 novembre 1979, *SCI de l'Orée du Bois*, req. n° 12.844, Rec., p. 401, *DF*, 1980, n° 46, comm. 2284, p. 1249, concl. RIVIÈRE, *RJF*, 1980, p. 32, n° 35 ; 5 mars 1997, *Société "Compagnie de Saint-Gobain"*, req. n° 126.166, Rec., T., p. 790, *DF*, 1997, n° 25, p. 839, concl. G. GOULARD, *RJF*, 1997, n° 4, p. 235 ; 21 avril 1997, *Colombeau*, req. n° 139.231, *BDCF*, 1997, n° 3, p. 75, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *DF*, 1997, n° 25, comm. 708, *RJF*, 1997, n° 6, p. 427 ; 9 février 2001, *Société Westco Trading Corporation*, req. n° 214.564, Rec., p. 52, *RJF*, 2001, n° 4, p. 355.

¹⁶⁹⁷ Sur la protection des prescriptions légalement acquises, cf., plus bas, p. 424, n° 534. Voir, principalement en matière de répression fiscale, C.Const., déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, ~~prés. D. Cons. J. ill. déc. 1919~~ préc., cons. 23 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 11 et 17 ; déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 4.

¹⁶⁹⁸ CE, 30 mars 1994, *Alferi*, req. n° 138.360, *RJF*, 1994, n° 6, p. 425 ; 21 avril 1997, *Colombeau*, préc. ; CAA Marseille, Plén., 1^{er} juillet 1999, *Colombeau*, req. n° 96MA01848, Rec., T., p. 726, *RFDA*, 2001, n° 2, p. 488, concl. J.-C. DUCHON-DORIS ; CE, 14 mars 2001, *Colombeau*, req. n° 212.099, *RJF*, 2001, dom. 1450.

¹⁶⁹⁹ Cf., en matière de professions réglementées, l'ex. des majorations d'imposition dues en cas de manquement à la législation réglementant l'activité (CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, préc. ; 23 juillet 2002, *Janosevic c/ Suède*, Rec. 2002-VII, *JCP G*, 2003, n° 6, p. 231, chr. F. SUDRE) et, plus largement, des règles fiscales qui permettent, en définissant les obligations des contribuables, l'incrimination des manquements à ces obligations (Cass. Crim., 19 janvier 1981, *Landreau et Leboeuf*, pourv. n° 80-90.252, Bull. Crim., n° 25, p. 81 ; 3 novembre 1981, *Directeur général des Impôts c/ Lafarge*, pourv. n° 80-93.069, Bull. Crim., n° 290 ; J. PETIT, thèse préc., p. 48, n° 99). Voir, en ce sens, J. HERON, *op. cit.*, p. 78, n° 85 ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 246, n° 170 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, p. 361, n° 271 ; J. PETIT, thèse préc., p. 48, n° 98 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 489, n° 93.

¹⁷⁰⁰ Conformément au principe d'interprétation stricte des lois rétroactives tiré des dispositions de l'article 2 du Code civil (sur ce point, cf., plus loin, p. 399, n° 503). Il en va de même, par analogie, des engagements internationaux n'ayant aucune incidence sur la loi pénale française (CE, 21 avril 1997, *O'Callaghan*, préc. ; C.Const., déc. n° 2006-541 DC, 28 septembre 2006, *Accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens (Accord de Londres)*, cons. 11, Rec., p. 102, *D.*, 2007, n° 2, p. 120, note M. VERPEAUX et n° 27, p. 1919, note J. FOYER, *LPA*, 25 octobre 2006, n° 213, p. 10, note J.-É. SCHOETTL, *RFDC*, 2007, n° 70, p. 298, note V. BERTILE.

¹⁷⁰¹ Il en est ainsi, par ex., de la loi fiscale créant une nouvelle obligation de déclaration dont la méconnaissance ne peut être sanctionnée que par référence aux règles d'assiette de l'imposition correspondante (J. PETIT, thèse préc., p. 49, n° 100).

droits de l'homme l'interdiction pour les lois extra-répressives de développer des effets répressifs pour le passé. Ainsi, l'application de la loi extra-répressive ne saurait aboutir à la sanction de comportements antérieurs au moment où elle a été publiée¹⁷⁰².

3°) La détermination du caractère plus sévère de la règle répressive de fond

462. Le principe de non-rétroactivité n'est applicable qu'en présence d'une disposition ayant pour effet de durcir la répression par rapport à la législation antérieurement applicable. L'évaluation du caractère plus sévère d'une disposition procède logiquement de la comparaison entre les dispositifs ancien et nouveau¹⁷⁰³. Contrairement au juge pénal, le juge administratif ne recourt pas à une comparaison globale des textes, mais procède à une analyse disposition par disposition¹⁷⁰⁴.

En matière d'incrimination, doit être regardé comme plus sévère le texte qui crée une sanction nouvelle¹⁷⁰⁵ ou étend le champ d'application d'une incrimination existante¹⁷⁰⁶. Le principe de non-rétroactivité empêche alors que les faits qui n'étaient pas répréhensibles en application des textes antérieurs puissent l'être sur le fondement des nouvelles dispositions, lorsqu'ils se sont produit antérieurement à la date de publication de celles-ci. S'agissant des peines, le texte qui augmente le tarif¹⁷⁰⁷ ou les limites inférieures et/ou supérieures¹⁷⁰⁸ de la peine encourue sous l'empire du texte ancien, présente un caractère plus sévère et ne peut, par suite, s'appliquer aux infractions commises avant la date à laquelle il aura été publié, sauf à méconnaître le principe de non-rétroactivité. Les difficultés de qualification surviennent lorsque la règle nouvelle substitue à la peine existante une peine

¹⁷⁰² C.Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 5 ; déc. n° 88-250 DC, préc., cons. 6 ; déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, préc., cons. 37 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80 ; déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc., cons. 14 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 11. La position des juridictions ordinaires se situe dans le droit-fil de cette jurisprudence (CE, 17 juin 1998, *Ministre de l'économie et des finances c/ Paco Rabanne*, req. n° 179.443, Rec., T., p. 848, *BDCF*, 1998, n° 4, p. 98 et *RDF*, 1998, n° 41, comm. 868, concl. G. GOULARD, *Quot. jur.*, 3 septembre 1998, n° 71, p. 5, note D. DAVOUST, *RJF*, 1998, n° 8-9, comm. 902 ; 28 juillet 1999, *Société nouvelle ALT*, req. n° 186.982, Rec., T., p. 738, *RDF*, 2000, n° 8, p. 372, *RJF*, 1999, n° 10, comm. 1222 ; Cass. Crim., 23 janvier 1989, *M. Bihr*, pourv. n° 86-96.803, Bull. Crim., n° 25, p. 78, *DF*, 1989, n° 27, comm. 1390, *RJF*, 1989, n° 6, comm. 770 ; 3 décembre 1990, *Renard*, pourv. n° 89-86.514, Bull. Crim., n° 412, p. 1035, *RJF*, 1991, n° 5, comm. 692 ; pour d'autres ex., cf. J. PETIT, thèse préc., p. 50, n° 104), sauf lorsqu'elles ont à appliquer une loi d'incrimination indirecte rétroactive ayant échappé au contrôle de constitutionnalité. Encore, dans une telle hypothèse, l'application de la loi pourrait être écartée au motif de sa méconnaissance des textes internationaux consacrant le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère.

¹⁷⁰³ Voir, sur ce point, J. PETIT, thèse préc., p. 255, n° 537.

¹⁷⁰⁴ G. DELLIS, thèse préc., p. 292, note 53. Cette différence de méthode est tout à fait justifiée, dès lors que règles relatives aux sanctions administratives s'insèrent dans des textes généraux, au contenu bien souvent hétérogène, au contraire des lois pénales *stricto sensu*. Ainsi, l'appréciation globale du texte, tous éléments confondus, pour en déduire son caractère plus ou moins favorable ne serait guère utile dans un tel contexte.

¹⁷⁰⁵ C'est ainsi que l'article 13 de l'ordonnance du 7 décembre 2005 déjà citée, ratifiée par l'article 136 de la loi du 12 mai 2009 également citée plus haut, a créé une sanction générale pour les tiers déclarants de non respect de l'obligation de souscription par voie électronique de certaines déclarations (art. 1738-2 du CGI).

¹⁷⁰⁶ Le même article de l'ordonnance du 7 décembre 2005 étend la pénalisation des remboursements obtenus indûment par manquement délibéré ou au moyen de manœuvres frauduleuses autres que ceux déjà pénalisables en application des textes antérieurs (cf., par ex., le cas des restitutions de créances fiscales indûment obtenues désormais réprimées par l'art. 1729 nouveau du CGI). Ledit article procède également à la généralisation de l'amende due pour délivrance irrégulière de documents permettant à un tiers d'obtenir un avantage fiscal (art. 1740 A du CGI), alors qu'elle ne concernait jusqu'alors que les dépenses d'équipement de l'habitation principale du contribuable (anciens art. 200 quater et 1740 quater du CGI).

¹⁷⁰⁷ Que la quotité de la peine soit fixée en valeur absolue ou relative, comme en matière fiscale, où elle est souvent proportionnelle au montant de droits en principal. Par ex., l'ordonnance du 7 décembre 2005 citée plus haut a augmenté le taux de l'amende pour dissimulation de prix prévue par l'ancien article 1827 du CGI et transférée à l'article 1729 nouveau de 50 à 80 %, ainsi que le montant de l'amende forfaitaire due pour opposition individuelle à fonctions prévue par l'ancien article 1746 du CGI et reprise à l'article 1737 nouveau de 7 500 € à 25 000 € (pour d'autres ex., cf. l'instruction fiscale n° 13 N-1-07 du 19 février 2007 p. 20).

¹⁷⁰⁸ Qu'il s'agisse de relever seulement le plancher ou le plafond de la peine entre lesquels l'autorité répressive doit choisir ou les deux à la fois.

d'une nature différente¹⁷⁰⁹ ou autorise le cumul de plusieurs sanctions. De même, la comparaison peut être rendue délicate par le contenu mixte de la peine ou la complexité même du dispositif, celui-ci étant susceptible de développer à la fois des effets plus sévères et plus doux. Dans ces situations de difficulté extrême, seule une appréciation *in concreto* du juge permet de déterminer l'effet produit par la règle nouvelle, ce qui fait inmanquablement varier les solutions selon les espèces¹⁷¹⁰.

B/ L'efficacité limitée du principe de non-rétroactivité de loi répressive plus sévère

463. En dépit de sa valeur constitutionnelle, l'effectivité du principe de non-rétroactivité des sanctions et peines plus sévères demeure limitée. Certaine dans son principe, l'interdiction constitutionnelle faite à la loi répressive de fond plus sévère de rétroagir connaît une mise en œuvre contrariée. En effet, elle se heurte, devant le juge ordinaire, à la théorie de l'« écran législatif ». En présence d'une loi répressive plus sévère prescrivant expressément son application rétroactive, le juge ordinaire s'interdit de faire jouer le principe de non-rétroactivité¹⁷¹¹. Pour peu que la disposition incriminée n'ait pas été déférée au Conseil constitutionnel avant sa promulgation, le principe de non-rétroactivité se trouve *de facto* mis en échec.

464. L'abandon de la théorie de l'écran législatif dans le cadre du contrôle de la conventionnalité des lois en vigueur exercé par le juge ordinaire aurait dû amener à nuancer fortement cette assertion. En effet, comme il a été rappelé plus haut, le principe de non-rétroactivité de la loi répressive de fond plus sévère bénéficie de plusieurs fondements conventionnels. Toutefois, le juge administratif n'a été que très rarement saisi de moyens tirés de la méconnaissance du principe européen de non-rétroactivité de la loi en matière répressive¹⁷¹² et n'a même jamais encore écarté l'application d'une loi qui lui serait contraire¹⁷¹³.

465. Il reste que la mise en œuvre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité instituée par la réforme constitutionnelle de 2008 sera l'occasion d'imposer au législateur un respect plus rigoureux de la règle de la non-rétroactivité de la loi en matière répressive.

Les mêmes difficultés touchant, d'une part, à la délimitation du champ d'application des principes communs de la répression en droit public et, d'autre part, à leur manque d'effectivité devant le juge ordinaire, touchent également l'autre règle régissant l'action sur le passé de la loi répressive de fond nouvelle.

¹⁷⁰⁹ Par ex., lorsqu'une sanction de retrait d'autorisation ou d'interdiction remplace une sanction pécuniaire. Comp. l'art. 1829 du CGI et l'ancien art. 1840 G quinquies du même code (G. DELLIS, thèse préc., p. 292, n° 406).

¹⁷¹⁰ Sur ces points, cf. plus bas, p. 380 et s., n° 476 et s.

¹⁷¹¹ CE, 30 mai 2007, *Société Dubus Management SA*, req. n° 266.737.

¹⁷¹² Il en irait tout autrement si le moyen tiré de la méconnaissance des conventions internationales était reconnu, de manière générale, comme étant d'ordre public (Sur le refus constant du juge ordinaire, cf. CE, Sect., 11 janvier 1992, *SA Morgane*, req. n° 90.995, Rec., p. 9 (sol. impl.), *AJDA*, 1991, p. 111, chr. E. HONORAT et R. SCHWARTZ, *RFDA*, 1991, p. 652, concl. M.-D. HAGELSTEEN ; 28 juillet 1993, *Bach et autres*, req. n° 118.717, Rec., p. 237 ; 16 janvier 1995, *SARL "Constructions industrielles pour l'agriculture" (CIPA)*, req. n° 112.746, Rec., p. 35 ; Ass., 6 décembre 2002, *Maciolak*, req. n° 239.540, Rec., p. 426, *AJDA*, 2003, n° 10, p. 492, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *RDSS*, 2003, n° 1, p. 92 et *RFDA*, 2003, n° 4, p. 694, concl. P. FOMBEUR ; Sect., 15 juillet 2004, *Époux Leroy*, req. n° 242.318, Rec., p. 338, *AJDA*, 2004, n° 35, p. 1923, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *RFDA*, 2004, p. 908, concl. F. DONNAT ; encore récemment, CE, 9 novembre 2009, *M. Lebonvallet*, req. n° 326.113).

¹⁷¹³ Cf., dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 718, n° 914 ; J.-P. MAUBLANC, « La regrettable inefficacité de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) à l'égard de la sanction déguisée de l'article 1727 du CGI », *RMCUE*, 2006, n° 497 p. 247.

§ 2 : L'obligation de faire rétroagir la loi répressive plus douce

466. La rétroactivité de la loi pénale la plus douce est un principe ancien, dont le statut est cependant resté incertain jusqu'à une époque relativement récente. À la différence du principe de non-rétroactivité, la règle de la rétroactivité *in mitius* n'a longtemps bénéficié d'aucun fondement textuel. La doctrine pénaliste déduit généralement cette règle du principe fondamental de nécessité des peines, lui-même issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En vertu de ce principe, la loi pénale doit être socialement nécessaire. Dès lors qu'elle ne l'est plus, elle doit cesser d'être appliquée, y compris à l'égard des faits délictueux qui ont été antérieurement commis.

La règle de la rétroactivité *in mitius* a bénéficié d'une reconnaissance mesurée dans la période d'après-guerre¹⁷¹⁴. La Convention européenne des droits de l'homme ne le mentionne aucunement. C'est donc non sans une certaine audace que le Conseil constitutionnel a procédé à sa constitutionnalisation au moyen d'une interprétation constructive de l'article 8 de la Déclaration de 1789¹⁷¹⁵. Depuis lors, le principe de la rétroactivité *in mitius* s'est progressivement ancré dans le droit pénal interne, comme dans le droit européen. En droit français, il est désormais consacré expressément par l'article 112-1 du code pénal¹⁷¹⁶. Il a, par ailleurs, ponctuellement figuré dans des textes de droit dérivé de l'Union européenne relatifs aux sanctions administratives¹⁷¹⁷. Plus récemment, il a finalement été reconnu par la Cour de Justice en tant que principe général du droit de l'Union européenne¹⁷¹⁸, ainsi que par la Cour de Strasbourg, à partir d'une interprétation de l'article 7-1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷¹⁹. Il est également repris à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'extension des principes applicables à la matière pénale au droit public par le Conseil constitutionnel a eu pour conséquence de faire bénéficier les destinataires des lois relatives aux sanctions ayant le caractère d'une punition de la règle de la rétroactivité *in mitius*. En tant que principe à valeur constitutionnelle, celle-ci s'impose au législateur dès lors qu'il entend fixer les règles applicables à l'action répressive des autorités publiques.

La portée du principe de la rétroactivité *in mitius* en droit public est symétrique, en grande partie, à celui de non-rétroactivité. Il couvre donc l'ensemble des lois relatives aux sanctions fiscales, à la plupart des sanctions administratives, voire même à une partie des sanctions disciplinaires. De la

¹⁷¹⁴ Cf., par ex., l'art. 15, § 1, du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966. Sur ce point, voir A. DEKEUWER, « La rétroactivité *in mitius* en droit pénal, un principe encore et toujours contesté », préc.

¹⁷¹⁵ C.Const., déc. n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, préc., cons. 75 ; déc. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, préc., cons. 40.

¹⁷¹⁶ « Les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ». Sur ces différents points, voir X. SAMUEL, « L'utilisation des principes constitutionnels dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Cah. Cons. Const.*, 2009, n° 26, p. 42.

¹⁷¹⁷ Voir l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JOCE n° L 312, du 23 décembre 1995, pp. 1-4) qui stipule que « aucune sanction administrative ne peut être prononcée tant qu'un acte communautaire antérieur à l'irrégularité ne l'a pas instaurée. En cas de modification ultérieure des dispositions portant sanctions administratives et contenues dans une réglementation communautaire, les dispositions moins sévères s'appliquent rétroactivement ». Voir également l'arrêt de la CJCE du 1^{er} juillet 2004, *Gerken* (aff. C- 295/02, Rec., I, p. 6369, points 52 à 58).

¹⁷¹⁸ CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi et autres*, aff. jointes C-387, 391 et 403/02, pts. 68 et 69, Rec., I, p. 3565, *Gaz. Pal.*, 20-21 mai 2005, n° 140, p. 6, note C. SOULARD, *Europe*, 2005, n° 7, p. 12, note D. SIMON, *JCP G*, 2006, II, 10020, note O. DUBOS, *Rev. Sc. Crim.*, 2006, n° 1, p. 155, chr. L. IDOT, *RTDE*, 2005, n° 4, p. 981, note E. DIRRIG ; 8 mars 2007, *Campina*, aff. C-45/06, pt. 32, Rec., I, p. 2089 ; 11 mars 2008, *Jäger*, aff. C- 420/06, pts. 59 et 60, Rec., I, p. 1315. Sur le refus initial du juge européen, voir CJCE, 26 septembre 1996, *Allain*, aff. C-341/94, Rec., I, p. 4631.

¹⁷¹⁹ CEDH, Gr. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c/ Italie* (n° 2), préc.

même façon, son domaine est strictement entendu. L'obligation de faire rétroagir la loi en matière répressive ne concerne que les règles de fond qui présentent un caractère plus favorable que la loi ancienne pour leurs destinataires.

Néanmoins, la mise en œuvre de cette règle est parfois difficile en pratique. D'une part, l'incidence de la loi nouvelle sur la situation des personnes sanctionnées n'est pas toujours évidente à apprécier. D'autre part, l'application du principe se heurte à l'autolimitation du juge ordinaire et fait l'objet de divergences entre les deux ordres de juridiction.

La valeur constitutionnelle du principe de la rétroactivité de la loi répressive de fond plus douce est bien établie (I). En revanche, sa mise en œuvre demeure contrariée (II).

I – LA VALEUR DU PRINCIPE DE LA RETROACTIVITE DE LA LOI REPRESSIVE PLUS DOUCE

467. Malgré sa consécration en jurisprudence¹⁷²⁰ et sa large admission par la doctrine pénaliste¹⁷²¹, le statut de la règle de la rétroactivité de la loi pénale de fond plus douce – ou rétroactivité *in mitius* – est longtemps resté incertain¹⁷²². L'idée est elle-même ancienne, remontant au XIV^e siècle selon MM. Merle et Vitu¹⁷²³. La rétroactivité *in mitius* était alors conçue comme une simple « loi humaine »¹⁷²⁴ servant de correctif aux lois pénales de fond¹⁷²⁵. En l'absence de consécration par un texte de portée générale, la règle de la rétroactivité *in mitius* n'avait d'autre valeur que celle que lui conféraient quelques textes spéciaux¹⁷²⁶. Malgré cette faiblesse, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à lui reconnaître une valeur constitutionnelle¹⁷²⁷.

¹⁷²⁰ Voir, notamment, Cass. Crim., 28 fructidor an XI ; 15 mars 1810, Bull. Crim., n° 37 ; 27 février et 16 juillet 1812, Bull. Crim., n° 41 ; 1^{er} octobre 1813, S., 1814.1.16 ; 3 juin 1905, S., 1908.1.369 ; 6 mars 1920, D., 1920, I, p. 80 ; 11 mars 1942, Bull. Crim., n° 21 ; 19 juillet 1966, *Burnet*, pourv. n° 65-93.423, Bull. Crim., n° 204, *JCP G*, II, 14990, note BLOCH ; 22 janvier 1997, *Miollan et autres*, pourv. n° 95-84.636, Bull. Crim., n° 30, p. 79. Cf. CE, Avis, 28 ou 29 prairial an VIII, Rec. Duvergier, p. 245 ; Sect. 23 juillet 1976, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/ Dame Ruffenach*, req. n° 99.520, Rec., p. 361 ; Sect., Avis, 23 avril 1997, *Préfet de la Manche c/ Société Nouvelle Henry et Préfet de l'Isère c/ Société routière du Midi*, req. n° 183.689 et 183.970 (2 esp.), Rec., p. 153 et 155, *Dr. adm.*, 1997, n° 6, p. 12, note C. LAVIALLE, *Quot. Jur.*, 17 juillet 1997, n° 55, p. 2, *RFDA*, 1997, n° 3, p. 659 (contraventions de grande voirie) ; Sect., 9 décembre 1977, *De Grailly*, req. n° 97.399, Rec., p. 493, *AJDA*, 1978, n° 9, p. 493, chr. O. DUTEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU, *Rev. adm.*, 1978, p. 166, concl. J.-F. THERY (infractions aux règles de la comptabilité publique).

¹⁷²¹ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 82 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, préc., p. 293, n° 333 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, p. 343, n° 253 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 152 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 450, n° 88 ; B. BOULOC, *op. cit.*, p. 153, n° 160 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 174, n° 206. Voir également, L. BOUMAZA, « La rétroactivité '*in mitius*' : l'application d'un principe à valeur constitutionnelle dans la jurisprudence criminelle en matière économique », *RRJ*, 1991, n° 2, p. 313 et n° 3, p. 779. Voir également, J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *op. cit.*, p. 770.

¹⁷²² Pour une discussion sur la valeur de ce principe, voir G. LEVASSEUR, « Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps », in *Mélanges en hommage à J. CONSTANT*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 202 ; G. MARTY, « À propos de la prétendue rétroactivité des lois pénales plus douces. De l'effet de la modification ou de l'abrogation des décisions réglementaires taxant les prix », in *Mélanges dédiés à Monsieur le Professeur J. MAGNOL*, Paris, Sirey, 1948, p. 307.

¹⁷²³ L'auteur se réfère aux écrits de R. MALUMBRANUS, BARTOLE puis de FARINACCIUS (*Fragmenta criminalia*, n° 13 cité par R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, p. 339, n° 250 et P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 447, n° 87).

¹⁷²⁴ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 150.

¹⁷²⁵ Cette conception était exprimée dans la période moderne par l'art. 6 du décret du 23 juillet 1810.

¹⁷²⁶ Elle ne figure ni dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, ni dans l'ancien Code pénal de 1810. Malgré le silence l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne estime que l'application de cette règle n'est pas prohibée (CEDH, 27 septembre 1995, *G. c/ France*, Série A, n° 325-B, § 26 et 27). On peut en trouver une consécration éphémère dans l'article 4 al. 2 du Code pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791, ainsi que dans la loi du 25 frimaire an VII (Pour d'autres ex. de textes spéciaux, cf. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, p. 339, n° 250).

¹⁷²⁷ Cf., outre les références déjà citées, C.Const., déc. n° 90-277 DC, 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, cons. 26, Rec., p. 70, *Pouvoirs*, 1991, n° 56, p. 200, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDA*, 1991, p. 345, note J.-C. DOUENCE, *RFDC*, 1990, n° 4, p. 729, note L. FAVOREU et L. PHILIP ; déc. n° 92-305 DC, 21 février 1992, *Loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 112, Rec., p. 483, *AJJC*, 1992, p. 478, *CFP*, avril 1992, p. 14, note J.Y.R., *Gaz. Pal.*, 5-6 mai 1993, n° 125-126, p. 7, note T. S. RENOUX,

468. La constitutionnalisation du principe de la rétroactivité *in mitius* supposait de conférer à une construction principalement jurisprudentielle et doctrinale un fondement tiré du droit positif. Adoptant une interprétation extensive de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel a rattaché la rétroactivité *in mitius* à l'exigence constitutionnelle de la nécessité des peines¹⁷²⁸, dont elle constitue désormais un corollaire.

En vertu de ce principe, la loi pénale ne peut exister que si elle répond à un besoin de protection de la sécurité publique, c'est-à-dire à une nécessité sociale. Lorsque cette dernière n'est plus avérée, la loi pénale perd sa raison d'être et doit cesser d'être appliquée. Partant, la société n'a aucun intérêt à continuer à appliquer une disposition dont le caractère trop rigoureux a appelé un changement de législation. Par conséquent, la loi pénale ancienne jugée trop sévère doit disparaître pour laisser la place, le cas échéant, à la loi pénale nouvelle plus favorable, réputée meilleure.

469. Cet argument tiré de l'intérêt général reste cependant insuffisant pour expliquer la règle de la rétroactivité *in mitius*, compte tenu de ce qu'il peut tout autant servir de fondement à la rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus rigoureuse¹⁷²⁹. Outre le fait que, contrairement à la loi pénale plus sévère, la loi pénale plus douce ne menace nullement la liberté individuelle, la doctrine a complété le raisonnement de la Haute juridiction en recourant à un second argument tiré du caractère favorable de la loi nouvelle pour les intérêts privés. L'application de la loi nouvelle plus douce bénéficie principalement à ses destinataires et ne nuit, en pratique, à personne¹⁷³⁰. La rétroactivité étant pleinement dans l'intérêt de la personne poursuivie et ne préjudiciant à aucune autre, il serait illogique de continuer à appliquer la loi la plus sévère¹⁷³¹.

470. Disposant d'un fondement autonome, le principe de la rétroactivité *in mitius* ne constitue donc pas une exception au principe de non-rétroactivité de la loi pénale¹⁷³². Du point de vue des principes régissant l'application de la loi pénale dans le temps, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et celui de la rétroactivité de la loi pénale plus douce sont à placer sur le même plan¹⁷³³.

471. En revanche, le juge constitutionnel n'a pas explicitement rangé le principe de la rétroactivité *in mitius* parmi les principes communs de la répression¹⁷³⁴. Néanmoins, il ne fait aucun doute que ce principe en fasse partie, au moins en tant que corollaire du principe de nécessité des délits et des peines. En tant que tel, sa portée s'étend, en droit public, à l'ensemble des lois de fond relatives aux sanctions présentant le caractère d'une punition.

Pouvoirs, 1992, n° 62, p. 174, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDPC*, 1992, p. 389, note F. LUCHAIRE, *RFDC*, 1992, n° 10, p. 318, note T. S. RENOUX ; déc. n° 93-327 DC, 19 novembre 1993, préc., cons. 15.

¹⁷²⁸ Cette corrélation n'est, au demeurant, pas réellement novatrice, la doctrine pénaliste ayant auparavant développé un raisonnement similaire (G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Paris, Rousseau & Cie, 9^e éd., 1949, n° 900).

¹⁷²⁹ Au demeurant, il est possible de considérer que l'atteinte à la sécurité et à la liberté des personnes empêcherait, en tout état de cause, l'application rétroactive de la loi d'incrimination plus sévère. Sur cette question, voir P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 453, n° 88 ; A. VITU, *Des conflits de lois dans le temps en droit pénal*, thèse Nancy, 1945, p. 52.

¹⁷³⁰ Selon la formule de J. HÉRON, *op. cit.*, p. 64, n° 68.

¹⁷³¹ De surcroît, ce serait faire jouer le principe de non-rétroactivité à rebours de son fondement en droit pénal, la protection de l'individu. Sur l'ensemble de la question, voir R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, p. 353, n° 260 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 174, n° 206 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 152.

¹⁷³² Pour une critique du principe de nécessité des peines en tant que fondement constitutionnel de la rétroactivité *in mitius*, cf. A. DEKEUWER, « La rétroactivité *in mitius* en droit pénal. Un principe encore et toujours contesté ! », *JCP G*, I, 1997, n° 48, 4065 ; F. LOLOUM et P. NGUYEN HUU, « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », *Rev. Sc. Crim.*, 1987, p. 565 ; D. MAYER, « L'apport du droit constitutionnel et les réformes au droit pénal en France », *Rev. Sc. Crim.*, 1988, p. 439 ; N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1998, p. 200.

¹⁷³³ C'est également ce qui ressort des stipulations de l'article 15-1 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques. Voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, p. 294, n° 335 ; A. HUET, « Une méconnaissance du droit international (à propos de la rétroactivité *in mitius*) », *JCP G*, 1987, I, n° 29-30, 3293 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., p. 86, n° 76.

¹⁷³⁴ G. DELLIS, thèse préc., p. 290, n° 404.

II – LA PORTEE DU PRINCIPE DE LA RETROACTIVITE DE LA LOI REPRESSIVE PLUS DOUCE EN DROIT PUBLIC

472. L'enracinement du principe de la rétroactivité de la loi répressive plus douce en droit français, à travers sa constitutionnalisation prétorienne, invite à lui conférer la portée la plus large. Néanmoins, son contenu même continue de faire l'objet de controverses.

Longtemps écartée¹⁷³⁵, l'application du principe de la rétroactivité de la loi répressive plus douce a été, dans un premier temps, limitée à la compétence reconnue au juge administratif en matière pénale¹⁷³⁶. À la faveur du développement de la matière répressive par la jurisprudence constitutionnelle, la portée de la règle de la rétroactivité *in mitius* a été étendue à l'ensemble des règles relatives aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Par effet mécanique, l'application des exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 aux sanctions administratives emportait celle du principe de nécessité des peines. Ce dernier fondant la rétroactivité *in mitius*, il entraînait, à son tour, la pleine applicabilité de cette règle aux sanctions administratives¹⁷³⁷.

Reprenant à son compte le raisonnement du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a, à son tour, reçu le principe de la rétroactivité *in mitius* fondé sur le principe de nécessité des délits et des peines¹⁷³⁸ pour l'appliquer aux sanctions administratives¹⁷³⁹ et, plus récemment, aux pénalités fiscales¹⁷⁴⁰. La Cour de cassation l'avait, au demeurant, déjà précédé en acceptant d'appliquer le principe de la rétroactivité *in mitius* aux pénalités fiscales et douanières¹⁷⁴¹. En dernier lieu, la haute

¹⁷³⁵ Si ce n'est un avis fort ancien du Conseil d'État (CE, Avis, 29 prairial an VIII, préc.). Sur le constat de l'absence d'application de ce principe en droit administratif répressif, cf. J. MOURGEON, thèse préc., p. 118, n° 88.

¹⁷³⁶ CE, Sect. 23 juillet 1976, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/ Dame Ruffenach*, préc. ; Sect., Avis, 23 avril 1997, *Préfet de la Manche c/ Société Nouvelle Henry et Préfet de l'Isère c/ Société routière du Midi*, préc. Voir également, CE, Sect., 9 décembre 1977, *De Grailly*, préc.

¹⁷³⁷ Cf., respectivement, C.Const., déc. n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, préc., cons. 15 ; déc. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, préc., cons. 40 ; déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, préc., cons. 30).

¹⁷³⁸ CE, Ass. Gén., Avis, 27 mai 1993, préc. ; 17 mars 1997, *Office des migrations internationales (OMI)*, préc. ; Sect., 28 juillet 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouët*, req. n° 188.973, Rec., p. 257, *AJDA*, 1999, n° 10, p. 783, chr. P. FOMBEUR et M. GUYOMAR, *LPA*, 8 décembre 1999, n° 244, p. 9, concl. J.-C. BONICHOT (contribution spéciale due à raison de l'emploi irrégulier d'un travailleur étranger).

¹⁷³⁹ CE, Ass., Avis, 27 mai 1993, préc. ; 17 mars 1997, *Office des migrations internationales*, préc.

¹⁷⁴⁰ CE, Sect., Avis, 5 avril 1996, *Houdmond*, préc. ; 20 novembre 1996, *Ministre c/ Aucouturier*, req. n° 156.534, *DF*, 1997, n° 25, comm. 700, *RJF*, 1997, n° 1, comm. 28 ; 27 février 1998, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Vanadia*, req. n° 177.991, Rec., T., p. 849, *RDF*, 1998, n° 23, comm. 516, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *RJF*, 1998, n° 4, comm. 425 ; 10 décembre 1999, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ SARL Boulangerie Auvergnate*, req. n° 180.691, *RDF*, 2000, n° 17, comm. 364 ; 2 juillet 2001, *Baudin*, req. n° 211.690, *RJF*, 2001, comm. 1288 (pénalités pour mauvaise foi) ; 8 juillet 1998, *SARL Ambulances centrales*, req. n° 184.215, *BDCF*, 1998, n° 4, p. 95, concl. G. BACHELIER, *RDF*, 1998, comm. 984, *RJF*, 1998, n° 8-9, comm. 942 ; 3 décembre 1999, *Makarjian*, req. n° 162.925, Rec., T., p. 971, *JCP E*, 2000, n° 51-52, p. 2058 ; 27 mars 2000, *SARL Maurel et fils*, req. n° 187.703, Rec., T., p. 931, *RJF*, 2001, comm. 700 (pénalités pour distribution occulte) ; 16 février 2000, *Ministre du Budget c/ Époux Keslassy, SARL Véronique Ben, et Alet*, req. n° 143.839, 161.125 et 180.643 (3 esp.), Rec., T., p. 931, *BDCF*, 2000, n° 4, p. 54, concl. G. BACHELIER, *RDF*, 2000, n° 37, comm. 671, *RJF*, 2000, n° 4, comm. 530 (pénalités pour manœuvres frauduleuses) ; 26 septembre 2001, *SARL Espace Loisirs*, req. n° 208.238, Rec., p. 430, *RDF*, 2002, n° 25, comm. 536, concl. G. BACHELIER ; 26 décembre 2008, *Gonzalez-Castrillo*, préc. (pénalités pour opposition à contrôle fiscal) ; 29 juillet 1998, *Consorts Ghiglione*, req. n° 172.175, *RJF*, 1998, n° 10, comm. 1145 ; 2 juin 1999, *Moracchini*, req. n° 193.824, *RJF*, 1999, n° 7, comm. 917 ; 22 mai 2002, *Auter*, req. n° 224.382, *RJF*, 2002, comm. 1213 ; 28 octobre 2002, *SARL Lobelle*, préc. (pénalités pour défaut ou retard de déclaration) ; 23 avril 2008, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c/ Société Bisico France*, préc. (amende pour défaut de retenues à la source) ; Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, préc. (amende pour paiement en espèces de certaines créances). Sur le refus initial, cf. CE, 30 juin 1971, *Dame Veuve Brault*, req. n° 77.252 et 77.630, Rec., p. 494 ; 10 mai 1972, *Société centrale d'achats des spécialités de l'habillement et de la nouveauté*, req. n° 78.418, Rec., p. 354 (sol. impl.) ; Sect., 5 octobre 1973, *Société X...*, req. n° 82.836, Rec., p. 546, *DF*, 1974, n° 3, comm. 36, concl. D. MANDELKERN.

¹⁷⁴¹ Cass. Crim., 9 novembre 1978, *Doumeng*, pourv. n° 76-91.801, Bull. Crim., n° 310, p. 795 ; 6 juin 1988, *Delga*, préc. ; 3 novembre 1988, *Société Romax et autre*, préc. ; 28 novembre 1988, *Lantoin*, préc. ; 13 novembre 1989, *Nezzam*, pourv. n° 87-82.593, Bull. Crim., n° 409, p. 989 ; 22 juin 1992, *Mme Dupart-Cachera*, pourv. n° 89-86.952, Bull. Crim., n° 247, p. 676 (sol. impl.) ; 8 mars 1993, *Marmillot*, pourv. n° 91-86.609, Bull. Crim., n° 103, p. 246, *RJF*, 1993, n° 1498 ; 28 novembre 1996, *Administration des Douanes c/ Guilbert*, préc. ; 6 février 1997, *Koestner*, préc. ; 20 mars 1997, *Boulot et Carton*, préc. ; 13 décembre

juridiction administrative est revenue sur sa jurisprudence traditionnelle en matière de sanctions disciplinaires. En raison de son caractère autonome, le droit disciplinaire n'est pas soumis au respect des principes communs de la répression¹⁷⁴². Si ce principe d'exclusion demeure, le Conseil d'État a néanmoins accepté de les appliquer aux sanctions professionnelles à caractère disciplinaire¹⁷⁴³. Partant, il faut considérer que le principe de la rétroactivité *in mitius* est applicable aux lois fixant les règles en la matière.

La détermination du champ d'application de la règle de la rétroactivité *in mitius* diffère peu de celle du principe de non-rétroactivité. Elle rencontre donc les mêmes difficultés d'appréciation (A). Sa mise en œuvre est également contrariée, alors même qu'elle bénéficie d'un statut contentieux renforcé (B).

A/ La délimitation du champ d'application du principe de la rétroactivité 'in mitius'

473. La délimitation du champ d'application du principe de la rétroactivité *in mitius* s'effectue, en grande partie, de manière symétrique par rapport à celle du principe de non-rétroactivité en matière répressive. Elle rencontre une double difficulté. La première est propre à la règle de la rétroactivité *in mitius* et a déjà été évoquée. Elle se rapporte à son champ d'application temporel. Une partie de la doctrine, suivie en cela par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du juge judiciaire, considère qu'il s'agit d'un cas d'application immédiate, donc non rétroactive, de la loi nouvelle, ce qui est contestable. La seconde concerne le champ d'application matériel du principe. À l'instar de ce qui se passe pour le principe de non-rétroactivité, l'appréciation du caractère plus ou moins favorable de la loi nouvelle n'est pas toujours évidente en pratique.

474. Le champ d'application temporel du principe. Paragraphe de renvoi. La signification de la règle de la rétroactivité *in mitius* étant sujette à controverses, le champ d'application dans le temps qu'il convient de lui conférer apparaît, à première vue, incertain. En effet, une partie de la doctrine publiciste, sous l'influence des idées du Doyen Roubier, se réfère au principe de l'application immédiate de la loi répressive plus douce, estimant que la situation du délinquant n'est constituée qu'au jour du jugement. Comme il a été montré plus tôt, c'est bien là de rétroactivité qu'il s'agit, l'application dans le temps des textes répressifs devant être déterminée par rapport à la date de commission de l'infraction. Toutefois, cette manière de voir n'est pas partagée par les juridictions répressives et le Conseil constitutionnel. Quant à la jurisprudence du Conseil d'État, elle semble davantage favorable à la thèse de la rétroactivité de la loi répressive de fond plus douce s'être rangé à cette analyse¹⁷⁴⁴.

475. Le champ d'application matériel du principe. Paragraphe de renvoi. Déterminé par la même notion, le champ d'application du principe de la rétroactivité *in mitius* est en grande partie

2000, *De Clausel de Coussergues, Juselet et autres*, préc. Sur l'ensemble de la question cf. S. VERCLYTTE, « Application de la loi fiscale dans le temps : une décennie riche d'évolutions », *RJF*, 1998, n° 6, p. 460.

¹⁷⁴² CE, 8 novembre 1999, *Guiton*, req. n° 191.630, Rec., T., p. 1000. Voir cependant, s'agissant d'une sanction disciplinaire ayant un caractère automatique, CAA Lyon, Plén., 6 juillet 2005, *La Poste c/ Genot*, req. n° 00LY00058, Rec., p. 621, *AJDA*, 2005, n° 43, p. 2407, concl. É. KOLBERT.

¹⁷⁴³ CE, Sect., 12 octobre 2009, *Petit*, préc.

¹⁷⁴⁴ Sur l'ensemble de ces points, cf. plus haut, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I, § 2.

identique à celui de la non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère. En effet, deux des trois critères retenus pour délimiter le champ d'application du second se retrouve pour fixer celui du premier.

D'abord, ce principe concerne, en droit public, uniquement les lois qui régissent les sanctions administratives et fiscales présentant le caractère d'une punition¹⁷⁴⁵. Il faut également considérer, en vertu de la jurisprudence *Petit* évoquée plus tôt, que les règles relatives aux sanctions professionnelles revêtant un caractère disciplinaire bénéficient désormais de la règle de la rétroactivité *in mitius*.

Ensuite, le domaine de la rétroactivité *in mitius* se limite aux seules lois répressive de fond, à l'exclusion des lois de forme et de procédure. Il s'ensuit qu'en présence de textes incriminant un fait mixte¹⁷⁴⁶, la règle de la rétroactivité *in mitius* ne s'applique qu'à la partie répressive de ceux-ci. De même, elle ne peut jouer que pour les conséquences répressives des textes procédant à une incrimination indirecte¹⁷⁴⁷.

En revanche, le dernier critère attaché à la sévérité de la règle répressive de fond est propre à chacun des deux principes.

476. La détermination du caractère plus doux de la règle répressive de fond. Le principe de la rétroactivité *in mitius* n'est applicable qu'en présence d'une disposition ayant pour effet d'adoucir la répression par rapport à la législation antérieurement applicable. L'évaluation du caractère plus doux d'une disposition procède, symétriquement à celle de son caractère plus sévère, de la comparaison entre les dispositifs ancien et nouveau.

En matière d'incrimination, doit être regardé comme moins sévère le texte qui transforme une sanction pénale en sanction administrative¹⁷⁴⁸ ou qui réduit le champ d'application d'une sanction administrative existante. Le principe de la rétroactivité *in mitius* autorise alors que les faits répréhensibles en application des textes antérieurs ne soient plus réprimés, alors même qu'ils se seraient

¹⁷⁴⁵ Voir, plus haut, p. 365 et s., n° 454 et s. Sont ainsi exclues du champ d'application du principe de la rétroactivité *in mitius*, les règles applicables aux mesures ne présentant pas le caractère d'une punition (cf., par ex., la règle de l'imposition immédiate de la plus-value en cas d'omission de déclaration par le contribuable prévue à l'article 112 octies du CGI, CE, 16 mars 2009, *Gumuschián*, req. n° 304.749, Rec., T., p. 719, *JCP E*, 2009, 1535, note D. F., *RDF*, 2009, n° 18, p. 15, concl. N. ESCAUT), telles les mesures de police administrative. Ainsi, les règles organisant l'expulsion des étrangers du territoire français sont immédiatement applicables, quelle que soit la date des condamnations retenues contre les intéressés (CE, 21 novembre 1986, *Hamel*, req. n° 65.128, *Dr. adm.*, 1987, n° 33 (sol. impl.) ; 20 janvier 1988, *Ministre de l'intérieur c/ Elfenzi*, préc. ; 23 septembre 1988, *Ministre de l'Intérieur c/ Oukoulou*, req. n° 89.871, *RDP*, 1990, p. 892 ; 21 octobre 1988, *Ministre de l'Intérieur c/ Campopiano, Kari et Missaoui*, req. n° 90.239, 92.623 et 92.800 (3 esp.) ; 15 mars 1989, *Ministre de l'Intérieur c/ Guerfi et Boufassa*, req. n° 90.429 et 90.430 (2 esp.) ; 15 janvier 1990, *Ministre de l'Intérieur c/ Mansouri*, req. n° 99.357 ; 23 février 1990, *Ministre de l'Intérieur c/ Benhamed*, req. n° 95.482 ; 7 novembre 1990, *Ministre de l'Intérieur c/ Harrou*, req. n° 95.346, *AJDA*, 1991, p. 49, concl. R. ABRAHAM ; 9 janvier 1991, *Aouad*, req. n° 115.846, Rec., p. 9 ; 19 juillet 1991, *Drider*, req. n° 96.818, *RDP*, 1992, p. 1185). En matière fiscale, les intérêts de retard en sont également exclus, dès lors qu'ils présentent le caractère d'une réparation pécuniaire (CE, Sect., Avis, 5 avril 1996, *M. Guy Houdmond*, préc. ; 2 juillet 2001, *Baudin*, préc.).

¹⁷⁴⁶ Cf., plus haut, p. 367, n° 458.

¹⁷⁴⁷ Cf., plus haut, p. 371, n° 461. On peut mentionner à nouveau l'exemple bien connu de la sanction pénale pour méconnaissance de la réglementation de police (art. R. 610-5 du nouveau Code pénal). Après avoir refusé d'appliquer rétroactivement des textes fiscaux et économiques ayant des répercussions répressives plus favorables (CE, 21 octobre 1949, *Verdier*, Rec., p. 428 ; 20 avril 1951, req. n° 95.335, Rec., p. 200 ; 11 juillet 1952, *Société Robert Brousse et fils*, req. n° 87.878, Rec., p. 373 ; 11 février 1953, *Société Enduitoit*, Rec., T., p. 633), le Conseil d'État semble avoir modifié sa position (CE, 17 mars 1997, *Office des migrations internationales (OMI)*, préc.). Sur cette question, cf. l'analyse de J. PETIT, thèse préc., pp. 246-251, n° 519-529 : suivant la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. Crim., 25 janvier 1988, *Vachez*, pourv. n° 86-93.104, Bull. Crim., n° 33, p. 87 ; 10 octobre 1988, *Fauquembergue*, pourv. n° 87-81.854, Bull. Crim., n° 335, p. 899 ; 22 janvier 1990, *Schandalow et autres*, pourv. n° 89-81.009, Bull. Crim., n° 36, p. 89 ; 7 juin 1990, *Delfolie et Administration des douanes*, pourv. n° 89-83.815, Bull. Crim., n° 232, p. 593, *D.*, 1990, p. 584, note J. PANNIER et 1991, *SC*, p. 172, *Gaz. Pal.*, 16-18 septembre 1990, note D. BAYET), l'auteur considère que le principe de rétroactivité *in mitius* devrait néanmoins se limiter aux règles qui sont le « support nécessaire » de l'infraction à l'exclusion de celles qui se bornent à concrétiser une infraction existante. Par ex., l'abrogation d'une imposition ne fait pas pour autant disparaître l'incrimination de certains comportements du contribuable, tels la mauvaise foi ou la fraude, laquelle est applicable à tout impôt (cf. dans le même sens, J. CARBAJO, thèse préc., pp. 124-127).

¹⁷⁴⁸ CE, 28 novembre 2008, *SCEA de Calot et autres*, req. n° 295.847, Rec., T., p. 904 (sol. impl.).

produit antérieurement à la date de publication des nouvelles dispositions. Il en va de même du texte qui abroge une incrimination antérieure¹⁷⁴⁹. Toutefois, la jurisprudence administrative est venue poser une limite à l'extension au passé de l'effet de l'abrogation d'une sanction administrative antérieure sur le fondement de la règle de la rétroactivité *in mitius*. Conformément à la logique gouvernant l'exigence de nécessité de la répression, le Conseil d'État a estimé que cette règle ne pouvait jouer dans le cas où la suppression d'une sanction, par voie de conséquence de la disparition de l'obligation fiscale dont elle vise à assurer le respect, ne résulte pas de ce qu'elle aurait été jugée inutile ou excessive¹⁷⁵⁰.

S'agissant des peines, le texte qui diminue le tarif¹⁷⁵¹, abaisse les limites inférieures et/ou supérieures¹⁷⁵² de la peine encourue sous l'empire du texte ancien ou assouplit les modalités de fixation de son montant¹⁷⁵³ présente un caractère moins sévère et doit, en conséquence, s'appliquer aux infractions commises antérieurement à la date de sa publication.

477. Néanmoins, le caractère plus doux d'un texte répressif n'est pas toujours évident à établir, en particulier en présence de lois complexes, c'est-à-dire comportant à la fois des mesures plus sévères et moins sévères¹⁷⁵⁴. Dans un tel cas de figure, le juge administratif, plutôt que de comparer *in abstracto* la sévérité respective des deux textes successifs, adopte une méthode d'analyse analytique et *in concreto*. Celle-ci consiste à prendre en considération l'ensemble des effets de la nouvelle loi et de la loi ancienne et à les comparer dans chacun de leurs éléments, de manière séparée et indépendante. Le but poursuivi est de faire bénéficier rétroactivement au contrevenant de tous les éléments nouveaux dans ce qu'ils ont

¹⁷⁴⁹ CE, Sect., 9 décembre 1997, *De Grailly*, préc. ; Sect., Avis, 23 avril 1997, *Préfet de l'Isère contre Société routière du Midi et Préfet de la Manche c/ Société Nouvelle Henry*, préc. ; Comp. CE, 17 mars 1997, *Office des migrations internationales*, préc. L'ordonnance du 7 décembre 2005 déjà citée a supprimé plusieurs pénalités fiscales spécifiques (cf., parmi de nombreux ex., les anciens art. 1740-2 du CGI : amende pour renseignements insuffisants ou inexacts lors de la constitution du casier fiscal ; art. 1756 ter et 1756 septies du CGI : amende pour non respect des engagements envers l'État des sociétés financières d'innovation ; art. 1758 ter : majoration pour insuffisance de versement de taxe d'apprentissage ; art. 1762 quinies et 1787 du CGI : majorations pour remboursements indus de créances de report en arrière de déficit et des remboursements indus de crédits de TVA ; art. 1764 du CGI : amende pour prise en charge illicite de la retenue à la source sur les dividendes ; art. 1768 du CGI : amende pour défaut de retenue à la source sur les BNC, salaires et droits d'auteur). Cf. également, sur la suppression de la pénalité pour défaut de retenue à la source sur les BNC, salaires et droits d'auteur prévue à l'ancien article 1726 du CGI, CE, 23 avril 2008, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c/ Société Bisico France*, préc. ; sur l'abrogation de la majoration de 80 % encourue en cas de non dépôt d'une déclaration dans les trente jours d'une deuxième mise en demeure, CE, 6 juin 2007, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Lemarinier*, préc. Pour un ex. en dehors de la matière fiscale, cf. CE, 16 novembre 2009, *Moreau*, préc.

¹⁷⁵⁰ CE, Sect., 16 juillet 2010, *Colomb*, req. n° 294.239, Rec., p. 298, concl. C. LEGRAS, *AJDA*, 2010, n° 26, p. 1452, *BDCF*, 2011, n° 1, p. 44, concl. C. LEGRAS, *JCP G*, 2010, n° 44, p. 2067, note D. COSTA, *RDF*, 2010, n° 41, p. 49.

¹⁷⁵¹ L'article 13 de l'ordonnance du 7 décembre 2005 a diminué le taux de la majoration pour opposition à contrôle fiscal prévue à l'ancien article 1732 du CGI et transférée au nouvel article 1730 de 150 % à 100 % (CE, 26 décembre 2008, *Gonzalez-Castrillo*, préc.), ainsi que celui de l'amende applicable aux tiers déclarants en ce qui concerne les revenus de capitaux mobiliers prévue à l'ancien article 1736 et figurant désormais à l'article 1768 bis 1 de 80 % à 50 %. Sur la diminution du taux de la majoration de 300 % à 150 % de la TVA due en cas d'opposition à contrôle fiscal déjà réalisée par la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987, dite « Aicardi », modifiant les procédures fiscales et douanières (JORF du 9 juillet 1987, p. 7470 ; anciens art. 1733-2 et 1731 du CGI transférés à l'art. 1730 en 1987, puis au nouvel art. 1732 à compter du 1^{er} janvier 2006), voir CE, 26 septembre 2001, *SARL Espace Loisirs*, préc. Pour d'autres ex., cf. CE, 8 juillet 1998, *SARL Ambulances centrales*, préc. ; 22 mai 2002, *Auter*, préc. ; 28 octobre 2002, *SARL Lobelle*, préc. (art. 1763 A du CGI transféré aux art. 1759 et 1754 V-3 nouveau du même code) ; 27 juillet 2009, *Caisse inter fédérale du Crédit Mutuel*, req. n° 295.358, Rec., T., p. 621 et, du même jour, *Conforama Holging SA*, req. n° 295.805, *BDCF*, 2009, n° 12, p. 46 et *RDF*, 2009, n° 42, p. 31, concl. E. GLASER, *JCP E*, 2009, n° 44-45, p. 49, note D. F. (réduction du taux de 80 à 40% de la pénalité pour abus de droit prévue à l'art. 1729 du CGI).

¹⁷⁵² Qu'il s'agisse de créer ou d'abaisser le maximum ou de supprimer ou d'abaisser le minimum entre lesquels l'autorité répressive doit choisir. Par ex., l'ordonnance du 7 décembre 2005 supprime les aggravations après mise en demeure de l'amende due pour non dépôt de documents devant être remis à l'administration fiscale, en même temps qu'elle plafonne, pour la première fois, à 10 000 € le montant cumulé des amendes dues en cas d'omission ou d'inexactitude dans ces documents (art. 1726 devenu l'art. 1729 B du CGI). Elle a également supprimé le minimum de l'amende due en cas d'inobservation des obligations imposées aux dépositaires de titres après ouverture d'une succession (art. 1832 devenu l'art. 1826 du CGI), lequel était fixé auparavant à 1,5 €.

¹⁷⁵³ Le texte qui confère à l'autorité chargée de la répression un pouvoir de modulation en fonction des circonstances d'une amende, dont le régime antérieur était caractérisé par sa totale inflexibilité, ne peut être regardé que comme moins sévère, alors même que son plafond n'a pas été modifié (CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, préc.).

¹⁷⁵⁴ Sur cette question, voir J. PETIT, thèse préc., p. 255, n° 537.

de plus favorable que les précédents. Cette application distributive n'est toutefois possible que si les dispositions de la loi répressive sont divisibles.

478. Deux exemples permettront d'illustrer la méthode suivie par le juge administratif pour déterminer le caractère plus doux d'une loi complexe.

Le premier concerne les amendes fiscales. L'article 1736-I-1 du CGI est venu remplacer l'ancien article 1768 *bis* du même code qui réprimait les omissions ou inexactitudes déclaratives en matière de revenus de capitaux mobiliers¹⁷⁵⁵. Le nouveau texte a apporté deux modifications au régime antérieur. D'abord, le taux de l'amende est passé de 80 à 50 %. Ensuite, l'amende forfaitaire antérieurement prévue en cas de première infraction est supprimée. Enfin, la cause exonératoire en cas d'accomplissement de l'obligation déclarative par le contribuable contrevenant à l'intérieur du délai de reprise est maintenue. La première mesure adoucit la répression, la seconde la durcit indéniablement, tandis que la troisième reste neutre.

Le juge n'appréciera pas globalement les effets du texte en vue de déterminer s'il est principalement plus doux mais se livrera à une comparaison autonome et sélective de chaque disposition. En d'autres termes, il va régler le sort de chaque élément, mesure par mesure, de manière indépendante par rapport au reste du texte. Au cas d'espèce, après s'être interrogé sur la possibilité d'exonérer le primo-contrevenant, le juge devra rechercher si ce dernier est susceptible de bénéficier de l'amende forfaitaire prévue par le texte ancien et, dans la négative, prononcera l'amende en faisant application du taux fixé par le texte nouveau¹⁷⁵⁶.

Le second exemple se rapporte aux majorations d'imposition. Antérieurement à la réforme introduite par l'ordonnance du 7 décembre 2005, l'évaluation de la sévérité des textes relatifs aux majorations d'imposition n'était pas aisée, compte tenu de ce que la quotité de certaines d'entre elles se partageait entre réparation et répression. En vue de déterminer s'il y avait lieu de faire jouer la règle de la rétroactivité *in mitius* en faveur de la personne réprimée, le juge administratif se livrait à une comparaison des sanctions applicables en prenant en considération, non le montant total des sommes mises à la charge du contrevenant, mais le montant de chaque majoration retranché de la fraction correspondant à la réparation qu'aurait versée le contribuable en l'absence de toute infraction, telle le versement d'intérêts de retard. La mise en jeu de la règle de la rétroactivité *in mitius* est donc subordonnée à la condition que le montant de la majoration ancienne, après défalcation des intérêts de retard encourus en son absence, excède celui de la majoration nouvelle.

Une telle solution se justifie pleinement au plan des principes, dès lors que, comme on l'a vu, les intérêts de retard ne poursuivent aucune finalité punitive. Toutefois, cette manière de procéder a pu déboucher, en pratique, sur des situations paradoxales. Dans certains cas, elle conduit au maintien de l'ancienne majoration, alors même que l'application de la nouvelle majoration se serait avérée globalement plus favorable pour le contrevenant, compte tenu de ce que le montant total des sommes, pénalités et intérêts, qu'il aurait supporté demeurerait inférieur à celui résultant de l'application de l'ancien régime¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵⁵ CE, 27 mai 2009, *SNC Saint-Honoré*, req. n° 307.957, Rec., T., p. 696, *BDCF*, 2009, n° 8-9, p. 57 et *RDF*, 2009, n° 28, p. 43, concl. C. LEGRAS.

¹⁷⁵⁶ Sur ces différents points, voir C. LEGRAS, concl. sur CE, 27 mai 2009, *SNC Saint-Honoré*, préc., *RDF*, 2009, n° 28, p. 43.

¹⁷⁵⁷ CE, Sect., Avis, *Houdmond*, préc. ; 27 février 1998, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Vanadia*, préc. ; 29 juillet 1998, *Ghiglione*, préc. ; 2 juin 1999, *Moracchini*, préc. ; 10 décembre 1999, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ SARL Boulangerie Auvergnate*, préc. ; 26 septembre 2001, *SARL Espace Loisirs*, préc. ; 22 mai 2002, *Auter*, préc. ; 28 octobre 2002, *SARL Lobelle*, préc. Voir également, C. LEGRAS, concl. préc.

479. En présence d'une loi répressive complexe dont les dispositions forment un tout indivisible, le juge administratif en revient à une méthode synthétique. Lorsque les différents éléments répressifs ne sauraient être séparés les uns des autres, le juge s'attache à apprécier si, pris dans leur ensemble, ils s'avèrent ou non plus favorables pour la situation du délinquant que ne l'était globalement le texte précédent. S'il résulte de cet examen que la loi nouvelle est jugée plus douce que la loi ancienne, elle sera appliquée dans toutes ses dispositions¹⁷⁵⁸.

Outre la complexité de l'appréciation concrète des critères présidant à sa mise en œuvre, la règle de la rétroactivité *in mitius* connaît une application pour le moins contrariée en droit public.

B/ La mise en œuvre contrariée du principe de la rétroactivité 'in mitius'

480. La valeur constitutionnelle reconnue au principe de la rétroactivité *in mitius* garantit, à première vue, l'application la plus large de la loi répressive de fond nouvelle, dès lors qu'elle est jugée plus favorable que l'ancienne. Néanmoins, cette règle connaît, en pratique, une mise en œuvre contrariée devant le juge administratif et ce, à un triple titre.

L'efficacité contentieuse du principe est garantie par le caractère d'ordre public du moyen qui est tiré de son respect. Or, l'obligation de soulever d'office ce moyen ne s'impose que partiellement au juge fiscal. De surcroît, la durée du bénéfice de la règle de la rétroactivité *in mitius* n'est pas la même selon que l'on se trouve devant le juge judiciaire ou son homologue administratif. Si le premier accepte de faire jouer le principe de la rétroactivité *in mitius* au stade de la cassation, le second s'y refuse. De manière générale, l'efficacité du principe à valeur constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius* connaît une limite traditionnelle devant le juge ordinaire avec la théorie de l'« écran législatif ».

481. À titre liminaire, il convient de rappeler que le droit public présente une particularité par rapport au droit pénal, tenant à ce que le pouvoir de sanction est souvent confié à une autorité administrative. Partant, on est tenté de considérer que c'est au jour où cette dernière se prononce sur les faits incriminés qu'il convient de se placer pour savoir si le délinquant peut bénéficier de la loi nouvelle plus douce¹⁷⁵⁹. L'idée même de rétroactivité de la règle répressive plus douce s'oppose, comme on l'a vu, à un tel raisonnement. Ayant vocation à régir les éléments constitutifs de l'infraction et non pas l'action répressive de l'autorité qui en est chargée¹⁷⁶⁰, la règle répressive plus douce dispose d'un champ d'application qui reste indifférent au prononcé de la sanction. Un même raisonnement peut être tenu s'agissant du contrôle de la légalité de la sanction effectué par le juge de plein contentieux, la loi plus douce étant rétroactivement intervenue sur le litige¹⁷⁶¹. Il s'ensuit que les organes d'application du droit

¹⁷⁵⁸ La jurisprudence judiciaire va également dans ce sens. En cas de divisibilité de la loi pénale, le juge traite chaque disposition de manière séparée et autonome, tandis qu'en cas d'indivisibilité du dispositif répressif, il ne tient compte que de la disposition principale, en tant qu'elle imprime son caractère à l'ensemble du texte ou procède à une appréciation globale de ce dernier. Cf., notamment, Cass. Crim., 6 mai 1942, *Desroziers*, *JCP G*, 1942, II, 1910 ; 3 décembre 1942, Bull. Crim., n° 119, p. 206 ; 5 juin 1971, *Martin, Soutanian et Santiago*, pourv. n° 70-92.735, Bull. Crim., n° 180, p. 451, *JCP G*, 1972, II, 17039, note A. VITU ; 6 juin 1974, *Dijan*, Bull. Crim., n° 207. Sur cette question, voir F. DESPORTES et F. LE GUNÉHEC, *op. cit.*, p. 311, n° 349 ; W. JEANDIDIER, « Application de la loi pénale dans le temps », *J.-Cl. Pén.*, fasc. 20, 2005, p. 11, n° 64 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 179, n° 210 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2007, n° 11, p. 148, comm. A. VITU ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 153.

¹⁷⁵⁹ Pour un exposé critique, voir J. PETIT, thèse préc., p. 153, n° 322, p. 162, n° 342 et p. 252, n° 532 ; G. JÈZE, « Le fait générateur de l'impôt », préc., p. 621.

¹⁷⁶⁰ Les organes d'application du droit ne sont pas les destinataires de la loi répressive plus douce. Cf., plus haut, p. 77, n° 112.

¹⁷⁶¹ Longtemps partagé entre le plein contentieux et l'excès de pouvoir (cf., par ex., CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, req. n° 112.820, Rec., p. 70, *AJDA*, 1991, n° 5, p. 358, chr. R. SCHWARTZ et C. MAUGÛÉ, *Quot. jur.*, 23 mai 1991, n° 62, p. 7, note M.-C.

doivent mettre en œuvre la loi rétroactivement applicable aux faits incriminés, alors même qu'elle n'intervient que postérieurement à la répression¹⁷⁶².

482. Le respect du principe de la rétroactivité *in mitius* est garanti, au plan contentieux, par le caractère d'ordre public du moyen qui en est tiré¹⁷⁶³. Touchant au champ d'application de la loi dans le temps¹⁷⁶⁴, le principe de la rétroactivité *in mitius* fait obligation au juge d'examiner d'office s'il y a lieu de faire application de la loi répressive nouvelle plus douce au litige dont il est saisi. À défaut, il serait conduit à appliquer un texte répressif plus sévère devenu, à la date à laquelle il statue, inapplicable du fait de l'entrée en vigueur de la loi rétroactive plus douce et à méconnaître, ce faisant, le champ d'application *ratione temporis* de cette dernière.

La mise en jeu de l'obligation constitutionnelle de faire rétroagir la loi répressive de fond plus favorable connaît une difficulté propre à la matière fiscale. En effet, l'obligation de soulever d'office le moyen tiré du respect de cette règle ne s'impose au juge fiscal qu'en présence d'une contestation propre aux pénalités¹⁷⁶⁵. Cette exigence vise à prévenir le cas où le contribuable s'est borné à demander la décharge des pénalités par voie de conséquence de la décharge des droits. Dans cette hypothèse, en effet, le juge n'est pas conduit à faire directement application du texte relatif aux pénalités et il n'en méconnaît donc pas le champ d'application¹⁷⁶⁶. À cette première difficulté, s'en ajoute une deuxième.

483. En principe, le bénéfice de la loi répressive de fond plus douce s'étend « *aux auteurs d'infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée* »¹⁷⁶⁷. La loi plus douce s'applique non seulement aux faits commis avant son entrée en vigueur et non encore jugés, mais également à l'ensemble des procédures en cours devant les juges du fond. Par exemple, l'intervention en cours d'instance d'une loi abrogeant le

ROUAULT, *RFDA*, 1991, n° 4, p. 612, concl. M. de SAINT-PULGENT), le contentieux des sanctions administratives prises contre les administrés et présentant le caractère d'une punition vient d'être confié, dans son ensemble, au juge de plein contentieux (CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, préc.). Il reste qu'il appartient toujours au juge de l'excès de pouvoir de contrôler la légalité des sanctions infligées aux professionnels (CE, Sect., 10 juillet 2003, *Mme Rougeoreille*, req. n° 257.680, Rec., p. 339 ; Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, req. n° 272.650, Rec., p. 263, concl. M. GUYOMAR, *CFP*, 2007, n° 269, p. 33, note M. GUYOMAR, *Dr. adm.*, 2007, n° 10, p. 39, note F. MELLERAY, *RFDA*, 2007, n° 6, p. 1199, concl. M. GUYOMAR) ou aux agents publics (CE, Sect., 1^{er} février 2006, *Touzard*, req. n° 271.676, Rec., p. 38, *LPA*, 27 novembre 2006, n° 236, p. 4, chr. F. MELLERAY et A. CLAEYS, *RFDA*, 2007, n° 2, p. 427, note P. TERNEYRE). Dépourvues de caractère pénal, ces dernières n'entrent pas, en tout état de cause, dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Sur les difficultés suscitées par ce partage pour l'application du principe de la rétroactivité *in mitius*, ainsi que sur ses conséquences, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 253, n° 534 et CE, 28 février 1997, *Rodin*, req. n° 147.955, Rec., p. 59.

¹⁷⁶² En effet, lorsque le juge ou l'autorité administrative prononce la sanction, il ou elle ne fait que constater l'imputation de l'effet de droit prévu par la règle répressive de fond applicable au jour de la commission de l'infraction. Si une loi rétroactive vient modifier cette règle, elle devient le seul texte qui doit être appliqué aux faits répréhensibles et ce, quel que soit le jour du prononcé de la sanction. De ce point de vue, la circonstance que le juge de plein contentieux doive se placer à la date à laquelle il statue pour déterminer s'il doit appliquer la règle répressive plus douce nouvelle (CE, 6 juin 2007, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Lemarinier*, préc.) reste alors sans incidence.

¹⁷⁶³ CE, Sect., Avis, 5 avril 1996, *M. Guy Houdmond*, préc. ; Sect., 1^{er} octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, préc. ; 17 décembre 2003, *M. Duc Loi Nguyen*, req. n° 247.988, Rec., T., p. 750, *RDF*, 2004, comm. 532, concl. F. SÉNERS ; 23 avril 2008, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c/ Société Bisico France*, préc.

¹⁷⁶⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 823, n° 936.

¹⁷⁶⁵ CE, Sect., Avis, 5 avril 1996, *M. Guy Houdmond*, préc. ; 8 juillet 1998, *SARL Ambulances centrales*, préc. Cette condition comporte l'obligation pour le requérant de présenter des moyens visant spécialement les pénalités fiscales. Cela signifie que la simple présentation de conclusions relatives aux pénalités fiscales est insuffisante pour permettre au juge fiscal d'examiner d'office le moyen tiré du principe de la rétroactivité *in mitius* (sur ce point, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 255, n° 536).

¹⁷⁶⁶ Outre les décisions déjà citées, voir CAA Nancy, 2 avril 1998, *Jomotte*, req. n° 94NC00519, Rec., T., p. 869, *BDCF*, 1998, n° 6, p. 13, concl. B. COMMENVILLE, *RJF*, 1998, n° 11, comm. 1253 ; CAA Paris, 5 mai 1998, *SARL "Résidence Neptune Gestion"*, req. n° 96PA02545, Rec., T., p. 848 ; CE, 3 décembre 1999, *Makarian*, préc. ; 14 février 2001, *SA Hôtel Le National*, req. n° 203.465, Rec., T., p. 899, *RDF*, 2001, n° 30, p. 1190, comm. 734, concl. J. COURTIAL.

¹⁷⁶⁷ CE, Sect., Avis, 5 avril 1996, *M. Guy Houdmond*, préc.

dispositif antérieur sur le fondement duquel une sanction administrative avait été prononcée s'oppose à ce que le juge d'appel prononce l'annulation de la décision des juges du premier degré ayant elle-même annulé ladite mesure, dans la mesure où cette annulation aurait pour effet de remettre en vigueur la sanction litigieuse en violation de la règle de la rétroactivité *in mitius*¹⁷⁶⁸.

Cette rétroactivité trouve néanmoins sa limite naturelle dans le principe du respect des décisions passées en force de chose jugée. Ce dernier empêche normalement la loi rétroactive d'affecter les décisions de justice rendues en dernier ressort¹⁷⁶⁹ à une date antérieure à celle à laquelle celle-ci est publiée. En matière de sanctions administratives, ce principe signifie que le législateur ne peut atteindre les décisions des juridictions administratives rendues en premier et dernier ressort ou en appel, avant ou après cassation¹⁷⁷⁰.

Toutefois, comme on a déjà eu l'occasion de le souligner plus tôt, la jurisprudence administrative apparaît en retrait par rapport à celle des juridictions judiciaires sur la question de l'application du principe de rétroactivité *in mitius* par le juge de cassation. Si le juge de cassation sanctionne d'office la méconnaissance par la cour administrative d'appel du principe de la rétroactivité *in mitius*¹⁷⁷¹, il ne va pas jusqu'à faire application de la loi répressive de fond plus douce entrée en vigueur postérieurement à la décision des juges du fond. Dans un arrêt récent, le Conseil d'État a refusé de faire bénéficier le requérant d'une disposition supprimant une infraction fiscale au motif qu'elle n'était pas encore entrée en vigueur à la date à laquelle le juge d'appel a statué, alors même que ladite disposition était applicable au moment où la haute juridiction s'est prononcée en tant que juge de cassation¹⁷⁷². Dans la même matière des sanctions fiscales, la chambre commerciale de la Cour de cassation adopte la position inverse en donnant son plein effet au principe de la rétroactivité *in mitius* et ce, nonobstant le caractère non suspensif du pourvoi en cassation¹⁷⁷³. Cette divergence de jurisprudence est regrettable à un double point de vue. Outre le fait qu'elle introduit une inégalité fâcheuse entre les justiciables en fonction du moment où le juge du fond s'est prononcé, il n'est pas acceptable que la portée d'un principe de valeur constitutionnelle varie selon la juridiction amenée à en faire application. Un alignement de la jurisprudence administrative sur celle des juridictions judiciaires apparaît donc nécessaire. On concédera volontiers qu'un tel alignement présenterait un inconvénient inévitable. L'inégalité entre justiciables reposerait désormais sur l'introduction d'un recours en cassation, alors même que, bien souvent, la loi moins sévère n'existerait pas encore. À tout prendre, cette solution apparaît préférable, parce que plus respectueuse de l'application uniforme et cohérente des principes constitutionnels.

484. De manière générale, le principe constitutionnel de la rétroactivité *in mitius* peut se trouver en échec en raison de la limitation de la compétence du juge ordinaire. En effet, ce dernier s'interdit, de

¹⁷⁶⁸ CAA Paris, 20 novembre 2007, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c/ M. Pentz*, req. n° 06PA00938, *AJDA*, 2008, n° 9, p. 484.

¹⁷⁶⁹ Sur la notion de décision passée en force de chose jugée, cf., plus bas, p. 424 et s., n° 536 et s.

¹⁷⁷⁰ Cf., par ex., CE, 17 mars 1997, *Office des migrations internationales (OMI)*, préc. ; CAA Paris, 5 mai 1998, *SARL "Résidence Neptune Gestion"*, préc.

¹⁷⁷¹ CE, Sect., 1^{er} octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, préc. ; 3 décembre 1999, *Makarian*, préc.

¹⁷⁷² CE, 6 juin 2007, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Lemarinier*, préc. ; 26 décembre 2008, *Gonzalez-Castrillo*, préc.

¹⁷⁷³ Cass. Com., 15 décembre 1987, *Société Transport International Pool Trailer Rentals*, pourv. n° 86-14.604, Bull. Civ. IV, n° 272, p. 203 ; 21 mars 2000, *M. de Noailles de Mouchy de Poix*, pourv. n° 97-21.894, Bull. Civ. IV, n° 67, p. 56, *LPA*, 10 septembre 2001, n° 180, p. 11, chr. B. POUILLAIN, *RJF*, 2000, n° 863 ; 22 octobre 2002, *Société Kraft Jacobs Suchard France*, pourv. n° 00-10.715, Bull. Civ. IV, n° 150, p. 172. Voir également, J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n° 11, p. 82, spéc. p. 83. Sur cette question, cf., plus haut, p. 77, n° 113.

longue date, de contrôler la compatibilité des lois en vigueur avec les règles et principes à valeur constitutionnelle, en vertu de la théorie bien connue de l'« écran législatif »¹⁷⁷⁴. Comme on l'a vu plus tôt, le juge ordinaire se refuse à mettre en œuvre la règle de la rétroactivité *in mitius* lorsque le législateur a expressément manifesté sa volonté de priver de tout effet sur le passé le texte répressif plus doux. Le juge judiciaire en a tiré des conséquences particulièrement radicales. La Cour de Cassation estime, de façon constante, que l'application rétroactive de la loi nouvelle plus favorable ne peut être demandée qu'« en l'absence de disposition contraire expresse »¹⁷⁷⁵. Bien que le juge administratif ne se soit pas explicitement prononcé en ce sens, certaines décisions témoignent d'une orientation similaire¹⁷⁷⁶.

Si cet écueil doit être déploré, on peut certainement considérer qu'il est actuellement en voie de résorption. D'abord, le principe de la rétroactivité *in mitius* voit, comme on l'a dit, son statut renforcé par la multiplication de ses fondements conventionnels. La consécration par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par celle de la Cour de Justice de l'Union européenne, ainsi que, de manière plus formelle, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne d'un principe européen de la rétroactivité *in mitius* autorise désormais les juridictions françaises ordinaires à écarter toute disposition législative empêchant sa mise en jeu. Toutefois, il faut constater que le juge administratif n'a pas encore saisi cette nouvelle opportunité, à la différence de son homologue judiciaire¹⁷⁷⁷. De façon plus décisive, le contrôle de constitutionnalité des lois en vigueur, tel qu'il se présente à l'issue de la réforme constitutionnelle de 2008, permettra, à n'en pas douter, une meilleure garantie du respect par le législateur de la règle de la rétroactivité *in mitius*.

¹⁷⁷⁴ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 674, n° 856.

¹⁷⁷⁵ Cass. Crim. 25 janvier 1988, *Vachez*, préc. ; 6 février 1997, *Koestner*, préc. ; 28 janvier 2004, *Chalay*, préc. ; 7 avril 2004, préc. ; 6 octobre 2004, préc.

¹⁷⁷⁶ CE, Ass. Gén., Avis, 27 mai 1993, préc. ; Sect., Avis, Sect., Avis, 23 avril 1997, *Préfet de la Manche c/ Société Nouvelle Henry et Préfet de l'Isère c/ Société routière du Midi*, préc.

¹⁷⁷⁷ Cass. Crim., 19 septembre 2007, préc. Sur l'ensemble de ces points, cf., plus haut p. 80, spéc. note 361.

485. Conclusion du paragraphe 2 et de la Section 1. La matière répressive fait figure d'exception par rapport aux autres domaines dans lesquels le législateur peut être amené à user de la rétroactivité. Les principes communs de la répression procurent un statut complet et constitutionnellement défini à la rétroactivité de la loi. Pour cette raison, on pourrait être tenté d'envisager son extension à l'ensemble des matières relevant de la loi. La rétroactivité serait, de manière générale, permise lorsqu'elle ne préjudicie aucunement à ses destinataires, tandis qu'elle serait interdite dans le cas inverse. Pour séduisante qu'elle soit, cette solution doit être écartée, en raison de la spécificité irréductible du droit pénal et, en particulier, de la règle de la rétroactivité *in mitius*.

Le droit pénal véhicule des rapports essentiellement bilatéraux et des valeurs qui lui sont propres. Dans le cadre d'une relation opposant l'individu à la société, dont les intérêts sont sauvegardés par l'État, il paraît acceptable d'admettre qu'il puisse être question de faveur, de grâce ou de pardon envers le délinquant, destinataire exclusif de la règle répressive. Lorsqu'elle est prescrite, la rétroactivité de la loi pénale plus favorable ne cause de « *tort à personne* »¹⁷⁷⁸. Ce cadre spécifique ne se retrouve dans aucune autre branche du droit, ne serait-ce que parce que les rapports juridiques y sont plus complexes, notamment en ce qu'ils impliquent de nombreux acteurs et de multiples intérêts, souvent contradictoires. Partant, privilégier une catégorie d'individus par rapport à une autre sans autre justification que le constat de la perte de nécessité de tel ou tel régime antérieurement contredit apparaîtrait contraire à l'idée de justice comme au principe d'égalité des citoyens devant la loi. Si le caractère favorable de la loi nouvelle peut ponctuellement faire partie des motifs qui ont conduit le législateur à prescrire sa rétroactivité¹⁷⁷⁹, on ne saurait pour autant en faire une solution de principe. Soulignant ces différences fondamentales entre le droit pénal et les autres branches du droit, le Doyen Roubier estimait ainsi que « *la rétroactivité des lois favorables, en dehors du droit pénal, est une monstruosité juridique* »¹⁷⁸⁰. Les principes qui régissent l'action dans le temps de la loi répressive sont, en grande partie, étrangers à la logique du droit public, ce qui peut notamment expliquer la réticence du juge administratif à donner son plein effet au principe de la rétroactivité *in mitius*.

Néanmoins, au fur et à mesure de l'extension du champ d'application de ces principes en droit interne, la protection qui leur est accordée se renforce progressivement, tant devant le juge ordinaire que devant le Conseil constitutionnel. Le premier est appelé à faire jouer plus souvent les fondements conventionnels de ces principes, désormais fermement établis, ce qui lui permettra de contourner l'obstacle de la théorie de la « loi-écran », tandis que le second, grâce à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, sera conduit à en sanctionner plus fréquemment le non-respect par le législateur.

La rétroactivité de la loi en dehors de la matière pénale connaît une évolution similaire, allant dans le sens d'un encadrement plus rigoureux par la jurisprudence de la liberté reconnue au législateur d'agir sur le passé des situations juridiques.

¹⁷⁷⁸ J. HÉRON, *op. cit.*, p. 64, n° 68.

¹⁷⁷⁹ Cf., plus bas, p. 783 et s., n° 1014 et s.

¹⁷⁸⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 285, n° 61. Voir également, J. CARBAJO, thèse préc., p. 121.

Section 2 : Les éléments d'un statut jurisprudentiel de la rétroactivité de la loi en dehors de la matière répressive

486. Introduction et plan. En dehors de la matière pénale, la rétroactivité de la loi n'est pas, en principe, prohibée. Le législateur dispose, au nom de l'intérêt général, d'un pouvoir discrétionnaire pour prescrire la rétroactivité de la loi, dont il a usé, pendant longtemps, sans rencontrer aucune borne véritable. Le dogme de la souveraineté de la loi impliquait l'exercice inconditionné et illimité par le législateur du pouvoir de rétroactivité. Bien que ce dernier n'ait, à aucun moment, été expressément consacré par un texte de rang constitutionnel, il n'a, à l'inverse, jamais fait l'objet d'une interdiction générale, si ce n'est au cours de la brève période du Directoire. Encore cette prohibition était-elle principalement de circonstances, plutôt que de principe. Par leur silence, les constitutions françaises ultérieures ont laissé entière la liberté du législateur en matière de rétroactivité.

En marge de tout cadre constitutionnel prédéfini, la rétroactivité de la loi s'est épanouie sans connaître de réelle limitation. Certes, il existait bien un principe de non-rétroactivité de la loi consacré par l'article 2 du code civil. Néanmoins, sa valeur est simplement législative. Le législateur peut donc y déroger par une autre loi. La portée de la règle de non-rétroactivité de la loi en dehors de la matière répressive est se limite à adresser une directive d'interprétation aux organes d'application de la loi.

En l'absence de contrainte textuelle, le législateur a usé librement de son pouvoir de rétroactivité, notamment à travers la pratique des validations législatives, dont on sait qu'elle a donné lieu à de nombreux excès¹⁷⁸¹. L'«abus» de rétroactivité par le législateur a conduit le Conseil constitutionnel, comme les juges européens, à entourer de « garde-fous » l'emploi de ce procédé.

Il ne s'est pas agi pour eux de remettre en cause la liberté du législateur en la matière. Le Conseil constitutionnel lui-même a refusé, à plusieurs reprises, de conférer une valeur constitutionnelle au principe de non-rétroactivité. De leur côté, les juges européens estiment que le recours à la rétroactivité de la loi relève de la marge d'appréciation des États. Tout au plus le droit de l'Union européenne impose-t-il au législateur national le respect du principe général du droit de non-rétroactivité lorsque celui-ci agit en tant qu'organe d'exécution de ce droit. Néanmoins, ce principe n'étant pas conçu comme un absolu par la Cour de Justice, le législateur national conserve, de fait, une marge de manœuvre assez large.

Au sein de leur champ de compétence respectif, le Conseil constitutionnel, comme les juges européens, ont entendu encadrer progressivement la rétroactivité de la loi au nom de principes supérieurs, dont il leur appartient d'assurer la protection. C'est dire que la rétroactivité de la loi n'est pas remise en cause dans son principe même, mais seulement en tant qu'elle porte atteinte à certains principes et droits jugés fondamentaux.

Les différentes « states jurisprudentielles »¹⁷⁸² encadrant la rétroactivité de la loi participent d'une logique commune. D'abord, le domaine d'élection initial du contrôle des lois rétroactives a été le même pour chacune des jurisprudences, celui des validations législatives. Ensuite, le contrôle tend vers un double objectif de garantie de l'impératif de sécurité juridique, que celui-ci soit explicitement

¹⁷⁸¹ Voir, en ce sens, J.-M. AUBY, « Sur une pratique excessive, les validations législatives », *RRJ*, 1977, n° 2/3, p. 10.

¹⁷⁸² J.-P. CAMBY, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *RDP*, 2000, n° 3, p. 611, spéc. p. 612.

consacré ou qu'il soit présent de manière diffuse à travers d'autres exigences, et de protection de certains droits fondamentaux. Enfin, l'intérêt général constitue l'étalon commun servant à évaluer la nocivité de la rétroactivité de la loi pour les situations antérieurement constituées au regard des principes auxquels il est porté atteinte¹⁷⁸³. Au-delà de ces convergences, dont on peut dire qu'elles se sont accentuées avec le temps, il reste que chaque jurisprudence a ses propres exigences et poursuit des finalités distinctes. Le contrôle des lois rétroactives n'a ni la même portée, ni la même nature, selon le juge qui l'exerce.

L'enrichissement et l'approfondissement du contrôle mis en œuvre par le Conseil constitutionnel et les juges européens, eux-mêmes relayés par les juridictions françaises ordinaires, ont contribué, par leur sédimentation, à conférer un statut jurisprudentiel à la rétroactivité de la loi non répressive. Le législateur est soumis à un régime de « liberté surveillée » dans l'exercice de son pouvoir de rétroactivité. Si le législateur continue de bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire pour prescrire la rétroactivité de la loi (§ 1), son action sur le passé des situations juridiques est encadrée à divers titres par l'effet conjugué des jurisprudences constitutionnelle et européenne (§ 2).

§ 1 : Le maintien de la liberté du législateur de prescrire la rétroactivité en matière non répressive

487. En dehors de la matière pénale, la rétroactivité de la loi n'est pas, en principe, prohibée. Le législateur demeure libre d'étendre l'effet de la loi nouvelle aux situations juridiques antérieurement constituées. Ce constat ne résulte pas de l'existence d'un texte ou d'un principe autorisant expressément, et de manière générale, le législateur à user de ce procédé. Aucune constitution, à une exception près, ne condamne la rétroactivité de la loi non répressive. De même, le Conseil constitutionnel n'a pas consacré la non-rétroactivité de la loi en tant que principe à valeur constitutionnelle.

Pourtant, la constitutionnalisation du principe de non-rétroactivité a été, à plusieurs reprises, envisagée, que ce soit à l'occasion de la rédaction d'une Constitution nouvelle, d'une proposition de loi présentée devant le Parlement ou d'invitations adressées au Conseil constitutionnel par les requérants. Ces derniers ont suggéré à la Haute instance, outre l'élévation du principe législatif posé à l'article 2 du code civil, de réceptionner en droit interne des principes consacrés par le droit de l'Union européenne. Toutefois, les Sages de la rue Montpensier ont réaffirmé, à plusieurs reprises, l'absence de valeur constitutionnelle de la non-rétroactivité de la loi.

La liberté du législateur en matière de rétroactivité hors du domaine répressif se déduit donc de l'absence, en droit positif, de norme de rang constitutionnel allant dans le sens d'une interdiction générale de ce procédé (I). Le pouvoir de rétroactivité détenu par le législateur a même été conforté par le refus constant du Conseil constitutionnel de procéder à la constitutionnalisation, sous une forme ou une autre, de la non-rétroactivité de la loi non répressive (II).

¹⁷⁸³ Cf., en ce sens, G. MERLAND, thèse préc., p. 87 et p. 146.

I – L'ABSENCE DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE LA PROHIBITION DE LA RETROACTIVITE DE LA LOI

488. L'absence de valeur constitutionnelle du principe de non-rétroactivité de la loi se déduit à la fois des textes et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Les textes constitutionnels successifs n'ont pas posé d'interdiction générale de la rétroactivité de la loi en droit français, à une exception près. Seul le constituant de l'an III a expressément prohibé toute rétroactivité de la loi¹⁷⁸⁴. Certains auteurs, dont M. Liet-Veaux, ont cru y voir la consécration d'un principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi, qui aurait survécu à la courte vie de la Constitution de l'an III¹⁷⁸⁵. Cette position apparaît cependant quelque peu excessive. En effet, l'interdiction faite au législateur en 1795 de recourir à la rétroactivité est indissociable du contexte dans lequel elle est intervenue¹⁷⁸⁶. Elle constitue une réaction du constituant face aux atteintes portées au droit de propriété par plusieurs lois rétroactives au cours des années antérieures¹⁷⁸⁷. De fait, le principe n'a jamais été repris dans les textes constitutionnels postérieurs¹⁷⁸⁸. La Constitution du 4 octobre 1958 est elle-même muette sur cette question.

489. Il existe pourtant un principe de non-rétroactivité en matière législative posé à l'article 2 du code civil. En vertu des dispositions de ce dernier, dont la rédaction est demeurée inchangée depuis 1803, « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Bien qu'une portée générale lui soit traditionnellement attribuée¹⁷⁸⁹, ce texte ne dispose que d'une valeur législative. Cela signifie que le législateur peut librement y déroger. En d'autres termes, une simple loi suffit pour écarter le principe de non-rétroactivité tiré de l'article 2 du code civil. De surcroît, il est attribué une portée relative à ce texte. Dans sa grande majorité, la doctrine considère qu'il n'édicte aucune règle interdisant, de manière générale et absolue, à la loi de régir le passé¹⁷⁹⁰. Il se contente d'adresser une directive d'interprétation aux organes d'application du droit¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁴ Selon les termes de l'art. 14 de la Constitution du 5 Fructidor de l'an III (22 août 1795), « aucune loi, ni criminelle ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif ».

¹⁷⁸⁵ G. LIET-VEAUX, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey, 1943, p. 425.

¹⁷⁸⁶ C. DEMOLOMBE, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, t. I, Paris, Durand-Hachette, coll. Cours de code Napoléon, 2^e éd., 1869, p. 81, n° 67.

¹⁷⁸⁷ Il s'agit des fameuses lois du 5 brumaire et du 17 Nivôse an II remettant en cause les successions et partages ouverts depuis le 14 juillet 1789. Effrayée par son propre ouvrage, la Convention nationale rapporta, les 9 Fructidor an III et 3 Vendémiaire an IV, les lois de l'an II en adoptant de nouvelles lois rétroactives, dites de « contre-rétroactivité » (cf. O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 16, n° 11 ; M. A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la rétroactivité des lois. Commentaire approfondi du Code civil*, t. I, Paris, A. Durand, 1832, rééd. 1845, p. 120 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 73, n° 20).

¹⁷⁸⁸ Comme le rapporte M. Mailer de Chassat dans son commentaire de l'art. 2 du Code civil, « lors d'une séance du 4 Thermidor an IX du Conseil d'État, on propose de reléguer la non-rétroactivité de la loi dans le domaine de la doctrine soit parce qu'il est assez appuyé lui-même par la raison, l'intérêt public, et indépendamment de toute sanction de la loi positive, soit parce que, s'il doit être jamais violé par le législateur, c'est qu'ainsi aura nécessairement commandé un plus grand intérêt social » (M. A. MAILER DE CHASSAT, *loc. cit.*).

¹⁷⁸⁹ Contrairement à ce qui a pu être soutenu par certains auteurs, le champ d'application de l'art. 2 du Code civil ne se limite pas aux lois civiles (J. CARBAJO, thèse préc., p. 10).

¹⁷⁹⁰ F. Laurent rappelle ainsi que l'article 2 est « une loi et non une disposition constitutionnelle » (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Durand & Pedone, 1869, p. 213, n° 141). Voir également, T. BONNEAU, « Application de la loi dans le temps : lois nouvelles et événements passés », fasc. préc., p. 2, n° 1 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 66 ; C. DEMOLOMBE, *loc. cit.* ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 9 et s., n° 13 et s. ; J. GEORGEL, « Loi », fasc. préc., p. 3, n° 17 ; P. LEVEL, thèse préc., p. 122 ; T. S. RENOUX, « Table ronde sur le principe de non-rétroactivité des lois : France », préc., p. 361 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 10, n° 3.

¹⁷⁹¹ Outre les références déjà citées, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 147, n° 83 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 20, n° 17 et p. 195, n° 171 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 328.

C'est suivant une même logique que les juridictions ordinaires font application de la règle de la non-rétroactivité des lois. La Cour de cassation estime qu'« en matière civile, le législateur n'est pas lié par le principe de la non-rétroactivité des lois »¹⁷⁹². De son côté, le juge administratif rejette comme inopérant tout moyen fondé sur la méconnaissance par une disposition législative du principe de non-rétroactivité, rappelant qu'il est loisible au législateur de déroger à d'autres dispositions de valeur également législative, et notamment à l'article 2 du code civil¹⁷⁹³. Au demeurant, quand bien même une valeur constitutionnelle aurait-elle été conférée au principe de non-rétroactivité des lois que le juge ordinaire n'aurait pu, en tout état de cause, sanctionner une loi qui y aurait contrevenu, du fait de la théorie de l'écran législatif. C'est donc principalement en tant que principe d'interprétation que les juridictions ordinaires sont appelées à mettre en œuvre le principe législatif de non-rétroactivité¹⁷⁹⁴.

Néanmoins, il existe entre les deux ordres de juridiction une différence notable quant au fondement donné au principe législatif de non-rétroactivité. Tandis que le juge judiciaire s'est constamment référé aux dispositions de l'article 2 du code civil, le juge administratif s'en est abstenu à partir des années 1940¹⁷⁹⁵. En effet, ce dernier a préféré s'appuyer, par la suite, sur la théorie des principes généraux du droit pour faire application de la règle de non-rétroactivité des lois. Ainsi le Conseil d'État a-t-il consacré en 1951, dans sa décision *Guillou*, le principe général du droit de non-rétroactivité des lois¹⁷⁹⁶. Depuis 1980, la haute juridiction administrative fait parfois référence au principe de non-rétroactivité des lois et des règlements¹⁷⁹⁷. On peut s'interroger sur la signification d'une telle association. Assurément, on ne saurait en inférer que le principe de non-rétroactivité aurait une portée identique à l'égard des règles de droit, indépendamment de leur auteur ou de leur valeur. Tout au plus peut-on estimer que le Conseil d'État entend, par ce rapprochement, indiquer que les deux principes ont une certaine parenté, du point de vue du droit transitoire.

En tout état de cause, cette divergence entre les deux ordres de juridiction reste sans incidence réelle sur la valeur juridique du principe de non-rétroactivité des lois. Le législateur est tout aussi libre de déroger à un principe général du droit qu'à une disposition ayant valeur législative¹⁷⁹⁸.

¹⁷⁹² Cass. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, *Époux Lecarpentier c/ SA Royal Saint-Georges Banque*, pourv. n° 97-22.394, Bull. Civ. I, n° 191, p. 123, D., 2000, n° 33, p. 699, note M.-L. NIBOYET, *JCP G*, 2000, II, 10454, note A. GOURIO, *LPA*, 5 mars 2001, n° 45, p. 12, note M. THIOYE, *RFDA*, 2000, n° 6, p. 1189, concl. J. SAINTE-ROSE et p. 1201, note B. MATHIEU, *RTDCiv.*, 2000, n° 3, p. 670, chr. N. MOLFESSIS et p. 676, chr. R. LIBCHABER. Voir également, Cass. Req., 15 avril 1863, *Alliot, S.*, 1863, I, p. 350.

¹⁷⁹³ Sur le premier point, cf. CE, 12 juin 1925, *Société des mines de Bausen-Lès*, Rec., p. 567 ; 3 février 1986, *Rivet*, req. n° 48.045, Rec., T., p. 501, *RJF*, 1986, comm. 371 ; CAA Paris, 11 juillet 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Société Louis Vuitton-Moët-Hennessy (LVMH)*, req. n° 98PA01676, Rec., T., p. 765, *RDF*, 2004, comm. 668, note A.-F. GAGNEUR, *RJF*, 2003, comm. 1354. Sur le second point, cf. CE, 10 août 2005, *Vinals*, req. n° 264.380.

¹⁷⁹⁴ Sur le premier point, cf., par ex., CE, 24 septembre 2008, *Pauchard*, req. n° 305.929. Sur le second point, cf., plus bas, p. 400, n° 504.

¹⁷⁹⁵ CE, 27 décembre 1911, *Panard*, Rec., p. 1240 ; 23 juin 1922, *Chaumartin* (6^e esp.), Rec., p. 548 ; 26 janvier 1923, *Chaumartin*, Rec., p. 213 (23^e esp.) ; 27 juin 1924, *Ville de Pau*, Rec., p. 608 ; 16 janvier 1925, *Bouclier*, Rec., p. 45 (2^e esp.) ; 4 juin 1926, *Verdoix*, Rec., p. 561 (3^e esp.) ; 17 juin 1927, *Union des sociétés coopératives de Savigny et autres*, Rec., p. 686, *S.*, 1928, III, p. 102 ; 13 février 1931, *Société anonyme des Établissements Carnaud et Forges de Basse-Indre*, Rec., p. 175 ; 8 mars 1940, *Coulon*, Rec., p. 94. Voir cependant, CE, Ass., 28 mars 1997, *Fédération des Familles de France*, req. n° 180.490.

¹⁷⁹⁶ CE, 31 janvier 1951, *Guillou*, Rec., p. 53 ; Sect., 25 mai 1962, *Dame Veuve Duhail*, req. n° 48.334, Rec., p. 347.

¹⁷⁹⁷ CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revillod et autres*, préc. ; Sect., 23 décembre 1988, *Aitelhadj et Boutboul*, req. n° 76.473 et 76.474, Rec., p. 461, *RFDA*, 1989, n° 6, p. 960, concl. C. DE LA VERPILLIÈRE ; 18 février 1994, *Association générale des étudiants de sciences politiques (UNEF)*, req. n° 149.548, Rec., T., p. 969, *Dr. adm.*, 1994, n° 4, p. 13, obs. R. SCHWARTZ ; 27 juin 1994, *Bonvallet*, req. n° 154.202, Rec., T., p. 978 ; 5 mai 2000, *Fabre*, req. n° 185.980 ; 4 août 2006, *Catalan*, req. n° 261.407. Cf. également, pour la période antérieure à la consécration des principes généraux du droit, CE, Sect., 8 novembre 1929, *Godfrin*, Rec., p. 971 ; 26 novembre 1937, *François*, Rec., p. 963.

¹⁷⁹⁸ Comme l'a implicitement rappelé le Conseil constitutionnel, le législateur n'est pas lié par les principes généraux du droit et, en particulier, celui de non-rétroactivité (C.Const, déc. n° 69-57 L, 24 octobre 1969, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 96 de la loi de finances du 26 décembre 1959 relatives au remboursement des frais de scolarité à l'école Polytechnique*, Rec., p. 32). Sur la valeur des principes généraux du droit, cf., plus bas, p. 479, n° 605. Sur l'ensemble de la question, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 611, n° 711 ; J. PETIT, thèse préc., p. 34 et s., n° 73 et s.

490. Le Conseil constitutionnel est venu confirmer, à plusieurs reprises, l'absence de valeur constitutionnelle du principe de non-rétroactivité de la loi non répressive. D'abord, il a pris le soin de rappeler la valeur simplement législative du principe de non-rétroactivité de la loi. Ainsi, le législateur peut « *par exception aux dispositions de valeur législative de l'article 2 du code civil* » adopter des dispositions rétroactives, dès lors qu'il dispose de la faculté de déroger par une loi à d'autres dispositions de valeur également législative¹⁷⁹⁹. Dans le domaine fiscal, la Haute instance a ensuite précisé, quoique de manière laconique, qu'« *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une disposition fiscale ait un caractère rétroactif* »¹⁸⁰⁰, constatant par là l'absence de norme de rang constitutionnel interdisant au législateur de conférer un effet rétroactif à la loi. Enfin, les Sages de la rue Montpensier ont expressément confirmé le pouvoir du législateur d'user de la rétroactivité hors du domaine pénal, en rappelant de manière constante que « *le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qu'en matière répressive* » et que, par conséquent, « *dans les autres matières, le législateur a la faculté d'adopter des dispositions rétroactives* »¹⁸⁰¹.

491. L'absence de valeur constitutionnelle reconnue au principe de non-rétroactivité des lois signifie la liberté pour le législateur d'agir sur le passé des situations juridiques. Comme le soulignait déjà M. Barthélémy, « *le législateur a le pouvoir de faire des lois avec effet rétroactif* »¹⁸⁰². De son côté, M. Laurent souligne l'incontestabilité du pouvoir de rétroactivité détenu par le législateur, au nom de l'intérêt général, et que la règle de non-rétroactivité posée à l'article 2 du code civil ne saurait remettre en cause. Ainsi, l'auteur estime qu'« *il serait contraire à l'essence du pouvoir législatif qu'il fût lié par cette règle. Il y a bien des cas où la loi doit régir le passé, soit dans un intérêt social, soit dans l'intérêt des citoyens. Dès lors, le législateur ne doit pas être enchaîné par un principe absolu qui entraverait sa liberté d'action au préjudice de la société et des individus* »¹⁸⁰³.

¹⁷⁹⁹ Sur le premier point, cf. C.Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 5 ; déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 5 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 23. Sur le second point, voir C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 31.

¹⁸⁰⁰ C.Const., déc. n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, préc., cons. 32 ; déc. n° 84-186 DC, 29 décembre 1984, préc., cons. 4.

¹⁸⁰¹ C.Const., déc. n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 35, Rec., p. 61, *GDCC* n° 19, *AJJC*, 1986, p. 427, chr. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1986, p. 575, note J. RIVERO, *LPA*, 9 août 1995, n° 95, p. 19, note J.-P. AMADEI, *Pouvoirs*, 1987 n° 40, p. 178, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1989, p. 399, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 39 ; déc. n° 90-287 DC, 16 janvier 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*, cons. 39, Rec., p. 24, *Pouvoirs*, 1991, n° 58, p. 134, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDSS*, 1991, p. 246, note X. PRÉTOT, *RFDC*, 1991, n° 6, p. 293, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 95-369 DC, 28 décembre 1995, *Loi de finances pour 1996*, cons. 4, Rec., p. 257, *AJDA*, 1996, n° 5, p. 369, note O. SCHRAMECK, *D.*, 1996, J. p. 193, note J.-P. LAY et 1997, SC, p. 140, obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *DF*, 1996, p. 98, note anonyme, *JCP G*, 1996, II, 22636, note N. VAN TUONG, *LPA*, 13 mars 1996, n° 32, p. 4, note B. MATHIEU, *LPA*, 22 janvier 1996, n° 10, p. 4, note J. COILLOT, *RFDC*, 1996, n° 25, p. 119, note L. PHILIP, *RFFP*, 1996, n° 55, p. 191, note X. PRÉTOT, *RJF*, 1996, n° 2, comm. 209 ; déc. n° 97-391 DC, 7 novembre 1997, préc., cons. 6 ; déc. n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, préc., cons. 17 ; déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 5 ; déc. n° 2000-442 DC, 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001*, cons. 9, Rec., p. 211, *AJJC*, 2000, p. 701, chr. E. OLIVA, *D.*, 2001, SC, p. 1767, obs. D. RIBES, *LPA*, 4 janvier 2001, n° 3, p. 13, note J.-É. SCHOETTLE et 2 août 2001, n° 153, p. 26, note P. RAYMOND, *RDP*, 2001, n° 3, p. 913, note A. PELLET, *RFDC*, 2001 n° 45, p. 137, note L. PHILIP, *RJF*, 2001, n° 3, p. 243 ; déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, préc., cons. 27 ; déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, préc., cons. 21). Cf. auparavant, dans le même sens, C.Const., déc. n° 79-109 DC, 9 janvier 1980, préc., cons. 7 ; déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 3 et 7 ; déc. n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, préc., cons. 8). Sur l'ensemble de la question, voir Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, *EDCE*, 1991, n° 43, p. 28.

¹⁸⁰² J. BARTHÉLÉMY, « De l'interprétation des lois par le législateur : à propos de l'interprétation de l'article 9 § 2 de la loi du 9 décembre 1905 par la loi du 4 avril 1908 » préc., p. 456. Voir également, J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *op. cit.*, p. 769. Cf., dans le même ordre d'idées, C. AUBRY et C. F. RAU, *op. cit.*, t. I, § 30, spéc. p. 100.

¹⁸⁰³ F. LAURENT, *loc. cit.*

La liberté du législateur de prescrire la rétroactivité de la loi hors la matière répressive est confortée par l'échec des tentatives réitérées de faire reconnaître, sous une forme ou sous une autre, un principe à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité.

II – LA CONSTITUTIONNALISATION DU PRINCIPE DE NON-RETROACTIVITE DE LA LOI REPOUSSEE

492. En dépit des tentatives répétées visant à proscrire la rétroactivité de la loi, la liberté du législateur en la matière a toujours été maintenue. Ainsi, le constituant comme la jurisprudence constitutionnelle ont systématiquement repoussé les invitations à consacrer un principe à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité de la loi dans l'ordre juridique français (A). Dans le même ordre d'idées, le Conseil constitutionnel a également écarté les arguments avancés devant lui par les requérants et tendant à la réception en droit interne des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, tels qu'ils sont consacrés par le droit européen (B).

A/ Le refus de consacrer en droit interne un principe à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité de la loi

493. Les tentatives de faire reconnaître une valeur constitutionnelle au principe de non-rétroactivité des lois ne relèvent pas d'un phénomène récent qu'aurait suscité l'actuel regain d'intérêt pour le principe de sécurité juridique. Bien au contraire, il peut être attesté de l'ancienneté de ces tentatives, autant que de leur régularité, et ce, au moins depuis le XIX^e siècle. En témoignent les propositions faites en ce sens, à différentes époques, par les parlementaires et la doctrine, ainsi que, plus récemment, l'argumentation développée par des requérants devant le Conseil constitutionnel. C'est avec une égale constance que les institutions sollicitées ont repoussé toute éventualité d'élever au rang constitutionnel, sous une forme ou une autre, la prohibition de la rétroactivité des lois.

494. Dès 1848, M. Dabeaux tentait ainsi d'introduire un amendement visant à faire figurer le principe de non-rétroactivité des lois parmi les droits des citoyens consacrés par le deuxième chapitre de la future Constitution de la II^e République¹⁸⁰⁴. Sous la III^e République, certains auteurs, parmi les plus éminents, ont proclamé l'existence d'un principe à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité des lois, sans nécessairement chercher à lui trouver un fondement textuel¹⁸⁰⁵. Sous la IV^e République, le constituant a également été invité par un amendement déposé par M. Herriot à inscrire le principe de non-rétroactivité des lois et des règlements dans le texte constitutionnel de 1946¹⁸⁰⁶.

¹⁸⁰⁴ Rapporté par O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 21, n° 18.

¹⁸⁰⁵ Outre la position de G. Liet-Veaux rappelée plus haut, c'est notamment le cas de L. Duguit, lequel semble implicitement faire reposer la valeur constitutionnelle du principe de non-rétroactivité sur le droit naturel (L. DUGUIT, « La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois », *RD*, 1910, n° 4, p. 764, spéc. p. 765 et *Traité de droit constitutionnel*, préc., t. II, pp. 228-231, § 21 ; cf., en ce sens, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 23, n° 18). De son côté, le Doyen Hauriou envisageait que le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité puisse être étendu à la violation par une loi du principe de non-rétroactivité, principe qu'il estimait être « *un principe tutélaire des libertés individuelles* » (M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. CNRS, 1965, p. 289). On trouve déjà cette idée chez Portalis. Voir également, J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, préc., p. 769 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 686, n° 228.

¹⁸⁰⁶ E. HERRIOT, *JO Déb., ANC*, séance du 28 août 1946, p. 3365. Sur ce point, voir O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 23, n° 18 et p. 28, n° 23 ; J. PETIT, thèse préc., p. 56, n° 118. Sur le refus d'intégrer le principe de non-rétroactivité au sein du Préambule de 1946, cf. R. PELLOUX, « Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RD*, 1947, n° 2, p. 347, spéc. p. 370.

Sous la V^e République, plusieurs parlementaires ont successivement déposé une ou plusieurs propositions de loi constitutionnelle ou organique tendant à empêcher la rétroactivité de la loi, soit de manière générale¹⁸⁰⁷, soit dans le domaine particulier de la fiscalité¹⁸⁰⁸. Encore récemment, un comité de réflexion ayant précédé la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 recommandait de faire figurer la règle de la non-rétroactivité des lois à l'article 34 de la Constitution de 1958¹⁸⁰⁹.

Toutes ces propositions émanant de la doctrine ou des parlementaires ont été vouées à l'échec, tout comme l'argumentation présentée devant le Conseil constitutionnel par différents requérants l'invitant à consacrer un principe à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité de la loi en dehors de la matière répressive.

495. Plusieurs types d'argumentation ont été présentés devant la Haute instance en vue d'obtenir l'interdiction de la rétroactivité de la loi non-répressive. En premier lieu, certains requérants ont purement et simplement demandé au Conseil constitutionnel de déclarer une disposition législative, qu'ils estimaient être rétroactive, contraire au principe de non-rétroactivité¹⁸¹⁰. Après avoir rappelé que ce principe n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière répressive, le Conseil a systématiquement écarté ce moyen. En deuxième lieu, plusieurs raisonnements susceptibles de fonder la reconnaissance d'un principe général de non-rétroactivité de la loi ont été, directement ou indirectement, repoussés par les Sages de la rue Montpensier.

D'abord, une partie de la doctrine a proposé, sans succès, d'ériger le principe de non-rétroactivité posé à l'article 2 du code civil en principe fondamental reconnu par les lois de la

¹⁸⁰⁷ Ainsi, P. Clément déposait en 1991 une proposition de loi constitutionnelle visant à compléter l'article 66 de la Constitution de 1958 par un alinéa ainsi rédigé : « *les lois et les règlements ne peuvent avoir aucun effet rétroactif* » (texte n° 1901, JO AN, séance du 19 mars 1991). En 2001, J.-C. Carle faisait une proposition similaire en demandant la reconnaissance du principe de sécurité juridique dans la Constitution et l'ajout à son art. 34 de l'alinéa suivant : « *La loi ne dispose que pour l'avenir. Elle ne peut avoir d'effet rétroactif que lorsque, à titre exceptionnel, le but à atteindre l'exige, et lorsque la confiance légitime des citoyens est dûment respectée* » (texte n° 222, JO Sénat, séance du 8 février 2001). C. Millon et M. Meylan ont, par la suite, émis une proposition similaire (texte n° 2251, JO AN, séance du 15 mars 2000).

¹⁸⁰⁸ En 1998, une proposition de loi organique émanant de plusieurs députés, dont N. Sarkozy, visait à modifier l'ordonnance du 2 janvier 1959, portant loi organique relative aux lois de finances, en vue d'interdire la rétroactivité en matière fiscale (texte n° 1151, JO AN, séance du 26 octobre 1998 ; cf., à son propos, F. LEMAIRE, « Actualité du principe de rétroactivité de la loi fiscale. À propos de la proposition de loi organique du 26 octobre 1998 », préc.). En 1999, ce sont deux propositions de loi, organique et constitutionnelle, qui ont été déposées par P. Marini dans un but identique de proscrire toute rétroactivité de la loi fiscale (textes n° 53 et 54, JO Sénat, séance du 4 novembre 1999). Ces deux propositions ont ensuite été reprises par C. Millon et M. Meylan en 2000 (texte n° 2252, JO AN, séance du 15 mars 2000), puis par J.-C. Carle l'année suivante (texte n° 223, JO Sénat, séance du 8 février 2001).

¹⁸⁰⁹ Suivant la proposition n° 73 de ce comité réuni en 2007 sous la présidence d'E. Balladur, le nouvel alinéa aurait été ainsi rédigé : « *sauf motif déterminant d'intérêt général, la loi ne dispose que pour l'avenir* » (Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *Une V^e République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, coll. rapports publics, 2008, pp. 86-87). Du reste, ce n'est pas la première fois qu'une telle consécration est envisagée. Déjà en 1986, la commission Aicardi proposait de modifier l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 dans le sens d'une exclusion de la rétroactivité des dispositions fiscales rétroactives imposant de nouvelles obligations aux contribuables (cf. rapp. préc., p. 47). En 1994, le Conseil des impôts formulait des propositions similaires, dans son treizième Rapport au Président de la République, visant à interdire toute rétroactivité de la loi défavorable aux contribuables (Conseil des Impôts, *Fiscalité et vie des entreprises*, t. I, Paris, Direction des Journaux Officiels, 1994).

¹⁸¹⁰ C.Const., déc. n° 84-183 DC, 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, cons. 1 et 3, Rec., p. 32, *AJJC*, 1985, p. 413, chr. B. GENEVOIS, *D.*, 1986, J., p. 425, note T. S. RENOUX, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, cons. 3, Rec., p. 41, *AJJC*, 1989, p. 483, chr. B. GENEVOIS, *D.*, 1990, J., p. 209, note F. LUCHAIRE, *Rev. Soc.*, 1990, n° 1, p. 27, note Y. GUYON, *RTDCiv.*, 1990, p. 519, note F. ZÉNATI ; déc. n° 90-287 DC, 16 janvier 1991, préc., cons. 36 ; déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, préc., cons. 10 ; déc. n° 2003-483 DC, 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 34, Rec., p. 430, *AJJC*, 2003, p. 714, chr. L. GAY, *D.*, 2004, n° 18, p. 1275, obs. É. DÉAL, *Dr. soc.*, 2003, n° 11, p. 917, note X. PRÉTOT, *JCP A*, 2003, n° 42, p. 1329, note P. TIFINE, *LPA*, 15 septembre 2003, n° 184, p. 3, note J.-É. SCHOETTL et 6 juillet 2004, n° 134, p. 19, note B. MATHIEU, *RFDC*, 2004, n° 57, p. 85, note L. GAY ; déc. n° 2010-78 QPC, 11 décembre 2010, *Société IMNOMA*, cons. 2, *GDCC* n° 50, *Gaz. Pal.*, 27 février 2011, n° 58-60, p. 21, chr. J.-A. BENOÎT, *RDF*, 2010, n° 51-52, p. 2, note G.-H. BOUCHERON et É. MEIER.

République. L'on sait qu'une valeur constitutionnelle leur a été reconnue dès 1971 par le Conseil¹⁸¹¹. Partant du constat que le Code civil de 1804 constitue bien une « loi de la République » au sens de la jurisprudence constitutionnelle, dès lors que celui-ci a été publié le 29 mars 1804, soit avant la proclamation de l'Empire, ces auteurs estiment qu'il peut en être valablement tiré des principes fondamentaux¹⁸¹². Ce n'est pas pour autant qu'il en va nécessairement ainsi des dispositions de son article 2. Pour être qualifié de principe fondamental, il faudrait encore que le principe de non-rétroactivité posé par cette disposition ait reçu « *application avec une constance suffisante dans la législation antérieure à la Constitution de 1946* »¹⁸¹³. Or, le nombre élevé des lois rétroactives édictées au cours de la période de référence amène à considérer que cette condition fait manifestement défaut¹⁸¹⁴. Le Conseil constitutionnel a lui-même confirmé cette manière de voir à l'occasion d'une décision par laquelle il a refusé de reconnaître « *la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle [...] comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République* », au motif que de nombreuses lois avaient fixé des règles s'appliquant à des contrats en cours avant 1946¹⁸¹⁵. Bien que la solution retenue se limite à la matière contractuelle, rien n'indique qu'une solution différente serait adoptée face à un raisonnement identique qui concernerait cette fois le principe plus général de non-rétroactivité des lois issu de l'article 2 du code civil. De surcroît, comme on vient de le voir, le Conseil constitutionnel a explicitement réaffirmé, à plusieurs reprises, la valeur simplement législative de cette disposition.

Ensuite, certains requérants ont invoqué le droit à la sûreté consacré par l'article 2 de la Déclaration de 1789 comme fondement au principe de non-rétroactivité qu'ils entendaient opposer à l'application de la loi aux contrats en cours. Comprise dans son sens le plus large, la sûreté constitue, selon le Doyen Rivero, « *la garantie de la sécurité juridique face au pouvoir* »¹⁸¹⁶. La notion de sûreté n'est donc pas sans rapport avec la protection de la stabilité des situations juridiques passées. Portalis faisait déjà état d'un tel lien en affirmant que « *partout où la rétroactivité des lois serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même* »¹⁸¹⁷. Néanmoins, le Conseil constitutionnel s'est bien gardé de déduire de l'article 2 de la Déclaration de 1789 une interdiction de rétroactivité de la loi en matière contractuelle, refus qui doit être interprété comme revêtant une portée générale¹⁸¹⁸.

¹⁸¹¹ Suivant le raisonnement développé par le Conseil constitutionnel, la Constitution de 1958, dans la mesure où son préambule renvoie au Préambule de la Constitution de 1946 et que ce dernier fait lui-même référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, doit être regardée comme ayant conféré valeur constitutionnelle auxdits principes (cf. C.Const., déc. n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, préc., cons. 2 ; déc. n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, préc., cons. 11).

¹⁸¹² F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 34 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Code civil, source de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in M. VERPEAUX (dir.), *Code civil et Constitution(s)*, Actes de la journée d'étude organisée par l'AFDC le 25 mars 2004 à l'Assemblée nationale, Paris, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 2005, p. 15. Sur la notion de « loi de la République », voir C.Const., déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, préc., cons. 11.

¹⁸¹³ Sur ce point, cf. B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs*, préc., 1988, n° 334. Voir également, C.Const., déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, préc., cons. 12.

¹⁸¹⁴ Pour des ex., cf., plus haut, Partie I, Titre I, Chapitre I.

¹⁸¹⁵ C.Const., déc. n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, préc., cons. 13. Voir également, N. MERLEY, « La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2005, n° 3, p. 621, spéc. p. 634.

¹⁸¹⁶ J. RIVERO, *Libertés publiques*, t. II, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 5^e éd., 1996, p. 21.

¹⁸¹⁷ J.-É.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, coll. des Publications du Centre de Philosophie du Droit, 1988, p. 77.

¹⁸¹⁸ Sur le premier point, cf. C.Const., déc. n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, préc., cons. 11 et 12. Sur le second point, cf., par ex., C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 4 : invocation de l'article 2 de la Déclaration de 1789 à l'encontre d'une loi fiscale rétroactive. Sur l'ensemble de la question, voir F. LUCHAIRE, « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prud'homme ? », *RDP*, 1989, n° 3, p. 609 ; J. PETIT, thèse préc., pp. 56-57, n° 119 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 378, n° 610.

496. En troisième lieu, et comme on vient de le voir, les saisissants ont parfois invité, en vain, le Conseil à proscrire la rétroactivité de la loi, mais seulement dans des domaines spécifiques. Outre le rejet d'un principe de non-rétroactivité en matière contractuelle, quel que soit le fondement proposé, le Conseil constitutionnel s'est également refusé, en plusieurs occasions, à consacrer un tel principe en matière fiscale. Le Conseil n'a pas fait droit à une première série d'arguments consistant à déduire le principe de non-rétroactivité des lois fiscales de la combinaison des principes d'annualité des lois de finances¹⁸¹⁹ et de l'autorisation préalable de percevoir l'impôt, tels qu'ils découlent des dispositions de l'article 47 de la Constitution de 1958 fixant le calendrier d'adoption des lois de finances, précisées par celles de la loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances. La Haute instance n'a pas davantage suivi une seconde série d'arguments tendant à fonder la prohibition de la rétroactivité sur les principes du consentement à l'impôt¹⁸²⁰ et d'égalité devant les charges publiques¹⁸²¹, respectivement consacrés aux articles 13 et 14 de la Déclaration de 1789. Ce double refus doit être approuvé. D'un côté, le premier de ces principes est impuissant à fonder la prohibition de la rétroactivité de la loi fiscale, en l'absence de caractère nécessairement préalable du consentement à l'impôt. De l'autre, le principe d'égalité devant l'impôt ne saurait constituer un obstacle général à la rétroactivité. En effet, une loi rétroactive peut très bien s'appliquer, sans distinction, à l'ensemble des contribuables¹⁸²².

En dernier lieu, ce sont les principes de sécurité juridique et de confiance légitime qui ont été sollicités pour fonder la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle au principe de non-rétroactivité des lois. Cependant, le Conseil constitutionnel n'a jamais accepté de réceptionner explicitement en droit interne, sous une forme ou une autre, l'un ou l'autre de ces principes consacrés par le droit européen. Ce refus appelle des développements spécifiques.

B/ Le refus de réceptionner les principes du droit européen en tant que principes à valeur constitutionnelle

497. Si tout système juridique tend, par définition, à garantir la sécurité des rapports de droit, certains d'entre eux ont choisi de traduire cette exigence en norme juridique contraignante¹⁸²³. Telle n'est pas la tradition du droit français. Si l'exigence de sécurité juridique connaît de nombreuses applications¹⁸²⁴, elle n'a jamais été formalisée en principe constitutionnel. À l'inverse, le droit européen, à travers les

¹⁸¹⁹ C.Const., déc. n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, préc., cons. 31 ; déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 4 ; déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, préc., cons. 21.

¹⁸²⁰ C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 4.

¹⁸²¹ C.Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 2 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 35 ; déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 4.

¹⁸²² Sur l'ensemble de ces points, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 612, n° 772, spéc. note 69 ; O. NÉGRIN, thèse préc., p. 136. Sur le principe d'annualité, cf., plus haut, p. 80 et s., n° 115 et s. Sur les rapports entre rétroactivité de la loi et principe d'égalité, cf., plus bas, p. 778 et s., n° 1006 et s. ; B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., *RFDA*, 1989, n° 5, p. 862, spéc. p. 865. Pour un ex., en dehors de la matière fiscale, cf. C.Const., déc. n° 96-375 DC, 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 11, Rec., p. 60, *AJDA*, 1996, n° 5, p. 369, note O. SCHRAMECK, *D.*, 1998, SC, p. 150, obs. P. GAÏA, *LPA*, 4 septembre 1996, n° 107, p. 9, chr. B. MATHIEU, *RDP*, 1996, n° 4, p. 1147, note X. PRÉTOT, *RFDC*, 1996, n° 27, p. 598, note P. GAÏA.

¹⁸²³ Sur le premier point, voir J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration, 'Liber amicorum' P. PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 53 ; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 1996, n° spécial, p. 178. Sur le second point, voir B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, juin 1995, n° spécial, p. 151, spéc. pp. 152-153 ; D. J. M. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, 2003, n° 1, p. 85.

¹⁸²⁴ Elle inspire, par ex., la règle de non-rétroactivité (cf., en ce sens, S. CALMES, thèse préc., p. 136 ; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, préc., p. 223, n° 550 ; B. JEANNEAU, thèse préc., p. 92 ; M. LETOURNEUR, « Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs », préc., p. 37 ; P. RAIMBAULT, thèse préc., p. 68 ; A. TREPPOZ, « La confiance légitime, notion introuvable du droit administratif français ? », *RRJ*, 2002, n° 1, p. 405, spéc. p. 412 ; A. VALEMBOSIS, thèse préc., p. 211, n° 327).

jurisprudences de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits, reconnaît, de manière expresse, le principe de sécurité juridique¹⁸²⁵. Néanmoins, la protection de ce principe est loin d'être évidente en raison de son caractère vague et protéiforme. Classiquement, il implique à la fois la sécurité *par le droit* et la sécurité *du droit*¹⁸²⁶. À cette double facette du principe de sécurité juridique correspondent deux exigences, la qualité du droit et sa prévisibilité¹⁸²⁷. Sous ce dernier aspect, la sécurité juridique protège la stabilité des rapports de droit, laquelle implique, à son tour, la non-rétroactivité de la règle de droit¹⁸²⁸.

498. C'est dans cette dimension particulière que le principe de sécurité juridique a été invoqué en vain devant le Conseil constitutionnel en vue de contester la rétroactivité conférée à une disposition législative¹⁸²⁹. Bien qu'il n'ait jamais directement et explicitement dénié toute valeur constitutionnelle au principe de sécurité juridique, le Conseil ne l'a, à l'inverse, jamais consacré, se contentant de rappeler qu'aucun principe de valeur constitutionnelle ne s'opposait à ce que le législateur adopte des dispositions rétroactives.

499. En revanche, le refus opposé par la Haute instance à la réception en droit constitutionnel français des principes reconnus par le droit européen a été beaucoup plus net s'agissant de la protection de la confiance légitime.

Comme on le sait, ce principe a été consacré par la Cour de Justice de l'Union européenne en tant que principe général du droit. La confiance légitime correspond à la sécurité juridique envisagée d'un point de vue subjectif. Si cette notion est aussi floue que celle de sécurité juridique, son contenu est plus strictement circonscrit. La confiance légitime protège la situation des sujets de droit contre les changements brutaux de législation, opérés ou non avec rétroactif, à condition qu'il puisse être démontré que ceux-là disposaient d'un droit ou, à tout le moins, avaient une espérance légitime dans le maintien du droit en vigueur¹⁸³⁰.

¹⁸²⁵ Cf., plus bas, p. 443, n° 561. Sur l'ensemble de ces points, voir Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, rapp. préc., p. 229.

¹⁸²⁶ F. DOUET, thèse préc., p. 2, n° 3 ; P. RAIMBAULT, *Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 256, 2009, p. 6 et s. ; F. TULKENS, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *RIEJ*, 1990, n° 24, p. 25.

¹⁸²⁷ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 693, n° 885 ; B. PACTEAU, art. préc., p. 151 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 187, n° 275.

¹⁸²⁸ Outre les références déjà citées, voir M. HEERS, « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime », *RFDA*, 1995, n° 5, p. 963 ; J.-R. PELLAS, « Le principe de sécurité juridique en droit fiscal », in *Études en l'honneur de G. DUPUIS*, Paris, LGDJ, 1997, p. 261, spéc. p. 262.

¹⁸²⁹ C.Const., déc. n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, préc., cons. 31 et 32 ; déc. n° 95-369 DC, 28 décembre 1995, préc., cons. 3 ; déc. n° 97-391 DC, 7 novembre 1997, préc., cons. 5 (loi fiscale rétroactive) ; déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 4 ; déc. n° 2010-78 QPC, 11 décembre 2010, préc., cons. 2 (loi de validation) ; déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, cons. 20 (loi rétroactive ordinaire). Le principe de sécurité juridique a également été invoqué en tant qu'il constituerait le fondement d'un principe d'intangibilité des droits acquis que le législateur ne saurait remettre en cause par une disposition rétroactive (cf., en matière de droits à pension, C.Const., déc. n° 94-348 DC, 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes*, cons. 14, Rec., p. 117, D., 1995, SC, p. 344, obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et p. 351, obs. P. GAÏA, et 1996, SC, p. 45, obs. X. PRÉTOT, *JCP G*, 1995, II, 22404, note D. BROUSSOLLE, *LPA*, 28 avril 1995, n° 51, p. 5, note B. MATHIEU *RFDC*, 1994, n° 20, p. 832, note P. GAÏA).

¹⁸³⁰ Sur ces différents points, voir, outre les références déjà citées, I. FOURNOL, « L'émergence du principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire », *RRJ*, 2001, n° 1, p. 291 ; M.-H. PLANCHON, « Le principe de confiance légitime devant la Cour de Justice des Communautés », *RRJ*, 1994, n° 2, p. 447 ; J.-P. PUISSOCHET, « Vous avez dit confiance légitime ? (Le principe de confiance légitime en droit communautaire) », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 581, spéc. pp. 586-587 ; D. TRIANTAFYLLOU, « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire », *RFDA*, 2000, n° 2, p. 246. Voir également, F. DOUET, thèse préc., p. 4, n° 10 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 696, n° 886 ; P. FRAISSEIX, « La notion de confiance légitime dans la jurisprudence administrative française », *RRJ*, 1999, n° 2, p. 403 ; M. FROMONT, art. préc., pp. 179-180 ; F. MODERNE, « À la recherche d'un fondement constitutionnel du principe de la confiance légitime. Du droit communautaire au droit interne », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de L. DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, p. 597 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 231, n° 367.

Saisi de moyens tirés de la méconnaissance par le législateur du principe de confiance légitime à l'occasion de l'adoption d'une disposition rétroactive, le Conseil constitutionnel les a systématiquement rejetés en prenant le soin de préciser « *qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit un principe dit de "confiance légitime"* », à la fois en tant que ce dernier prémunirait les sujets de droit contre la rétroactivité de la loi nouvelle et en tant qu'il protégerait ceux-ci contre les changements brutaux de législation¹⁸³¹.

500. Le refus opposé à la réception des principes issus du droit européen se justifie principalement en raison de l'absence de fondement en l'état actuel du droit constitutionnel français. Il en va ainsi pour le principe de confiance légitime. Outre la conception subjective du droit qu'ils véhiculent et qui demeure étrangère à la tradition juridique française, ces principes brillent par l'évanescence de leur signification et par l'imprécision de leur contenu¹⁸³². On peut même aller jusqu'à estimer que leur mise en œuvre peut être source d'abus. Par exemple, du moment que les destinataires de la règle nouvelle ont été prévenus à l'avance, le principe de confiance légitime ne serait pas, en tant que tel, remis en cause par la rétroactivité qui aura été conférée à celle-ci¹⁸³³.

Pourtant, certains auteurs ont tenté de rattacher, non sans un certain artifice, les principes de sécurité juridique et de confiance légitime au droit à la sûreté, tel qu'il découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789, ou à la garantie des droits proclamée par son article 16¹⁸³⁴. Il faut bien admettre que ce ne serait qu'au prix d'une interprétation étrangère à leur esprit qu'un tel rapprochement pourrait être opéré.

Même si elle devait avoir lieu, la réception en droit français de l'un ou l'autre de ces principes s'avérerait sans réelle portée vis-à-vis de la rétroactivité de la loi. D'abord, là où ils ont été consacrés, ces principes n'interdisent aucunement le recours à la rétroactivité par les autorités normatives¹⁸³⁵. Ensuite, les diverses implications du principe de sécurité juridique, dans sa dimension de prévisibilité et de stabilité du droit, telles la stabilité des relations contractuelles ou la protection des droits antérieurement acquis ont été progressivement concrétisées, au cas par cas, par la jurisprudence constitutionnelle¹⁸³⁶.

501. Conclusion du paragraphe 1. La réception formelle des principes du droit européen par la jurisprudence constitutionnelle paraît hautement improbable. Elle n'empêche en rien une transposition matérielle et sélective de ces principes dans certains leurs éléments. C'est dire que le principe de sécurité

¹⁸³¹ Sur le premier point, cf. C.Const., déc. n° 97-391 DC, 7 novembre 1997, préc., cons. 6. Sur le second point, cf. C.Const. déc. n° 96-385 DC, *Loi de finances pour 1997*, cons. 18, Rec., p. 145, *AJDA*, 1997, p. 161, note O. SCHRAMECK, *D.*, 1997, J., p. 117, note P. MALAURIE et 1998, SC, p. 149, obs. L. PHILIP, *LPA*, 15 janvier 1997, n° 7, p. 5, note J.-C. ZARKA, 7 mars 1997, n° 29, p. 5, note B. MATHIEU, 23 juillet 1997, n° 88, p. 30, note S. V. AIVAZZADEH-BARRÉ, *RFDC*, 1997, p. 119, note L. PHILIP, *RFFP*, 1997, n° 59, p. 99, note X. PRÉTOT, *RJF*, 1996, n° 2, comm. 154, note anonyme.

¹⁸³² Sur le premier point, voir S. CALMES, thèse préc., p. 170 ; M. FROMONT, art. préc., p. 179 ; F. MODERNE, art. préc., p. 615 ; J.-R. PELLAS, art. préc., p. 261 ; J.-P. PUISSOCHET et H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », préc., p. 105 ; A. TREPPOZ, art. préc., p. 408 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 423, n° 684. Sur le second point, voir, outre les références déjà citées, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 105, n° 135 ; F. POLLAUD-DULIAN, art. préc., p. 491

¹⁸³³ Cf., en ce sens, B. MATHIEU, « Table ronde Constitution et sécurité juridique : France », in Table ronde internationale sur la sécurité juridique, *AJJC*, 1999, p. 155, spéc. p. 163.

¹⁸³⁴ Cf., respectivement, F. MODERNE, art. préc., p. 606 et s. ; A. TREPPOZ, art. préc., p. 407. Pour un exposé critique, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 723, n° 923 ; J. PETIT, thèse préc., p. 56, n° 119.

¹⁸³⁵ Cf., l'ex. du droit de l'Union européenne, plus bas, p. 443 et s., n° 561 et s.

¹⁸³⁶ Cf., plus bas, p. 414 et s. n° 522 et s. Voir également, S. CALMES, thèse préc., p. 662 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 694, n° 885 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 295, n° 461.

juridique est « *un principe clandestin, mais efficient* »¹⁸³⁷ en droit constitutionnel français. Néanmoins, il ne trouve à s'appliquer qu'indirectement, au travers d'exigences constitutionnelles qui ne lui sont pas expressément rattachées.

Le maintien de la liberté du législateur de prescrire la rétroactivité de la loi non-répressive ne signifie pas l'absence de toute limitation de celle-ci. Par leur effet conjugué, les jurisprudences constitutionnelle et européenne encadrent étroitement l'exercice du pouvoir de rétroactivité du législateur.

§ 2 : L'encadrement stratifié de la rétroactivité prescrite par le législateur en matière non répressive

502. Si elle reste permise en principe, la rétroactivité n'est plus l'instrument suprême du législateur. Le pouvoir de rétroactivité détenu par ce dernier a progressivement été encadré dans son exercice par les jurisprudences constitutionnelle et européenne. Il est tout à fait éclairant de constater que le mouvement a été amorcé dans le domaine des lois de validation en droit constitutionnel français comme en droit européen. En tant qu'il permettait au législateur de faire prévaloir sa volonté sur l'administration de la justice, le pouvoir de validation rétroactive constituait, en effet, un symbole de sa toute puissance.

À travers le développement des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois, le respect d'un nombre grandissant de contraintes a été imposé au législateur en vue de garantir le respect de droits et libertés fondamentaux et d'assurer la sécurité des rapports juridiques.

Le principe du contrôle exercé sur les lois rétroactives est le même pour le droit constitutionnel français que pour le droit européen. La rétroactivité de la loi ne saurait être condamnée en principe. Seulement, son usage doit être encadré, dès lors que la remise en cause des situations juridiques préexistantes est susceptible de porter atteinte à certains droits et libertés jugés comme essentiels. Néanmoins, les objectifs poursuivis ne sont pas les mêmes.

En matière de validations législatives par exemple, le Conseil constitutionnel a d'abord entendu limiter les atteintes portées par le législateur au principe de séparation des pouvoirs, pour ensuite faire reposer son contrôle, plus largement, sur la garantie des droits. De son côté, la Cour de Justice a recherché, avant tout, à préserver les principes structurants de l'ordre juridique de l'Union européenne que sont son application uniforme et effective, ainsi que la sécurité juridique. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, c'est principalement la sauvegarde des droits, procéduraux comme substantiels, consacrés par la Convention qu'il lui a fallu assurer. L'encadrement de la rétroactivité de la loi ne résulte donc pas d'une démarche concertée de la part des différentes Cours, non plus qu'il ne repose sur des principes communs. Bien qu'étant partagés par les différents systèmes, ces derniers n'ont pas tous la même signification ou la même importance. Il n'en reste pas moins que les différents contrôles exercés sur la rétroactivité de la loi ont tous évolué dans le sens d'une plus grande rigueur.

Tandis que le contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives s'est graduellement enrichi, dans ses fondements, comme dans ses exigences (II), le contrôle de conventionnalité s'est progressivement durci (III).

¹⁸³⁷ B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges P. GÉLARD, Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 301.

La nouveauté du développement d'un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois rétroactives ne doit pas faire oublier que les juridictions ordinaires se montrent, de longue date, particulièrement exigeantes vis-à-vis de la rétroactivité prescrite par le législateur. Le juge administratif, comme son homologue judiciaire, ont donné son plein effet à la directive d'interprétation que leur adresse l'article 2 du code civil. La rétroactivité de la loi est ainsi soumise à un principe d'interprétation stricte par la jurisprudence des juridictions ordinaires, comme par celle du Conseil constitutionnel. Bien qu'elle ne fasse peser aucune contrainte directe sur le législateur, si ce n'est d'exprimer clairement sa volonté, cette jurisprudence contribue néanmoins à limiter la remise en cause des situations juridiques antérieurement constituées par la loi nouvelle (I).

De cet ensemble de principes, il découle que le pouvoir de rétroactivité du législateur fait l'objet d'un encadrement constitué de plusieurs strates jurisprudentielles. Ces dernières ont, par leur effet combiné, mis en place les éléments d'un statut de la rétroactivité de la loi non répressive.

I – LE PRINCIPE D'INTERPRETATION STRICTE DES LOIS RETROACTIVES

503. La rétroactivité de la loi fait l'objet d'une interprétation particulièrement restrictive de la part du Conseil constitutionnel comme des juridictions ordinaires. Cette rigueur s'explique aisément par la gravité des perturbations qu'engendre la rétroactivité de la loi sur l'ordonnement juridique. Parce qu'elles conduisent nécessairement à la remise en cause de la situation antérieurement constituée de leurs destinataires, les dispositions rétroactives de la loi sont soumises à un principe d'interprétation stricte. Ce dernier est reçu de manière certaine par la doctrine publiciste¹⁸³⁸, de même qu'il est appliqué de manière constante par les juridictions ordinaires et le Conseil constitutionnel, nonobstant le fait qu'il n'ait jamais été formulé de manière explicite par les premières ou le second¹⁸³⁹. Le principe d'interprétation stricte découle à la fois des dispositions de l'article 2 du code civil, lequel constitue une directive d'interprétation qui s'impose aux organes d'application de la loi, et des principes du droit transitoire. Au regard de ces derniers, la rétroactivité constitue une exception à la règle générale qui est celle de l'effet immédiat. En tant que solution dérogatoire, le recours à la rétroactivité par le législateur est encadré dans une double direction par le principe d'interprétation stricte. D'une part, la rétroactivité de la loi ne se présume pas. Le silence du législateur est, en principe, interprété dans le sens de la non-rétroactivité. (A). D'autre part, le champ d'application des lois rétroactives est interprété de manière spécialement restrictive. La loi rétroactive n'est applicable qu'aux actes ou situations que le législateur a expressément visés (B).

¹⁸³⁸ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 790, n° 997 ; J. GEORGEL, fasc. préc., p. 5, n° 40 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 290 ; J. PETIT, thèse préc., p. 32, n° 66. Voir également, en droit fiscal, F. DOUET, thèse préc., p. 145, n° 228 ; G. GEST, « Droit de reprise de l'administration et lois fiscales rétroactives », *RFC*, 1993, n° 245, p. 52 ; A. KERREST, « La rétroactivité de la loi fiscale », préc., p. 171.

¹⁸³⁹ Sur la position du juge administratif, voir CE, Sect., 7 janvier 1927, *Dame Bajoux*, Rec., p. 39 (6^e esp.), *S.*, 1927, III, p. 142, *RDP*, 1927, n° 3, p. 496, concl. R. RIVET et note G. JÈZE ; 17 juin 1927, *Union des sociétés coopératives de Savigny, Ballay, Liry, Quatre-Champs, Tages, Saint-Morel et Challerange*, Rec., p. 686, *S.*, 1928, III, p. 102 ; 21 juin 1948, *Ministre des Finances c/ Société X...*, req. n° 91.847, Rec., p. 283 ; 17 février 1961, *Monsallier*, req. n° 37.795, Rec., p. 131 ; 24 janvier 1964, *Le Corno*, req. n° 5.138, Rec., p. 45 ; Sect., 3 juillet 1964, *Joligeon*, préc. ; CE, 1^{er} octobre 2004, *Mme Mazzoni*, req. n° 253.288, Rec., T., p. 584, *AJDA*, 2004, n° 43, p. 2415, *JCP A*, 2005, n° 13, p. 605, note B. CAZIN et É. LANZARONE, *RDSS*, 2005, n° 1, p. 160, note F. TOURETTE. Quant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle concerne principalement les validations législatives (cf. C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 34 ; déc. n° 95-363 DC, 11 janvier 1995, préc., cons. 9 ; déc. n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, préc., cons. 23) et les lois fiscales rétroactives (C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 5). Sur la position du juge judiciaire, voir Cass., 7 juin 1901, *Frères de la Doctrine Chrétienne c/ Ville de Paris*, *S.*, 1902, I, p. 517.

A/ L'absence de présomption de rétroactivité de la loi

504. Le principe d'interprétation stricte signifie, en premier lieu, que la rétroactivité de la loi ne se présume pas¹⁸⁴⁰. La présomption de non-rétroactivité de la loi résulte de l'article 2 du Code civil, autant qu'elle se déduit des principes du droit transitoire¹⁸⁴¹. Le silence du législateur ne saurait donc être interprété comme autorisant l'application rétroactive de la loi. L'absence de présomption de rétroactivité de la loi est généralement interprétée comme commandant, à l'inverse, la rétroactivité explicite de la loi rétroactive¹⁸⁴². En d'autres termes, le principe d'interprétation stricte exige la présence d'une disposition expresse prescrivant l'application de la loi aux situations antérieurement constituées. Corrélativement, le législateur doit exprimer, de manière explicite, sa volonté de recourir à l'une ou l'autre des techniques de rétroactivité. Ainsi, les lois à objet rétroactif, qu'elles soient interprétatives, de validation ou de ratification, doivent être expressément qualifiées comme telles par le législateur pour recevoir une application rétroactive¹⁸⁴³. Il en va de même lorsque le législateur entend habiliter l'autorité administrative à doter sa décision d'un effet rétroactif¹⁸⁴⁴. Seule l'application du principe à valeur constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius* de la loi répressive de fond fait exception au principe d'interprétation stricte des lois rétroactives¹⁸⁴⁵.

505. Cependant, la directive adressée aux organes d'application en matière d'interprétation de la loi rétroactive apparaît, en réalité, fort peu contraignante. Malgré la rigueur affichée, le principe d'interprétation stricte n'a jamais été regardé comme proscrivant la rétroactivité implicite de la loi ordinaire ou des lois à objet rétroactif. Dans un cas comme dans l'autre, le juge accepte de faire rétroagir la loi nouvelle s'il ressort des termes mêmes de la loi, des travaux préparatoires ou des débats parlementaires que telle a été la volonté du législateur. Ce n'est que dans le cas contraire que le juge refusera d'interpréter la loi dans le sens de son application rétroactive¹⁸⁴⁶. En d'autres termes, le principe

¹⁸⁴⁰ Outre les ex. cités à la note précédente, voir CE, 17 juin 1927, *Union des sociétés coopérative de Savigny-Callèrange*, Rec., p. 686, S., 1928, III, p. 102 ; 8 mars 1950, *Litaudon*, Rec., p. 147 ; 22 mai 1957, *Caisse de retraite des industriels et commerçants des Alpes françaises*, Rec., p. 201 ; Sect., 3 juillet 1964, *Joligeon*, req. n° 4.854, Rec. p. 385.

¹⁸⁴¹ Sur le premier, voir O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 24, n° 19 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 149 ; J. PETIT, thèse préc., p. 32, n° 67. Sur les seconds, voir G. ÈVEILLARD, thèse préc., p. 215, n° 290 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 8, n° 5 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 223, n° 50.

¹⁸⁴² Sur ce point, cf., plus haut, p. 62, n° 93. Voir, en ce sens, R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 355. Outre les ex. déjà cités, voir CE, 22 mars 1944, *Sieur Layec*, Rec., p. 97 ; Plén., 23 juin 1986, *Rubin*, req. n° 60.250, Rec., p. 170 (sol. impl.), *GAJF* n° 3, *DF*, 1986, n° 46, comm. 2019, concl. M.-A. LATOURNERIE, *RJF*, 1986, n° 8-9, comm. 494 ou 775.

¹⁸⁴³ C'est le cas des lois interprétatives (cf. CE, 4 août 1927, *Société de la raffinerie de Chantenay*, préc. ; 12 juillet 1932, *Ministre du budget c/ Société des steeple-chases de France*, Rec., p. 712, S., 1933, III, p. 49, note P. de FONT-RÉAULX ; 11 février 1957, *Ministre des anciens combattants c/ Simon et Ministre des anciens combattants c/ Lamy*, Rec., p. 100 et T., p. 539 (deux esp. ; sol. impl.) ; 16 janvier 1959, *Ministre de la santé publique c/ Westermayer*, préc. ; 16 mars 1960, *Caisse industrielle et commerciale d'allocation-vieillesse de Seine-et-Marne et autre*, req. n° 45.265, Rec., p. 196 ; Sect., 9 janvier 1976, *Lecoq et Garrigou*, préc. ; 7 décembre 1983, *Ministre du budget c/ M. X*, préc. ; 30 octobre 1995, *Breuil*, préc.). Voir également, L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 279 et s., § 22 ; G. ÈVEILLARD, thèse préc., p. 216, n° 291. C'est également celui des lois de validation (CE, Ass., 7 décembre 1962, *Fédération générale des fonctionnaires C.G.T.-F.O.*, préc. ; Ass., 28 mai 1971, *Barrat et autres et Syndicat général de l'Éducation nationale (SGEN-CFDT)*, préc. ; 13 septembre 2000, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Pratviel*, req. n° 188.840, *RDF*, 2001, n° 11, p. 497, concl. G. BACHELIER, *RJF*, 2000, n° 12, comm. 1500). Voir également, B. MATHIEU, thèse préc., pp. 290-291.

¹⁸⁴⁴ CE, 31 janvier 1951, *Guillou*, préc. ; Sect., 29 janvier 1971, *Sieurs Emery, Barbier et Union des propriétaires de la Sarthe*, req. n° 73.932, Rec., p. 80, *AJDA*, 1971, n° 7-8, p. 409, concl. G. VUGHT ; Sect., 19 octobre 1973, *Sieur X...*, req. n° 80.965, Rec., p. 577 ; Ass., 18 octobre 1974, *Dame Veuve Rodet et autres*, req. n° 90.481 à 90.484, Rec., p. 494. Voir également, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1148, n° 1336 1°.

¹⁸⁴⁵ Sur ce point, cf., plus haut, p. 79, n° 113.

¹⁸⁴⁶ Sur ces différents points, voir p. 62 et s., n° 93 et s.

d'interprétation stricte de la loi rétroactive interdit seulement « *la création jurisprudentielle de la rétroactivité, non l'interprétation juridictionnelle de la volonté du législateur* »¹⁸⁴⁷.

Le juge n'a pas toujours fait preuve d'une parfaite orthodoxie dans la mise en œuvre du principe d'interprétation stricte des lois rétroactives, comme ont pu le montrer les évolutions jurisprudentielles en matière de validation et de ratification législatives implicites¹⁸⁴⁸. S'agissant des lois de ratification, le juge a même témoigné d'une grande souplesse lorsqu'elles intervenaient dans le cadre de la procédure de la législation déléguée organisée par l'article 38 de la Constitution de 1958, si bien que le Parlement a été amené à modifier cette disposition dans le sens d'une interdiction de toute ratification implicite des ordonnances prises sur son fondement¹⁸⁴⁹.

506. En revanche, le juge se montre plus rigoureux à l'égard des lois intervenant dans le domaine contractuel. Comme on le verra, la loi nouvelle ne saurait, sauf disposition expresse et sous réserve de poursuivre un but d'intérêt général suffisant, s'appliquer aux contrats en cours d'effet au jour de sa publication. Or, l'on sait que l'application de la loi aux contrats en cours peut, dans certains cas, signifier sa rétroactivité¹⁸⁵⁰. Quelle que soit la qualification donnée à l'effet dans le temps de la loi nouvelle¹⁸⁵¹, le juge n'acceptera de l'interpréter dans le sens de l'application de ses dispositions aux contrats antérieurement conclus uniquement s'il peut être établi qu'elle répond à des considérations d'ordre public suffisamment impératives¹⁸⁵². En d'autres termes, la volonté implicite du législateur de faire rétroagir la loi nouvelle ne peut résulter que de l'existence d'un motif « d'ordre public renforcé »¹⁸⁵³.

C'est donc au travers de la notion ambiguë et contestée de « loi d'ordre public », entendue comme désignant les lois impératives qui s'imposent à la volonté des parties¹⁸⁵⁴ que le juge fait jouer la présomption de non-rétroactivité de la loi en matière contractuelle. Nonobstant les approximations attachées à cette notion, il semble que c'est à raison de son objet même que la loi nouvelle peut être qualifiée d'ordre public. En raison des nécessités impérieuses qui s'attachent, par exemple dans un

¹⁸⁴⁷ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 216, n° 290.

¹⁸⁴⁸ Cf., respectivement, plus haut, p. 105, n° 150 et p. 114, n° 162.

¹⁸⁴⁹ Art. 14 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 déjà cité. Sur ce point, voir, plus haut, p. 117, n° 163.

¹⁸⁵⁰ C'est dire que la protection des situations contractuelles contre les changements de législation reste indifférente à la qualification de l'effet dans le temps de la loi nouvelle. Sur ces différents points, cf., respectivement, p. 435, n° 551 et p. 746, n° 964. Cf., par ex., CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc. et les conclusions sur cette décision de Y. AGUILA, préc., spéc. p. 471. Voir également, S. LASVIGNES, « Droit transitoire et sécurité juridique ou comment un nouveau principe peut raviver d'anciennes questions », préc., p. 562. Sur le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 255, n° 329 et p. 638, n° 805 ; J. PETIT, thèse préc., p. 483, n° 982 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 11, n° 3 et p. 360, n° 75.

¹⁸⁵¹ Dans un cas, il s'agira de déroger à la règle de non-rétroactivité, dans l'autre de faire exception au principe de survie de la loi ancienne. La jurisprudence administrative témoigne d'une relative confusion sur cette question, cf. CE, Sect., 11 décembre 1970, *Société des Établissements Sonauto et autres*, préc. ; Ass., 18 octobre 1974, *Dame Veuve Rodet et autres*, préc. ; Sect., 3 novembre 1997, *Société Intermarbres*, req. n° 165.260, Rec., p. 393, *RFDA*, 1997, n° 6, p. 1228, concl. J.-H. STAHL, *CJEG*, 1997, n° 538, p. 441, concl. J.-H. STAHL, *RDP*, 1998, n° 1, p. 256, note Y. GAUDEMET ; 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, préc.

¹⁸⁵² É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, req. n° 271.737 et 271.782, Rec., p. 116, *BCJP*, 2009, n° 65, p. 287, spéc. p. 290 ; C. VUGHT, concl. sur CE, Sect., 29 janvier 1971, *Sieurs Emery, Barbier et Union des propriétaires de la Sarthe*, req. n° 73.932, Rec., p. 80, *AJDA*, 1971, n° 7-8, p. 409. La jurisprudence judiciaire va dans le même sens (cf., par ex., Cass., 27 mai 1861, *S.*, 1861, I, p. 507 ; 24 juillet 1866, *S.*, 1866, I, p. 327 ; 10 juillet 1867, *S.*, 1867, I, p. 287 ; 29 mars 1876, *D.*, 1876, I, p. 493 ; Civ., 7 juin 1901, *Institut des frères des écoles chrétiennes, D.*, 1902, I, p. 105, *S.*, 1902, I, p. 513, note WAHL ; Req., 30 novembre 1920, *S.*, 1921, I, p. 167 ; Civ., 22 avril 1929, *DH*, 1929, p. 281, *Gaz. Pal.*, 1929, I, p. 773, *S.*, 1932, I, p. 129 ; Ch. Mixte, 20 mars 1952, *D.*, 1952, p. 453 ; Civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, *Société pour favoriser l'accession à la propriété immobilière (SOFAPI) a consenti c/ SCI Corniche André de Joly*, pourv. n° 86-17.117, Bull. Civ. I, n° 160, p. 106 ; 17 mars, 1998, pourv. n° 96-12.183, Bull. Civ. I, n° 115, p. 76 ; 4 décembre 2001, pourv. n° 98-18.411, Bull. Civ. I, n° 307, p. 195).

¹⁸⁵³ C. VUGHT, concl. préc.

¹⁸⁵⁴ Elles s'opposent en cela aux lois supplétives de volonté qui ne s'appliquent qu'en l'absence de volonté expresse des parties (cf., notamment, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 75, n° 49 et les références citées). Pour une critique de cette distinction et de la pertinence de la notion de loi d'ordre public comme critère de justification de l'application de la loi nouvelle aux contrats en cours, voir E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », préc., p. 461 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, thèse préc., p. 28 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 255, n° 329 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 380, n° 77.

contexte de fort interventionnisme étatique ou, dans une conception plus moderne, de régulation, à la mise en œuvre effective et rapide de mesures d'ordre économique ou social, la loi nouvelle doit recevoir le champ d'application le plus large¹⁸⁵⁵, ce qui implique parfois d'étendre ses effets aux situations antérieurement constituées. Néanmoins, le juge se montrera d'autant plus strict dans la recherche des considérations impérieuses d'ordre public ayant présidé à l'adoption de la loi qu'il s'agit de permettre son application rétroactive aux relations contractuelles antérieurement nouées et, par là, de bouleverser l'économie de contrats légalement conclus sous l'empire de la loi ancienne¹⁸⁵⁶.

La portée du principe d'interprétation stricte ne se limite pas à la détermination du caractère rétroactif ou non de la loi, elle s'étend également à la délimitation du champ d'application de la loi rétroactive.

B/ La limitation de la portée de la rétroactivité de la loi

507. Corrélativement, le principe d'interprétation stricte « borne » le champ d'application de la loi rétroactive¹⁸⁵⁷, tant d'un point de vue temporel que matériel. L'étendue des effets de la loi sur le passé comme les domaines qu'elle entend régir sont entendus de manière limitative. La rétroactivité de la loi se trouve donc cantonnée à ce qui a été expressément prévu par le législateur. De la même façon, en cas de pluralité de signification de la disposition rétroactive, le juge privilégiera la plus restrictive.

508. En ce qui concerne son champ d'application matériel, la loi rétroactive ne saurait voir son effet s'étendre au-delà des actes ou situations qu'elle a visés ou s'appliquer à d'autres domaines que ceux qu'elle a désignés. Le juge se refuse donc à faire bénéficier de la rétroactivité de la loi les mesures prises pour son application¹⁸⁵⁸ ou adoptées sur son fondement, en l'absence de disposition expresse. C'est ainsi que, par exemple, la validation législative d'un acte administratif ne laisse pas présumer que ses « actes-conséquences » ou que des actes relevant d'une autre catégorie sont également validés¹⁸⁵⁹. De la même façon, l'autorisation de rétroactivité donnée par le législateur en vue du reclassement de fonctionnaires dans des corps existants ou au sein d'un corps nouvellement créé ne saurait être interprétée comme ayant permis au Gouvernement de définir ou de modifier les règles statutaires applicables à ce même corps

¹⁸⁵⁵ Cf., en ce sens, Y. AGUILA, concl. sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc., p. 472 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 657, n° 831 ; É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, préc., pp. 290-291. Voir également, P. DELVOLVÉ, « Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à M. WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 355.

¹⁸⁵⁶ É. GEFFRAY, concl. préc., p. 292.

¹⁸⁵⁷ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 790, n° 997 ; J. PETIT, thèse préc., p. 33, n° 69. Pour une mention expresse du principe d'interprétation stricte, voir CE, 17 mai 1972, *Sieurs Roty, Demaret et Beaune*, req. n° 78.122, 78.187 et 81.980 à 81.987, Rec., p. 373, *AJDA*, 1972, n° 9, p. 468, concl. G. BRAIBANT. Sur le lien entre l'art. 2 du Code civil et le principe d'interprétation stricte de la loi rétroactive, cf. R. RIVET, concl. sur CE, 7 janvier 1927, *Dame Bajoux*, préc., *RDP*, 1927, n° 3, p. 496, spéc. p. 498 ; B. MARTIN-LAPRADE, concl. sur CE, Sect., 11 décembre 1987, *SCI Rudel*, préc., *DF*, 1988, n° 19, p. 635, spéc. p. 639.

¹⁸⁵⁸ CE, 17 décembre 1969, *Dames Boggio-Sola et Galanaud*, préc. ; 6 mai 1970, *Khrissate et autres*, req. n° 77.228-77.229, 77.232, 77.236, 77.247-77.248, 7.258-77.259 et 77.269, Rec., p. 299 ; Ass., 23 juillet 1976, *Société Algéco*, req. n° 93.066, Rec., p. 369, *AJDA*, 1977, n° 7-8, p. 381, note P. THÉVENIN. Pour un autre ex., cf. CE, Ass., 18 octobre 1974, *Dame Veuve Rodet et autres*, préc. ; 14 décembre 1998, *Frère*, préc.

¹⁸⁵⁹ CE, 9 novembre 1951, *Poupard*, préc. ; Sect., 28 février 1958, *Denis et autres*, préc. ; 9 février 1966, *Ministre des Finances, c/ Benoît et autres*, préc. ; 13 décembre 1976, *Bethus et Ballereau*, préc. ; 15 février 1999, *Ministre de la Santé publique et de l'Assurance maladie c/ "Clinique Saint-George"*, req. n° 172.372, Rec., T., p. 621 ; C.Const., déc. n° 2002-465 DC, 13 janvier 2003, préc., cons. 6. Sur l'ensemble de la question, voir p. 105, n° 150. On peut rapprocher cette limitation de l'exigence constitutionnelle suivant laquelle la portée de la validation doit être strictement définie (pour un ex. récent, cf. C.Const., déc. n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, cons. 4 et 5, *Dr. adm.*, 2011, n° 4, p. 28, note F. BRENET, *LPA*, 8 mai 2011, n° 128-130, p. 19, note A.-L. CASSARD-VALEMBOIS). Néanmoins, la jurisprudence n'est pas d'une parfaite fermeté (CE, 31 mai 2000, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement c/ Crépin*, préc. : validation d'actes d'imposition interprétée comme impliquant celle des actes préparatoires à l'imposition).

avec effet rétroactif à la date où ces reclassements sont devenus effectifs¹⁸⁶⁰. En d'autres termes, la loi rétroactive n'est applicable qu'aux seuls faits ou actes entrant directement dans son champ d'application¹⁸⁶¹.

509. En ce qui concerne l'étendue des effets qu'emporte pour le passé la loi rétroactive, les juridictions ordinaires font, de longue date, jouer une présomption en vertu de laquelle celle-ci est réputée inapplicable aux décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée. Le silence du législateur est donc interprété comme exprimant la volonté de ce dernier de respecter le principe de séparation des pouvoirs et, partant, de ne pas porter atteinte à la chose jugée. Cette réserve est d'application constante, tant dans la jurisprudence administrative¹⁸⁶² que judiciaire¹⁸⁶³, et concerne toutes les lois rétroactives, quelle que soit leur forme. De manière assez audacieuse, le juge ne s'estime pas tenu par les termes mêmes d'une loi qui, tout en réservant les décisions passées en force de chose jugée, iraient dans le sens d'une restriction de la garantie de la chose jugée¹⁸⁶⁴.

Ce principe de l'inapplicabilité de la loi rétroactive aux décisions passées définitivement en force de chose jugée a été conforté par le développement du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives. En effet, le Conseil constitutionnel fait du respect de la chose jugée une condition de fond de la compatibilité avec la Constitution du recours par le législateur à la rétroactivité. C'est dire que désormais la réserve de la chose définitivement jugée s'inscrit pleinement dans le cadre de l'interprétation de la loi réalisée par les juridictions ordinaires conformément au bloc de constitutionnalité¹⁸⁶⁵.

¹⁸⁶⁰ CE, 27 avril 1962, *Syndicat national des élèves conseillers et conseillers au travail et à la législation sociale et autres*, req. n° 50.068 et 50.069, Rec., p. 276, *AJDA*, 1962, p. 282, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT ; 17 décembre 1969, *Dames Boggio-Sola et Galanaud*, préc. ; 6 mai 1970, *Khrissate et autres*, préc. Il n'en va pas toujours ainsi. Pour un ex. d'habilitation législative interprétée comme permettant au Gouvernement de faire rétroagir les mesures prises par voie d'ordonnances en vue de réduire la dette sociale, voir CE, 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes et autres*, préc.

¹⁸⁶¹ Pour d'autres ex., CE, 7 janvier 1927, *Taras Belozersky*, Rec., p. 29 ; Ass., 15 juillet 1954, *Graziani*, Rec., p. 485, *AJDA*, 1954, II, p. 500 ; Sect., 7 juillet 1967, *Secrétaire d'État au Logement c/ Sieur Lemetayer*, req. n° 69.601, Rec., p. 302 ; 17 mai 1972, *Sieurs Roty, Demaret et Beaune*, préc. ; 22 mai 2002, *SARL Berre station*, préc.

¹⁸⁶² CE, Sect., 21 mai 1965, *Jouliat*, préc. ; 24 mars 1982, *Boyer*, préc. ; Sect., 26 octobre 1984, *Mammar*, préc. ; 25 septembre 1987, *Binet*, préc. ; 6 avril 1998, *Ministre du budget c/ SARL "Courcelles Investissements"*, req. n° 133.985, Rec., T., p. 726, *RDF*, 1998, n° 38, comm. 802, concl. G. GOULARD (validations législatives) ; 30 juillet 1920, *Bonnefof*, préc. ; Sect., 4 mars 1932, *De Branges de Bourcia*, Rec., p. 255 ; Sect., 22 mars 1957, *Caisse de retraite des industriels et commerçants des Alpes françaises*, Rec., p. 201 ; Sect., 8 octobre 1965, *Richard*, req. n° 63.137, Rec., p. 500 ; 24 mai 1982, *SCI X...*, req. n° 36.730 et 35.190, *DF*, 1982, comm. 18175 ; 5 mars 1986, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE)*, req. n° 42.502 et 42.504 à 42.508, Rec., T., p. 463 (sol. impl. ; lois interprétatives). Sur ce point, cf. D. LABETOULLE, concl. sur CE, Sect., 26 octobre 1984, *Mammar*, préc., *D.*, 1985, J., p. 223 ; J. PETIT, thèse préc., pp. 60-62, n° 124.

¹⁸⁶³ Cass. Req., 20 janvier 1920, *Parison c/ Époux Parison*, préc. ; Soc., 19 juin 1963, *Dame Chatelouze c/ Époux Vouaux*, préc. ; Com., 15 mai 1990, *Société Brumar*, pourv. n° 88-14.293, Bull. Civ. IV, n° 151, p. 100, *LPA*, 23 juillet 1990, p. 6, note P. DEROUIN, *RJF*, 1990, comm. 742 ; Plén., 21 décembre 1990, *SA Roval*, pourv. n° 88-15.744, Bull. A. P., n° 12, p. 23, *DF*, 1991, comm. 614, rapp. LEMONTEY, *D.*, 1991, J., p. 305, *JCP G*, 1991, II, 21640 et *RJF*, 1991, comm. 106, concl. DONTENWILLE (lois interprétatives) ; Com., 23 novembre 1993, *Société Le Moulin rouge Ponard et Cie*, pourv. n° 91-18.034, Bull. Civ. IV, n° 424, p. 308 (validations législatives). Voir également, P. ROUBIER, « De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 513, spéc. p. 535 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La loi nouvelle et le litige », *RTDCiv.*, 1968, p. 479, spéc. p. 496, n° 27.

¹⁸⁶⁴ CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Draon*, préc. : dans cette affaire, le Conseil d'État a interprété les dispositions de la loi anti-Perruche excluant la réparation du préjudice subi par les enfants nés handicapés du fait d'une faute médicale dans les cas où il aurait été « irrévocablement » statué sur le principe de l'indemnisation comme un simple rappel de l'inapplicabilité des lois rétroactives aux décisions passées en force de chose jugée. Cette interprétation ne s'imposait pas évidence dès lors que la notion de décision « irrévocable » est d'ordinaire plus restrictive que celle de décision « passée en force de chose jugée ». En effet, la décision « irrévocable » est celle dont les délais de recours ont été épuisés et qui n'est susceptible que d'un recours en révision, tandis que la décision « passée en force de chose jugée » recouvre plus largement les décisions prises en dernier ressort et qui, en tant que telles, ne sont plus susceptibles de recours suspensif d'exécution (sur cette notion, cf., plus bas, p. 605, n° 775).

¹⁸⁶⁵ CE, 23 mars 2005, *Ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. La grande taverne de Bavière*, req. n° 262.434, Rec., p. 124, *BDCF*, 2005, n° 6, p. 72 et *RDF*, 2005, n° 27, p. 1173, concl. L. VALLÉE. Sur la jurisprudence constitutionnelle, cf., plus bas, p. 424, n° 535. Pour un ex., voir C.Const., déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc., cons. 14.

Cette solution n'est pas isolée. De son côté, le juge fiscal fait également jouer la réserve du respect des principes à valeur constitutionnelle dans l'interprétation qu'il donne de la loi fiscale rétroactive. En particulier, le juge interprète les dispositions fiscales rétroactives conformément au principe de non-rétroactivité de la loi répressive de fond. Ainsi, une règle d'imposition rétroactive est présumée n'être assortie d'aucune pénalité¹⁸⁶⁶. En d'autres termes, la loi fiscale rétroactive est interprétée comme n'entraînant aucune conséquence répressive pour le passé¹⁸⁶⁷.

510. Si le juge s'attache, en principe, à faire prévaloir la signification la plus restrictive de la loi rétroactive parmi celles envisageables, il peut naturellement s'en départir pour adopter une interprétation simplement littérale. On peut relever deux hypothèses dans lesquelles le juge a fait exception au principe d'interprétation stricte. Il en va, tout d'abord, ainsi lorsque l'interprétation non stricte permet d'éviter une application défavorable de la loi pour les justiciables. C'est particulièrement le cas lorsqu'une interprétation stricte de la loi aboutirait à restreindre le droit au recours¹⁸⁶⁸. La seconde hypothèse concerne le droit de la fonction publique. L'interprétation non stricte d'une loi rétroactive empêche qu'elle affecte défavorablement les droits des fonctionnaires concernés¹⁸⁶⁹.

II – L'ENRICHISSEMENT PROGRESSIF DE L'ENCADREMENT CONSTITUTIONNEL DES LOIS RETROACTIVES

511. En l'absence de dispositions textuelles de rang constitutionnel organisant le pouvoir de rétroactivité du législateur, c'est la jurisprudence qui est venue encadrer son exercice. À travers une jurisprudence devenue plus exigeante, le Conseil constitutionnel est venu encadrer, de manière générale, la rétroactivité prescrite par le législateur. Sa raison d'être tient à ce que le recours à la rétroactivité comporte le risque d'une méconnaissance de règles et principes à valeur constitutionnelle¹⁸⁷⁰. À partir de cette prémisse, le Conseil a développé un contrôle sur les lois rétroactives qui s'est enrichi graduellement dans l'ensemble de ses éléments, en même temps qu'il s'est renforcé dans son intensité.

Tout en rappelant de manière constante qu'il ne saurait substituer son appréciation à celle du Parlement, le Conseil a posé un certain nombre de limites à l'exercice par le législateur de son pouvoir de rétroactivité. Seulement, cet encadrement n'a pas immédiatement obéi à une logique d'ensemble. Ainsi, les fondements sur lesquels le Conseil entend s'appuyer pour exercer son contrôle sur les lois rétroactives a été peu à peu précisé (A). Du point de vue de son champ d'application, l'encadrement

¹⁸⁶⁶ Néanmoins, ce lien n'est pas entièrement pertinent, dès lors que l'interprétation stricte concerne également les intérêts de retard (CE, Sect., 11 décembre 1987, *SCI Rudel*, préc.), dont on sait qu'il ne revêtent pas le caractère d'une sanction. Voir, en ce sens, F. DOUET, thèse préc., p. 145 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 791, n° 998 ; B. MARTIN-LAPRADE, concl. préc., p. 639 ; J. PETIT, thèse préc., p. 50, n° 102-103 ; J. TUROT, « Les lois fiscales rétroactives », préc., p. 658.

¹⁸⁶⁷ C. Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 34 ; CE, 14 avril 1956, *Secrétaire d'État aux Finances et aux affaires économiques c/ Société Y*, Rec., p. 156 ; 3 juin 1985, *SCI 9/15 rue Lasson*, préc. ; 14 avril 1986, *SCI "Les Chasses"*, préc. ; 6 mai 1987, *Fédération nationale des travaux publics*, req. n° 72.838, Rec., p. 165, *DF*, 1987, n° 31-32, comm. 1499, *RJF*, 1987, n° 7, comm. 816 ; 17 juin 1998, *Ministre de l'économie et des finances c/ Paco Rabanne*, préc. ; 9 février 2000, *SA Secap*, req. n° 192.179, Rec., T., p. 931, *BDCF*, 2000, n° 3, p. 52, *RDF*, 2000, comm. 518 et *RJF*, 2000, n° 3, comm. 392, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *RJF*, 2000, n° 6, p. 487, chr. E. MIGNON.

¹⁸⁶⁸ Cf. en matière de déféré préfectoral, CE, 26 octobre 1984, *Commune d'Heume*, req. n° 49.919, Rec. p. 341 ; 28 janvier 1987, *Mme Courtet*, req. n° 56.531, Rec., p. 17 ; 13 mars 1989, *Bonnet*, req. n° 74.265 et 74.468, Rec., p. 87. Dans des circonstances exceptionnelles, le Conseil d'État n'a pas hésité à faire une interprétation extensive de la loi rétroactive pour faire bénéficier les requérants d'une loi qui leur est favorable. Il en va ainsi particulièrement s'agissant des règles de recevabilité des recours contentieux (cf., en ce sens, J. PETIT, thèse préc. ; G. MOLLION, « Les anticipations jurisprudentielles », *AJDA*, 2009, n° 19, trib., p. 1009).

¹⁸⁶⁹ Cf. l'ex. des lois de révision des carrières de fonctionnaires, CE, 29 juin 1960, *Schipman*, req. n° 47.360, Rec., p. 437 ; 7 octobre 1960, *Dlle Jacob*, req. n° 44.047, Rec., p. 521. Ce cas de figure doit être rapproché de la tolérance dont fait généralement preuve le juge administratif à l'égard des mesures favorables aux fonctionnaires, cf., plus haut, p. 201 et s., n° 262 et s.

¹⁸⁷⁰ J. PETIT, thèse préc., p. 60, n° 121. Sur cette idée, cf. auparavant F. LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 217.

constitutionnel de la rétroactivité de la loi a d'abord concerné spécialement certaines catégories de lois rétroactives, pour ensuite être élargi à l'ensemble des lois susceptible de produire un même effet (B). Parallèlement, le Conseil constitutionnel a, au fil de sa jurisprudence, multiplié les exigences auxquelles doivent répondre les lois rétroactives pour être déclarées conformes à la Constitution (C).

A/ L'évolution des fondements du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives

512. Le Conseil constitutionnel s'est bien gardé de généraliser le principe constitutionnel de non-rétroactivité. En dehors de la matière répressive, la rétroactivité de la loi n'a jamais été regardée, en elle-même, comme constitutive d'une inconstitutionnalité. Malgré les arguments souvent avancés par les requérants, le Conseil constitutionnel n'a jamais censuré une loi « *en tant qu'elle comporterait un effet rétroactif* »¹⁸⁷¹. En revanche, la rétroactivité prescrite par le législateur est susceptible, à l'occasion de sa mise en œuvre, de conduire à une méconnaissance d'un certain nombre de règles ou principes à valeur constitutionnelle. En d'autres termes, légiférer pour le passé comporte le risque d'une atteinte à certaines normes de rang constitutionnel que le Conseil constitutionnel s'est attaché à progressivement circonvenir au fil de sa jurisprudence. C'est dire également que l'encadrement constitutionnel de la rétroactivité de la loi ne repose pas sur un fondement unique. Le refus de consacrer un principe général de non-rétroactivité de la loi et de constitutionnaliser le principe de sécurité juridique a conduit le Conseil à adopter une stratégie d'« encerclement » de la rétroactivité de la loi à partir des principes existants.

La jurisprudence relative aux fondements du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives présente deux traits généraux. Le Conseil constitutionnel n'a pas toujours clairement identifié les fondements sur lesquels il entendait faire reposer son contrôle des lois rétroactives. Il n'a pas davantage rattaché systématiquement à ces fondements les exigences qu'il a graduellement posées en la matière. Au cours de la période récente, les Sages de la rue Montpensier ont néanmoins à la fois clarifié et enrichi les fondements du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives, principalement sous la pression combinée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'essor du contrôle de conventionnalité de la loi mis en œuvre par les juridictions ordinaires. La mise au jour de certains et la reconnaissance d'autres de ces fondements ont permis au Conseil de multiplier les contraintes pesant sur l'action sur le passé du législateur. Cette évolution a induit un changement dans la logique même du contrôle exercé sur les lois rétroactives.

513. Le Conseil constitutionnel s'est, en premier lieu, appuyé sur le principe de séparation des pouvoirs pour encadrer la rétroactivité de la loi, et en particulier celle des validations d'actes administratifs prononcées par le législateur. Dans sa décision fondatrice du 22 juillet 1980, la Haute instance a dégagé le principe constitutionnel d'indépendance des autorités juridictionnelles¹⁸⁷², auquel il a conféré une dimension à la fois organique et fonctionnelle. Le législateur ne saurait empiéter sur

¹⁸⁷¹ Cf., par ex., C.Const., déc. n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, cons. 40, Rec., p. 190, *AJC*, 2000, p. 711, chr. É. OLIVA, *Dr. soc.*, 2001, n° 3, p. 270, note X. PRÉTOT, *LPA*, 22 décembre 2000, n° 255, p. 5, note J.-É. SCHOETTL, 1^{er} et 2 mai 2001, n° 86-87, p. 4, étude B. CASTAGNÈDE et 20 août 2001 n° 153, p. 21, note C. de la MARDIÈRE et B. MATHIEU, *RDP*, 2001, n° 1, p. 267, étude P.-É. SPITZ, *RFDC*, 2001, n° 45, p. 129, note L. PHILIP, *RFFP*, 2001, n° 76, p. 261, étude D. RIBES.

¹⁸⁷² Pour le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur l'article 64 de la Constitution de 1958, tandis que pour le juge administratif, il a dégagé un principe fondamental reconnu par les lois de la République à partir de la loi du 24 mai 1872. Sur ce point, voir L. MILÀNO, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, 2006, n° 3, p. 447, spéc. p. 454 ; D. PERROT, art. préc., p. 995.

l'exercice des fonctions particulières dévolues au juge, notamment en censurant ses décisions, en lui adressant des injonctions ou en se substituant à lui dans le jugement des litiges relevant de sa compétence¹⁸⁷³. Or, c'est bien ce à quoi revient la validation rétroactive par le législateur d'un acte juridique dont l'annulation a été prononcée par le juge. Intervenant *a posteriori*, la validation législative emporte censure rétroactive d'une décision de justice rendue *ex ante*, ce qui constitue une atteinte au principe d'indépendance de la justice et, plus largement, à la séparation des pouvoirs. Du principe de non-immixtion de la fonction législative dans la fonction juridictionnelle ainsi consacré, le Conseil constitutionnel en a déduit, de manière implicite, la protection des décisions passées en force de chose jugée contre les lois rétroactives¹⁸⁷⁴.

Cette étape initiale est importante car elle a imprimé au contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives la logique institutionnelle qui sera la sienne jusqu'à la fin des années 1990. En se plaçant sur le terrain de la séparation des pouvoirs, le Conseil a entendu privilégier dans son contrôle les rapports entre pouvoirs publics. Raisonant principalement en termes de compétences, le Conseil s'est davantage préoccupé de la situation du juge vis-à-vis des interventions du législateur que de celle des justiciables et de leurs droits. Ainsi, les conséquences qu'emportent la rétroactivité de la loi, notamment sur l'exercice du droit au recours ou l'égalité des armes, n'étaient guère prises en compte dans ce cadre. Tel n'était d'ailleurs pas l'objet initial de l'encadrement constitutionnel des lois rétroactives. Néanmoins, la position du Conseil constitutionnel est apparue progressivement comme étant en retrait par rapport à celle des juges ordinaires au fur et à mesure de l'essor du contrôle de conventionnalité des lois rétroactives¹⁸⁷⁵.

Alors même qu'il était indubitable que les principes d'indépendance de la justice et du respect des décisions passées en force de chose jugée se rattachaient à celui de la séparation des pouvoirs, tel qu'il découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, il a fallu attendre le « tournant » que constituent les décisions de décembre 1999, pour que le Conseil rattache expressément ceux-là à celui-ci. Ces décisions ont également marqué une modification notable des fondements sur lesquels le Conseil constitutionnel fait reposer son contrôle des lois de validation et, plus largement, sur des lois rétroactives ordinaires. En effet, au principe étroit d'indépendance de la justice ont été, à cette occasion, substitués le principe de séparation des pouvoirs et le droit au recours¹⁸⁷⁶.

514. En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel a également fait reposer son contrôle de la rétroactivité des lois non répressives sur le principe constitutionnel de non-rétroactivité en matière pénale, tel qu'il se déduit des dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789¹⁸⁷⁷. En vertu de ce

¹⁸⁷³ C.Const., déc., n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 6.

¹⁸⁷⁴ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 737, n° 937, spéc. note 845 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 224 ; J. PETIT, thèse préc., p. 66, n° 135.

¹⁸⁷⁵ Sur ces différents points, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 735, n° 935 ; B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., p. 867 ; L. MILÀNO, thèse préc., p. 455 ; D. PERROT, art. préc., p. 996 ; J. PETIT, thèse préc., p. 70, n° 145 ; V. SOMMACCO, « Les validations législatives : illustrations du "dialogue des juges" », *RRJ*, 2003, n° 4, p. 2787, spéc. p. 2795 ; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 122, 2005, p. 344, n° 552.

¹⁸⁷⁶ Sur le premier point, cf. C.Const., déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, préc., cons. 64 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 8. On peut déjà trouver une amorce de ce mouvement dans la décision n° 97-390 DC du 17 novembre 1997, préc., cons. 5 et 13. Sur le second point, voir L. MILÀNO, art. préc., p. 455.

¹⁸⁷⁷ Il y est fait référence dès l'origine (C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 7) pour en contrôler, par la suite, le respect de manière systématique, tant dans le domaine des validations législatives (C.Const., déc. n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, préc., cons. 7 et 8 ; déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 33 et 34 ; déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, préc., cons. 14 ; déc. n° 96-375 DC, 9 avril 1996, préc., cons. 8 à 10 ; déc. n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, préc., cons. 51 et 52 ; déc. n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, préc., cons. 23), que pour les lois fiscales rétroactives (C.Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 5 à 7 ; déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 5 et 6 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80

dernier, la loi extra-répressive ne saurait avoir une quelconque répercussion répressive sur le passé des situations qu'elle régit. Le principe de non-rétroactivité en matière pénale constitue donc le deuxième fondement du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives¹⁸⁷⁸.

515. En troisième lieu, les Sages de la rue Montpensier ont donné à l'encadrement constitutionnel des lois rétroactives un fondement supplémentaire en se référant à l'idée très générale de la garantie des droits que consacre l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789¹⁸⁷⁹. Au départ, le rattachement du contrôle exercé par le Conseil sur les lois rétroactives à la garantie des droits individuels est demeuré, à l'instar du principe de séparation des pouvoirs, implicite¹⁸⁸⁰. À compter de 2006, il devient expresse à la faveur de la reproduction systématique des dispositions de l'article 16 dans les décisions rendues par le Conseil en la matière¹⁸⁸¹. Cette évolution dans la rédaction des décisions est loin d'être de pure forme. Elle traduit un enrichissement des fondements du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives et ce, à un double point de vue.

Sans se départir totalement de son approche initiale orientée vers les rapports entre pouvoirs publics, la Haute instance lui a adjointe une seconde lui permettant de mieux prendre en compte les rapports entre pouvoirs publics et particuliers¹⁸⁸². Ainsi, le contrôle exercé sur le fondement de la garantie des droits individuels conduit le Conseil à s'intéresser davantage aux effets produits par la loi rétroactive sur la situation des sujets de droit, ainsi que sur le contrôle juridictionnel lui-même. À la logique institutionnelle d'origine se combine désormais une logique plus proche de celle suivie par les juges européens, ainsi que par les juridictions françaises ordinaires, ce que l'on examinera plus loin à l'occasion des développements consacrés au contrôle de conventionnalité des lois rétroactives¹⁸⁸³.

La consécration de la garantie des droits en tant que fondement du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives a permis au Conseil constitutionnel d'y intégrer les exigences tirées du principe de

et 81 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 23 et 24 ; déc. n° 92-311 DC, 29 juillet 1992, préc., cons. 3 à 6). À partir de la décision du 14 décembre 2006 mention est faite de ce principe dans le considérant de principe adopté par le Conseil constitutionnel en matière de contrôle des lois rétroactives (C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 19).

¹⁸⁷⁸ Sur ce principe, cf., plus haut, p. 361 et s., n° 461 et s.

¹⁸⁷⁹ Certains auteurs établissaient déjà une corrélation entre la garantie des droits et l'encadrement de la rétroactivité de la loi (cf., en ce sens, B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Jurisprudence constitutionnelle », *JCP G*, 1996, I, 3933, chr., spéc. p. 435, n° 20 ; J. PETIT, thèse préc., p. 79, n° 162).

¹⁸⁸⁰ Certaines décisions, parmi celles citées à l'avant-dernière note, manifestent cette idée. Ainsi, « l'application rétroactive de la loi fiscale ne saurait préjudicier aux contribuables dont les droits ont été reconnus par une décision de justice passée en force de chose jugée » (souligné par nous ; cf., notamment, C.Const., déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 5). De même, le Conseil estime, à propos d'une validation législative, qu'elle « sauvegarde les droits des contribuables nés de décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée » (souligné par nous ; cf., notamment, C.Const., déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc., cons. 5). Cf., en ce sens, B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc. et déc. n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, préc., *RFDA*, 1998, n° 1, p. 148, spéc. p. 151 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 344, n° 553.

¹⁸⁸¹ C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 18 ; déc. n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, préc., cons. 34 ; déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, préc., cons. 10 ; déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare*, cons. 21, *D.*, 2010, n° 30, p. 1976, note D. VIGNEAU et p. 1980, note V. BERNAUD et L. GAY, *LPA*, 29 juillet 2010, n° 150, p. 4, note F. HAMON, *RDP*, 2011, n° 1, p. 269, chr. D. ROUSSEAU et P.-Y. GAHDOUN, *RDSS*, 2010, n° 4, p. 562, note I. POIROT-MAZÈRES, *RTDCiv.*, 2010, n° 3, p. 517, chr. P. PUIG ; déc. n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, cons. 15, *AJDA*, 2010, n° 40, p. 2262, note M. CHAUCHAT, *RDSS*, 2010, n° 6, p. 1061, note L. GAY ; déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, cons. 17, *Gaz. Pal.*, 10 décembre 2010, n° 344-345, p. 40, note B. TOULEMONDE et H. ZAPF, *RDF*, 2010, n° 41, p. 38, note F. MARTINET, *RJF*, 2010, n° 10, p. 769 ; déc. n° 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre*, cons. 9, *AJDA*, 2011, n° 11, p. 218, note M. VERPEAUX, *JCP A*, 2010, n° 41, p. 28, note J.-M. PONTIER, *LPA*, 7 décembre 2010, n° 243, p. 6, note J.-É. GICQUEL ; déc. n° 2010-53 QPC, 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino*, cons. 3, *RDF*, 2010, n° 44, p. 3, note É. MEIER, *RTDCiv.*, 2010, n° 3, p. 499, note P. DEUMIER ; déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc., cons. 3 ; déc. n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, préc., cons. 3.

¹⁸⁸² Pour un ex. significatif, cf. C.Const., déc. n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, préc., cons. 6.

¹⁸⁸³ Outre les références déjà citées, voir L. MILÀNO, art. préc., p. 455 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 345, n° 554. Pour une critique de la jurisprudence antérieure exclusivement fondée sur la logique institutionnelle, voir J. PETIT, thèse préc., p. 70, n° 145-146.

sécurité juridique¹⁸⁸⁴. Si ce principe n'a pas été directement constitutionnalisé, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur plusieurs de ses composantes pour encadrer l'action du législateur sur le passé des situations juridiques.

516. D'abord, le Conseil s'est appuyé sur le droit à un recours effectif, ainsi que plus récemment sur le principe d'équilibre des droits des parties¹⁸⁸⁵, pour soumettre au respect de nouvelles exigences les lois rétroactives ayant une incidence sur des litiges. Le premier de ces principes fait interdiction à la loi rétroactive d'empêcher toute possibilité de recours pour le justiciable à l'encontre de l'acte auquel celle-ci se rapporte ou, ce qui revient au même, tout contrôle par le juge de ce même acte. De ce principe, la Haute instance a tiré l'exigence pour le législateur de définir strictement la portée de la rétroactivité de la loi¹⁸⁸⁶. Le second, qui découle du précédent dans la jurisprudence constitutionnelle, prohibe toute atteinte législative portée au caractère équitable du procès. Le plus souvent, cette rupture est provoquée par l'intervention du législateur en vue de favoriser l'État dans un litige. Du point de vue de l'encadrement de la rétroactivité du législateur, il s'agit là d'un élargissement significatif dont il convient de mesurer les implications.

Auparavant, le Conseil constitutionnel réservait expressément la faculté dont dispose le législateur de modifier rétroactivement les règles que le juge a pour mission d'appliquer et se refusait, en conséquence, à censurer son ingérence dans les procès en cours¹⁸⁸⁷. La circonstance que le législateur venait orienter l'issue d'un litige en cours restait largement indifférente dans une logique de préservation de la séparation des pouvoirs, du moins tant qu'il n'était pas porté atteinte au principe même du contrôle juridictionnel. À l'inverse, la logique imprimée par la garantie des droits et, plus spécialement, par le droit à un procès équitable, commande une telle prise en considération. En effet, pour apprécier la remise en cause de l'équilibre entre les droits des parties, il faut nécessairement rechercher si l'immixtion du législateur a pesé, de manière décisive, sur l'issue d'un procès. Tel est le cas, par exemple, d'une loi de validation « asymétrique », laquelle empêche une partie de soulever un ou plusieurs moyens de légalité, mais pas l'autre¹⁸⁸⁸. Or, cette question se pose aux procès clos comme aux procès qui sont encore en cours au moment de l'intervention de la loi rétroactive. Du reste, il n'est pas anodin de relever que cette évolution a été réalisée dans le cadre du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, tel qu'il se présente depuis la réforme constitutionnelle de 2008. Par suite, il semble raisonnable de supposer qu'en étendant le principe d'équilibre des droits des parties en dehors de la

¹⁸⁸⁴ Voir, dans le même sens, F. MODERNE, art. préc., p. 607 ; A.-L. VALEMBOSIS, thèse préc., p. 376, n° 609 et « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, 13 juin 2006 n° 117, p. 7, spéc. p. 13.

¹⁸⁸⁵ Sur le premier, C.Const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, préc., cons. 83 ; déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, préc., cons. 64 ; déc. n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, préc., cons. 36 ; déc. n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, M. Alban Salim B., préc., cons. 5. Sur le second, voir C.Const., déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, Société IMNOMA, préc., cons. 7. Jusqu'à récemment, le principe d'équilibre des droits des parties n'avait été reconnue qu'en matière pénale (cf., C.Const., déc. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, préc., cons. 44 ; déc. n° 95-360 DC, 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, cons. 5, Rec., p. 195, D., 1997, SC, p. 130, obs. T. S. RENOUX, *Gaz. Pal.*, 10 et 11 juin 1998, p. 2, note M.-H. RENAULT, *JCP G*, 1995, I, 3840, note É. PICARD, *LPA*, 28 juin 1995, n° 77, p. 12, note Y.-M. DOUBLET et 20 octobre 1995, n° 126, p. 4, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDC*, 1995, n° 22, p. 405, note T. S. RENOUX ; déc. n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, préc., cons. 25 ; déc. n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, Région Languedoc-Roussillon et autres, cons. 4, AJDA, 2010, n° 28, p. 1553, étude J.-D. DREYFUS ; déc. n° 2010-612 DC, 5 août 2010, Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, cons. 13, à pub. au Rec. ; déc. n° 2010-62 QPC, 17 décembre 2010, M. David M., cons. 3, *Gaz. Pal.*, 27 février 2011, n° 58-60, p. 19, note P.-Y. GAHDOUN ; déc. n° 2011-112 QPC, 1^{er} avril 2011, *Mme Marielle D.*, cons. 3).

¹⁸⁸⁶ Cf., plus bas, p. 428, n° 540. Pour un ex., cf. C.Const., déc. n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, M. Alban Salim B., préc., cons. 5.

¹⁸⁸⁷ Cf., en ce sens, C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 7 ; déc. n° 96-375 DC, 9 avril 1996, préc., cons. 7 et 8. Sur ce point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 738, n° 937 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 232 ; J. PETIT, thèse préc., p. 70, n° 144.

¹⁸⁸⁸ C.Const., 10 décembre 2010, Société IMNOMA, préc. L'expression « validation asymétrique » est celle employée par le rapporteur public É. GEFFRAY dans ses conclusions sur CE, 13 février 2009, *Saupic*, préc., *RDF*, 2009, n° 15, p. 24.

matière pénale, le Conseil constitutionnel a entendu ouvrir la possibilité d'une sanction de la loi rétroactive au seul motif qu'elle influencerait sur le déroulement d'un litige¹⁸⁸⁹.

517. Ensuite, le Conseil constitutionnel a également fait reposer sur la garantie des droits l'interdiction adressée au législateur de porter atteinte *ex post facto* aux contrats légalement conclus. Or, on sait que l'application de la loi nouvelle aux contrats antérieurement passés peut signifier sa rétroactivité¹⁸⁹⁰. Au terme d'une longue évolution jurisprudentielle qui a vu la protection de la stabilité des relations contractuelles être, dans un premier temps, indirectement assurée avant de bénéficier, dans un second temps, d'un fondement plus direct avec la constitutionnalisation progressive de la liberté contractuelle¹⁸⁹¹, le Conseil a finalement arrimé cette protection aux articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789¹⁸⁹². De la consécration de l'obligation pour le législateur de respecter la stabilité des situations contractuelles fondée sur la garantie des droits, il a été tiré l'exigence constitutionnelle suivant laquelle toute loi rétroactive qui porte atteinte à l'économie des conventions antérieurement conclues doit répondre à un motif d'intérêt général suffisant.

518. Enfin, c'est également sur le fondement de la garantie des droits proclamée par les dispositions de l'article 16 de la Déclaration de 1789 que le Conseil constitutionnel a renforcé sa jurisprudence relative aux « garanties légales des exigences constitutionnelles ». On sait qu'en vertu de cette dernière, l'abrogation ou la modification d'une loi antérieure par le législateur ne saurait aboutir à remettre en cause les garanties que celle-ci offrait si ces garanties sont liées à des exigences constitutionnelles. Initialement conçue pour les lois qui modifient ou abrogent *ad futurum* une loi antérieure, cette

¹⁸⁸⁹ Dans sa décision relative à la loi permettant l'ouverture des commerces le dimanche, le Conseil constitutionnel a rejeté l'argumentation des requérants selon laquelle cette loi procéderait à la validation rétroactive des pratiques antérieures de certaines zones commerciales, en méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs après avoir pris le soin de préciser que les dispositions contestées étaient « sans incidence sur l'issue d'éventuelles procédures juridictionnelles en cours relatives à la méconnaissance des dispositions légales en vigueur » (souligné par nous ; C.Const., déc. n° 2009-588 DC, 6 août 2009, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*, préc., cons. 11). Même si le raisonnement mené par le Conseil ne s'identifie pas exactement avec celui développé par la Cour européenne, il aboutit au même résultat (cf., en ce sens, J.-P. CAMBY, art. préc., p. 616).

¹⁸⁹⁰ Sur cette question, voir p. 67, n° 101 et p. 746, n° 964.

¹⁸⁹¹ C.Const., déc. n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, préc., cons. 12 et 13 ; déc. n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 19, Rec., p. 100, *AJJC*, 1999, p. 582, chr. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *AJDA*, 1999, n° 9, p. 700, note J.-É. SCHOETTL, *D.*, 2000, SC, p. 422, obs. L. GAY et p. 265, obs. L. MARINO, *LPA*, 20 octobre 2009, n° 209, p. 23, note B. MATHIEU, *RTDCiv.*, 1999, p. 724, note N. MOLFESSIS, *RFDC*, 1999, n° 40, p. 809, chr. L. GAY, *RJF*, 1999, n° 99, comm. 1298 ; déc. n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 40, Rec., p. 33, *AJJC*, 2000, p. 698, chr. S. de CACQUERAY, *Dr. soc.*, 2000, n° 3, p. 257, note X. PRÉTOT, *LPA*, 19 janvier 2000, n° 13, p. 6, note J.-É. SCHOETTL, 19 janvier 2000, n° 13, p. 30, note A. SAURET, 3 février 2000, n° 24, p. 16, note C. CHARBONNEAU, N. MOLFESSIS et F.-J. PANSIER, 24 février 2000, n° 39, p. 10, note G. PICCA et A. SAURET et 28 juillet 2000, n° 150, p. 10, note L. BAGHESTANI-PERREY, B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Rev. adm.*, 2002, n° 325, p. 37, chr. C. CHABROT, *RFDC*, 2000, n° 42, p. 341, note V. OGIER-BERNAUD ; déc. n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000, préc., cons. 37. Sur la constitutionnalisation de la liberté contractuelle, voir P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de F. MODERNE*, Paris Dalloz, 2004, p. 469, spéc. p. 483 ; P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., p. 187, n° 209 ; B. GENEVOIS, art. préc., pp. 258-259 ; F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, n° 1, p. 2 ; J. PETIT, thèse préc., p. 493, n° 1000 ; É. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° 9, p. 651 ; P. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA*, 1998, n° 9, p. 667 ; D. TURPIN, « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, p. 63, spéc. p. 75 ; A.-L. VALEMBOSIS, thèse préc., p. 309 et s., n° 490 et s., spéc. p. 324, n° 517.

¹⁸⁹² C.Const., déc. n° 2002-465 DC, 13 janvier 2003, préc., cons. 4 ; déc. n° 2007-556 DC, 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 17, Rec., p. 319, *Dr. soc.*, 2007, n° 12, p. 1221, note V. BERNAUD, *LPA*, 26 septembre 2007, n° 193, p. 11, note A. SAURET, *RDP*, 2007, n° 6, p. 1635, note C. FORTIER, *RFDA*, 2007, n° 6, p. 1284, chr. T. RAMBAUD et A. ROBLOT-TROIZIER, *RFDC*, 2008, n° 73, p. 119, note A. LELARGE, *RJEP*, 2007, n° 648, p. 391, note P. TERNEYRE ; déc. n° 2008-568 DC, 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, cons. 18, Rec., p. 352, *Dr. soc.*, 2009, n° 2, p. 147, note V. BERNAUD, *RDP*, 2009, n° 1, p. 279, chr. D. ROUSSEAU et P.-Y. GAHDOUN, *RFDC*, 2009, n° 78, p. 317, note M.-L. DUSSART ; déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, préc., cons. 11.

jurisprudence a été étendue aux lois qui reviennent rétroactivement sur la législation précédente¹⁸⁹³. Pas plus qu'il ne prenait pas en considération les conséquences qu'emportait la loi rétroactive sur la situation des justiciables, le Conseil constitutionnel ne mesurait-il l'impact de la loi nouvelle sur les situations nées sous l'empire de la loi ancienne. Il s'assurait uniquement de l'absence d'atteinte portée par la loi postérieure au niveau de protection procuré par la loi antérieure au droit ou à la liberté à valeur constitutionnelle en cause. Le recours à la garantie des droits individuels a permis une évolution dans un sens favorable à l'appréciation de l'effet de la loi sur la situation des destinataires de la loi ancienne.

Sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, les Sages de la rue Montpensier ont posé une nouvelle « borne » de portée générale au pouvoir de rétroactivité du législateur. Dans plusieurs décisions, la Haute instance a, en effet, estimé que le législateur méconnaîtrait la garantie des droits, et par là priverait de garanties légales cette exigence constitutionnelle, s'il remettait en cause, avec ou sans effet rétroactif, de manière excessive des « situations légalement acquises »¹⁸⁹⁴, sans justifier d'un motif d'intérêt général suffisant. Suivant la logique de la garantie des droits, toute atteinte portée par la loi aux situations antérieurement constituées¹⁸⁹⁵ – formulation plus juste et préférable à la précédente –, ce qu'entraîne nécessairement sa rétroactivité, doit être légitime. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a donné un ancrage constitutionnel au principe de stabilité des situations juridiques, principe dérivé de la sécurité juridique.

Toutefois, on ne saurait aller jusqu'à voir dans cette évolution la consécration de « droits acquis législatifs »¹⁸⁹⁶, pas plus que celle du principe de confiance légitime. En effet, il ne s'agit pas d'opposer des droits subjectifs à l'action sur le passé de la norme nouvelle, mais uniquement de vérifier que les atteintes portées par celle-ci aux situations juridiques antérieures ne soient pas injustifiées. Il n'est donc posé, en tant que tel, aucune interdiction de rétroagir à la loi, non plus qu'aucune limite à l'étendue de sa rétroactivité. Cela est conforme, du reste, à la logique de la garantie des droits, laquelle est avant tout conçue comme un mécanisme de garantie d'autres droits et libertés à valeur constitutionnelle. Il s'agit d'encadrer le procédé de la rétroactivité, non pas en lui-même, mais en tant que son emploi aboutirait à la méconnaissance de principes à valeur constitutionnelle.

En dotant le contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives d'un fondement général avec le recours à l'article 16 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a corrélativement étendu, de manière considérable, son champ d'application.

¹⁸⁹³ Sur ces différents points, cf., plus bas, p. 431 et s., n° 545 et s.

¹⁸⁹⁴ C.Const., déc. n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 45, Rec., p. 168, *AIJC*, 2005, p. 549, chr. S. NICOT, *DF*, 2006, n° 8, p. 466, étude L. PHILIP, *LPA*, 6 janvier 2006, n° 5, p. 4, note J.-É. SCHOETTL, 13 janvier 2006, n° 10, p. 4, note B. MATHIEU, 12 mai 2006, n° 95, p. 6, note J.-P. CAMBY et 13 juin 2006, n° 117, p. 12, obs. A.-L. VALEMBOIS, *Rev. adm.*, 2006, n° 350, p. 152, note P. DURAND, *RFDC*, 2006, n° 66, p. 356, chr. L. PHILIP. Cette jurisprudence a été reprise dans le cadre du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, tel qu'il se présente depuis la réforme constitutionnelle de 2008 (C.Const., déc. 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 15 ; déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, préc., cons. 17 ; déc. n° 2010-102 QPC, 11 février 2011, *M. Pierre L.*, cons. 4, *Dr. adm.*, 2011, n° 5, p. 37 note H. HOEPPFNER).

¹⁸⁹⁵ Sur cette notion, cf., plus bas, p. 712 et s., n° 919 et s.

¹⁸⁹⁶ Pour une position contraire, voir A.-L. VALEMBOIS, chr. préc., p. 13. Sur la question des droits acquis législatifs, comp. A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 122, n° 203 et A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 305, n° 484. Sur l'absence d'équivalence et sur les rapports entre la notion de situation antérieurement constituée et celle de droits acquis, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 220, n° 297 ; J. PETIT, thèse préc., pp. 134-135, n° 278 ; A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 125, n° 208 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 33, n° 61 et p. 326, n° 607.

519. Le domaine du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois rétroactives a connu une extension progressive. La Haute instance a d'abord posé des bornes à la rétroactivité de la loi dans certaines matières uniquement, puis a entamé ensuite, au fil de sa jurisprudence, un processus de généralisation du contrôle.

520. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a limité son contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives à une approche « sectorielle ». Ainsi a-t-il cantonné son contrôle à certaines catégories de lois dont l'effet rétroactif s'avère particulièrement attentatoire aux droits et libertés à valeur constitutionnelle. La confrontation de la loi rétroactive au bloc de constitutionnalité a, d'abord, concerné le seul domaine des validations législatives¹⁸⁹⁷. Le phénomène étant lui-même polymorphe, le contrôle du Conseil constitutionnel s'est, par la suite, naturellement diffusé à l'ensemble des formes que le procédé est susceptible de revêtir¹⁸⁹⁸. C'est ainsi que le champ d'application du contrôle a englobé, au fil des décisions rendues par le Conseil en la matière, les lois de validation *stricto sensu*¹⁸⁹⁹, les lois modificatives de validation¹⁹⁰⁰, ainsi que les lois interprétatives¹⁹⁰¹. Il en résulte que toute loi rétroactive produisant un « effet validant » est susceptible d'être confrontée aux exigences posées par la Haute instance pour admettre la conformité à la Constitution d'une validation législative¹⁹⁰².

À partir du domaine des validations législatives, le contrôle de constitutionnalité de la loi rétroactive s'est ensuite propagé à la matière fiscale, non sans subir quelques adaptations. En effet, ce ne sont pas seulement les validations législatives intervenant dans cette matière dont la compatibilité avec la Constitution est contrôlée par les Sages de la rue Montpensier, mais également celles qui n'ont pas cet objet¹⁹⁰³. Le traitement particulier des lois fiscales rétroactives dans la jurisprudence constitutionnelle a une double explication, à la fois structurelle et conjoncturelle. Comme on l'a vu plus haut, l'action dans le temps de la loi fiscale présente une singularité tenant, d'une part, à la notion de fait générateur de l'impôt et, d'autre part, au mécanisme de la loi de finances. Cette dernière intervient à la fin de l'année fiscale, alors même qu'elle comporte les principales dispositions applicables pour cette même année¹⁹⁰⁴, ce qui lui fait entretenir un rapport à la fois étroit et ambigu avec le passé. À la question de la rétroactivité *structurelle* de la loi fiscale, s'ajoute le recours fréquent en cette matière à la rétroactivité, sous ses diverses formes, par le législateur afin de répondre à des préoccupations *conjoncturelles*. En témoignent les nombreuses lois interprétatives visant à remédier aux imperfections de la loi fiscale, dont on sait toute la complexité qu'elle revêt, de même que les validations législatives prononcées à la suite

¹⁸⁹⁷ C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 6 et 7.

¹⁸⁹⁸ Sur ce point, cf., plus haut, p. 100 et s., n° 145 et s.

¹⁸⁹⁹ Cf., parmi de nombreux ex., C.Const., déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc., cons. 3 et 13 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 8 ; déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 3 ; déc. n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, préc., cons. 22 ; déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, préc., cons. 31.

¹⁹⁰⁰ C.Const., déc. n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, préc., cons. 19.

¹⁹⁰¹ C.Const., déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 6 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 81 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 19 et 23. Sur cette question, cf., plus haut, p. 128, n° 178.

¹⁹⁰² Cf. le cas d'une loi de ratification, C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 31.

¹⁹⁰³ Le considérant de principe adopté en la matière par le Conseil constitutionnel fait référence aux modifications apportées par le législateur aux « règles régissant l'activité de l'administration fiscale ou que celle-ci a, sous le contrôle du juge de l'impôt, pour mission d'appliquer », ce qui atteste de la volonté de ne pas limiter le contrôle aux validations législatives (cf., en ce sens, C.Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 5 ; déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 5 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 23).

¹⁹⁰⁴ Cf., plus haut, p. 89, n° 129. Voir également, B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., *RFDA*, 1999, n° 1, p. 89, spéc. p. 92.

d'une irrégularité commise par l'administration fiscale. De manière plus épisodique, on peut également mentionner le recours à la rétroactivité de la loi fiscale en vue de parer une perte de recettes fiscales, notamment en réaction à la découverte d'une fraude commise par certaines contribuables.

Enfin, le contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives inclut désormais le domaine contractuel, ainsi que celui des libertés publiques. Dans un cas comme dans l'autre, cette nouvelle extension du champ du contrôle exercé sur les lois rétroactives n'apparaît pas avec évidence. À la faveur de la constitutionnalisation de la liberté contractuelle, le Conseil a entendu subordonner à plusieurs exigences constitutionnelles la remise en cause *a posteriori* par le législateur des contrats légalement conclus¹⁹⁰⁵, sans pour autant se préoccuper de qualifier l'effet dans le temps de la loi¹⁹⁰⁶. En d'autres termes, l'intervention du législateur dans la sphère contractuelle ne doit pas porter atteinte excessive aux effets des contrats en cours d'exécution au jour de la publication de la loi, indifféremment de la question de savoir si cette dernière produirait par là un effet rétroactif. Pourtant, l'action dans le temps de la loi nouvelle sur les contrats en cours est susceptible, dans certains cas, de recevoir une telle qualification¹⁹⁰⁷. De l'indifférence du Conseil à la question de la portée temporelle de la remise en cause par la loi des contrats antérieurement conclus, il faut en déduire que le domaine de son contrôle couvre toute atteinte portée par le législateur aux effets des contrats, passés comme futurs. Dans cette mesure, la loi remettant rétroactivement en cause les contrats légalement conclus est soumise aux exigences constitutionnelles posées en la matière, au même titre que celle qui ne produirait qu'un effet immédiat. C'est suivant une même approche que le Conseil avait, plus tôt, restreint l'application dans le temps des lois relatives à l'exercice des libertés publiques. Là encore, la soumission aux exigences constitutionnelles de l'atteinte portée par le législateur aux situations existantes reste largement indifférente de la question de la portée sur le passé de la loi nouvelle¹⁹⁰⁸.

521. Dans un second temps, la Haute instance a amorcé un mouvement de généralisation du contrôle, lequel s'est réalisé en deux étapes. Après avoir déclaré applicables aux lois simplement rétroactives les principes antérieurement dégagés à propos des lois de validation et des lois fiscales rétroactives, le Conseil constitutionnel a structuré autour de la notion de garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 l'ensemble des principes sectoriels encadrant les effets de la loi sur le passé, achevant par là le processus de généralisation de son contrôle.

D'abord, le Conseil constitutionnel a adopté une formulation plus large des principes antérieurement dégagés dans le domaine des lois de validation et en matière fiscale. Ainsi, les considérants de principe ont progressivement été enrichis dans le sens d'une extension de la portée matérielle du contrôle de constitutionnalité. À côté de la mention de la validation rétroactive d'un acte administratif, il est désormais également fait référence à la modification rétroactive d'une règle de

¹⁹⁰⁵ Sur cette évolution, cf., plus haut, p. 435 et s., n° 551 et s.

¹⁹⁰⁶ Comme le relève J. Petit, « *Certaines normes constitutionnelles prohibent ou encadrent un mode d'action de la loi dans le temps sans avoir égard à sa nature. Dans ce cas, par hypothèse, l'exercice du contrôle de constitutionnalité ne suppose pas de qualifier l'effet dans le temps de la loi ni, par conséquent, de poser une définition dont la qualification procédera* » (J. PETIT, « La constitutionnalisation du droit transitoire », in P. FLEURY-LEGROS (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 59, spéc. p. 67).

¹⁹⁰⁷ Sur les différentes qualifications en droit transitoire de l'effet de la règle nouvelle sur les situations contractuelles, cf., plus bas, p. 746, n° 964. Voir également, J. PETIT, thèse préc., p. 220, n° 469.

¹⁹⁰⁸ C.Const., déc. n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 46 à 48 et 56, Rec., p. 73, *GDCC* n° 18, *AJDA*, 1984, n° 12, p. 644, note J.-C. MASCLET et p. 689, note J.-J. BIENVENU, *Pouvoirs*, 1985, n° 33, p. 163, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU, *Rev. adm.*, 1984, p. 580, note M. DE VILLIERS, *Rev. Sc. Crim.*, 1985, n° 1, p. 3, note S. HUBAC et J.-É. SCHOETTL. Sur cette question, voir ; G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2005, n° 62, p. 257 ; J. PETIT, thèse préc., p. 581 et s., n° 1180 et s. ; A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 141 et s. n° 238 et s., spéc. p. 154, n° 263.

droit¹⁹⁰⁹. On peut cependant s'interroger sur la portée de cette adjonction. Deux interprétations sont, en effet, envisageables.

D'un côté, on peut estimer que le Conseil constitutionnel s'est limité à adapter son contrôle au polymorphisme du phénomène de la validation législative. Cette interprétation restrictive limiterait le champ du contrôle aux lois rétroactives constitutives d'une ingérence du législateur dans l'administration de la justice. Il concernerait, en premier lieu, les lois assorties d'une disposition transitoire les rendant « applicables aux instances en cours ». Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il pu, en dehors des domaines déjà concernés, vérifier la compatibilité de lois posant une règle nouvelle et comportant de telles dispositions avec les principes dégagés en matière de validation législative¹⁹¹⁰. En second lieu, il toucherait toute loi rétroactive édictant une règle nouvelle qui, tout en étant dénuée de disposition transitoire en ce sens, exercerait une influence sur les conséquences à tirer d'une décision de justice¹⁹¹¹, voire même sur l'issue d'un litige en cours.

De l'autre, il faudrait y voir une pétition de principe valant pour toute loi rétroactive, indépendamment de l'existence d'un litige. Plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur de cette seconde branche de l'alternative¹⁹¹². Cette opinion s'est vue confirmer par la décision du 18 décembre 2001, relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, dans laquelle le Conseil a examiné la constitutionnalité d'une disposition prononçant l'annulation rétroactive de créances fiscales dues au titre d'un exercice antérieurement clos au regard des exigences d'un intérêt général suffisant et du respect des garanties légales des exigences constitutionnelles¹⁹¹³.

De cette décision il faut déduire que le Conseil constitutionnel a bien entendu faire porter son contrôle sur toute mesure rétroactive prise par le législateur, qu'elle ait ou non une incidence sur un procès. Au demeurant, on peut estimer que l'intervention d'une loi rétroactive en dehors de tout contentieux, si elle n'est pas pure hypothèse d'école, reste relativement rare en pratique. En effet, parce que son objet même est de revenir sur une période révolue, il paraît douteux qu'une loi rétroactive soit totalement dépourvue de conséquence sur un contentieux quelconque. Bien au contraire, à l'origine de l'édition de la loi rétroactive il y a bien souvent une procédure contentieuse qui a permis de mettre au jour une malfaçon que le législateur entend corriger *a posteriori*.

Ensuite, le Conseil constitutionnel a ultérieurement confirmé, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, tel qu'il résulte de la réforme constitutionnelle de 2008, la portée générale de son contrôle sur les lois rétroactives en architecturant autour de la notion de garantie des droits les principes encadrant jusque-là, suivant une logique sectorielle, les différentes catégories de lois dotées d'un tel effet¹⁹¹⁴. Les exigences dégagées dans ces différents domaines valent désormais pour toute loi rétroactive, qu'elles aient ou non une incidence sur un litige.

Enfin, la généralisation du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives a été parachevée avec l'extension de l'interdiction faite au législateur de porter une atteinte excessive, sauf motif d'intérêt

¹⁹⁰⁹ C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 18 et 19.

¹⁹¹⁰ Cela a été le cas de la loi « anti-perruche » qui modifie rétroactivement les règles de fond applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle (C.Const., déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare*, préc., cons. 22 et 23) et de la loi « LME » qui crée rétroactivement une nouvelle voie de recours (C.Const., déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, préc., cons. 17 à 20).

¹⁹¹¹ C.Const., déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, préc., cons. 12 et 13.

¹⁹¹² B. MATHIEU, note préc., p. 93 ; J. PETIT, thèse préc., p. 59, n° 121.

¹⁹¹³ C.Const., déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, préc., cons. 23 à 29.

¹⁹¹⁴ Voir, en ce sens, C.Const., déc. n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 14 à 16 ; déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, préc., cons. 17 et 18.

général suffisant, aux situations contractuelles ou à celles intéressant une liberté publique existantes, indifféremment de l'effet dans le temps de la loi nouvelle, à l'ensemble des situations légalement acquises¹⁹¹⁵.

S'il n'est toujours pas soumis au principe de non-rétroactivité, le législateur doit cependant respecter, de manière générale, la stabilité des situations juridiques antérieurement constituées lorsqu'il fait usage de la rétroactivité. L'extension du champ du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives a entraîné la multiplication des exigences s'imposant à l'action du législateur sur le passé.

C/ La multiplication des exigences posées à la constitutionnalité des lois rétroactives

522. On rechercherait en vain, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un considérant de principe fixant, de manière générale et invariable, les conditions de la conformité à la Constitution de toute loi rétroactive. L'encadrement du pouvoir de rétroactivité du législateur est plutôt le fruit d'une accumulation d'exigences formulées au fil des décisions par le Conseil et que ce dernier a agrégées les unes aux autres¹⁹¹⁶. À ce premier trait remarquable, il faut en ajouter deux autres.

D'une part, la Haute instance s'est montrée progressivement plus rigoureuse dans l'exercice de son contrôle sur les lois rétroactives. Cette évolution dans le sens d'un renforcement du respect des exigences constitutionnelles s'est faite, au moins en partie, « à marche forcée » sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹¹⁷. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives s'est développé en parallèle avec la « montée » du contrôle de conventionnalité mis en œuvre par les juges ordinaires sur ces dernières¹⁹¹⁸.

D'autre part, les exigences posées par les Sages de la rue Montpensier ne se rapportent pas toutes à l'effet rétroactif de la loi. Comme on vient de le voir à propos du champ d'application du contrôle, ce dernier peut ne pas tenir compte spécialement de l'effet dans le temps de la loi. Le contrôle concerne alors le contenu de la loi, indifféremment de son incidence sur le passé de l'ordonnement juridique. Ainsi, l'application de la loi aux situations contractuelles et, plus largement, aux situations légalement acquises est encadrée par la jurisprudence constitutionnelle lorsqu'elle est dotée d'un effet rétroactif, voire même d'un simple effet immédiat.

523. Dans une série de décisions, le Conseil constitutionnel a réalisé une synthèse, au visa de l'article 16 de la Déclaration de 1789, des exigences constitutionnelles qu'il a progressivement dégagées au fil de sa jurisprudence pour encadrer spécialement le pouvoir de rétroactivité du législateur. La loi rétroactive doit désormais répondre à cinq conditions cumulatives pour être compatible avec la Constitution. La Haute instance estime, en effet, que « *si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non rétroactivité des peines et des sanctions. En outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de*

¹⁹¹⁵ Outre les références citées à la note précédente, voir C.Const., déc. n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, préc., cons. 45.

¹⁹¹⁶ C.Const., déc. n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 15 et 16 ; déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, préc., cons. 17 et 18.

¹⁹¹⁷ Sur ces différents points, voir J.-P. CAMBY, art. préc., p. 612 ; L. MILÀNO, art. préc., p. 408 ; J. PETIT, *loc. cit.*

¹⁹¹⁸ Suivant l'expression de P. MALINVAUD, « L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives », in Université Panthéon-Assas (Paris II), *Le Code civil (1804-2004), un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 671.

valeur constitutionnelle. Enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie »¹⁹¹⁹.

Par la suite, le Conseil constitutionnel a adjoint aux exigences s'adressant spécialement à l'effet rétroactif de la loi d'autres conditions qui ne concernent pas exclusivement l'application au passé de la loi nouvelle. La Haute instance a également considéré que s'« il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions », « il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ». En particulier, « il méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »¹⁹²⁰.

Formulés dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, ces deux considérants ont été transposés, sans subir aucune modification, dans le contrôle *a posteriori*, tel qu'il résulte de la réforme constitutionnelle de 2008¹⁹²¹.

Les exigences constitutionnelles s'imposant au législateur en matière de rétroactivité sont de deux ordres. La première a trait à la légitimité de l'atteinte portée par le législateur aux situations antérieurement constituées. La loi rétroactive doit, de manière générale, répondre à un motif d'intérêt général suffisant (1°). Les suivantes tendent à limiter la loi rétroactive dans sa portée (2°), tant à l'égard des situations juridiques antérieurement constituées, qu'en vue d'assurer le respect du certain nombre de principes à valeur constitutionnelle.

1°) L'exigence d'un but d'intérêt général suffisant justifiant la rétroactivité de la loi

524. La soumission de la légitimité du recours à la rétroactivité par le législateur à la poursuite d'un but d'intérêt général s'est progressivement imposée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme la « clef du contrôle »¹⁹²², en ce qu'elle permet de réaliser un équilibre entre les prérogatives de la puissance publique et la garantie des droits individuels. L'exigence d'un *but*, ou plus précisément d'un *motif*¹⁹²³ d'intérêt général, a, en premier lieu, acquis une portée générale en matière de contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives. Le passage d'un simple intérêt général à un intérêt général suffisant a marqué, en second lieu, un renforcement de cette exigence posée à la constitutionnalité de la loi rétroactive, autant qu'il a signifié un approfondissement du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel en la matière.

¹⁹¹⁹ C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 18 et 19 ; déc. n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, préc., cons. 35 ; déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, préc., cons. 11.

¹⁹²⁰ C.Const., déc. n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, préc., cons. 45 ; déc. n° 2009-588 DC, 6 août 2009, préc., cons. 13.

¹⁹²¹ C.Const., déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare*, préc., cons. 22 ; déc. n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 16 ; déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, préc., cons. 18 ; déc. n° 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre*, préc., cons. 10 ; déc. n° 2010-53 QPC, 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino*, préc., cons. 4 ; 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc., cons. 4 ; déc. n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, préc., cons. 4.

¹⁹²² B. MATHIEU, chr sous C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., *LPA*, 2 août 1999, n° 152, p. 18, spéc. p. 20.

¹⁹²³ Il convient de rappeler qu'à travers ce terme de « but », c'est en réalité l'intention du législateur que le Conseil s'attache à rechercher en vue d'apprécier la légitimité de la loi rétroactive par rapport aux normes constitutionnelles encadrant son action sur le passé. Ce sur quoi porte le contrôle ce sont donc les « raisons » ou « motifs » justifiant le recours à la rétroactivité et non la finalité de la loi elle-même (cf., en ce sens, G. MERLAND, thèse préc., pp. 191-192 ; M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1993, n° 13, p. 23, spéc. pp. 36-37).

525. Le renforcement de l'exigence d'un motif d'intérêt général. D'abord, le domaine de l'exigence d'un but d'intérêt général pour justifier du recours à la rétroactivité de la loi a progressé concomitamment avec l'élargissement évoqué plus haut qu'a connu le contrôle lui-même. C'est dans le domaine des lois de validation¹⁹²⁴ que cette exigence a été posée pour la première fois, pour ensuite être étendue aux lois fiscales rétroactives à partir de 1986¹⁹²⁵. On la retrouve enfin dans le contrôle exercé par le Conseil sur les atteintes portées par le législateur aux droits nés d'une législation antérieure, c'est-à-dire aux « situations légalement acquises »¹⁹²⁶, ainsi qu'aux effets passés et futurs des contrats, soit aux « situations issues des contrats légalement conclus »¹⁹²⁷.

526. Ensuite et corrélativement, l'exigence d'un intérêt général s'est graduellement renforcée, notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. À l'origine, le Conseil constitutionnel ne faisait aucunement référence au but poursuivi par le législateur à l'occasion de l'adoption d'une disposition rétroactive¹⁹²⁸.

Au fur et à mesure du développement de son contrôle sur les lois de validation, le Conseil s'est attaché à vérifier l'existence d'un intérêt général, sans exiger pour autant que ce dernier revête une intensité particulière. En d'autres termes, la poursuite d'un simple intérêt général suffisait pour justifier l'immixtion du législateur dans les procès en cours et, plus généralement, la remise en cause par lui des situations antérieurement constituées. Il va sans dire que l'on rechercherait, en vain, dans la jurisprudence des Sages de la rue Montpensier, une définition de l'intérêt général¹⁹²⁹. Il ne paraît pas non plus opportun de tenter d'identifier ce qui constitue ou non un but d'intérêt général de nature à légitimer la rétroactivité prescrite par le législateur, en raison de la rareté des censures prononcées par le Conseil pour défaut d'un tel intérêt au cours de cette première période¹⁹³⁰. Tout au plus peut-on en déduire une hiérarchisation sommaire relativement à la nature de l'intérêt général exigé par le Conseil pour admettre la constitutionnalité de la loi rétroactive.

D'un côté, il a été rapidement acquis que celui-ci ne saurait se réduire à un intérêt purement financier¹⁹³¹. Si un tel but est insuffisant, à lui seul, pour justifier le recours à la rétroactivité, toute considération de cet ordre n'a pas été totalement proscrite par la jurisprudence constitutionnelle.

¹⁹²⁴ C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 9.

¹⁹²⁵ C.Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 5 ; déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 5 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 23. Voir, plus récemment, C.Const., déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, préc., cons. 21.

¹⁹²⁶ C.Const. C.Const., déc. n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, préc., cons. 45 ; déc. n° 2009-588 DC, 6 août 2009, préc., cons. 13 ; déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare*, préc., cons. 4.

¹⁹²⁷ Voir, notamment, C.Const. déc. n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, cons. 21, Rec., p. 183, *LPA*, 20 octobre 1995, n° 126, p. 8, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDC*, 1995, n° 24, p. 787, note J. TRÉMEAU ; déc. n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 48, Rec., p. 176 ; déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, préc., cons. 27.

¹⁹²⁸ Cf. respectivement, C.Const., déc. n° 79-109 DC, 9 janvier 1980, préc., cons. 7 ; déc. n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, préc., cons. 7 et 8 (validations législatives) ; déc. n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, préc., cons. 31 et 32 ; déc. n° 84-186 DC, 29 décembre 1984, préc., cons. 4 (lois fiscales rétroactives). On doit également relever que le Conseil constitutionnel a parfois omis, dans certaines décisions ultérieures, de mentionner cette exigence (C.Const., déc. n° 89-268 DC, 19 décembre 1989, préc., cons. 39 ; déc. n° 95-363 DC, 11 janvier 1995, préc., cons. 9 ; déc. n° 95-369 DC, 28 décembre 1995, préc., cons. 4).

¹⁹²⁹ Sur ces difficultés, voir M.-P. DESWARTE, art. préc., p. 26 ; G. MERLAND, thèse préc., p. 191 ; J. PETIT, thèse préc., p. 80, n° 166 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 336, n° 557.

¹⁹³⁰ Entre 1980 et fin 1998, une seule censure est intervenue en matière de validations législatives (cf. C.Const., déc. n° 95-369 DC, 28 décembre 1995, préc., cons. 35).

¹⁹³¹ Il a d'abord été accepté (C.Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 7 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 24 ; déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, préc., cons. 5 et 12), pour ensuite être systématiquement repoussé à compter de 1995 (C.Const., déc. n° 95-369 DC, 28 décembre 1995, préc., cons. 33 à 35 ; déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, préc., cons. 29 à 34). Sur ce point, cf. J.-P. CAMBY, art. préc., pp. 612-613 ; X. PRÉTOT, « Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », préc., pp. 14-15.

Seulement, les conséquences financières mises en avant pour démontrer la nécessité de conférer un effet rétroactif à la loi doivent, pour être valablement prises en compte, être d'une envergure importante et se rattacher à un but d'intérêt général lui-même de nature constitutionnelle. C'est ainsi que les répercussions financières sur le fonctionnement continu d'un ou plusieurs service(s) public(s) ou, plus spécifiquement, la mise en danger de l'équilibre financier de la sécurité sociale ont pu valablement légitimer, au regard de l'exigence constitutionnelle d'un intérêt général, l'effet rétroactif donné à la loi¹⁹³².

De l'autre, la loi rétroactive qui se rapporte à un acte juridique contraire à la Constitution ne peut trouver grâce auprès des Sages de la rue Montpensier qu'à la condition que l'intérêt général en jeu soit de nature constitutionnelle. La constitutionnalité de la loi modifiant ou validant rétroactivement un acte inconstitutionnel se déduit alors de la conciliation opérée par le législateur entre, d'une part, la règle ou le principe à valeur constitutionnelle méconnu et, d'autre part, le but d'intérêt général de rang constitutionnel poursuivi¹⁹³³.

Entre ces deux extrémités, le législateur dispose d'une grande liberté dans la motivation de son intervention rétroactive¹⁹³⁴, comme en témoigne la diversité des intérêts dont le Conseil constitutionnel a admis qu'ils étaient de nature à justifier l'effet rétroactif de la loi nouvelle. À cet égard, la valeur constitutionnelle de l'intérêt général invoqué ne constitue aucunement une exigence préalable à la reconnaissance de la constitutionnalité de la loi rétroactive. De fait, l'intérêt invoqué par le législateur peut être de rang constitutionnel, comme on vient de le voir à propos du principe de continuité du service public¹⁹³⁵ et de l'équilibre financier de la sécurité sociale¹⁹³⁶. C'est le cas également de la sauvegarde de l'ordre public¹⁹³⁷, du principe d'égalité devant les charges publiques¹⁹³⁸, ainsi que de l'objectif à valeur constitutionnelle de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales¹⁹³⁹. Néanmoins, d'autres buts d'intérêt général mis en avant par le législateur n'occupent qu'un rang législatif, comme la nécessité d'assurer la continuité de la carrière des agents publics¹⁹⁴⁰. Dans d'autres décisions enfin, le Conseil constitutionnel s'est contenté d'une motivation moins rigoureuse de la part du législateur, admettant que la nécessité de sauvegarder l'équilibre financier du système bancaire dans son ensemble et de l'activité économique en général¹⁹⁴¹, ou la satisfaction d'un objectif d'allègement de la fiscalité¹⁹⁴²,

¹⁹³² C.Const., déc. n° 97-393 DC, 19 novembre 1997, préc., cons. 25 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 11.

¹⁹³³ Sur le respect de l'exigence selon laquelle l'acte validé ou modifié doit respecter les règles et principes à valeur constitutionnelle, cf., plus bas, p. 429, n° 542. Voir également, C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 18 et 19 ; déc. n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 16 ; déc. n° 2010-53 QPC, 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino*, préc., cons. 4 ; déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc., cons. 4. Sur ce point, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 82, n° 168.

¹⁹³⁴ Comme le souligne G. Merland, « *la variété des buts qui peuvent justifier une disposition rétroactive montre que si l'intérêt général peut être rattaché à un principe de valeur constitutionnelle, le législateur dispose d'une grande liberté pour apprécier ce qui relève de l'intérêt général* » (G. MERLAND, thèse préc., pp. 147-148). Cf., dans le même sens, J. PETIT, thèse préc., p. 80, n° 166.

¹⁹³⁵ C.Const., déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 11 ; déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 1 et 4. Pour un ex. plus ancien, voir C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 2.

¹⁹³⁶ C.Const., déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, préc., cons. 23 à 29 ; déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, préc., cons. 14.

¹⁹³⁷ C.Const., déc. n° 97-390 DC, 17 novembre 1997, préc., cons. 4 (paix publique).

¹⁹³⁸ C.Const., déc. n° 2010-53 QPC, 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino*, préc., cons. 4.

¹⁹³⁹ C.Const., déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, préc., cons. 9 et 18. Voir également, C.Const., déc. n° 2010-70 QPC, 26 novembre 2010, *M. Moreau*, cons. 4, *Gaz. Pal.*, 27 février 2011, n° 58-60, p. 18, chr. E. GLASER et 15 avril 2011, n° 105-106, p. 43, chr. B. TOULEMONDE et H. ZAPF, *RDF*, 2011, n° 6, p. 52, note F. DIEÛ, *RJF*, 2011, n° 2, p. 192.

¹⁹⁴⁰ C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 2. Sur ce point, cf., plus bas, p. 885, n° 1153.

¹⁹⁴¹ C.Const., déc. n° 96-375 DC, 9 avril 1996, préc., cons. 11 ; déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 21.

¹⁹⁴² C.Const., déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, préc., cons. 21 et 22.

ou encore la prise en considération des relations financières existant entre l'État et les collectivités territoriales¹⁹⁴³ puissent valablement justifier l'effet rétroactif conféré à la loi nouvelle.

527. À compter de 1998, le Conseil constitutionnel s'est montré moins indulgent à l'égard des raisons avancées par le législateur pour justifier de l'adoption d'une disposition rétroactive, en décidant que l'intérêt général invoqué devait désormais revêtir un caractère « suffisant ». Ce renforcement apparent de l'exigence d'un intérêt général a été amorcé dans le domaine fiscal¹⁹⁴⁴, pour être imposé plus largement aux validations législatives dès l'année suivante¹⁹⁴⁵. La circonstance que la France ait été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, au cours de la même période, dans une affaire mettant en cause une loi de validation antérieurement déclarée conforme à la Constitution n'est pas étrangère au durcissement du contrôle de constitutionnalité exercé sur les lois de validation¹⁹⁴⁶. En dernier lieu, un but d'intérêt général « suffisant » est également exigé en cas de remise en cause par la loi nouvelle des effets passés des contrats légalement conclus¹⁹⁴⁷. Ce changement terminologique opéré par le Conseil témoigne sans conteste d'une volonté de rapprochement avec les juges de Strasbourg, ainsi qu'avec ceux de Luxembourg, lesquels exigent que la raison d'intérêt général justifiant le recours à la rétroactivité revête un caractère « évident et impérieux »¹⁹⁴⁸.

Certains auteurs ont néanmoins considéré que la jurisprudence constitutionnelle apparaissait encore en retrait par rapport à la jurisprudence des cours européennes, en faisant valoir que la notion d'« intérêt général suffisant » ne pouvait équivaloir à celle d'« intérêt général impérieux »¹⁹⁴⁹. De fait, la Cour de Cassation est venue confirmer cette opinion, certes de manière quelque peu contestable, en déclarant contraire au droit à un procès équitable consacré par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la

¹⁹⁴³ C.Const., déc. n° 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre*, préc., cons. 10. Pour des ex., cf. A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 342, n° 547.

¹⁹⁴⁴ C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 5 ; déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, préc., cons. 24 ; déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, préc., cons. 21.

¹⁹⁴⁵ C.Const., déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, préc., cons. 64 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 8 ; déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 3 ; déc. n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, préc., cons. 23 ; déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, préc., cons. 31.

¹⁹⁴⁶ Comp. C.Const., déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale*, préc., cons. 14 et CEDH 28 octobre, 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France*, req. n° 24846/94 et 34165 à 34173/96, § 57 à 61, Rec. 1999-VII, *GACEDH* n° 28, *AJDA*, 2000, n° 6, p. 533, obs. J.-F. FLAUSS et n° 10, p. 854, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *D.*, 2000, SC, p. 184, obs. N. FRICERO, *Gaz. Pal.*, 21 et 23 mai 2000, n° 142 à 144, p. 41, obs. C. PETTITI, *JCP G*, 2000, I, 203, chr. F. SUDRE, *JDI*, 2000, n° 1, p. 129, note P. TAVERNIER, *LPA*, 8 juin 2000, n° 114, p. 21, note A. BOUJEKA, *RDP*, 2000, n° 3, p. 716, chr. G. GONZALEZ, *RFDA*, 2000, n° 2, p. 289, note B. MATHIEU et n° 6, p. 1254, note S. BOLLE, *RTDCiv.*, 2000, p. 436, obs. J.-P. MARGUÉNAUD et p. 629, obs. R. PERROT, *RTDH*, 2000, p. 796, obs. E. MELLA. Voir également, D. DOKHAN, thèse préc., p. 235 ; B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, préc. et déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., *RFDA*, 2000, n° 2, p. 289 ; G. MERLAND, thèse préc., p. 91 ; X. PRÉTOT, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *RDP*, 2001, n° 1, p. 23, spéc. p. 32.

¹⁹⁴⁷ C.Const., déc. n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, préc., cons. 19 ; déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 93, Rec., p. 60, *LPA*, 30 mai 2005, n° 106, p. 7, chr. L. JANICOT et M. VERPEAUX, *RFDA*, 2004, n° 2, p. 248, chr. J.-É. SCHOETTL, *RFDC*, 2004, n° 58, p. 370, note A. ROUX ; déc. n° 2007-556 DC, 16 août 2007, préc., cons. 17 ; déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, préc., cons. 13 ; déc. n° 2009-592 DC, 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, cons. 9, Rec., p. 193, *LPA*, 23 avril 2010, n° 81, p. 6, note F. CHALTIEL.

¹⁹⁴⁸ Sur ce constat, B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., p. 94. Sur les jurisprudences des cours européennes en matière de rétroactivité, cf., plus bas, p. 441 et s., n° 558 et s.

¹⁹⁴⁹ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 736, n° 935 ; B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc. et déc. n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, préc., *RFDA*, 1998, n° 1, p. 148, spéc. p. 157, et la note déjà citée sous C.Const., déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, préc. et déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., spéc. p. 295 ; G. MERLAND, thèse préc., p. 91 et p. 302.

Convention européenne des droits de l'homme pour défaut d'intérêt général impérieux une loi de validation antérieurement jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel¹⁹⁵⁰.

Selon ces auteurs, l'exigence d'un intérêt général présentant un degré de caractérisation plus fort que précédemment aurait dû amener la Haute instance à soumettre l'emploi de la rétroactivité par le législateur à l'invocation d'un intérêt général constitutionnellement défini. Or, pas plus que par le passé le Conseil ne va-t-il jusqu'à requérir du législateur qu'il rattache exclusivement l'intérêt général avancé pour légitimer l'atteinte portée aux situations antérieurement constituées à une norme de valeur constitutionnelle. Certes, une telle évolution irait dans le sens d'une protection accrue de la Constitution, tout en modifiant, en pratique, fort peu la motivation des lois rétroactives, dès lors que le législateur se prévaut, le plus souvent, d'une règle ou d'un principe à valeur constitutionnelle. Toutefois, on ne saurait changer le contenu, principalement politique, de la notion d'intérêt général pour lui donner un contenu strictement normatif et, au cas présent, constitutionnel, sans modifier par là la nature et la portée du contrôle exercé sur la rétroactivité prescrite par le législateur.

En elle-même, une telle transformation s'avère peu compatible avec la valeur simplement législative du principe de non-rétroactivité et la liberté du législateur en matière de rétroactivité qui en découle¹⁹⁵¹. En effet, l'absence de consécration d'un principe de non-rétroactivité au niveau constitutionnel signifie que le législateur n'a justement pas à inscrire systématiquement son action sur le passé dans une perspective de garantie de la Constitution. Si le Conseil constitutionnel devait s'engager dans cette voie, on passerait alors insensiblement d'une logique d'encadrement du pouvoir de rétroactivité du législateur à une logique d'interdiction de principe de cette dernière, dont le législateur ne pourrait s'affranchir qu'en se fondant sur une norme constitutionnelle. Ce serait également conférer au Conseil un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement, ce à quoi il s'est toujours refusé jusqu'à présent¹⁹⁵².

Si le renforcement de l'exigence quant à l'importance de l'intérêt général en cause peut apparaître comme étant simplement d'ordre formel¹⁹⁵³, c'est que son intérêt réside ailleurs. La caractérisation de l'intérêt général autorise, en effet, un contrôle plus poussé de la nécessité de la loi rétroactive, en même temps qu'il permet une mise en balance de l'intérêt en jeu avec les droits individuels.

528. Le renforcement du contrôle de l'intérêt général poursuivi. Enfin, le Conseil constitutionnel a approfondi son contrôle sur les motifs d'intérêt général dont se prévaut le législateur pour légitimer le recours à la rétroactivité. Le caractère suffisant de l'intérêt général requis par le Conseil pour admettre la constitutionnalité de la loi rétroactive implique nécessairement la mise en œuvre d'un contrôle de

¹⁹⁵⁰ Comp. C.Const., déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 12 à 18 et Cass. Com., 20 novembre 2001, *SARL Civa*, pourv. n° 98-15.597, Bull. Civ. IV, n° 185, p. 178. Cf. la note critique sous cette décision de J. LAMARQUE, *RFDA*, 2002, n° 4, p. 791.

¹⁹⁵¹ Sur ce point, cf., plus haut, p. 388 et s., n° 487 et s. ; G. MERLAND, thèse préc., p. 302.

¹⁹⁵² Cf., par ex., C.Const., déc. n° 96-375 DC, 9 avril 1996, préc., cons. 11. Sur le fondement de l'exigence d'un intérêt général requise pour les lois rétroactives, voir G. MERLAND, thèse préc., p. 145, spéc. p. 148 ; J. PETIT, thèse préc., p. 78, n° 161. Sur l'ensemble des questions liées à la place et au rôle de la notion d'intérêt général dans le contentieux constitutionnel, voir M.-P. DESWARTE, art. préc., p. 42 et s. ; G. MERLAND, thèse préc., p. 218 et s.

¹⁹⁵³ Outre les références déjà citées, voir X. PRÉTOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de Strasbourg et les validations législatives. À constitutionnalisme, conventionnalisme et demi... », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de G. CONAC*, Paris, Economica, 2001, p. 219, spéc. pp. 232-233, n° 19 ; V. SOMACCO, art. préc., p. 2799.

proportionnalité¹⁹⁵⁴. Certes, on peut distinguer dans la jurisprudence antérieure les prémisses d'un tel contrôle¹⁹⁵⁵, mais le Conseil constitutionnel ne s'est véritablement attaché à vérifier, d'une part, l'adéquation de la loi rétroactive au but d'intérêt général poursuivi et, d'autre part, la proportionnalité entre ce dernier et l'atteinte portée aux droits individuels qu'à compter de 1998¹⁹⁵⁶.

529. En premier lieu, le Conseil constitutionnel s'attache à vérifier l'existence même d'un intérêt général suffisant justifiant l'effet rétroactif conféré à la loi. En principe, le législateur reste libre de déterminer les buts d'intérêt général, ce que rappelle régulièrement le Conseil en précisant qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* »¹⁹⁵⁷. Néanmoins, le Conseil n'entend pas s'en remettre aveuglément à la qualification donnée par le législateur et s'assure de la réalité de l'objectif poursuivi, au besoin en examinant concrètement les données de l'espèce. En matière de validations législatives par exemple, la Haute instance prend en compte la situation de fait pour évaluer si le risque auquel entend remédier la disposition rétroactive est réel, tels l'importance des sommes en jeu ou l'encombrement des prétoires¹⁹⁵⁸. Ainsi est-elle amenée à censurer des mesures de validation rétroactive dont l'utilité paraît manifestement douteuse en raison de la faiblesse du montant des sommes en cause ou de l'absence d'impact réel de ces dernières sur l'équilibre du service public prétendument menacé¹⁹⁵⁹. À l'inverse, lorsqu'elle ne dispose pas d'éléments suffisants pour apprécier le risque en cause, notamment financier, la Haute instance s'en tient à un contrôle restreint¹⁹⁶⁰.

530. En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel soumet la mesure rétroactive au test de proportionnalité, lequel comporte deux éléments : l'adéquation du moyen que constitue la rétroactivité au but d'intérêt général poursuivi, d'une part ; la mise en balance de l'intérêt général avancé avec l'atteinte portée aux droits individuels, d'autre part¹⁹⁶¹.

¹⁹⁵⁴ V. SOMMACCO, art. préc., p. 2790. Sur les différentes formes du contrôle de proportionnalité dans le contentieux constitutionnel, voir V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité », *RFDC*, 1997, n° 30, p. 227, spéc. p. 232 ; G. MERLAND, thèse préc., p. 269.

¹⁹⁵⁵ Cf., en ce sens, B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 282 ; G. MERLAND, thèse préc., p. 277 et s., spéc. p. 302 et p. 305 ; J. PETIT, thèse préc., p. 84, n° 172. Pour des ex., voir C.Const., déc. n° 85-192 DC, 24 juillet 1985, préc., cons. 10 et 11 ; déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, préc., cons. 4 ; déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 21.

¹⁹⁵⁶ C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 7. Outre les références citées à la note précédente, voir J. BUISSON, « La portée de la loi fiscale dans le temps. Non-rétroactivité et droit fiscal », préc., p. 786 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 735, n° 935 ; B. MATHIEU, note préc., pp. 294-295 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 334, n° 535.

¹⁹⁵⁷ C.Const., déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, préc., cons. 4 ; déc. n° 96-375 DC, 9 avril 1996, préc., cons. 11. Voir, plus généralement, C.Const., déc. n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, préc., cons. 39 ; déc. n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 7, à pub. au Rec., *AJDA*, 2011, n° 19, p. 1075, note X. LATOUR, *CFP*, 2011, n° 309, p. 21, note F. MARCEL, *Constitutions*, 2011, n° 2, p. 223, note A. DARSONVILLE, *D.*, 2011, n° 17, p. 1162, note P. BONFILS.

¹⁹⁵⁸ Cf., par ex., C.Const., déc. n° 85-192 DC, 24 juillet 1985, préc., cons. 15 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc. cons. 11 ; déc. n° 2010-53 QPC, 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino*, préc., cons. 5. Pour un autre ex., en dehors du domaine des validations législatives, voir C.Const., déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, préc., cons. 28. Sur ce point, voir J.-P. CAMBY, art. préc., p. 614 ; S. CALMES, thèse préc., p. 556 ; V. GOESEL-LE BIHAN, art. préc. ; G. MERLAND, thèse préc., p. 284 ; X. PRÉTOT, « Le législateur peut-il encore conférer un effet rétroactif à la loi non répressive ? Libres propos sur une jurisprudence constitutionnelle ambiguë », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de P. PACTET*, Paris, Dalloz, 2003, p. 817, spéc. pp. 830-832 ; J.-É. SCHOETTL, note sous C.Const., déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc., *AJDA*, 1997, n° 12, p. 963. Voir également, A. BOCKEL, art. préc., p. 55 ; J.-L. PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *Cah. Cons. Const.*, 2000, n° 8, p. 122.

¹⁹⁵⁹ C.Const., déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 4 et 5 ; déc. n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, préc., cons. 24.

¹⁹⁶⁰ C.Const., déc. n° 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre*, préc., cons. 12.

¹⁹⁶¹ Sur les différentes formes du contrôle de proportionnalité dans le contentieux constitutionnel, voir V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité », *RFDC*, 1997, n° 30, p. 227, spéc. p. 232 ; G. MERLAND, thèse préc., p. 269.

Il faut immédiatement observer que la mise en œuvre de ces deux éléments du contrôle de proportionnalité n'est pas toujours aisément identifiable. Ainsi, à l'occasion d'une affaire relative à la validation législative de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française dû au cours de la période 1992 à 1999, le Conseil constitutionnel a censuré, pour défaut d'intérêt général suffisant, le dispositif en cause au motif que les réclamations faites par les contribuables portant sur ces années n'étaient pas « *de nature à compromettre la continuité et le bon fonctionnement des services publics sur le territoire* »¹⁹⁶², sans préciser si le but poursuivi était inadapté par rapport aux risques encourus ou s'il existait plutôt une disproportion entre celui-là et la gravité de l'atteinte portée au droit au recours des contribuables.

Dans d'autres décisions, la Haute instance se livre à un véritable contrôle de la nécessité de la mesure rétroactive pour atteindre le but poursuivi, alors même qu'elle se refuse traditionnellement à rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies¹⁹⁶³. Ainsi, dans une affaire concernant une loi fiscale rétroactive adoptée en vue d'éviter la restitution aux contribuables d'impositions perçues en violation du droit communautaire et, en tant que telles, menacées d'annulation contentieuse, le Conseil constitutionnel a estimé que la rétroactivité conférée à la disposition contestée devant lui n'était pas nécessaire pour prévenir les conséquences financières de la décision d'annulation redoutée, dès lors qu'un tel résultat aurait pu être atteint au moyen de mesures dépourvues d'effet rétroactif. Par suite, il a censuré le dispositif en cause, faute pour la loi de revêtir un intérêt général suffisant¹⁹⁶⁴. C'est dire que le Conseil entend tenir compte de l'existence de solutions alternatives pour apprécier la nécessité pour le législateur de recourir à la rétroactivité. Celle-ci doit constituer le moyen le moins contraignant pour satisfaire celui-là¹⁹⁶⁵. Néanmoins, il faut constater que le contrôle de nécessité n'est que rarement mis en œuvre par le Conseil.

Le plus souvent, la Haute instance procède à la mise en balance entre l'intérêt général avancé pour justifier la rétroactivité de la loi et l'atteinte que cette dernière porte aux droits individuels. Cette logique de confrontation entre l'intérêt général et les droits des destinataires de la loi rétroactive s'impose d'autant plus naturellement depuis le rattachement explicite du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives à la garantie des droits consacrée par l'article 16 de la Déclaration de 1789. Ce n'est que lorsque la méconnaissance du principe constitutionnellement protégé est compensée par la gravité du risque ou de la situation que la loi rétroactive entend traiter que les Sages de la rue Montpensier déclareront la loi rétroactive conforme à la Constitution.

Tel n'a pas été le cas dans l'affaire relative à la loi dite « anti-Perruche ». En l'espèce, le législateur était intervenu pour modifier rétroactivement les règles de mise en jeu de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé à raison des fautes commises lors du diagnostic prénatal, de telle manière à limiter le droit d'agir en justice de l'enfant né atteint d'un handicap non décelé. Le Conseil constitutionnel a estimé que l'application de ce dispositif aux instances « *non jugées de manière irrévocable* » portait une atteinte d'une importance telle au droit à un recours effectif, ainsi qu'implicitement au principe de séparation des pouvoirs, qu'elle était disproportionnée par rapport à l'intérêt général lié au maintien de l'équilibre financier et à la bonne organisation du système de

¹⁹⁶² C.Const., déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 5. Cf., auparavant, C.Const., déc. n° 96-375 DC, 9 avril 1996, préc., cons. 11.

¹⁹⁶³ C.Const., déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, préc., cons. 7 et 8. Voir, plus généralement, C.Const., déc. n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, préc., cons. 39 ; déc. n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, préc., cons. 7.

¹⁹⁶⁴ C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 7.

¹⁹⁶⁵ G. MERLAND, thèse préc., p. 306.

santé¹⁹⁶⁶. En effet, la rétroactivité particulièrement large donnée à la règle nouvelle aboutissait à empêcher les parents de se prévaloir, notamment, de certains préjudices dans les instances en cours, de même qu'elle remettait en cause les droits que certains d'entre eux tiraient de décisions passées en force de chose jugée, mais qui n'étaient pas encore devenues définitives au moment d'édition de la loi.

Dans le domaine des validations législatives, le Conseil constitutionnel prend en compte dans la balance entre l'intérêt général et les droits individuels, outre les conséquences dommageables induites par la décision de justice à l'origine de l'intervention du législateur et auxquelles ce dernier entend remédier, la nature du vice de légalité entachant l'acte validé. Cette position est, au demeurant, celle adoptée par le juge administratif en matière de contrôle de conventionnalité des validations législatives¹⁹⁶⁷. Ainsi, les Sages de la rue Montpensier ont jugé que l'intérêt général lié à la nécessité d'assurer la continuité de plusieurs services publics et à la volonté de contrecarrer un effet d'aubaine « *l'emporte sur la mise en cause des droits des contribuables qui résulterait de l'irrégularité de pure forme que la validation a pour effet de faire disparaître* »¹⁹⁶⁸. Les deux validations rétroactives en cause revêtaient donc un caractère proportionné et ce, d'autant plus que, comme l'a lui-même relevé le Conseil dans sa décision, la restitution des impositions menacées d'annulation pour vice de forme aurait pu constituer un enrichissement injustifié. Ainsi, un vice relatif à la légalité externe de l'acte a une importance moindre qu'un vice relatif à sa légalité interne dans l'appréciation par le Conseil constitutionnel de l'intérêt général suffisant justifiant la loi de validation¹⁹⁶⁹.

531. Conclusion du 1^o. Le renforcement du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives a entraîné une augmentation graduelle, mais significative, du nombre des censures prononcées à leur rencontre par le Conseil constitutionnel. Alors que pour la période allant de 1980 à 1998, on dénombrait, en tout et pour tout, deux déclarations d'inconstitutionnalité de lois rétroactives¹⁹⁷⁰, la période suivante, allant de 1998 à 2011, a vu ce chiffre passer à sept¹⁹⁷¹. À ces invalidations prononcées dans le cadre du contrôle *a priori*, il faut encore ajouter les trois décisions intervenues jusqu'à présent dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁹⁷², ce qui fait globalement une moyenne d'une censure par an.

Il n'est pas suffisant que la loi rétroactive réponde à un motif d'intérêt général suffisant pour que sa compatibilité avec la Constitution soit admise. Encore faut-il que le législateur respecte les différentes « bornes » posées par le Conseil constitutionnel à la portée rétroactive de la loi nouvelle.

¹⁹⁶⁶ C.Const., déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare*, préc., cons. 15 et 23. Pour d'autres ex., cf. C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 7 ; déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, préc., cons. 33.

¹⁹⁶⁷ Toutefois, les juges français se séparent sur ce point de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle estime que la nature du vice neutralisé par la loi de validation reste indifférente (sur ce point, cf., plus bas, p. 458, 580 ; J.-P. CAMBY, art. préc., p. 616).

¹⁹⁶⁸ C.Const., déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 9 à 11 et 14 à 16.

¹⁹⁶⁹ Comp. C.Const., déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 4 et déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc., cons. 4 à 6.

¹⁹⁷⁰ C.Const., déc. n° 95-369 DC, 28 décembre 1995, préc., cons. 35 ; déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 7.

¹⁹⁷¹ C.Const., déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, préc., cons. 65 ; déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, préc., cons. 28 et 29 ; déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 5 ; déc. n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, préc., cons. 24 ; déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, préc., cons. 33 ; déc. n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, préc., cons. 6 ; déc. n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, préc., cons. 36.

¹⁹⁷² C.Const., déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare*, préc. ; déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc. ; déc. n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, préc.

2°) Les bornes constitutionnelles limitant la portée de la rétroactivité de la loi

L'incidence de la loi rétroactive sur les droits et libertés constitutionnellement protégés est doublement limitée par la jurisprudence constitutionnelle. Certaines exigences constitutionnelles s'adressent spécialement à l'effet rétroactif de la loi en vue d'en limiter la portée dans le passé (a), tandis que d'autres s'imposent au législateur, quelle que soit la portée temporelle qu'il confère à la loi nouvelle. *A fortiori*, celles-là s'imposent donc également à celui-ci lorsqu'il recourt à la rétroactivité (b).

a - Les exigences s'adressant spécialement à l'effet rétroactif de la loi

532. Le Conseil constitutionnel a posé quatre « bornes » limitant spécialement la portée de la rétroactivité de la loi nouvelle. D'abord, le législateur doit respecter le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions, ainsi que son corollaire interdisant la remise en cause des prescriptions légalement acquises. Ce dernier principe a été ponctuellement étendu en dehors de la matière répressive par une décision du Conseil constitutionnel rendue en matière fiscale. Néanmoins, l'absence de réitération par la suite de cette exigence fait douter sérieusement de sa pérennité. Ensuite, la loi rétroactive ne saurait affecter les décisions de justice passées en force de chose jugée. De surcroît, son champ d'application doit être strictement et précisément défini. Enfin, la loi rétroactive ne peut avoir pour conséquence de maintenir dans l'ordonnement juridique un acte lui-même contraire aux normes constitutionnelles. En d'autres termes, l'édiction de la loi rétroactive ne doit pas aboutir au maintien d'une situation elle-même inconstitutionnelle.

533. Le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions. Paragraphe de renvoi. Le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions a déjà été abordé plus tôt. Sa portée à l'égard des lois rétroactives adoptées en dehors de la matière répressive est triple. D'abord, il a été vu que le respect de ce principe exclut que les lois extra-répressives puissent avoir une quelconque répercussion répressive sur le passé des situations qu'elles entendent régir. L'incrimination indirecte par la loi nouvelle de faits survenus antérieurement à sa publication est, en principe, interdite¹⁹⁷³. Ensuite, le principe d'interprétation stricte empêche de faire jouer le silence du législateur dans un sens permettant à la loi d'emporter de telles conséquences pour le passé¹⁹⁷⁴. Enfin, le principe de non-rétroactivité de la loi répressive a pour corollaire l'interdiction de porter atteinte à une prescription légalement acquise¹⁹⁷⁵. Cette exigence s'impose également aux lois extra-répressives et leur interdit de faire renaître une prescription éteinte au jour où elles sont publiées, dans la mesure où cela reviendrait à rendre, directement ou indirectement, sanctionnable un comportement qui ne peut plus l'être¹⁹⁷⁶.

534. Le respect des prescriptions légalement acquises. Le Conseil constitutionnel a semblé, un temps, donner au principe du respect des prescriptions légalement acquises une portée dépassant la

¹⁹⁷³ On se reportera donc utilement aux développements consacrés au problème de l'incrimination indirecte (cf. p. 461, n° 371).

¹⁹⁷⁴ Cf., plus haut, p. 399, n° 503.

¹⁹⁷⁵ C.Const., déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 6 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 11 ; déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 4. Sur cette question, voir, plus haut, p. 371, n° 460 ; B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., pp. 863-864 ; J. PETIT, thèse préc., p. 53, n° 111.

¹⁹⁷⁶ Sur cette question, voir, notamment, J. PETIT, thèse préc., p. 54, n° 115.

matière répressive. En effet, le respect des prescriptions légalement acquises a été imposé pour la première fois par le Conseil constitutionnel à l'égard des lois fiscales rétroactives, indépendamment de toute référence à l'article 8 de la Déclaration de 1789. De fait, les deux décisions à l'occasion desquelles le Conseil a consacré ce principe ne relevaient manifestement pas de la matière pénale, dès lors qu'étaient en cause des dispositions relatives à l'assiette d'impositions¹⁹⁷⁷. Il fallait donc en déduire qu'il s'agissait là d'une nouvelle exigence constitutionnelle posée à la rétroactivité de la loi non répressive. Toutefois, la Haute instance n'a plus, au cours des deux décennies suivantes, réitéré cette exigence, si bien que sa pérennité paraît sérieusement compromise¹⁹⁷⁸. Si le Conseil constitutionnel s'est à nouveau référé au principe du respect des prescriptions légalement acquises à compter de 1999, c'est exclusivement en tant que corollaire du principe de non-rétroactivité de la loi répressive. Néanmoins, certains auteurs continuent de faire figurer l'interdiction de faire renaître une prescription légalement acquise parmi les exigences posées à la constitutionnalité de la loi rétroactive¹⁹⁷⁹. Quel que soit le destin de ce principe, en tant que condition autonome de la constitutionnalité de la loi rétroactive, on peut raisonnablement estimer que la protection des prescriptions légalement acquises serait, en tout état de cause, assurée à travers la jurisprudence relative aux « garanties légales des exigences constitutionnelles ». En effet, cette dernière empêche le législateur de porter atteinte, pour le passé comme pour l'avenir, aux situations légalement acquises, sauf motif d'intérêt général suffisant, ce qui paraît englober les situations couvertes par une prescription prévue par la loi¹⁹⁸⁰.

535. Le respect des décisions de justice passées en force de chose jugée. Le principe du respect de la chose jugée empêche la loi rétroactive d'affecter *ex post facto* les décisions de justice passées en force de chose jugée ou, *a fortiori*, devenues définitives¹⁹⁸¹. À titre liminaire, on rappellera que le Conseil constitutionnel ne donne aucune définition de la notion de décision passée en force de chose jugée, si bien qu'il faut se référer à la jurisprudence des juridictions ordinaires pour en avoir une idée plus précise. En tout état de cause, il découle de cette notion une limitation de portée générale de l'étendue de la rétroactivité de la loi. Quelle que soit sa forme, la loi rétroactive est inapplicable aux décisions de justice passées en force de chose jugée, sauf à être inconstitutionnelle.

536. Les juges ordinaires n'appréhendent pas la notion de décision passée en force de chose jugée de la même manière, principalement en raison des différences d'ordre procédural existant entre le droit judiciaire privé et le droit du contentieux administratif. Néanmoins, cette différence d'approche ne débouche pas sur une divergence dans les solutions retenues respectivement par le juge administratif et par le juge judiciaire, à une exception près.

Pour le juge judiciaire, la possibilité qu'un jugement puisse faire l'objet ou non d'un recours suspensif d'exécution constitue l'élément déterminant de la notion. Conformément aux dispositions de

¹⁹⁷⁷ C.Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 4 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 24.

¹⁹⁷⁸ Sur l'ensemble de la question, voir A. BERTRAND, thèse préc., p. 171 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 738, n° 938 ; J. PETIT, thèse préc., p. 72, n° 150 ; X. PRÉTOT, art. préc., p. 821 ; A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 150.

¹⁹⁷⁹ Cf., notamment, J. BUISSON, art. préc., p. 789 ; F. DOUET, thèse préc., p. 140, n° 219 ; H. MOUTOUH, « La rétroactivité des lois fiscales », *JCP G*, 1999, I, 102 ; J.-R. PELLAS, « Le principe de sécurité juridique en droit fiscal », in *Études en l'honneur de G. DUPUIS, Droit public*, Paris, LGDJ, 1997, p. 261, spéc. p. 265.

¹⁹⁸⁰ Pour une opinion similaire, voir J.-C. DUCHON-DORIS, concl. sur CAA Marseille, Plén., 1^{er} juillet 1999, *Colombeau*, préc., *RFDA*, 2001, n° 2, p. 488. Sur la protection des situations légalement acquises contre la rétroactivité de la loi, cf., plus bas, p. 433, n° 548.

¹⁹⁸¹ Sur cette idée ancienne, voir J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, préc., p. 767.

l'article 500 du code de procédure civile, la Cour de cassation estime que seuls les arrêts qui sont insusceptibles de faire l'objet d'un tel recours doivent être regardés comme passés en force de chose jugée. Il s'ensuit que les jugements frappés d'appel ou d'opposition ne sont pas pourvus d'une telle force, à la différence des arrêts contre lesquels un pourvoi en cassation, un recours en révision ou en tierce opposition a été intenté¹⁹⁸². La loi rétroactive ne saurait donc affecter les seconds, tandis qu'elle peut s'appliquer aux premiers sans méconnaître l'exigence de respecter les décisions passées en force de chose jugée.

En revanche, comme le rappellent les dispositions de l'article L. 4 du CJA, les voies de recours dans l'ordre administratif n'ont, en principe, pas de caractère suspensif, si bien que la notion de décision de justice passée en force de chose jugée ne saurait reposer, en droit du contentieux administratif, sur le critère retenu par le droit judiciaire privé. Néanmoins, le Conseil d'État est parvenu à une définition proche de celle de son homologue judiciaire en prenant en considération le moment où l'instance s'achève. Ce dernier peut lui-même être déterminé en tenant compte des fonctions dévolues respectivement aux juges du fond et au juge de cassation¹⁹⁸³. On sait que le juge d'appel est chargé, par l'effet dévolutif de l'appel, de rejurer entièrement le litige tranché par la juge de première instance. Tant que la juridiction d'appel n'a pas statué, le procès n'est donc pas terminé. À l'inverse, le juge de cassation « *n'est pas appelé à juger les procès, mais seulement à se prononcer sur la légalité des décisions qui les jugent* »¹⁹⁸⁴. Il appartient donc au juge de cassation seulement de contrôler la régularité de la décision rendue par une juridiction souveraine, sans pouvoir juger le litige une nouvelle fois. Suivant cette approche, le Conseil d'État considère que la « *décision d'une juridiction qui a statué en dernier ressort* »¹⁹⁸⁵ sur le litige doit être regardée comme passée en force de chose jugée. Il s'ensuit que les jugements contre lesquels seuls un pourvoi en cassation et un recours en révision ou en tierce opposition peuvent être formés sont pourvus d'une telle force. À l'inverse, les jugements contre lesquels un recours en appel ou en opposition peut être exercé ne sont pas passés en force de chose jugée¹⁹⁸⁶.

La loi rétroactive peut donc affecter les jugements qui n'ont pas été rendus en dernier ressort sans méconnaître par là l'exigence constitutionnelle du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée. Si la juridiction souveraine n'a pas pris sa décision au moment où le législateur intervient, elle sera alors contrainte de se conformer à la loi rétroactive pour se prononcer définitivement sur le litige¹⁹⁸⁷. En revanche, si la loi rétroactive est édictée après que le juge a statué en dernier ressort ou alors que le juge de cassation a été saisi, il ne pourra être reproché au premier ou au second de ne pas

¹⁹⁸² Cass. Req., 20 janvier 1920, *Parison c/ Époux Parison*, préc. ; Soc., 19 juin 1963, *Dame Chatelouze c/ Époux Vouaux*, préc. ; Com., 15 mai 1990, *Société Brumar*, préc. ; Plén., 21 décembre 1990, *SA Roval*, préc. Voir également, P. ROUBIER, art. préc., p. 536 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, art. préc., p. 497, n° 27.

¹⁹⁸³ Cf., en ce sens, J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Ass., 27 octobre 1995, *Ministre du Logement c/ Mattio*, préc., p. 60. Sur l'ensemble de la question, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 793, n° 999 ; J. PETIT, thèse préc., pp. 63-64, n° 131 ; S. VERCLYTTE, art. préc., p. 461.

¹⁹⁸⁴ É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 589. Voir également, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1267, n° 1402 2°.

¹⁹⁸⁵ CE, Ass., 27 octobre 1995, *Ministre du Logement c/ Mattio*, req. n° 150.703, Rec., p. 359, *AJDA*, 1996, n° 1, p. 57 et *BDCF*, 1995, n° 20, p. 58, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *JCP G*, 1995, IV, 2709, obs. M.-C. ROUAULT, *RJF*, 1995, n° 12, comm. 1410. Cf. également, CE, 13 novembre 1996, *Centre hospitalier régional et universitaire de Rennes*, req. n° 127.933, Rec., T., p. 1088.

¹⁹⁸⁶ Cf., par ex., CE, 17 mars 1997, *Office des migrations internationales (OMI)*, préc. Sur ces différents points, cf., plus haut, p ; 289, n° 375.

¹⁹⁸⁷ CE, 30 juin 1978, *Delcourt et autres*, req. n° 01.036, Rec., p. 281 (jugement rendu en premier ressort) ; 11 juillet 1945, *Société X...*, Rec., p. 156 ; 12 juillet 1951, *Ministre du Budget c/ Tallon*, Rec., p. 402 ; 13 juillet 1962, *Pluchard*, req. n° 54.561, Rec., p. 491 ; 19 juin 1964, *Ministre des Armées c/ Consorts Gonnet*, Rec., T., p. 837, *AJDA*, 1964, n° 11, p. 664, note J. MOREAU ; 15 décembre 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Sieur X*, req. n° 66.326, Rec., p. 761 (jugement rendu en appel).

en avoir fait application¹⁹⁸⁸. S'agissant du juge de cassation en particulier, il convient de rappeler que c'est au moment où le jugement contrôlé a été rendu que celui-là doit se placer pour apprécier la régularité de celui-ci. La loi qui doit être appliquée par le juge de cassation est donc celle en vigueur au jour du jugement contesté devant lui. Par conséquent, la loi nouvelle, dotée ou non d'un effet rétroactif, reste sans incidence tant sur l'office du juge de cassation que sur la régularité du jugement qu'il rend¹⁹⁸⁹. Ce n'est que dans le cas où le juge de cassation prononce l'annulation du jugement attaqué et qu'il est statué à nouveau sur l'ensemble du litige, soit devant la juridiction de renvoi, soit devant le Conseil d'État lui-même, en vertu des dispositions de l'article L. 821-2 du CJA, que la loi rétroactive devra être appliquée. En effet, l'instance ayant repris son cours, la loi rétroactive se substitue à la loi antérieure pour le règlement du litige¹⁹⁹⁰.

537. Bien que le juge administratif et le juge judiciaire suivent une logique qui leur est propre pour déterminer celles de leurs décisions qui doivent être regardées comme passées en force de chose jugée, ils parviennent néanmoins à des solutions assez proches. Toutefois, les deux ordres de juridiction continuent de diverger sur la question de savoir si les lois interprétatives peuvent avoir une incidence sur les décisions de justice passées en force de chose jugée. Tandis que le juge administratif se refuse à faire application de la loi interprétative au stade de la cassation, le juge judiciaire adopte, de son côté, une solution inverse¹⁹⁹¹. Cette position semble reposer, de manière quelque peu contestable, sur la fiction d'absence de caractère innovatoire de la loi interprétative¹⁹⁹². En tout état de cause, pareille divergence est regrettable au regard de l'application uniforme que devrait recevoir une exigence constitutionnelle. Du reste, le Conseil constitutionnel lui-même ne réserve aucun traitement spécifique à la loi interprétative par rapport aux autres lois rétroactives.

538. Le principe du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée constitue non seulement une limite de fond posée par le Conseil constitutionnel à l'étendue de la rétroactivité de la loi¹⁹⁹³, mais également d'une directive d'interprétation suivie par les juges ordinaires. En effet, le principe d'interprétation stricte des dispositions rétroactives conduit ces derniers, ainsi que les Sages de la rue Montpensier, à réserver, dans le silence du législateur, le respect de la chose jugée¹⁹⁹⁴.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives, cette exigence dispose d'une portée générale. Elle vaut pour toute loi rétroactive. C'est à propos des validations législatives que le Conseil constitutionnel a consacré, pour la première fois, cette borne à l'action sur le passé du législateur. À l'égard des validations *stricto sensu*, le respect de la chose jugée signifie qu'il est interdit au législateur de faire revivre un acte annulé, ou de rendre à nouveau opposable un acte déclaré illégal,

¹⁹⁸⁸ CE, 6 avril 1998, *Ministre du Budget c/ SARL "Courcelles Investissements"*, préc. ; 19 mai 2000, *Province Sud*, req. n° 188.387, Rec., T., p. 1111 ; 30 avril 2003, *Caisse primaire d'assurance maladie du Havre*, req. n° 213.702, Rec., T., p. 646.

¹⁹⁸⁹ J. PETIT, thèse préc., p. 64, n° 131.

¹⁹⁹⁰ CE, 17 mars 1997, *Office des migrations internationales (OMI)*, préc. Ainsi, le Conseil d'État est tenu d'appliquer une loi de validation intervenue postérieurement à un jugement d'appel, lorsque, après avoir annulé en cassation ce même jugement, il fait usage des dispositions de l'art. L. 821-2 du CJA pour régler immédiatement l'affaire au fond (cf., par ex., CE, 31 mai 2000, *Catania*, req. n° 178.122, *RJF*, 2000, n° 7-8, comm. 956).

¹⁹⁹¹ Sur ce point, cf., plus haut, pp. 126-127, n° 175. Voir également, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 793, n° 999.

¹⁹⁹² Sur ce point, cf., plus haut, p. 126, n° 175. Voir également, P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 287-288, n° 62.

¹⁹⁹³ C.Const. déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 5 et 7 ; déc. n° 88-250 DC, 19 décembre 1988, préc., cons. 6 ; déc. n° 93-332 DC, 14 janvier 1994, préc., cons. 14 ; déc. n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, préc., cons. 28 ; déc. n° 97-393 DC, préc., cons. 52 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 11 et 17.

¹⁹⁹⁴ Cf., plus haut, p. 403, n° 509. Voir également, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 791, n° 998 ; J. PETIT, thèse préc., p. 60, n° 124 et p. 68, n° 140. Pour un ex., voir C.Const., déc. n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, préc., cons. 10 et 25.

par une décision de justice passée en force de chose jugée¹⁹⁹⁵. Suivant une jurisprudence constante du Conseil, les validations législatives prononcées *a posteriori* sont prohibées, dès lors qu'elles constituent une violation flagrante du principe de séparation des pouvoirs¹⁹⁹⁶. Puis, ce principe a été étendu aux lois fiscales rétroactives. Le respect dû à la chose jugée empêche que les droits reconnus aux contribuables par une décision de justice passée en force de chose jugée puissent être remis en cause ultérieurement par une loi dotée d'un effet rétroactif¹⁹⁹⁷. Enfin, le respect de la chose jugée a été rendu applicable à toute loi rétroactive, à la faveur de la généralisation du domaine du contrôle exercé en la matière par le Conseil constitutionnel¹⁹⁹⁸. Ainsi, le législateur ne saurait prescrire une règle nouvelle ayant pour effet de porter rétroactivement atteinte au dispositif d'une décision de justice passée en force de chose jugée et/ou de méconnaître les motifs de cette dernière¹⁹⁹⁹.

Dans une affaire relative à la soumission à la taxe sur la valeur ajoutée des péages autoroutiers, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition rétroactive dont la mise en œuvre aurait eu pour conséquence de mettre à néant, par une voie détournée, deux décisions de justice respectivement rendues par la CJCE et le Conseil d'État. Jusqu'en 2001, le droit français ne soumettait pas les tarifs payés par les utilisateurs des autoroutes à la taxe sur la valeur ajoutée, exclusion condamnée par la CJCE en 2000 au regard des exigences posées par la directive communautaire alors applicable²⁰⁰⁰. À la suite de la mise en conformité de la loi française avec ces dernières à compter du 1^{er} janvier 2001, l'administration fiscale avait néanmoins limité le droit des transporteurs à réclamer la restitution de la taxe pour la période antérieure à cette date, en subordonnant toute restitution à la condition qu'il soit démontré que le montant de la taxe avait été effectivement payé en sus du prix. En 2005, le Conseil d'État a jugé cette condition illégale et estimé que les transporteurs bénéficiaient d'un droit à déduction qu'ils pouvaient exercer selon les conditions de droit commun pour la période en cause²⁰⁰¹. Or, à la fin de l'année 2005, le législateur est venu rétroactivement rétablir la condition antérieurement posée par l'administration fiscale à l'exercice du droit à déduction. Ce faisant, le législateur remettait indirectement en cause la solution retenue par la haute juridiction administrative. Saisi de cette disposition, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en privant d'effet les deux décisions de justice passées en force de chose jugée pour la période 1996-2000, le législateur avait porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à

¹⁹⁹⁵ C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 6 ; déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc., cons. 5 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 8 ; déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 3 ; déc. n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, préc., cons. 23 ; déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, préc., cons. 31.

¹⁹⁹⁶ Sur ce point, cf., plus haut, pp. 98-99, n° 142-143. Voir également, C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 20 ; déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, préc., cons. 13.

¹⁹⁹⁷ C.Const., déc. n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, préc., cons. 5 ; déc. n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, préc., cons. 5 ; déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 80 et 81 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 23 ; déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc., cons. 13 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 8.

¹⁹⁹⁸ C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 19 ; déc. n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, préc., cons. 35 ; déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, préc., cons. 11 ; déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare*, préc., cons. 22 ; déc. n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 16 ; déc. n° 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre*, préc., cons. 10 ; déc. n° 2010-53 QPC, 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino*, préc., cons. 4 ; déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc., cons. 4 ; déc. n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, préc., cons. 4.

¹⁹⁹⁹ C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 20 et 21 ; déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, préc., cons. 13.

²⁰⁰⁰ CJCE, 12 septembre 2000, *Commission c/ République française*, aff. C-276/97, pt. 49, Rec., I, p. 6251, *CMP*, 2001, n° 1, p. 24, note P. DELELIS.

²⁰⁰¹ CE, 29 juin 2005, *SA Établissement Louis Mazet* req. n° 268.681, Rec., p. 263, *BDCF*, 2005, n° 10, p. 4 et *RDF*, 2005, n° 48, p. 1189, concl. L. OLLÉON, *Europe*, 2005, n° 10, p. 29, note E. SAULNIER-CASSIA.

la garantie des droits. La Haute instance a donc déclaré cette disposition contraire à la Constitution, sans même rechercher si un motif d'intérêt général suffisant aurait pu justifier la mesure prise²⁰⁰².

539. En revanche, le respect dû à la chose jugée n'interdit aucunement au législateur, par le biais d'une disposition rétroactive, de corriger certains effets d'une décision de justice préjudiciables à la sécurité juridique ou de compenser les conséquences financières que celle-ci a pu entraîner²⁰⁰³. De même, le législateur reste libre de modifier les règles que le juge a pour mission d'appliquer du moment que son intervention rétroactive affecte uniquement les procès en cours. En effet, seules les situations reconnues par une décision passée en force de chose jugée bénéficient d'une protection constitutionnelle contre la rétroactivité de la loi, à l'exclusion de celles à l'égard desquelles une telle décision n'a pas encore été prise. Les décisions non passées en force de chose jugée ne sont pas pour autant privées de toute protection constitutionnelle contre les ingérences rétroactives du législateur. Seulement, celle-ci est assurée par le biais d'autres exigences posées par la jurisprudence constitutionnelle, ce qui traduit une meilleure prise en compte du droit à un recours juridictionnel effectif et, notamment, du principe d'équilibre des droits des parties dans le contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives²⁰⁰⁴.

À cette première limite à l'étendue de la rétroactivité de la loi que constitue le respect de la chose jugée, la jurisprudence constitutionnelle en a ajouté ultérieurement une autre. Le champ d'application de la loi rétroactive doit être, de manière plus générale, strictement défini, ce qui signifie notamment que la portée sur le passé de la loi nouvelle doit elle-même être précisément circonscrite.

540. L'obligation de définir strictement le champ d'application de la loi rétroactive. C'est en matière de validations législatives que le Conseil constitutionnel a imposé au législateur l'obligation de définir strictement et précisément le champ d'application de la loi rétroactive. Dans une logique que l'on peut considérer comme équivalente désormais à celle suivie dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois rétroactives exercé par le juge ordinaire²⁰⁰⁵, il s'agit pour le Conseil de mesurer l'effet produit par la loi rétroactive à la fois sur l'administration de la justice et sur la situation des justiciables. Comme il a été montré plus haut, cette évolution est la conséquence directe du rattachement du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789. En effet, celui-ci a permis au Conseil constitutionnel de dégager, en tant qu'instruments de la garantie des droits, le droit à un recours juridictionnel effectif, ainsi que son corollaire le principe d'équilibre des droits des parties. Or, ces derniers protègent principalement les procès en cours, dont le déroulement ou l'issue est susceptible d'être compromis par l'intervention rétroactive du législateur²⁰⁰⁶.

L'applicabilité de la loi aux litiges en cours n'est pas en elle-même constitutive d'une inconstitutionnalité. Toutefois, elle ne saurait avoir pour conséquence de rendre impossible tout contrôle

²⁰⁰² C.Const., déc. n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, préc., cons. 6 et 7.

²⁰⁰³ Cf. les références citées p. 427, note 1998.

²⁰⁰⁴ Il s'agit respectivement de l'obligation faite au législateur de définir strictement le champ d'application de la loi rétroactive (cf., par ex., C.Const., déc. n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, préc., cons. 5), ainsi que de l'obligation de ne pas maintenir une situation inconstitutionnelle (cf., par ex., C.Const., déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc., cons. 7).

²⁰⁰⁵ Cf., plus loin, p. 457 et s., 579 et s. Là encore, il faut y voir l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (sur ce point, voir J.-P. CAMBY, art. préc., pp. 614-616 ; B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, préc. et déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., pp. 296-297).

²⁰⁰⁶ Cf., plus haut, p. 408, n° 516.

de l'acte validé par le juge²⁰⁰⁷ ou, ce qui revient au même, d'empêcher toute contestation de ce dernier par les requérants. Il s'ensuit que le législateur ne peut valider intégralement, et dans tous ses effets, un acte juridique menacé d'annulation, sans méconnaître par là le principe de séparation des pouvoirs et le droit au recours déduits de l'article 16 de la Déclaration de 1789²⁰⁰⁸. Cela signifie que la validation rétroactive doit donc être « ciblée », c'est-à-dire qu'elle ne peut purger l'acte en cause de tous les vices possibles dont il est ou serait entaché. Le législateur doit donc indiquer *tel* motif d'illégalité qu'il entend rendre incontestable devant les tribunaux²⁰⁰⁹. Corrélativement, le législateur ne saurait peser sur l'issue du litige en privant rétroactivement une partie, mais pas l'autre, de la possibilité de soulever un ou plusieurs moyens de légalité²⁰¹⁰, rompant ainsi l'équilibre entre les droits des parties.

541. L'obligation de définir strictement et précisément le champ d'application de la loi rétroactive ne se cantonne plus à la prohibition des validations intégrales ou imprécises, mais s'impose à toute loi produisant un effet sur le passé de l'ordonnement juridique. Rapportée au phénomène plus général de la rétroactivité de la règle nouvelle prescrite par le législateur, cette exigence doit s'entendre comme requérant du législateur qu'il limite cette dernière « *dans le temps et dans sa portée* ». C'est ce qu'a précisé le Conseil constitutionnel dans la décision qu'il a rendue à propos de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007²⁰¹¹. En l'espèce, la rétroactivité couvrait deux années, l'effet de la loi remontant au début du dernier exercice budgétaire clôturé, ce qui est apparu à la Haute instance comme constituant une portée temporelle suffisamment limitée.

Participe également de la limitation de la portée de la rétroactivité de la loi, l'interdiction faite au législateur de maintenir dans l'ordonnement juridique un acte inconstitutionnel.

542. L'interdiction de maintenir une situation inconstitutionnelle. Le législateur ne saurait permettre, par l'adoption d'une loi rétroactive, le maintien d'une situation contraire à la Constitution, sauf à commettre par là une nouvelle inconstitutionnalité. C'est dire que l'acte validé ou modifié rétroactivement par le législateur ne doit lui-même méconnaître aucune règle, ni aucun principe à valeur constitutionnelle. Après avoir refusé, dans un premier temps, de déclarer contraire à la Constitution une loi de validation à raison du vice d'inconstitutionnalité dont étaient entachés les actes validés²⁰¹², le Conseil constitutionnel a finalement accepté de lier la constitutionnalité de la première à celle des seconds. D'abord exclusivement imposée aux validations législatives, cette exigence a été étendue à

²⁰⁰⁷ C.Const., déc. n° 95-363 DC, 11 janvier 1995, préc., cons. 9 ; déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, préc., cons. 65 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 8 ; déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 5 ; déc. n° 2003-486 DC, préc., cons. 23 ; déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, préc., cons. 31.

²⁰⁰⁸ Outre les références citées à la note précédente, voir C.Const., déc. n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, préc., cons. 35 ; déc. n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, préc., cons. 5.

²⁰⁰⁹ C.Const., déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 11 et 15 ; déc. n° 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre*, préc., cons. 12 ; déc. n° 2010-53 QPC, 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino*, préc., cons. 5. Pour des ex. de dispositions respectant cette condition, voir l'art. 16 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005, relative aux aéroports (JORF n° 93 du 21 avril 2005, p. 6969) ; l'art. 11 de la loi n° 2005-809, du 20 juillet 2005, relative aux concessions d'aménagement (JORF n° 168 du 21 juillet 2005, p. 11833 ; sur cette disposition, voir CE, 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire (SODEMEL)*, req. n° 320.735, à pub. au Leb.) ; l'art. 101-VII de la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006, sur l'eau et les milieux aquatiques (JORF n° 303 du 31 décembre 2006, p. 20285) ; l'art. 3-II de la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008, de finances pour 2009 (JORF n° 302 du 28 décembre 2008, p. 20224).

²⁰¹⁰ C.Const., déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc., cons. 7.

²⁰¹¹ C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 20. Pour un autre ex., C.Const., déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, préc., cons. 14. Sur les prémisses d'une telle exigence, voir C.Const., déc. n° 85-192 DC, 24 juillet 1985, préc., cons. 11.

²⁰¹² C.Const., déc. n° 94-357 DC, 25 janvier 1995, préc., cons. 17 à 20.

l'ensemble des lois rétroactives²⁰¹³. Désormais, l'inconstitutionnalité d'un acte juridique entraîne nécessairement celle de la loi rétroactive qui s'y rapporte, soit qu'elle en prononce la validation, soit qu'elle lui apporte des modifications. La loi rétroactive est sanctionnée « en tant que » son édicton a abouti à maintenir dans l'ordonnement juridique un acte administratif ou de droit privé contraire à la Constitution. En d'autres termes, l'inconstitutionnalité ne résulte pas du contenu de la loi elle-même, mais de son effet.

Un exemple éclairant est fourni par une décision du Conseil constitutionnel rendue à propos de la loi de finances rectificative pour 2004. En l'espèce, suite à une décision par laquelle le Conseil d'État avait abandonné partiellement la théorie de l'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit, le législateur était intervenu pour valider rétroactivement les impositions établies avant le 1^{er} janvier 2005, en tant qu'elles seraient contestées par le moyen tiré de ce que le contribuable aurait pu demander le bénéfice de cette nouvelle jurisprudence. La disposition en cause réservait donc à la seule administration fiscale la faculté de se prévaloir de ce revirement de jurisprudence, vraisemblablement dans les cas où son application lui serait favorable. Alors même que la validation répondait *a priori* aux autres exigences posées à sa constitutionnalité, le Conseil constitutionnel l'a censurée, au motif que les actes validés rétroactivement par le législateur étaient contraires à un principe à valeur constitutionnelle. En effet, la validation rétroactive aboutissait, par son effet, à maintenir dans l'ordonnement juridique des décisions prises en méconnaissance du principe d'équilibre entre les droits des parties²⁰¹⁴.

543. À ce principe, le Conseil a toutefois apporté une exception. La modification ou la validation rétroactive par le législateur d'un acte entaché d'une inconstitutionnalité peuvent ne pas être déclarées contraires à la Constitution pourvu qu'elles répondent à un objectif d'intérêt général de rang constitutionnel²⁰¹⁵. Il s'agit alors de concilier deux règles ou principes occupant une place équivalente dans la hiérarchie des normes. Cela ne signifie pas pour autant qu'il suffit au législateur d'avancer une règle ou un principe à valeur constitutionnelle pour que son intervention rétroactive soit conforme à la Constitution. Il se peut très bien que la règle ou le principe méconnu soit regardé par le Conseil comme plus important que celui justifiant le maintien de la situation inconstitutionnelle. La prévalence donnée au premier sur le second entraînera l'invalidation de la loi rétroactive en conséquence de l'inconstitutionnalité irrémédiable dont est entaché l'acte auquel elle se rapporte.

Aux contraintes pesant directement sur l'action sur le passé de la loi nouvelle, la jurisprudence constitutionnelle a ajouté des exigences qui s'attachent à la protection de certaines situations juridiques et qui, en tant que telles, s'imposent au législateur indifféremment de l'effet dans le temps que celui-ci a assigné à celle-là.

²⁰¹³ C.Const., déc. n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, préc., cons. 51 ; déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, préc., cons. 8 ; Sur la généralisation de cette exigence à l'ensemble des lois rétroactives, voir C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, cons. 18 et 19 ; déc. n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 16 ; déc. n° 2010-53 QPC, 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino*, préc., cons. 4 ; déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc., cons. 4.

²⁰¹⁴ C.Const., déc. n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA*, préc., cons. 5. Sur cette affaire, voir également CE, Ass., 7 juillet 2004, *SARL Ghesquière Équipement*, préc. ; l'art. 43 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, de finances rectificative pour 2004, déjà citée ; CE, 13 février 2009, *Saupic*, préc.

²⁰¹⁵ B. MATHIEU, note sous C.Const. déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997 et déc. n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, préc., pp. 152-153 ; G. MERLAND, thèse préc., pp. 149-150 ; J. PETIT, thèse préc., p. 82, n° 169.

b - Les exigences s'imposant indifféremment de l'effet rétroactif donné à la loi

544. Certaines des exigences posées à la constitutionnalité de la loi rétroactive poursuivent une logique substantielle et non temporelle. Ces limitations ne s'adressent pas spécialement à l'effet rétroactif de la loi, mais se rapportent au contenu même de celle-ci. C'est dire que certaines bornes s'imposent au législateur indifféremment de la qualification donnée à l'action dans le temps de la règle de droit qu'il adopte. En d'autres termes, certaines situations antérieurement formées sont protégées contre les interventions ultérieures de la puissance législative, y compris rétroactives. Quelle que soit la portée temporelle conférée à la loi nouvelle, celle-ci ne saurait porter atteinte à celles-là, en raison de leur caractère intangible.

545. C'est au moyen de la technique contentieuse des « garanties légales des exigences constitutionnelles »²⁰¹⁶ que le Conseil constitutionnel est venu, en premier lieu, encadrer la possibilité pour le législateur d'apporter des modifications à certaines situations juridiques préexistantes. En vertu de cette jurisprudence, la loi rétroactive est susceptible de contrevenir à la Constitution, non pas à raison de sa seule rétroactivité, mais en tant qu'elle porte atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis.

Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » permettent au Conseil constitutionnel d'assurer l'effectivité des droits et libertés constitutionnellement protégés²⁰¹⁷. L'idée principale est que certaines garanties accordées par la loi à ceux-ci opposent, par leur force, « *une résistance dans le temps* » à l'action du législateur²⁰¹⁸. La liberté dont dispose, en principe, le législateur pour modifier ou abroger les lois ordinaires qu'il a précédemment édictées²⁰¹⁹ connaît donc une limite remarquable dans l'interdiction de ne pas porter atteinte à ces garanties. Parce qu'elle se rapporte au contenu même de la loi nouvelle vis-à-vis des exigences constitutionnelles, l'opposition faite à l'application de celle-ci aux situations préexistantes est non discriminante du point de vue temporel. Cela signifie que les garanties offertes par la loi ancienne, en tant qu'elles sont liées à des exigences constitutionnelles, ne peuvent être affectées par la loi nouvelle, que cette dernière revête un effet rétroactif ou un simple effet immédiat. Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » procurent ainsi une protection contre les changements de législation qui est orientée à la fois vers l'avenir et vers le passé. D'un point de vue substantiel, il faut comprendre que l'interdiction de remettre en cause les situations bénéficiant d'une telle protection s'adresse à la loi nouvelle indépendamment de la question de savoir si elle affecte des situations antérieurement constituées ou des situations en cours.

La limitation de la faculté pour le législateur de porter atteinte, pour le passé comme pour l'avenir, aux garanties légales s'est adressée d'abord aux lois qui abrogent ou modifient des lois précédentes dans le domaine des libertés publiques, ainsi que dans celui des droits et libertés

²⁰¹⁶ A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 24 et s., n° 17 et s.

²⁰¹⁷ Pour un ex., voir C.Const., déc. n° 2003-483 DC, 14 août 2003, préc., cons. 7.

²⁰¹⁸ A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 95, n° 152.

²⁰¹⁹ C'est là la conséquence logique de ce que les lois ordinaires occupent un rang identique dans la hiérarchie des normes (C.Const., déc. n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, préc., cons. 8). Ainsi, en vertu du principe du parallélisme des compétences, le législateur peut toujours déroger à une loi, lui apporter des modifications ou prononcer son abrogation (cf., par ex., C.Const., déc. n° 82-142 DC, 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, cons. 8, Rec., p. 52 ; déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, préc., cons. 31 ; déc. n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 15). Sur le principe de mutabilité législative, cf., notamment, G. MOLLION, art. préc., pp. 261-262 ; A.-L. VALEMBOSIS, thèse préc., p. 298, n° 467 ; A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 97, n° 155.

fondamentaux²⁰²⁰. Elle a concerné ensuite les lois fiscales rétroactives et, plus largement, toute loi remettant en cause des « situations légalement acquises », à compter de 2005²⁰²¹. Enfin, elle a inspiré une jurisprudence plus spécifique qui vise à garantir la stabilité des relations contractuelles antérieurement nouées contre les changements ultérieurs de législation opérés ou non avec effet rétroactif.

546. La protection des situations antérieures intéressant une liberté publique ou fondamentale.

La faculté pour le législateur de modifier ou d'abroger des lois antérieures est limitée en matière de libertés publiques et de droits et libertés fondamentaux par l'obligation faite au législateur de ne pas remettre en cause les garanties antérieurement accordées par la loi aux citoyens pour l'exercice de leurs libertés²⁰²². La portée de cette obligation est double. D'une part, le législateur doit justifier la modification ou la suppression de la protection précédemment offerte à une liberté par un motif d'intérêt général suffisant²⁰²³. Valable pour les modifications apportées uniquement pour l'avenir à un régime antérieur, cette exigence vaut *a fortiori* pour celles qui s'étendent au passé. D'autre part, le législateur ne saurait diminuer ou supprimer les garanties qu'il a antérieurement accordées aux citoyens pour l'exercice d'une liberté²⁰²⁴. En d'autres termes, des dispositions législatives garantissant des exigences constitutionnelles ne peuvent être modifiées ou supprimées qu'à la condition qu'une protection équivalente soit offerte à ces mêmes exigences. Du point de vue de l'application de la loi dans le temps, cela signifie que les garanties offertes par la loi ancienne à la liberté en cause ne peuvent être affectées par la loi nouvelle qu'à la condition que celle-ci maintienne ou augmente le degré de protection dont celles-là bénéficiaient jusque-là. À l'inverse, la faculté dont dispose le législateur pour modifier, supprimer, ou compléter des dispositions législatives antérieures se trouve empêchée chaque fois qu'elle aboutirait à diminuer ou à supprimer ces mêmes garanties.

La prohibition des impôts confiscatoires constitue un exemple révélateur, en ce qu'elle permet de limiter l'effet de la loi nouvelle sur les garanties accordées aux contribuables par le droit de propriété consacré par les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789. La réglementation dont l'exercice de ce droit fait l'objet ne saurait aboutir à priver, pour le passé comme pour l'avenir, les contribuables de leur propriété. Ainsi, la majoration d'une imposition ou la suppression d'une exonération fiscale par la loi nouvelle ne doit pas peser, de manière excessive, sur le patrimoine des contribuables, à plus forte

²⁰²⁰ Cf., respectivement, C.Const., déc. n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, cons. 42, Rec., p. 30 ; déc. n° 98-401 DC, 18 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec., p. 258, cons. 9, *AJDA*, 1998, n° 6, p. 495, note J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 2 décembre 1998, n° 188, p. 18, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDC*, 1998, n° 35, p. 640, chr. L. FAVOREU.

²⁰²¹ C.Const., déc. n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, préc., cons. 45 ; déc. n° 2009-588 DC, 6 août 2009, préc., cons. 13 ; déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Lazare*, préc., cons. 4.

²⁰²² Outre les références déjà citées, cf., par ex., C.Const., déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, cons. 46 à 48, Rec., p. 45 (droit d'asile) ; déc. n° 91-296 DC, 29 juillet 1991, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 13 et 14, Rec., p. 102, *Dr. soc.*, 1991, p. 807, note X. PRÉTOT, *Pouvoirs*, 1992, n° 60, p. 213, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDC*, 1991, p. 716, note A. ROUX, *RDP*, 1992, n° 1, p. 80, note D. ROUSSEAU ; déc. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 33, à pub. au Rec., *AJDA*, 2010, n° 20, p. 1113, note D. ALLAND, *D.*, 2010, n° 21, p. 1321, note A. LEVADE, *Europe*, 2010, n° 6, p. 1, note D. SIMON, *Gaz. Pal.*, 23-27 mai 2010, n° 22, p. 12, note G. DRAGO, *JCP G*, 2010, n° 21, p. 1077, note B. MATHIEU, *LPA*, 1^{er} juin 2010, n° 108, p. 8, note F. CHALTIEL et 7 juillet 2010, n° 134, p. 6, note J.-P. CAMBY ; déc. n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, cons. 15, *RDP*, 2011, n° 1, pp. 269-270, chr. D. ROUSSEAU et P.-Y. GAHDOUN ; 26 novembre 2010, cons. 15 (droit à la protection de la santé) ; déc. n° 2009-577 DC, 3 mars 2009, cons. 3 et 4, Rec., p. 64 (liberté de communication). Pour d'autres ex., cf. G. MOLLION, art. préc., p. 260.

²⁰²³ Sur ce point, cf., plus bas, p. 434, n° 548 ; J.-É. SCHOETTL, note sous C.Const., déc. n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, préc., *LPA*, 6 janvier 2006, n° 5, p. 5, spéc. p. 19.

²⁰²⁴ G. MOLLION, art. préc., p. 267 et s. ; J.-É. SCHOETTL, *loc. cit.*

raison lorsqu'elle s'applique avec effet rétroactif²⁰²⁵. À l'évidence, l'application au passé de la règle nouvelle s'avère plus dangereuse pour les droits et libertés fondamentaux que son application *ad futurum*. Toutefois, c'est bien l'alourdissement de la charge fiscale qui est, en elle-même, attentatoire au droit de propriété. La circonstance que celui-là affecte les situations antérieurement constituées ne constitue qu'un facteur aggravant de sa méconnaissance par le législateur. Un raisonnement identique peut être mené en matière de sanction administrative. Toute modification ou suppression par le législateur de dispositions régissant la procédure de sanction ne saurait avoir pour effet de réduire les garanties accordées aux droits de la défense²⁰²⁶.

Bien que la jurisprudence constitutionnelle concerne principalement des lois de procédure dotées d'un simple effet immédiat, cette exigence vaut également pour les lois rétroactives, dès lors que ce qui importe pour assurer le respect des « garanties légales des exigences constitutionnelles », c'est le maintien du niveau de protection des droits antérieurement accordés.

547. Le Conseil constitutionnel n'a exprimé qu'en une seule occasion l'idée que la technique des « garanties légales des exigences constitutionnelles » constitue un mécanisme de garantie des situations existantes intéressant une liberté publique²⁰²⁷ contre les changements ultérieurs de législation. Comme l'ont bien montré plusieurs auteurs, il ne faut pas voir dans cette référence une consécration du principe de non-rétroactivité en matière de libertés, non plus que la consécration de la notion de droits acquis en ce domaine, mais plutôt la marque d'une prise en considération de l'impact de la loi sur les situations existantes dans le contrôle de constitutionnalité²⁰²⁸. En d'autres termes, il s'agit pour le Conseil constitutionnel de soumettre le changement voulu par le législateur à un contrôle de nécessité²⁰²⁹. Comme on va le voir, l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle à compter de 2005 semble avoir confirmé cette analyse à travers la notion de garantie des droits.

La protection offerte par les « garanties légales des exigences constitutionnelles » contre la rétroactivité prescrite par le législateur ne se limite pas au domaine des libertés publiques ou fondamentales²⁰³⁰. Son bénéfice a été étendu par la jurisprudence constitutionnelle à toute situation qui présente un caractère « légalement acquis » au jour de l'édiction de la loi nouvelle.

548. La préservation des situations légalement acquises. En dehors du domaine des libertés publiques ou fondamentales, l'obligation pour la loi rétroactive de ne pas aboutir à priver de garanties légales des exigences constitutionnelles a d'abord été posée par le Conseil constitutionnel en matière fiscale. Dans plusieurs décisions, la Haute instance a estimé que si le législateur avait la faculté

²⁰²⁵ C.Const., déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 40 et 41 ; déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, préc., cons. 25 (loi interprétative) ; déc. n° 97-391 DC, 7 novembre 1997, préc., cons. 5. Pour un autre ex., en dehors de la matière fiscale, cf. C.Const., déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, préc., cons. 33 (validation des actes permettant la réalisation d'une opération déclarée d'utilité publique). Sur ces différents points, voir J. PETIT, thèse préc., p. 77, n° 158 ; A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 151, n° 256.

²⁰²⁶ C.Const. déc. n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 53 à 56, Rec., p. 121. Voir également, en matière fiscale, C.Const., déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 41.

²⁰²⁷ C.Const., déc. n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, préc., cons. 46 à 48 et 56.

²⁰²⁸ Cf., en ce sens, B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 286 et art., préc., p. 256 ; J. PETIT, thèse préc., p. 581, n° 1180 ; A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 142, n° 240. Pour une position favorable à la reconnaissance d'un principe de non-rétroactivité en matière de libertés publiques, voir T. BONNEAU, « La Cour de cassation, la Constitution et l'application de la loi dans le temps en matière non répressive. Les principes reconnus par le Conseil constitutionnel », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 129 préc., p. 144 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 251. Voir également, T.-S. RENOUX, art. préc., p. 364 : l'auteur considère que la notion de droits acquis a été consacrée dans cette matière.

²⁰²⁹ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif - II », *Cah. Cons. Const.*, 1997, n° 2, p. 77, spéc. p. 85, n° 40.

²⁰³⁰ Du reste, son champ d'application ne s'est jamais limité aux seules libertés fondamentales (cf., en ce sens, A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 204 et s., n° 367 et s.).

d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne pouvait le faire que sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles²⁰³¹. Ce faisant, le Conseil est venu confirmer l'idée selon laquelle ces garanties concernent l'action dans le temps du législateur indifféremment de son orientation vers le passé ou vers l'avenir²⁰³². Les Sages de la rue Montpensier ont ensuite conféré une portée générale à l'exigence de pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles en soumettant à son respect des lois rétroactives ne relevant plus exclusivement de la matière fiscale²⁰³³.

La portée de l'interdiction de priver de garanties légales des exigences constitutionnelles a elle-même varié au fur et à mesure de l'enrichissement du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel s'est principalement attaché à assurer la protection des exigences constitutionnelles dans son contrôle, sans tenir compte de l'impact qu'avait la loi nouvelle sur les situations existantes. Du moment que la rétroactivité de la loi ne contrevenait à aucun droit ou liberté à valeur constitutionnelle, elle pouvait valablement affecter les situations antérieurement constituées comme les situations en cours à la date de sa publication²⁰³⁴. À la faveur de l'activation contentieuse de la notion de garantie des droits, la Haute instance a accepté, dans un second temps, de prendre en compte l'effet de la loi sur les situations existantes. Dans sa décision relative à la loi de finances pour 2006, le Conseil a estimé, après avoir rappelé le principe de mutabilité de la loi assorti de la réserve du respect des garanties légales des exigences constitutionnelles, que le législateur « méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »²⁰³⁵. C'est dire qu'à travers la garantie des droits un lien est désormais établi entre l'obligation pour le législateur de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles et la nécessité de sauvegarder les situations antérieurement constituées²⁰³⁶. Les droits reconnus par la loi ne sauraient être remis en cause par le législateur dans des conditions contraires à la garantie des droits, sauf motif d'intérêt général suffisant.

549. Le Conseil constitutionnel effectue un contrôle de proportionnalité²⁰³⁷ sur les lois affectant des situations légalement acquises. Pour déterminer si la mesure adoptée par le législateur est justifiée, le Conseil met en balance la gravité de l'atteinte portée aux situations existantes avec le motif d'intérêt général invoqué. Ainsi en va-t-il du moins dans les cas où la Haute instance contrôle des lois affectant *ad futurum* des situations légalement acquises. Par exemple, dans une affaire relative à la procédure de transfert, prononcée d'office par le préfet, des biens d'une section de commune vers sa commune de rattachement, la Haute instance a confronté l'objectif poursuivi par le législateur visant à mettre fin à un blocage ou à un dysfonctionnement administratif ou financier de la section imputable à ses ayants droits

²⁰³¹ C.Const., déc. n° 95-369 DC, 28 décembre 1995, préc., cons. 4 ; déc. n° 97-391 DC, 7 novembre 1997, préc., cons. 6 ; déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1997, préc., cons. 5 ; déc. n° 2000-442 DC, 28 décembre 2000, préc., cons. 9 ; déc. n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001, préc., cons. 27 ; déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, préc., cons. 21. Voir également, A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 152, n° 260.

²⁰³² Pour un ex. révélateur, voir C.Const., déc. n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 15 à 17.

²⁰³³ C.Const., déc. n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, préc., cons. 21 ; déc. n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, préc., cons. 14 (validations législatives) ; déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, préc., cons. 17 (loi rétroactive ordinaire).

²⁰³⁴ Outre les ex. cités aux notes précédentes, cf. C.Const., déc. n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, préc., cons. 17.

²⁰³⁵ C.Const., déc. n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, préc., cons. 45. Cette jurisprudence est désormais d'application constante, cf. C.Const., déc. 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Cachard et autres*, préc., cons. 15 ; déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, préc., cons. 17 ; déc. n° 2010-102 QPC, 11 février 2011, préc., cons. 4 ; déc. n° 2011-141 QPC, 24 juin 2011, cons. 5.

²⁰³⁶ Sur la notion de situation antérieurement constituée et ses rapports avec celle de droits acquis, Voir également, J. PETIT, thèse préc., p. 134 et s., n° 278 et s. ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 292 et s., n° 303 et s. ; A. VIDAL-NAQUET, thèse préc., p. 125, n° 208 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 33 et s., n° 61 et s.

²⁰³⁷ Sur ce point, voir G. MERLAND, thèse préc., p. 274, spéc. p. 276.

avec l'atteinte portée au droit de ces derniers à être indemnisés de la privation de jouissance des biens transférés, du fait de la gratuité de ce transfert. En l'espèce, le Conseil a estimé qu'il n'y avait là aucune atteinte manifeste au droit à réparation des intéressés, et donc aucune méconnaissance de la garantie des droits, dès lors que toute possibilité d'indemnisation n'avait pas été exclue par le législateur²⁰³⁸. À l'inverse, la privation du droit à réparation, que celle-ci vaille pour le passé ou pour l'avenir, aurait certainement été jugée comme manifestation excessive au regard des exigences issues de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

550. Le contrôle de la disproportion manifeste ainsi mis en œuvre par le Conseil ne va toutefois pas jusqu'à se doubler d'un contrôle de nécessité, comme c'est le cas parfois en matière de lois rétroactives. On peut néanmoins considérer qu'en présence d'une loi pourvu d'un tel effet, les Sages de la rue Montpensier aligneraient leur contrôle sur celui qu'ils exercent plus généralement à l'égard des lois rétroactives. De fait, l'unique décision adoptée dans le cadre de cette nouvelle jurisprudence par la Haute instance mettant en cause une loi rétroactive ne permet pas de trancher ce point. Dans une affaire concernant les visites et saisies effectuées par les agents de l'administration fiscale sur le fondement des dispositions de l'article 16 B du LPF, le Conseil a été amené à vérifier qu'une disposition rétroactive mettant en place de nouvelles voies de recours contre l'ordonnance autorisant la visite domiciliaire, afin de mettre en conformité le droit français avec la Convention européenne des droits de l'homme²⁰³⁹, ne portait pas une atteinte excessive au principe de séparation des pouvoirs, dès lors que le nouveau dispositif était applicable aux instances en cours. Le reproche fait par les requérants à la loi nouvelle semblait quelque peu paradoxal. En effet, ces derniers estimaient que les dispositions en cause les privaient de l'espérance légitime qu'ils avaient d'obtenir l'annulation de la procédure de redressement dont ils faisaient l'objet sur le fondement de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme par laquelle leur avait été reconnue la possibilité de se plaindre de l'absence de voie de recours contre l'ordonnance autorisant la visite domiciliaire. Or, l'objet même de la loi était précisément d'organiser une telle procédure. En l'espèce, le Conseil a estimé que la loi rétroactive ne remettait en cause aucune situation légalement acquise, dès lors que le seul droit dont disposaient les requérants était celui de pouvoir bénéficier des garanties posées par les juges de Strasbourg. Il ne s'est donc pas prononcé sur l'adéquation de la rétroactivité au but d'intérêt général poursuivi par le législateur.

551. La protection des situations issues des contrats légalement conclus. Bien qu'elle présente un caractère spécifique par rapport à la précédente, la protection de la stabilité des relations contractuelles contre les changements de législation ultérieurs a néanmoins connu une évolution générale comparable. Le point de départ est, en effet, le même. Les situations contractuelles ont bénéficié d'une protection indirecte contre les changements de législation, opérés ou non avec effet rétroactif, suivant un raisonnement proche de celui développé dans le cadre de la jurisprudence des « garanties légales des exigences constitutionnelles ». Le point d'arrivée est également identique. Le législateur ne saurait remettre en cause, pour le passé comme pour l'avenir, les effets propres des contrats légalement conclus qu'à raison d'un motif d'intérêt général suffisant et à condition de ne pas porter atteinte à des droits et

²⁰³⁸ C.Const., déc. n° 2011-118 QPC, 8 avril 2011, préc., cons. 7 et 8, *Dr. adm.*, 2011, n° 6, p. 29, note F. HOFFMANN. Pour un ex. similaire, voir C.Const. déc. n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, préc., cons. 85 à 88.

²⁰³⁹ Les dispositions de l'art. 164-IV de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie (JORF n° 181 du 5 août 2008, p. 12471) faisaient suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement du droit à un recours effectif, faute pour la législation française d'avoir prévu une telle procédure (CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres c/ France*, req. n° 18497/03).

libertés à valeur constitutionnelle. En d'autres termes, le législateur ne peut, en principe, porter une atteinte rétroactive à l'économie des contrats en cours d'effet au moment de son intervention. Néanmoins, c'est un chemin spécifique que la protection temporelle des situations contractuelles a suivi, en ce qu'il est étroitement lié au processus de constitutionnalisation de la liberté contractuelle.

552. Le traitement spécifique des situations contractuelles s'explique par les principes particuliers qui les régissent, tels qu'ils résultent du dogme de l'autonomie de la volonté et des principes de la force obligatoire du contrat et de son effet relatif. En vertu de ces principes, les parties peuvent organiser, par elles-mêmes et pour elles-mêmes, des rapports juridiques qui vont s'inscrire dans la durée. Sur ce point, la doctrine privatiste avance souvent l'idée que le contrat constitue à la fois un acte de prévision et un instrument de diversification des situations juridiques²⁰⁴⁰, dont la pérennité doit être garantie dans le temps. En effet, les parties au contrat s'engagent mutuellement en considération de ce qu'elles peuvent attendre des obligations qu'elles ont elles-mêmes définies, autant que du cadre législatif dans lequel leur relation s'insère au moment de l'échange des consentements. Permettre au législateur de remettre en cause *ex post facto* ce qui a été convenu, c'est ruiner à la fois les prévisions des parties et méconnaître le pouvoir créateur de droit qui leur a été concédé. À ce premier élément, on peut ajouter un second. Les relations contractuelles se déroulent dans un « monde clos » que doivent respecter les tiers²⁰⁴¹, y compris le législateur. Ce n'est qu'en vue de protéger l'ordre public que ce dernier peut s'immiscer dans la sphère contractuelle. Aussi l'applicabilité de la loi nouvelle aux contrats antérieurement conclus est-elle en principe écartée en vertu du principe d'intangibilité des effets des contrats en cours²⁰⁴².

553. C'est suivant une logique similaire à la précédente que le Conseil constitutionnel a entendu assurer la protection de l'économie – c'est-à-dire des effets propres – des contrats et des « *conventions en cours conclues en application de dispositions législatives antérieures* »²⁰⁴³ contre les changements de législation ultérieurs. En principe, le législateur reste libre de modifier, d'abroger ou de compléter des dispositions qu'il a antérieurement prises en matière contractuelle. Le fait que la loi nouvelle entraîne des conséquences sur des contrats et des conventions en cours d'exécution au moment de son édicition n'est donc pas en lui-même constitutif d'une inconstitutionnalité²⁰⁴⁴. Toutefois, l'atteinte ainsi portée au maintien de l'économie des conventions et des contrats antérieurement conclus est susceptible d'être déclarée contraire à la Constitution si elle aboutit à compromettre, de manière excessive, l'exercice d'un droit ou d'une liberté à valeur constitutionnelle. Les effets des contrats conclus antérieurement à l'intervention de la loi nouvelle bénéficient d'une protection indirecte à travers l'obligation faite au législateur de ne pas remettre en cause les garanties précédemment accordées à un droit ou une liberté de rang constitutionnel, comme la libre administration des collectivités territoriales, la liberté d'enseignement, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété²⁰⁴⁵.

²⁰⁴⁰ Sur ce point, voir J. PETIT, thèse préc., p. 489, n° 993. Voir également, E.-L. BACH, art. préc., p. 461, n° 54 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 346, n° 70 et p. 391, n° 78.

²⁰⁴¹ Cf., respectivement, P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », fasc. préc., p. 15, n° 101 et, plus bas, p. 501, n° 633.

²⁰⁴² Sur cette question, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 637 et s., n° 803 et s., spéc. p. 641, n° 810 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 75, n° 49 ; J. PETIT, thèse préc., p. 483 et s., n° 982 et s.

²⁰⁴³ C.Const., déc. n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, préc., cons. 21 ; déc. n° 96-375 DC, 9 avril 1996, préc., cons. 8. Certains auteurs ont vu dans les premières formules adoptées par le Conseil constitutionnel une volonté de ce dernier de rattacher la protection des situations contractuelles à la jurisprudence relative aux « garanties légales des exigences constitutionnelles », en guise de « prélude » à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle (G. MOLLION, art. préc., p. 288).

²⁰⁴⁴ C.Const., déc. n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, préc., cons. 21.

²⁰⁴⁵ Cf., respectivement, C.Const., déc. n° 84-172 DC, 26 juillet 1984, *Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage*, cons. 21 et 22, Rec., p. 58, RDP, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU, D., 1985, IR, p. 360, obs. L. HAMON ; déc. n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, préc., cons. 24 à 26 ; déc. n° 85-189 DC, 17 juillet 1985, *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement*, cons. 11, Rec., p. 49, AIJC, p. 415, chr. B. GENEVOIS, RDP, 1986, n°

Ainsi formulée, la protection constitutionnelle accordée à la stabilité des relations contractuelles intéresse moins l'action dans le temps de la loi nouvelle que son incidence substantielle sur les situations juridiques existantes. Elle concerne donc indifféremment les lois remettant en cause, pour le passé comme pour l'avenir²⁰⁴⁶, l'économie des contrats antérieurement conclus. Or, l'application de la loi nouvelle aux contrats en cours peut signifier, dans certains cas, sa rétroactivité²⁰⁴⁷.

554. Sans se départir de la logique initiale, la jurisprudence constitutionnelle a progressivement « spécialisé » le fondement de la protection des effets propres des contrats contre les interventions du législateur en rattachant cette dernière au principe de la liberté contractuelle. Tout en lui déniait une valeur constitutionnelle²⁰⁴⁸, la Haute instance a d'abord estimé que la méconnaissance de la liberté contractuelle pouvait être invoquée dans la mesure où il était également contrevenu à d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis²⁰⁴⁹. Ensuite, elle a expressément conféré une valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, en tant que manifestation particulière de la liberté proclamée par l'article 4 de la Déclaration de 1789, ce qui l'a conduite à rattacher directement la protection temporelle des effets produits par les contrats légalement conclus à ce nouveau principe à valeur constitutionnelle²⁰⁵⁰.

À ce stade, une telle solution paraissait pour le moins surprenante. D'ordinaire, la liberté contractuelle concerne principalement la formation de l'accord de volontés, tandis que c'est le principe de la force obligatoire qui en gouverne les effets de l'engagement contractuel²⁰⁵¹. En remettant en cause les contrats en cours, le législateur porte directement atteinte au second, sans pour autant compromettre nécessairement la première. La modification des conditions d'exécution du contrat n'affecte pas *ipso facto* les conditions de sa formation²⁰⁵². Sans doute ne faut-il pas surestimer une telle dissociation, dès

2, p. 395, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, préc., cons. 21 et 22 ; déc. n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 27 à 30, Rec., p. 11, *AJDA*, 1991, p. 382, note P. WACHSMANN, *Pouvoirs*, 1991, n° 58, p. 57, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDC*, 1991, p. 293, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 26, Rec., p. 14, *BJDCP*, 1999, n° 7, p. 574, note J.-F. SESTIER, *D.*, 1994, SC, p. 285, obs. H. MAISL, *LPA*, 2 juin 1993, n° 66, p. 4, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Pouvoirs*, 1993, n° 66, p. 178, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDA*, 1993, n° 5, p. 902, note D. POUYAUD, *RFDC*, 1993, n° 14, p. 375 et p. 395, chr. L. FAVOREU, L. PHILIP, T. S. RENOUX et A. ROUX ; déc. n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, préc., cons. 20 et 38. Sur ces différents points, voir P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., p. 104, n° 109 ; G. MERLAND, thèse préc., p. 150 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 311, n° 496.

²⁰⁴⁶ J. PETIT, thèse préc., p. 495, n° 1004.

²⁰⁴⁷ Cf., respectivement, p. 67, n° 101 et p. 746, n° 964. Voir également, É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, req. n° 271.737 et 271.782, Rec., p. 116, *BJCP*, 2009, n° 65, p. 287, spéc. p. 292 ; P. TERNEYRE, « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1435, spéc. p. 1440.

²⁰⁴⁸ Après avoir évité, dans un premier temps de se prononcer sur la question (C.Const., déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, préc., cons. 21 ; déc. n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, préc., cons. 26), le Conseil constitutionnel a refusé de conférer une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle (C.Const., déc. n° 94-348 DC, 3 août 1994, préc., cons. 9 ; déc. n° 97-388 DC, 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, cons. 48, Rec., p. 31, *D.*, 1999, SC, p. 234, obs. L. FAVOREU et p. 236, obs. F. MLÉIN-SOUCRAMANIEN *Dr. soc.*, 1997, p. 476, note X. PRÉTOT, *JCP G*, 1997, I, 4039, note M. FABRE-MAGNAN, *LPA*, 30 avril 1997, n° 52, p. 5, note A. SAURET et 17 octobre 1997, n° 125, p. 13, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDC*, 1997, n° 30, p. 328, chr. L. FAVOREU et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *RTDCiv.*, 1998, n° 1, p. 99, note N. MOLFESSIS). Sur les différents fondements invoqués en vue d'une telle reconnaissance, voir P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., p. 55 et s., n° 58 et s. ; G. MERLAND, thèse préc., p. 153 ; J. PETIT, thèse préc., p. 494, n° 1002 ; T. RENOUX, art. préc., 365.

²⁰⁴⁹ C.Const., déc. n° 97-388 DC, 20 mars 1997, préc., cons. 46 à 48. Voir F. MODERNE, art. préc., p. 4 ; J. PETIT, thèse préc., p. 496, n° 1008 ; É. PICARD, art. préc., p. 652 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., pp. 333-334, n° 534.

²⁰⁵⁰ C.Const., déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, préc., cons. 29 ; déc. n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, préc., cons. 19 ; déc. n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, préc., cons. 42 ; déc. n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, préc., cons. 48. Cf., auparavant, la démonstration en ce sens d'É. PICARD, art. préc., p. 657.

²⁰⁵¹ Classiquement, la liberté contractuelle se décompose en une succession de libertés : liberté de contracter ou non, liberté de choisir le contenu du contrat ; liberté dans le choix du cocontractant. Voir, sur ce point, F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, préc., p. 608, n° 1079 ; F.-X. FORT, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », préc., p. 33 ; P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., pp. 25-30, n° 23 à 33 ; G. JÈZE, *Contrats administratifs*, t. I, préc., p. 18 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM, coll. Collectivités locales, 2002 ; J. MARTIN, thèse préc., p. 82, n° 160.

²⁰⁵² Cf., en ce sens, J. MARTIN, thèse préc., p. 74, n° 149.

lors que les deux principes sont étroitement liés. L'exécution du contrat constitue, en effet, la garantie de l'effectivité de l'engagement initialement conclu. Ainsi, il faut en déduire que le Conseil constitutionnel a conféré une portée particulièrement large à la liberté contractuelle en tant que principe à valeur constitutionnelle, puisqu'elle protégerait à la fois de « l'impulsion contractuelle » et « la pérennité contractuelle »²⁰⁵³. En d'autres termes, le principe d'intangibilité des effets des contrats en cours ne serait, en droit constitutionnel, que l'aspect temporel de la liberté contractuelle.

555. La jurisprudence ultérieure n'a que partiellement corroboré cette manière de concevoir la protection dans le temps accordée aux situations contractuelles. En effet, le Conseil constitutionnel a progressivement fait reposer l'interdiction adressée au législateur de porter atteinte aux contrats légalement conclus sur le jeu combiné des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789²⁰⁵⁴. Ce faisant, la Haute instance a entendu inscrire les termes de son contrôle des lois ayant une incidence sur l'économie des contrats en cours dans le cadre plus général découlant de l'activation contentieuse de la garantie des droits. Le fondement de la protection des contrats contre la loi ne repose donc plus uniquement sur la liberté contractuelle, ce qui est de nature à faire douter de l'utilité du rattachement de celle-là à celle-ci. En effet, la garantie des droits suffit, à elle seule, à assurer la sécurité juridiques des situations antérieurement constituées, indifféremment de leur nature, sans que la mise en jeu d'un autre principe à valeur constitutionnelle soit nécessaire. Il s'ensuit que la protection des situations contractuelles, du point de vue temporel, ne bénéficie vraisemblablement pas d'une réelle autonomie²⁰⁵⁵.

Si elle continue de reposer sur un double fondement, la protection constitutionnelle de la stabilité des situations contractuelles ne présente guère de différence, du point de vue du contrôle exercé, par rapport aux autres veines jurisprudentielles visant à encadrer les effets de la loi sur le passé.

556. Comme dans les autres domaines, le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois portant atteinte à l'économie des contrats légalement conclus s'est graduellement durci dans son contenu, comme dans ses modalités d'exercice.

Tout en se gardant de qualifier l'effet dans le temps de la loi nouvelle sur les contrats en cours d'effet, la Haute instance a d'abord soumis le législateur à l'obligation de ne pas porter gravement atteinte à l'économie des contrats en cours²⁰⁵⁶. La loi rétroactive ne peut être déclarée contraire à la Constitution que si elle provoque un bouleversement manifeste des rapports contractuels valablement formés sous l'empire de la loi ancienne. Ensuite, le Conseil a contraint le législateur à justifier d'un motif d'intérêt général chaque fois qu'il apporte une modification à l'économie des contrats antérieurement conclus²⁰⁵⁷. Enfin, le Conseil a renforcé cette exigence en estimant que l'intérêt général

²⁰⁵³ P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., p. 144, n° 150.

²⁰⁵⁴ C.Const., déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001 préc., cons. 27 ; déc. n° 2002-465 DC, 13 janvier 2003, préc., cons. 4 ; déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004, préc., cons. 93 ; déc. n° 2007-556 DC, 16 août 2007, préc., cons. 18 ; déc. n° 2008-568 DC, 7 août 2008, préc., cons. 18 ; déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, préc., cons. 13 ; déc. n° 2009-592 DC, 19 novembre 2009, préc., cons. 9 ; déc. n° 2011-141 QPC, 24 juin 2011, préc., cons. 5. Voir, notamment, A.-L. VALEMBOSIS, thèse préc., pp. 317-324, n° 508-517.

²⁰⁵⁵ Cf., dans le même sens, B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 96-385 DC, 30 décembre 1996, préc., *LPA*, 7 mars 1997, n° 29, p. 5, spéc. p. 6 ; F. MODERNE, art. préc., p. 8 ; J. PETIT, thèse préc., p. 496, n° 1005 ; D. TURPIN, art. préc., p. 77 et p. 80 ; A.-L. VALEMBOSIS, thèse préc., p. 325, n° 519.

²⁰⁵⁶ C.Const., déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, préc., cons. 29.

²⁰⁵⁷ C.Const., déc. n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, préc., cons. 19 ; déc. n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, préc., cons. 48 ; déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, préc., cons. 27 ; déc. n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 94, Rec., p. 49, *AJJC*, 2002, p. 617, chr. V. OGEIR-BERNAUD, *AJDA*, 2002, n° 18, p. 1163, note F. RENEAUD et 2003, n° 16, p. 820, note T. DI MANNO, p. 817, note F. LICHÈRE et A. VIALA et p. 825, note P. CASSIA, *D.*, 2002, n° 18, p. 1439, note B. MATHIEU et 2003, n° 17, p. 1129, note L. GAY et n° 23, p. 1507, note B. MATHIEU, *Dr. soc.*, n° 3, p. 244, note X. PRÉTOT, *JCP G*, 2002, n° 24, p. 1096, note C. FRANCK, *LPA*, 21 janvier 2002, n° 15, p. 3, note J.-É. SCHOETTL et 24 septembre 2002, n° 191,

invoqué par le législateur pour modifier les contrats en cours d'effet devait désormais revêtir un caractère « suffisant »²⁰⁵⁸. Au demeurant, l'exigence d'un intérêt général de nature à justifier l'immixtion de l'autorité normative dans la sphère contractuelle ne saurait surprendre, dès lors qu'il est généralement requis, en droit transitoire, des règles nouvelles qui affectent les contrats en cours qu'elles revêtent un caractère d'ordre public²⁰⁵⁹.

En revanche, le contrôle de proportionnalité exercé sur les lois affectant des situations contractuelles antérieurement nouées s'est progressivement distingué, dans son intensité, de celui portant sur les atteintes portées aux situations légalement acquises par la loi, pour se rapprocher davantage du contrôle généralement effectué sur les lois rétroactives.

Initialement, le Conseil constitutionnel s'en est tenu à un test de la disproportion manifeste entre l'atteinte portée aux situations contractuelles en cours et le motif d'intérêt général avancé pour la justifier. Ainsi a-t-il censuré une loi rétroactive remettant en cause le régime conventionné des habitations à loyer modéré détenues par les filiales de la Caisse des dépôts et consignations. En l'espèce, le législateur avait décidé de lui substituer un régime légal en vue de prévenir, notamment, la hausse des loyers. Or, il avait été prévu que celui-ci serait applicable aux contrats conclus au cours des six mois précédant l'intervention de la loi. Le Conseil a estimé que l'objectif à valeur constitutionnelle tenant à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ne pouvait justifier qu'une atteinte aussi grave soit portée à la stabilité des situations contractuelles antérieurement nouées²⁰⁶⁰.

Plus récemment, la jurisprudence constitutionnelle semble s'orienter vers un contrôle de stricte proportionnalité entre l'atteinte portée par le législateur aux situations contractuelles préexistantes et le but d'intérêt général poursuivi. En effet, la Haute instance entend désormais se référer à la notion d'« atteinte inconstitutionnelle » par préférence à celle d'« atteinte manifeste » pour sanctionner les immixtions du législateur dans la sphère contractuelle²⁰⁶¹. Toutefois, l'appréciation de ce changement

p. 15, note B. MATHIEU, *RFDC*, 2002, n° 50, p. 422, chr. L. GAY et p. 439, note V. LANISSON, *RTDH*, 2002, n° 51, p. 608, NOTE D. RIBES ET n° 52, p. 1083, note J.-P. FELDMAN.

²⁰⁵⁸ C.Const., déc. n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, préc., cons. 42 ; déc. n° 2002-465 DC, 13 janvier 2003, préc., cons. 4 ; déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004, préc., cons. 93 ; déc. n° 2007-556 DC, 16 août 2007, préc., cons. 18 ; déc. n° 2008-568 DC, 7 août 2008, préc., cons. 18 ; déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, préc., cons. 13 ; déc. n° 2009-592 DC, 19 novembre 2009, préc., cons. 9 ; déc. n° 2011-141 QPC, 24 juin 2011, préc., cons. 5.

²⁰⁵⁹ Sur ce point, cf., plus haut, p. 401, n° 506. ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 657, n° 831 ; P. LEVEL, thèse préc., p. 30 ; J. PETIT, thèse préc., p. 497, n° 1009 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 364, n° 75. Voir, par ex., CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, préc. ; Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, req. n° 271.737 et 271.782, Rec., p. 116, concl. É. GEFFRAY, *AJDA*, 2009, n° 20, p. 1090, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI et n° 32, p. 1747, étude S. NICINSKI, *BJCL*, 2009, n° 9, p. 586, F. PELLERIN et L. OLLÉON, *BJCP*, 2009, n° 65, p. 287 et *RFDA*, 2009, n° 3, p. 449, concl. É. GEFFRAY, *CMP*, 2009, n° 5, p. 27, note G. ECKERT, *Dr. adm.*, 2009, n° 6, p. 23, note F. MELLERAY, *Gaz. Pal.*, 18 août 2009, n° 230, p. 14, note M. MOLINET-DUBOST, *JCP A*, 2009, n° 25, p. 29, note F. LINDITCH et n° 27, p. 35, note B. BONNET, *RJEP*, 2009, n° 668, p. 19, note B. PLESSIX, *RLCT*, 2009, n° 50, p. 38, note E. GLASER, *RTDCiv.*, 2010, n° 1, p. 58, note P. DEUMIER. Comme le montre très bien un auteur, la notion d'ordre public comporte un aspect principalement négatif, tandis que celle d'intérêt général a une dimension plus positive. La première sert à justifier des interdictions faites aux personnes privées au nom d'un intérêt supérieur, alors que la seconde légitime l'action de la personne publique sur le fondement d'un intérêt prééminent (P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., pp. 241-242, n° 275 ; cf., dans le même sens, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 147, n° 83 ; J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, 1984, p. 77, spéc. p. 88 ; É. GEFFRAY, concl. préc., pp. 290-291).

²⁰⁶⁰ C.Const., déc. n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, préc., cons. 48 à 51. À l'inverse, une modification du cadre légal des conventions d'HLM valant seulement pour l'avenir n'a pas été jugée comme étant constitutive d'une atteinte inconstitutionnelle aux art. 4 et 16 de la Déclaration de 1789 (C.Const., déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, préc., cons. 14). Pour d'autres ex., voir C.Const., déc. n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002, préc., cons. 54 ; déc. n° 2008-568 DC, 7 août 2008, préc., cons. 19-20 (sol. impl.) ; déc. n° 2009-592 DC, 19 novembre 2009, préc., cons. 11. Sur ce point, voir G. MERLAND, thèse préc., pp. 155-156 ; J. PETIT, thèse préc., p. 497, n° 1010 et p. 500, n° 1014.

²⁰⁶¹ C.Const., déc. n° 2002-465 DC, 13 janvier 2003, préc., cons. 11 ; déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004, préc., cons. 94 ; déc. n° 2007-556 DC, 16 août 2007, préc., cons. 18 ; déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, préc., cons. 14. Sur ce point, cf. P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., p. 243, n° 276.

reste incertaine, dès lors qu'il n'a pas été suivi de censures prononcées par le Conseil pour simple inadéquation du moyen employé – l'application de la loi aux contrats antérieurement conclu – pour parvenir au but d'intérêt général poursuivi, non plus que pour défaut de nécessité de la mesure en cause. Ainsi, l'alternative entre un réel approfondissement du contrôle et un changement d'ordre purement terminologique demeure ouverte. Si la première branche de l'alternative devait se confirmer, cela signifierait que le Conseil aurait procédé à l'alignement du contrôle exercé sur les lois modifiant substantiellement les situations contractuelle sur celui mis en œuvre à l'égard des lois rétroactives.

557. Conclusion du II. Au terme de cette évolution, le contrôle de constitutionnalité des lois rétroactivité revêt deux traits principaux. D'une part, le Conseil constitutionnel a imposé au législateur le respect de la plupart des implications du principe de sécurité juridique, tout en se gardant de le reconnaître explicitement comme principe à valeur constitutionnelle. Comme le relève un auteur, le principe de sécurité juridique a servi de « principe matriciel »²⁰⁶² à la reconnaissance de bornes constitutionnelles à la rétroactivité de la loi. D'autre part, l'encadrement jurisprudentiel des lois rétroactives, initialement segmenté et sélectif, repose désormais sur une architecture générale. Le rattachement du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives, dans son ensemble, à la garantie des droits conforte la logique qui a toujours été la sienne. Il ne s'agit pas de parvenir à une interdiction de principe de la rétroactivité de la loi mais de poser de « garde-fous » à l'exercice du pouvoir détenu par le législateur en la matière. Dans ce cadre, la non-rétroactivité se présente comme un principe « sentinelle »²⁰⁶³, garant des principes et règles à valeur constitutionnelle.

Ainsi, le renforcement du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives n'a pas signifié la multiplication des obstacles à la rétroactivité de la loi. En dehors de la matière pénale, seules les situations découlant d'une décision passée en force de chose jugée bénéficie d'une protection contre la rétroactivité de la loi. Pour les autres, il est seulement fait obligation au législateur de justifier scrupuleusement son emploi.

Parallèlement au développement d'un contentieux constitutionnel des lois rétroactives, le contrôle de conventionnalité fait peser des contraintes, de plus en plus lourdes, sur le législateur lorsqu'il entend remettre en cause le passé des situations juridiques qui relèvent du droit de l'Union européenne ou qui sont protégées par le droit européen des droits de l'homme.

²⁰⁶² B. MATHIEU, « Table ronde Constitution et sécurité juridique : France », préc., p. 156. Voir également, B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chr., p. 211.

²⁰⁶³ B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., p. 93.

III – L'APPROFONDISSEMENT DE L'ENCADREMENT EUROPEEN DES LOIS RETROACTIVES

558. La jurisprudence des Cours européennes témoigne d'une préoccupation particulière à l'égard de la stabilité des situations juridiques. La Cour européenne des droits de l'homme fait expressément référence au principe de sécurité juridique, qu'elle rattache au principe fondamental de la prééminence du droit²⁰⁶⁴. De son côté, la Cour de Justice considère également que le principe de sécurité juridique est « consubstantiel » à l'ordre juridique de l'Union européenne²⁰⁶⁵ et l'a érigé en principe général du droit. Cependant, ni l'une ni l'autre n'ont déduit de ce principe une prohibition générale de la rétroactivité de la loi nationale non répressive²⁰⁶⁶. Comme on a eu l'occasion de le souligner plus tôt, seule la rétroactivité de la loi pénale plus sévère est expressément prohibée par les deux systèmes juridiques.

S'il ne s'oppose pas, en principe, à la rétroactivité de la loi, le droit européen tend à en limiter l'utilisation. Dans la mesure où la rétroactivité prescrite par le législateur national est susceptible de compromettre l'effectivité des droits accordés au citoyen par les textes institutifs, dont il appartient aux juges européens d'assurer le respect, ceux-ci sont venus imposer des limites à celles-là. Toutefois, les juges de Luxembourg et de Strasbourg n'ont pas adopté la même approche pour encadrer la rétroactivité de la loi non répressive. Tandis que la jurisprudence de la Cour de Justice s'appuie principalement sur les principes très généraux de sécurité juridique et d'application uniforme et effective du droit de l'Union européenne, celle de la Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur des droits spécifiques pour poser des bornes à l'action du législateur sur les situations juridiques préexistantes. La première intéresse donc directement les effets sur le passé de la loi, alors que la seconde ne les affectent qu'indirectement, à travers la protection des situations procédurales et substantielles contre l'ingérence de l'État.

On ne saurait néanmoins surestimer cette différence d'approche. De fait, le développement d'une protection des droits fondamentaux par la Cour de Justice, confortée par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui s'inspire directement du système de la Convention européenne des droits de l'homme, est de nature à conduire à un recoupement partiel des deux contrôles exercés sur les lois rétroactives²⁰⁶⁷.

Dans leurs champs d'application respectifs, le droit de l'Union européen (A) et le droit européen des droits de l'homme (B) conditionnent l'exercice du pouvoir législatif de rétroactivité au respect des principes et droits qu'ils consacrent. C'est à travers le contrôle de conventionnalité que les juridictions françaises ont relayé les exigences posées par l'un et l'autre. Au fur et à mesure de l'essor du contrôle de conventionnalité, le juge français a accepté d'écarter une loi rétroactive contraire au droit de l'Union européenne ou aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. L'évolution de

²⁰⁶⁴ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74, § 58, série A, n° 31, *GACEDH* n° 49. Voir également, Conseil d'État, rapp. préc., p. 286 ; B. PACTEAU, art. préc., p. 153 ; F. POLLAUD-DULIAN, p. 493 ; M. de SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n° 11, p. 93 ; D. J. M. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, art. préc., p. 89.

²⁰⁶⁵ CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni & Co. et autres c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. jointes 14, 16, 17, 20, 24, 26 et 27/60 et 1/61, Rec., p. 321 ; 6 avril 1962, *Bosch*, aff. 13/61, Rec., p. 89. Voir également, Conseil d'État, rapp. préc., p. 284 ; B. PACTEAU, art. préc., p. 152 ; F. POLLAUD-DULIAN, art. préc., p. 491 ; D. J. M. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, art. préc., p. 92.

²⁰⁶⁶ Cf., en ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, art. préc., p. 494.

²⁰⁶⁷ Cf., par ex., en matière de protection du droit au respect de ses biens, CJCE, 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli c/ Venezia Julia et ERSA*, aff. C-347/03, Rec., I, p. 3785, pt. 120 et s.

la jurisprudence en la matière montre un approfondissement du contrôle de conventionnalité sur les lois rétroactives.

A/ L'encadrement des lois rétroactives par le droit de l'Union européenne

559. Dans son champ d'application, le droit de l'Union européenne s'impose à l'ensemble des autorités nationales, y compris le législateur. Il est, en effet, reconnu au premier une valeur supérieure à la loi en droit interne, qu'il s'agisse du droit originaire, du droit dérivé ou encore des principes généraux du droit²⁰⁶⁸. Par suite, la rétroactivité prescrite par le législateur national ne doit pas heurter les règles et principes tirés du droit de l'Union européenne. Toutefois, les contraintes européennes pesant sur la loi nationale rétroactive diffèrent selon que cette dernière a été édictée ou non en vue d'assurer la mise en œuvre du droit de l'Union européenne.

Dans une première situation, la loi rétroactive intervient en exécution du droit de l'Union européenne. C'est le cas, par exemple, lorsque cette voie est choisie pour assurer la transposition d'une directive européenne²⁰⁶⁹. Le législateur national peut recourir à la rétroactivité afin de se conformer aux obligations qui découlent de son engagement européen, à condition toutefois de respecter les principes généraux de sécurité juridique et de confiance légitime (1).

Dans une seconde situation, la loi rétroactive intervient dans une matière régie dans le droit de l'Union européenne, sans pour autant avoir été édictée pour son exécution. La compatibilité de la rétroactivité prescrite par le législateur national avec le droit de l'Union européenne est alors soumise à l'exigence de ne pas créer ou maintenir, par son effet, une situation juridique qui compromette son efficacité (2).

1°) La soumission de la loi rétroactive adoptée en exécution du droit de l'Union européenne aux principes généraux du droit

560. Au titre de sa fonction d'exécution du droit de l'Union européenne, le législateur national dispose d'une certaine autonomie pour définir les modalités d'adoption et de mise en œuvre des mesures nécessaires, sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte à l'application uniforme et effective du droit de l'Union européenne, non plus qu'à un principe général du droit. Il n'appartient pas, en effet, au juge européen de se prononcer sur l'application dans le temps des mesures nationales prises pour l'exécution du droit de l'Union européenne. Aussi le recours à la rétroactivité par le législateur national en vue de se conformer aux obligations découlant de l'engagement européen de l'État membre n'est-il pas, en lui-même, incompatible avec le droit de l'Union européenne. Comme on l'a vu plus tôt, tel peut être le cas en matière de transposition des directives européennes ou lorsqu'il s'agit de conférer son plein effet à une disposition des traités déclarée d'effet direct²⁰⁷⁰.

La rétroactivité de la loi nécessaire à l'exécution du droit de l'Union européenne ne saurait cependant porter atteinte aux principes généraux du droit communautaire et, en particulier, à ceux de sécurité juridique (a) et de confiance légitime (b).

²⁰⁶⁸ Sur ce point, voir, plus haut, p. 161, note 714.

²⁰⁶⁹ Sur la notion d'exécution du droit de l'Union européenne, voir J. SIRINELLI, thèse préc., pp. 8-9, n° 11.

²⁰⁷⁰ Sur ces différents points, voir, plus haut, p. 164 et s., n° 220 et s.

a - Le respect du principe de sécurité juridique

561. Le principe de sécurité juridique est « consubstantiel » à l'ordre juridique de l'Union européenne. À ce titre, il fait partie des principes structurants du droit européen. La Cour de Justice a consacré le principe de sécurité juridique à l'occasion de ses toutes premières décisions²⁰⁷¹, lui conférant, à cette occasion, une portée générale. En droit de l'Union européenne, ce principe comporte deux facettes, traditionnelles, que sont l'exigence de qualité du droit et celle de sa prévisibilité²⁰⁷². Dans son second versant, le principe de sécurité juridique implique, notamment, la stabilité du droit applicable. Afin de garantir cette dernière, la Cour de Justice a consacré un principe de non-rétroactivité auquel les autorités européennes sont elles-mêmes indubitablement soumises dans leur action normative. Dès 1957, l'avocat général M. Lagrange se référait au principe de non-rétroactivité « *des actes de caractère réglementaire ou législatif* »²⁰⁷³. Ce n'est pourtant que dans les années 1960 que la Cour de Justice s'est expressément prononcée sur la rétroactivité des règlements communautaires²⁰⁷⁴ pour dégager un principe de non-rétroactivité, par référence au principe de sécurité juridique²⁰⁷⁵, auquel elle a conféré une portée générale²⁰⁷⁶. Toutefois, la valeur du principe de non-rétroactivité a pu varier selon les époques, et les matières, si bien que ce n'est que depuis peu que son respect s'impose, de manière générale, aux autorités nationales agissant en tant qu'organe d'application du droit de l'Union européenne. En tout état de cause, la portée du principe de non-rétroactivité demeure relative, ce qui laisse aux autorités nationales la faculté de recourir à la rétroactivité lorsque la nécessité d'assurer le plein effet des normes européennes le justifie.

562. Dans la matière pénale, il ne fait aucun doute que le principe de non-rétroactivité a valeur principe général du droit communautaire, tout comme celui de la rétroactivité *in mitius*²⁰⁷⁷. En dehors de la matière pénale, la portée du principe de non-rétroactivité a été plus incertaine. En tant qu'il dérive du principe de sécurité juridique, le principe de non-rétroactivité ne dispose pas, hors la matière pénale, d'un fondement autonome en droit de l'Union européenne. De fait, sa valeur a été longtemps discutée en doctrine. Certains auteurs considéraient, de manière quelque peu contestable, qu'en l'absence de consécration expresse par la Cour de Justice en tant que principe autonome, le principe de non-rétroactivité ne ferait pas partie des principes généraux du droit de l'Union européenne et ne serait qu'un

²⁰⁷¹ CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni & Co. et autres c/ Haute Autorité de la CECA*, préc. ; 6 avril 1962, *Bosch*, préc.

²⁰⁷² Sur ce point, cf., plus haut, pp. 395-396, n° 497. Voir également, F. DONNAT, « Stabilité des situations juridiques : la jurisprudence du Conseil d'État vue dans le prisme de celle de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de D. LABETOUILLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 281 ; J.-P. PUISSOCHET et H. LEGAL, art. préc., p. 101.

²⁰⁷³ M. LANGRANGE, concl. sur CJCE, 12 juillet 1957, *Algera*, aff. jointes 7/56 et 3 à 7/57, Rec., p. 81.

²⁰⁷⁴ CJCE, arrêt du 9 juin 1964, *Capitaine*, aff. 69/63, Rec., p. 471 ; 7 juillet 1964, *Van Nuffel*, aff. 93/63, Rec., p. 959 ; 9 décembre 1965, *Maison Singer et fils*, aff. 44/65, Rec., p. 1191 (règlements du Conseil) ; 24 novembre 1971, *Kurt Siemers*, aff. dite "Mayonnaise", aff. 30/71, Rec., p. 929, att. 8 ; 15 décembre 1971, *Gervais-Danone*, aff. dite "Mayonnaise", aff. 77/71, Rec., p. 1127, att. 8 (règlements de la Commission).

²⁰⁷⁵ Cf., suivant une jurisprudence constante, CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, préc. ; 25 janvier 1979, *Racke*, aff. 98/78, Rec., p. 69, att. 20 ; du même jour, *Decker*, aff. 99/78, Rec., p. 101, att. 8 ; 16 février 1982, *Rumi c/ Commission*, aff. 258/80, Rec. p. 487, pt. 11 ; 30 septembre 1982, *SA Roquette Frères*, aff. dite "Isoglucose", aff. 110/81, Rec., p. 3159, pt. 5 ; 9 janvier 1990, *SAFA*, aff. C-337/88, Rec., I, p. 1, pt. 13 ; 22 novembre 2001, *Pays-Bas c/ Conseil*, aff. C-110/97, Rec., I, p. 8763, pt. 151 ; 18 avril 2002, *Duchon*, aff. C-290/00, Rec., I, p. 3598, pt. 21.

²⁰⁷⁶ Tous les actes de l'Union européenne quelle que soit leur nature ou leur valeur sont soumis au respect du principe de non-rétroactivité (CJCE, 25 janvier 1979, *Racke et Decker*, préc. ; 30 septembre 1982, *SA Roquette Frères*, préc.).

²⁰⁷⁷ Cf., respectivement, CJCE, 10 juillet 1984, *Kirk*, aff. 63/83, Rec., p. 2689, pt. 22 ; 3 mai 2005, *Berlusconi et autres*, préc. Ces principes figurent également à l'art. 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

élément du principe de sécurité juridique²⁰⁷⁸. À l'inverse, une autre partie de la doctrine admettait sa consécration en tant que principe général, tout en concédant qu'elle demeurerait implicite en jurisprudence²⁰⁷⁹. Sans se prononcer sur la question de son autonomie par rapport au principe de sécurité juridique, la Cour de Justice est venue récemment renforcer le statut du principe de non-rétroactivité, hors la matière pénale, en le rangeant explicitement parmi les principes généraux du droit de l'Union européenne²⁰⁸⁰. En droit interne, le principe de non-rétroactivité dispose désormais, quel que soit le domaine, d'une valeur supérieure à la loi²⁰⁸¹.

L'élévation incontestable au rang de principe général du droit du principe de non-rétroactivité n'est pas sans incidence sur sa portée à l'égard des autorités nationales en charge de l'exécution du droit de l'Union européenne.

563. Comme à l'égard des institutions européennes, la portée du principe de non-rétroactivité à l'égard des autorités nationales faisant application du droit de l'Union européenne est double. De la même façon qu'en droit français, la non-rétroactivité constitue à la fois une directive d'interprétation adressée aux organes d'application du droit, en même temps qu'une règle gouvernant l'action dans le temps de la norme juridique.

564. D'abord, le principe de non-rétroactivité s'impose, de manière générale, comme directive d'interprétation du droit de l'Union européenne. En tant que telle, la règle de non-rétroactivité recouvre deux aspects, comme en droit français. D'un côté, elle pose une absence de présomption de la rétroactivité d'un texte. De l'autre, elle implique l'interprétation stricte des dispositions expressément rétroactives.

En premier lieu, la rétroactivité d'un texte ne se présume pas. Dans le silence de l'autorité normative sur la portée dans le temps du texte européen, il appartient aux autorités nationales de l'interpréter dans le sens de la non-rétroactivité. En l'absence de dispositions contraires formellement exprimées, les actes édictés par les institutions européennes ne rétroagissent pas²⁰⁸², que leur application

²⁰⁷⁸ G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, préc., p. 253 ; R. MOULIN, art. préc., p. 259 ; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, préc., p. 422, n° 225 ; P. TAVERNIER *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, préc., pp. 125-126.

²⁰⁷⁹ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 601, n° 798 ; J. ROUX, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Lexis-Nexis, Litec, coll. Objectif Droit, 3^e éd., 2010, p. 224, n° 344. Cf., par ex., CJCE, 15 juillet 2004, *Gereken et Procola*, aff. C-459/02, Rec., I, p. 7315, pt. 21 ; 28 novembre 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-414/04, Rec., I, p. 11279, pt. 51.

²⁰⁸⁰ CJCE, 4 juillet 2006, *Adeneler et autres*, aff. C- 212/04, Rec., I, p. 6057, pt. 110 ; 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, Rec., I, p. 2483, pt. 100 ; CJUE, 23 avril 2009, *Angelidaki et autres*, aff. jointes C- 378 à 380/07, Rec., I, p. 3071, pt. 199 ; cf., dans le même sens, P. MENGOZZI, concl. sur CJCE, 23 mai 2007, *Laval*, aff. C-341/05, Rec., I, p. 11767, pt. 141.

²⁰⁸¹ CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, préc. Sur cette question, voir J. SIRINELLI, thèse préc., p. 51, n° 55.

²⁰⁸² R.-J. COLOMER, concl. sur CJCE, 5 juillet 2004, *Pearle et autres*, aff. C- 345/02, Rec. I, p. 7139, pt. 91. Dans un premier temps, la CJCE estimait qu'en l'absence de disposition contraire formellement exprimée, les actes de l'Union européenne ne rétroagissent pas (CJCE, 24 novembre 1971, *Kurt Siemers*, préc., att. 8 ; 21 mars 1972, *SAIL*, aff. 82/71, Rec., p. 119, att. 15 ; cf. également J.-P. WARNER, concl. sur CJCE, 7 juillet 1976, *Société IRCA*, aff. 7/76, Rec., p. 1213, spéc. p. 1238 ; cf., dans le même sens, Cass. crim., 10 novembre 1970, *Von Saldern et autres*, pourv. n° 70-90.044, Bull. Crim., n° 293, p. 708 ; 29 novembre 1973, *Bechard c/ Administration des Impôts*, pourv. n° 72-90.786, Bull. Crim., n° 835, p. 1079 ; 9 janvier 1974, *Chef de Centre des Services Fiscaux de la Gironde*, pourv. n° 73-90.789, Bull. Crim., n° 13, p. 32 ; 3 mai 1974, *Ramel*, pourv. n° 73-92.289, Bull. Crim., n° 57, p. 402). Elle a, par la suite, assoupli sa position en considérant que un tel effet devait leur être attribué s'il ressortait clairement de leurs termes, de leur finalité ou de leur économie (CJCE, 5 mai 1977, *Jansen*, aff. 104/76, Rec., p. 829, pt. 7 ; 12 novembre 1981, *Salumi*, aff. jointes 212 à 217/80, Rec., p. 2735, pt. 12 ; 10 février 1982, *Ministère public c/ Bout*, aff. 21/81, Rec., p. 381, pts. 13 à 15 ; 29 janvier 1985, *Duisburg*, aff. 234/83, Rec., p. 327, pt. 20 ; 15 juillet 1993, *GruSa Fleisch*, aff. C-34/92, Rec., I, p. 4147, pt. 22 ; 29 janvier 2002, *Pokrzeptowicz-Meyer*, aff. C- 162/00, Rec. I, p. 1049, pt. 49 ; 7 février 2002, *Kauer*, aff. C-28/00, Rec., I, p. 1343, pt. 20 ; 11 décembre 2008, *Commission c/ Freistaat Sachsen*, aff. C- 334/07 P, Rec., I, p. 9465, pt. 44). Voir F.

comporte des effets favorables ou défavorables pour leurs destinataires²⁰⁸³. Ainsi, la loi nationale faisant application du droit de l'Union européenne ne saurait être interprétée de telle manière à faire rétroagir le texte européen.

Cette directive signifie également que la loi nationale ne saurait être interprétée dans le sens de la rétroactivité en vue de satisfaire aux exigences d'un texte européen. Par exemple, une loi de transposition d'une directive européenne ne peut être interprétée comme prenant rétroactivement effet à compter de l'expiration du délai de transposition, en l'absence de dispositions expresse en ce sens²⁰⁸⁴. En d'autres termes, le principe d'interprétation du droit national conformément au droit de l'Union européenne connaît une limite dans le respect du principe de non-rétroactivité. L'autorité nationale ne saurait s'en prévaloir pour se livrer à une interprétation *contra legem* du droit national²⁰⁸⁵.

En second lieu, les dispositions expressément rétroactives sont d'interprétation stricte, dès lors qu'elles font exception à la règle de non-rétroactivité. Même si un effet rétroactif a été conféré à un texte de l'Union européenne, ce dernier ne saurait être interprété comme faisant obligation aux États membres de prendre des mesures contraires au principe général de non-rétroactivité des dispositions pénales²⁰⁸⁶. Ainsi la loi nationale faisant application du texte européen est-elle présumée ne pas produire des conséquences répressives qui seraient défavorables aux sujets du droit de l'Union européenne. C'est dire que les mesures nationales d'exécution du droit de européen dotées d'un effet rétroactif doivent être interprétées conformément au principe de non-rétroactivité de la règle répressive de fond.

565. Ensuite, le principe de non-rétroactivité constitue une règle gouvernant les effets dans le temps des actes de l'Union européenne. Il est fait interdiction aux institutions de fixer le point de départ des effets de l'acte juridique à une date antérieure à celle de sa publication et, par là, de porter atteinte aux situation antérieurement constituées²⁰⁸⁷. De la même manière qu'en droit interne, le principe de non-rétroactivité ne dispose pas d'une valeur absolue et peut être écarté en présence d'un motif d'intérêt général et dans le respect du principe de confiance légitime²⁰⁸⁸.

LAMOUREUX, « The retroactivity of Community acts in the case law of the Court of Justice », préc., p. 287 ; P. TAVERNIER, « Le juge communautaire et l'application dans le temps des règlements CEE », *AFDI*, Vol. XXII, 1976, p. 169, spéc. pp. 180-182.

²⁰⁸³ CJCE, 29 janvier 1985, *Duisburg*, préc., pt. 20. Comme en droit interne, il existe néanmoins une forme de tolérance de la jurisprudence envers les actes rétroactifs favorables à leurs destinataires (CJCE, 15 juillet 1964, *J.G. van der Veen*, aff. 100/63, Rec., p. 1105 ; 22 avril 1997, *Road Air*, aff. C-310/95, Rec., I, p. 2229, pts. 46 et 47).

²⁰⁸⁴ CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, préc., pts. 98 à 103.

²⁰⁸⁵ Outre les références déjà citées, voir, auparavant, CJCE, 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, aff. 80/86, Rec., p. 3969, pt. 13.

²⁰⁸⁶ CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa et autres*, aff. C-331/88, Rec., I, p. 4023, pt. 41.

²⁰⁸⁷ Comme le relève l'avocat général G. Cosmas, « l'effet rétroactif consiste en l'application de la règle à des situations qui étaient définitivement fixées avant son entrée en vigueur » (G. COSMAS, concl. sur CJCE, 15 juin 1999, *Andersson*, aff. C-321/97, Rec., I, p. 3551, pt. 57 et 29 juin 1999, *Butterfly Music*, aff. C-60/98, Rec., I, p. 3939, pt. 25, note 16). Sur le critère de l'antériorité des effets de l'acte par rapport à sa publication, voir CJCE, 7 juillet 1964, *Van Nuffel*, préc. ; 9 décembre 1965, *Maison Singer et fils*, préc. ; 24 novembre 1971, *Kurt Siemers*, préc., att. 8 ; 15 décembre 1971, *Gervais-Danone*, préc., att. 2. Sur cette question, cf., F. DONNAT, art. préc. p. 285 ; G. ISAAC, « L'entrée en vigueur et l'application dans le temps du droit communautaire », in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 697 ; M. LAGRANGE, concl. sur CJCE, 12 juillet 1957, *Algera*, préc. ; F. LAMOUREUX, art. préc., p. 270 ; M. A. LETEMENDIA, « La rétroactivité en droit communautaire », *Cah. dr. eur.*, 1977, n° 5-6, p. 518 ; P. TAVERNIER, art. préc., p. 172.

²⁰⁸⁸ CJCE, 25 janvier 1979, *Racke et Decker*, préc. ; 30 septembre 1982, *SA Roquette Frères*, préc. ; CE, 16 novembre 2005, *Société métallurgique du Rhin*, préc. La condition tenant au but de la mesure répond à une exigence de stricte motivation des actes de l'Union européenne, telle qu'elle découle de l'art. 253 (ex-190) du traité CE, et requiert de l'auteur de l'acte qu'il démontre l'existence d'un intérêt général (CJCE, 11 février 1971, *Rewe-Zentrale*, préc., att. 13 à 16 ; 19 mai 1982, *Staple Dairy Products Limited*, aff. 84/81, Rec., p. 1763, att. 13 et 14 ; 9 janvier 1990, *SAFA*, préc., att. 16 ; 13 novembre 1990, *Fedesa et autres*, préc., pt. 48 ; 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, Rec., I, p. 415, pt. 54 ; 2 octobre 1997, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-259/95, Rec., I, p. 5303, pt. 22 ; 20 novembre 1997, *Moskof*, préc. pt. 78 ; 26 mars 1998, *Petridi*, aff. C-324/96, Rec., I, p. 1333, pt. 54).

Tant que les incertitudes sur sa valeur n'étaient pas levées, le principe de non-rétroactivité ne s'imposait aux autorités nationales qu'en tant que directive d'interprétation pour la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Comme on l'a rappelé plus tôt, la Cour de Justice n'entendait pas se prononcer sur l'application dans le temps des mesures nationales prises en exécution du droit de l'Union européenne. Toutefois, la consécration explicite du principe de non-rétroactivité en tant que principe général du droit de l'Union européenne amène à reconsidérer cette manière de voir.

En effet, dans l'accomplissement de leur mission de mise en œuvre du droit de l'Union européenne, les autorités nationales ne doivent pas porter atteinte aux principes généraux du droit. Il faut donc en déduire que les autorités nationales sont désormais soumises au principe général de non-rétroactivité dans sa dimension normative. Du reste, il en allait déjà ainsi en matière pénale. On ne saurait toutefois surestimer la portée de cette nouvelle contrainte. Le principe de non-rétroactivité étant relatif en droit de l'Union européenne, les autorités nationales pourront l'écarter si elles satisfont aux conditions posées par la jurisprudence européenne.

En revanche, on peut s'interroger sur le point de savoir si ces conditions sont aussi strictes pour les autorités nationales qu'elles le sont pour les autorités européennes elles-mêmes dans leur action normative, en raison du jeu du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale. Quant au but d'intérêt général poursuivi par la mesure rétroactive, il paraît raisonnable de considérer que cette exigence sera, le plus souvent, satisfaite, l'effet rétroactif prescrit par le législateur étant destiné à assurer l'application effective et uniforme du droit de l'Union européenne²⁰⁸⁹.

L'appréciation du respect par l'autorité nationale de la confiance légitime des intéressés paraît moins évidente.

b - Le respect du principe de confiance légitime

566. On ne saurait totalement dissocier le principe de confiance légitime du principe de sécurité juridique, dont il constitue un corollaire. À la conception objective du second répond l'approche subjective du premier²⁰⁹⁰. Ce principe, tiré du droit allemand²⁰⁹¹, veut qu'une personne qui a pu prendre des engagements économiques irrévocables vis-à-vis de tiers, en faisant confiance à la réglementation existante, ensuite modifiée, puisse bénéficier d'une protection sur la base du principe de confiance légitime. En ce sens, la notion de confiance légitime implique notamment, mais pas seulement, la non-rétroactivité de la règle nouvelle²⁰⁹².

Contrairement au principe de non-rétroactivité *stricto sensu*, la confiance légitime dispose indubitablement d'un fondement autonome en droit de l'Union européenne. La Cour de Justice l'a, très

²⁰⁸⁹ Cf., par analogie, CJCE, 2 octobre 1997, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-259/95, Rec., I, p. 5303, pt. 22.

²⁰⁹⁰ S. CALMES, thèse préc., p. 103 ; M. FROMONT, art. préc., p. 179 ; J.-P. PUISSOCHET, « Vous avez dit confiance légitime ? (Le principe de confiance légitime en droit communautaire) », préc., p. 586 ; J.-P. PUISSOCHET et H. LEGAL, art. préc., p. 103 ; P. TAVERNIER, art. préc., p. 194 et s.

²⁰⁹¹ S. CALMES, thèse préc., pp. 6-31 ; M. FROMONT, art. préc., p. 582 ; F. MODERNE, « À la recherche d'un fondement constitutionnel du principe de la confiance légitime. Du droit communautaire au droit interne », préc., pp. 596-598 ; G. GRASMAN, « La constitutionnalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande : règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l'intérêt public », *RIDC*, 1989, n° 4, p. 1019 ; O. PFERSMANN, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA*, 2000, n° 2, p. 236. Cf. CJCE, 13 décembre 1967, *Neumann*, aff. 17/67, Rec., p. 571.

²⁰⁹² CJCE, 11 juillet 1991, *Crispoltoni*, aff. C-368/89, Rec., I, p. 3695, pts. 17 à 21. Elle concerne également l'effet immédiat de la règle nouvelle (cf., sur ce point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 698, n° 888).

tôt, élevée au rang de principe général du droit²⁰⁹³, ce qui en fait davantage qu'une simple composante du principe de sécurité juridique. En tant que principe général du droit de l'Union européenne, la notion de confiance légitime joue un rôle important dans l'appréciation de la légitimité du recours à la rétroactivité par les institutions européennes. Aussi les normes européennes ne sauraient-elles valablement rétroagir sans respecter la confiance légitime des intéressés²⁰⁹⁴. Selon un auteur, « *le fait que la Cour prendra en compte une confiance légitime ou un intérêt privé digne de protection apparaît a priori constituer une barrière importante à la rétroactivité* »²⁰⁹⁵. En effet, on sait que le contrôle juridictionnel de l'intérêt général justifiant la rétroactivité des normes européennes se durcit en cas d'atteinte portée aux principes généraux du droit de l'Union européenne. Lorsque l'un d'entre eux est affecté, seul un intérêt public péremptoire est susceptible de justifier l'entrée en vigueur anticipée de la norme européenne²⁰⁹⁶. Il en va ainsi particulièrement lorsque la confiance légitime des intéressés est remise en cause²⁰⁹⁷, ce qui est de nature à limiter fortement la marge des institutions européennes en matière de rétroactivité.

567. Le principe de confiance légitime est marqué par l'idée d'équité²⁰⁹⁸ et comporte deux éléments liés d'une part, au comportement de celui qui invoque la protection, et d'autre part, au comportement de l'institution européenne qui a édicté l'acte en cause.

Du point de vue du destinataire de l'acte incriminé, l'idée générale est que l'édition d'une règle nouvelle ou l'intervention d'un changement de règle ne doit pas avoir été imprévisible pour un « opérateur prudent et avisé »²⁰⁹⁹. Outre le caractère soudain du changement de législation, il appartient à celui qui invoque la confiance légitime d'établir que sa situation a été réellement modifiée par la disposition incriminée²¹⁰⁰. Le champ d'application de la notion de confiance légitime excède largement

²⁰⁹³ CJCE, 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*, aff. 112/77, Rec., p. 1019, att. 18 ; 25 janvier 1979, *Racke*, préc. Ces décisions mettent fin à une période d'hésitation sur la valeur du principe de confiance légitime (CJCE, 12 juillet 1957, *Algera*, préc. ; 13 juillet 1965, *Lemmerz-Werke GmbH*, aff. 111/63, Rec., p. 836 : référence à une « situation de confiance légitime » ; 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*, aff. 81/72, Rec., p. 575, att. 8 à 14 ; 4 juillet 1973, *Westzucker*, aff. 1/73, Rec., p. 723, att. 6 à 10 : référence à la règle de la confiance légitime).

²⁰⁹⁴ Outre les références déjà citées, voir, plus récemment, CJCE, 24 septembre 2002, *Falck et Acciaierie di Bolzano c/ Commission*, aff. C- 74 et 75/00 P, Rec., I, p. 7869, pt. 119 ; 22 décembre 2010, *Bavaria*, aff. C- 120/08, pt. 40 ; 14 juillet 2011, *Bureau national interprofessionnel du Cognac*, aff. C- 4/10 et C- 27/10, pt. 25.

²⁰⁹⁵ F. LAMOUREUX, art. préc., p. 294.

²⁰⁹⁶ cf. H. MAYRAS, concl. sur CJCE, 27 avril 1978, *Stimming*, aff. 90/77, Rec., p. 995, spéc. p. 1015 ; T. HAMONIAUX, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2001, p. 91 ; CJCE, 19 mai 1982, *Staple Dairy Products Limited*, préc.

²⁰⁹⁷ CJCE, 26 juin 1990, *Sofrimport*, aff. C-152/88, Rec., I, p. 2477, pts. 26 et 27 ; 17 juillet 1997, *Affish*, aff. C-183/95, Rec., I, p. 4315 ; 22 novembre 2001, *Pays-Bas c/ Conseil*, aff. C-110/97, Rec., I, p. 8763, pt. 116 ; 26 avril 2005, *Goed Wonen*, aff. C-376/02, Rec., I, p. 3445, pts. 33 et 34. Voir également, S. CALMES, thèse préc., p. 563 ; F. LAMOUREUX, art. préc., p. 294 ; P. LÉGER, concl. sur CJCE, 22 novembre 2001, *Pays-Bas c/ Conseil*, préc., pt. 124). En l'absence d'intérêt public péremptoire, la violation de la confiance légitime du destinataire de l'acte engage la responsabilité de la Communauté (CJCE, 14 mai 1975, *CNTA*, aff. 74/74, Rec., p. 533, att. 44 ; 26 juin 1990, *Sofrimport*, préc., pt. 27).

²⁰⁹⁸ Cf. CJCE, 25 juin 1975, *Deuka*, aff. 5/75, Rec., p. 759, att. 8 et 9 ; F. DONNAT, art. préc., p. 290 ; A. TRABUCCHI concl. sur, CJCE, 10 décembre 1975, *Union nationale des coopératives agricoles de céréales*, aff. jointes 95 à 98/74, 15 et 100/75, Rec., p. 1615, spéc. p. 1643.

²⁰⁹⁹ F. CAPOTORTI, concl. sur CJCE, 13 juin 1978, *British Beef*, aff. 146/77, Rec., p. 1347, spéc. p. 1360. ; H. MAYRAS, concl. sur CJCE, 2 mars 1978, *Debaysier*, aff. jointes 12, 18 et 21/77, Rec., p. 533, spéc. p. 579 et concl. sur CJCE, 26 janvier 1978, *Union malt*, aff. jointes 44 à 51/77, Rec., p. 59, spéc. pp. 89-90. Cf., par ex., CJCE, 26 mars 1998, *Petridi*, aff. C-324/96, préc., pt. 51 ; 17 septembre 1998, *Pontillo*, aff. C-372/96, Rec., I, p. 5091, pts. 27 à 29. Sur cette question, voir S. CALMES, thèse préc., p. 354 ; E. J. VAN BRUSTEM, « Le principe de protection de la confiance légitime et l'opérateur économique prudent et avisé », note sous CJCE, 14 septembre 2006, aff. C-181 à 183/04, *Elmeka*, Rec., I, p. 8167 et CAA Marseille, 20 février 2007, req. n° 04MA01702, *RDF*, 2007, n° 38, p. 11.

²¹⁰⁰ Cf., *a contrario*, CJCE, 4 juillet 1973, *Westzucker*, préc. Sur l'ensemble de ces points, voir CJCE, 17 mars 1976, *Lesieur*, aff. 67 à 85/75, Rec., p. 391, pts. 44 et 45 ; 31 janvier 1979, *Spitta*, aff. 127/78, Rec., p. 171, pts. 8 et 9. Il n'est cependant pas sans limites (cf., en ce sens, CJCE, 5 mai 1981, *Firma Dubreck*, aff. 112/80, Rec., p. 1095, pts. 47 à 50).

la protection des situations constituées sous l'empire de la règle ancienne, puisqu'il concerne également les droits en formation, voire même les espérances légitimes²¹⁰¹.

Du point de vue de l'institution européenne, le comportement que celle-ci a adopté lors de l'élaboration du texte en cause doit avoir présenté une apparence de légalité à laquelle ses destinataires ont pu se fier en toute bonne foi. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si le comportement de l'institution a pu faire naître des attentes légitimes dans le chef des sujets de droit²¹⁰². Si les conditions à remplir pour se prévaloir du principe de confiance légitime sont assez précises, leur appréciation reste empreinte d'une part irréductible de subjectivité²¹⁰³, ce qui est de nature à faire varier les solutions d'une espèce à une autre.

568. En tant que principe général du droit de l'Union européenne, le principe de confiance légitime s'impose aux autorités nationales, lorsqu'elles agissent pour assurer la mise en œuvre du droit de l'Union européenne²¹⁰⁴. Cette exigence n'est pas nécessairement de nature à s'opposer à la rétroactivité de la loi nationale. En effet, ce à quoi les sujets de droit sont réputés s'attendre légitimement, ce n'est pas à autre chose qu'à l'exécution du droit de l'Union européenne à compter de l'instant même où ce dernier est censé produire ses effets. De ce point de vue, les destinataires dans la législation nationale antérieure ne saurait utilement se prévaloir de la confiance qu'ils avaient dans celle-ci pour faire obstacle à la loi nationale mettant en œuvre rétroactivement le droit de l'Union européenne, à plus forte raison si la loi ancienne maintient une situation devenue contraire à ce droit. En tout état de cause, il ne pourrait en aller autrement que dans l'hypothèse où il pourrait être démontré que le texte européen dont il est fait application était lui-même intervenu de manière imprévisible et soudaine. Une telle situation paraît hautement improbable lorsqu'il s'agit pour le législateur de transposer une directive européenne, en raison des délais raisonnables accordés par les institutions européennes aux États membres pour ce faire.

Même dans pareille configuration, il paraît douteux qu'il soit exigé de l'État membre qu'il démontre l'existence d'un intérêt public péremptoire, seul à même de justifier en principe l'atteinte faite à la confiance légitime, pour légitimer la rétroactivité de la loi adoptée en exécution du droit de l'Union européenne. En effet, reporter une telle exigence, uniquement imposée aux institutions européennes jusqu'ici, sur les autorités nationales, serait un pas que la Cour de Justice n'est certainement pas prête à franchir, dès lors qu'elle les priverait, ce faisant, de tout moyen d'assurer l'application effective du droit de l'Union européenne. Il deviendrait alors impossible, par exemple, de « rattraper » le retard pris par le législateur dans la transposition d'une directive européenne, ce qui empêcheraient les intéressés de bénéficier des droits qu'ils tirent du droit de l'Union européenne. Une telle solution apparaît, de surcroît, incompatible avec le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. Même en admettant qu'une telle transposition soit néanmoins réalisée, on peut raisonnablement estimer que l'impératif d'application

²¹⁰¹ S. CALMES, thèse préc., p. 330 ; I. FOURNOL, art. préc., p. 295 ; P. FRAISSEX, art. préc. p. 404 ; M.-H. PLANCHON, art. préc., p. 451 ; J.-P. PUISSOCHET et H. LEGAL, art. préc., pp. 103-104.

²¹⁰² Tel n'est pas le cas lorsque l'institution en cause a adopté un comportement illégal (CJCE, 26 avril 1988, *Krücken*, aff. 316/86, Rec., p. 2213, pt. 22 ; TPICE, 31 mars 1998, *Preussag Stahl*, aff. T-129/96, Rec., II, p. 1343, pts. 78 à 81). Sur l'ensemble de ces questions, F. DONNAT, art. préc., p. 283 ; I. FOURNOL, art. préc., p. 293 ; J.-P. PUISSOCHET, art. préc., p. 589-590 ; P. MENGGOZZI, « Évolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime : de la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », *RMUE*, 1997, n° 4, p. 13 ; D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire : Vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du Professeur A. RIEG*, Bruxelles Bruylant 2000, p. 733.

²¹⁰³ Cf., dans le même sens, S. CALMES, thèse préc., p. 457 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 696, n° 886.

²¹⁰⁴ Cf., respectivement, CJCE, 26 avril 1988, *Krücken*, préc., pt. 22 ; 1^{er} avril 1993, *Lageder et autres*, aff. C-31 à 44/91, Rec., I, p. 1761, pt. 33 ; 3 décembre 1998, *Belgocodex*, aff. C-381/97, Rec., I, p. 8153, pt. 26 ; 18 mai 2000, *Max Rombi*, aff. C-107/97, Rec., I, p. 3367, pts. 65 à 67 ; 8 juin 2000, *Schloßstraße*, aff. C-396/98, Rec., I, p. 4279, pt. 44. Sur ce point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 710, n° 907 ; A. TREPPOZ, art. préc., pp. 420-421.

effective du droit de l'Union européenne pourrait être regardé par la Cour de Justice comme étant d'une importance suffisante pour être qualifié d'intérêt public péremptoire. En tout état de cause, les juges français considèrent, de leur côté, que la mise en conformité avec le droit de l'Union européenne constitue un motif d'intérêt général de nature à légitimer la rétroactivité de la loi²¹⁰⁵.

569. En revanche, il en va différemment lorsque la loi rétroactive intervient dans une matière régie par le droit de l'Union européenne. Une loi nationale rétroactive entrant dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, mais qui n'a pas été adoptée pour son exécution, n'est pas soumise au respect du principe européen de confiance légitime. En effet, les juridictions ordinaires considèrent traditionnellement que la portée des principes généraux du droit de l'Union européenne en droit français se limite aux actes pris pour la mise en œuvre de ce droit²¹⁰⁶. Il s'agit d'une réception *a minima* de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en matière d'applicabilité des principes généraux du droit de l'Union européenne dans l'ordre interne²¹⁰⁷. Si quelques décisions rendues par le juge administratif ont pu laisser entendre qu'une extension de l'applicabilité du principe de confiance légitime à l'ensemble des matières régies par le droit de l'Union européenne était envisageable²¹⁰⁸, le Conseil d'État ne s'est jamais explicitement prononcé en ce sens.

Quand bien même il n'intervient pas en qualité d'organe d'exécution du droit de l'Union européenne, le législateur ne saurait compromettre son application uniforme et effective en adoptant une disposition rétroactive.

2°) Les limites posées à la loi rétroactive édictée dans une matière régie par le droit de l'Union européenne

570. Les autorités nationales ne doivent pas compromettre l'application uniforme et effective du droit de l'Union européenne lorsqu'elles agissent à l'intérieur de son champ d'application²¹⁰⁹. Le droit national ne doit pas rendre pratiquement impossible la mise en œuvre des droits tirés du droit de l'Union européenne. Il s'agit là d'une conséquence des principes de coopération loyale et de primauté²¹¹⁰. Il appartient aux autorités nationales de s'abstenir de prendre toute mesure susceptible d'être reconnue

²¹⁰⁵ Sur ce point, cf., plus haut, p. 164, n° 220.

²¹⁰⁶ CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Mme Lipietz et autres*, req. n° 194.658 et 196.116, Rec., p. 37, *AJDA*, 1999, n° 5, p. 420, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *Dr. adm.*, 1999, n° 5, p. 23, note C. MAUGÛÉ, *JCP G*, IV, 1999, 2256, obs. M.-C. ROUAULT, *LPA*, 1^{er} novembre 1999, n° 217, p. 13, note J.-L. MATT, *RDP*, 1999, n° 4, p. 1223, note J.-P. CAMBY, *RFDA*, 1999, n° 2, p. 357, concl. C. MAUGÛÉ et p. 372, note D. de BÉCHILLON et P. TERNEYRE ; CAA Marseille, Plén., 1^{er} juillet 1999, *Colombeau*, req. n° 96MA01848, Rec., T., p. 726, *RFDA*, 2001, n° 2, p. 488, concl. J.-C. DUCHON-DORIS ; CE, 28 décembre 2001, *Centre école régional de parachutisme de Picardie*, req. n° 221.140, Rec., T., p. 1070 ; 16 novembre 2005, *Société Métallurgique du Rhin*, préc. ; Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc. Voir également, Cass. Com., 23 février 1999, *Coopérative des vignerons de l'Île-de-France*, pourv. n° 96-18.528. Il en va de même, *a fortiori*, dans le cas où la loi intervient en dehors des matières régies par le droit de l'Union européenne (CE, 5 mars 1999, *Société mosellane de tractions*, req. n° 211.162, *Europe*, 2001, n° 8-9, p. 11, note E. SAULNIER, *RRJ*, 2003, n° 1, p. 411, note P. RAIMBAULT).

²¹⁰⁷ Le juge européen estime, en effet, qu'il est fait obligation aux États membres d'appliquer les principes généraux du droit, et en particulier celui de confiance légitime, aux actes pris pour la mise en œuvre du droit communautaire (CJCE, 26 avril 1988, *Krücken*, préc.), tandis que l'application de ceux-ci n'est qu'une simple faculté pour ceux-là dans les autres matières (CJCE, 5 octobre 1988, *Padovani et autres*, aff. 210/87, Rec. p. 6177).

²¹⁰⁸ Cf., par ex., CE, 9 mai 2001, *Entreprise personnelle de transports Freymuth*, req. n° 210.944, Rec., T., p. 865, *Dr. adm.*, 2001, n° 7, p. 27, *Environnement*, 2002, n° 1, p. 22, note P. TROUILLY, *Europe*, 2001, n° 8-9, p. 11, note E. SAULNIER, *RRJ*, 2003, n° 1, p. 411, note P. RAIMBAULT ; Ass., 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autres*, préc. ; 6 mars 2002, *Mme Triboulet et Mme Brosset-Pospisil*, req. n° 217.646, Rec., p. 76, *RFDA*, 2003, n° 1, p. 60, note R. HOSTIOU.

²¹⁰⁹ CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, préc., pts. 22 et 23. Sur cette question, voir, notamment, J. SIRINELLI, p. 450, n° 525.

²¹¹⁰ G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, préc., p. 315 ; J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 989, n° 634 et p. 1003, n° 641.

comme étant contraire au droit de l'Union européenne voire, le cas échéant, d'écarter l'application des textes en vigueur qui pourraient également l'être. Dans le même ordre d'idées, les autorités nationales ne sauraient entraver l'exécution du droit adopté par les institutions de l'Union européenne²¹¹¹. Le respect de ces principes s'impose, à l'évidence, au législateur lui-même à raison de la supériorité du droit de l'Union européenne à la loi dans l'ordre interne.

571. Il n'y a pas davantage lieu de s'interroger sur la portée temporelle de ces exigences. Celles-ci s'adressent aux lois nationales antérieures comme postérieures au droit de l'Union européenne²¹¹². De même, l'effet dans le temps de la loi nationale contrariant l'application uniforme et effective du droit de l'Union européenne est relativement indifférent. Du point de vue du droit de l'Union européenne, il importe peu que la loi nationale contraire soit ou non rétroactive. L'essentiel est de savoir si elle provoque ou contribue à entretenir, par ses effets, une violation du droit de l'Union européenne²¹¹³. Symétriquement, il est indifférent que le législateur redresse la légalité du droit national, à la suite du constat d'une violation du droit de l'Union européenne, au moyen de l'édiction d'une norme rétroactive, du moins tant que sont préservés les droits que les intéressés tiennent de ce droit²¹¹⁴. De la même façon, le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que le législateur limite rétroactivement la faculté pour les particuliers de se prévaloir d'une violation antérieurement commise par l'État membre, pourvu que le principe d'effectivité ne soit pas méconnu²¹¹⁵. Tel n'est pas le cas, par exemple, d'une loi nationale qui réduit rétroactivement les droits à déduction sur la TVA que les contribuables ont acquis sur le fondement d'une directive européenne²¹¹⁶.

572. De ce qui précède, il découle que la rétroactivité prescrite par le législateur national ne doit pas, d'une quelconque façon, aboutir à créer ou à maintenir une situation contraire au droit de l'Union européenne. C'est à nouveau le phénomène des validations législatives qui fournit les exemples les plus édifiants en droit français²¹¹⁷. Le juge administratif a été amené, à plusieurs reprises, à écarter

²¹¹¹ Sur ces différents points, cf., notamment, CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, préc., pt. 26 ; 8 mars 1979, *Salumificio di Cornuda SpA*, aff. 130/78, Rec., p. 867, pt. 27 ; 19 juin 1990, *Factorame I*, aff. C-213/89, Rec., I, p. 2433, pts. 18 à 21. Ainsi la Cour de Justice a-t-elle jugé qu'un texte de droit interne ne saurait être opposé à l'effet direct du droit de l'Union européenne, « sans que soit compromis le caractère essentiel des règles communautaires ainsi que le principe fondamental de la primauté de l'ordre juridique communautaire. [...] Il en est ainsi, en particulier, en ce qui concerne la date à partir de laquelle la règle communautaire produit ses effets et crée des droits en faveur des particuliers. Une faculté pour les États membres, chacun en ce qui le concernerait et sans autorisation expresse, de faire varier la date d'entrée en vigueur de la règle communautaire est exclue en raison de la nécessité d'assurer l'application uniforme et simultanée du droit communautaire dans l'ensemble de la Communauté » (CJCE, 10 octobre 1973, *Fratelli Variola*, aff. 34/73, Rec., p. 981, pt. 15). Voir également, J. RIDEAU, *op. cit.*, pp. 986-987, n° 633.

²¹¹² CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec., p. 1125 ; 14 décembre 1971, *Politi*, préc.

²¹¹³ Cf., en ce sens, Cass. Com., 25 février 1997, *Bétou*, pourv. n° 94-14.474.

²¹¹⁴ Sur ce point, cf., plus haut, p. 164, n° 220. Sur la question du rétablissement par les autorités françaises de la légalité à la suite de la violation du droit de l'Union européenne, voir J. SIRINELLI, p. 443 et s., n° 513. et s.

²¹¹⁵ Ainsi la Cour de Justice a-t-elle pu juger que : « le principe d'effectivité n'interdit pas [...] dans l'absolu une application rétroactive d'un nouveau délai d'action plus court et le cas échéant plus restrictif pour le contribuable que le délai précédemment applicable, dans la mesure où une telle application concerne les actions en restitution de taxes nationales contraires au droit communautaire non encore engagées au moment de l'entrée en vigueur du nouveau délai, mais portant sur des sommes versées alors que l'ancien délai était d'application. En effet, dès lors que les modalités de restitution des taxes nationales indûment perçues relèvent du droit national, la question de la possibilité d'une application rétroactive de telles modalités relève également de ce droit tant que cette éventuelle application rétroactive ne compromet pas le respect du principe d'effectivité » (CJCE, 24 septembre 2002, *Grundig Italiana SpA*, aff. C-255/00, Rec., I, p. 8003, pts. 34 à 36). Pour un ex., cf. CE, 4 février 2005, *Société J.T. International GmbH*, req. n° 249.551, *Europe*, 2005, n° 4, p. 10, note P. CASSIA.

²¹¹⁶ CJCE, 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, aff. 62/00, Rec., I, p. 6325, pts. 43 à 47. Dans cette affaire, la Cour de Justice a également estimé que la loi nationale était contraire au principe de confiance légitime. Cf., dans le même sens, CJCE, 2 octobre 2003, *Weber's Wine World*, Rec., I, p. 11365, pts. 86 à 92.

²¹¹⁷ R. KOVAR, « Lois de validation et droit communautaire », *Europe*, 2007, n° 10, p. 5, n° 8.

l'application d'une loi validant rétroactivement un acte administratif incompatible avec les stipulations d'un article du Traité de Rome ou avec les prescriptions d'un acte de droit dérivé²¹¹⁸.

Dans une première affaire, *Ministre de l'Équipement, du Transport et du Tourisme c/ SARL Der*, le Conseil d'État était saisi de la légalité d'une décision préfectorale prise sur le fondement de plusieurs circulaires ministérielles relative à la détermination de la puissance fiscale des véhicules automobiles. Les différents modes de calcul prévus par les circulaires aboutissaient à attribuer aux véhicules non homologués en France une puissance administrative supérieure par rapport à ceux qui l'avaient été. Ce faisant, les dispositions du droit national créaient une discrimination fiscale manifestement incompatible avec les stipulations de l'article 95 du Traité de Rome. En l'espèce, la difficulté venait de ce que le législateur était venu valider rétroactivement les règles fixées par les circulaires réglementaires en cours d'instance²¹¹⁹. La théorie de la loi-écran n'ayant plus cours lorsqu'est en cause notamment le droit européen, la haute juridiction administrative a fait application de sa jurisprudence *Nicolo*²¹²⁰ pour écarter l'application de la loi rétroactive contraire au droit de l'Union européenne et prononcer, en conséquence, l'annulation de la décision litigieuse²¹²¹.

Plus récemment, c'est une loi prononçant la validation, avec effet rétroactif, de nombreuses concessions d'aménagement qui a subi le même sort²¹²². Était en cause l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, relatif aux zones d'aménagement concertée. Dans sa rédaction alors applicable, cette disposition excluait les conventions publiques d'aménagement du champ d'application de la loi du 29 janvier 1993, dite loi *Sapin*²¹²³. Il en résultait que les personnes publiques étaient libres de choisir leur aménageur, sans avoir à respecter les obligations de transparence et de mise en concurrence instaurées par cette loi. Ce dispositif a été contesté par la Commission²¹²⁴, puis condamné par la Cour de Justice²¹²⁵, les institutions européennes estimant que cette exclusion était contraire, dans un premier temps, au principe de non-discrimination consacré par les traités, duquel découle une obligation de transparence en matière d'accès aux contrats publics, ainsi que, dans un second temps, aux obligations de publicité et de mise en concurrence préalables imposées par la directive « travaux ».

Faisant suite à un contentieux devant le juge administratif français ayant abouti à la déclaration de nullité de conventions d'aménagement pour non-respect de l'obligation européenne de transparence, le législateur est intervenu pour valider rétroactivement l'ensemble des conventions d'aménagement signées antérieurement à la date de publication de la loi, en tant que leur légalité serait contestée au

²¹¹⁸ Cf., par ex., CE, 6 novembre 1998, *SA Société des laiteries de Pont-de-Sauldre et Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers (Onilait)*, req. n° 171.499 et 171.784, Rec., T., p. 726 : incompatibilité avec un règlement communautaire d'une loi validant les mesures d'application d'un arrêté ministériel ayant illégalement instauré, en cours de campagne, un prélèvement sur les quantités de référence laitière.

²¹¹⁹ Art. 35 de la loi n° 93-859 du 22 juin 1993, de finances rectificative pour 1993 (JORF n° 143 du 23 juin 1993, p. 8815).

²¹²⁰ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

²¹²¹ CE, 5 mai 1995, *Ministre de l'Équipement, du Transport et du Tourisme c/ SARL Der*, préc. Sur cette décision, voir R. KOVAR, art. préc., n° 10-12 ; J. MASSOT, « Validations législatives », fasc. préc., p. 9, n° 38.

²¹²² Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement (JORF du 21 juillet 2005, p. 11833).

²¹²³ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (JORF du 30 janvier 1993, p. 1588).

²¹²⁴ Par un avis motivé du 3 février 2004, la Commission a engagé une procédure de manquement à l'encontre de la France (cf. le communiqué de presse de la Commission en date du 4 février 2004, IP/04/162).

²¹²⁵ La Cour de Justice a procédé en deux temps. Elle a, tout d'abord, soumis de manière générale le choix d'un aménageur à une mise en concurrence préalable sur le fondement du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Ce principe implique, en effet, une obligation de transparence qui doit permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de l'égalité d'accès aux contrats (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, Rec., I, p. 10745, pt. 60). Ensuite, elle a progressivement fait entrer les conventions d'aménagement dans le champ d'application de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux dite directive « travaux » (JOCE n° L 199 du 9 août 1993, p. 54). (CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti et autres.*, aff. C-399/98, Rec., I, p. 5409, pt. 66 ; 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Auroux et autres c/ Commune de Roanne*, Rec., I, p. 385, pt. 47).

motif que « la désignation de l'aménageur n'a pas été précédée d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes »²¹²⁶. En d'autres termes, la régularité des conventions publiques d'aménagement conclues avant le 21 juillet 2005 ne pouvait plus être contestée pour méconnaissance de l'obligation de transparence découlant du principe européen de non-discrimination. Par son effet rétroactif, la loi nationale aboutissait donc à maintenir une situation manifestement contraire au droit de l'Union européenne.

Les juridictions administratives françaises qui ont été ultérieurement saisies de litiges mettant en cause, soit la régularité de la convention publique d'aménagement, soit la légalité de la délibération approuvant sa passation, ont adopté des positions divergentes. Les unes ont conclu à l'incompatibilité de la loi de validation avec le droit de l'Union européenne et l'ont, par conséquent, écartée du litige qu'elles avaient à trancher²¹²⁷. Les autres ont, au contraire, fait application de cette loi, estimant qu'elle répondait à des considérations impérieuses d'intérêt général tenant aux troubles causés au fonctionnement des services publics par la remise en cause des opérations d'aménagement déjà réalisées ou en cours d'exécution²¹²⁸. Statuant en cassation, le Conseil d'État n'a pas eu l'occasion de confirmer ou d'infirmer l'une ou l'autre de ces prises de position des juges du fond²¹²⁹.

573. La réponse à apporter à la question de savoir si une loi nationale ayant, par son effet rétroactif, créé ou contribué à maintenir une situation contraire au droit de l'Union européenne pourrait exceptionnellement être justifiée par des considérations impérieuses d'intérêt général demeure incertaine. Dans l'affaire *Ministre de l'Équipement, du Transport et du Tourisme c/ SARL Der*, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur cette question, pas plus que ne l'a fait la Cour de Justice à l'occasion de la condamnation en manquement de la France, dans cette même affaire, à raison du caractère discriminatoire des circulaires en cause²¹³⁰.

On peut certes avancer plusieurs arguments en faveur d'une réponse positive. D'abord, la jurisprudence européenne admet elle-même que des restrictions puissent être apportées à une liberté ou un principe garanti par les traités, tel celui de non-discrimination, par le droit national en présence de considérations impérieuses d'intérêt général. On doit cependant concéder que la Cour de Justice adopte une conception particulièrement étroite de ces justifications²¹³¹. Pour sa part, le juge français n'hésite pas à apprécier lui-même l'existence de telles considérations, ce qui le met, d'une certaine façon, en

²¹²⁶ Cf., respectivement, CAA, Bordeaux, 9 novembre 2004, *SOGEDIS c/ Commune de Silaos*, req. n° 01BX00381, Rec., T., p., *AJDA*, 2005, n° 5, p. 257, note J.-D. DREYFUS, *CMP*, 2005, n° 2, p. 23, note J.-P. PIETRI, *JCP A*, 2005, n° 17, p. 722, note A. GAUTHIER et E. VITAL-DURAND ; art. 11 de la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005, relative aux concessions d'aménagement (JORF du 21 juillet 2005, p. 11833).

²¹²⁷ TA Versailles, 22 juin 2007, *Buffet*, req. n° 05-05044, *JCP A*, 2007, n° 42, p. 22, note G. TERRIEN ; TA Lyon, 22 novembre 2007, *Auroux et autres*, req. n° 02-05404, *Dr. adm.*, 2007, n° 5, p. 34, *Europe*, 2007, n° 7, p. 3, obs. D. SIMON ; CAA Nantes, 19 décembre 2007, *M. et Mme Josse et Commune de Chavagne*, req. n° 06NT01078 et 06NT01087, Rec., T., p. 674, *AJDA*, 2008, n° 3, p. 150, note R. VANDERMEEREN, *CMP*, 2008, n° 3, p. 12, note J.-P. PIETRI, *JCP A*, 2008, n° 24, p. 30, note C. DEVÈS ; CAA Versailles, 12 mars 2009, *Commune de Clichy-la-Garenne*, req. n° 07VE02221, *AJDA*, 2009, n° 22, p. 1201, note J.-D. DREYFUS et n° 26, p. 1433, note J. GRAND D'ESNON, *Gaz. Pal.*, 4 décembre 2009, n° 338-339, p. 34, note M. SÉNO, *JCP A*, 2009, n° 21, p. 32, note P. PROOT, *LPA*, 10 décembre 2009, n° 246, p. 5, note R. BONNEFONT, *RFDA*, 2010, n° 1, p. 85, étude J.-F. LAFAIX.

²¹²⁸ TA Nantes, 7 août 2006, *Courtin et a.*, req. n° 41144 et 43562 ; TA Paris, 7 décembre 2007, *SARL Globe Invest*, req. n° 604579 ; TA Versailles, 10 juin 2008, *Consorts Prenez*, req. n° 05-05337, *JCP A*, 2008, n° 37, p. 24, note E. VITAL-DURAND et A. GAUTHIER. Voir, également, quoique de manière moins nette, en l'absence de référence à l'existence de motifs impérieux d'intérêt général justifiant la validation législative, CAA Bordeaux, 10 janvier 2008, *SARL Bébé Cristal et autres*, req. n° 05BX01147 et 05BX01167, *CMP*, 2008, n° 3, p. 12, note J.-P. PIETRI.

²¹²⁹ CE, Sect., 11 juillet 2011, *Société d'équipement du Département de Maine-et-Loire (SODEMEL)*, req. n° 320.735, à pub. au Leb.

²¹³⁰ CJCE, 15 mars 2001, *Commission c/ France*, aff. C-265/99, Rec., 2001, I, p. 2305.

²¹³¹ Cf., en ce sens, CJCE, 25 juillet 1991, *Säger c/ Dennemeyer*, aff. C-76/90, Rec., I, p. 4221, pt. 15 ; 12 décembre 1996, *Broede*, aff. C-3/95, Rec., I, p. 6511, pt. 28 ; 10 mai 1995, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, Rec., I, p. 1141, pt. 44 ; 7 septembre 2004, *Manninen*, aff. C-319/02, Rec., I, p. 7477, pts. 28 et 29 ; 7 janvier 2009, *Persche*, aff. C-318/07, Rec., I, p. 359, pt. 46.

concurrence avec la Cour de Justice dans la détermination de l'intérêt général européen²¹³². Il n'en reste pas moins que l'établissement d'une exigence impérieuse légitimant une dérogation aux règles européennes revient *in fine* à la Cour de Justice.

Ensuite, il n'est sans doute pas excessif de considérer que la constatation d'une situation de manquement n'est pas exclusive d'une éventuelle consolidation des situations juridiques antérieurement constituées²¹³³. La Cour de Justice admet elle-même de limiter les effets dans le temps de ses décisions, lorsqu'ils sont de nature à bouleverser de manière excessive des rapports juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé²¹³⁴. La sanction de la violation du droit de l'Union européenne serait conciliée avec le principe de sécurité juridique, sans pour autant être privée de ses conséquences pour l'avenir, comme pour une partie du passé. Il en irait ainsi, par exemple, lorsqu'a existé une période d'incertitude sur le champ d'application du droit de l'Union européenne.

Toutefois, ce raisonnement rencontre une objection de taille en ce qui concerne les validations législatives. L'adoption de dispositions rétroactives empêchant toute contestation devant le juge national fondée sur la méconnaissance du droit de l'Union européenne heurte frontalement le principe de loyauté européenne. Il paraît, en effet, quelque peu paradoxal, de permettre aux autorités nationales ayant manqué à leurs obligations d'échapper *ex post facto* à une partie des conséquences qui sont attachées à la constitution d'un manquement, tout en leur imposant *ex ante* un devoir de collaborer pleinement à la mise en œuvre effective du droit de l'Union européenne. Il y aurait là une forme de dédouanement commode pour le législateur national qui paraît certainement inacceptable aux yeux de la Cour de Justice.

Il n'en reste pas moins que la recherche d'un équilibre, toujours délicat à établir, entre le respect du principe de légalité et la garantie du principe de sécurité devrait conduire le juge européen à ménager un espace, certes nécessairement étroit, à la stabilisation des situations juridiques qui se sont constituées en violation du droit de l'Union européenne.

C'est ce à quoi s'attache d'ores et déjà le droit européen des droits de l'homme en assurant une protection contre les ingérences rétroactives du législateur.

B/ L'encadrement des lois rétroactives par le droit européen des droits de l'homme

574. Les nombreuses études qui ont été consacrées aux rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit public français témoignent de l'influence grandissante de celle-là sur celui-ci, à travers la jurisprudence de la Cour de Strasbourg²¹³⁵. À l'instar du droit de l'Union européenne, c'est principalement à travers la pratique des validations législatives que la Cour européenne des droits

²¹³² CE, Ass., 8 avril 1998, *Société Serc Fun Radio*, req. n° 161.411, Rec., p. 138, concl. S. HUBAC, *RFDA*, 1999, n° 1, p. 194, concl. S. HUBAC ; 15 mai 2000, *Confédération française des professionnels en jeux automatiques*, req. n° 202.666, Rec., p. 173, *Gaz. Pal.*, 9 mars 2001, n° 68, p. 34, obs. P. GRAVELEAU ; 28 février 2001, *Union française des industries pétrolières*, Rec., p. 94 ; Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc. Sur ce point, voir J. SIRINELLI, thèse préc., p. 438, n° 510.

²¹³³ R. KOVAR, art. préc., n° 20.

²¹³⁴ Sur ce point, voir, plus bas, p. 529, n° 670 et p. 594, n° 757.

²¹³⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français : Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 192, 1998 ; L. BARONE, *L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français*, Paris, l'Harmattan, 2000 ; S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997 ; L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 187, 1999 ; L. SERMET, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, Paris, Economica, 1996.

de l'homme a eu à connaître du problème de la rétroactivité de la loi nationale. C'est également dans ce domaine que le contrôle de la conventionnalité des lois rétroactives s'est développé devant le juge français.

Sur le fondement des stipulations de l'article 6, paragraphe 1^{er} (article 6-1 ci-après) et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel (article 1^{er} P1 ci-après), consacrant respectivement le droit à un procès équitable et le droit au respect ses biens, la jurisprudence de la Cour a progressivement procédé à un véritable encadrement temporel du pouvoir législatif²¹³⁶, dont les juges nationaux assurent pleinement le respect. La situation procédurale des justiciables (1), ainsi que plus largement les droits patrimoniaux (2), bénéficient d'une protection contre les ingérences rétroactives du législateur. D'autres droits consacrés par la Convention européenne pourraient également servir à poser de nouvelles barrières à l'action du législateur sur le passé des situations juridiques (3).

1°) La limitation de l'ingérence rétroactive du législateur dans un procès en cours

575. Le droit à un procès équitable consacré par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme s'oppose à ce que le législateur s'immisce dans l'administration de la justice, notamment en usant de son pouvoir d'édicter des normes rétroactives, au nom de la prééminence du droit, du principe de séparation des pouvoirs, ainsi que de la garantie des droits des individus. Selon le juge européen, l'article 6-1 tient une place éminente dans une société démocratique, ce qui en fait l'un des principes qui constituent l'ossature de l'ordre public européen²¹³⁷. En raison de son caractère essentiel, ce droit procédural ne tolère que de rares exceptions et la marge d'appréciation laissée aux États est considérablement réduite en la matière²¹³⁸.

Il ne faudrait pas en déduire trop rapidement que, ce faisant, toute rétroactivité de la loi serait prohibée à chaque fois qu'elle affecterait, d'une manière quelconque, un procès²¹³⁹. En matière civile, la jurisprudence européenne réserve aux législateurs nationaux une marge d'appréciation, certes étroite, permettant l'emploi de la rétroactivité dans l'intérêt public²¹⁴⁰. Néanmoins, comme le rappelait à juste titre M. Mathieu, « *la rétroactivité n'est pas elle-même prohibée, mais c'est son utilisation comme instrument d'intervention dans le cours de la justice qui doit être sanctionnée* »²¹⁴¹ au regard des

²¹³⁶ D. DOKHAN, thèse préc., p. 235 et s. Voir également, A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 15, 2002, p. 159 et s.

²¹³⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 10^e éd., 2011, p. 375, n° 230.

²¹³⁸ Celle-ci n'en est pas inexistante pour autant, notamment dans des domaines évolutifs comme celui de l'urbanisme ou celui de l'aménagement du territoire (cf., en ce sens, CEDH, 27 mai 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres c/ Espagne*, req. n° 62543/00, § 70, Rec., 2004-III, *Europe*, 2004, n° 10, p. 32, note I. LECHEVALLIER).

²¹³⁹ C'est ce qu'avait pu laisser penser la formulation de la première décision rendue en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, req. n° 13427/87, § 49, série A, n° 301-B, p. 84, *AFDI*, 1994, p. 674, chr. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 691, obs. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *JDI*, 1995, p. 796, obs. P. TAVERNIER, *Gaz. Pal.*, 1995, 2, p. 540, note D. WORMS, *JCP G*, 1995, I, 3823, chr. F. SUDRE, *RFDA*, 1995, n° 6, p. 1172, chr. H. LABAYLE et F. SUDRE, *RTDCiv.*, 1995, p. 652, obs. F. ZÉNATI *RUDH*, 1995, p. 118, obs. F. SUDRE). Voir également, L. MILANO, art. préc., p. 457 ; X. PRÉTOT, art. préc., pp. 16-17.

²¹⁴⁰ CEDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society, Leeds, Permanent Building Society and Yorkshire Building Society c/ Royaume-Uni*, req. n° 21319, 21449 et 21675/93, § 105 et 112, Rec., 1997-VII, p. 2325, *AFDI*, 1997, p. 573, chr. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *JCP G*, 1998, I, 107, chr. F. SUDRE, *JDI*, 1998, p. 225, obs. P. TAVERNIER, *RGDIP*, 1998, p. 241, obs. J.-F. FLAUSS ; 28 octobre, 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France*, préc., § 57. Sur cette question, voir notamment la note d'A. Boujeka sous la décision *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France*, *LPA*, 8 juin 2000, n° 114, p. 21, spéc. p. 27.

²¹⁴¹ B. MATHIEU, « Remarques sur un conflit de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique (À propos de la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 janvier 2003) », *RFDA*, 2003, n° 3, p. 470, spéc. p. 473.

exigences du droit à un procès équitable. Suivant cette logique, la confrontation des lois rétroactives à l'article 6-1 a conduit la jurisprudence européenne à encadrer toujours plus strictement le pouvoir de rétroactivité des législateurs nationaux. L'« enserrement » progressif de la faculté du législateur d'influer, au moyen de la rétroactivité, sur le dénouement passé ou futur d'un litige n'est pas l'œuvre exclusive des juges de Strasbourg, mais constitue le fruit d'un dialogue dans lequel les juges français ont progressivement pris toute leur part²¹⁴².

576. La détermination du champ d'application de l'article 6-1 dépassant de loin le cadre de cette étude, on se bornera ici à en rappeler les lignes directrices concernant le droit public français. On sait que l'invocabilité de l'article 6-1 se limite, d'une part, aux contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, ce qui inclut les litiges pécuniaires intéressant les fonctionnaires, mais non ceux relatifs à des obligations de nature fiscale ou aux autres aspects du contentieux de la fonction publique²¹⁴³, et, d'autre part, au bien-fondé de toute accusation en matière pénale, ce qui englobe l'ensemble des sanctions administratives présentant le caractère d'une punition²¹⁴⁴.

Dans le même ordre d'idées, les justiciables susceptibles de se prévaloir du droit à un procès équitable peuvent tout à fait être des personnes morales de droit public investies de prérogatives de puissance publique, pourvu qu'elles n'agissent pas en tant qu'autorité de l'État²¹⁴⁵.

Enfin, l'applicabilité de l'article 6-1 est étroitement liée à l'existence d'un litige, lequel doit être déjà né au moment de l'intervention du législateur. Cela signifie que le champ de cet article ne saurait, en principe, recouvrir des mesures qui anticiperaient, en quelque sorte, un procès non encore né. Pour autant, le jeu de cet article ne se limite pas exclusivement aux procédures contentieuses déjà engagées. Il

²¹⁴² Voir, en ce sens, J. MASSOT, fasc. préc., p. 9, n° 40 ; L. MILÀNO, art. préc., p. 448 ; X. PRÉTOT, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », préc., p. 23 ; V. SOMMACCO, art. préc., p. 2795.

²¹⁴³ Cf., respectivement, les arrêts de principe, CE, 26 novembre 1999, *Guénoun*, req. n° 184.474, Rec., T., p. 726, *BDCF*, 2000, n° 1, p. 35 et *RDF*, 2000, n° 14, p. 628, concl. J. COURTIAL, *RJF*, 2000, n° 2, p. 90, chr. E. MIGNON ; CEDH, 12 juillet 2001, *Ferrazzini c/ Italie*, req. n° 44759/98, § 25-30, Rec. 2001-VII, *AJDA*, 2001, n° 12, p. 1060, chr. J.-F. FLAUSS, *JCP G*, 2002, n° 3, p. 128, chr. F. SUDRE, *JDI*, 2002, n° 1, p. 261, note P. TAVERNIER, *RDF*, 2002, n° 10, p. 438, note L. GÉRARD, *RJF*, 2002, n° 1, p. 3, chr. J. MAÏA, *RRJ*, 2003, n° 2, p. 1493, étude E. de CROUY-CHANEL ; CE, 21 décembre 2001, *SCI Le Complexe*, req. n° 211.663, Rec., p. 663, *BDCF*, 2002, n° 3, p. 12 et *BJDU*, 2002, n° 1, p. 27, concl. J. COURTIAL, *RDF*, 2002, comm. 461 (contentieux fiscal) ; Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, req. n° 140.032, Rec., p. 460, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 97, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD et p. 149, concl. C. BERGEAL ; CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, req. n° 28541/95, § 60-67, Rec., 1999-VIII, *AJDA*, 2000, n° 6, p. 530, chr. J.-F. FLAUSS, *D.*, 2000, SC, 181, obs. J.-F. RENUCCI, *Gaz. Pal.*, 21 et 23 mai 2000, n° 142 à 144, p. 26, note P. LAMBERT, *JCP G*, 2000, I, 203, chr. F. SUDRE et II, 10426, note T. GRAFFIN, *JDI*, 2000, n° 1 p. 139, obs. P. TAVERNIER, *LPA*, 17 mai 2000, n° 98, p. 7, note F. MELLERAY, *RDP*, 2000, n° 3, p. 617, note X. PRÉTOT et p. 711, chr. G. GONZALEZ, *RTDH*, 2000, p. 819, obs. P. WACHSMANN ; 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen c/ Finlande*, req. n° 63235/00, § 66, *AJDA*, 2007, n° 25, p. 1360, note F. ROLIN, et n° 35, p. 1918, chr. J.-F. FLAUSS, *AJFP*, 2007, n° 5, p. 246, note A. FITTE-DUVAL, *Dr. adm.*, 2007, n° 7, p. 31, note F. MELLERAY, *RFDA*, 2007, n° 5, p. 1031, note G. GONZALEZ (contentieux de la fonction publique). Pour un exposé critique en matière fiscale, voir É. J. VAN BRUSTEM, « L'article 6, § 1^{er} de la CESDH et le contentieux fiscal : une exclusion fondée sur une spécificité (de plus en plus) discutable », *RDF*, 2007, n° 46, p. 15.

²¹⁴⁴ Sur cette notion, cf., plus haut, p. 454, n° 365. Voir également, J. PETIT, note sous CE, Sect., 5 avril 1996, *Houdmond*, préc., *RFDA*, 1997, n° 4, p. 843, spéc. p. 862. La notion de punition au sens de la Convention européenne ne reçoit pas la même définition que celle adoptée par les juridictions française, dès lors qu'elle requiert également que la sanction ne concerne qu'une catégories d'individus et qu'elle peut reposer sur une norme générale de caractère préventif ou répressif (sur ce point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 702, n° 893 ; V. SOMMACCO, art. préc., 2787). Cf., par ex., CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, req. n° 12547/86, § 45-47, série A, n° 284, *AJDA*, 1994, n° 7-8, p. 511, chr. J.-F. FLAUSS, *RFDA*, 1995, n° 6, p. 1172, note H. LABAYLE et F. SUDRE ; CE, Sect., Avis, 31 mars 1995, *Ministre du budget c/ SARL Auto-industrie Méric*, préc. ; 27 février 2006, *Krempff*, req. n° 257.964, Rec., T., p. 801, *JCP E*, 2006, n° 35, p. 1449, note D. F., *RDF*, 2006, n° 29, p. 1420, concl. L. OLLÉON (sanctions fiscales).

²¹⁴⁵ CE, Sect., 29 janvier 2003, *Ville d'Annecy et Commune de Champagne-sur-Seine*, req. n° 247.909 et 248.894, Rec., p. 4 (2 esp.), concl. L. VALLÉE, *AJDA*, 2003, n° 12, p. 613, *BDCF*, 2003, n° 5, p. 33 et *RDF*, 2003, n° 29, p. 966, concl. L. VALLÉE, *Dr. adm.*, 2003, n° 4, p. 16, note V. TCHEN, *JCP A*, 2003, n° 29, p. 994, note O. DUBOS, *LPA*, 18 août 2003, n° 164, p. 3, note F. MELLERAY, *RDP*, 2004, n° 2, p. 545, note X. DUPRÉ DE BOULOIS, *RFDA*, 2003, n° 5, p. 961, note A. POTTEAU, *RJF*, 2003, comm. 582 (collectivités territoriales). Sur ce point, cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 714, n° 909.

peut être déclenché dès le stade de la réclamation présentée à l'administration, ce qui étend son invocabilité aux recours administratifs préalables obligatoires²¹⁴⁶.

577. S'il n'offre aucune protection en amont d'un litige, l'article 6-1 prémunit doublement l'exercice de la fonction juridictionnelle contre les ingérences rétroactives du pouvoir législatif. En aval du règlement d'un litige, le législateur ne saurait intervenir pour remettre en cause rétroactivement la chose définitivement jugée²¹⁴⁷. En cours de litige, le législateur ne saurait peser rétroactivement sur son issue sans rompre le principe de l'égalité des armes, tel qu'il se déduit des stipulations de l'article 6-1. Ce principe implique, en effet, que chaque partie ait la possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à la partie adverse. En changeant rétroactivement la « règle du jeu », le législateur rend le litige ingagnable ou rend vaine toute continuation des procédures, ce qui s'avère contraire audit principe et, plus largement, au droit à un procès équitable²¹⁴⁸. Par suite, le législateur ne saurait orienter de manière décisive l'issue du procès en modifiant rétroactivement la règle applicable ou en privant, de manière préventive, directement ou indirectement, la décision de justice à rendre de tout ou partie de ses conséquences. De même, il ne saurait pas davantage porter atteinte à la substance même du droit des requérants d'accéder à un tribunal en modifiant rétroactivement, en cours de procès, les règles de procédure applicables, de telle façon à rendre irrecevables leurs prétentions *ex post facto*²¹⁴⁹.

578. Dans un premier temps, les juridictions françaises ont d'abord fait une application prudente de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la compatibilité des ingérences rétroactives du législateur dans les procès en cours au regard du droit à un procès équitable²¹⁵⁰. Du moment qu'il a accepté de contrôler la conventionnalité de la loi au regard des exigences de l'article 6-1, le juge administratif a préféré aligné sa position sur celle adoptée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois de validation²¹⁵¹. La compatibilité de telles lois avec le

²¹⁴⁶ Sur le premier point, cf. CEDH, 29 août 2000, *Organisation nationale des syndicats d'infirmiers libéraux (ONSIL) c/ France*, req. n° 39981/98, pt. 1, Rec., 2000-IX ; CE, 29 décembre 2004, *Frette*, req. n° 265.846, Rec., T., p. 694 ; 6 février 2006, *Wessang*, req. n° 268.192, Rec., p. 59 (sol. impl.), *AJDA*, 2006, n° 18, p. 992, note P. SOUBIROUS ; Sect., Avis, 18 juillet 2006, *Ka*, req. n° 286.122, Rec., p. 350, *AJDA*, 2006, n° 33, p. 1833, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *Dr. adm.*, 2006, n° 12, p. 29, note A. TAILLEFAIT, *RFDA*, 2006, n° 6, p. 1201, concl. L. VALLÉE ; 7 février 2008, *Pottier*, req. n° 290.140. Sur le second point, cf., notamment, C. DEVYS, concl. sur CE, Ass., 27 mai 2005, *Provin*, req. n° 277.975, Rec., p. 212, *RFDA*, 2005, n° 5, p. 1003, spéc. p. 1008 ; G. ÉVEILLARD, « l'application de l'art. 6 CEDH à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, n° 10, p. 531, spéc. p. 535. Voir également, CEDH, 27 mai 2004, *OGIS-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille et autres c/ France*, req. n° 42219/98 et 54563/00, § 62, *JCP A*, 2004, n° 42, p. 1302, note C. GAUTHIER, *RDP*, 2005, n° 3, p. 755 (recours administratif préalable obligatoire).

²¹⁴⁷ La notion de prééminence du Droit, dont le principe de sécurité des rapports juridiques constitue un élément fondamental, implique que « la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause » (CEDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, req. n° 28342/95, § 61, Rec., 1999-VII, *JCP G*, 2000, I, 203, chr. F. SUDRE, *JDI*, 2000, p. 127, obs. S. RESTENCOURT). L'administration, quant à elle, ne saurait manquer d'exécuter la chose jugée par quelque juridiction que ce soit (CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, req. n° 18357/91, § 40, Rec., 1997-II, p. 511, *GACEDH* n° 32, *AJDA*, 1997, n° 12, p. 977, chr. J.-F. FLAUSS, *D.*, 1998, n° 8, p. 74, note N. FRICERO, *JCP G*, 1997, II, 22950, chr. F. SUDRE ; 14 décembre 1999, *Antonakopoulos, Vortsela, et Antonakopoulou c/ Grèce*, req. n° 37098/97, § 25, *JCP G*, 2000, I, 202, chr. F. SUDRE).

²¹⁴⁸ Cf., par ex., CEDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society, Leeds, Permanent Building Society and Yorkshire Building Society c/ Royaume-Uni*, préc., § 112 ; 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, req. n° 60796/00, § 33, *JCP G*, 2006, I, 164, chr. F. SUDRE.

²¹⁴⁹ CEDH, 19 décembre 1997, *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne*, Rec., 1997-VIII, p. 2945, *AFDI*, 1997, p. 573, chr. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; 27 mai 2003, *Crisan c/ Roumanie*, req. n° 42930/98, § 27.

²¹⁵⁰ Sur la position initiale du juge judiciaire concluant à l'inapplicabilité de l'art. 6-1 à des lois de validation, cf. Cass. Soc., 15 février 1995, *Préfet de la région Lorraine et autre*, pourv. n° 93-42.888, Bull. Civ. V, n° 58, p. 41, *AJDA*, 1995, n° 7-8, p. 579, note X. PRÉTOT ; Com., 16 mai 1995, *Société Sofral Sombac et autres c/ Directeur général des douanes et des droits indirects*, pourv. n° 93-14.196, Bull. Civ. IV, n° 142, p. 127. Voir également, X. PRÉTOT, « Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p. 17.

²¹⁵¹ Cf., en ce sens, CE, Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, préc. Voir également, du même jour, CE, Ass., Avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie c/ O.G.E.C. de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, req. n°

droit conventionnel à un procès équitable était acquise, notamment si le législateur avançait un motif d'intérêt général suffisant. Tel n'avait pas été, par exemple, le cas d'une mesure de validation qui n'avait d'autre justification que de préserver l'intérêt financier du maître de l'ouvrage de la concession du périphérique de Lyon²¹⁵².

579. Dans un second temps, les juridictions françaises se sont progressivement appropriées tant la terminologie que la grille d'analyse utilisées en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme, sans toutefois aller jusqu'à faire preuve d'un parfait mimétisme. C'est à l'occasion de l'affaire *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres contre France*, laquelle a vu la Cour de Strasbourg condamner pour non-respect de l'article 6-1 une loi de validation que le Conseil constitutionnel avait pourtant déclarée conforme à la Constitution, que la position de principe des juges européens a été fixée²¹⁵³. Il s'agit d'un contrôle en trois temps consistant à déterminer si la loi rétroactive réalise une ingérence dans les procès en cours, si l'immixtion du législateur dans le cours du procès est justifiée par un motif impérieux d'intérêt général et si elle est proportionnée par rapport au but poursuivi²¹⁵⁴.

580. Du côté du juge administratif, l'avis contentieux *Provin* marque la « mise au diapason » avec la jurisprudence de la Cour européenne, qu'il s'agisse des modalités ou de l'intensité du contrôle de compatibilité des lois rétroactives avec les exigences du droit à un procès équitable²¹⁵⁵.

S'agissant de l'applicabilité de l'article 6-1, le Conseil d'État a adopté la conception extensive que se fait la Cour de Strasbourg de la notion d'ingérence du législateur dans les procès en cours. En elle-même, la forme de l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice importe peu. Seule la finalité de la loi rétroactive et/ou son incidence sur le dénouement du litige en cause conduit à faire regarder celle-ci comme contraire aux prescriptions de l'article 6-1. Ce n'est donc pas le seul procédé de la validation législative, bien que celui-ci soit traité par le juge européen avec la plus grande circonspection, qui est visé, mais bien l'ensemble des lois rétroactives qui sont susceptibles d'être

188.530, Rec., p. 464, *RFDA*, 1998, n° 1, p. 160, concl. L. TOUVET, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 97, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD.

²¹⁵² CE, 28 juillet 2000, *M. Tête et Association du "Collectif pour la gratuité contre le racket"*, req. n° 202.798 et 202.872, Rec., p. 319, *AJDA*, 2000, n° 10, p. 796, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *BJDCP*, 2000, n° 13, p. 445 et *RFDA*, 2001, n° 1, p. 121, concl. H. SAVOIE. Pour une solution inverse, cf. CE, Avis, 16 février 2001, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, req. n° 226.155, Rec., p. 69, *AJDA*, 2002, n° 4, p. 341, note D. SABOURAULT, *BDCF*, 2001, n° 5, p. 60 et *CJEG*, 2001, n° 577, p. 254, concl. E. MIGNON : validation rétroactive de redevances aéroportuaires justifiée par le maintien de l'équilibre financier du service public.

²¹⁵³ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France*, préc., § 58.

²¹⁵⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 411, n° 252 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 220, n° 343. Cf., outre les ex. déjà cités, CEDH, 22 octobre 1997, *Papageorgiou c/ Grèce*, req. n° 24628/94, Rec., 1997-VI, p. 2277, *AFDI*, 1997, p. 578, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *D.*, 1998, SC, p. 208, obs. N. FRICÉRO, *Gaz. Pal.*, 1998, 2, p. 480, obs. C. PETTITI, *RGDIP*, 1998, p. 241, obs. J.-F. FLAUSS ; 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, préc., § 37.

²¹⁵⁵ Sur la soumission de la légitimité de l'ingérence rétroactive du législateur dans les procès en cours à l'exigence de « motifs impérieux d'intérêt général », cf. CE, 23 juin 2004, *Société "Laboratoires Genévrier"*, req. n° 257.797, Rec., p. 256, *RDSS*, 2004, n° 4, p. 914, note J. PEIGNÉ ; 5 juillet 2004, *Société Sud parisienne de construction*, req. n° 236.840, Rec., p. 291, *AJDA*, 2004, n° 40, p. 2216, note J.-P. MARKUS, *BJDCP*, 2005, n° 38, p. 27, concl. D. CASAS, obs. R. SCHWARTZ, *CMP*, 2004, n° 10, p. 33, note W. ZIMMER ; 7 juillet 2004, *Blaise et Association des fonctionnaires d'État des Télécommunications Région Rhône-Alpes*, req. n° 222.580 et 225.488, Rec., T., p. 576 ; Sect., Avis, 18 juillet 2006, *Ka*, préc. Sur l'adoption par le Conseil d'État de la grille d'analyse établie en la matière par la Cour européenne, voir CE, Ass., Avis, 27 mai 2005, *Provin*, préc., concl. C. DEVYS, *AJDA*, 2005, n° 26, p. 1455, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *JCP A*, 2005, n° 27, p. 1030 et *RFDA*, 2005, n° 5, p. 1003, concl. C. DEVYS, *RFDA*, 2005, n° 4, p. 893, note P. TERNEYRE ; N. BOULOUIS, concl. sur CE, Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, req. n° 314.449 et 314.580, à pub. au Leb., *RJEP*, 2011, n° 683, p. 41, spéc. pp. 44-45. Sur cette évolution, voir C. LANDAIS et F. LENICA, « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne par le Conseil d'État », *Dr. adm.*, 2005, n° 6, p. 8 ; J. MASSOT, fasc. préc., p. 10 et s., n° 45 et s. ; L. MILANO, art. préc., p. 452.

passées au crible du droit à un procès équitable²¹⁵⁶. En effet, comme il a été montré plus tôt, l'application de la loi aux procès en cours constitue nécessairement une marque de sa rétroactivité²¹⁵⁷. Le Conseil d'État s'est rangé à cette position en jugeant qu'une loi conférant un effet rétroactif à une règle nouvelle était susceptible d'être mise en cause au regard de l'article 6-1²¹⁵⁸.

De la même façon, la notion d'ingérence du législateur dans les procès en cours englobe non seulement les cas dans lesquels la disposition a pour objet d'imposer une solution au fond du litige, mais également ceux dans lesquels elle vise à écarter un moyen *a priori* fondé, tout en laissant intacte les chances pour la partie adverse d'obtenir gain de cause sur un autre terrain. C'est donc davantage le doute sur l'issue du litige qui importe pour déterminer s'il y a ingérence injustifiée dans un litige, la nature du vice de légalité couvert restant à cet égard relativement indifférente²¹⁵⁹. Il convient de remarquer que cette approche n'est pas naturelle pour le juge administratif français, ce dernier se montrant encore réticent à placer sur un même plan légalité externe et légalité interne²¹⁶⁰. De la même manière, le juge administratif adoptait, jusqu'à récemment encore, une démarche plus proche de celle du Conseil constitutionnel, s'attachant à vérifier que la loi rétroactive n'entraînait pas la validation totale de l'acte irrégulier, plutôt qu'à rechercher concrètement si celle-ci laissait ou non un doute sur l'issue du litige²¹⁶¹. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence administrative se trouve, sur ce dernier point, désormais en parfaite conformité avec l'analyse européenne.

S'agissant de l'appréciation de la légitimité de l'ingérence rétroactive du législateur dans le procès en cours, la haute juridiction administrative prend en compte, suivant en cela la Cour de Strasbourg, les conditions matérielles d'intervention de la loi, son contenu, ainsi que son effet. En particulier, l'une comme l'autre vérifient que l'intervention de la loi rétroactive était prévisible et qu'elle n'est pas survenue à un moment où la procédure a acquis un caractère définitif²¹⁶². Ainsi le juge

²¹⁵⁶ Sur le traitement particulier des validations législatives, cf. CEDH, 9 octobre 2003, *Acimovic c/ Croatie*, req. n° 61237/00, § 30, Rec., 2003-XI. Sur les différentes formes de lois rétroactives, cf., outre les lois de validation, CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, req. n° 1513/03, § 65-86 et *Maurice c/ France*, req. n° 11810/03, § 78 à 86, Rec., 2005-IX, *JCP A*, 2006, n° 6, p. 5, chr. O. DUBOS, *JCP G*, 2006, n° 5, p. 187, chr. F. SUDRE et n° 16, p. 795, note A. ZOLLINGER, *JDI*, 2006, n° 3, p. 1165, note I. MOULLIER, *RTDCiv.*, 2005, n° 4, p. 743, chr. J.-P. MARGUÉNAUD et p. 798, chr. T. REVET, *RTDH*, 2006, n° 67, p. 667, note F. BELLIVIER (lois rétroactives de fond) ; 14 février 2006, *Lecarpentier et autre c/ France*, req. n° 67847/01, *JCP G*, 2006, II, 10171, note M. THIOYE, *JCP E*, 2006, n° 38, p. 1565, note S. PIEDDELIÈVRE, *RDC*, 2006, n° 2, p. 289, note T. REVET, *RTDCiv.*, 2006, n° 2, p. 261, note J.-P. MARGUÉNAUD ; 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, préc., § 24 et 32 (loi interprétative). Voir également, L. MILANO, art. préc., p. 447.

²¹⁵⁷ Cf., plus haut, p. 63 et s., n° 95 et s. Si cela est toujours le cas s'agissant des lois de fond, il a été montré qu'une telle solution ne vaut pas systématiquement pour les lois de forme et de procédure.

²¹⁵⁸ CE, 5 juillet 2004, *Société Sud parisienne de construction*, préc. Pour un autre ex., cf. CE, Ass., 8 décembre 2000, *M. Hoffer et autres*, req. n° 199.072, 199.135 et 199.761, Rec., p. 584, *AJDA*, 2000, n° 12, p. 985, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *Dr. adm.*, 2001, n° 3, p. 29, note C. MAUGÜÉ, *RFDA*, 2001, n° 2, p. 454, concl. C. MAUGÜÉ, *RRJ*, 2002, n° 2, p. 1083, note L. BENOIT (loi de ratification d'ordonnances de l'art. 38).

²¹⁵⁹ CEDH, 9 octobre 2003, *Acimovic c/ Croatie*, préc., § 40 ; 21 juin 2007, *Scanner de l'Ouest lyonnais c/ France*, req. n° 12106/03, § 30. Sur la mise en œuvre de ce raisonnement par le juge administratif, cf. CE, 21 décembre 2007, *Fédération de l'hospitalisation privée*, req. n° 298.463, Rec., p. 532, *AJDA*, 2008, n° 41, p. 2280, note H. RIVAL ; Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, préc., concl. N. BOULOUIS, préc., *AJDA*, 2010, n° 43, p. 2416, chr. D. BOTTEGHI et A. LALLET, *CMP*, 2001, n° 1, p. 32, note P. DEVILLERS, *Dr. adm.*, 2011, n° 1, p. 24, note J. MARTIN et S. FERRARI, *RLCT*, 2011, n° 64, p. 35, note P. CAILLE.

²¹⁶⁰ Cf., par ex., CE, 2 novembre 2005, *Association Baie de la Moselle et Van Peteghem*, req. n° 260.922, Rec., T., p. 883, *BJDU*, 2005, n° 6, p. 449, concl. M.-H. MITJAVILLE ; 18 novembre 2009, *Société Établissements Pierre Fabre*, req. n° 307.862, Rec., T., p. 624, *BJCL*, 2009, n° 11, p. 769, concl. Y. STRUILLOU, *LPA*, 27 avril 2010, n° 83, p. 26, note R. BONNEFONT, *RJEP*, 2009, n° 674, p. 29, note G. PELLISSIER.

²¹⁶¹ Sur l'exigence constitutionnelle suivant laquelle la portée de la validation doit être limitée, cf., plus haut, p. 428, n° 540. Pour un ex., voir CE, 15 février 1999, *Ministre de la Santé publique et de l'Assurance maladie c/ "Clinique Lamarque"*, req. n° 170.846, Rec., T., p. 790.

²¹⁶² R. KELLER, concl. sur CE, 25 avril 2007, *Ministre des Transports de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer c/ Couegnat*, req. n° 296.661, Rec., p. 171, *RFDA*, 2007, n° 5, p. 1019, spéc. p. 1021 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. sous, CE, Ass., Avis, 27 mai

administratif s'attache-t-il à déterminer concrètement si les requérants pouvaient avoir pris connaissance de l'existence et du contenu de la loi rétroactive au moment où ils ont agi au contentieux, afin de déterminer si celle-ci a pu créer un effet d'aubaine dont ceux-là ont profité. Si la date de publication de la loi de validation constitue, en règle générale, la date de référence, l'approche *in concreto* adoptée par le juge pourrait l'amener à prendre en compte une autre date, telle celle de son adoption définitive par le Parlement, voire même celle de son adoption en Conseil des ministres²¹⁶³.

Ensuite, l'ingérence du législateur dans un procès en cours n'est justifiée que si elle répond à d'impérieux motifs d'intérêt général. En l'absence de théorie générale échafaudée par la Cour de Strasbourg, deux catégories de motifs apparaissent admissibles à ses yeux, autant qu'à ceux du Conseil d'État. Tel est le cas, en premier lieu, des motifs correspondant à la volonté de garantir d'autres droits protégés par la Convention, comme l'égalité de traitement ou la sécurité juridique, entendue comme la nécessité de combler un vide juridique ou de remédier aux conséquences d'un revirement de jurisprudence sur la prévisibilité des situations juridiques²¹⁶⁴. De même, le motif traduisant la volonté de remédier à une malfaçon de la loi ou de rétablir la volonté initiale du législateur en vue de contrecarrer un effet d'aubaine sont généralement regardés comme revêtant un caractère impérieux²¹⁶⁵. En revanche, un motif d'ordre financier ou tiré de difficultés d'ordre pratique ne saurait suffire, à lui seul, à légitimer l'immixtion du pouvoir législatif dans le fonctionnement de la justice, tout comme celui de réaliser dans les meilleurs délais une opération d'intérêt général²¹⁶⁶. Toute considération d'ordre financier n'est pas, pour autant, à exclure totalement de la motivation de l'ingérence du législateur au regard du droit à un procès équitable. Seulement, les conséquences financières alléguées doivent, pour être valablement prises en compte, être d'une envergure importante et entretenir un lien direct et certain avec les procédures juridictionnelles troublées par l'intervention rétroactive du législateur. En tout état de cause, le risque financier induit par la multiplication des contentieux doit faire l'objet d'une évaluation précise et crédible de la part de l'autorité publique²¹⁶⁷. Ainsi, si l'argument tiré de la mise en danger de

2005, *Provin*, préc., *AJDA*, 2005, n° 26, p. 1455, spéc. p. 1456 ; J. MASSOT, fasc. préc., p. 11, n° 46. L. MILANO, art. préc., p. 450. Cf., par ex., CE, 6 février 2006, *Wessang*, préc.

²¹⁶³ Sur la date à retenir pour apprécier le caractère certain de l'intervention du législateur, cf. CE, 6 février 2006, *Wessang*, préc. (adoption de la loi en Conseil des ministres) ; 25 avril 2007, *Ministre des Transports de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer c/ Couegnat*, préc., concl. R. KELLER, préc., *JCP A*, 2007, n° 31, p. 24, note D. JEAN-PIERRE (date d'entrée en vigueur de la loi) ; 27 février 2006, *Krempff*, préc. ; Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly et autres*, req. n° 290.604, 290.605, 291.809 et 291.810, Rec., p. 112, *AJDA*, 2009, n° 44, p. 2443, chr. P.-A. JEANNENEY, *AJDI*, 2006, n° 9, p. 655, note R. HOSTIOU, *BJCP*, 2009, n° 65, p. 287, *RFDA*, 2009, n° 3, p. 463 et *RJEP*, 2009, n° 667, p. 16, concl. N. BOULOUIS, *JCP A*, 2009, n° 37, p. 42, note O. GUILLAUMONT, *RDI*, 2006, n° 4, p. 209, note L. MARION, *RJEP*, 2009, n° 667, p. 16, concl. N. BOULOUIS (date de publication de la loi). Cette appréciation n'est pas sans rappeler la pratique du *Fair announce* en matière fiscale et sociale.

²¹⁶⁴ CEDH, 27 mai 2004, *OGIS-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille et autres c/ France*, req. n° 42219/98 et 54563/00, préc., § 68-72 ; 18 décembre 2008, *Unedic c/ France*, req. n° 20153/04, § 72-78. Cf., dans le même sens, CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c/ Préaud*, préc. (sol. *a contrario*) ; 7 juillet 2004, *Blaise et Association des fonctionnaires d'État des Télécommunications Région Rhône-Alpes*, préc. (égalité de traitement) ; 27 février 2006, *Krempff*, préc. ; 3 septembre 2008, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Colly Bombled*, req. n° 277.755, Rec., T., p. 597, *RDF*, 2008, n° 44-45, p. 32, concl. P. COLLIN (conséquences d'un revirement de jurisprudence). Voir également, L. MILANO, art. préc., p. 450.

²¹⁶⁵ CEDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society*, préc., § 109. Cf., dans le même sens, CE, 2 novembre 2005, *Association Baie de la Moselle et Van Peteghem*, préc. ; 18 novembre 2009, *Société Établissements Pierre Fabre*, préc.

²¹⁶⁶ Sur le premier point, cf. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France*, préc., § 59 ; 9 janvier 2007, *Arnolin et autres c/ France*, req. n° 20127/03, § 76, *JCP E*, 2007, n° 29, p. 43, note J. RAYNAUD, *RDSS*, 2007, n° 2, p. 315, note D. BOULMIER. Cf., dans le même sens, CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, req. n° 279.522, Rec., p. 78, *AJDA*, 2007, n° 11, p. 585, chr. F. LENICA et J. BOUCHER, *Dr. adm.*, 2007, n° 3, p. 29 et n° 5, p. 9, étude M. GAUTIER et F. MELLERAY, *Europe*, 2007, n° 3, p. 5, note D. SIMON, *JCP A*, 2007, n° 14, p. 45, note C. BROUELLE, *JCP G*, 2007, II, 10045, note M.-C. ROUAULT, *LPA*, 7 août 2007, n° 157, p. 11, note M. CANEDO-PARIS, *RFDA*, 2007, n° 2, p. 361, concl. L. DEREPAIS et n° 4, p. 789, note M. CANEDO-PARIS, *RTDH*, 2007, n° 71, p. 909, note F. LEMAIRE ; 25 avril 2007, *Ministre des Transports de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer c/ Couegnat*, préc. Sur le second point, voir CE, Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly et autres*, préc.

²¹⁶⁷ Sur le premier point, voir R. KELLER, concl. préc., p. 1022 ; H.-M. MITJAVILLE, concl. sur CE, 2 novembre 2005, *Association Baie de la Moselle et Van Peteghem*, préc., *BJDU*, 2005, n° 6, p. 449, spéc. p. 451. Sur le second point, voir CEDH, 21 juin 2007, *Scanner de l'Ouest lyonnais c/ France*, préc., 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, préc., § 37.

l'équilibre financier d'un ou plusieurs service(s) public(s) résultant de la multiplication des contentieux est régulièrement invoqué pour justifier l'ingérence rétroactive du législateur, il ne trouve que très rarement grâce devant le juge européen. En revanche, le juge administratif se montre, pour sa part, davantage réceptif à pareille argumentation émanant de l'autorité publique²¹⁶⁸.

Enfin, le juge administratif a franchi une nouvelle étape dans la concrétisation de son contrôle de compatibilité des lois rétroactives avec les exigences de l'article 6-1 en acceptant d'apprécier l'adéquation du motif d'intérêt général avancé par le législateur par rapport aux données de l'espèce²¹⁶⁹. Suivant la formule du rapporteur public M. Boulouis dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de Palavas-les-Flots*, « c'est au regard de [tel] procès dont le juge est saisi qu'il doit se déterminer sur l'applicabilité de la loi et de sa conventionnalité »²¹⁷⁰. C'est ainsi que le Conseil d'État a jugé, dans cette affaire, que le principe de continuité du service public ne pouvait servir à justifier, au regard de l'article 6-1, l'intervention du législateur dans un litige mettant en cause les conséquences indemnitaires de la résiliation de contrats portant exécution d'un service public local. De fait, à la date à laquelle la loi de validation était intervenue, l'exécution de ces contrats avait cessé depuis plusieurs années. Le motif tiré de la nécessité d'assurer la continuité du service public n'était donc pas pertinent pour légitimer l'immixtion du législateur dans un procès portant sur des contrats antérieurement résiliés²¹⁷¹. Il convient donc de distinguer parmi les lois rétroactives inconvictionnelles celles qui le sont par leur objet de celles qui le sont du fait de leur application. Dans le premier cas, l'inconvictionnalité du contenu même de la loi empêche son application un quelconque litige. Dans le second cas, si l'application de la loi à certains litiges s'avère inconvictionnelle, il peut en aller autrement pour d'autres, pour peu que le motif d'intérêt général invoqué soit en adéquation avec les données du litige.

581. Du côté du juge judiciaire, l'alignement sur la position de la Cour de Strasbourg en matière de contrôle des lois rétroactives au regard des exigences du droit à un procès équitable a, peu ou prou, suivi la même trajectoire²¹⁷². Si l'adoption par la Cour de cassation de la terminologie de la jurisprudence européenne, ainsi que son ralliement à la conception extensive que les juges de Strasbourg se font de la notion d'ingérence du législateur dans les procès en cours, a été plus rapide que pour le juge administratif, on ne peut pas en dire autant de l'intensité du contrôle exercé sur la légitimité de l'immixtion législative dans l'administration de la justice. Dès 2001, la chambre sociale de la Cour de cassation a écarté l'application de la loi « Aubry » sur la réduction du temps de travail, laquelle remettait en cause une jurisprudence favorable aux requérants, en estimant que celle-ci ne répondait pas à un

²¹⁶⁸ Comp. CE, 23 juin 2004, *Société "Laboratoires Genévrier"*, préc. et CEDH, 21 juin 2007, *SCM Scanner de l'Ouest lyonnais et autres c/ France*, req. n° 12106/03, § 31. Pour d'autres ex., cf. CE, 27 février 2006, *Krempff*, préc. ; 3 septembre 2008, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Colly Bombed*, préc.. Pour un ex. de rejet d'un tel motif, cf. CE, 21 décembre 2007, *Fédération de l'hospitalisation privée*, préc.

²¹⁶⁹ Sur l'évolution en ce sens de la jurisprudence, cf. CE, 29 décembre 2004, *Frette*, préc. ; 6 février 2006, *Wessang*, préc. ; Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc. ; Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly et autres*, préc.

²¹⁷⁰ N. BOULOUIS, concl. préc., p. 45.

²¹⁷¹ CE, Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, préc.,

²¹⁷² Sur l'invocabilité de l'article 6-1 devant le juge judiciaire, voir Cass. Soc., 8 juin 2000, *Clinique Ambroise Paré c/ CPAM du Haut-Vivarais et autres et Polyclinique Marchand c/ Caisse de prévoyance et de retraite SNCF*, pourv. n° 99-11.471 et 99-11.672, Bull. Civ. V, n° 225, p. 175 (deux esp.) ; Civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, *Époux Lecarpentier c/ SA Royal Saint-Georges Banque*, préc. et, du même jour, *SA Crédit Lyonnais c/ Époux Saint-Adam*, pourv. n° 97-22.394 et 98-19.319, Bull. Civ. I, n° 191, p. 123 ; Com., 20 novembre 2001, *SARL Civa*, préc. Voir M.-C. ALEXIS et J.-F. ROUX, « Éclairage sur une pratique contestable : les lois de validation affectant les intérêts des consommateurs », *Contrats-Concurrence-Consommation*, 2001, n° 7, chr., pp. 6-8 ; X. PRÉTOT, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », préc., pp. 29-30.

motif impérieux d'intérêt général²¹⁷³. Bien que la solution d'espèce ait été infirmée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, cette dernière n'en a pas moins entériné la réception des critères dégagés par la Cour de Strasbourg pour apprécier la compatibilité de l'intervention du législateur dans les procès en cours avec l'article 6-1. Au cas d'espèce, la Cour de cassation a estimé que la loi de validation répondait à d'impérieux motifs d'intérêt général, dès lors que le législateur entendait remédier aux conséquences d'un revirement de jurisprudence, dont les effets étaient de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale²¹⁷⁴. Le juge judiciaire a ensuite étendu son contrôle de conventionnalité au regard des exigences du droit à un procès équitable à d'autres catégories de lois que les validations législatives en jugeant que l'article 6-1 était applicable quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi²¹⁷⁵. Outre la limitation des effets d'un revirement de jurisprudence, le juge judiciaire admet, suivant en cela la jurisprudence européenne, la légitimité de la volonté du législateur de rétablir rétroactivement un texte abrogé par erreur²¹⁷⁶. En revanche, le contrôle exercé par le juge judiciaire sur les motifs avancés par le législateur pour justifier son immixtion dans l'administration de la justice apparaît moins approfondi, dès lors que celui-là se contente d'apprécier *in abstracto* la légitimité de ceux-ci. L'absence de réel examen de la pertinence du moyen invoqué par rapport aux données de l'espèce rend fragile la position du juge judiciaire par rapport aux exigences posées par la jurisprudence européenne, alors même que le premier prétend surpasser, du moins en apparence, la seconde tant dans la détermination du champ d'application de l'article 6-1 que dans l'acceptation des justifications avancées par le législateur²¹⁷⁷. Les prises de position de la Cour de cassation en la matière ont reçu un accueil sceptique de la part de la doctrine, en l'absence de certitude

²¹⁷³ Cass. Soc., 24 avril 2001, *Association "Être enfant au Chesnay" c/ Teki*, pourv. n° 00-44.148, Bull. Civ. V, n° 130, p. 101, *D.*, 2001, n° 30, p. 2445, note J. K. ADOM, *Dr. Soc.*, 2001, n° 6, p. 583, concl. S. KEHRIG et n° 7-8, p. 723, note J.-P. LHERNOULD, *RDSS*, 2002, n° 1, p. 98, note O. POINSOT, *RFDA*, 2001, p. 1055, note J.-Y. FROUIN et B. MATHIEU.

²¹⁷⁴ Cass. Plén., 24 janvier 2003, *Mme Anger et autres c/ Association de Promotion des handicapés dans le Loiret (APHL)*, pourv. n° 01-41.757, Bull. A. P., n° 1, p. 1, *D.*, 2003, n° 25, p. 1648, note S. PARICARD-PIOUX, *Dr. Soc.*, 2003, n° 4, p. 373, note J. MERLIN et p. 430, note X. PRÉTOT, *RTDCiv.*, 2004, n° 2, p. 471, chr. J.-P. MARGUÉNAUD et J. RAYNARD. Toute considération d'ordre financier n'était, du reste, pas étrangère à cette affaire. Sur ces différents points, voir B. MATHIEU, art. préc., pp. 473-474. Cf., dans le même sens, Cass. Soc., 18 mars 2003, *Association pour la réalisation d'actions sociales spécialisées (ARASS) c/ Guéguan*, pourv. n° 01-40.911, Bull. Civ. V, n° 100, p. 96.

²¹⁷⁵ Cass. Plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer c/ Société Castorama*, pourv. n° 03-13.617, Bull. A. P., n° 2, p. 2, *LPA*, 28 avril 2005, n° 84, p. 8, note G. MECCARELLI et 22 juillet 2005, n° 145, p. 12, note S. CHASSAGNARD, *RTDCiv.*, 2004, n° 3, p. 598, chr. P. DEUMIER, *RJS*, 2004, n° 5, p. 343, note X. PRÉTOT ; Civ. 3^e, 7 avril 2004, *Société Socome c/ SCI La Dame du Rhône*, pourv. n° 02-20.401, Bull. Civ. III, n° 81, p. 75, *LPA*, 22 juillet 2005, n° 145, p. 12, note S. CHASSAGNARD, *RTDCiv.*, 2004, n° 3, p. 596, chr. P. DEUMIER ; 22 janvier 2009, pourv. n° 07-21.063, Bull. Civ. I, n° 8 (lois interprétatives) ; Com., 14 décembre 2004, *Vidal Soler c/ Teillard d'Évry*, pourv. 01-10.780, Bull. Civ. IV, n° 227, p. 257, *D.*, 2005, n° 2, p. 146, note A. LIENHARD, *Procédures*, 2005, n° 3, p. 17, note R. PERROT (lois rétroactives de fond). Voir également, B. MATHIEU, « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot (À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004) », *RFDA*, 2004, n° 2, p. 224, spéc. p. 226.

²¹⁷⁶ Sur le premier cas, cf. B. MATHIEU, « Remarques sur un conflit de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique (À propos de la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 janvier 2003) », préc., p. 472. Sur le second cas, cf. Cass. Com., 14 décembre 2004, *Vidal Soler c/ Teillard d'Évry*, préc.

²¹⁷⁷ Sur le premier point, cf. Cass. Plén., 14 juin 1996, *Kloeckner c/ Direction générale des impôts*, pourv. n° 93-21.710, Bull. A. P., n° 5, p. 9, *Gaz. Pal.*, 31 décembre 1997, n° 365, p. 2, note É. GICQUEL : applicabilité de l'article 6-1 au contentieux fiscal, alors que la Cour européenne des droits l'homme et le Conseil d'État s'y refusent (cf. également, J. MASSOT, fasc. préc., p. 10, n° 43). Sur le second point, cf. CEDH, 25 novembre 2010, *Lilly France c/ France (n° 2)*, req. n° 20429/07, *AJDA*, 2011, n° 16, p. 897, chr. L. BUGORGUE-LARSEN : condamnation par la Cour de Strasbourg d'une loi de validation dont le juge judiciaire avait pourtant estimé qu'elle était justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général et, en tant que telle, déclarée compatible avec les exigences de l'art. 6-1. Cf. les points de vue critiques de J. LAMARQUE, « Validation et Convention européenne des droits de l'homme : la bonne aubaine », note sous Cass. Com., 20 novembre 2001, *SARL Civa*, préc., *RFDA*, 2002, n° 4, p. 791, spéc. pp. 794-795 ; B. MATHIEU, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, *Époux Lecarpentier c/ SA Royal Saint-Georges Banque*, *RFDA*, 2000, n° 6, p. 1189, spéc. p. 1205.

sur le bien-fondé de l'admission ou du refus par le juge judiciaire des motifs d'intérêt général présentés devant lui²¹⁷⁸.

582. Conclusion du 2^o. Originellement inspiré par le principe de séparation des pouvoirs et la jurisprudence constitutionnelle, le contrôle du juge français sur les ingérences rétroactives du législateur dans la fonction juridictionnelle a évolué, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, vers une logique davantage orientée vers la garantie des droits des justiciables. Ce glissement a débouché sur le développement d'un raisonnement résolument finaliste par le juge dans le cadre de son contrôle exercé au titre de l'article 6-1, ce dernier devenant plus rigoureux mais aussi plus subjectif. En effet, dès lors qu'il accepte d'exercer un droit de regard sur le bien-fondé du but poursuivi par l'intervention du législateur dans les procès en cours, le juge est inévitablement amené à substituer sa propre vision de l'intérêt général à celle de l'auteur de la loi rétroactive²¹⁷⁹. On pourra, sans doute à raison, contester ce pouvoir que s'est arrogé le juge dans le cadre de son « office européen », notamment du point de vue de la légitimité démocratique. Dans la tradition juridique française, la définition de l'intérêt général appartient à l'autorité investie de cette légitimité, c'est-à-dire au Parlement, et à nulle autre. Il n'en reste pas moins que la conséquence de l'encadrement resserré des lois rétroactives opéré par le juge sur le fondement du droit conventionnel à un procès équitable fait progressivement échapper le pouvoir de rétroactivité des mains de son détenteur légitime.

Un même constat peut être dressé à propos de la protection accordée par la Convention européenne des droits de l'homme au droit au respect des ses biens contre les ingérences du législateur, en particulier lorsqu'elles sont opérées avec effet rétroactif.

2^o) La protection contre l'ingérence rétroactive du législateur dans les droits patrimoniaux antérieurement constitués

583. En consacrant le droit au respect de ses biens, l'article 1^{er} P1 de la Convention européenne des droits de l'homme s'oppose à ce que le législateur puisse porter rétroactivement atteinte aux droits patrimoniaux antérieurement constitués. De cette stipulation, la Cour européenne a tiré trois normes protectrices du droit de propriété qu'il convient de concilier avec les prérogatives de l'État²¹⁸⁰. La première consacre, de manière générale, le droit au respect des biens, tandis que les deux suivantes

²¹⁷⁸ J. LAMARQUE, note préc. ; O. POINSOT, note sous Cass. Soc., 24 avril 2001, *Association "Être enfant au Chesnay" c/ Teki, RDSS*, 2002, n° 1, p. 98 ; P. MALINVAUD, art. préc., pp. 682-685 ; L. MILÀNO, art. préc., pp. 452-453.

²¹⁷⁹ Sur le premier point, cf. L. MILÀNO, art. préc., p. 454. Sur le second point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 716, n° 911 ; B. MATHIEU, « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot (À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004) », préc., p. 228 et « Remarques sur un conflit de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique (À propos de la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 janvier 2003) », préc., pp. 474-475 ; P. MALINVAUD, « L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives », préc., p. 691.

²¹⁸⁰ CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, req. n° 7151 et 7152/75, série A, n° 52, § 69 ; 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, req. n° 17849/91, série A, n° 332, § 38, *AFDI*, 1995, p. 501, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *AJDA*, 1996, n° 5, p. 390, chr. J.-F. FLAUSS, *Cah. dr. euro.*, 1997, p. 691, obs. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Gaz. Pal.*, 1996, 2, p. 536, note C. PETTITI, *JCP G*, 1996, I, 3910, chr. F. SUDRE, *JDI*, 1996, p. 259, obs. P. TAVERNIER, *RTDCiv.*, 1996, p. 1018, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *RTDH*, 1996, p. 577, obs. M. VERDUSSEN et S. DEPRÉ, *RUDH*, 1996, p. 27, obs. F. SUDRE. Voir également, C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c/ Préaud*, req. n° 219.312, Rec., p. 345, *RFDA*, 2001, n° 5, p. 1047, spéc. p. 1052 ; A. LIÈVRE-GRAVERAUX, *La rétroactivité de la loi fiscale : une nécessité en matière de procédures*, Paris, L'Harmattan, coll. Finances publiques, 2007, p. 149 ; É. J. VAN BRUSTEM, « Les lois rétroactives et la Convention EDH. À la recherche de l'équilibre entre l'espérance légitime du contribuable et l'ingérence du législateur en raison d'impérieux motifs d'intérêt général », *RDF*, 2009, n° 25, p. 9, spéc. p. 11.

prescrivent les garanties offertes en cas de privation de propriété ou d'intervention de l'État dans le droit de propriété pour en réglementer l'usage ou assurer le paiement des impôts. Le champ de la protection conventionnelle accordée à la propriété contre les éventuelles ingérences, fussent-elles rétroactives, du législateur s'avère plus large que celui du droit à un procès équitable, notamment en ce qu'elle touche la matière fiscale dans son ensemble²¹⁸¹ et qu'elle ne dépend aucunement de l'existence d'un litige. Par ailleurs, elle couvre aussi bien les atteintes portées à des situations antérieurement constituées qu'à des situations en cours ou à venir²¹⁸². Ainsi, toute loi affectant, avec effet rétroactif ou non, la substance du droit de propriété doit, sauf à être inconventionnelle, répondre aux exigences posées par l'article 1^{er} P1. S'agissant des lois rétroactives en particulier, il convient de préciser que, de la même manière que pour l'application de l'article 6-1, il n'y a pas lieu de distinguer selon le procédé de rétroactivité employé. Toute loi rétroactive, quelle que soit sa forme, peut être passée au crible des exigences de l'article 1^{er} P1²¹⁸³.

584. Après avoir admis d'apprécier la conventionnalité des lois rétroactives au regard desdites exigences, le juge administratif a progressivement fait sienne la grille de lecture adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il s'agisse du champ du contrôle ou de sa mise en œuvre²¹⁸⁴.

La notion de « biens », dont la Cour européenne a une conception autonome et particulièrement extensive, contribue à étendre considérablement le nombre des lois rétroactives entrant dans le champ de l'article 1^{er} P1 et ce, à un double point de vue. D'une part, la notion de biens au sens de cette stipulation inclut non seulement tous droits à caractère patrimonial, mais également d'autres droits susceptibles de représenter une « valeur patrimoniale », tels les créances détenues à l'égard de l'État²¹⁸⁵. Ainsi le juge administratif a-t-il admis que les stipulations de l'article 1^{er} P1 puissent être invoquées à l'encontre de lois remettant rétroactivement en cause tour à tour des droits à pension de fonctionnaires, des créances en matière fiscale ou sociale ou, plus largement, des droits à indemnisation de nature délictuelle ou contractuelle antérieurement constitué(e)s²¹⁸⁶.

²¹⁸¹ CE, 16 mai 1990, *Gonzalez de Gaspard*, req. n° 88.782 et 95.932, Rec., p. 126, *RDF*, 1998, n° 48, comm. 2209, *RJF*, 1990, n° 825 (contentieux de l'assiette) ; Sect., 25 avril 2001, *Société Parfival*, req. n° 213.460, Rec., p. 208, concl. J. COURTIAL, *BDCF*, 2001, n° 7, p. 62 et *RDF*, 2001, n° 29, p. 1152, concl. J. COURTIAL, *RDF*, 2002, n° 29, p. 1069, note A. TAILLEFAIT, *RFDA*, 2001, n° 5, p. 991, note J. CLERCKX, *RJF*, 2001, n° 7, p. 611, chr. J. MAÏA (contentieux du recouvrement). Sur ce point, voir M. COLLET, « Les bienfaits du "dialogue des juges". Remarques sur la mise en œuvre par le juge fiscal des articles 14 de la Convention EDH et 1^{er} de son premier protocole additionnel », *RDF*, 2006, n° 51, p. 2179 ; É. J. VAN BRUSTEM, art. préc., p. 11. Comme on le verra plus loin, la loi n'est plus seule concernée, les revirements de jurisprudence le sont également (cf., p. 596, n° 760).

²¹⁸² C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1456.

²¹⁸³ CEDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society, Leeds, Permanent Building Society and Yorkshire Building Society c/ Royaume-Uni*, préc., § 55 et 104 (loi de validation) ; 14 décembre 1999, *Antonakopoulos, Vortsela, et Antanokopoulou c/ Grèce*, req. n° 37098/97, § 24, *JCP G*, 2000, I, 202, chr. F. SUDRE (loi de prescription rétroactive) ; 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, préc. et *Maurice c/ France*, préc. (lois rétroactives de fond).

²¹⁸⁴ Sur l'invocabilité de l'art. 1^{er} P1, cf. CE, Ass., Avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie c/ O.G.E.C. de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, préc. ; 16 janvier 2006, *SCI du Parc de Vallauris*, req. n° 266.267, Rec., T., p. 877, *BDCF*, 2006, n° 4, p. 70 et *RDF*, 2006, n° 25, p. 1235, concl. L. VALLÉE, *RJF*, 2006, comm. 448. Sur les éléments du contrôle de compatibilité avec l'art. 1^{er} P1, voir C. DEVYS, concl. sur CE, Ass., Avis, 27 mai 2005, *M. Provin*, préc., pp. 1011-1012 ; N. ESCAUT, concl. sur CE, 19 novembre 2008, *Société Getecom*, préc., *RDF*, 2009, n° 6, p. 61, spéc. p. 64.

²¹⁸⁵ À la condition que la créance soit suffisamment établie pour être exigible (CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, préc. Cf., par ex., CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, préc. (créance contractuelle) ; 16 avril 2002, *SA Dangeville c/ France*, req. n° 36677/97, § 44-48, Rec., 2002-III, *RJF*, 2002, n° 7, comm. 889 (créance fiscale). Pour d'autres ex., voir CEDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c/ Irlande*, req. n° 12742/87, § 35, série A, n° 222 (projet immobilier fondé sur un certificat d'urbanisme). Cf., dans le même sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, *Époux Lecarpentier c/ SA Royal Saint-Georges Banque et SA Crédit Lyonnais c/ Époux Saint-Adam*, préc. et la note de M.-L. NIBOYET sous cette décision, *D.*, 2000, n° 33, p. 699, spéc. pp. 701-702.

²¹⁸⁶ Cf., respectivement, CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Mme Lipietz et autres*, préc. ; Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Diop*, req. n° 212.179, Rec., p. 605, *GAJA* n° 108, *AJDA*, 2001, n° 12, p. 1039, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *AJFP*, 2002, n° 3, p. 29, note L. MONIOLLE et L. COMBET, *LPA*, 12 avril 2002, n° 74, p. 13, note B. VIAL et 18 juin 2002, n° 121, note O. FÉVROT, *RDSS*, 2002, n° 3, p. 611, note I. DAUGAREILH, *RFDA*, 2002, n° 3, p. 573, concl. J. COURTIAL, *RGDIP*, 2002, n° 1, p. 207, note F. POIRAT et A. GESLIN, *RJS*, 2002, n° 2, p.

D'autre part, la protection des droits patrimoniaux ne se limite pas aux seuls biens actuels, mais englobe également l'espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un tel droit. Selon la Cour européenne, pour qu'une « créance virtuelle », c'est-à-dire ni constatée ni liquidée par une décision judiciaire, se voie reconnaître une valeur patrimoniale susceptible de protection, au titre de l'article 1^{er} P1, contre l'ingérence rétroactive du législateur, il faut qu'elle dispose d'une base suffisante en droit interne. Tel n'est pas le cas lorsqu'il existe une controverse sur le droit applicable ou que ce dernier est rendu instable par des modifications fréquentes ou inattendues²¹⁸⁷.

Ce n'est que récemment que le juge administratif a accepté, suivant en cela de plusieurs années son homologue judiciaire²¹⁸⁸, de faire application de la notion d'espérance légitime pour apprécier la compatibilité d'une loi rétroactive avec les stipulations de l'article 1^{er} P1. Dans un arrêt *Société Getecom*, la haute juridiction administrative a reconnu l'espérance légitime d'un contribuable d'obtenir la décharge de son imposition sur le fondement d'un revirement de jurisprudence abandonnant le principe d'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit, ce qui aurait permis à l'intéressé d'obtenir la correction des écritures de ce même bilan. Toutefois, le Conseil d'État a estimé qu'en l'espèce, le requérant ne pouvait se prévaloir d'un droit à valeur patrimoniale suffisamment établi pour faire jouer la garantie de l'article 1^{er} P1 à l'encontre d'une loi de validation contrecarrant cette jurisprudence nouvelle. Le législateur était, en effet, rapidement intervenu après la décision *SARL Ghesquière Équipement* pour rétablir, avec effet rétroactif, l'ancienne règle d'intangibilité et le gouvernement avait fait connaître, avant même le dépôt du projet de loi devant le Parlement, son intention d'en limiter les conséquences²¹⁸⁹. Ce ralliement tardif à s'explique aisément. La notion d'espérance légitime – que l'on peut rapprocher de celle de confiance légitime consacrée par le droit de

109, J.-P. LHERNOULD, *RTDH*, 2003, n° 53, p. 299, note P. WACHSMANN ; 21 décembre 2001, *SCI Le Complexe*, préc. ; Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Draon*, req. n° 250.167, Rec., p. 423, *AJDA*, 2003, n° 6, p. 283, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *JCP A*, 2003, n° 6, p. 129, étude G. CHAVRIER, *JCP G*, II, 2003, p. 285, note P. MALAURIE, *RFDA*, 2003, n° 2, p. 339, note J. PETIT ; 5 juillet 2004, *Société Sud parisienne de construction*, préc. ; 7 juillet 2004, *SCI du 62 avenue Marceau*, req. n° 210.687, *RDF*, 2004, comm. 924, *RJF*, 2004, n° 998 ; 29 décembre 2004, *Frette*, préc. ; 19 novembre 2004, *Sarget*, req. n° 262.298, Rec., T., p. 697 ; Ass., Avis, 27 mai 2005, *Provin*, préc. Pour d'autres ex., cf. CAA Lyon, 24 mars 2002, *Communauté urbaine de Lyon*, req. n° 02LY00292, *AJDA*, 2002, n° 6, p. 552, note F. PRIET, *BJDU*, 2002, n° 2, p. 98, concl. E. LASTIER et obs. B. POUJADE, *RDI*, 2002, n° 3, p. 248, note P. SOLER-COUTEAUX. Sur la question, voir F. BOUYSSOU, « Respect du droit de propriété et droit de l'urbanisme », *AJDA*, 2003, n° 40, p. 2135 ; R. HOSTIOU, « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2009, n° 1, p. 17.

²¹⁸⁷ Autrement dit, l'espérance légitime doit résulter d'une disposition légale ou d'une jurisprudence constante. Outre les ex. déjà cités, cf. CEDH, 28 septembre 2004, *Kopecky c/ Slovaquie*, req. n° 44912/98, § 35 et § 48 à 52, Rec., 2004-IX, *AJDA*, 2005, n° 10, p. 541, chr. J.-F. FLAUSS, *D.*, 2005, J., p. 870, note C. BÎRSAN et J.-F. RENUCCI, *JCP G*, 2005, I, 103, chr. F. SUDRE, *JDE*, 2005, n° 116, p. 39, chr. P. LAMBERT, *JDI*, 2005, n° 2, p. 550, obs. P. TAVERNIER ; 19 octobre 2004, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Nord de France c/ France*, req. n° 58867/00, *RJF*, 2005, n° 209 ; CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, préc., § 65-86 et *Maurice c/ France*, préc., § 78 à 86. Voir également, N. ESCAUT, concl. sur CE, 19 novembre 2008, *Société Getecom*, req. n° 292.948, Rec., p. 425, *RDF*, 2009, n° 6, p. 61, spéc. p. 63 ; É. J. VAN BRUSTEM, art. préc., pp. 12-13.

²¹⁸⁸ La position du juge judiciaire a été fixée, quant à elle, à l'occasion de l'affaire des tableaux d'amortissement validés par le législateur (Cass. Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2002, *Époux Achache c/ BNP Paribas*, pourv. n° 00-11.415, Bull. Civ. I, n° 268, p. 209, *Contr.-Conc.-Cons.*, 2003, n° 5, p. 27, note G. RAYMOND, *RTDCiv.*, 2004, n° 3, p. 598, note P. DEUMIER). Pour un ex. récent, cf. Cass. Soc., 24 novembre 2010, *Sulpice c/ Association Saint-Martin Maison d'enfants Saint-Martin*, pourv. n° 08-44.181, 08-44.182, 08-44.184 à 08-44.186, Bull. Civ. V, n° 268, *D.*, 2010, n° 44, p. 2914, note L. PERRIN, *Dr. Soc.*, 2011, n° 2, p. 155, note J.-B. WALTER, *RJS*, 2011, n° 3, p. 217, *JCP S*, 2011, n° 7-8, p. 28, note E. JEANSEN.

²¹⁸⁹ CE, 19 novembre 2008, *Société Getecom*, préc., concl. N. ESCAUT, préc., *RDF*, 2009, n° 6, p. 64, note P. FUMENIER, *RJF*, 2009, n° 2, p. 99 et 180. Sur cette affaire, comp. CE, Ass., 7 juillet 2004, *SARL Ghesquière Équipement*, préc. et l'art. 43 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, cité plus haut. Pour un autre ex., cf. CE, 10 mars 2011, *Levy*, req. n° 323.081, à ment. aux T. du Leb., *AJDA*, 2010, n° 19, p. 1019, note R. HOSTIOU, *AJDI*, 2011, n° 1, p. 70, note F. BOUYSSOU et C. TEISSEYRE, *Dr. adm.*, 2010, n° 6, p. 52. Pour d'autres ex., cf. CE, 2 juin 2010, *Fondation de France*, req. n° 318.014, Rec., p. 176, *AJDA*, 2010, n° 32, p. 1828, note D. BAILLEUL, *BDCF*, 2010, n° 8-9, p. 65 et *RDF*, 2010, n° 29, p. 23, concl. N. ESCAUT, *JCP A*, 2010, n° 39-40, note A. GUIGUE.

l'Union européenne²¹⁹⁰ – apparaissant encore comme essentiellement étrangère aux principes du droit public français.

585. Selon la jurisprudence de la Cour européenne, reprise progressivement par les juridictions françaises, l'ingérence rétroactive du législateur de nature à affecter la substance d'un droit à valeur patrimoniale ou à compromettre une espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un tel droit doit, pour être compatible avec les exigences posées par l'article 1^{er} P1, être légitime et strictement proportionnée. On ne saurait donc lire dans cette stipulation, comme plus généralement dans la Convention, une interdiction générale de rétroactivité²¹⁹¹ en dehors de la matière pénale. Comme l'a justement relevé M. Sermet, citant un membre de la Commission, « *dans les affaires civiles ou relevant du droit public, la rétroactivité peut se justifier dans l'intérêt public* »²¹⁹². Ainsi, toute ingérence rétroactive du législateur dans le droit au respect de ses biens doit, en premier lieu, être conforme à l'utilité publique en cas de privation de propriété ou à un but intérêt général en cas de réglementation de son usage.

586. En raison de la marge d'appréciation étendue que l'article 1^{er} P1 réserve aux États dans la réglementation de la propriété²¹⁹³, le contrôle des motifs avancés par l'État pour justifier son ingérence rétroactive dans le droit au respect des biens semble *a priori* devoir revêtir une intensité moindre par rapport à celui opéré en matière de respect du droit à un procès équitable. C'est du moins le raisonnement qui a conduit le Conseil d'État à opérer, un temps, une différenciation dans son contrôle de conventionnalité sur les lois rétroactives. Partant du présupposé qu'il existe une différence de nature entre l'article 6-1 et l'article 1^{er} P1, plusieurs commissaires du gouvernement ont invité la haute juridiction administrative à marquer une telle différenciation dans son contrôle²¹⁹⁴. Ainsi, un simple motif d'intérêt général a été jugé, dans un premier temps, de nature à justifier l'ingérence rétroactive du législateur dans le droit de propriété au regard de l'article 1^{er} P1, ce qui n'a pas empêché le juge administratif de déclarer inconstitutionnelles les lois privant rétroactivement des fonctionnaires de tout ou partie de leurs droits à pension²¹⁹⁵. Par la suite, le juge administratif s'est montré plus strict en

²¹⁹⁰ Cf., en ce sens, L. SERMET, art. préc., p. 993. Pour un ex., voir CJCE, 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*, aff. 289/81, Rec., p. 1731.

²¹⁹¹ CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres*, préc., opinion dissidente du juge Thór Vilhjálmsson.

²¹⁹² L. SERMET, « Rétroactivité et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1998, n° 5, p. 990, spéc. p. 994. Cf., dans le même sens, G. MERLAND, thèse préc., p. 89.

²¹⁹³ CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, préc. ; 14 février 2006, *Lecarpentier et autre c/ France*, préc. Outre les arrêts déjà cités, cf. CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, req. n° 158.592, Rec., p. 288, concl. R. ABRAHAM, *AJDA*, 1998, n° 7, p. 639, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *RFDA*, 1998, n° 6, p. 1243 et *RJEP*, 1998, n° 548, p. 441, concl. R. ABRAHAM ; Sect., Avis, 18 juillet 2006, *Ka*, préc. ; 2 juin 2010, *Ministre de l'Agriculture et de la pêche c/ Consorts Germain*, req. n° 318.752, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2010, n° 36, p. 2061, note J.-M. PONTIER.

²¹⁹⁴ Selon eux, l'art. 6-1, qui consacre des droits processuels, est conçu comme absolu par la Cour européenne et ne tolère, par suite, aucune exception, tandis que l'art. 1^{er} P1, qui consacre des droits substantiels, est doté d'une portée relative et accepte, par conséquent des aménagements, voire des exceptions (C. BERGEAL, concl. préc., pp. 1051-1052 ; C. DEVYYS, concl. préc., pp. 1010-1011 ; R. KELLER, concl. préc., p. 1023). S'il est indéniable que l'art. 6-1 tient une place éminente dans le système conventionnel, il n'en souffre pas moins de limitations implicites (cf., en ce sens, CEDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society*, préc., § 105 ; 9 octobre 2003, *Acimovic c/ Croatie*, préc., § 29). Il existe bien une différence entre les deux dispositifs, mais celle-ci est davantage de degré que de nature. Pour un exposé critique, voir L. MILANO, art. préc., pp. 456-459.

²¹⁹⁵ Sur le premier point, cf., par ex., CAA Paris, 15 juin 1999, *SA Domaine Tuband*, req. n° 95PA03716, Rec., p. 522 (loi organique de validation) ; 15 juin 2000, *Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ S.A. Cise et Erimo*, req. n° 97PA01897, Rec., T., p. 825, *RDF*, 2001, n° 6, p. 262, concl. J.-Y. BARBILLON, *RFDA*, 2001, n° 1, p. 212 (loi ordinaire de validation). Sur le second point, voir CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c/ Préaud*, préc., *AJDA*, 2001, n° 10, p. 841, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *RDP*, 2002, n° 3, p. 711, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2001, n° 5, p. 1047, concl. C. BERGEAL, *RTDH*, 2003, n° 55, p. 1043, note J. KISSANGALOU : loi de validation excluant les primes de qualification et de service de la rémunération des personnels militaires servant à l'étranger. Pour un autre ex., cf. CE, 5 juillet 2004, *Société Sud parisienne de construction*, préc.

exigeant que le motif d'intérêt général avancé par le législateur revête un caractère suffisant²¹⁹⁶, sans toutefois aller aussi loin dans son contrôle que dans celui exercé au titre de l'article 6-1. En effet, comme on l'a vu plus haut, l'ingérence rétroactive du législateur dans les procès en cours doit, pour sa part, répondre à un motif impérieux d'intérêt général. En revanche, un motif financier ne saurait, en tout état de cause et quel que soit le fondement du contrôle exercé, justifier l'ingérence rétroactive du législateur²¹⁹⁷.

Cette différenciation dans l'intensité du contrôle de la légitimité de l'intervention rétroactive du législateur au regard de la Convention européenne a pu également être entretenue par le rôle supplétif joué par l'article 1^{er} P1 par rapport à l'article 6,-1. De fait, les deux contrôles sont souvent réalisés « en bloc », plutôt que séparément²¹⁹⁸, ce qui conduit à privilégier le contrôle réalisé au titre de l'article 6-1, jugé plus strict. Ce n'est que lorsque la disposition rétroactive n'entre pas dans le champ d'application de cet article, soit qu'elle n'est pas encore sujette à litige, soit qu'elle intervienne dans un domaine non couvert par ce dernier²¹⁹⁹, que sa confrontation aux exigences de l'article 1^{er} P1 présente un réel intérêt.

La Cour européenne a cependant démenti l'approche retenue par le juge administratif français en rappelant que l'ingérence du législateur dans le droit de propriété devait, tout autant que l'intervention dans les procès en cours, répondre à un motif impérieux d'intérêt général²²⁰⁰. Cette identité du contrôle exercé en matière de validations législatives est désormais solidement ancrée dans la jurisprudence de la Cour européenne, celle-ci n'acceptant la légitimité des lois de validation constitutives d'une ingérence dans le droit au respect des biens que lorsque celles-ci visent, notamment, à éviter un effet d'aubaine²²⁰¹. Le juge européen semble avoir été suivi en cela par les juridictions françaises. Les jurisprudences administrative et judiciaire semblent s'orienter vers un alignement total entre les deux contrôles, du moins lorsqu'est en cause une validation législative. De fait, le rapprochement entre les deux contrôles était, du côté du juge administratif, déjà amorcé depuis l'avis *Provin*, au moins d'un point de vue méthodologique. À cette occasion, le Conseil d'État avait manifesté sa volonté d'adopter une même grille d'analyse que celle de la Cour européenne dans l'appréciation *in concreto* de la compatibilité de l'ingérence rétroactive dans les procès en cours²²⁰². Ce n'est toutefois que récemment que le Conseil d'État et la Cour de cassation ont fait leur l'exigence d'impérieux motifs d'intérêt général au sein du contrôle de compatibilité avec l'article 1^{er} P1, parachevant ainsi l'identité dans l'intensité du contrôle exercé au titre de ce dernier avec celui opéré au titre de l'article 6-1²²⁰³.

²¹⁹⁶ CE, Ass., Avis, 27 mai 2005, *Provin*, préc. ; 25 avril 2007, *Ministre des Transports de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer c/ Hébert et Brosson*, req. n° 296.665, Rec., p. 175, *RFDA*, 2007, n° 5, p. 1019, concl. R. KELLER.

²¹⁹⁷ Cf., par ex., CAA Nantes, 1^{er} décembre 2008, *SNC Peugeot Citroën Rennes*, req. n° 07NT03306, *BDCF*, 2008, n° 5, p. 9, concl. C. HERVOUET, *RDF*, 2009, n° 25, p. 9, étude É. J. VAN BRUSTEM.

²¹⁹⁸ Sur le premier point, cf., en ce sens, C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1456. Sur le second, point, cf. CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c/ Préaud*, préc. ; CAA Lyon, 24 mars 2002, *Communauté urbaine de Lyon*, req. n° 02LY00292, *AJDA*, 2002, n° 6, p. 552, note F. PRIET, *BJDU*, 2002, n° 2, p. 98, concl. E. LASTIER et obs. B. POUJADE, *RDI*, 2002, n° 3, p. 248, note P. SOLER-COUTEAUX ; CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Draon*, préc.

²¹⁹⁹ Voir, notamment, CE, 22 mai 2002, *SARL Berre station*, préc. ; CEDH, 23 juillet 2009, *Joubert c/ France*, req. n° 30345/05, § 30-35, *JCP A*, 2009, n° 47, p. 11, note B. PACTEAU, *RDF*, 2009, n° 34, p. 31, note É. J. VAN BRUSTEM.

²²⁰⁰ CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier c/ France*, préc. ; 23 mai 2007, *Aubert c/ France*, req. n° 31501/03, § 84, *RDC*, 2007, n° 2, p. 477, note A. DEBET ; 19 juin 2008, *Ichtigiaroglou c/ Grèce*, req. n° 12045/06, § 55 ; E. J. VAN BRUSTEM, art. préc., pp. 15-16.

²²⁰¹ Comp. CEDH, 23 juillet 2009, *Joubert c/ France*, préc. et 9 décembre 2008, *SCI Parc de Vallauris c/ France*, req. n° 31050/06, *RDF*, 2009, n° 34, p. 31, note É. J. VAN BRUSTEM. Cf. également, CE, 21 décembre 2001, *SCI Le Complexe*, req. n° 211.663, Rec., p. 663, *BDCF*, 2002, n° 3, p. 12 et *BJDU*, 2002, n° 1, p. 27, concl. J. COURTIAL, *RDF*, 2002, comm. 461

²²⁰² CE, Ass., Avis, 27 mai 2005, *Provin*, préc. Sur ce point, cf., plus haut, p. 457, n° 580 ; É. J. VAN BRUSTEM, art. préc., p. 17.

²²⁰³ Sur la soumission des lois de validation affectant le droit au respect des biens à l'exigence de « motifs impérieux d'intérêt général », cf. CE, 16 janvier 2009, *Avena*, req. n° 299.443 ; CAA Paris, 11 juin 2009, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Société Peugeot Citroën Automobiles*, req. n° 07PA00632, *RDF*, 2009, n° 38, p. 20. La position du juge judiciaire semble également s'orienter dans cette direction (cf. Cass. Soc., 28 mars 2006, *SA Spada c/ Assedic de la Côte d'Azur*, req. n° 04-

587. Il reste que pour satisfaire aux exigences de l'article 1^{er} P1, l'autorité normative doit, enfin, ménager un juste équilibre entre l'atteinte portée aux droits à valeur patrimoniale et les motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier²²⁰⁴. Ce n'est donc que dans la mesure où elle conduit à remettre en cause cet équilibre que la rétroactivité d'une législation est susceptible de contrevenir à l'article 1^{er} P 1. Deux cas de figure se présentent alors. Dans une première situation, c'est la rétroactivité, en tant que telle, de la mesure qui rompt l'équilibre à établir entre l'intérêt particulier et l'intérêt général. L'atteinte portée aux droits de valeur patrimoniale, dont l'extension dans le passé par une disposition rétroactive conduit à priver les requérants de toute indemnisation ou leur interdit de réclamer la créance qu'ils détiennent sur l'État, n'aurait peut-être pas été jugée comme étant disproportionnée si la loi en cause n'avait eu qu'un effet *ad futurum*²²⁰⁵. Dans une seconde situation, c'est l'étendue de la rétroactivité prescrite par le législateur qui apparaît disproportionnée. Pour peu que la rétroactivité de l'ingérence du législateur ait été strictement limitée dans le temps, la loi en cause aurait trouvé grâce aux yeux du juge²²⁰⁶.

Les articles 6-1 et 1^{er} P1 de la Convention européenne des droits de l'homme offrent une protection nuancée, mais effective, contre le recours abusif à la rétroactivité de la loi. D'autres droits protégés par la Convention pourraient également servir à renforcer cette protection.

3°) La restriction potentielle de la rétroactivité de la loi par d'autres droits conventionnels

588. D'autres stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme sont susceptibles de s'opposer à la rétroactivité de la loi. C'est le cas respectivement de l'article 7, paragraphe 1 (article 7-1 ci-après) prohibant la rétroactivité de la loi en matière pénale lorsqu'elle s'avère plus sévère pour le délinquant, de l'article 13 consacrant le droit à un recours effectif, ainsi que l'article 14 proscrivant les discriminations. Toutefois, le juge français n'a pas encore été amené à reconnaître sur le fondement de l'une ou l'autre de ces stipulations l'inconventionnalité de la loi rétroactive. L'explication de cette absence de sanction n'est pas la même selon le droit conventionnel concerné.

589. Pour l'article 7-1, la protection constitutionnelle accordée au principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère a, pendant longtemps, quelque peu occulté les sources conventionnelles de ce principe²²⁰⁷. Son invocation devant les juges ordinaires n'est pourtant pas dénuée de tout intérêt depuis l'essor du contrôle de conventionnalité de la loi et le déclin corrélatif de la théorie de l'écran législatif. En effet, les juridictions françaises seraient fondées à écarter, en matière répressive, l'application de toute loi rétroactive de fond défavorable à ses destinataires pour contrariété avec le principe européen de non-rétroactivité des délits et des peines plus sévères²²⁰⁸. Tandis que la Cour de cassation connaît, de

16.558, Bull. Civ. V, n° 128, p. 123 ; Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2010, *M. X. c/ Société Crédit Foncier de France*, req. n° 09-67.930, Bull. Civ. I, n° 180). Sur l'admission de l'identité du contrôle de conventionnalité exercé en matière de validations législatives au regard de l'art. 6-1 et de l'art. 1^{er} P1, cf. D. BOTTEGHI et A. LALLET, chr. sous CE, Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, préc., *AJDA*, 2010, n° 43, p. 2416, spéc. p. 2418.

²²⁰⁴ CE, Ass., Avis, 27 mai 2005, *Provin*, préc.

²²⁰⁵ Cf., en ce sens, CE, 25 avril 2007, *Ministre des Transports de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer c/ Hébert et Brosson*, préc.

²²⁰⁶ C'est ce qu'a jugé le Conseil d'État s'agissant d'une loi dont l'effet rétroactif était inférieur à trois mois (cf., CE, 29 décembre 2004, *Frette*, préc.).

²²⁰⁷ Cf., plus haut, p. 373, n° 464.

²²⁰⁸ Cf., en ce sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 718, n° 914. Voir également, pour la matière fiscale, S. VERCLYTTE, art. préc., pp. 461-462.

longue date, en matière criminelle de ce principe, le Conseil d'État n'a, de son côté, accepté d'examiner le bien-fondé d'un moyen tiré de l'incompatibilité d'une loi avec l'article 7-1 que très récemment. Il reste que, sauf erreur, l'une comme l'autre n'ont jamais conclu à sa méconnaissance jusqu'ici²²⁰⁹.

590. Pour les articles 13 et 14 consacrant respectivement le droit à un recours effectif et le principe de non-discrimination, l'obstacle principal à leur invocabilité à l'encontre d'une loi rétroactive réside, au premier chef, dans leur caractère accessoire. Ces stipulations ne peuvent, en effet, être invoquées qu'à l'appui d'un autre droit garanti par la Convention, ce qui réduit considérablement leur effectivité²²¹⁰. C'est principalement en combinaison avec les articles 6-1 et 1^{er} P1 que les articles 13 et 14 ont, jusqu'à présent, été invoqués devant le juge ordinaire pour contester la rétroactivité d'une disposition législative²²¹¹. Néanmoins, les moyens tirés de ce que la loi rétroactive en cause introduirait une discrimination contraire à l'article 13 ou porterait atteinte aux exigences du droit à un recours effectif prévu à l'article 14 n'ont jamais été retenus par le Conseil d'État. À l'inverse, le juge administratif n'a pas pour autant déclaré inopérants les moyens tirés des articles 13 et 14 mettant en cause la rétroactivité de la loi, ce qui laisse à penser que cette rétroactivité pourrait tout à fait être à l'origine d'une méconnaissance par le législateur de l'un ou l'autre de ces principes.

*

591. Conclusion du paragraphe 2 et de la section 2. En dehors de la matière pénale, le recours à la rétroactivité relève de la libre appréciation du Parlement, auquel il revient de définir l'intérêt général. Ce dernier peut amener le législateur à sacrifier certaines situations juridiques nées dans le passé, afin de privilégier l'application de la loi nouvelle. Le pouvoir de rétroactivité du législateur n'a pourtant jamais été expressément consacré par les textes. Il résulte principalement de l'absence de consécration, au niveau constitutionnel, de principes limitant ou empêchant l'action sur le passé de la loi non répressive.

En l'absence de véritable contrainte imposée *a priori* à son emploi, la rétroactivité a pu faire l'objet de certains abus de la part du législateur, notamment à travers la pratique des validations législatives ou, plus récemment, des lois faussement interprétatives²²¹². Le développement d'une jurisprudence tendant à encadrer les lois rétroactives au nom de la garantie des droits et libertés conventionnellement ou constitutionnellement protégés a considérablement diminué la marge de

²²⁰⁹ Sur l'invocation de l'art. 7-1 devant le juge judiciaire, cf. Cass. Crim., 30 juin 1976, pourv. n° 75-93.296, Bull. Crim., n° 236, p. 620 ; 5 juin 1980, *Bœuf*, pourv. n° 80-90.842, Bull. Crim., n° 178, D., 1981, IR, p. 141, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE. Pour un ex. récent, en matière électorale, voir Cass. Civ. 2^e, 20 décembre 2000, pourv. n° 00-60.149, Bull. Civ. II, n° 174, p. 125. Sur l'invocation de l'art. 7-1 devant le juge administratif, CE, 21 avril 1997, *O'Callaghan*, préc. ; 11 février 1998, *Galy-Dejean*, req. n° 157.564, Rec., p. 52 ; 18 février 2002, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ M. et Mme Cherrier*, préc. Pour un ex. récent, voir CE, 26 novembre 2010, *M. Lavie et Section française de l'observatoire international des prisons*, req. n° 323.694, à pub. au Leb., *Dr. adm.*, 2011, n° 3, p. 48, note M. LACAZE : inapplicabilité de l'art. 7 en l'absence de rétroactivité de la loi en cause. Voir également, s'agissant d'un décret, CE, 12 décembre 2007, *Section française de l'observatoire international des prisons*, req. n° 293.993, Rec., T., p. 653, *AJDP*, 2008, n° 3, p. 131, note M. HERZOG-EVANS, *RFDA*, 2008, n° 4, p. 750, chr. J. ANRIANTSIMBAZOVINA et L. SERMET et n° 5, p. 999, note L. de GRAËVE.

²²¹⁰ Cf., en ce sens, CE, 30 novembre 1994, *SCI Résidence Dauphine*, préc.

²²¹¹ Sur l'invocation de l'art. 14, voir CE, Ass., Avis, 12 avril 2002, *SA Financière Labeyrie*, préc. ; 10 août 2005, *Sarteur*, req. n° 259.741, Rec., p. 381, *BDCF*, 2005, n° 5, p. 11, concl. L. VALLÉE, *RJF*, 2005, comm. 1305 (matière fiscale) ; Sect., Avis, 18 juillet 2006, *Ka*, préc. ; 13 décembre 2006, *Ministre de la Défense c/ Diop*, req. n° 286.073, Rec., T., p. 794, *AJFP*, 2007, n° 2, p. 88 ; 11 octobre 2010, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, req. n° 322.980, à ment. au T. du Leb. (fonction publique) ; CAA Paris, Plén., 7 juillet 1999, *Diop*, req. n° 96PA04135, Rec., p. 530 ; Sect., 18 juillet 2006, *GISTI*, req. n° 274.664, Rec., p. 353, concl. L. VALLÉE, *AJDA*, 2006, n° 33, p. 633, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *Dr. adm.*, 2006, n° 12, p. 29, note A. TAILLEFAIT, *RFDA*, 2006, n° 6, p. 1201, concl. L. VALLÉE (cristallisation de pensions). Pour un ex. concernant un décret, CE, 29 décembre 2004, *D'Amato*, req. n° 265.097, Rec., p. 473, *Dr. soc.*, 2006, n° 1, p. 82, étude A. ZARCA, *RDSS*, 2005, n° 4, p. 633, concl. C. DEVYS, *RJS*, 2005, n° 5, p. 331, chr. J.-P. LHERNOULD. Sur la question, cf. l'étude prospective menée en matière fiscale par M. Collet (M. COLLET, art. préc., n° 38 et 39). Sur l'invocation de l'art. 13, cf., outre les ex. déjà cités, CE, 12 janvier 2004, *SA Cise et SA Erimo*, req. n° 224.076.

²²¹² Sur ce point, cf., plus haut, p. 128, n° 178.

manœuvre du législateur en la matière. Il n'est guère de loi rétroactive qui ne doive aujourd'hui en passer par une confrontation aux exigences constitutionnelles et/ou européennes devant le Conseil constitutionnel ou les juridictions ordinaires.

Le durcissement et l'enrichissement progressifs qu'a connu le contrôle juridictionnel des lois rétroactives invite à s'interroger sur une éventuelle inversion de la présomption de légitimité de la loi, lorsqu'elle est assortie d'un effet sur le passé. Plutôt que d'être regardée comme régulière en principe, à moins qu'il puisse être démontré qu'elle contrevient à des règles et principes supérieurs, la loi rétroactive est jugée, par le Conseil constitutionnel comme par les Cours européennes, comme étant *a priori* irrégulière, sauf à satisfaire aux différentes exigences qu'il ou elles ont respectivement posées. À cela s'ajoute la circonstance que les juges apprécient le bien-fondé du recours à la rétroactivité par le législateur à l'aune de leur propre conception de l'intérêt général, ce qui ne va sans créer un conflit de légitimité entre celui-ci et ceux-là²²¹³. C'est dire que le pouvoir de rétroactivité, symbole de la prééminence du législateur sur les autres autorités dans la maîtrise du temps, se trouve grandement écorné.

* *
*

592. Conclusion du Chapitre I. Le préjugé moral et politique largement défavorable à l'emploi de la rétroactivité par le législateur n'a pas été sans influence sur son statut juridique. Tandis que la règle de la non-rétroactivité de la loi figure dans les textes et constitue un des principes du droit transitoire les mieux établis, la rétroactivité est perçue comme une solution dérogatoire et, en tant que telle, comme devant demeurer exceptionnelle. Néanmoins, aucune condamnation de principe durable n'a été prononcée à l'encontre de la rétroactivité de la loi, ne serait-ce que parce que son emploi n'est pas toujours répréhensible. La défiance à l'égard du procédé de la rétroactivité ne s'est donc jamais traduite juridiquement. Pourtant, une prise de position textuelle, allant dans un sens ou dans un autre, aurait eu au moins le mérite de conférer un véritable statut à la rétroactivité.

À ce constat de l'ambiguïté de la place de la rétroactivité de la loi, il est fait exception en matière répressive. Il résulte des principes communs de la répression que l'action sur le passé de celle-ci est permise lorsqu'elle est plus favorable, et interdite, lorsqu'elle s'avère plus sévère que la loi ancienne. Encore le principe de la rétroactivité *in mitius*, seule règle à régir de manière positive l'effet sur le passé de la loi nouvelle, ne résulte-t-il pas directement d'une disposition textuelle, mais d'une interprétation jurisprudentielle particulièrement audacieuse de la part du Conseil constitutionnel. En tout état de cause, les solutions dégagées en ce domaine obéissent à leur propre logique, laquelle n'est pas extensible à l'ensemble du droit public.

En dehors de la matière pénale, le législateur demeure libre de prescrire la rétroactivité de la loi, en l'absence d'obstacle de rang constitutionnel s'y opposant. Alors qu'ils auraient pu jouer un tel rôle, le principe législatif de non-rétroactivité de la loi tiré de l'article 2 du code civil, de même que les principes européens de sécurité juridique et de confiance légitime, n'ont pas été reçus par la jurisprudence constitutionnelle.

²²¹³ Sur ces différents points, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 729, n° 930 ; B. MATHIEU, note préc., p. 474.

S'il n'existe pas de prohibition générale de la rétroactivité de la loi en droit français, celle-ci fait, en revanche, l'objet d'un encadrement jurisprudentiel, dont l'étendue et la rigueur varie selon le domaine dans lequel le législateur intervient. Initiés en matière de validation législative, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois rétroactives ont progressivement contraint le législateur à respecter un nombre croissant d'exigences dans l'exercice de son pouvoir de rétroactivité. Il s'est agi principalement pour les différents juges, non de remettre en cause dans son principe la rétroactivité prescrite par le législateur, mais de prévenir les atteintes que celle-ci risque de provoquer aux droits et libertés dont il appartient à ceux-là d'assurer la protection. Au-delà de cette préoccupation commune, chaque « strate jurisprudentielle » obéit à ses propres principes et poursuit ses propres finalités. Certes, un « dialogue » des juges s'est établi en la matière, la jurisprudence des juridictions nationales s'étant graduellement alignée sur celle des Cours européennes, comme en témoignent les affaires *Zielenski et Draon*²²¹⁴. Néanmoins, on ne saurait en inférer une uniformisation du contrôle juridictionnel des lois rétroactives en droit français. Outre l'adaptation de la jurisprudence européenne aux nécessités nationales, la nature même du contrôle diffère selon la juridiction qui la met en œuvre²²¹⁵. Dans le même ordre d'idées, on ne peut tirer aucune unité des différentes exigences posées au titre de l'une ou l'autre des jurisprudences encadrant la rétroactivité de la loi. Tout au plus peut-on constater que le recours à la rétroactivité par le législateur est désormais étroitement surveillé au nom de principes supérieurs.

Au total, c'est l'hétérogénéité du statut de la rétroactivité qui domine largement en matière législative, celui-ci étant à géométrie variable selon le domaine dans lequel le législateur agit. Le procédé n'est pas globalement interdit, mais il a été limité dans le but d'éviter que le législateur n'abuse de son pouvoir de rétroactivité. La situation de la rétroactivité est bien différente en matière administrative, où la règle de la non-rétroactivité dispose d'une portée impérative.

²²¹⁴ Sur la première affaire, cf., plus haut, p. Sur la seconde affaire, comp. CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France* et *Maurice c/ France*, préc. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, pourv. n° 01-16.684, Bull. Civ. I, n° 29, p. 26, *D.*, 2006, IR, p. 325, *JCP G*, 2006, II, 10062, obs. A. GOUTTENOIRE et S. PORCHY-SIMON ; CE, 24 février 2006, *M. et Mme Levenez*, préc.

²²¹⁵ Il est classique, en effet, d'opposer la nature abstraite du contrôle de constitutionnalité au caractère concret du contrôle de conventionnalité, ainsi que les conséquences qu'elles induisent, notamment du point de vue des effets de la décision du juge (L. SERMET, art. préc., p. 998 ; D. BOTTEGHI et A. LALLET, chr. sous CE, Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, préc., *AJDA*, 2010, n° 43, p. 2416).

CHAPITRE II : LE STATUT D'EXCEPTION DE LA RETROACTIVITE DE L'ACTE ADMINISTRATIF

593. Introduction et délimitation de l'objet du chapitre. La détermination du statut de la rétroactivité de l'acte administratif ne connaît pas les ambiguïtés affectant celle de la loi. Il est clairement et précisément fixé de longue date. Dès le XIX^e siècle, les jurisprudences administrative et judiciaire²²¹⁶ ont soumis l'autorité administrative au respect de la règle de non-rétroactivité, non pas seulement en tant que directive d'interprétation dans l'application de la règle de droit, mais aussi et surtout en tant que condition de validité des décisions administratives. Il est donc fait interdiction aux autorités administratives d'étendre au passé l'effet de leurs décisions et, par là, de remettre en cause les situations antérieurement constituées. En d'autres termes, l'autorité est, en principe, dépossédée de tout pouvoir d'agir sur le passé de l'ordonnement juridique. La raison d'être de cette prohibition est à rechercher dans la garantie de la stabilité du droit, dont on a vu qu'elle constitue une composante de l'exigence de sécurité juridique²²¹⁷. De ce point de vue, la rétroactivité est conçue, par essence, comme un phénomène contre nature pour toute autorité normative. Les rapports juridiques s'organisent, par définition, pour l'avenir. Aussi réécrire le passé est-il, de longue date, jugé comme étant contraire aux préceptes d'une bonne réglementation, autant qu' attentatoire aux droits et libertés antérieurement consentis aux administrés.

L'importance de la règle de non-rétroactivité a conduit le Conseil d'État à l'ériger en principe général du droit, renforçant encore davantage sa force. Seul le législateur – ou le juge – est susceptible d'affranchir l'autorité administrative du respect du principe de non-rétroactivité, voire d'absoudre sa méconnaissance le cas échéant.

594. Dès lors que la question de l'existence d'un statut de la rétroactivité de l'acte administratif se heurte frontalement à l'exclusion générale du procédé en cette matière, elle semble *a priori* être dénuée d'intérêt. Cette manière de voir paraît réductrice, au moins pour trois raisons. D'abord, le champ d'application de la prohibition de la rétroactivité se limite aux décisions administratives unilatérales. La règle de non-rétroactivité ne s'adresse donc pas aux contrats passés par les personnes publiques. Sous réserve de respecter les droits des tiers, les parties à un contrat administratif sont libres de stipuler rétroactivement. Ensuite, même en ce qui concerne les décisions unilatérales, le principe de non-rétroactivité, subit, comme il a été montré plus haut, de nombreuses exceptions. Ces dernières sont autant de manifestations de l'utilisation courante qui est faite de cette technique en matière administrative. Enfin, il faut à nouveau réserver le domaine répressif, au sein duquel l'effet dans le temps de la règle administrative de fond obéit aux principes à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité, lorsqu'elle est plus sévère que la réglementation ancienne, et de la rétroactivité *in mitius*, lorsqu'elle est plus favorable pour son destinataire que la précédente.

De ces éléments, il résulte que la rétroactivité dispose d'un statut dual en droit administratif. Pour les contrats, la rétroactivité est, en principe, autorisée. Pour les actes unilatéraux, sa place est celle d'une exception à l'interdiction de principe qui leur est faite d'affecter le passé des situations juridiques préexistantes.

²²¹⁶ Voir, en ce sens, O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, préc., p. 28 et s., n° 23 et s.

²²¹⁷ M. LETOURNEUR, « Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs », préc., p. 38.

Toutefois, cette présentation doit être nuancée pour les contrats administratifs. Outre la restriction dont la rétroactivité fait l'objet en raison du principe de l'effet relatif de l'engagement contractuel, les textes régissant la matière sont venus indirectement contrarier son emploi. En raison de leur champ d'application particulièrement étendu, les textes s'opposant à la rétroactivité du contrat administratif diminuent considérablement la faculté pour les parties de stipuler pour le passé. De surcroît, on peut sérieusement douter de la licéité du recours à la rétroactivité pour les contrats à procédure, dans la mesure où il aboutirait à un contournement des règles de passation. Il s'ensuit que, bien qu'elle ne soit pas prohibée en principe, la rétroactivité du contrat administratif relève, en pratique, de l'exception.

595. Plan du Chapitre. Même si l'étude de la place occupée par la rétroactivité en droit administratif débouche sur le même constat qu'elle revêt un caractère exceptionnel, on ne saurait en déduire que celle-ci bénéficierait d'un statut unique en cette matière. La marginalisation de la rétroactivité administrative ne repose pas sur les mêmes fondements pour l'ensemble des actes administratifs. Pour les décisions administratives, c'est un principe général qui définit, par effet de miroir, le statut d'exception de la rétroactivité. Pour les contrats administratifs, c'est une combinaison de règles, dont la raison d'être n'a que peu à voir avec le problème de la rétroactivité, qui limite fortement l'absence de prohibition du procédé. Ainsi, le statut de la rétroactivité des actes administratifs unilatéraux se mesure à l'aune de son interdiction de principe (Section 1), tandis que celui du contrat administratif s'apprécie par rapport aux restrictions apportées au principe de permission de son utilisation (Section 2).

Section 1 : L'interdiction de la rétroactivité de l'acte administratif unilatéral

596. Introduction et plan. Selon une jurisprudence constante, tant administrative que judiciaire, il est fait interdiction aux autorités administratives d'étendre l'effet de leurs décisions au passé. La rétroactivité est donc interdite, en principe, en droit administratif. Bien que les deux ordres de juridiction ne fassent pas reposer cette règle sur le même fondement, ils lui attribuent une portée générale et contraignante. Tandis que le juge judiciaire se réfère à l'article 2 du code civil, le juge administratif a préféré consacré un principe général du droit. Dans un cas comme dans l'autre, la règle de non-rétroactivité constitue à la fois une condition de validité des décisions administratives et une directive d'interprétation pour leur mise en œuvre. Contrairement à ce qui se passe pour la loi, la rétroactivité de la décision administrative ne peut autrement se concevoir que comme une exception au principe de sa prohibition générale, ce qui emporte une double conséquence quant à son statut en matière administrative.

D'une part, il paraît inutile de rechercher les règles gouvernant, de manière positive, la mise en œuvre de la rétroactivité administrative. Comme on a pu le montrer plus haut, chaque exception à la règle de non-rétroactivité obéit à sa propre logique, sans qu'une unité puisse être réalisée. Tout au plus est-il possible de les regrouper autour de fondements communs. Certaines d'entre elles connaissent ainsi un régime relativement élaboré, à l'instar du pouvoir général de retrait rétroactif reconnu aux autorités administratives, tandis que d'autres relèvent du cas par cas, comme c'est le cas des décisions favorables à leur destinataire.

D'autre part et corrélativement, même lorsque l'emploi de la rétroactivité est tenu pour licite, soit qu'il soit fondé sur une règle de droit permettant d'écarter le principe de non-rétroactivité, soit que le juge administratif en a reconnu le bien-fondé, celle-ci fait l'objet d'un encadrement strictement. À l'évidence, il ne saurait en aller autrement s'agissant d'une exception faite à un principe général. Là encore, il ne saurait être question de considérer que cet encadrement présente une certaine homogénéité. Les principes s'opposant ou limitant la rétroactivité licite de la décision administrative dépendent du fondement au titre duquel elle a été prescrite.

À cette présentation, il faut apporter une nuance concernant la matière répressive. Lorsque le pouvoir réglementaire est compétent pour fixer les règles applicables aux sanctions revêtant le caractère d'une punition, l'effet dans le temps de la nouvelle réglementation est régi par les principes à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité et de la rétroactivité *in mitius*. Le premier n'ajoute rien au principe général de non-rétroactivité de la décision administrative, si ce n'est qu'il n'accepte aucune exception. La règle répressive de fond plus sévère édictée par l'autorité administrative ne peut jamais rétroagir. Le second, en revanche, autorise le règlement répressif plus doux à rétroagir de plein droit. Néanmoins, le caractère *sui generis* de cette règle empêche, comme en matière législative, de la traiter autrement que comme une « exception à l'exception » en matière administrative.

Le statut d'exception de la rétroactivité de la décision administrative résulte de sa prohibition générale en droit administratif (§ 1). En tant que telle, elle fait l'objet d'un encadrement strict (§ 2).

§ 1 : La prohibition générale de la rétroactivité de la décision administrative

597. La règle de la non-rétroactivité des décisions administratives présente la singularité d'être à la fois ancienne et d'application constante²²¹⁸. Sa consécration s'est imposée avec la force de l'évidence en droit administratif, dès lors que la rétroactivité a, très tôt, été jugée comme étant attentatoire à la liberté et contraire à la sécurité.

Dans un droit marqué par le caractère inégalitaire des rapports juridiques qu'il met en jeu, la non-rétroactivité constitue une garantie primordiale contre l'arbitraire. Laisser l'autorité administrative libre de revenir *ex post facto* sur le passé des situations juridiques préexistantes, c'est faire peser une grave menace pour la protection des libertés des particuliers²²¹⁹. De la même façon qu'en matière législative, le procédé de la rétroactivité n'est pas, en lui-même, répréhensible, mais il le devient chaque fois que sa mise en œuvre aboutit à méconnaître les droits et libertés reconnus aux administrés.

La prohibition de la rétroactivité des décisions administratives relève également d'une préoccupation de sécurité juridique, qu'il s'agisse de l'exigence de prévisibilité de la règle de droit en matière de réglementation administrative ou, de manière plus générale, de la nécessité d'assurer la stabilité des situations juridiques. À ce double titre, la sécurité juridique constitue la source d'inspiration incontestable du principe de non-rétroactivité des décisions administratives²²²⁰. Néanmoins, ce lien est demeuré longtemps implicite dans la jurisprudence administrative. À la faveur de la consécration formelle de l'exigence de sécurité juridique en tant que principe général du droit, le Conseil d'État a expressément arrimé le principe de non-rétroactivité au premier²²²¹. Néanmoins, la haute juridiction administrative n'est pas allée jusqu'à faire la règle de la non-rétroactivité une simple composante du principe général de sécurité juridique, comme cela a été le cas, par exemple, en droit de l'Union européenne, du moins jusqu'à une période récente²²²².

La prohibition de la rétroactivité conserve donc toute son autonomie en droit administratif. En effet, le Conseil d'État l'a érigée en principe général du droit (I), ce qui la rend également indépendante du principe législatif de non-rétroactivité posé à l'article 2 du code civil. Contrairement à ce dernier, la règle de la non-rétroactivité dispose, en tant que principe général du droit, d'une portée impérative en droit administratif. Elle constitue une condition de validité des décisions adoptées par toute autorité, aussi élevée soit-elle dans la hiérarchie administrative (II).

²²¹⁸ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 66, n° 59.

²²¹⁹ Sur cette idée, voir, notamment, M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. CNRS, 1965, p. 289.

²²²⁰ P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, préc., p. 223, n° 550 ; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative* préc., p. 92 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 38.

²²²¹ CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc. ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc. ; 16 juin 2008, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et association syndicale des spécialistes en orthopédie dento-faciale*, req. n° 296.578, Rec., p. 226, *AJDA*, 2008, n° 36, p. 2029, *RFDA*, 2008, n° 4, p. 839. Pour une formulation particulièrement explicite, cf. CE, 11 février 2011, *Société Allo permis et autres*, req. n° 337.018, à ment. aux T. du Leb.

²²²² Sur ce point, cf., plus haut, p. 443, n° 561.

I – LA VALEUR DU PRINCIPE DE NON-RETROACTIVITE

598. Il est couramment admis par la doctrine de droit public que la prohibition de la rétroactivité des normes juridiques ne repose sur aucun texte en droit administratif. Cette affirmation est contestée, notamment par une partie de la doctrine privatiste, laquelle considère que la règle de non-rétroactivité découlerait directement de l'article 2 du code civil. La discussion sur le fondement de l'interdiction de la rétroactivité des décisions administratives (A) a une incidence directe sur la détermination de sa valeur (B).

A/ Le fondement du principe de non-rétroactivité

599. Si la prohibition de la rétroactivité des actes administratifs est une règle unanimement admise, son fondement a été longuement discuté. La question de la source formelle de la règle de non-rétroactivité continue d'être le témoin de la ligne de démarcation entre droit privé et droit public, certainement infranchissable sur ce point. D'un côté, la doctrine de droit privé²²²³ et le juge judiciaire se réfèrent à l'article 2 du Code civil comme fondement textuel de la règle de non-rétroactivité. De l'autre, la doctrine de droit public²²²⁴ et le juge administratif²²²⁵ insistent sur son autonomie et préfèrent s'appuyer sur la théorie des principes généraux du droit²²²⁶. Cette controverse ne présente guère d'intérêt, dès lors que les deux positions aboutissent, en pratique, à des solutions sinon équivalentes, du moins similaires.

Le choix par le Conseil d'État de conférer un fondement autonome à la règle de non-rétroactivité en droit administratif, en ayant recours à la théorie des principes généraux du droit (2), plutôt que de rattacher celle-ci à l'article 2 du code civil, se justifie par les faiblesses de ce dernier (1).

1°) Les faiblesses de la source écrite du principe de non-rétroactivité

600. L'article 2 du Code civil est proposé par la doctrine de droit privé comme fondement au principe de non-rétroactivité. Le principe de non-rétroactivité des décisions administratives ne serait que la transposition en droit public du principe supérieur de non-rétroactivité de la loi²²²⁷. Cette position s'appuie sur une jurisprudence constante des tribunaux judiciaires et dépourvue de toute ambiguïté sur

²²²³ E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTDCiv.*, 1969, p. 440, n° 40 ; J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit : Continuité et modernité*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 26, 2003, p. 580, n° 843.

²²²⁴ J.-M. AUBY, « L'incompétence *ratione temporis*, Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », *RDP*, 1953, n° 1, p. 18 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 59 et s. ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 26 et s., n° 20 et s. ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 629, n° 1327 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 614, n° 776 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 136 et s. ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 38 ; J. PETIT, thèse préc., p. 36, n° 76 ; J. PUISOYE, « L'application du principe de non-rétroactivité des actes administratifs », *S.*, 1961, chr., p. 45 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. I, préc., p. 303 ; A. WERNER, « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », *RDP*, 1982, n° 3, p. 740 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 401, n° 771.

²²²⁵ Le juge constitutionnel s'est bien gardé de prendre position sur le fondement de la règle de non-rétroactivité des actes administratifs, se bornant à affirmer que seul le législateur disposait de la faculté d'y déroger. Sur ce point, cf., plus haut, p. 396, n° 489.

²²²⁶ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 50, n° 43 ; B. JEANNEAU, thèse préc., p. 97.

²²²⁷ J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », préc., p. 300, note 68. Cette conception n'a pas été sans influence sur une partie de la doctrine publiciste. Cf. R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 366.

ce point. La condamnation de la rétroactivité d'un acte administratif par le juge judiciaire intervient très souvent au visa de ce texte²²²⁸. La solution est la même qu'il s'agisse pour lui d'interpréter l'acte administratif dans le sens de la non-rétroactivité²²²⁹ ou de le déclarer illégal au motif de sa rétroactivité²²³⁰.

601. Comme l'a montré M. Dupeyroux, il est artificiel de rechercher dans le Code civil, notamment en raison du contexte historique de son élaboration²²³¹, l'interdiction générale de la rétroactivité des actes administratifs²²³². Formellement, cette disposition ne s'adresse qu'aux lois. Tout au plus peut-il être soutenu, par une interprétation extensive tenant compte du développement du pouvoir réglementaire, que celle-ci s'applique à la loi non plus au sens formel, mais au sens matériel. Ainsi, l'article 2 concernerait la règle de droit au sens large, qu'elle soit législative ou administrative²²³³. À cette assimilation est associé un argument tiré de la hiérarchie des normes. Les contraintes pesant sur la norme supérieure s'imposent nécessairement à la norme inférieure. De même nature que la loi mais de valeur inférieure, le règlement administratif serait pleinement soumis à l'article 2 du Code civil²²³⁴.

602. Ce raisonnement se heurte à une double objection. En tant que règle d'interprétation de la règle de droit, l'article 2 du Code civil interdirait indirectement la rétroactivité du règlement, en tant qu'elle aboutirait à une application rétroactive de la loi par le pouvoir réglementaire²²³⁵. Cette explication reste néanmoins partielle²²³⁶. N'ayant trait qu'à l'exercice du pouvoir réglementaire d'exécution des lois, elle ne permet pas de rapporter l'article 2 du Code civil à l'exercice du pouvoir réglementaire autonome. Ainsi, cette disposition resterait impuissante face à un règlement pris sur le fondement de l'article 37 de la Constitution et se donnant expressément un effet rétroactif²²³⁷. À titre de comparaison, le principe de non-rétroactivité constitue bien une condition de validité de la règle de droit en matière répressive et non une simple directive d'interprétation. En tant que telle, le principe issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'adresse indifféremment au législateur et au pouvoir réglementaire.

²²²⁸ Cf. les ex. cités par O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 30, n° 24. Voir également, J. PETIT, thèse préc., p. 37, n° 87.

²²²⁹ Cass. Req., 24 juillet 1866, *S.*, 1866.I.328 ; Crim., 15 mars 1956, Bull. Civ., n° 264, p. 477 ; Civ. 2^{ème}, 13 novembre 1959, Bull. Civ. II, n° 746, p. 488, *Gaz. Pal.*, 1960, I, p. 64 ; Civ. 3^{ème}, 6 décembre 1977, *Reb c/ Degrez*, req. n° 76-13.893, Bull. Civ. III, n° 429, p. 326 ; Civ. 1^{ère}, 3 avril 1984, *Patron*, pourv. n° 83-10.668, Bull. Civ. I, n° 126 ; Com., 28 novembre 1984, *Administration des douanes c/ Société Trézouk frères Sarrailh*, Civ. IV, n° 325 ; Crim., 3 février 1987, *Bohrer*, pourv. n° 86-90.370, Bull. Crim., n° 55, p. 142 ; Soc., 13 janvier 2000, *Mme Ohana*, pourv. n° 98-14.078, Bull. Civ. V, n° 23 p. 18.

²²³⁰ Cass. Crim., 28 novembre 1856, *S.*, 1857.I.222 ; Req., 25 juin 1941, *Société béthumoise d'éclairage et d'énergie c/ Bernard, D.*, 1943, J., p. 12, note BLAEVOET, *Gaz. Pal.*, 1941, 2, p. 74, *S.*, 1941.I.157 ; Civ., 19 mai 1953, *La ruche picarde c/ Carco*, *Gaz. Pal.*, 1953, 2, p. 194 ; Com., 7 janvier 1997, *Société Sanders Aliments SNC*, pourv. n° 95-10.099, Bull. Civ. IV, n° 5, p. 3, *RJF*, 1997, n° 4, n° 409. Pour d'autres ex., voir J.-M. MAILLOT, *loc. cit.*

²²³¹ G. Éveillard rappelle, à juste titre, que le codificateur de 1804 n'avait pas inclus dans le champ d'application de l'article 2 du code napoléonien le pouvoir réglementaire, dont l'institution était récente, remontant à la Constitution du 22 frimaire an VIII, et la substance imparfaitement définie (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 615, n° 776).

²²³² O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 26 et s. n° 20 et s.

²²³³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, éd. E. de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 209, § 20 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 28, n° 23 ; F. MOREAU, *Le règlement administratif : étude théorique et pratique de droit public français*, Paris, éd. A. Fontemoing, Paris, 1902, p. 248 ; J. PETIT, thèse préc., p. 38, n° 80 ; M. WALINE, *Droit administratif*, Paris Sirey, coll. Traité Sirey, 9^e éd., 1963, p. 467, n° 769.

²²³⁴ M. LETOURNEUR, art. préc., p. 38 ; G. LIET-VEAUX, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris Sirey, 1943, p. 425 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 21, n° 6.

²²³⁵ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 33, n° 28.

²²³⁶ De surcroît, elle aboutirait à admettre comme dépourvue d'effet rétroactif la mesure d'application de la loi intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de celle-là, mais prenant effet antérieurement à sa propre publication. Cf., en ce sens, O. DUPEYROUX, thèse préc., pp. 43-45, n° 39-40.

²²³⁷ Sur cette question, voir J. CARBAJO, thèse préc., p. 66 ; R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.*, 1960, chr. XXII, p. 119 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 37, n° 32 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2003, pp. 160-161.

Il pourrait utilement servir de fondement à l'interdiction générale pour ce dernier de prendre des règlements rétroactifs en cette matière²²³⁸.

À ce premier « angle mort » de l'article 2 du Code civil s'ajoute celui des actes administratifs non réglementaires, lesquels ne sont pas concernés par ce texte.

Incapable d'expliquer l'interdiction faite aux actes administratifs de rétroagir, l'article 2 du Code civil ne peut être perçu, au mieux, que comme une source d'inspiration d'une règle non écrite et autonome²²³⁹.

2°) L'autonomie de la source non écrite du principe de non-rétroactivité des décisions administratives

603. Dès la fin du XIX^e siècle, le Conseil d'État a censuré des actes administratifs rétroactifs sans se viser un texte ou un quelconque principe²²⁴⁰. Malgré quelques références directes mais isolées à l'article 2 du Code civil²²⁴¹, ce n'est que ponctuellement que le Conseil d'État a évoqué l'existence d'un principe en vertu duquel l'acte administratif ne dispose que pour l'avenir²²⁴².

À l'instar de nombreux principes généraux du droit, celui de la non-rétroactivité n'a été formulé expressément que dans la période succédant à la seconde guerre mondiale²²⁴³. Dans un premier temps, la haute juridiction a consacré le principe en vertu duquel « *les règlements ne disposent que pour l'avenir* »²²⁴⁴, pour ensuite lui donner la portée la plus large en se référant au principe de non-

²²³⁸ Sur ce point, cf., plus bas, p. 474, n° 597.

²²³⁹ B. JEANNEAU, thèse préc., p. 241 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1^{ère} éd., 1953, p. 175, n° 323 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 38. En se référant au principe de non-rétroactivité des lois et règlements, certains décisions semblent corroborer cette manière de voir (CE, Sect., 8 novembre 1929, *Godfrin*, préc. ; 26 novembre 1937, *François*, préc. ; Sect., 19 décembre 1980, *Revillod et autres*, préc. ; Sect., 23 décembre 1988, *Aitelhadj et Boutboul*, préc. ; 27 juin 1994, *Bonvallet*, préc. ; 18 février 1994, *Association générale des étudiants de sciences politiques (UNEF)*, préc.).

²²⁴⁰ CE, 10 mai 1889, *Pierrard, Câtillon et autres*, Rec., p. 555, DP, 1890, III, p. 86 ; 27 janvier 1893, *Laruelle*, Rec., p. 37 ; 29 mars 1901, *Grimaux*, Rec., p. 362 ; 29 mars 1901, *Ferrut*, Rec., p. 364 ; 17 mai 1907, *Le Bigot*, Rec., p. 460, concl. TEISSIER, RDP, 1908, p. 254, note G. JÈZE ; 6 décembre 1907, *Brugnot*, Rec., p. 906, RDP, 1909, n° 1, p. 60, note G. JÈZE ; 2 février 1912, *Lhoste-Bulaine*, Rec., p. 150 ; 10 janvier 1913, *Association professionnelle des Administrateurs des colonies*, Rec., p. 36 ; 10 août 1918, *Arnaud*, Rec., p. 837 ; 22 novembre 1918, *Driat*, Rec., p. 1046 ; 23 février 1923, *Caillard*, Rec., p. 191 ; 4 mars 1927, *Kineider*, Rec., p. 281 ; 23 juillet 1929, *Guéret*, Rec., p. 786 ; 18 décembre 1929, *Dame Veuve Yoyotte*, Rec., p. 1121 ; 10 décembre 1930, *Dervieu et autres*, Rec., p. 1045 ; 20 décembre 1935, *Établissements Vèzia*, Rec., p. 1212, RDP, 1936, p. 119, concl. R. LATOURNERIE ; 2 novembre 1938, *Société Les petits-fils de François de Wendel*, Rec., p. 815 ; 25 avril 1941, *Sieur Benoît (Louis)*, Rec., p. 67 ; Ass., 26 octobre 1945, *Société Bazaine Publicité*, req. n° 77.125, Rec., p. 211. Cf., notamment, É. SOTO-KLOSS, *L'application dans le temps des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, pp. 186-187.

²²⁴¹ CE, 22 juin 1928, *Capdevilla et autres*, Rec., p. 718 ; 13 février 1931, *Société anonyme des Établissements Carnaud et Forges de Basse-Indre*, Rec., p. 175 ; 7 mai 1948, *Confédération générale du commerce et de l'industrie de l'Algérie*, Rec., p. 202 ; 31 juillet 1948, *Chambre syndicale du livre du département de Constantine*, Rec., p. 364 ; Ass. plén., 7 février 1958, *Sieur Groslière et Conseil de l'ordre des avocats près la Cour d'appel d'Alger*, Rec., p. 77, JCP, 1958, II, n° 10721, note J. ASTIMA.

²²⁴² Cf., par ex., l'affaire *Rodière*, dans laquelle il est fait référence au principe suivant lequel « *les règlements et décisions de l'autorité administrative [...] ne peuvent statuer que pour l'avenir* » (CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, req. n° 88.362, Rec., p. 1065, GAJA n° 41, RDP, 1926, n° 1, p. 32, concl. G. CAHEN-SALVADOR, S., 1925, III, p. 49, note M. HAURIOU ; également, 29 novembre 1940, *Marchon*, Rec., p. 216).

²²⁴³ J. CARBAJO, thèse préc., p. 67 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 66, n° 59 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 189. Pour un ex. d'application implicite, voir CE, 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, Rec., p. 222 ; 5 janvier 1945, *La Famille Capitalisation*, Rec., p. 6 ; 19 mars 1947, *Gravereaux*, Rec., T., p. 631 ; 19 mars 1948, *François*, Rec., p. 133 ; 4 février 1949, *Battistini*, Rec., p. 624 ; 21 octobre 1949, *Briard*, Rec., p. 431 ; 16 mai 1950, *Contencin*, Rec., 291 ; 9 mai 1952, *Préfet de la Seine*, Rec., p. 234 ; Ass., 15 juillet 1954, *Syndicat chrétien du Trésor et Syndicat chrétien des contributions directes et du cadastre*, Rec., p. 484 ; 15 février 1951, *Bossis*, RPD, 1956, n° 3, concl. M. LONG. Régl. : 1^{er} août 1924, *Mattei*, Rec., p. 773

²²⁴⁴ CE, 28 février 1947, *Ville de Lisieux*, Rec., p. 83, S., 1947, III, 60 ; 23 juillet 1947, *Sieur Brossette et autres*, Rec., p. 332 ; Ass., 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, req. n° 94.511, Rec., p. 289, GAJA n° 60, D., 1948, J., p. 437, note M. WALINE, *Gaz. Pal.*, 1948, 2, p. 7 et S. 1948, III, p. 69, concl. M. LETOURNEUR, JCP G, 1948, II, n° 4427, note A. MESTRE ; 31 juillet 1948, *Chambre syndicale du livre du département de Constantine*, préc. ; 7 janvier 1949, *Joire et autres*, Rec., p. 2 ; 23 décembre 1949, *Société Comptoir de l'industrie cotonnière et autres*, Rec., p. 567, RJPUF, 1950, p. 79 ; 14 février 1951, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et de transformateurs de lait (3^e esp.)*, Rec., p. 89 (cf. O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 70, n° 62 ; M. WALINE, *op. cit.*, p. 135, n° 221). Cette formulation est également présente dans la jurisprudence plus récente (CE, 11 juin 1993, *Commune de Rai*, req. n° 112.810, Rec., T., p. 592 ; pour d'autres ex. cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 241, note 236).

rétroactivité des décisions administratives²²⁴⁵. Ces deux variantes dans la formulation n'ont aucune incidence sur le champ d'application du principe²²⁴⁶ ou l'autonomie de son fondement²²⁴⁷.

604. L'article 2 du code civil n'ayant pu fonder, à lui seul, le principe de non-rétroactivité des actes administratifs, une partie de la doctrine s'est attachée à rechercher sa justification tantôt dans un principe plus général²²⁴⁸, tantôt dans une règle du droit public²²⁴⁹, sans que l'un ou l'autre ne suffise à l'expliquer entièrement. Il faut donc considérer que le principe de non-rétroactivité des actes administratifs ne peut reposer que sur un fondement autonome. Du reste, cette autonomie n'a pas davantage été remise en cause par la reconnaissance récente du principe de sécurité juridique en droit administratif français. Bien que qu'ils soient nécessairement corrélés²²⁵⁰, les deux principes restent nettement dissociés en jurisprudence²²⁵¹.

La reconnaissance du principe de non-rétroactivité des actes administratifs en tant que principe général du droit permet d'en déterminer la valeur.

²²⁴⁵ CE, 16 juillet 1948, *Société des filatures et tissages de Madagascar*, Rec., p. 334 ; 20 décembre 1950, *Demoiselle Coulaud, sieur Anternet et autres*, Rec., p. 627 ; 31 janvier 1951, *Guillou*, préc. ; 17 mai 1972, *Sieurs Roty, Demaret et Beaune*, préc. ; Sect., 8 février 1974, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles de l'Eure*, req. n° 85.809, Rec., p. 90, *JCP*, 1974, II, 17820, note J.-M. MARCHAND ; 24 juillet 1981, *Mignot et autres*, req. n° 17.554, 17.556 et 18.090, Rec., p. 314 ; Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique et autre*, req. n° 54.300 et 54.467, Rec., p. 258, *AJDA*, 1984, n° 10, p. 627, concl. D. LABETOULLE ; 19 juin 1985, *Commune de Saintes*, req. n° 43.062 et 43.063, Rec., p. 191, *AJDA*, 1985, n° 7-8, p. 402, chr. S. HUBAC et J.-É. SCHOETTL ; 13 octobre 1989, *Commune de Labarthe-sur-Lèze*, req. n° 77.305, Rec., T., p. 472 ; 16 juin 1995, *Mifsud*, req. n° 139.177, Rec., T., p. 886 ; 30 avril 1997, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs et Syndicat MK France*, req. n° 180.299 et 180.328, Rec., p. 177 ; 28 juillet 1999, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, req. n° 202.606, 203.438, 203.487, 203.541 et 203.589, Rec., T., p. 602, *RDSS*, 2000, n° 1, p. 45, note L. DUBOUIS ; 11 février 2002, *Société d'armement à la pêche Jégo-Quéré et autres*, préc. ; 29 janvier 2003, *Centre hospitalier universitaire de Montpellier*, req. n° 227.770, Rec., T., p. 641, *JCP A*, 2003, n° 1323, note D. JEAN-PIERRE ; 30 juin 2003, *Syndicat Sud Travail et Syndicat CFDT-Syntef*, req. n° 242.169 et 242.230, Rec., T., p. 745, *AJDA*, 2004, n° 18, p. 986, note M.-C. de MONTECLERC, *JCP A*, 2005, n° 20, p. 672, note D. JEAN-PIERRE.

²²⁴⁶ Comme en témoigne la formulation adoptée dans la décision *Loscos* à l'égard d'un acte non réglementaire auquel il était reproché de violer le principe en vertu duquel « les décisions administratives ne peuvent légalement disposer que pour l'avenir » (CE, Sect., 27 mai 1977, *Loscos*, req. n° 93.920, Rec., p. 248).

²²⁴⁷ Pour une formule particulièrement claire, CE, 10 février 1978, *Bergon*, req. n° 84.868, Rec., T., p. 853.

²²⁴⁸ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, préc., pp. 76-77, n° 84. Se référant au discours de Portalis prononcé le 4 ventôse an XI devant le Corps législatif à propos du projet de titre préliminaire du Code civil (J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 66), l'auteur estime que le principe général de non-rétroactivité fait partie des maximes qui servent à diriger la marche de toute législation bien ordonnée.

²²⁴⁹ J. CARBAJO, thèse préc., p. 70 et s. Ainsi, la doctrine a pu invoquer le principe du respect des droits acquis (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 406 et s., n° 776 et s.), l'incompétence *ratione temporis* des autorités administratives (J.-M. AUBY, art. préc., p. 19 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 170, n° 148 ; M. LETOURNEUR, *loc. cit.* ; J. PUISOYE, art. préc. ; TEISSIER, concl. sur CE, 17 mai 1907, *Le Bigot*, préc.), ou encore la théorie contentieuse du détournement de pouvoir (O. DUPEYROUX, *loc. cit.*), sans que ces propositions aient été confirmées par l'existence d'une corrélation avec l'utilisation par le juge du motif d'annulation correspondant. Au demeurant, ces explications restent partielles, ne couvrant qu'une partie du champ d'application du principe, soit qu'elles se limitent à certaines illégalités, soit qu'elles ne concernent que certaines catégories d'actes administratifs.

²²⁵⁰ Sur ce point, cf. p. 474, n° 597.

²²⁵¹ CE, 10 juillet 2006, *Société Bouygues Télécom et Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS)*, req. 269.882, Rec., p. 330, *Gaz. Pal.*, 2007, n° 84, p. 52, note B. DU MARAIS ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, req. n° 287.845, Rec., p. 541, *AJDA*, 2007, p. 358, chr. F. LENICA et J. BOUCHER, *D.*, 2007, n° 12, p. 847, note O. BUI-XIAN, *RDP*, 2007, p. 590, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2007, n° 1, p. 6, concl. M. GUYOMAR et n° 2, p. 275, note G. ÉVEILLARD, *RTDCiv.*, 2007, p. 72, note P. DEUMIER ; 19 mars 2007, *Le Gac et autres*, req. n° 300.467, Rec., p. 123, *JCP A*, 2007, n° 37, p. 36, note D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *JCP S*, 2007, n° 18, p. 13, note X. PRÉTOT, *RFDA*, 2007, n° 4, p. 770, concl. L. DEREPAIS ; 25 juin 2007, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, req. n° 304.888, Rec., p. 277, *AJDA*, 2007, n° 33, p. 1823, concl. I. DE SILVA ; 11 juillet 2007, *Syndicat professionnel Union des aéroports français*, req. n° 290.714, Rec., T., p. 843, *RJEP*, 2007, n° 648, p. 415, concl. E. PRADA-BORDENAVE ; 12 décembre 2007, *Section française de l'observatoire international des prisons*, préc. ; 16 juin 2008, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et association syndicale des spécialistes en orthopédie dento-faciale*, req. n° 296.578, Rec., p. 226, *AJDA*, 2008, n° 36, p. 2029, *RFDA*, 2008, n° 4, p. 839 ; 23 juillet 2008, *M. Foucart, Mlle Couacault et autres*, req. n° 310.157, Rec., T., p. 591 ; 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, req. n° 310.146, Rec., p. 341, *JCP A*, 2009, n° 1-2, p. 34, note J.-M. PONTIER, *RFDA*, 2009, n° 1, p. 132, note A. ILIOPOULOU et A. JAURÉGUIBERRY, *RJEP*, 2009, n° 660, p. 25, concl. C. VEROT ; 10 avril 2009, *Association pour le maintien de l'élevage en Bretagne*, req. n° 310.184, Rec., p. 159, *AJDA*, 2009, n° 20, p. 1118, *RJE*, 2010, n° 1, p. 97, concl. I. de SILVA.

B/ La détermination de la valeur du principe de non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux

605. En tant que principe général du droit, le principe de non-rétroactivité des actes administratifs est affecté d'une valeur relativement indéterminée²²⁵². Reconnaisant l'existence des principes généraux du droit administratif, le Conseil constitutionnel s'est borné à considérer, d'une part, que l'autorité réglementaire était incompétente pour donner un effet rétroactif à sa décision²²⁵³ et que, d'autre part, seul le législateur pouvait déroger au principe de non-rétroactivité des actes administratifs²²⁵⁴. Alors qu'un processus de constitutionnalisation du contenu de certains principes généraux du droit administratif s'est engagé²²⁵⁵, il ne concerne pas le principe évoqué. Outre les difficultés qu'elle susciterait, la portée, voire l'utilité de la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle au principe peut même être sérieusement mise en doute²²⁵⁶.

606. La jurisprudence administrative n'est pas plus éclairante sur la valeur exacte à donner au principe de non-rétroactivité des actes administratifs. S'il est vrai que le juge administratif impose le respect des principes généraux du droit à l'ensemble des autorités administratives²²⁵⁷, il reconnaît naturellement que le législateur puisse y déroger²²⁵⁸. À cet égard, le juge prend, bien souvent, soin de relever l'absence de disposition législative autorisant l'autorité administrative à conférer un effet rétroactif à sa décision ou le lui imposant²²⁵⁹, avant d'en prononcer l'annulation pour ce motif.

²²⁵² Sur cette question, voir J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle, Études offertes à G. RIPERT*, t. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 51 ; P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 207 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 61, n° 55 ; B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2010, p. 105, n° 1128 ; B. JEANNEAU, thèse préc. et « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE*, 1981-1982, n° 33, p. 33 ; F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 47.

²²⁵³ C.Const, déc. n° 69-57 L, 24 octobre 1969, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 96 de la loi de finances du 26 décembre 1959 relatives au remboursement des frais de scolarité à l'école Polytechnique*, Rec., p. 32.

²²⁵⁴ C.Const, déc. n° 69-55 L, 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation*, Rec., p. 27, *JCP G*, 1969, I, 2290 bis, chr. M. VOISSET. Sur ce point, voir D. PERROT, art. préc., p. 993.

²²⁵⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 113, n° 144 ; L. FAVOREU, « Principes généraux du droit et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 1996, n° 5, p. 882 ; P. LE MIRE, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes généraux du droit », in *Services publics et libertés, Mélanges offerts à R.-É. CHARLIER*, Paris, éd. de l'Université, 1981, p. 188 ; D. MENNA, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), *Le droit administratif en mutation*, Amiens, PUF, 1993, p. 200 et s. ; F. MODERNE, art. préc., p. 50 et s. ; G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Droit administratif, Mélanges R. CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 662, n° 20.

²²⁵⁶ Le juge administratif reste, en effet, incompétent pour juger de la constitutionnalité de la loi et ne pourrait, par conséquence, sanctionner un acte administratif qu'elle aura autorisé à rétroagir, alors même que le principe de non-rétroactivité serait affecté d'une valeur constitutionnelle (J. PETIT, thèse préc., p. 40, n° 85).

²²⁵⁷ CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, req. n° 92.099, Rec., p. 394, *GAJA* n° 75, *AJDA*, 1959, I, p. 153, chr., M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT, *D.*, 1959, J., p. 541, note J. L'HUILLIER, *Rev. adm.*, 1959, p. 381, note J. GEORGEL, *RDP*, 1959, p. 1004, concl. J. FOURNIER, *S.*, 1959, p. 202, note R. DRAGO.

²²⁵⁸ Il lui est également loisible, dans le champ de sa compétence, de déterminer le contenu et les limites des principes généraux du droit (CE, Ass., 4 octobre 1974, *Dame David*, req. n° 88.930, Rec., p. 464, concl. M. GENTOT, *AJDA*, 1975, p. 525, chr. M. FRANC et M. BOYON, *D.*, 1975, p. 369, note J.-M. AUBY, *JCP G*, 1975, II, 19967, note R. DRAGO).

²²⁵⁹ Outre les décisions déjà citées, cf. également, parmi de nombreux ex., CE, 16 juin 1944, *Société immobilière de Cannes*, Rec., p. 175 ; 5 janvier 1945, *Caisse primaire d'assurances sociales "La Famille-capitalisation" et autre*, Rec., p. 6 ; 21 avril 1948, *Pierangeli*, Rec., p. 170 ; 25 février 1949, *Roncin*, Rec., p. 92 ; 22 février 1950, *Lepoivre*, Rec., p. 117 ; 28 novembre 1951, *Carchon*, Rec., p. 557 ; 20 février 1952, *Cau*, Rec., p. 117, *RDP*, 1953, p. 186 ; 5 juin 1953, *Union syndicale des producteurs de sucre et de rhum de l'île de la Réunion*, Rec., p. 272 ; 14 mai 1954, *Sieur Fage*, Rec., p. 271 ; 16 janvier 1959, *Paillox*, req. n° 40.945, Rec., p. 44, *D.*, 1959, J., p. 419, note J.-P. GILLI ; Sect., 7 mars 1975, *Sieur Lejeuz et autres*, req. n° 93.232, Rec., p. 181 ; 25 mai 1988, *Portais*, req. n° 65.787, Rec., p. 605 ; 19 mars 1993, *Ministre des affaires sociales et de l'intégration c/ Institut Pasteur de la Guadeloupe*, req. n° 134.268, Rec., T., p. 592 ; Ass., 26 juin 1998, *Société AXS France Télécom et société Esprit Télécom France*,

607. Si les données jurisprudentielles permettent de déterminer la valeur « au plus »²²⁶⁰ législative du principe, elles ne permettent pas de trancher la question de savoir s'il faut ranger le principe général du droit au même niveau que la loi ou à un niveau inférieur. Les thèses doctrinales n'apportent pas davantage d'éléments de réponse dirimants²²⁶¹. La thèse bien connue de M. Chapus fondée sur la place du juge administratif dans la hiérarchie des organes conduit à trancher en faveur de la seconde branche de l'alternative²²⁶², alors que d'autres penchent, au contraire, pour la première²²⁶³. La portée pratique de cette divergence est, pour ainsi dire, nulle. De deux choses l'une : soit le principe est à placer au même rang que la loi et le législateur, en vertu du principe du parallélisme des formes et des compétences, peut y déroger, soit le principe est à placer à un niveau inférieur et la même conséquence s'en suit, compte tenu de la place alors plus élevée de la loi dans la hiérarchie des normes.

Quelle que soit la thèse adoptée, tout acte administratif rétroactif est sanctionné par le juge administratif pour avoir méconnu une règle juridique qui lui est supérieure dans la hiérarchie des normes et ce seul élément suffit à lui conférer une portée impérative.

II – LA PORTEE DU PRINCIPE DE NON-RETROACTIVITE

608. Le principe général de non-rétroactivité interdit à l'ensemble des autorités administratives de faire partir les effets des décisions qu'elles édictent à une date antérieure à celle à laquelle elles ont été rendues signées, notifiées ou publiées. La prohibition de la rétroactivité est non seulement conçue comme une règle de validité des actes administratifs unilatéraux (A), mais également comme une directive d'interprétation pour leur application dans le temps (B).

A/ Le principe de non-rétroactivité, condition de validité de la décision administrative

609. L'interdiction de doter une décision administrative d'un effet rétroactif dispose d'un champ d'application des plus large. D'abord, la prohibition de la rétroactivité s'adresse à l'ensemble des autorités administratives, quel que soit le rang qu'elles occupent dans la hiérarchie administrative²²⁶⁴. Ensuite, elle concerne toutes les décisions que les autorités administratives sont susceptibles de prendre, quelle que soit leur portée. Ainsi, le principe de non-rétroactivité s'impose indistinctement aux actes

req. n° 194.151, 194.152 et 195.427 à 195.430, Rec., p. 248, *CJEG*, 1998, n° 547, p. 379, concl. H. HUBERT, *AJDA*, 1998, n° 7-8, p. 565, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; 30 juin 2003, *Caisse nationale des barreaux français*, req. n° 242.493, Rec., T., p. 641.

²²⁶⁰ Selon la formule de J. PETIT, *loc. cit.*

²²⁶¹ On écartera la thèse qui propose de déterminer la valeur des principes généraux du droit en fonction de celle accordée à la source textuelle qui les ont inspirés, dès lors qu'elle est inapplicable au principe de non-rétroactivité des actes administratifs. Comme on l'a vu, l'article 2 du Code civil ne peut être regardé, au mieux, que comme une source d'inspiration partielle du principe.

²²⁶² R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chr. XX, p. 99, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *préc.*, p. 119 et *op. cit.*, t. I, p. 111, n° 140.

²²⁶³ Ces opinions s'appuient sur les décisions bien connues : CE, Ass., 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts des chênes-lièges d'Algérie et autres*, Rec., p. 74, *AJDA*, 1958, p. 130, concl. F. GRÉVISSE et p. 220, chr. J. FOURNIER et M. COMBARNOUS ; Ass. 19 février 1960, *Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants*, req. n° 38.707, Rec., p. 129 ; 2 juillet 1965, *Duverger*, req. n° 62.117, Rec., p. 407.

²²⁶⁴ CE, 10 juin 1949, *Rousseau et Mallet*, Rec., p. 282 ; 19 mai 1950, *Sieur Hontebeyrie*, Rec., p. 300 (décrets du Président de la République ou du Président du Conseil) ; Sect., 13 janvier 1950, *Établissements économiques du Casino Guichard-Perrachon et Cie*, *préc.* (arrêtés des ministres) ; 10 novembre 1950, *Société beurrière de la Somme*, Rec., p. 542 (arrêtés du préfet) ; 10 mars 1944, *Syndicat des fleuristes en boutique de la ville de Rouen et de la région*, Rec., p. 83 (arrêtés du maire) ; 18 mars 1988, *Ville de Poggio-Mezzana*, req. n° 67.695, Rec., T., p. 605, *Dr. adm.*, 1988, n° 4, p. 1 ; 9 novembre 1992, *Commune de Fort-de-Plasne c/ Thouverez*, req. n° 104.937, Rec., p. 399, *Dr. adm.*, 1992, n° 12, p. 2, *Dr. rur.*, 1993, n° 216, p. 359, concl. S. FRATACCI (délibération d'une collectivité locale).

réglementaires²²⁶⁵ et aux actes individuels²²⁶⁶. Enfin, la règle de non-rétroactivité doit être respectée quel que soit le domaine de l'action administrative dans lequel intervient l'auteur de la décision²²⁶⁷. Du moins en va-t-il ainsi en dehors de la matière répressive.

610. Comme on l'a déjà souligné, l'action dans le temps des règlements administratifs définissant les règles relatives aux sanctions revêtant le caractère d'une punition est gouvernée par les principes tirés de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le principe de non-rétroactivité des textes répressifs interdit au pouvoir réglementaire de faire rétroagir les règles d'incrimination qui présentent un caractère plus sévère que la réglementation antérieurement applicable²²⁶⁸. Cette protection constitutionnelle vient donc doubler celle du principe général de non-rétroactivité des actes administratifs. Compte tenu de son rang plus élevé dans la hiérarchie des normes, le principe à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité des textes répressifs plus sévères prime sur le principe général du droit de non-rétroactivité des décisions administratives²²⁶⁹. Il reste que ce chevauchement reste limité en

²²⁶⁵ CE, 11 juin 1948, *Société La manufacture française d'armes et de cycles de Saint-Étienne*, Rec., T., p. 548 ; Ass., 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, préc. ; Sect., 24 mars 1950, *Société Blondeau et Arnaud*, Rec., p. 183 ; 15 juin 1951, *Martin*, Rec., p. 335 ; 24 octobre 1951, *Union laitière des fermiers d'Isigny*, Rec., T., p. 672 ; Sect., 7 novembre 1952, *Houillères du bassin du Nord et du Pas-de-Calais*, préc. ; 6 mai 1957, *Calimbre et Unger*, Rec., p. 290 ; Sect., 21 juin 1957, *Oulès*, Rec., p. 416 ; Sect., 14 février 1958, *Sieurs Chamley et Perret*, préc. ; 5 mars 1958, *Sieur Charneau*, Rec., p. 148 ; Ass., 30 janvier 1959, *Metge*, Rec., p. 89, D., 1959, J., p. 92 et S., 1959, III, p. 36, concl. J. FOURNIER ; Sect., 18 mars 1960, *Union syndicale CGT-FO des personnels français en Allemagne et autres*, req. n° 42.549 et 42.550, Rec., p. 200 ; Sect., 5 février 1971, *Mégard*, req. n° 76.236, Rec., p. 112, AJDA, 1971, n° 6, p. 359 ; Ass., 12 avril 1972, *Brier*, préc. ; 16 octobre 1974, *Pic*, préc. ; Sect., 7 mars 1975, *Sieur Lejuez et autres*, préc. ; Ass., 10 juillet 1981, *Syndicat "Union pour la promotion des professions comptables libérales" et autres*, req. n° 11.065, 11.777 et 11.785, Rec., p. 308 ; Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique et autre*, préc. ; Sect., 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique et autres*, préc. ; 18 mars 1988, *Ville de Poggio-Mezzana*, préc. ; 9 octobre 1992, *Union patronale Rhône-Alpes (UPRA)*, req. n° 86.413, Rec., p. 359, DF, 1993, n° 20, comm. 1040, concl. M.-D. HAGELSTEEN, RJJ, 1992, n° 1635 ; 2 mars 1994, *Syndicat national des viviers et stations d'épuration d'huîtres, moules et coquillages et autres*, req. n° 141.185 et 141.186, Rec., T., p. 772, DF, 1994, comm. 1108, RJJ, 1994, n° 570 ; 1^{er} décembre 1999, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, req. n° 194.748, Rec., p. 376, RFDA, 1999, p. 318 ; 25 juin 2003, *Commune des Contamines-Montjoie*, req. n° 237.305, Rec., T., p. 789, BJCL, 2003, n° 11, p. 820, concl. M. GUYOMAR, Dr. adm., 2003, n° 10, p. 46, note M. GUYOMAR, Environnement, 2003, n° 11, p. 17, obs. P. TROUILLY ; 30 juin 2003, *Caisse nationale des barreaux français*, préc. ; 6 février 2004, *Syndicat Sud Travail et Syndicat CFDT-Syntef*, préc. ; 10 janvier 2007, *Syndicat national CGT du ministère des affaires étrangères*, req. n° 274.873, Rec., T., p. 920 ; 26 mars 2008, *Union Syndicale Autonome Justice (USAJ)*, req. n° 301.254, Rec., T., p. 596, CFP, 2008, n° 281, p. 39, note M. GUYOMAR ; 16 juin 2008, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et association syndicale des spécialistes en orthopédie dento-faciale*, préc.

²²⁶⁶ CE, 17 mai 1907, *Le Bigot*, préc. ; 16 décembre 1907, *Brugnot*, Rec., p. 906, RDP, 1909, n° 1, p. 60, note G. JÈZE ; 2 février 1912, *Lhoste-Bulaine*, préc. ; 18 décembre 1929, *Dame Veuve Yoyotte*, préc. ; 22 octobre 1930, *Mariani*, Rec., 843 ; 21 juin 1933, *Ballerino*, Rec., p. 658 ; 12 octobre 1939, *Dame Abold*, Rec., T., p. 537 ; 20 décembre 1939, *Andrieux*, Rec., p. 598 ; 5 mars 1948, *Sieur de Casaban*, Rec., p. 116 ; 16 juillet 1948, *Société des filatures et tissages de Madagascar*, préc. ; 20 décembre 1950, *Demoiselle Coulaud, sieur Anternet et autres*, préc. ; 31 janvier 1951, *Guillou*, préc. ; 20 juillet 1951, *Ducommun*, req. n° 84.039, Rec., p. 422 ; 21 mai 1953, *Société Nouvelle de Manutention et autres*, Rec., p. 242 ; Sect., 3 février 1956, *Dame Silvestre, dite Irène Brillant*, Rec., p. 45 ; 6 janvier 1960, *Benon*, req. n° 83.285, 29.295 et 29.296, Rec., p. 6 ; 10 février 1965, *Pontillon*, req. n° 62.588 et 63.635, Rec., p. 92 ; 12 juin 1970, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Dahan*, req. n° 77.792, Rec., p. 393 ; 2 avril 1971, *Sieur Tlatli Salah Eddine*, préc. ; 16 février 1973, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Dame veuve Rey*, req. n° 87.222, Rec., p. 152 ; Sect., 27 mai 1977, *Loscos*, préc. ; Sect., 14 novembre 1980, *Mlle Montalibet*, req. n° 18.055, Rec., p. 426, AJDA, 1981, n° 5, p. 315, concl. J.-F. THÉRY ; 24 juillet 1981, *Beherec*, req. n° 18.649, Rec., p. 358 ; Sect., 25 mars 1983, *Conseil de la région parisienne des experts-comptables et comptables agréés*, req. n° 08.699, Rec., p. 137, concl. M. FRANC ; 6 février 1985, *Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et de la recherche c/ Mme Macciocchi*, req. n° 41.010, Rec., p. 24, Dr. adm., 1985, n° 147 ; 27 septembre 1991, *SARL "Société Diffusion Rhône-Alpes"*, préc. ; 28 février 1997, *Rodin*, req. n° 147.955, Rec., p. 59 ; 29 juillet 1998, *Fédération française des Tai-Chi-Chuan traditionnels*, req. n° 158.429, Rec., T., p. 722 ; 13 janvier 1999, *Mme Ludot*, req. n° 186.860, Rec., T., p. 840, Dr. adm., 1999, n° 3, p. 21, note R. SCHWARTZ ; 17 mars 2004, *Hogard*, préc.

²²⁶⁷ Cf. l'inventaire d'O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 134 et s., n° 106 et s. Voir également M. LETOURNEUR, art. préc., p. 41 et s.

²²⁶⁸ C.Const., déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, préc., cons. 14. Sont principalement concernés les règlements intervenant en matière de sanctions administratives, de sanctions fiscales et de sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des professionnels. Sur ces différents points, voir, plus haut, p. 368 et s., n° 459 et s. Cf. également, C.-A. COLLIARD, « la sanction administrative », *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1943, n° 36, p. 15 ; P. DELLIS, thèse préc., p. 284 et s., n° 399 et s. ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 603, note 15 ; J. MOURGEON, thèse préc., p. 120, n° 88.

²²⁶⁹ Au-delà de la question de sa supériorité dans la hiérarchie des normes, le principe de non-rétroactivité des textes répressifs constitue une règle spéciale par rapport à la règle générale issue du principe général du droit de non-rétroactivité des décisions administratives. Suivant l'adage bien connu, *legi speciali lex generalis non derogat*.

raison du principe de légalité des délits et des peines qui réserve l'essentiel de la matière pénale au seul législateur.

611. En dehors de ce cas particulier, le principe général du droit de non-rétroactivité borne, dans son ensemble, l'activité des autorités administratives, que ce soit dans l'exercice de leur fonction normative que dans celui de leur fonction d'application du droit.

Au titre de la première, les autorités administratives ne peuvent, en principe, conférer à la règle de droit nouvellement édictée une date d'effet antérieure à celle de sa publication et ce, quel que soit le motif avancé²²⁷⁰.

Au titre de la seconde, le principe de non-rétroactivité interdit aux autorités administratives de donner un effet rétroactif aux règles qu'elles ont pour mission d'appliquer²²⁷¹. Ainsi, il ne saurait être fait une application anticipée d'une règle de droit qui n'est pas encore entrée en vigueur²²⁷², soit qu'elle est encore en préparation et n'a pas été édictée²²⁷³, soit qu'elle a été édictée mais n'est pas encore publiée²²⁷⁴, soit enfin qu'elle a bien été publiée mais que sa prise d'effet a été différée²²⁷⁵. Ces différentes formes d'anticipation de l'effet dans le temps d'une règle de droit sont évidemment illégales, mais n'entrent que partiellement dans le champ d'application du principe de non-rétroactivité. Le juge ne s'y est pas trompé en lui préférant l'application de la règle en vertu de laquelle les décisions administratives doivent être prises conformément aux règles en vigueur au jour de leur édicton²²⁷⁶ pour sanctionner ces cas d'application anticipée de la règle de droit non encore en vigueur. En effet, l'application rétroactive d'un texte n'implique pas nécessairement la rétroactivité de l'acte qui la réalise. Ainsi, l'acte administratif mettant en œuvre une loi de manière rétroactive encourt la censure du juge administratif pour avoir appliqué une règle inapplicable dans le temps, et non pour avoir violé le principe de non-rétroactivité²²⁷⁷. Ce dernier n'entre en jeu que dans le cas où la mesure d'application

²²⁷⁰ Outre son caractère favorable maintes fois invoqué (pour des ex., cf. M. LETOURNEUR, art. préc., p. 43), les considérations d'ordre pratique (CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, préc.), économique (P. DELVOLVÉ, « Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à M. WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 368), social (CE, Ass., 8 juillet 1949, *Delacommune et autres*, préc.), moral (CE, Ass., 16 mars 1956, *Banque de l'Indochine*, Rec., p. 122, *RJPUF*, 1956, p. 838, concl. M. LONG) ne sauraient justifier la rétroactivité, même de faible durée (CE, 6 juin 1958, *Fédération nationale de l'industrie hôtelière*, Rec., p. 313, *RPDA*, 1958, p. 121, concl. M. LONG : rétroactivité d'un jour), d'un acte administratif. Voir, notamment, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 223, n° 551 ; G. ÈVEILLARD, thèse préc., p. 618, n° 778 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., pp. 414-415, n° 784.

²²⁷¹ CE, 2 mars 1977, *Ministre d'État, Ministre de l'Intérieur c/ Digeon*, req. n° 99.673, Rec., T., p. 706. Il en va autrement en présence d'une autorisation expresse par le législateur (CE, Ass., 18 octobre 1974, *Dame Veuve Rodet et autres*, préc.).

²²⁷² Sur cette question, cf. J.-M. AUBY, art. préc., p. 15 ; J. PETIT, thèse préc., p. 104, n° 209.

²²⁷³ CE, 21 juillet 1934, *Sieur Vigneau Lous*, Rec., p. 868 ; 16 janvier 1948, *Sieur Sadol*, Rec., p. 21 ; Sect., 12 novembre 1955, *Dame veuve Gaillard et sieur Viguié*, Rec., p. 540 ; 23 juin 1971, *Sieur Grivaz*, req. n° 80.406, Rec., p. 476 ; 29 juillet 1994, *SA Clinique Saint-Martin*, req. n° 118.785, Rec., T., p. 773.

²²⁷⁴ CE, 16 mars 1988, *Audinet*, req. n° 44.334, Rec., T., p. 603 ; CAA Nantes, Plén., 16 mars 1994, *Société Inter-location*, req. n° 92NT00601, Rec., p. 631. Voir C. DEBOUY, thèse préc., p. 174.

²²⁷⁵ Soit que le texte ait lui-même reporté sa date de son entrée en vigueur (CE, 9 juillet 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC)*, req. n° 249.852, Rec., p. 335, *BJCP*, 2003, n° 31, p. 457, concl. D. PIVETEAU, *Dr. adm.*, 2004, n° 2, p. 21, note A. MÉNÉMÉNIS), soit qu'il nécessite des mesures d'application (CE, Ass., 23 juillet 1943, *Dame Bovy*, req. n° 71.362, Rec., p. 203 ; 23 décembre 1943, *Ratié*, Rec., p. 305 ; Sect., 28 juin 1968, *Cassignol*, req. n° 68.310, Rec., p. 405, *RDP*, 1969, n° 1, p. 174, note J.-M. AUBY ; 20 mai 1996, *Syndicat Union des personnels de surveillance, d'encadrement pénitentiaire et postulants*, req. n° 143.939, Rec., T., p. 698, *Dr. adm.*, 1996, n° 7, p. 3, obs. G. GUGLIELMI). Toutefois, la règle peut, sans que le principe de non-rétroactivité soit méconnu, servir de fondement aux mesures prises pour son application, pourvu que celles-ci entrent en vigueur au même moment que celle-là (pour une opinion contraire, cf. O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 105, n° 86).

²²⁷⁶ Cela ne signifie pas pour autant que le juge ne s'estime pas en face d'un cas de rétroactivité, mais simplement que la cause première de l'illégalité réside dans l'impossibilité pour l'administration de faire application d'un texte qui ne peut l'être au moment où elle décide et non dans sa conséquence. Il reste que l'on peut regretter que la sanction sur le terrain de l'erreur de droit soit privilégiée par rapport à celle résultant de la méconnaissance du champ d'application de la loi dans le temps, dès lors que celle-ci constitue, au moins pour les actes réglementaires, un moyen d'ordre public.

²²⁷⁷ CE, 1^{er} décembre 1899, *Desabres* (1^{ère} esp.), req. n° 96.255, Rec., p. 691 ; 30 novembre 1910, *Sieur Hervé*, Rec., p. 853. Voir J. MOURGEON, thèse préc., p. 349, n° 248 ; J. PETIT, thèse préc., p. 39, n° 82.

produit ses effets à une date antérieure à sa date légale d'entrée en vigueur²²⁷⁸. La solution diffère lorsque le texte en cause n'est plus la loi mais le règlement, le principe de non-rétroactivité retrouvant à s'appliquer à concurrence avec le principe évoqué.

Symétriquement, le principe de non-rétroactivité empêche l'administration de « combler le retard » qu'elle a pris dans l'exécution d'un texte en reportant la date d'entrée en vigueur des mesures nécessaires à son application à celle qu'il avait lui-même prévu à l'origine²²⁷⁹. Il en va de même lorsque l'autorité chargée de l'exécution d'un texte intervient après l'expiration d'un délai fixé par l'autorité normative et prend les mesures nécessaires en fixant leur prise d'effet à l'intérieur du délai qui lui a été imparti pour agir²²⁸⁰. Dans le même ordre d'idées, l'administration ne pourrait reporter la prise d'effet d'une mesure d'application d'un texte qui n'est manifestement plus en vigueur à la date à laquelle elle intervient à une période où il l'était encore²²⁸¹, sans violer par là le principe de non-rétroactivité.

612. Pas plus que l'administration, les administrés ne peuvent se prévaloir devant le juge de la rétroactivité d'un acte administratif²²⁸², y compris dans le cas où ils en auraient fait la demande²²⁸³. La rétroactivité en tant qu'elle méconnaît une règle de validité des actes administratifs constitue un vice de légalité interne²²⁸⁴. Toute décision administrative prenant effet antérieurement à la date légale de son entrée en vigueur est ainsi entachée du « vice de rétroactivité »²²⁸⁵.

En application de la doctrine sur le champ d'application de la loi²²⁸⁶, le moyen tiré de la violation du principe de non-rétroactivité peut également être rattaché à la méconnaissance du champ d'application de la loi dans le temps. En tant que tel, il est d'ordre public et doit être relevé d'office par le juge, à la condition toutefois qu'il ressorte clairement des données du litige et de l'état du dossier²²⁸⁷. Cette doctrine n'ayant trait qu'au champ d'application de la règle de droit, seule la rétroactivité d'un règlement²²⁸⁸ donne lieu à un moyen d'ordre public, à l'exclusion donc des décisions non réglementaires²²⁸⁹.

²²⁷⁸ Cf., par ex., CE, 25 janvier 1952, *Ville de Clermont-Ferrand*, Rec., p. 56 ; 30 juin 2003, *Caisse nationale des barreaux français*, req. n° 242.493, Rec., T., p. 641.

²²⁷⁹ CE, 26 mars 2008, *Union Syndicale Autonome Justice (USAJ)*, préc.

²²⁸⁰ CE, 25 novembre 1981, *Avignon et autres*, req. n° 22.910, Rec., T., p. 581.

²²⁸¹ CE, 28 novembre 1951, *Carchon*, préc. En l'absence d'autres illustrations, certaines décisions jurisprudentielles plus récentes peuvent être interprétées comme allant dans le même sens (CE, 10 novembre 2000, *Tossounian*, req. n° 197.979, Rec., T., p. 932, *RDF*, 2001, comm. 329, *RJF*, 2001, n° 201 ; Ord., 20 mars 2001, *Syndicat national des horlogers, bijoutiers, joailliers, orfèvres et spécialistes de l'art de la table Saint-Éloi et autre*, req. n° 230.462, Rec., T., p. 1106 (sol. impl.), *RTDCiv.*, 2001, n° 3, p. 688, note R. LIBCHABER et N. MOLFESSIS). Tel est le cas, par ex., de l'instruction fiscale intervenue postérieurement à la période d'application d'un texte et visant à prolonger les effets de ses mesures d'application au-delà de cette période (CE, Sect., 23 février 1994, *Société Voillet et frères*, req. n° 129.402, Rec., p. 92, *DF*, 1994, n° 20, p. 841, concl. G. BACHELIER, *RJF*, 1994, n° 5, p. 286, chr. G. GOULARD).

²²⁸² CE, 22 décembre 1950, *Villa*, Rec., p. 634 ; Sect., 8 novembre 1957, *Société chimique et routière nord-africaine*, *AJDA*, 1957, p. 406, concl. F. GAZIER, *RDP*, 1958, p. 981, note M. WALINE.

²²⁸³ La circonstance qu'elle aurait dû intervenir plus tôt n'est pas de nature à autoriser l'autorité administrative à faire rétroagir la mesure demandée (CE, 30 juin 1965, *Laurent*, req. n° 62.074, Rec., T., p. 843 ; 13 octobre 1989, *Linguet*, req. n° 78.446, Rec., T., p. 472, *AJDA*, 1990, n° 2, p. 112, concl. D. LEVIS).

²²⁸⁴ CE, 13 octobre 1989, *Commune de Labarthe-sur-Lèze*, préc. ; CAA Paris, 23 mai 1995, *Kohler*, req. n° 94PA01477. L'acte rétroactif est sanctionné au titre de la violation de la règle de droit et, plus précisément, d'un principe général du droit (sur ce point, cf., notamment, F. GAZIER, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », *EDCE*, 1951, n° 5, p. 77 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. II, préc., p. 334, n° 1220 et s.

²²⁸⁵ CE, 27 juin 1952, *Société des produits barytiques*, Rec., p. 186 ; CE, 10 octobre 1990, *Duchêne*, req. n° 102.512. Voir également, concl. TEISSIER sur CE, 17 mai 1907, *Le Bigot*, préc. ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 170, n° 148.

²²⁸⁶ A. BERNARD, concl. sur CE, Sect., 21 mars 1958, *Delteil*, Rec., p. 189. Voir également, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 826, n° 939 ; C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2001, p. 599, n° 666 ; C. DEBOUY, thèse préc., p. 105 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 366.

²²⁸⁷ Sur ce point, cf. les concl. contraires d'O. FOUQUET sur CE, 29 juin 1988, *Fédération nationale des syndicats de négociants en pommes de terre et légumes en gros*, req. n° 68.714, *LPA*, 1^{er} février 1989, n° 14, p. 4.

²²⁸⁸ Que le règlement soit en cause dans un litige (CE, Sect., 3 juillet 1953, *Boyer*, Rec., p. 335 ; 3 novembre 1967, *Marailhac et Roig*, req. n° 63.492, Rec., p. 403 ; Sect., 8 novembre 1968, *Ministre des finances c/ Menez*, req. n° 72.371, Rec., p. 557, *AJDA*,

Comme toute illégalité, la méconnaissance du principe de non-rétroactivité entraîne l'annulation de l'acte produisant un tel effet et engage, le cas échéant, la responsabilité pour faute de l'administration²²⁹⁰. Pour autant, le vice de rétroactivité n'entraîne pas de plein droit l'annulation totale de la décision qui en est entachée²²⁹¹. Le plus souvent, la décision incriminée ne sera annulée qu'« en tant que » elle est rétroactive²²⁹², c'est-à-dire dans la mesure où elle a développé des effets pour le passé. La conséquence à tirer de cette annulation partielle est que la décision sera regardée comme n'étant entrée en vigueur qu'à compter de la date à laquelle elle aurait légalement dû l'être. Par contre, l'annulation partielle de l'acte rétroactif entraîne, par voie de conséquence, celle des décisions qui en ont fait application durant la période antérieure à la date légale de son entrée en vigueur²²⁹³.

1969, p. 306, obs. V.S. ; Sect., 5 février 1971, *Mégard*, préc. ; Sect., 7 mars 1975, *Sieur Lejuez et autres*, préc. ; 6 mai 1983, *Coz*, req. n° 36.858, Rec., p. 175, *RDP*, 1984, p. 505) ou qu'un recours soit directement exercé à son encontre (CE, 11 juin 1971, *Assistance publique de Paris c/ Dame Duvoisin*, req. n° 75.239, Rec., T., p. 1160, *AJDA*, 1972, II, p. 482, obs. P. LANDON).

²²⁸⁹ CE, 1^{er} juillet 1949, *Candriller* ; 19 novembre 1954, *Reynaud*, Rec., p. 604 ; 27 janvier 1956, *Potut*, Rec., T., p. 733 ; 30 novembre 1956, *Société des ateliers de Construction et de chaudronnerie du Midi*, Rec., p. 454 ; 15 avril 1959, *Mme Frescaline et Mlle Girau*, Rec., T., p. 900 ; 9 février 1973, *Chaput*, req. n° 80.749, Rec., p. 129, *AJDA*, 1974, II, p. 326, note P. LANDON ; 21 juillet 1995, *SA Galina*, req. n° 137.283, Rec., T., p. 993.

²²⁹⁰ À condition, bien entendu, qu'un préjudice ait été causé à ses destinataires. Sur le lien entre rétroactivité et responsabilité, cf. O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 183, n° 164 ; G. ÈVEILLARD, thèse préc., p. 619, n° 778 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 44 ; et, parmi de nombreux ex., CE, 23 octobre 1935, *Thomas*, Rec., p. 964 ; 18 février 1949, *Société Agrumia*, Rec., p. 81 ; 10 novembre 1950, *Société beurrière de la Somme*, préc. ; 28 juillet 1951, *Mouilhaud*, Rec., p. 458 ; Sect., 8 novembre 1957, *Société chimique et routière nord-africaine*, préc. ; Sect., 21 mai 1954, *Société Brodard et Taupin*, Rec., p. 293, *D.*, 1954, p. 469, concl. M. LETOURNEUR ; 28 octobre 1988, *Mlle Gallien*, req. n° 49.432 et 49.433, Rec., T., p. 606 ; 1^{er} mars 1991, *Pabion*, préc. (sol. a contrario).

²²⁹¹ Elle n'est rendue nécessaire qu'à raison du caractère indivisible de la période sur laquelle porte l'acte rétroactif (cf. l'ex. d'un règlement fixant le tarif annuel d'une redevance, CE, 18 mars 1988, *Ville de Poggio-Mezzana*, préc. ; 9 novembre 1992, *Commune de Fort-de-Plasne c/ Thouverez*, préc.).

²²⁹² Parmi de nombreux ex., voir CE, Ass., 9 janvier 1931, *de la Rochefoucoult d'Estissac*, Rec., p. 9 ; 30 mars 1936, *Hébert*, Rec., p. 413 ; 27 avril 1945, *Société de force et lumière électriques (Forclum)*, Rec., p. 83 ; Ass., 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, préc. ; Ass., 16 mars 1956, *Banque de l'Indochine*, préc. ; 6 juin 1958, *Fédération nationale de l'industrie hôtelière et autres*, préc. ; 4 mars 1965, *Mercier*, req. n° 61.722, Rec., T., p. 843 ; Ass., 14 mai 1965, *Secrétaire d'État aux finances c/ Jacquier*, req. n° 49.874, 49.875 et 54.150, Rec., p. 278, *RDP*, 1966, n° 1, p. 164, concl. LAVONDÈS ; 7 novembre 1969, *Cerutti et autres*, req. n° 74.180, Rec., p. 478 ; Sect., 11 décembre 1987, *SCI Rudel*, préc. ; 25 mai 1988, *Portais*, préc. ; 2 mars 1994, *Syndicat national des viviers et stations d'épuration d'huîtres, moules et coquillages et autres*, préc. ; Ass., 26 juin 1998, *Société AXS France Télécom et société Esprit Télécom France*, préc. ; 29 juillet 1998, *Fédération française des Tai-Chi-Chuan traditionnels*, préc. ; 25 juin 2003, *Commune des Contamines-Montjoie*, préc. ; 10 janvier 2007, *Syndicat national CGT du ministère des affaires étrangères*, préc. ; 26 mars 2008, *Union Syndicale Autonome Justice (USAJ)*, préc. (actes réglementaires) ; 12 décembre 1969, *Association interministérielle des secrétaires administratifs d'administration centrale*, req. n° 72.444, Rec., T., p. 726 (acte collectif) ; 18 avril 1947, *Jarrigion*, Rec., p. 148, *S.*, 1948, III, p. 33, note J. RIVERO ; Sect., 3 novembre 1978, *Dame Lamothe-Lemaire*, req. n° 03.129, Rec., p. 411 ; 9 octobre 1981, *Beherec*, req. n° 18.649, Rec., p. 358 ; 28 juillet 1993, *Mme Hanot*, req. n° 81.137, Rec., T., p. 592 ; 3 mai 2006, *M. Mantin*, req. n° 258.449, Rec., T., p. 716 (décisions individuelles). Sur ce point, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 1148, n° 1336 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 174, n° 150 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 44.

²²⁹³ CE, 21 janvier 1944, *Bec*, Rec., p. 177 ; 10 juin 1949, *Rousseau et Mallet*, préc. ; Sect., 7 mars 1975, *Sieur Lejuez et autres*, préc. ; 2 mars 1977, *Ministre de l'État, Ministre de l'Intérieur c/ Digeon*, req. n° 99.673, Rec., T., p. 706 ; 5 janvier 1979, *Association nationale de la meunerie française*, req. n° 06.706, Rec., p. 2, *Dr. adm.*, 1979, n° 2, p. 1, *RDP*, 1979, n° 6, p. 1756, note J.-M. AUBY, *DF*, 1979, n° 7, p. 241 ; 25 mai 1979, *Colin*, req. n° 00.963 et 04.480, Rec., p. 240, *AJDA*, 1980, n° 3, p. 197, obs. S. SALON ; 22 octobre 1980, *Boudan*, req. n° 22.040, Rec., T., p. 591 ; 4 novembre 1988, *Commune de Macornay c/ Vincent*, req. n° 56.904, Rec., T., p. 664, *Dr. adm.*, 1988, n° 632 ; 14 décembre 1998, *Frère*, req. n° 192.114, Rec., T., p. 722 ; 25 janvier 2006, *Société La laiterie de la montagne*, req. n° 265.964, Rec., p. 26, *RFDA*, 2006, n° 2, p. 414, note P. TERNEYRE. L'annulation par voie de conséquence trouve évidemment sa limite dans le respect des droits définitivement acquis (CE, 3 octobre 1969, *Ministre de l'Intérieur c/ Jeannot*, req. n° 75.259, Rec., p. 418, *AJDA*, 1970, n° 4, p. 247, obs. V. SILVERA).

B/ Le principe de non-rétroactivité, directive d'interprétation de la décision administrative

613. L'autonomie de la règle de non-rétroactivité des décisions administratives par rapport au principe législatif de non-rétroactivité, tel qu'il découle de l'article 2 du code civil, n'empêche pas leur portée de se recouper partiellement. À l'instar du second, la première pose une directive d'interprétation adressée aux organes chargés de l'application de la décision administrative. Nonobstant la question de la légalité de la rétroactivité conférée à une décision administrative, celle-ci est soumise à une principe d'interprétation stricte, ce qui emporte deux conséquences.

614. D'abord, la décision administrative ne peut être présumée rétroagir, sauf si elle le prévoit expressément²²⁹⁴. C'est dire que les autorités en charge de sa mise en œuvre doivent, en tout état de cause, interpréter la décision administrative dans le sens de la non-rétroactivité.

Cette conséquence directe du principe général de non-rétroactivité est rappelée, de manière particulièrement nette et constante, par le juge administratif à propos des textes réglementaires²²⁹⁵. Le silence d'un règlement administratif sur son effet dans le temps ne saurait être interprété comme impliquant son application rétroactive aux situations constituées antérieurement à sa publication. Du point de vue des principes du droit transitoire, cela signifie que ce silence traduit la volonté de l'autorité normative de privilégier la solution de droit commun, qui n'est autre que le principe de l'effet immédiat.

De même que pour la loi, le principe d'interprétation stricte ne prohibe pas, de manière générale et absolue, toute rétroactivité implicite de la décision administrative, mais fait seulement interdiction au juge de créer une rétroactivité « inconsciente », c'est-à-dire d'attribuer un effet rétroactif à un texte sans qu'il puisse être établi que telle a bien été la volonté de son auteur²²⁹⁶. Toutefois, il faut bien reconnaître qu'en matière administrative, le problème de la rétroactivité implicite rencontre une difficulté supplémentaire dans la recherche d'un fondement permettant d'écarter le respect du principe de non-rétroactivité. Quand bien même il aurait été établi, à partir des termes mêmes du texte administratif, voire de son objet, que son auteur a entendu l'assortir d'un effet rétroactif, il faut encore démontrer que celui-ci pouvait être légalement donner à celui-là. À la première interdiction s'ajoute donc celle de ne pas créer un lien artificiel entre l'acte administratif et la règle supérieure qui est censée l'avoir autorisée. Pour ne pas être totalement exclue, la rétroactivité implicite de la décision administrative est, en tout état de cause, vouée à demeurer rarissime en pratique.

Cette rigueur se manifeste tout particulièrement dans le domaine contractuel, dans la mesure où le juge n'accepte de faire application d'un règlement nouveau aux contrats antérieurement conclus, y

²²⁹⁴ CE, 3 novembre 1920, *Granger et autres*, Rec., p. 525 ; 23 juin 1922, *Chaumartin*, Rec., p. 548 (6^e esp.) ; 13 mars 1925, *Rodière*, Rec., p. 267 ; 7 janvier 1927, *Dame Bajoux*, préc. ; Sect., 18 janvier 1945, *Docteur Niel*, Rec., p. 20 ; Ass., 26 octobre 1945, *Société Bazaine Publicité*, préc. ; 25 février 1949, *Société civile de l'école de Gerson*, préc. ; 16 mars 1949, *SA d'alimentation "L'Épargne"*, Rec., p. 125 ; Ass., 8 juillet 1949, *Delacommune et autres*, préc. ; 10 février 1950, *Syndicat patronal et artisanal de l'habillement de Pau et autres*, préc. ; 10 novembre 1950, *Société beurrière de la Somme*, préc. ; 25 janvier 1952, *Ville de Clermont-Ferrand*, préc. ; Ass., 16 mars 1956, *Sieur Garrigou*, préc. ; 25 octobre 1957, *Talec et Vachon*, préc. ; Ass., 9 mai 1958, *Fédération des syndicats de polices de France et d'Outre-Mer (CFTC)*, Rec., p. 267 ; Sect., 3 juillet 1964, *Joligeon*, req. n° 04.854, Rec. p. 385 ; 11 mars 1966, *Dame Gastinel*, préc.

²²⁹⁵ Pour des ex. récents, voir CE, 27 février 1981, *Syndicat des naturalistes de France*, req. n° 18.559, Rec., p. 113 ; 13 mars 1998, *Association de défense des intérêts des directeurs de 4^{ème} classe*, req. n° 179.341, *AJFP*, juillet-août 1998, p. 102 ; 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, req. n° 310.146, Rec., p. 341, *JCP A*, 2009, n° 1-2, p. 34, note J.-M. PONTIER, *RFDA*, 2009, n° 1, p. 132, note A. ILIOPOULOU et A. JAURÉGUIBERRY, *RJEP*, 2009, n° 660, p. 25, concl. C. VEROT).

²²⁹⁶ Sur ce point, cf., plus haut, p. 62, n° 93.

compris avec effet rétroactif, qu'à la double condition qu'une loi l'y autorise et que cette dernière revête, à raison de son objet même, un caractère d'ordre public²²⁹⁷.

615. En tant que directive d'interprétation des actes administratifs unilatéraux, le principe général de non-rétroactivité entraîne une deuxième conséquence remarquable. Les dispositions auxquelles il a été légalement conféré un effet rétroactif voient leur champ d'application, temporel comme matériel, faire l'objet d'une interprétation particulièrement restrictive de la part du juge administratif²²⁹⁸. Seulement, il ne s'agit plus ici de tirer les conséquences de la prohibition de la rétroactivité en matière administrative mais de limiter le jeu d'une dérogation faite à ce principe.

Le principe général de non-rétroactivité des décisions administratives pose une interdiction générale, mais qui n'est pas absolue. Comme on l'a vu plus tôt, ce principe souffre même de nombreuses exceptions, sans que celles-ci aient pour conséquence de renverser celui-là. La rétroactivité relève de l'exception en matière administrative, ce que confirme l'encadrement strict dont elle fait l'objet lorsqu'il y est légalement recouru.

§ 2 : L'encadrement strict de la rétroactivité de la décision administrative

616. Parce qu'elle est conçue comme une exception au principe de sa prohibition générale en droit administratif, la rétroactivité n'a pas été organisée de manière positive dans sa mise en œuvre. En tout état de cause, à l'instar de toute exception à un principe, elle fait l'objet d'un encadrement strict.

Si la nécessité de limiter la rétroactivité de la décision administrative s'impose avec la force de l'évidence, il faut constater qu'il n'est pas aisé de déterminer avec précision les règles et principes qui encadrent son utilisation. La raison en est que les conditions présidant à son emploi, de même que les bornes posées à son étendue, dépendent du fondement au titre duquel la rétroactivité légale de la décision administrative a été prescrite. C'est dire que la rétroactivité ne bénéficie pas d'un statut autonome en droit administratif et que son encadrement reste tributaire de la hiérarchie des normes.

De fait, comme il a été montré plus tôt, les sources de l'admission de la rétroactivité de la décision administrative sont, pour une large part, extérieures au droit administratif lui-même. L'extension au passé de l'effet dans le temps de la décision administrative résulte, le plus souvent, de la mise en œuvre d'une règle ou d'un principe ayant un rang plus élevé dans la hiérarchie des normes que le principe général du droit administratif de non-rétroactivité, qu'elle ou il émane de la Constitution, du droit de l'Union européenne ou de la loi. Il s'ensuit que l'encadrement dont l'une ou l'autre font l'objet en matière de rétroactivité gouverne également l'effet sur le passé de la décision administrative (II).

En revanche, lorsque la licéité de la rétroactivité repose sur un fondement propre au droit administratif, sa mise en jeu doit non seulement respecter les principes et règles supérieurs, en vertu du

²²⁹⁷ CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc. Voir également, nonobstant les hésitations de la jurisprudence sur la qualification à donner à l'application du règlement nouveau aux contrats antérieurement conclus, CE, 28 février 1947, *Cie réunionnaise O. Ratineau et fils*, Rec., p. 83 ; Sect., 9 juillet 1948, *Syndicat national des courtiers d'assurance*, Rec., p. 316 ; 4 juillet 1958, *Gauthier*, Rec., p. 416 ; 20 janvier 1967, *Sieur Carmaran et Amicale des agents généraux du Phénix*, req. n° 65.874, Rec., p. 21. Sur cette question, cf., plus haut, p. 401, n° 506. Voir également, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 248, n° 318 et p. 657, n° 831.

²²⁹⁸ CE, Ass., 15 juillet 1954, *Syndicat chrétien du Trésor et Syndicat chrétien des contributions directes et du cadastre*, préc. ; 17 mai 1972, *Sieurs Roty, Demaret et Beaune*, préc. ; 27 février 1981, *Syndicat des naturalistes de France*, préc. ; 3 décembre 2001, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, req. n° 218.029 ; 6 octobre 2008, *Compagnie des Architectes en Chef des Monuments Historiques et Association Architectes du Patrimoine*, préc. Sur l'ensemble de la question, cf., par analogie, p. 399 et s., n° 503 et s. Voir également, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 790, n° 997 ; J. PETIT, thèse préc., p. 32, n° 67 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 355.

principe de légalité, mais également ceux et celles qui s'imposent exclusivement aux autorités administratives. Il en va ainsi lorsque la rétroactivité légale de la décision administrative découle d'une théorie jurisprudentielle ou de la consécration par le juge administratif d'une exception ponctuelle à la règle de non-rétroactivité au nom d'un impératif d'une importance particulière ou à raison de l'objet même. Dans ces hypothèses, la rétroactivité de la décision administrative doit respecter, outre les principes et règles de valeur supérieure, l'ensemble des règles de la légalité administrative, telles que le respect des décisions passées en force de chose jugée ou le principe d'égalité. Parmi celles-ci, le principe d'intangibilité des droits acquis s'adresse spécialement à l'effet sur le passé légalement conféré à la décision administrative (I).

I – LE PRINCIPE D'INTANGIBILITE DES DROITS ACQUIS, LIMITE SPECIFIQUE DE LA RETROACTIVITE DE LA DECISION ADMINISTRATIVE

617. En droit administratif, le principe du respect des droits acquis constitue, tout comme celui de non-rétroactivité, une règle de droit objectif s'imposant à l'action administrative dans son ensemble. À l'instar de nombreux principes généraux du droit, le principe d'intangibilité des droits acquis est longtemps resté innommé, alors même qu'il faisait déjà l'objet d'une application constante²²⁹⁹. Le principe d'intangibilité des droits acquis se rattache à la fonction conservatrice du droit, laquelle correspond à l'une des nombreuses facettes du principe de sécurité juridique. Comme l'a justement rappelé M. Rivero, « *une des fonctions essentielles du droit est de créer la sécurité ; or, il n'est pas de sécurité dans l'instabilité* »²³⁰⁰. Autrement dit, il s'agit de garantir la stabilité de certaines situations juridiques existantes à un moment donné en les plaçant hors de toute atteinte, y compris des pouvoirs publics. Le principe d'intangibilité des droits acquis s'oppose donc à ce que les intérêts particuliers puissent être indéfiniment remis en cause par une intervention ultérieure de l'autorité administrative, même commandée par l'intérêt général. Il s'agit, en particulier, de garantir les droits antérieurement acquis contre une volonté émanant de l'Administration de revenir sur leur existence même et ce, *ab initio*. Dans cette mesure, le principe d'intangibilité constitue une limite à la rétroactivité administrative.

618. Si chacun s'accorde sur la nécessité d'accorder une telle protection à une partie du passé de l'ordonnement juridique, la portée de cette protection n'a jamais fait l'objet d'un consensus doctrinal, non plus qu'elle n'a été fixée avec précision en jurisprudence. La raison doit en être recherchée dans les ambiguïtés attachées à la notion de droits acquis, laquelle est au cœur même du principe d'intangibilité. Comme l'ont souligné plusieurs auteurs, la notion de droits acquis est marquée par la dualité²³⁰¹.

²²⁹⁹ J. FOURNIER, concl. sur CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, req. n° 92.099, Rec., p. 394, RDP, 1959, n° 5, p. 1004, spéc. p. 1013 ; J.-F. HENRY, concl. sur CE, 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, req. n° 45.570, Rec., p. 245, spéc. p. 247 ; R. RIVET, concl. sur CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, req. n° 74.010, Rec., p. 790, RDP, 1922, n° 5, p. 552, spéc. p. 553. Il faut attendre 1968 pour qu'il soit fait une référence explicite au principe d'intangibilité des droits acquis en jurisprudence (CE, Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, req. n° 64.180, Rec., p. 214, concl. G. VUGHT, AJDA, 1968, I, p. 335, chr. J. MASSOT et J.-L. DEWOST, RDP, 1969, p. 332, concl. G. VUGHT). Sur ce point, voir R. MUZELLEC, thèse préc., p. 13.

²³⁰⁰ J. RIVERO, « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chr., p. 21, spéc. p. 24. Cf., dans le même sens, J. DE SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, préc., p. 43, n° 56-I ; L. DELBEZ, « La révocation des actes administratifs. Contribution à la théorie générale de l'annulation par la voie administrative », préc., pp. 467-468.

²³⁰¹ Sur ce point, voir J.-M. AUBY, « L'incompétence *ratione temporis*, Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », RDP, 1953, n° 1, p. 5, spéc. pp. 25-26 ; P. AUVRET, « La notion de droits acquis en droit administratif français », RDP, 1985, n° 1, p. 53, spéc. p. 58 ; F. BATAILLER, « Les "*Beati possidentes*" du droit administratif (les actes administratifs unilatéraux créateurs de privilèges) », RDP, 1965, n° 6, p. 1051, spéc. p. 1071 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 127 ; F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, préc., p. 145 et s. ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 661, n° 837 ; P. LEWALLE, thèse préc.,

Dans un sens conceptuel qui insiste sur l'élément « droit », le droit acquis est une « *prérogative détenue en application d'une règle de droit* »²³⁰². Plus précisément, il s'agit d'un droit institué par une norme générale et impersonnelle et qui se trouve « acquis » du fait de l'application de celle-ci. En d'autres termes, le droit acquis est un droit individualisé. Dans son acception conceptuelle, la notion de droits acquis se confond, par conséquent, avec celle de situation juridiquement constituée. Partant, la protection accordée au premier n'est autre que celle reconnue à la seconde²³⁰³. Il est fait interdiction à l'autorité administrative d'atteindre une situation juridique déjà constituée au moment où elle agit, sauf à donner par là un effet rétroactif à sa décision. De ce point de vue, le principe du respect des droits acquis se confond purement et simplement avec le principe de non-rétroactivité des décisions administratives, dont il a déjà été question²³⁰⁴.

Dans un sens fonctionnel qui insiste davantage sur l'élément « acquis », le droit acquis se définit comme la « *prérogative attachée à une situation juridique définitivement constituée* »²³⁰⁵. En d'autres termes, il s'agit d'un droit qui est détenu à titre définitif par un sujet de droit donné. Non seulement le droit est individualisé, mais il est également « cristallisé », irrévocable, intangible. En tant que tel, le droit définitivement acquis bénéficie d'une protection renforcée par rapport au droit simplement individualisé. Cette protection consiste en une interdiction de modifier la situation juridique dans l'un quelconque de ses éléments, externes ou internes.

D'un côté, le principe d'intangibilité assure le maintien du droit applicable à la situation juridique au moment où celle-ci s'est formée. À cet égard, il constitue une garantie contre le changement du droit²³⁰⁶. En droit transitoire, cela signifie qu'en cas de modification de la réglementation, ce n'est pas le régime nouveau qui doit, en vertu du principe de l'effet immédiat, être appliqué à la situation juridique mais le régime antérieur qui doit, à titre dérogatoire, continuer de l'être. En d'autres termes, la protection des éléments externes de la situation juridique consiste en un droit à ce que l'application de la loi nouvelle soit écartée au profit du maintien de la loi ancienne²³⁰⁷. Toutefois, cette garantie s'avère relative, dès lors qu'elle ne prémunit aucunement la situation juridique protégée contre la rétroactivité de la règle nouvelle²³⁰⁸. Le propre de la rétroactivité de la règle nouvelle étant de remettre en cause les effets passés de la règle ancienne, celle-là s'oppose par définition au maintien du bénéfice de celle-ci. La garantie offerte par le principe d'intangibilité contre les changements de règles ne joue qu'à l'égard du principe de l'effet immédiat de la règle nouvelle. Elle ne vaut donc que pour l'avenir.

p. 366 ; R. MUZELLEC, thèse préc., p. 390 et p. 437 ; J. PETIT, thèse préc., p. 134, n° 278 et p. 527, n° 1072 ; C. SANTULLI, « Les droits acquis », *RFDA*, 2001, n° 1, p. 87 ; P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 256, 2009, p. 63 ; L. TALLINEAU, thèse préc., p. XIII et p. 404 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 70, n° 128 et p. 493, n° 928.

²³⁰² J. PETIT, thèse préc., p. 134, n° 278. Pour L. Tallineau, la définition conceptuelle du droit acquis renvoie à celle des droits subjectifs *lato sensu*, c'est-à-dire à l'ensemble des pouvoirs détenus par des sujets de droit ou des prérogatives déterminées par le droit objectif (L. TALLINEAU, thèse préc., Introduction, p. XIII et s., spéc. p. XV).

²³⁰³ Voir également, J. PETIT, thèse préc., p. 135 et s., n° 279 et s.

²³⁰⁴ Cf., plus haut, p. 474 et s., n° 597 et s.

²³⁰⁵ C. SANTULLI, « Les droits acquis », préc., p. 89.

²³⁰⁶ P. AUVRET, art. préc., p. 88 ; J. PETIT, thèse préc., p. 135, n° 278 et p. 592, n° 1204 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 391, n° 750.

²³⁰⁷ Sur l'ensemble de ces points et sur la règle de survie de la loi ancienne, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 659, n° 832 ; J. PETIT, thèse préc., p. 144, n° 300.

²³⁰⁸ L. TALLINEAU, thèse préc., Introduction, p. XXXI bis.

D'un autre côté, le principe d'intangibilité signifie que le droit qui a été accordé à titre individuel et définitif ne peut plus être repris à son bénéficiaire. Les éléments internes de la situation acquise ne sont plus susceptibles d'une quelconque remise en cause. De ce point de vue, la protection offerte par le principe d'intangibilité des droits acquis excède celle découlant du principe de non-rétroactivité des décisions administratives. En vertu du principe d'intangibilité, il est faite interdiction à l'autorité administrative de revenir sur le passé de la situation juridique, alors même qu'elle y serait fondée au titre de l'une des exceptions reconnues au principe de non-rétroactivité²³⁰⁹. La rétroactivité administrative se heurte ici à l'irrévocabilité de la situation acquise. De manière tautologique, le principe d'intangibilité consacre un « *droit (acquis) au maintien des droits acquis* »²³¹⁰.

619. C'est dans cette dimension fonctionnelle que la notion de droit acquis s'oppose à la rétroactivité administrative. Le principe d'intangibilité qui lui est attaché procure même au passé des situations définitivement constituées une garantie particulièrement efficace. Une fois le droit acquis à titre définitif, il ne peut plus être remis en cause par la voie administrative. L'Administration se trouve dans l'incapacité totale de porter une atteinte quelconque au passé de la situation acquise. À cet égard, garantir l'intangibilité de la situation acquise revient ni plus ni moins à assurer celle-ci des effets de l'acte qui l'a instituée ou qui a participé à sa formation. C'est ainsi que la doctrine se réfère plus volontiers au principe d'« intangibilité des effets des actes créateurs de droits » qu'à celui du respect des droits acquis, sans qu'il faille y voir autre chose qu'une différence d'ordre terminologique²³¹¹. En effet, il convient de rappeler que la notion de situation juridique ne renvoie pas à autre chose qu'au contenu même de l'acte juridique dont elle émane, c'est-à-dire aux droits et obligations découlant de l'application qui est faite de la règle de droit. Quelle que soit la formulation employée, il s'agit bien de préserver un droit définitivement acquis.

Toutefois, comme l'a bien montré M. Yannakopoulos, le processus de création puis d'acquisition des droits présente une certaine autonomie vis-à-vis de la décision administrative s'y rapportant²³¹². En effet, l'émission d'une décision administrative ne constitue pas le préalable nécessaire à la concrétisation de l'effet juridique prévu par la règle de droit. Cela signifie qu'une situation administrative peut se constituer sur son fondement, sans que l'édiction d'une décision administrative y soit indispensable pour autant. Avec le temps, celle-là pourra être regardée comme définitivement acquise et ce, indépendamment de l'intervention de celle-ci. Tout au plus une décision ultérieure viendra-t-elle, dans certains cas, reconnaître le droit antérieurement créé.

Il s'ensuit que le champ d'application du principe d'intangibilité des droits définitivement acquis ne se cantonne pas aux seuls effets produits par les décisions administratives, si bien que limiter celui-là à ceux-ci apparaît quelque peu réducteur. Il n'en reste pas moins que l'importance accordée par la

²³⁰⁹ Réserve faite des cas dans lesquels une règle supérieure prescrit ou autorise la rétroactivité de l'acte administratif, permettant par là la remise en cause éventuelle d'un droit acquis (cf., plus haut, p. 158 et s., n° 212 et s.).

²³¹⁰ C. SANTULLI, art. préc., p. 90. Cf., dans le même sens, P. AUVRET, art. préc., p. 88.

²³¹¹ R. MUZELLEC, thèse préc., p. 21. Pour G. Jèze, il est plus juste de se référer à l'intangibilité des situations juridiques subjectives qu'à la notion de droit acquis (G. JÈZE, « Du retrait des actes juridiques », préc., p. 265 ; cf., dans le même sens, L. DELBEZ, art. préc., p. 468 ; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, préc., p. 612). D'autres auteurs préfèrent se référer au « respect des droits subjectifs » (J.-M. AUBY, « L'abrogation des actes administratifs », *AJDA*, 1967, n° 3, p. 137 ; F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, préc., p. 568, n° 991 ; A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 291 ; G. VLACHOS, « Le retrait des actes administratifs », *Rev. adm.*, 1970, p. 412-413).

²³¹² Le fait acquisitif de la situation administrative peut précéder ou suivre l'édiction de la décision, de même qu'il peut lui être concomitant. Il peut également être identifié en dehors de toute décision (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 329 et s., n° 614 et s., spéc. p. 337, n° 633). Cf., dans le même sens, C. SANTULLI, art. préc., p. 87.

doctrine de droit public au rôle de la décision administrative dans le processus de création des droits²³¹³ l'a conduite à étudier cette limite à la rétroactivité principalement à l'aune de la possibilité dont dispose l'autorité administrative de revenir sur ses propres décisions. La présence d'un droit acquis constitue, du fait de son caractère irrévocable, une limite apportée au pouvoir général d'annulation reconnu aux autorités administratives²³¹⁴.

620. C'est donc principalement à l'aune des conditions de mise en œuvre du pouvoir de retrait des actes administratifs unilatéraux que peut être mesurée la protection accordée aux droits acquis contre la rétroactivité administrative²³¹⁵. Le régime du retrait des actes administratifs tente, avec difficulté, de réaliser un équilibre entre les principes de légalité de l'action administrative et de stabilité des situations juridiques. Le principe d'intangibilité se rattache au second élément de cette dialectique, en tant qu'il pose une limite temporelle à l'exercice du pouvoir d'annulation administrative. Selon les solutions, le principe d'intangibilité s'opposera à ce que l'autorité administrative prononce l'annulation d'une décision et, par suite, remette rétroactivement en cause le droit ou la situation acquis.

621. La mise en jeu de la protection offerte par le principe d'intangibilité suppose d'établir au préalable le moment où la situation juridiquement constituée devient définitive, c'est-à-dire l'instant auquel le processus d'acquisition du droit s'achève²³¹⁶. En effet, ce n'est qu'au terme de ce processus que le droit définitivement acquis jouira d'une protection absolue contre l'éventualité d'une remise en cause rétroactive par la puissance publique. Or, ce processus s'étend plus ou moins dans la durée selon que le droit a été légalement ou illégalement acquis. Lorsque la décision qui a créé ou qui a participé à la formation du droit susceptible d'être acquis est légalement intervenue, le processus d'acquisition est instantané. La situation administrative devient irrévocable à la date d'édiction de la décision créatrice de droits, quand bien même celle-ci ne deviendra elle-même définitive qu'avec l'expiration des délais de recours. Du moment qu'il a été légalement reconnu, il est interdit à l'Administration de porter atteinte à l'existence du droit acquis. Le retrait est, en principe, prohibé²³¹⁷, sauf dans le cas particulier où le retrait est demandé par le bénéficiaire de la décision²³¹⁸.

²³¹³ Cf., en ce sens, P. AUVRET, art. préc., p. 57 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 173 ; J. PETIT, p. 150, n° 315-316. Pour un exposé critique, voir C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 118 et s., n° 211 et s., spéc. p. 181, n° 317.

²³¹⁴ Sur ce lien, voir R. MUZELLEC, thèse préc., p. 257 et l'ex. cité, CE, Sect., 25 mars 1960, *Augé*, req. n° 39.986, Rec., p. 220, *RDP*, 1960, p. 850.

²³¹⁵ Cf., dans le même sens, F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 142.

²³¹⁶ Sur ces liens, voir P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, préc., p. 324, n° 520 ; P. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps (Contribution à la théorie générale du droit transitoire)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 14, 1959, p. 63 ; R. ODENT, t. I, p. 890. Pour une position contraire, voir C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 326, n° 608.

²³¹⁷ R. MUZELLEC, thèse préc., p. 238 ; R. ODENT, t. I, pp. 891-892 ; G. VLACHOS, art. préc., p. 414. Cf., par ex., CE, 4 mai 1949, *Maunier*, Rec., p. 247 : impossibilité de retirer pour opportunité une sanction légalement infligée à un fonctionnaire mais qui aurait pour effet d'entraîner l'exclusion d'un autre fonctionnaire de l'emploi auquel il avait été nommé, portant ainsi une atteinte à des droits acquis ; Ass., 1^{er} décembre 1950, *Électricité de France*, Rec., p. 595 : illégalité du retrait pour opportunité du décret de transfert d'ouvrages appartenant à la SNCF à l'établissement public EDF nouvellement créé par les décrets d'application de la loi de 1946. Pour des ex. plus anciens, cf. CE, 19 novembre 1926, *Monzat*, Rec., p. 1002 ; 23 avril 1948, *Veillard*, Rec., p. 175 ; 3 juillet 1953, *Brun*, Rec., p. 1953. Pour un ex. récent, voir CE, 30 mai 2007, *SCI Agyr*, req. n° 288.519, Rec., T., p. 637, *BJDU*, 2007, n° 4, p. 288, concl. C. LANDAIS.

²³¹⁸ CE, 28 février 1908, *Franco, Paul et Nicaud*, Rec., p. 187 ; 20 février 1924, *Brandstetter*, Rec., p. 193 ; 13 mai 1949, *Diehl*, Rec., p. 218 ; 1^{er} mars 1950, *Glon*, Rec., p. 135 ; 24 janvier 1951, *Aubriot de la Palme*, *RDP*, 1951, p. 1140 ; 9 janvier 1953, *Desfour*, Rec., p. 5 ; 14 janvier 1962, *Castin*, *AJDA*, 1962, I, p. 146, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT ; CAA Bordeaux, 2 décembre 2003, *Bussutil*, req. n° 00BX00346). Dans pareille hypothèse, le retrait sur demande n'est jamais une obligation pour l'Administration (CE, Sect., 23 juillet 1974, *Ministre de l'Intérieur c/ Gay*, req. n° 91.338, Rec., p. 441, *AJDA*, 1974, I, p. 534, chr. M. FRANC et M. BOYON) et n'est, en tout état de cause possible que s'il ne porte pas atteinte aux droits des tiers (CE, Avis, 9 décembre 1976, *GACE*, 1^{ère} éd. ; 2 février 2011, *Société TV Numéric*, req. n° 329.254, à pub. au Leb.) et uniquement s'il s'agit de substituer à la décision retirée une décision plus favorable à l'intéressé (CE, 29 novembre 1974, *Barras*, req. n° 90.324, Rec., p. 598,

En revanche, lorsque le droit a été illégalement créé, le processus d'acquisition ne parvient à son terme qu'une fois que la situation administrative illégalement constituée est devenue incontestable, faute pour la décision qui l'a instituée ou qui a participé à sa formation d'avoir été remise en cause en temps utile devant l'autorité administrative elle-même ou devant son juge. La situation illégale est alors consolidée par l'effet « purificateur »²³¹⁹ de l'écoulement des délais de recours. Tel a été du moins la logique qui a longtemps gouverné la mise en jeu du principe d'intangibilité pour les droits illégalement acquis²³²⁰. Du moment que les délais de contestation de la décision qui l'a conféré sont expirés, le droit illégalement octroyé est considéré comme acquis à titre définitif et devient, par suite, irrévocable. Inversement, tant que la décision ayant illégalement consenti le droit susceptible d'être acquis et susceptible d'annulation juridictionnelle, l'autorité administrative dispose également de la faculté d'exercer son propre pouvoir d'annulation²³²¹.

En l'état actuel du droit positif, le régime du retrait des décisions implicites créatrices de droits susceptibles d'être acquis obéit toujours, quoique partiellement, à cette logique corrélant le pouvoir d'annulation administrative pour cause d'illégalité à la possibilité d'obtenir leur annulation par la voie contentieuse. Chose rare en la matière, le législateur est même venu conforter ce principe. Ainsi, les décisions implicites d'acceptation peuvent être retirées, si elles ont fait l'objet de mesures d'information à l'égard des tiers, dans le délai contentieux ou, en cas de recours administratif ou contentieux, tant que le recours n'a pas été définitivement examiné²³²². À défaut de telles mesures, leur retrait n'est légal que dans les deux mois suivant leur édicition ou en cours d'instance, pourvu que le recours contentieux ait été formé avant l'expiration du délai²³²³. Ces solutions sont transposables aux décisions implicites de rejet, dans les rares hypothèses où elles sont créatrices de droits susceptibles d'être acquis pour les tiers²³²⁴. Il s'ensuit que le principe d'intangibilité du passé de la situation illégalement formée ne joue, sauf exception légale, qu'à compter de la clôture de l'ensemble des délais de contestation de la décision implicite qui l'a consacrée.

Cependant, la jurisprudence administrative s'est écartée de la logique initiale pour les décisions explicites créatrices de droits susceptibles d'être acquis en procédant au découplage du délai de retrait et

RDP, 1975, n° 4, p. 1121, note M. WALINE ; 9 avril 1999, *Saunier*, req. n° 146.126, Rec., p. 127, *Dr. adm.*, 1999, n° 10, p. 24, note G. GUGLIELMI ; CAA Paris, 29 avril 1997, *Estaque*, req. n° 96PA00061, Rec., T., p. 660.

²³¹⁹ C. SANTULLI, art. préc., p. 90. Cf., dans le même sens, R. MUZELLEC, thèse préc., p. 166 ; R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, préc., p. 197 et 207 ; L. TALLINEAU, thèse préc., p. 16 ; G. TIXIER, « Les effets de l'expiration du délai du REP », *D.*, 1957, chr., p. 25. Comme le rappelait J. de Soto, l'épuisement des délais de recours n'équivaut pas pour autant à une « prescription extinctive de l'irrégularité » (J. DE SOTO, thèse préc., p. 206, n° 274 ; pour une opinion contraire, cf. P. AUVRET, art. préc., p. 91). L'écoulement des délais n'a pas pour objet de rendre légal ce qui était auparavant illégal, mais a seulement pour effet d'empêcher la sanction de l'irrégularité initiale (L. TALLINEAU, thèse préc., p. 26).

²³²⁰ C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 256 et s., n° 470 et s. Voir également, CE, 5 mai 1950, *Richart*, Rec., p. 264 ; 10 juillet 1957, *Commune de Larrazet*, Rec., p. 460 ; Sect., 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, req. n° 78.734 à 78.736, 78.740 et 78.743, Rec., p. 359, *AJDA*, 1973, II, p. 538, note P. FERRARI.

²³²¹ CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, préc., concl. R. RIVET préc., *S.*, 1925, III, p. 9, note M. HAURIOU. Voir également, F. SÉNERS, concl. sur CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, req. n° 197.018, Rec., p. 497, *RFDA*, 2002, n° 1, p. 77, spéc. p. 78 ; B. SEILLER, « Acte administratif (II – Régime) », fasc. préc., p. 73, n° 555.

²³²² Art. 23 1° et 3° de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (JORF n° 88 du 13 avril 2000 p. 5646). Sur cette question, voir A. PARIENTE, « Vers une clarification du régime de retrait des décisions implicites d'acceptation ? (article 23 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) », *RFDA*, 2001, n° 3, p. 653 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 75, n° 571.

²³²³ Art. 23 2° et 3° de la loi du 12 avril 2000 déjà citée. Sur le dernier point, cf. CE, Avis, 12 octobre 2006, *Mme Cavallo épouse Cronier*, req., n° 292.263, Rec., p. 426, *AJDA*, 2006, n° 43, p. 2394, concl. Y. STRUILLLOU, *JCP A*, 2006, n° 47, p. 1504 et n° 51, p. 1653, notes G. PELLISSIER, *Gaz. Pal.*, 25 mars 2007, n° 84, p. 20, note J.-L. PISSALOUX, *RLCT*, 2006, n° 19, p. 18, note M.-C. ROUAULT. Outre les références déjà citées, voir P. DELVOLVÉ, note sous CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, préc., *RFDA*, 2002, n° 1, p. 88, spéc. p. 89, n° 10 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 74, n° 565.

²³²⁴ CE, Sect., 4 mai 1984, *Époux Poissonnier*, préc. ; 26 janvier 2007, *SAS Kaefér Wanner*, req., n° 284.605, Rec., p. 24, *AJDA*, 2007, n° 10, p. 537 concl. Y. STRUILLLOU. P. DELVOLVÉ, note préc., p. 92, n° 25.

du délai de recours contentieux. Désormais, en vertu de la jurisprudence *Ternon*, le droit illégalement octroyé est consolidé à l'issue d'un délai de quatre mois suivant l'édiction de la décision qui l'a institué²³²⁵. À l'intérieur de ce délai, l'autorité administrative peut toujours remettre rétroactivement en cause ce droit en procédant au retrait de la décision qui l'a illégalement créé. Au-delà du délai, le droit illégalement institué devient irrévocable et le retrait est impossible, sauf dans le cas particulier d'une demande émanant du bénéficiaire de la décision²³²⁶.

En procédant au découplage du délai de retrait et du délai de recours, la jurisprudence *Ternon* a eu pour conséquence de renforcer à un double point de vue le principe d'intangibilité des droits acquis à la suite de l'édiction d'une décision explicite illégale.

Du point de vue de l'Administration d'abord, le processus d'acquisition du droit ne dépend plus de la clôture des délais de recours, mais d'un délai préfixe. Cette modification a son importance car, contrairement à ce que lui permettait de faire l'ancienne jurisprudence, l'Administration ne dispose plus désormais de la faculté d'exercer son pouvoir de retrait tant que le juge ne s'est pas prononcé sur les recours exercés contre la décision qui a illégalement institué le droit susceptible d'être acquis. En d'autres termes, la remise en cause rétroactive d'un droit illégalement octroyé par l'autorité administrative ne peut plus intervenir en cours d'instance, sauf dans le cas exceptionnel où le délai de quatre mois ne serait pas encore expiré à cette date.

Du côté du bénéficiaire du droit illégalement acquis ensuite, l'instauration d'un délai rigide de quatre mois est de nature à lui faire bénéficier plus rapidement – et avec une certitude accrue – de la consolidation de sa situation²³²⁷ et, partant, de la protection qui en découle. Au-delà de quatre mois suivant l'édiction de la décision explicite, le droit illégalement acquis bénéficie d'une protection équivalente à celle immédiatement procurée au droit légalement acquis²³²⁸. Cet édifice prétorien ne s'entend cependant que sous réserve des textes législatifs ou réglementaires contraires. De fait, des textes législatifs ou réglementaires ont pu instituer un délai de retrait différent de celui dégagé par voie jurisprudentielle²³²⁹, si bien que le processus d'acquisition des droits pour leur bénéficiaire est plus ou moins long au gré des choix opérés par les autorités normatives.

²³²⁵ CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, préc. ; Avis, 27 juin 2007, *Mme Viaud*, req. n° 300.143, Rec., T., p. 672, *Dr. adm.*, 2008, n° 2, p. 26, note E. GLASER, *RGCT*, 2008, n° 43, p. 29, concl. E. GLASER, *RLCT*, 2007, n° 28, p. 18, obs. E. GLASER ; 6 mars 2009, *Coulibaly*, req. n° 306.084, Rec., p. 79, concl. C. de SALINS, *AJDA*, 2009, n° 15, p. 817, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *Dr. adm.*, 2009, n° 5, p. 25, note F. MELLERAY, *RFDA*, 2009, n° 2, p. 215, concl. C. de SALINS et n° 3, p. 439, note G. ÉVEILLARD, *RLCT*, 2009, n° 47, p. 50, note N. SUDRES. Cette faculté se transforme en obligation si l'Administration est saisie d'une demande de retrait à l'intérieur du délai (CE, 7 octobre 1960, *Ministre de la Santé publique et de la Population c/ Sieur Lautier et autres*, req. n° 43.730, Rec., p. 522 ; 9 juillet 1997, *Commune de Théoule-sur-Mer*, req. n° 125.748, Rec., p. 295, *BJDU*, 1997, n° 6, p. 425, concl. L. TOUVET).

²³²⁶ Cf., respectivement, CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, préc. ; 13 novembre 2006, *France Télécom*, req. n° 270.536, Rec., T., p. 718 ; 7 août 2008, *Le Cointe*, req. n° 287.581, Rec., T., p. 575, *AJDA*, 2008, n° 44, p. 2468. Sur les conditions du retrait dans cette hypothèse, cf., plus haut, p. 490, note 2318 et CE, 26 septembre 2007, *Mme Labeaume*, req. n° 290.059, Rec., T., p. 671, *BJDU*, 2007, n° 4, p. 278, concl. E. PRADA-BORDENAVE et p. 281, obs. J.-C. BONICHOT, *CFP*, 2008, n° 275, p. 33, note M. GUYOMAR ; 2 février 2011, *Société TV Numéric*, req. n° 329.254, à pub. au Leb.

²³²⁷ Sur ce point, voir B. SEILLER, fasc. préc., p. 74, n° 563.

²³²⁸ L. TALLINEAU, thèse préc., p. 26.

²³²⁹ Hormis le cas des textes instituant un recours administratif préalable obligatoire, la loi (cf., par ex., l'art. 6 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, portant engagement national pour le logement, déjà citée, instituant l'art. L. 424-5 du Code de l'urbanisme) ou un texte réglementaire (ancien art. R. 436-6 Code du travail ; CE, 28 septembre 2005, *Société Soinne et associés*, req. n° 266.023, Rec., p. 397, *RJS*, 2005, n° 12, p. 872) peuvent fixer un délai différent. La compétence du pouvoir réglementaire pour déroger au régime général du retrait est contestable du point de vue du respect de la hiérarchie des normes, dès lors que la théorie jurisprudentielle du retrait a rand de principe général du droit. Elle l'est d'autant plus qu'elle donne l'impression que la jurisprudence ne serait que supplétive (P. DELVOLVÉ, art. préc., p. 93, n° 32).

622. À la complexité de la mise en jeu du principe d'intangibilité s'ajoute la difficulté de délimiter avec précision son champ d'application. En effet, il a été admis en jurisprudence que le principe d'intangibilité pouvait également bénéficier, pour le passé, aux situations juridiques issues de décisions non créatrices de droits susceptibles d'être acquis. Pourtant, il semblerait logique d'exclure *a priori* – et dans leur ensemble – de telles décisions du champ d'application du principe d'intangibilité, faute pour elles de donner naissance à des droits individualisés²³³⁰. Du reste, la remise en cause rétroactive de leurs effets est, le plus souvent, admise de manière assez libérale²³³¹. Toutefois, le juge administratif a été conduit, en plusieurs occasions, à faire indirectement jouer le principe d'intangibilité à l'égard de décisions pour lesquelles il refuse d'ordinaire de reconnaître un caractère créateur de droits susceptibles d'être acquis dans le chef de leurs bénéficiaires.

623. Dans une première série d'hypothèses, la haute juridiction a estimé que les règlements administratifs, archétypes même de la décision non créatrice de droits, ne pouvaient plus faire l'objet d'un retrait rétroactif, dès lors qu'ils avaient reçu un commencement d'exécution²³³². On ne saurait évidemment interpréter cette solution comme interdisant toute remise en cause rétroactive du règlement une fois que son application a effectivement débuté²³³³. Toute annulation administrative deviendrait alors impossible et ce, dès l'entrée en vigueur de ces actes, ce qui apparaît en contradiction avec la portée générale qui est reconnue à la théorie du retrait. De surcroît, il en résulterait une situation paradoxale – et logiquement inacceptable – dans laquelle des actes qui ne créent aucun droit susceptible d'être acquis bénéficieraient d'une protection supérieure à celle offerte aux actes qui emportent création de tels droits. En réalité, il faut plutôt interpréter cette solution jurisprudentielle comme empêchant la remise en cause d'un règlement dont les effets se trouvent, par l'application qui en a été faite, individualisés au moment où l'Administration entend procéder à son retrait ou lui substituer rétroactivement un texte nouveau. L'application effective du règlement, c'est-à-dire sa concrétisation par l'édition de mesures individuelles créatrices de droits susceptibles d'être acquis, donne ainsi naissance

²³³⁰ L. TALLINEAU, thèse préc., Introduction, p. XXXVII.

²³³¹ L'autorité administrative dispose, en principe, de la faculté de prononcer leur annulation sans limitation de délai et pour tout motif. S'agissant des actes non créateurs de droits entachés d'illégalité (cf., par ex., CE, Sect. 20 mai 1955, *Syndicat national autonome du cadre de l'administration générale des colonies*, Rec., p. 273 ; 17 avril 1963, *Blois*, req. n° 56.746, Rec., p. 223 ; Sect., 15 octobre 1976, *Buissière*, req. n° 97.478, Rec., p. 419, concl. D. LABETOULLE, *AJDA*, 1976, n° 11, p. 557, chr. M. NAUWELAERS et L. FABIUS), cette solution paraît opportune, dès lors qu'elle s'avère conforme à la logique de rétablissement de la légalité à laquelle obéit le pouvoir d'annulation en matière administrative (cf., plus haut, p. 213, n° 278). En revanche, concernant les actes non créateurs de droits légaux, une telle liberté apparaît contraire au fondement même du pouvoir de retrait, ainsi qu'au principe de non-rétroactivité. Dès lors, le retrait pour inopportunité devrait être strictement limité aux cas dans lesquels un texte spécial l'autorise ou s'il est prononcé dans le but de substituer une mesure plus favorable à son destinataire. Cette position n'est, du reste, pas incompatible avec les solutions retenues en jurisprudence (cf., notamment, CE, 27 mai 1932, *Gouillard*, Rec., p. 520 ; Sect., 27 juin 1947, *Société Duchet et Cie*, Rec., p. 283 ; 14 avril 1961, *Cazes*, req. n° 41.730, Rec., p. 232 ; 15 octobre 1969, *Forasetto*, req. n° 66.940 à 66.944, Rec., p. 437 ; 19 avril 2000, *Fillol*, req. n° 157.292 (sol. impl.) ; Ass., 27 mai 2002, *SA Guimatho et autres*, req. n° 229.187, Rec., p. 178, *AJDA*, 2002, n° 9, p. 702, concl. R. SCHWARTZ. Pour une opinion similaire, voir P. AUVRET, « La notion de droits acquis en droit administratif français », préc., p. 84 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 259, n° 227 ; P. FRIER et J. PETIT, *op. cit.*, p. 332, n° 533 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 656, n° 1384 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 601, n° 619 ; R. MUZELLEC, thèse préc., p. 306.

²³³² Cf., en en ce sens, CE, Sect., 14 novembre 1958, *Sieur Ponard*, Rec., p. 554 ; Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet et Cie*, préc. ; Sect., 15 avril 1988, *SCI Le Tahiti*, req. n° 74.008, Rec., p. 140, *LPA*, 9 décembre 1988, p. 8, note P.-L. FRIER. Pour une opinion contraire, voir P. AUVRET, art. préc., pp. 67-68.

²³³³ C'est pourtant la conclusion à laquelle est parvenue certains auteurs en s'appuyant abusivement sur le principe de non-rétroactivité des règlements (cf., notamment, P. AUVRET, art. préc., p. 68 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 173). Or, une telle manière de voir ne saurait être retenue, le principe de non-rétroactivité n'ayant jamais été interprété en jurisprudence comme s'opposant, en matière réglementaire, à l'exercice régulier par l'Administration de son pouvoir de retrait.

à un droit au maintien de ses effets pour le passé²³³⁴. Cela signifie que les bénéficiaires de la règle administrative détiennent, à titre définitif, un droit aux conséquences qui en ont été tirées pendant la période d'application précédant le prononcé de son retrait. Dans cette mesure, il s'agit bien d'assurer le respect de droits antérieurement acquis par les destinataires d'une réglementation administrative²³³⁵.

Bien que le droit au maintien des effets passés des règlements administratifs se rattache au principe du respect des droits acquis, la protection qui leur est accordée au titre de ce principe ne saurait être qu'indirecte. Comme le souligne M. Seiller, la limite à la rétroactivité administrative « *ne joue que dans la mesure où ces actes ont pu servir de fondement à d'autres* »²³³⁶. Ce n'est donc que par « ricochet » que le principe d'intangibilité bénéficie aux règlements, en tant que ceux-ci ont permis, à travers les mesures d'application qui ont été prises sur leur fondement, la création pour le passé de droits susceptibles d'être acquis. Suivant ce raisonnement, le retrait rétroactif des règlements légaux n'est envisageable que tant que ces derniers n'ont reçu aucun commencement d'exécution. Dès lors qu'ils ont légalement donné lieu à l'édition de décisions créatrices de droits susceptibles d'être acquis, ils ne peuvent plus être remis en cause rétroactivement²³³⁷. En effet, le processus d'acquisition des droits étant instantané pour les actes non-réglementaires qui les ont légalement consacrés, il entraîne corrélativement la cristallisation immédiate des effets du règlement sur le fondement duquel ceux-ci sont intervenus. Suivant la même logique, l'illégalité du règlement de base devrait autoriser son retrait tant que les droits nés de sa concrétisation ne sont pas définitivement acquis. C'est sans compter l'effet salvateur que produit, de plein droit, l'écoulement des délais de recours sur le règlement illégal. À l'expiration de ceux-ci, le règlement devient incontestable et, par suite, ne peut plus être retiré²³³⁸. Pour autant, l'incontestabilité du règlement n'entraîne pas, par elle-même et à elle seule, l'irrévocabilité pour le passé des droits découlant de son application. Illégalement octroyés par les mesures d'application du règlement, ceux-ci ne seront définitivement à l'abri d'une éventuelle remise en cause rétroactive de la part de l'Administration qu'une fois le processus d'acquisition parvenu à son terme à leur égard. C'est donc à l'aune des principes applicables au retrait des décisions créatrices de droits illégaux que s'apprécie dans ce cas la mise en jeu du principe d'intangibilité²³³⁹.

624. Dans une seconde série d'hypothèses, le Conseil d'État a admis que certaines décisions non créatrices de droits pour leur destinataire ne pouvaient être remises en cause à raison des droits acquis

²³³⁴ R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1154, n° 1340 ; P. DELVOLVÉ, note préc., p. 91, n° 22 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *op. cit.*, p. 324, n° 521 et p. 332, n° 534.

²³³⁵ J.-M. AUBY, « L'incompétence *ratione temporis*, Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », préc., p. 32 ; J.-C. DOUENCE, thèse préc., p. 449 ; R. MUZELLEC, thèse préc., p. 84 ; G. VEDEL, *op. cit.*, p. 176. Pour des ex. anciens, cf. CE, 24 décembre 1928, *Mahé Desportes*, Rec., p. 1155 ; 1^{er} août 1924, *Mattéi*, Rec., p. 773 et *Beauchamp*, Rec., p. 774.

²³³⁶ B. SEILLER, fasc. préc., p. 73, n° 551.

²³³⁷ CE, Sect., 14 novembre 1958, *Sieur Ponard*, préc. ; Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet*, préc. ; Sect., 15 avril 1988, *SCI Le Tahiti*, préc.

²³³⁸ Le retrait demeure donc possible dans le délai contentieux ou, en cas de recours, pendant la durée et dans les limites de l'instance. Sur ces différents points, cf. CE, 14 novembre 1958, *Ponard*, préc. ; 29 avril 1962, *Sieur Adige-Trival*, Rec., p. 262 ; 13 novembre 1962, *Association des anciens élèves de l'institut commercial de Nancy*, req. n° 42.375, Rec., p. 625, *AJDA*, 1962, p. 664, chr. M. GENTOT et FOURRÉ ; 6 novembre 1964, *Association des professeurs bi-admissibles à l'agrégation*, req. n° 57.000, Rec., p. 515 ; Sect., 15 avril 1988, *SCI Le Tahiti*, préc. ; 22 janvier 1993, *Oriowski*, req. n° 119.208, Rec., T., p. 593 ; 4 décembre 2009, *Mme Lavergne*, req. n° 315.818, Rec., p. 489, *JCP A*, 2010, n° 4, p. 26, note F. DIEU, *RFDA*, 2010, n° 1, p. 175, note T. PEZ ; 19 mars 2010, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA) et autres*, req. n° 305.047, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2010, n° 11, p. 580.

²³³⁹ Cf., par ex., CE, 3 octobre 1969, *Ministre de l'Intérieur c/ Jeannot*, req. n° 75.259, Rec., p. 418, *AJDA*, 1970, n° 4, p. 247, obs. V. SILVERA ; CAA Nantes, 22 octobre 1996, *Mme Violleau*, req. n° 96NT00537, Rec., T., p. 698 ; Plén., 31 décembre 2001, *Mme X.*, req. n° 98NT02498.

qu'elles ont pu créer au profit des tiers²³⁴⁰. En d'autres termes, cette jurisprudence doit être interprétée comme consacrant au profit de certaines catégories de tiers, la possibilité de détenir un droit susceptible d'être acquis au maintien de la situation administrative, telle qu'elle découle de l'édiction d'une décision concernant un autre sujet de droit. Cette solution pour le moins surprenante s'explique par le lien étroit qui unit certaines situations administratives, entraînant l'établissement de rapports triangulaires. En se prononçant sur la situation d'un administré, l'Administration prend nécessairement position sur celle d'autres administrés. Par suite, la décision qu'elle prend à l'égard du premier comporte nécessairement des conséquences sur les seconds. Cette imbrication des situations juridiques se retrouve fréquemment dans le droit de la fonction publique ou en matière d'autorisations d'urbanisme²³⁴¹. Alors même qu'aucune décision n'a parfois été prise en leur faveur, les tiers pourront se prévaloir de l'irrévocabilité des droits qu'ils tiennent de la décision adoptée par l'autorité administrative pour s'opposer au retrait de celle-ci. Ces tiers bénéficieront en conséquence du principe d'intangibilité du moment que la décision en cause leur aura été rendue opposable et que le processus d'acquisition des droits sera parvenu à son terme. Suivant les principes rappelés plus haut, les droits légalement obtenus par les tiers deviennent intangibles à compter de l'instant même où la décision leur est opposable, tandis que les droits issus d'une décision entachée d'illégalité ne sont consolidés qu'avec l'expiration des délais de recours à l'encontre de cette dernière.

625. Contrairement à l'idée d'irrévocabilité que sous-tend la conception fonctionnelle des droits acquis, la protection qui leur est accordée contre la rétroactivité administrative est loin d'être absolue. Le principe d'intangibilité des situations juridiques définitivement constituées trouve sa limite naturelle dans le statut de principe général du droit qui lui est attribué. Il s'ensuit qu'en présence d'une règle de rang supérieur dans la hiérarchie des normes, l'Administration se trouve fondée à remettre en cause, même pour le passé, l'existence d'un droit pourtant acquis à titre définitif par son titulaire. C'est ainsi que le principe d'intangibilité ne saurait, en règle générale, être opposé au retrait rétroactif de décisions ayant donné lieu à droits acquis intervenant en exécution de la chose jugée²³⁴². On dénote cependant une tendance jurisprudentielle favorable à une prise en compte accrue de la stabilité des situations juridiques dans la détermination des conséquences à tirer de chose jugée. Le Conseil d'État a, en effet, été amené, en plusieurs occasions, à limiter le champ d'application de l'obligation de retrait en exécution de la

²³⁴⁰ Il en va ainsi notamment des décisions de rejet, indifféremment de leur caractère explicite (CE, Sect., 12 juin 1959, *Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce (CFTC) et Syndicat central du personnel administratif du ministère de l'Industrie et du Commerce*, Rec. p. 360, *AJDA*, 1960, II, p. 62, concl. H. MAYRAS ; Ass., 14 févr. 1975, *Époux Merlin*, req. n° 93.132, Rec. p. 110, *AJDA* 1975, n° 5, p. 229, chr. M. FRANC et M. BOYON, *CJEG*, 1975, p. 128, note VIROLE, *D.*, 1976, p. 144, note BOIVIN, *RDP*, 1975, n° 6, p. 1705, note M. WALINE) ou implicite (CAA Nantes, 3 novembre 1995, *Dufoi*, req. n° 93NT00664). Il en va de même de certaines décisions négatives, comme celle de retirer un permis de construire (CE, Sect., 4 mai 1984, *Époux Poissonnier*, req. n° 15.391, Rec., p. 162, *AJDA*, 1984, n° 9, p. 511, concl. D. LABETOULLE, *D.*, 1985, J., p. 246, note L. FERNANDEZ).

²³⁴¹ Outre les ex. cités à la note précédente, cf. CE, Sect., 6 février 1948, *Dlles Mollet et Salvan*, Rec., p. 62, *Gaz. Pal.*, 1948, 1, p. 181, concl. B. CHENOT, *S.*, 1948, III, p. 66 ; 4 mai 1949, *Maunier*, préc. ; 1^{er} juin 1959, *Boillot*, Rec., p. 333. Voir également, P. AUVRET, art. préc., pp. 70-71 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 889.

²³⁴² CE, 17 février 1960, *Secrétaire d'État à l'Agriculture c/ Goussard*, req. n° 42.658, Rec., p. 114 ; 21 janvier 1966, *Maccario*, req. n° 65.193, Rec., p. 48 ; Sect., 2 février 1968, *Clerc*, req. n° 69.780, Rec., p. 85 ; Sect., 3 novembre 1995, *Mme Velluet*, req. n° 82.096, Rec., p. 389, *AJDA*, 1996, n° 3, p. 215, concl. R. SCHWARTZ, *CJF*, févr. 1996, p. 8, note M.-C. GAUTHIER, *D.*, 1996, J., p. 433, note V. TCHEN, *Dr. adm.*, 1995, n° 12, p. 15, obs. R. SCHWARTZ, *EDCE*, 1996, n° 48, p. 351, *RFDA*, 1996, n° 1, p. 158 ; 18 mars 1998, *Khellil*, préc. Voir également, O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 239, n° 212 ; R. MUZELLEC, thèse préc., p. 354 et p. 376 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 893 ; A. PLANTEY, *op. cit.*, p. 723, n° 1536 ; J.-Y. VINCENT, fasc. préc., p. 20, n° 107 ; P. WEIL, thèse préc., p. 188.

chose jugée dans le souci d'assurer une meilleure protection aux droits acquis par les tiers²³⁴³, renforçant d'autant le principe d'intangibilité.

Il va sans dire que l'atteinte portée à un droit acquis peut également venir, quoique plus rarement, de la loi elle-même. La remise en cause rétroactive résulte alors, soit de la volonté explicite ou implicite manifestée par le législateur, soit de l'autorisation de rétroactivité qu'il aura délivrée au pouvoir exécutif²³⁴⁴. Dans le même ordre d'idées, l'autorité administrative peut enfin, sans commettre par là d'illégalité, supprimer avec effet rétroactif un droit acquis, dès lors qu'il s'agit pour elle de satisfaire aux obligations qui lui incombent au titre de sa fonction d'exécution du droit communautaire²³⁴⁵.

Même dans ces hypothèses où la rétroactivité administrative est fondée sur une règle supérieure, son emploi est assorti de limites.

II – L'ABSENCE DE SPECIFICITE DES AUTRES LIMITES A LA RETROACTIVITE DE LA DECISION ADMINISTRATIVE

626. Les présents développements n'ont pour objet que de rappeler que, dans les hypothèses où la licéité de la rétroactivité de la décision administrative est admise à raison de la mise en œuvre d'une norme de rang supérieur à celle qui la prohibe en matière administrative, elle connaît certaines limites qui varient selon le domaine concerné.

627. Dans le domaine répressif, le pouvoir réglementaire doit respecter les principes à valeur constitutionnelle tirés de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Interdite lorsqu'elle s'avère plus sévère que la réglementation précédente, la règle administrative de fond rétroagit nécessairement lorsqu'elle est plus favorable pour son destinataire.

Ces principes connaissent toutefois une limite à travers la théorie de l'écran législatif, dans un cas particulier au moins: celui où une loi établissant une règle de fond plus douce que l'ancienne qui renvoie au pouvoir réglementaire le soin de préciser une partie de ses éléments, tout en prévoyant expressément que l'ensemble du dispositif entrera en vigueur sans effet rétroactif. Saisi d'un recours dirigé contre le règlement d'application de la loi, le juge ne pourra opposer à celui-ci le respect du principe à valeur constitutionnelle la rétroactivité *in mitius*²³⁴⁶.

628. Dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, l'autorité administrative peut être autorisée, principalement par un acte de droit dérivé, à faire rétroagir sa décision ou, moins rarement, être appelée à intervenir rétroactivement au titre de sa fonction d'exécution du droit de l'Union européenne²³⁴⁷. Dans un cas comme dans l'autre, la rétroactivité de la décision prise par l'autorité nationale devra respecter les principes généraux du droit de l'Union européenne et, notamment, les

²³⁴³ Cf., plus bas, p. 833, n° 1086. Cf., en ce sens, CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, req. n° 170.341, Rec., p. 346, concl. V. PÉCRESSÉ, *AJDA*, 1997, n° 12, p. 952, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, *Dr. adm.*, 1997, n° 12, p. 22, *LPA*, 20 février 1998, n° 22, p. 6, note G. PELLISSIER, *CFP*, 1997, n° 163, p. 22, *RFDA*, 1998, n° 1, p. 21, concl. V. PÉCRESSÉ.

²³⁴⁴ Sur ce point, voir R. ODENT, *op. cit.*, p. 894.

²³⁴⁵ Cf. l'ex. du droit des aides d'État abordé plus haut, p. 165 et s., n° 221 et s. Voir également, CE, 29 mars 2006, *Centre de l'exportation du livre français (CELF) et Ministre de la culture et de la communication*, préc.

²³⁴⁶ Sur l'ensemble de la question, cf., plus haut, p. 79, n° 114 et p. 161, n° 216.

²³⁴⁷ Sur ce point, voir p. 161 et s., n° 216 et s. Cf., par ex., CE, 19 juin 1992, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles (FDSEA) des Côtes-du-Nord*, préc. ; 2 octobre 1992, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles des Côtes-du-Nord*, préc.

principes de sécurité juridique et de confiance légitime²³⁴⁸. L'application des exigences découlant de ces principes restant largement indifférente de la qualité de l'organe agissant sur habilitation ou en exécution du droit de l'Union européenne, on peut utilement renvoyer aux développements consacrés à l'encadrement de la rétroactivité de la loi par ce droit²³⁴⁹.

629. Dans les autres domaines, la rétroactivité de la décision administrative doit résulter d'une autorisation donnée par le législateur ou d'une disposition législative lui attribuant un tel effet, ou encore d'une disposition législative rétroactive dont il est fait application²³⁵⁰. La volonté du législateur de voir rétroagir une décision administrative fait céder le principe de non-rétroactivité, comme le principe d'intangibilité des droits acquis, dès lors que ces derniers n'ont de valeur que celle de principes généraux du droit. Or, en autorisant la rétroactivité de la décision administrative, le législateur a nécessairement entendu déroger à ces principes²³⁵¹.

Cependant, les dispositions rétroactives étant d'interprétation stricte²³⁵², le juge ordinaire sera amené, dans ce cadre, à limiter fortement l'ampleur de l'effet rétroactif conféré par la loi à la décision administrative. En particulier, le juge s'attachera à réserver les droits que tirent les justiciables des décisions passées en force de chose jugée²³⁵³. Dans le même ordre d'idées, il se montrera particulièrement réticent à accepter de faire rétroagir une décision administrative intervenant en matière contractuelle, même lorsqu'elle a été autorisée par la loi. En tout état de cause, ce n'est qu'en présence de considérations impérieuses d'ordre public que l'extension des effets de la norme nouvelle aux situations contractuelles antérieurement constituées est envisageable²³⁵⁴.

*

630. Conclusion de la Section 1. Même si le statut de la rétroactivité de la décision administrative ne peut être déterminé que par rapport à la prohibition générale dont elle fait l'objet, il n'en reste pas moins qu'il est clairement fixé. La rétroactivité constitue une exception et, à ce titre, elle est strictement limitée. Malgré la multiplication des cas de rétroactivité en droit administratif, le principe général de non-rétroactivité n'a aucunement perdu de sa vigueur. D'une part, il est toujours sanctionné avec la même rigueur par le juge administratif. D'autre part, la rétroactivité exceptionnellement conférée à la décision administrative fait l'objet d'un encadrement strict, notamment à travers la protection des situations définitivement acquises. Aussi faut-il considérer que les exceptions, en dépit de leur nombre, n'ont pas eu pour conséquence de renverser le principe.

A priori, il en va différemment en matière de contrats administratifs, la rétroactivité *inter partes* étant admise en principe. En réalité, c'est à un même constat que la prise en compte des règles d'ordre public conduit. Malgré l'absence de prohibition de principe de la rétroactivité du contrat, celle-ci relève,

²³⁴⁸ Toute la difficulté revient à savoir si la décision administrative constitue ou non un acte d'exécution du droit de l'Union européenne (cf., par ex., CE, 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, préc. ; Ass., 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autres*, préc. ; 10 avril 2009, *Association pour le maintien de l'élevage en Bretagne*, req. n° 310.184, Rec., p. 159, *AJDA*, 2009, n° 20, p. 1118, *RJE*, 2010, n° 1, p. 97, concl. I. de SILVA.).

²³⁴⁹ Cf., plus haut, p. 442 et s., n° 559 et s. Voir également, CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, préc. ; du même jour, *Société mosellane de tractions*, préc. ; 9 mai 2001, *Entreprise personnelle de transport Freymuth*, préc. ; Ass., 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autres*, préc. ; Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, préc.

²³⁵⁰ Sur ces différents cas de figure, cf., plus haut, p. 168 et s., n° 223 et s. Cf., par ex., CE, 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, préc.

²³⁵¹ En effet, il suffit d'une autorisation, même implicite, donnée par la loi d'habilitation pour déroger à un principe général du droit (cf., en ce sens, CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, préc.).

²³⁵² Cf., plus haut, p. 399 et s., n° 503 et s.

²³⁵³ CE, 6 octobre 2008, *Compagnie des Architectes en Chef des Monuments Historiques et Association Architectes du Patrimoine*, préc.

²³⁵⁴ Cf., respectivement, CE, CE, Ass., 18 octobre 1974, *Dame Veuve Rodet et autres*, préc. ; Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, préc. Sur cette question, cf., plus haut, p. 439 et s., n° 556 et s. et p. 614, n° 486.

en pratique, de l'exception. Là où le statut d'exception de la rétroactivité de la décision administrative est directement établi par un principe juridique, celui de la rétroactivité du contrat administratif résulte indirectement de textes n'ayant pas précisément cet objet.

Section 2 : La restriction de la rétroactivité du contrat administratif

631. Introduction et plan. Il est acquis, de longue date, que les contrats administratifs peuvent valablement rétroagir. Comme l'a très clairement rappelé le Conseil d'État, « aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que des stipulations d'un contrat produisent des effets rétroactifs entre les parties »²³⁵⁵. Le principe général de non-rétroactivité ne s'oppose donc pas à ce que les parties à un contrat administratif stipulent rétroactivement. Néanmoins, la haute juridiction administrative n'a, semble-t-il, pas jugé utile de préciser le fondement sur lequel devait reposer cette exclusion de l'application du principe de non-rétroactivité pour les contrats administratifs.

Ce fondement doit, à l'évidence, être recherché dans la liberté contractuelle, telle qu'elle a été transposée en droit public, à partir du droit privé²³⁵⁶. Comme il a été montré plus tôt, les parties sont libres, en vertu de ce principe, de déterminer ce à quoi elles s'obligent mutuellement, sans que la nature administrative du contrat y fasse obstacle²³⁵⁷. Parmi les différentes composantes de cette liberté figure justement la détermination des modalités d'exécution du contrat et, plus spécialement, sa portée temporelle²³⁵⁸. Il en découle que, de la même manière qu'en droit privé, « le point de départ et le point d'arrivée de la période d'application du contrat [administratif] sont librement fixés par les parties sous réserve des règles d'ordre public spéciales à certaines catégories de contrats »²³⁵⁹. La règle de non-rétroactivité n'a donc qu'un caractère supplétif en matière contractuelle²³⁶⁰.

Au surplus, on peut légitimement mettre en doute la pertinence d'une éventuelle application de la règle de la non-rétroactivité aux rapports contractuels *inter partes*. En effet, la prohibition de la rétroactivité en matière administrative tire sa raison d'être de la nécessité de garantir la sécurité juridique des administrés. *A contrario*, cela signifie qu'en l'absence d'atteinte à la stabilité des situations juridiques, le respect du principe de non-rétroactivité ne s'impose pas. Or, la rétroactivité du contrat est acceptée d'un commun accord par les parties. Par hypothèse, il ne saurait donc y avoir une quelconque remise en cause de la sécurité juridique de l'une ou de l'autre des parties²³⁶¹. Ce que le principe de non-rétroactivité interdit à l'Administration, c'est de remettre unilatéralement en cause le passé des situations juridiques.

Il va sans dire que l'inapplicabilité du principe de non-rétroactivité ne s'adresse qu'aux actes administratifs susceptibles d'être qualifiés de contrats. Or, comme on le sait, seuls doivent être regardés comme tels les actes bilatéraux ou multilatéraux qui reposent sur « un accord de volontés qui sont

²³⁵⁵ CE, Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste FO des travailleurs des postes et télécommunications*, préc. Voir, dans le même sens, CE, 14 mai 2008, *Époux Daviet c/ Ville d'Annecy*, préc.

²³⁵⁶ Sur cette transposition, voir J. MARTIN, thèse préc., p. 69 et s., n° 137 et s.

²³⁵⁷ Sur ce point, cf., plus haut, p. 240, n° 304.

²³⁵⁸ Classiquement, la liberté contractuelle se décompose en une succession de libertés : liberté de contracter ou non, liberté de choisir le contenu du contrat ; liberté dans le choix du cocontractant. Voir, sur ce point, F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, préc., p. 608, n° 1079 ; F.-X. FORT, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », préc., p. 33 ; P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., pp. 25-30, n° 23 à 33 ; G. JÈZE, *Contrats administratifs*, t. I, préc., p. 18 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, préc. ; J. MARTIN, thèse préc., p. 82, n° 160.

²³⁵⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 232, n° 439.

²³⁶⁰ J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 259, n° 257. Comme le rappelle cet auteur, « l'étendue des règles impératives varie en fonction des atteintes qu'il est possible d'infliger à la liberté contractuelle ». Si le pouvoir de stipuler rétroactivement relève de la liberté contractuelle et que le principe de non-rétroactivité ne saurait s'y opposer, il faut alors en déduire que le second ne constitue pas une règle impérative permettant de porter atteinte à la première.

²³⁶¹ O. DUPEYROUX, thèse préc., pp. 92-93, n° 76 ; L. GROS, « La rétroactivité du contrat public », préc., p. 260.

exprimées, en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets »²³⁶². Cette définition n'a pas pour seul intérêt de distinguer le contrat d'autres types de conventions existantes en droit public²³⁶³ ou des actes qui ne revêtent qu'une apparence contractuelle²³⁶⁴. Elle commande surtout la soumission, pleine et entière, de ces derniers au principe de non-rétroactivité.

Toutefois, suivant une logique proche de celle du principe de non-rétroactivité, les parties à un contrat administratif ne sauraient imposer à d'autres ce qu'ils ont décidé pour eux-mêmes. La rétroactivité du contrat n'est licite que pour autant qu'elle se limite aux rapports entre les parties. La jurisprudence administrative n'admet, en effet, que le contrat administratif produise des effets pour le passé qu'« à condition que ces effets ne s'étendent pas à des personnes qui ne seraient pas parties au contrat »²³⁶⁵. Il s'agit là d'une conséquence logique du principe de l'effet relatif des contrats. Dès lors que les effets voulus par les parties débordent la sphère contractuelle, la sécurité juridique des tiers se trouve nécessairement affectée, ce qui rend la rétroactivité décidée par les parties inopposable à leur égard. En d'autres termes, les cocontractants ne sauraient valablement stipuler la rétroactivité que pour régler leurs rapports. L'effet rétroactif du contrat public reste ainsi cantonné aux relations *in partes* (§ 1).

Même lorsque la rétroactivité du contrat se limite aux rapports entre les parties, elle n'est pas toujours possible ou permise. Les règles d'ordre public régissant spécialement certaines catégories de contrats administratifs peuvent empêcher, directement ou indirectement, la prise d'effet anticipée des stipulations contractuelles. Il s'ensuit que la rétroactivité du contrat public se heurte parfois à des obstacles textuels (§ 2).

²³⁶² J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990, n° 12, p. 24. Sur la définition du contrat administratif, D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, n° 1, p. 15 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 28 et s., n° 13 et s. ; P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », in Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., Vol. 1, p. 340 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 58 et s., n° 51 et s. ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 15 et s., n° 5 et s. ; D. TRUCHET, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives*, Paris, Economica, coll. Publications de la Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1987, p. 185.

²³⁶³ Comme le souligne P. Delvolvé, alors que les conventions se bornent à déclencher un régime préétabli, le contrat établit le régime applicable (P. DELVOLVÉ, *loc. cit.*). Sur la distinction entre convention et contrat, voir Conseil d'État, rapport préc. ; M. DJUVARA, « L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques », *Arch. phil. dr.*, 1940, p. 110 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, préc., t. I, p. 409 et s., § 40 ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.*, 1940, p. 40, § 6 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 41, n° 22 et p. 81, n° 121 ; J. MOREAU, « Les matières contractuelles », *AJDA*, 1998, n° 10, p. 747 ; M. RÉGLADE, « La place de la convention dans une classification des actes juridiques », *Arch. phil. dr.*, 1940, p. 159 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 19, n° 15. Cf., également, CE, 10 juillet 1987, *Meissonnier et autres*, req. n° 47.232, Rec., T., p. 532, *Dr. san. et soc.*, 1987, p. 712, note X. PRÉTOT ; 23 septembre 1987, *Société Sadev*, req. n° 65.224, Rec., p. 292, *AJDA*, 1987, n° 10, p. 587, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFFRE, *Dr. soc.*, 1988, p. 193, concl. J. de CLAUSADE ; 21 décembre 2007, *Région du Limousin*, req. n° 293.260, Rec., p. 534, *AJDA*, 2008, n° 9, p. 481, note J.-D. DREYFUS, *JCP A*, 2008, n° 9, p. 32, note J.-M. PONTIER, *RFDA*, 2008, n° 1, p. 183 ; 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable*, req. n° 290.259, Rec., T., p. 802.

²³⁶⁴ Sur cette question, voir P. BRUNET, « Le conflit de qualifications : le cas des actes réglementaires en forme de conventions », *RDC*, 2005, n° 2, p. 434 ; Conseil d'État rapp. préc., p. 156, C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 70, n° 74 ; Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 103, 1971, p. 153, n° 233 et p. 233, n° 406 ; F. MODERNE, « Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'Administration et les organisations professionnelles en matière de prix », *D.*, 1975, p. 505 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 57, n° 83 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 432, n° 365 ; R. ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux, archaïsme paradoxal ou technique d'avenir ? », *AJDA*, 1989, n° 1, p. 9.

²³⁶⁵ CE, Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste FO des travailleurs des postes et télécommunications*, préc.

§ 1 : Le cantonnement de la rétroactivité du contrat public aux relations *inter partes*

632. La liberté contractuelle suppose la libre détermination par les cocontractants publics des modalités d'exécution de leur engagement et, en particulier, le libre choix du point de départ de ses effets dans le temps²³⁶⁶. Ainsi les parties à un contrat administratif disposent-elles de la faculté de faire commencer le contrat à une date antérieure à celle de sa signature ou de conférer un effet rétroactif à l'une ou l'autre de ses stipulations, sans que puisse leur être opposé le respect de la règle de non-rétroactivité. Au plan contentieux, il en résulte que le moyen tiré de la violation du principe de non-rétroactivité est inopérant, lorsqu'il est soulevé à l'encontre d'un contrat²³⁶⁷.

633. La rétroactivité prescrite par les parties à un contrat administratif connaît cependant une limite naturelle dans le respect dû aux droits des tiers. Lorsqu'elle est décidée par les parties au contrat, la rétroactivité se limite à leurs rapports et ne peut s'étendre au-delà de leur cercle. En vertu du principe de leur relativité²³⁶⁸, les effets du contrat ne sauraient toucher les personnes qui n'ont pas la qualité de partie au contrat²³⁶⁹. Ainsi, l'effet rétroactif du contrat ne peut être opposé aux tiers, qu'il leur profite ou qu'il leur nuise²³⁷⁰. Pour une partie de la doctrine, cette limitation s'avère dirimante, dès lors que, comme le souligne M. Péquignot, « *il est de l'essence des contrats administratifs de produire des effets à l'égard des tiers* »²³⁷¹. Au contraire de cette position extrême, il faut plutôt considérer que la rétroactivité du contrat est possible, dès lors que les stipulations concernées ne revêtent pas une nature réglementaire²³⁷².

634. La théorie des effets réglementaires de certains contrats²³⁷³ assimile les clauses relatives à l'organisation ou au fonctionnement du service public à de véritables règlements détachables des autres clauses du contrat²³⁷⁴. La portée de telles clauses dépasse le cadre des relations contractuelles pour affecter plus largement les usagers du service, dont on sait qu'ils sont en situation de tiers par rapport au

²³⁶⁶ Outre les références citées plus haut, voir F.-P. BÉNOIT, fasc. 4530, préc., p. 30, n° 194.

²³⁶⁷ CE, 13 juin 1997, *Commune d'Aulnay-sous-Bois*, préc. ; Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste FO des travailleurs des postes et télécommunications*, préc.

²³⁶⁸ C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 66, n° 66 et p. 597, n° 692 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 787, n° 784 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 227, n° 429.

²³⁶⁹ Outre les références citées à la note précédente, voir J. F. LAFaix, thèse préc., p. 203, n° 201 ; M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, préc., Vol. 1, p. 575. Voir, plus généralement, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, p. 204, n° 164.

²³⁷⁰ CE, 19 juin 1985, *Commune de Saintes*, préc. ; 13 octobre 1989, *Commune de Labarthe-sur-Lèze*, préc. (contrat d'association entre l'État et un établissement d'enseignement privé mettant une dépense à la charge d'une commune).

²³⁷¹ G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pedone, 1945, pp. 547-548. Cf., dans le même sens, M. LETOURNEUR, art. préc., p. 42. Pour une critique, voir A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 788, n° 787, note 5.

²³⁷² Comme le faisait remarquer le commissaire du gouvernement Stahl, « *sauf clause réglementaire, le contrat ne concerne pas directement les tiers et ne produit pas d'effets juridiques à leur endroit* » (J.-H. STAHL, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, préc., RFDA, 1999, n° 1, p. 128). Voir également, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 797, n° 796.

²³⁷³ O. DUTHEILLER DE LAMOTHE, concl. sur CE, Ass., 16 avril 1986, *Roujansky et Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT)*, préc. ; C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 68, n° 72 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 17, n° 70 ; R. ODENT, concl. sur CE, 5 mars 1943, *Compagnie générale des eaux, D.*, 1944, J., p. 121 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 227, n° 431 ; M. UBAUD-BERGERON, art. préc., p. 589.

²³⁷⁴ Sur la divisibilité des clauses réglementaires par rapport reste du contrat, cf., par ex., CE, Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la Culture et de la Francophonie c/ Association "Défense Tuileries"*, req. n° 161.311, Rec. p. 268, CJEG, 1995, n° 514, p. 376, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA (convention d'occupation du domaine public) ; Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, préc. (contrat de concession) ; Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, préc. (contrat de recrutement d'un agent public contractuel) ; 19 mars 2003, *Association des élus de Montagne (ADEM) et autres*, req. n° 234.073, Rec., T., p. 871 (contrat instituant un site Natura 2000). Pour d'autres ex., cf. Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapp. préc., Vol. 1, p. 157.

contrat de service public. Partant, assortir une clause réglementaire d'un effet rétroactif, par exemple une clause de tarif dans une convention de délégation de service public, signifie imposer à des tiers au contrat des obligations qu'ils n'ont pas accepté au moment où ils ont commencé à utiliser le service public. À s'en tenir au principe de l'effet relatif, une clause de rétroactivité insérée dans un contrat de service public devrait être sanctionnée par l'inopposabilité à leur endroit.

Néanmoins, la jurisprudence administrative est allée plus loin. Par le jeu de la théorie de la détachabilité, elle traite la clause contractuelle à effet réglementaire comme un véritable règlement administratif, admettant notamment qu'un recours pour excès de pouvoir puisse être exercé à leur encontre²³⁷⁵. De ce point de vue, il importe peu que le contrat développe partiellement ou totalement de tels effets²³⁷⁶. Il en résulte que le principe de non-rétroactivité retrouve à s'appliquer pleinement à l'égard de ces normes générales et impersonnelles²³⁷⁷. En tant qu'elles sont susceptibles d'atteindre la sécurité juridique des administrés, elles encourent donc l'annulation devant le juge de l'excès de pouvoir.

635. Un même raisonnement peut être conduit s'agissant de la stipulation pour autrui. Alors même qu'elle a pour objet d'intégrer son bénéficiaire dans les effets du contrat, la stipulation pour autrui n'a pas pour effet de lui conférer la qualité de partie au contrat²³⁷⁸. En sa qualité de tiers, le bénéficiaire de la stipulation pour autrui ne saurait être concerné par les effets rétroactifs du contrat. Cette limitation n'est pas propre au contrat public et sa justification est à rechercher dans le principe même de l'effet relatif de tout contrat, non dans celui de la non-rétroactivité des actes administratifs.

636. La rétroactivité du contrat est acceptée en droit public, pourvu qu'elle se limite aux relations entre les parties. Si le principe de non-rétroactivité des actes administratifs lui est généralement inapplicable, ce n'est que dans la mesure où le contrat ne contient aucune clause de nature réglementaire. Même lorsqu'elle reste cantonnée aux rapports entre les parties, la rétroactivité du contrat n'est pas toujours possible. Assez logiquement, cette rétroactivité du contrat n'est légale que dans la mesure où

²³⁷⁵ CE, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, préc.

²³⁷⁶ Les conventions qualifiées d'actes réglementaires à élaboration contractuelle sont ainsi pleinement concernées par le principe de non-rétroactivité (Conseil d'État, *loc. cit.* ; C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 70, n° 74 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, t. I, *op. cit.* p. 432, n° 365 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 67, n° 105). Cf., en ce sens, CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de la Marnière*, req. n° 23.677, Rec., p. 25 ; Sect., 23 février 1968, *Picard*, req. n° 65.084, Rec., p. 131, *AJDA*, 1968, n° 9, p. 457, chr. J. MASSOT et J.-L. DEWOST ; Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle*, req. n° 97.939 à 97.941, Rec., p. 153, concl. J. MASSOT (convention entre l'État et un établissement public portant sur l'organisation du service public) ; 14 janvier 1998, *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, req. n° 186.125, *AJDA*, 1999, n° 2, p. 164, note J. PETIT et, du même jour, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales - Force ouvrière (SNPASS-FO)*, req. n° 189.350, Rec., p. 9, *Dr. adm.*, 1998, n° 6, p. 30, obs. J.-C. BONICHOT (conventions entre l'État et les organismes d'assurance-maladie) ; 9 février 1994, *Ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace*, req. n° 134.384, *RDP*, 1994, n° 2, p. 552, chr. H. OBERDORFF (convention de mise à disposition de services de l'État au profit d'un département prenant effet à la date de sa signature).

²³⁷⁷ Sur ces différents points, voir CE, 19 octobre 1934, *Association des usagers de l'énergie électrique de Saint-Omer*, Rec., p. 932 ; Ass., 16 mai 1941, *Steur Corbasson et Association de défense des propriétaires de cabines de la plage de Berck*, Rec., p. 93, *S.*, 1942, III, 14 (illégalité d'une clause du cahier des charges d'une concession de plage prévoyant une majoration rétroactive des tarifs d'utilisation des cabines) ; Ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, req. n° 12.111 Rec., p. 294, *CJEG*, 1961, p. 175, concl. G. BRAIBANT ; CAA Marseille, 13 décembre 2001, *Union fédérale des consommateurs*, req. n° 99MA02298, *BJDCP*, 2002, n° 22, p. 201, concl. J.-C. DUCHON-DORIS et obs. P. TERNEYRE, *CMP*, 2002, n° 2, p. 20, note G. ECKERT (avenant à un contrat d'affermage modifiant rétroactivement le tarif de l'eau).

²³⁷⁸ CE, 7 octobre 1987, *Société des casinos du Touquet*, req. n° 67.902, Rec., p. 306. Sur la notion de stipulation pour autrui, cf. CE, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres des secteurs électriques de la Seine*, Rec., p. 826 ; 17 juin 1938, *Chemin de fer de la Camargue*, *D.*, 1940, III, p. 5, concl. LAGRANGE ; 22 janvier 1986, *Société des bois sciés manufacturés*, Rec., p. 12, *AJDA*, n° 1986, n° 1, p. 33, obs. J. C., *D.*, 1986, IR, p. 427, note P. TERNEYRE ; 1^{er} mars 1991, *Pabion*, préc. ; 20 janvier 1992, *Ville de Talant*, req. n° 46.624 ; 9 mai 2005, *Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers*, req. n° 256.661, Rec., T., p. 731. Voir également, C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 597, n° 692 ; L. GROS, art. préc., p. 260 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 789, n° 791 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 229, n° 433 ; M. UBAUD-BERGERON, art. préc., p. 585.

elle ne contredit pas l'intérêt public²³⁷⁹. Les obstacles à la rétroactivité du contrat public proviennent surtout des textes qui viennent fortement réduire son champ d'application.

§ 2 : Les obstacles textuels à la rétroactivité du contrat public

637. Même lorsque la rétroactivité se cantonne à la sphère contractuelle, elle n'est pas toujours possible. Des règles d'ordre public applicables à certaines catégories de contrats administratifs peuvent s'opposer, directement ou indirectement, à ce que l'acte bilatéral prenne effet de manière anticipée²³⁸⁰. Il s'agit respectivement des règles imposant aux contrats soumis au code des marchés publics, ainsi qu'aux contrats de partenariat, une obligation de notification préalable à tout commencement d'exécution (I) et de celles suspendant à le caractère exécutoire des contrats locaux à une obligation de transmission préalable au contrôle de légalité (II).

I – L'OBLIGATION DE NOTIFICATION PREALABLE DE CERTAINS CONTRATS

638. L'effet rétroactif conféré au contrat administratif est jugée incompatible avec les dispositions textuelles interdisant que le contrat administratif reçoive exécution avant d'avoir été notifié. En vertu des textes qui leur sont respectivement applicables²³⁸¹, les marchés publics et les contrats de partenariat doivent être obligatoirement notifiés avant tout commencement d'exécution. Or, il ressort également de ces textes que ce n'est qu'une fois cette obligation satisfaite que le contrat prend effet. En d'autres termes, la notification conditionne l'entrée en vigueur du contrat. Ainsi est-il généralement déduit que l'obligation de notification préalable empêche le contrat de prendre effet à une date antérieure à celle de sa notification et *a fortiori*, à celle de sa conclusion²³⁸².

639. Certains auteurs ont contesté cette interprétation sur le fondement de la liberté contractuelle à l'issue d'un raisonnement s'appuyant principalement sur la hiérarchie des normes²³⁸³. Il est indéniable que l'obligation de notification préalable porte atteinte à la liberté des parties de fixer les modalités d'exécution du contrat. Or, en droit administratif, la liberté contractuelle a rang de principe général du droit. Il s'ensuit, notamment, qu'une disposition législative qui aurait pour effet d'en restreindre la portée doit être interprétée strictement²³⁸⁴. De surcroît, il est également acquis que la liberté

²³⁷⁹ S. HUBAC et J.-É. SCHOETTL, chr. sous CE, 19 juin 1985, *Commune de Saintes*, préc., p. 402.

²³⁸⁰ L. RICHER, *op. cit.*, p. 232, n° 440 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., pp. 92-93, n° 76 ; L. GROS, art. préc., p. 260. Sur l'ordre public en matière contractuelle, voir É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, req. n° 271.737 et 271.782, Rec., p. 116, *BCJP*, 2009, n° 65, p. 287, spéc. p. 291 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 177 et s. n° 240 et s.

²³⁸¹ Art. 81 et 171 du Code des marchés publics et art. 9 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (JORF n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994).

²³⁸² CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, req. n° 71.956, Rec., T., p. 755, D., 1991, SC, p. 375, obs. P. TERNEYRE, *MTP*, 1991, n° 6, p. 67, *RDP*, 1992, n° 5, p. 1526, note F. LLORENS ; 8 avril 1998, *Préfet de l'Aube*, req. n° 167.372, Rec., T., p. 1020, *BJDCP*, 1998, n° 1, p. 98 ; CAA Marseille, 10 février 2004, *Société Alpes Froid Grande Cuisine c/ Préfet du Var*, req. n° 01MA01679. Voir également, F.-P. BÉNOIT, fasc. 4530, préc., p. 31, n° 198 ; C. BERGEAL, concl. sur CE, 27 mai 1998, *Commune d'Agde*, préc., *BJDCP*, 1998, n° 1, p. 31, spéc. pp. 32-33 ; L. GROS, art. préc., p. 261 ; F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », préc., p. 583.

²³⁸³ P.-Y. GAHDOUN, thèse préc. ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 263, n° 261.

²³⁸⁴ Sur ces différents, voir CE, Sect., 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, req. n° 138.650, Rec., p. 20, *AJDA*, 1998, n° 3, p. 287, *CJEG*, 1998, n° 545, p. 269, chr. F. MODERNE (liberté contractuelle des personnes publiques) ; 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr*, req. n° 184.473 et 184.557, Rec., p. 177, *AJDA*, 1998, n° 10, p. 834, concl. C. MAUGÛÉ, *Dr. adm.*, 1998, n° 6, p. 26, note C. MAUGÛÉ (liberté contractuelle des personnes privées).

contractuelle bénéficie d'une protection au niveau constitutionnel²³⁸⁵. De leur côté, la réglementation des marchés publics ne dispose que d'une valeur réglementaire, tandis que celle des contrats de partenariat, adoptée par voie d'ordonnance ultérieurement ratifiée par le Parlement, a valeur législative. Cependant, le pouvoir réglementaire, lorsqu'il est exercé en vertu d'une habilitation législative, reste soumis, en tout état de cause, au respect des principes généraux du droit, ainsi qu'aux règles et principes à valeur constitutionnelle²³⁸⁶.

De ce rapprochement, il est déduit que l'obligation réglementaire de notification préalable ne peut interdire aux parties de doter le contrat d'un effet rétroactif, sauf à méconnaître par là la liberté contractuelle. Même hissée au rang législatif, s'agissant des contrats de partenariat, l'obligation de notification préalable demeure d'interprétation stricte et doit reposer sur une règle ou un principe à valeur constitutionnelle ou, à tout le moins, être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Or, il paraît douteux que celle-là puisse répondre à l'une ou l'autre de ces exigences. Il faudrait donc considérer qu'elle est tout bonnement inapplicable.

640. Si la rectitude de ce raisonnement ne paraît guère contestable, il semble néanmoins possible d'opposer au moins deux objections à sa pertinence. D'un côté, la liberté contractuelle ne se trouve méconnue qu'en cas d'atteinte excessive et en l'absence de texte contraire²³⁸⁷. À l'instar de toute liberté, il est loisible, par ailleurs, à l'autorité normative d'y apporter des aménagements²³⁸⁸. On peut donc raisonnablement considérer que l'interdiction de la rétroactivité du contrat résultant de l'obligation de notification préalable, loin de priver les parties de la faculté d'organiser leurs rapports dans le temps, entend seulement en aménager l'exercice, en vue de prévenir les atteintes aux règles de passation. Il serait, en effet, aisé pour des cocontractants peu scrupuleux de ne préciser aucune date de commencement d'exécution du contrat, privant ainsi d'une partie de leur effectivité lesdites règles de passation et les principes de la commande publique qu'elles sous-tendent. De l'autre, et de manière plus décisive, la liberté contractuelle trouve sa limite naturelle dans le respect des règles d'ordre public²³⁸⁹ et ce, quelle que soit la dimension de protection envisagée ou la valeur juridique des textes qui les consacrent. Or, le Conseil d'État juge, de manière particulièrement claire et de façon constante, que l'ensemble des dispositions du code des marchés publics sont impératives. Il n'y a, du reste, pas lieu de penser qu'il en va différemment des celles régissant les contrats de partenariat.

²³⁸⁵ Cf., plus haut, p. 437, n° 554.

²³⁸⁶ Sur ces différents points, voir, respectivement, CE, Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-mer*, req. n° 52.262, Rec., p. 658, *AJ*, 1962, p. 114, note J. T., *D.*, 1962, J., p. 424, note M. FROMONT, *S.*, 1963, III, p. 59, note L. HAMON (obligation pour le pouvoir réglementaire de respecter les principes généraux du droit même en présence d'une habilitation législative) ; Ass., 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, req. n° 233.372, Rec., p. 107 et p. 92, concl. D. PIVETEAU, *AJDA*, 2003, n° 14, p. 722, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *BJCP*, 2003, n° 28, p. 209, *CMP*, 2003, n° 4, p. 4 et *JCP A*, 2003, n° 14, p. 827, concl. D. PIVETEAU, *D.*, 2003, n° 13, p. 851, note J.-D. DREYFUS, *Dr. adm.*, 2003, n° 5, p. 26 et 28, note A. MÉNÉMÉNIS, *JCP E*, 2003, n° 16, p. 720, note F. LINDITCH (justification du pouvoir réglementaire en matière de marchés publics) ; 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, req. n° 269.814, Rec., p. 393, *AJDA*, 2004, n° 43, p. 2383, chr. C. LANDAIS et F. LENICA et 2005, n° 1, p. 16, étude D. LINOTTE, *BJCP*, 2005, n° 38, p. 65 et *RFDA*, 2004, n° 6, p. 1103, concl. D. CASAS, *Dr. adm.*, 2005, n° 1, p. 22, note A. MÉNÉMÉNIS (ratification implicite de l'art. 9 de l'ordonnance du 17 juin 2004) ; 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, req. n° 264.712, 265.248, 265.281 et 265.343, Rec., p. 71, *BJDCP*, 2005, n° 40, p. 187 et *RFDA*, 2005, n° 3, p. 483, concl. D. CASAS, *Dr. adm.*, 2005, n° 5, p. 19, note A. MÉNÉMÉNIS, *JCP A*, 2005, n° 13-14, p. 699, note F. LINDITCH, *JCP E*, n° 657 et 743, note F. LINDITCH, *RJEP*, 2005, n° 620, p. 186, note J.-P. J. (confrontation du Code des marchés publics aux règles et principes à valeur constitutionnelle).

²³⁸⁷ Cf., en ce sens, J. MARTIN, p. 84, n° 160.

²³⁸⁸ Pour un ex. de limitation de la liberté de déterminer le contenu du contrat, cf. CE, 2 février 2005, *Fondation assistance aux animaux et Mouthon*, req. n° 262.097 et 262.657, Rec., T., p. 696.

²³⁸⁹ J. GHESTIN, C. JAMIN, C. BILLIAU, *op. cit.*, p. 201, n° 161 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 232, n° 439. Voir également, P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., pp. 242-243, n° 275.

Il s'ensuit que la rétroactivité de ces catégories de contrat est bien directement empêchée par les textes. Au contraire, aucun texte ne condamne la rétroactivité des clauses contractuelles d'une délégation de service public²³⁹⁰.

641. Au bénéfice des évolutions jurisprudentielles intervenues récemment dans le contentieux contractuel, il convient de nuancer fortement les conséquences découlant de la méconnaissance par les parties de l'obligation de notification préalable. Si le Conseil d'État avait auparavant estimé que la rétroactivité du contrat prescrite en violation de cette obligation était de nature à entraîner sa nullité²³⁹¹, tel ne sera vraisemblablement plus le cas dans le cadre du nouvel office du juge du contrat²³⁹². En effet, l'annulation du contrat est désormais réservée aux vices les plus graves, relatifs notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Or, tel n'est pas le cas de la méconnaissance de l'obligation de notification qui est, à l'évidence, extérieure au consentement des parties. Partant, l'exécution anticipée de l'engagement contractuel sera sanctionnée par l'octroi d'une indemnité, voire, dans les cas de violations les plus manifestes, par une résiliation.

Un même constat peut être dressé pour les contrats passés par les collectivités territoriales soumis à l'obligation de transmission au contrôle de légalité.

II – L'OBLIGATION DE TRANSMISSION DES CONTRATS LOCAUX AU CONTROLE DE LEGALITE

642. L'effet rétroactif des contrats administratifs passés par les collectivités territoriales est également regardé comme étant incompatible avec l'exercice par le préfet de son contrôle de légalité. Le caractère exécutoire du contrat est subordonné par la loi à sa transmission préalable au contrôle de légalité exercé par le représentant de l'État dans la collectivité territoriale concernée²³⁹³. Tant que l'obligation de transmission n'a pas été satisfaite, le contrat local ne saurait valablement produire aucun effet, ni recevoir un quelconque commencement d'exécution. Cette formalité substantielle lui interdit donc d'entrer en vigueur à une date antérieure à celle de sa transmission. Il en est généralement inféré que la rétroactivité du contrat local se trouve indirectement empêchée par le régime légal d'entrée en vigueur des actes des autorités décentralisées²³⁹⁴.

643. Dans un premier temps, le Conseil d'État a adopté une position radicale consistant à considérer comme illégale toute clause ayant pour objet ou pour effet de rendre le contrat applicable à une date antérieure à cette transmission. La haute juridiction administrative a tiré des conséquences particulièrement rigoureuses de la méconnaissance de l'obligation de transmission préalable du contrat au contrôle de légalité résultant de son effet rétroactif. Un tel manquement a été jugé de nature à entraîner la nullité totale du contrat administratif, à tout le moins si la clause de rétroactivité n'est pas divisible de l'ensemble contractuel²³⁹⁵. À l'inverse, lorsque le contrat est divisible dans le temps, la

²³⁹⁰ B. DACOSTA, concl. sur CE, 14 mai 2008, *Époux Daviet c/ Ville d'Annecy*, préc., *BJCP*, 2008, n° 60, p. 347, spéc. p. 348.

²³⁹¹ CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, préc.

²³⁹² Sur cette question, voir, plus bas, p. 551 et ., n° 700 et s.

²³⁹³ Elle concerne principalement, les marchés publics, les contrats de partenariat et les délégations de service public (art. L. 2131-1, L. 3131-1 et L. 4141-1 du CGCT), mais également les contrats de transaction (CE, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district d'Haj-les-Roses*, préc.).

²³⁹⁴ F.-P. BÉNOIT, fasc. 4530, préc., p. 31, n° 197 ; L. GROS, art. préc., p. 259 ; F. LLORENS, art. préc., p. 584.

²³⁹⁵ CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, préc.

transmission tardive n'entache l'acte d'illégalité qu'« en tant qu'il » prévoit une date d'effet antérieure²³⁹⁶. Ses effets pour la période antérieure à la transmission sont supprimés, tandis que sont conservés les effets qu'il a pu développer postérieurement²³⁹⁷.

Bien qu'elle soit motivée par la nécessaire préservation de l'efficacité des règles de transmission²³⁹⁸, cette jurisprudence a été sévèrement critiquée par une partie de la doctrine, au motif qu'elle procédait d'une « *confusion entre les conditions d'entrée en vigueur et les conditions de légalité de la norme contractuelle* »²³⁹⁹. Plus précisément, cette solution fait reposer la légalité du contrat sur son entrée en vigueur non rétroactive²⁴⁰⁰. Alors même que le principe de non-rétroactivité ne s'impose pas directement aux parties, il faut bien admettre que l'exigence de transmission préalable aboutit, à l'issue de ce raisonnement, au même résultat.

644. Dans un second temps, le Conseil d'État est partiellement revenu sur sa jurisprudence antérieure en estimant que la rétroactivité du contrat ne fait pas obstacle, en elle-même, à l'examen de sa légalité par l'autorité préfectorale²⁴⁰¹. En d'autres termes, la régularité du contrat local soumis à l'obligation de transmission n'est plus affectée par la rétroactivité stipulée par les parties, du moins en principe. Le recours à la rétroactivité ne doit pas, en effet, conduire à priver d'efficacité le contrôle de légalité. Il pourrait en aller ainsi dans les cas où le contrat a été entièrement exécuté avant sa transmission, ce qui revient à dire que les parties ont prévu, par avance, la ratification ultérieure de leur engagement. Dans ce cas, la volonté d'éviter tout contrôle par l'autorité préfectorale est manifeste et sera de nature à entraîner l'annulation du contrat²⁴⁰². En dehors de cette hypothèse, certes exceptionnelle, il reviendra au juge d'apprécier, notamment en fonction du délai séparant la date du début anticipé des effets du contrat et la date de sa transmission, si la rétroactivité ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt public qui s'attache au respect des prérogatives, constitutionnellement garanties, de l'autorité en charge du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriale.

Il n'en reste pas moins que, comme on le verra, les effets rétroactifs du contrats sont suspendus tant que l'obligation de transmission n'a pas été satisfaite²⁴⁰³. Il y a donc bien mise en échec temporaire de la rétroactivité du contrat par l'obligation légale de transmission des contrats locaux au contrôle de légalité.

645. Bien qu'admise dans son principe, la rétroactivité du contrat public a un champ d'application réduit. Aux limites posées par les textes et à celle résultant de la préservation des droits des tiers, on peut en ajouter une autre d'ordre pratique. On peut, en effet, douter de l'utilité de la rétroactivité donnée à un contrat initial, en l'absence de relations concrètes entre les parties avant sa signature. En revanche, elle

²³⁹⁶ B. DACOSTA, *loc. cit.* ; D. PIVETEAU, concl. sur CE, 2 octobre 2002, *Gross*, préc., *BJDCP*, 2003, n° 26, p. 29.

²³⁹⁷ Dans ce cas, le juge le contrat regarde le contrat comme étant entré en vigueur au moment de sa transmission (CE, 8 février 1999, *Société Sogema c/ Commune de Matoury*, req. n° 182.190, *BJCP*, 1999, n° 5, p. 475).

²³⁹⁸ La jurisprudence antérieure admettait que l'exécution d'un contrat non encore exécutoire, faute d'avoir satisfait à l'obligation de transmission, restait sans influence sur sa légalité (CE, 27 avril 1987, *Commissaire de la République des Côtes-du-Nord contre OPHLM des Côtes-du-Nord et Société Socea-Balency*, req. n° 68.831, *Rec.*, T., p. 721, *AJDA*, 1987, n° 11, p. 680, obs. J.-B. AUBY, *D.*, 1987, SC, p. 429, obs. P. TERNEYRE, *MTP*, 12 juin 1987, p. 59, *RDP*, 1988, n° 5, p. 1419, obs. F. LLORENS). Dans des cas extrêmes, cette solution conduisait à reconnaître qu'un contrat puisse avoir été totalement exécuté à la date de sa transmission au préfet (CE, 30 janvier 1995, *Préfet du département de Seine-et-Marne*, req. n° 131.719).

²³⁹⁹ J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 260, n° 258. Voir, dans le même sens, L. GROS, art. préc., p. 263.

²⁴⁰⁰ B. DACOSTA, concl. préc., p. 349.

²⁴⁰¹ CE, 14 mai 2008, *Époux Daviet c/ Ville d'Annecy*, préc.

²⁴⁰² Cf., en ce sens, E. GLASER, concl. sur CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 151.

²⁴⁰³ Sur cette question, cf., plus bas, p. 678, n° 876.

conserve tout son intérêt en matière de modification ou de régularisation ultérieures. Là encore et comme on l'a vu plus tôt, ces possibilités sont étroitement encadrées²⁴⁰⁴.

*

646. Conclusion de la Section 2. *A priori*, l'exclusion des contrats administratifs du champ d'application de la règle de la non-rétroactivité aurait dû signifier l'absence d'obstacle à l'emploi de la rétroactivité par les parties. La jurisprudence administrative est clairement fixée en ce sens. En réalité, la rétroactivité connaît, dans le domaine contractuel, une double limite qui vient fortement contrarier son emploi par les parties. En vertu du principe de l'effet relatif, la rétroactivité doit rester enfermée à l'intérieur de la sphère contractuelle. Même ainsi cloisonnée, la rétroactivité rencontre encore des obstacles textuels. En effet, diverses règles d'ordre public empêchent, de manière indirecte, que le contrat puisse prendre effet de manière anticipée. Compte tenu du champ particulièrement étendu de ces limitations, il faut considérer que la rétroactivité du contrat relève de l'exception en droit administratif.

²⁴⁰⁴ Cf., respectivement, p. 205, n° 270, p. 247, n° 313 et p. 561 et s., n° 714 et s.

* *

*

647. Conclusion du Chapitre II. *A priori*, la place de la rétroactivité diffère selon la nature de l'acte administratif. Tandis que les actes administratifs unilatéraux voient leur effet sur le passé interdit, de manière générale, par le principe de non-rétroactivité, les actes contractuels peuvent, en principe, valablement rétroagir.

La prohibition de la rétroactivité de la décision administrative n'exclut pas totalement le recours à ce procédé. Les multiples exceptions que subit le principe de non-rétroactivité en attestent. Toutefois, la règle de non-rétroactivité dispose en matière administrative d'une portée impérative et particulièrement étendue. La vigueur de ce principe empêche ainsi de considérer la rétroactivité autrement que comme une solution tout à fait dérogatoire. L'action unilatérale de l'autorité administrative est orientée principalement vers l'avenir. Il ne peut en aller autrement que dans les cas où une règle égale ou supérieure au principe de non-rétroactivité permet d'affranchir l'autorité administrative de son respect. Il en va ainsi, en particulier, de la règle à valeur constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius*. Néanmoins, celle-ci se présente comme une d'« exception à l'exception » dont le caractère *sui generis* empêche toute extension en dehors de la matière répressive.

Le statut d'exception de la rétroactivité se manifeste à travers l'encadrement strict dont elle fait l'objet. Outre le principe d'interprétation restrictive auquel sont soumises les dispositions rétroactives, le respect de la chose jugée, ainsi que des situations administratives définitivement acquises, limitent l'étendue de l'effet sur le passé légalement conféré à la décision administrative.

À l'inverse aucun principe ne prohibe, *a priori*, la rétroactivité du contrat administratif. L'absence de soumission de ce dernier au principe de non-rétroactivité ne signifie pas qu'il n'existe aucune barrière à l'action sur le passé de la norme contractuelle. Bien qu'elles n'ont pas pour objet direct d'organiser les effets dans le temps du contrat, plusieurs règles n'en font pas moins obstacle à sa rétroactivité. D'abord, le principe de l'effet relatif empêche aux parties d'imposer, pour le présent comme pour le passé, aux tiers des obligations auxquelles ceux-ci n'auraient pas consenti. Ensuite, les textes régissant les principaux contrats administratifs empêchent que ceux-ci puissent prendre effet avant que certaines formalités aient été accomplies, ce qui prive *de facto* les parties de la possibilité d'anticiper dans le temps leurs rapports juridiques. Il s'ensuit qu'en réalité, la rétroactivité du contrat ne peut être prescrite par les parties que de façon tout à fait exceptionnelle.

Partant d'une situation où la rétroactivité est soumise, au plan des principes, à un statut différent selon la nature de l'acte administratif, on aboutit, en pratique, à un résultat identique. La place de la rétroactivité de l'acte administratif est celle d'une exception.

Le juge se trouve dans une position radicalement opposée à celle de l'autorité administrative vis-à-vis de la rétroactivité. Si celle-ci est privée de la capacité d'agir librement sur le passé, il est naturel pour celui-là de lui apporter des modifications. Cependant, le juge n'avait, jusqu'à une période récente, pas plus de prise sur la rétroactivité de ses décisions que l'autorité administrative n'a de choix dans son emploi.

CHAPITRE III : LE STATUT EN CONSTRUCTION DE LA RETROACTIVITE DE LA DECISION DE JUSTICE

648. Introduction et délimitation de l'objet du chapitre. La rétroactivité occupe une place centrale dans l'activité du juge, qu'il s'agisse pour lui de trancher des litiges déjà nés ou, de manière plus occasionnelle, de participer à la création des règles du droit positif. La raison principale tient à ce que le juge agit nécessairement « à rebours » par rapport au moment où les situations juridiques, sur lesquelles il est appelé à se prononcer, se sont constituées. À ce décalage temporel « congénital » a longtemps été associée une fiction selon laquelle la fonction de juger revêt un caractère purement déclaratif. Le juge étant relégué à un rôle d'organe d'application mécanique de la règle de droit, il est censé ne faire que reconnaître un état de droit qui lui préexiste. Par suite, l'effet de sa décision remonte naturellement au jour où celui-ci a été fixé.

La combinaison de ces deux éléments a débouché sur l'établissement d'un lien d'automaticité entre la rétroactivité et les actes adoptés par le juge au titre de l'une ou l'autre de ses missions. D'un côté, le juge ne faisait que « découvrir » un nouveau principe jurisprudentiel qui était réputé avoir toujours existé, ce qui justifiait son application de plein droit à l'ensemble des situations soumises à litige, indépendamment de la date où elles se sont formées. De l'autre, le juge se contentait de « déclarer » le droit applicable et d'en tirer les conséquences. Le constat qu'un acte juridique était contraire au droit en vigueur entraînait, de façon mécanique, sa nullité *ab initio*, dès lors qu'il était censé n'avoir jamais existé.

Partant, la rétroactivité s'est imposée comme le mode quasi exclusif d'action dans le temps de la décision de justice. Ainsi a-t-il été, de longue date, soutenu que l'activité du juge serait irréductible au principe de non-rétroactivité. L'anisotropie vers le passé à laquelle l'action du juge serait naturellement vouée a produit deux conséquences. D'abord, la rétroactivité étant inhérente à l'office du juge, elle a longtemps été perçue comme un inconvénient inévitable, avec lequel il fallait vivre. Dans cette perspective, elle s'est imposée comme un élément extérieur à la volonté du juge. La rétroactivité naturelle de la décision de justice s'est épanouie librement et sans aucun contrôle réel, le juge s'interdisant d'en modérer directement les effets ou, le cas échéant, de s'en écarter. Ensuite et corrélativement, le pouvoir normatif du juge n'étant pas officiellement reconnu, celui-ci ne disposait pas des prérogatives normalement attribuées à toute autorité normative et, en particulier, de la capacité de fixer le champ d'application de la norme juridique nouvelle. Partant, il ne lui appartenait pas de se prononcer sur l'opportunité de conférer ou non un effet rétroactif à sa décision, pas plus qu'il n'était tenu ou autorisé à en circonscrire la portée dans le passé.

Ces différents éléments ont contribué à entretenir l'idée que le juge est « condamné » à la rétroactivité dans l'exercice de ses missions juridictionnelle et jurisprudentielle. Dans cette perspective, envisager un « statut » de la rétroactivité de la décision de justice pouvait apparaître comme relevant soit de l'absurdité, soit, au contraire, de l'évidence même. D'un côté, la consubstantialité de la rétroactivité à l'intervention du juge empêchait toute interrogation sur l'existence éventuelle de conditions ou de modalités de mise en œuvre du procédé. De l'autre, en admettant qu'une telle manière de voir était possible, il fallait considérer que le juge était soumis à une obligation inconditionnelle de

faire rétroagir ses décisions. En tout état de cause, il fallait en conclure que la rétroactivité de la décision de justice ne pouvait faire l'objet d'une limitation quelconque.

Pourtant, la rétroactivité de la décision de justice emporte, du fait de son caractère incontrôlé et automatique, des conséquences brutales et excessives sur les situations juridiques préexistantes. D'une part, la rétroactivité jurisprudentielle aboutit à sanctionner les sujets de droit sur le fondement d'une règle dont ils ne pouvaient avoir eu connaissance au moment où ils ont agi. D'autre part, la rétroactivité juridictionnelle entraîne l'anéantissement des actes juridiques affectés, d'une manière ou d'une autre, par l'illégalité constatée, ce qui peut déboucher, par un « effet de dominos », à la remise en cause de nombreuses situations.

Certes, le juge ne s'est jamais trouvé totalement démuné face à la rétroactivité de ses décisions. Il a, très tôt, développé des stratégies ou élaboré des théories lui permettant de tempérer, voire de neutraliser, l'effet rétroactif de la décision de justice. Néanmoins, ces divers procédés sont demeurés d'une efficacité toute relative et d'une ampleur limitée. Ils s'avéraient, en tout état de cause, insuffisants à contrebalancer les conséquences parfois dévastatrices produites par la rétroactivité de la décision de justice.

Sans doute sous l'effet combiné d'une évolution dans la manière de concevoir la fonction de juger, et d'une meilleure prise en compte des exigences de sécurité juridique par la puissance publique en droit français, le juge s'est finalement reconnu un pouvoir propre lui permettant de faire échec à la rétroactivité de ses décisions. Le contexte européen a également contribué, par son exemple, à mieux faire accepter cette innovation remarquable. En elle-même, elle réalise une véritable révolution dans la manière de concevoir le rapport du juge au temps. Certes, il ne saurait être question de remettre en cause, dans son principe même, l'effet rétroactif naturellement attachée à la décision de justice. Il s'est agi plutôt pour le juge de se doter des moyens propres à « gérer » avec mesure les conséquences qu'emportent sur le passé son action normative.

La maîtrise du juge sur l'effet dans le temps de ses décisions ne s'est pas manifestée de manière uniforme dans l'ensemble de son activité. Dans le contentieux objectif de la légalité, ainsi que dans l'exercice de sa mission jurisprudentielle, elle s'est traduite par la mise en place d'un pouvoir d'aménager dans le temps les effets de la décision ou de la règle nouvelle. Dans le contentieux contractuel, elle s'est également doublée d'une refonte complète de l'office du juge. Non seulement la rétroactivité du jugement invalidant le contrat peut être limitée ou écartée par le juge, mais elle ne constitue même plus le mode de traitement de droit commun des irrégularités du contrat. En effet, le juge du contrat dispose désormais d'un arsenal de solutions pour remédier à l'illégalité d'un contrat, dont le trait principal est qu'il privilégie très largement la non-rétroactivité dans le règlement du litige.

Ces diverses évolutions emportent une double conséquence sur la manière de concevoir la rétroactivité de la décision de justice. D'abord, celle-ci ne peut plus être comprise comme un phénomène naturel et, en tant que tel, échappant largement à l'emprise du juge. Ce changement de perspective ouvre la voie à l'élaboration d'un véritable droit transitoire de la décision de justice. La rétroactivité demeure le principe de l'action dans le temps des normes prétorienne, mais il peut lui être préféré un effet immédiat, voire même un effet différé, au nom de la sécurité juridique. En d'autres termes, en cas de risque de déstabilisation des situations juridiques, la solution de la rétroactivité devra être écartée au profit de la non-rétroactivité de la décision de justice. C'est dire que le juge a la capacité,

à l'instar des autres autorités normatives, de déterminer lui-même le champ d'application dans le temps des normes qu'il édicte.

Ensuite et corrélativement, ces éléments contribuent à la construction progressive d'un « statut » de la rétroactivité de la décision de justice²⁴⁰⁵. En rompant avec l'automatisme de la rétroactivité, le juge s'est octroyé un pouvoir d'aménagement temporel des effets de la décision juridictionnelle et de la règle jurisprudentielle. À travers l'organisation de ce pouvoir, c'est un encadrement de la rétroactivité de la décision de justice qui se met en place. Si ce procédé continue d'être l'instrument privilégié du juge dans l'accomplissement de ses missions, sa mise en œuvre est désormais mise à l'épreuve à la fois de l'intérêt général et de l'exigence de sécurité juridique, ce qui peut conduire le juge à lui apporter des tempéraments, voire même à renoncer purement et simplement à son emploi.

649. Plan du chapitre. Au problème des conséquences excessives découlant de la rétroactivité du jugement et de la jurisprudence, il a été apporté une réponse commune par le juge avec la consécration d'un pouvoir de modulation de leurs effets respectifs dans le temps. Ce constat aurait pu conduire à traiter en un seul et même mouvement de l'encadrement de la rétroactivité de la décision de justice. Toutefois, ce serait méconnaître que rétroactivité juridictionnelle et rétroactivité jurisprudentielle posent des questions de nature différente. Certes, l'aménagement de la rétroactivité de la décision de justice renvoie, de manière générale, à la question de la place et du rôle du juge dans un système de séparation des pouvoirs²⁴⁰⁶. Outre la différence de nature soulignée plus tôt entre la mission juridictionnelle et la mission jurisprudentielle accomplie par le juge, on ne saurait ignorer que la rétroactivité qui leur est attachée de plein droit n'a pas les mêmes causes et n'entraîne pas les mêmes conséquences. Au-delà de la mise en place d'un instrument commun de maîtrise de leurs effets dans le temps, rétroactivité juridictionnelle et rétroactivité jurisprudentielle appellent donc un traitement dissocié.

L'encadrement des effets nocifs de la rétroactivité juridictionnelle a permis au juge de s'assurer progressivement une plus grande maîtrise sur les conséquences de la chose jugée (Section 1). L'aménagement des effets de la règle jurisprudentielle a conduit le juge à mieux discipliner *ratione temporis* l'exercice de son pouvoir normatif (Section 2).

²⁴⁰⁵ Voir, en ce sens, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1107, n° 1218.

²⁴⁰⁶ J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA*, 2004, n° 3, p. 438, spéc. p. 445.

Section 1 : La maîtrise progressive de la rétroactivité de la décision juridictionnelle

650. Introduction et plan. Pendant longtemps, la question de l'élaboration d'un statut de la rétroactivité du jugement ne s'est aucunement posée. L'effet sur le passé du jugement constituait la conséquence logique et évidente de la fonction juridictionnelle. Comme le soulignait déjà Portalis : « *il est de nature des jugements de régler le passé, parce qu'ils ne peuvent intervenir que sur des actions ouvertes, et sur des faits auxquels ils appliquent les lois existantes* »²⁴⁰⁷. En d'autres termes, la rétroactivité du jugement était regardée comme inhérente à l'office du juge, qui est de trancher des litiges déjà nés. Cette corrélation est, du reste, solidement ancrée dans la tradition juridique française, au moins depuis la période révolutionnaire. Elle repose sur l'idée que la fonction juridictionnelle revêt un caractère purement déclaratif. Le juge ne faisant que reconnaître un état du droit qui lui préexiste, il en résulte que l'effet de sa décision remonte naturellement au jour où cet état antérieur du droit a été établi²⁴⁰⁸. Suivant cette conception classique, la rétroactivité découle de la nature même de l'acte juridictionnel et, en tant que telle, échappe largement à la volonté du juge.

Dans pareil contexte, il paraissait essentiellement vain de se demander si le juge disposait d'une emprise quelconque sur la rétroactivité de plein droit attachée à ses décisions. En particulier, il ne lui appartenait pas de se prononcer sur l'opportunité de conférer ou non un effet rétroactif à sa décision, pas plus qu'il n'était tenu ou autorisé à en circonscrire la portée dans le passé. D'une certaine façon, le juge était « condamné » à la rétroactivité dans l'exercice de sa mission juridictionnelle. La situation du juge de l'excès de pouvoir était, à cet égard, particulièrement révélatrice, dès lors que celui-ci se trouvait enfermé dans un « carcan décisionnel binaire »²⁴⁰⁹ : annulation rétroactive de la décision administrative illégale ou rejet pur et simple de la requête.

De surcroît, aucun texte n'est venu régir les effets *ratione temporis* des jugements ou habiliter le juge à organiser la portée temporelle de ses décisions²⁴¹⁰. C'est donc à la jurisprudence qu'il est échu de préciser, au cas par cas, ces effets, voire, le cas échéant, de leur apporter des limites. En contentieux administratif, les efforts se sont concentrés principalement sur les conséquences découlant des annulations juridictionnelles. Tandis que le juge judiciaire a adopté une conception souple de l'annulation et des effets qu'elle produit, ne faisant pas systématiquement jouer la rétroactivité qui lui est naturellement attachée²⁴¹¹, le juge administratif a longtemps maintenu un lien rigide entre eux, ainsi qu'un rapport étroit entre irrégularité et annulation. Pour ce dernier, le principe de la rétroactivité de

²⁴⁰⁷ J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 72. Voir également, B. PACTEAU, « Comment aménager la rétroactivité de la justice ? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle, sécurité jurisprudentielle », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 112, spéc. p. 114.

²⁴⁰⁸ Sur ce point, cf., plus haut, p. 270, n° 346. Voir, notamment, J. CARBAJO, thèse préc., p. 78 ; C. DEVYS, concl. sur CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc., RFDA, 2004, n° 3, p. 454, spéc. p. 467 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 237, n° 210 ; J. de SOTO, thèse préc., p. 236, n° 321. Pour un exposé, cf. F. BLANCO, thèses préc., p. 194.

²⁴⁰⁹ F. BLANCO, thèse préc., p. 105. Pour un exposé critique, voir les études classiques de J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, chr., p. 37 et « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 27.

²⁴¹⁰ Cf., dans le même sens, P. DELNOY, « Les effets des jugements dans le temps », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 251, spéc. p. 256.

²⁴¹¹ Voir, par ex., le principe de la non-rétroactivité des annulations prononcées par le juge judiciaire en matière d'autorisations de licenciement de salariés protégés (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1142, n° 1264 ; D. BAILLEUL, thèse préc., p. 333, n° 321 ; C. DEVYS, concl. préc. p. 463). Pour d'autres ex., voir F. BLANCO, thèse préc., p. 240 ; J. GOURDOU, thèse préc., p. 751.

l'annulation était « *un principe quasi axiomatique* »²⁴¹², intimement lié à la création du recours pour excès de pouvoir et, en tant que tel, souvent présenté comme un « *dogme plus que séculaire* »²⁴¹³. Du reste, le principe de la rétroactivité des annulations pour excès de pouvoir n'a été solennellement affirmé que tardivement²⁴¹⁴. La situation du contentieux de l'excès de pouvoir n'était pas tout à fait singulière, puisque l'on retrouvait ce rapport d'automaticité dans d'autres branches du contentieux administratif. Ainsi le contentieux contractuel connaissait-il, avec la notion de nullité, d'une problématique similaire. Le chaînage entre irrégularité, nullité et rétroactivité y était au moins aussi étroit que dans le contentieux de la légalité objective²⁴¹⁵. La conception déclarative de la fonction du juge qui a longtemps prévalu dans ces deux contentieux n'est pas étrangère à la position dogmatique adoptée par le juge administratif en matière de rétroactivité de ses décisions²⁴¹⁶.

À ce constat d'absence de texte organisant les effets dans le temps de la décision de justice, il faut apporter une nuance. Dans le cadre de la mise en place de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, il a été expressément reconnu au Conseil constitutionnel le pouvoir de déterminer les effets, notamment temporels, attachés aux déclarations d'inconstitutionnalité qu'il prononce²⁴¹⁷. Il n'en reste pas moins que, pour l'essentiel, c'est la jurisprudence qui a fixé l'étendue de l'effet dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité, ainsi que les limites éventuelles à lui apporter.

Malgré une conception particulièrement rigide de la rétroactivité de l'annulation, le juge administratif n'a jamais été totalement désarmé face à l'effet rétroactif attaché de plein droit à ses décisions²⁴¹⁸. Au contraire, il a très tôt été amené à développer un certain nombre de stratégies et de mécanismes permettant de limiter la rétroactivité juridictionnelle ou d'y déroger. Seulement, il ne s'agissait pour le juge que de modérer, pour des considérations d'ordre pratique et dans certaines circonstances particulières, les effets parfois paradoxaux qu'entraînaient parfois la rétroactivité de ses décisions sur l'ordonnancement juridique. Ainsi, il n'était apporté que des tempéraments ponctuels et circonscrits à la rétroactivité de plein droit des jugements déclaratifs.

Cette situation initiale d'un juge condamné à la rétroactivité et ne se reconnaissant pas la faculté de peser directement sur les conséquences à tirer de la chose jugée, sauf cas exceptionnels, s'est prolongée jusque dans la période récente. Néanmoins, les dernières décennies ont vu s'opérer un changement dans la manière d'appréhender la fonction de juger. Le juge lui-même a progressivement été conduit à élargir la conception qu'il se fait de son office.

D'abord, l'approche de la fonction de juger a évolué dans le sens d'une reconnaissance d'un véritable pouvoir normatif juridictionnel. Outre l'analyse plus précise de l'action dans le temps du

²⁴¹² J. GOURDOU et P. TERNEYRE, « Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », *CJEG*, 1999, n° 556, p. 249, spéc. p. 259.

²⁴¹³ J.-H. STAHL, « An I après AC ! : Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC !* », *RJEP*, 2005, n° 624, chr., p. 355.

²⁴¹⁴ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, préc. Ce principe a été récemment réaffirmé avec force par la jurisprudence (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc.). Sur les origines en réalité plus anciennes de ce principe, qui, au temps de la justice retenue, procédait d'une assimilation avec le retrait opéré par l'autorité hiérarchique, voir F. BLANCO, thèse préc., p. 201 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1185.

²⁴¹⁵ Sur ce point, cf., plus bas, p. 271 et s., n° 350 et s.

²⁴¹⁶ Cf., dans le même sens, C. DEVYS, concl. préc., p. 454.

²⁴¹⁷ L'alinéa 2 du nouvel article 62 de la Constitution de 1958 dispose que « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* » (souligné par nous).

²⁴¹⁸ Comme le soulignait le Président Odent, à propos des annulations pour excès de pouvoir, « *la jurisprudence tient un grand compte des considérations pratiques et n'hésite pas à admettre des exceptions au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses* » (R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 611). Voir également, J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 441.

jugement qu'il autorise, ce changement de perspective a conduit à comprendre l'office du juge comme impliquant une maîtrise plus directe de la chose jugée et, notamment, de ses conséquences temporelles. À partir du moment où le juge détient un pouvoir normatif, il paraît naturel d'admettre qu'il dispose, à l'instar de toute autorité normative, de la possibilité d'en organiser la mise en œuvre. Ainsi le juge se trouve-t-il fondé à aménager les effets dans le temps des décisions qu'il rend. Cela ne signifie pas que le lien entre rétroactivité et exercice de la fonction juridictionnelle soit rompu. Il s'est simplement relâché. Dans la mesure où il appartient toujours au juge d'établir un droit antérieurement né ou de rétablir ce qui aurait dû se passer si la règle de droit avait été correctement appliquée, la norme édictée à cette fin rétroagit nécessairement²⁴¹⁹. Ce qui change, c'est que le juge peut délibérément décider, dans certains cas, de limiter la rétroactivité naturelle du jugement déclaratif, voire même de s'en affranchir, pour régler le litige différemment. En d'autres termes, il peut dorénavant « gérer » avec mesure les conséquences qu'emportent sur le passé les décisions qu'il adopte.

Ensuite et corrélativement, le juge a graduellement élargi la conception qu'il se fait de son office. Ce dernier ne se limite plus à prononcer une sentence à la suite du constat du non-respect par l'autorité administrative de la règle de droit. Il comprend également la recherche de la solution la plus efficace. Il est ainsi amené à concilier l'exigence de rétablir le respect de la légalité avec celles de la réalité et de la sécurité juridique. Le juge n'est plus seulement censeur des illégalités, il devient régulateur de la légalité. À la source de cette évolution de l'office du juge, il y a une double préoccupation.

Sévèrement critiqué, le juge s'est, d'une part, davantage intéressé aux suites à donner à la sentence juridictionnelle²⁴²⁰. Il s'est attaché à déterminer avec plus de précision les conséquences concrètes de la chose jugée, ainsi qu'à mieux garantir la bonne exécution de cette dernière par l'Administration²⁴²¹. La mission du juge a connu, de ce point de vue, une évolution remarquable. Elle ne consiste plus seulement en une démarche univoque de censure des illégalités commises, mais comporte également une dimension positive, tendant à obtenir, autant que possible, un retour à la légalité. Dans cette perspective, l'office du juge comprend une double facette de sanction et de réfection. En d'autres termes, le juge recherche la solution la mieux adaptée pour résoudre efficacement le litige porté devant lui. Il s'agit moins de sanctionner que de « traiter » les irrégularités.

D'autre part, le juge a été progressivement amené à porter une appréciation sur les effets de son intervention sur l'ordonnancement juridique. Partant du constat que la rétroactivité emporte parfois des bouleversements excessifs, même dans le contexte *a priori* particulier dans lequel s'exerce la fonction juridictionnelle, le juge a été conduit à prendre en compte, de manière croissante, l'exigence de stabilité des situations juridiques des administrés dans la détermination des conséquences de la chose jugée. L'« onde de choc » qu'est susceptible de provoquer l'anéantissement rétroactif d'un acte juridique sur

²⁴¹⁹ Sur l'ensemble de ces questions, voir p. 262 et s., n° 334 et s. Voir également, D. de BÉCHILLON, thèse préc., p. 111 ; C. DEVYS, concl. préc., p. 467 ; J. HÉRON, « L'application des jugements dans le temps », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 237, spéc. p. 240 ; J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 272, n° 328 ; F. MELLERAY, « Décision juridictionnelle et règle jurisprudentielle », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 41 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 445 et p. 447.

²⁴²⁰ Cf., notamment, J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », préc.

²⁴²¹ Cf., notamment, CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif "Toulouse football club"*, req. n° 234.363, Rec. p. 281, *AJDA*, 2001, n° 10, p. 888, note G. SIMON, *Dr. adm.*, 2004, n° 3, p. 8, chr. C. BROUELLE, *RRJ*, 2003, n° 2, p. 1513 ; Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, préc. ; 27 juillet 2001, *Titran*, préc. Sur cette question, voir F. BLANCO, thèse préc. p. 371 et s., spéc. p. 427 ; C. DEVYS, concl. préc., p. 462 ; F. DIEU, « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », *AJDA*, 2006, n° 44, p. 2428, spéc. p. 2430 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1184 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 441.

ces situations peut dissuader le juge d'user de sa prérogative d'annulation et l'inciter à privilégier d'autres formes de sanction. Les mouvements récents qui ont traversé le contentieux contractuel dans le sens d'une plus grande sécurisation illustrent parfaitement cette nouvelle attitude²⁴²².

En vue de s'assurer une plus grande maîtrise sur les effets de ses décisions, le juge s'est octroyé, de manière prétorienne, de nouvelles prérogatives contentieuses lui permettant notamment d'encadrer plus strictement la rétroactivité découlant des jugements déclaratifs. Le présupposé de cette transformation de l'office du juge consiste à rompre avec l'automatisme de la rétroactivité du jugement pour pouvoir en réduire les excès. Bien qu'elles suivent une logique commune, les solutions dégagées par le juge en vue de limiter la rétroactivité juridictionnelle diffèrent selon le contentieux concerné.

Dans le contentieux objectif de la légalité, le juge s'est attribué un pouvoir général, mais exceptionnel, de modulation des effets temporels du dispositif de ses décisions. La rétroactivité du jugement demeure le principe, dès lors qu'elle constitue le moyen adéquat pour assurer le plein respect de la légalité. Toutefois, le juge peut, sous certaines conditions, y déroger ou la limiter dans son étendue (§ 1). Dans le contentieux contractuel, c'est une solution plus radicale qui a été adoptée par la jurisprudence. L'office du juge du contrat a été modernisé dans le sens d'une diversification des sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'un contrat irrégulier. Or, les différentes solutions envisageables privilégient largement une résolution non-rétroactive du litige. Si elle n'est pas totalement exclue de ce nouvel édifice contentieux, la rétroactivité du jugement invalidant un contrat administratif relève désormais de l'exception (§ 2).

La rétroactivité juridictionnelle fait l'objet d'un véritable encadrement au nom d'une meilleure prise en considération des exigences de sécurité juridique. C'est un statut de la rétroactivité du jugement déclaratif qui se dessine à travers l'aménagement temporel de la chose jugée.

§ 1 : L'aménagement de la rétroactivité du jugement dans le contentieux objectif de la légalité

651. À l'origine de l'encadrement de la rétroactivité du jugement, il y a la prise de conscience des inconvénients et des limites que sa mise en jeu comporte. La doctrine s'est, de longue date, attachée à dénoncer les « affres » de la rétroactivité du jugement déclaratif et, en particulier, des annulations pour excès de pouvoir prononcées par le juge administratif²⁴²³. Le procès de la rétroactivité juridictionnelle s'appuie sur un double argument.

Le premier est propre au contentieux administratif, l'effet sur le passé du jugement a des causes structurelles. Les délais liés à l'instance, du fait notamment de l'encombrement des juridictions administratives, et le caractère non-suspensif des recours créent, par leur effet combiné, un décalage irréductible entre le moment de la commission de l'illégalité et celui de sa sanction par le juge²⁴²⁴. De fait, il peut se passer un temps relativement long entre ces deux instants, si bien que la décision contestée peut avoir été entièrement exécutée au moment où le juge statue sur sa légalité. Cet intervalle entraîne

²⁴²² Cf., dans ce sens, J.-F. LAFIX, thèse préc., p. 31, n° 28.

²⁴²³ Pour un exposé, voir F. BLANCO, thèse préc., p. 220 et les références citées. ; B. SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 15

²⁴²⁴ Sur ces différents points, cf. F. BLANCO, thèse préc., p. 207 ; I. BRIL, *Le Conseil d'État et le temps. Contribution à l'étude de la fonction juridictionnelle du Conseil d'État*, préc., t. I, p. 33 et s. ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 78 ; G. LAVAU, « Du caractère non-suspensif des recours devant les tribunaux administratifs », préc., p. 794 ; P. WEIL, thèse préc., p. 145.

des difficultés d'exécution de la chose jugée allant croissantes avec son importance. Dans la plupart des cas, la rétroactivité de l'annulation obligera l'Administration à se livrer, en exécution de la chose jugée, à de lourdes et complexes opérations de reconstitution des situations juridiques affectées par l'illégalité pour toute la période précédant la sentence juridictionnelle. Un exemple bien connu est celui des reconstitutions de carrière de fonctionnaires intervenant en exécution de la chose jugée²⁴²⁵. Dans des cas extrêmes, les perturbations provoquées par l'annulation contentieuse seront telles que le juge se résignera tout bonnement à ne pas sanctionner l'illégalité. Confrontée à des difficultés similaires, l'Administration peut également renoncer à tirer les conséquences d'une annulation ou s'adressera, à titre préventif, au législateur afin qu'il prononce la validation de la décision irrégulière. Enfin, un laps de temps important peut permettre à l'illégalité de se résorber d'elle-même, l'annulation par le juge de l'acte entièrement exécuté restant purement platonique²⁴²⁶. Dans toutes ces hypothèses, la sanction de la méconnaissance de la légalité administrative se déplace sur le terrain indemnitaire.

Certes, les réformes successives qu'a connu le contentieux administratif dans la période récente ont largement contribué à la fois à réduire notablement les délais de jugement et à améliorer l'exécution par l'Administration de la chose jugée. En particulier, l'introduction de plusieurs procédures de référés administratifs a permis au juge d'empêcher que certaines situations illégales acquièrent un caractère irréversible et, par suite, de conserver l'intérêt pour le justiciable de rechercher l'annulation rétroactive de l'acte contesté. Si la première critique adressée à la rétroactivité juridictionnelle a perdu une partie de sa pertinence, tel n'est pas le cas de la seconde.

Le second argument est plus décisif et a conservé toute sa vigueur en dépit des progrès accomplis. La rétroactivité du jugement est, du fait de son caractère automatique et de ses conséquences radicales, de nature perturber fortement l'ordonnement juridique, telle une « *coulée de lave qui renverse tout sur son passage* », pour reprendre à nouveau la formule de M. Weil²⁴²⁷. Le jugement d'annulation déclenche parfois, par le jeu libre de sa rétroactivité, une série de réactions en chaîne qu'il n'est pas toujours possible de maîtriser. L'annulation d'une première décision débouche parfois sur de multiples annulations prononcées par voie de conséquence par le juge ou sur des mesures d'annulation prises par l'Administration en exécution de la chose jugée. Dans le même ordre d'idées, la rétroactivité de plein droit attachée au jugement d'annulation est susceptible d'entraîner la création d'un « vide juridique », ce qui prive de base légale les situations juridiques qui se sont constituées sous l'empire de l'acte sanctionné. Si ce vide peut être ultérieurement comblé par l'Administration, cette dernière ne peut assortir sa décision d'un effet rétroactif que dans une configuration bien particulière. Même dans ce cas, l'administré est, en tout état de cause, laissé dans la plus grande incertitude le temps qu'aura duré l'opération de réfection de la légalité²⁴²⁸.

Face aux excès de la rétroactivité juridictionnelle, le juge administratif a d'abord adopté une attitude prudente préférant adopter des solutions au cas par cas et à raison principalement de considérations pratiques. Dans les cas où la rétroactivité emportait des conséquences manifestement disproportionnées, voire paradoxales, ou lorsqu'elle conduisait à des situations complexes, voire

²⁴²⁵ Sur l'ensemble de ces points, cf. p. 846 et s., n° 1107 et s. Voir également, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1107, n° 1217 2°.

²⁴²⁶ Sur ces différents points, voir J.-B. AUBY, « Le juge face à la décision entièrement exécutée », *Dr. adm.*, 2000, n° 6, p. 2 ; G. BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *préc.*, pp. 59-64 ; Conseil d'État, *L'intérêt général*, rapp. *préc.*, p. 28 ; C. DEVYS, *concl. sur CE, Ass.*, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *préc.*, p. 468 ; B. MATHIEU, *thèse préc.*, p. 286 ; J. MASSOT, *art. préc.*, p. 117 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, *note préc.*, pp. 444-445 ; B. SEILLER, *art. préc.*, p. 23 ; P. WEIL, *thèse préc.*, p. 212.

²⁴²⁷ P. WEIL, *thèse préc.* p. 89.

²⁴²⁸ B. SEILLER, *art. préc.*, p. 27.

inextricables, le juge a apporté des tempéraments ponctuels à l'effet rétroactif attaché de plein droit au jugement déclaratif. C'est principalement le jugement d'annulation, dont la rétroactivité entraîne les effets les plus dévastateurs, qui a été l'objet des efforts les plus importants de la part du juge administratif (I). Toutefois, ces mécanismes d'atténuation des rigueurs de la rétroactivité sont demeurés d'une ampleur limitée.

Dans la période récente, ces tempéraments apportés à la rétroactivité du jugement d'annulation sont apparus comme étant insuffisants, au fur et à mesure que le juge administratif s'est davantage préoccupé des conséquences à tirer de la chose jugée. Le contexte devenant progressivement favorable à une prise en compte accrue des exigences de la sécurité juridique, la jurisprudence administrative a établi un nouvel équilibre entre le strict respect de la légalité et la nécessité de garantir la stabilité des situations juridiques constituées en attribuant au juge de l'excès de pouvoir, comme au juge de plein contentieux, un pouvoir de modulation des effets dans le temps des jugements d'annulation. Cette nouvelle technique contentieuse se présente comme un « instrument de précision »²⁴²⁹ assurant au juge administratif la maîtrise des effets dans le temps de la chose jugée. Les effets sur le passé produits par tout jugement, et pas seulement ceux prononçant une annulation rétroactive, sont susceptibles d'être aménagés, de manière à éviter qu'ils n'entraînent des conséquences excessives sur les situations juridiques préexistantes. C'est dire que la rétroactivité du jugement est désormais encadrée, en tant qu'elle porte préjudice à la sécurité juridique (II).

I – LES TEMPERAMENTS PONCTUELS DE LA RETROACTIVITE DU JUGEMENT DECLARATIF, L'EXEMPLE DES ANNULATIONS CONTENTIEUSES

652. C'est principalement dans le contentieux de l'excès de pouvoir que le juge a été, de longue date, conduit à apporter des tempéraments à la rétroactivité de ses décisions²⁴³⁰. En particulier, il s'est agi pour le juge administratif de remédier aux effets radicaux qu'emporte la mise en œuvre de la prérogative d'annulation qu'il détient à l'égard des décisions administratives illégales. En principe, la sanction de l'irrégularité d'une décision administrative entraîne la suppression rétroactive des effets qu'elle a pu produire. Cette opération de rétablissement du *statu quo ante* induit toute une série de modifications dans l'ordonnement juridique. Elle implique, notamment, la révision des situations qui se sont formées sous l'empire de la décision irrégulière ou par rapport à elle. La rétroactivité autorise ainsi le retraitement du passé en vue de réparer les maux causés par l'illégalité commise. Or, le remède peut apparaître, dans certains situations, pire que le mal. Comme l'ont souligné plusieurs auteurs et membres de la juridiction administrative, la logique de la rétroactivité doit parfois céder devant les exigences de la réalité²⁴³¹.

Dans un souci de pragmatisme, la jurisprudence administrative a consacré plusieurs solutions faisant totalement ou partiellement échec à la mécanique de la rétroactivité des annulations

²⁴²⁹ C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1186.

²⁴³⁰ Voir, notamment, F. BLANCO, thèse préc., p. 210 ; G. BRAIBANT, art. préc., p. 56 ; F. CROUZATIER-DURAND, « Le pouvoir d'annulation du juge administratif : Brèves réflexions sur la rétroactivité (À propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du Conseil d'État du 11 mai 2004, *Association AC !*) », *LPA*, 4 février 2005, n° 25, p. 6, spéc. p. 7 ; C. DEVYS, concl. préc., p. 463 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1183.

²⁴³¹ Cf., respectivement, G. BRAIBANT, art. préc., p. 65 ; G. CAHEN-SALVADOR, concl. sur CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, préc., p. 40 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1136, n° 1256 ; J. MASSOT, « Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif », préc., p. 123.

contentieuses. On peut les regrouper autour de deux idées. D'un côté, le juge administratif a entendu prendre en compte la réalité de ce qui a été accompli au cours de la période d'illégalité. Comme le soulignait M. Weil dans sa thèse, c'est « *la victoire du fait sur la fiction de la rétroactivité* »²⁴³² qui est alors consacrée. De l'autre, c'est la préservation de la stabilité des situations juridiques qui a été préférée au strict respect du principe de légalité. À partir de l'une ou de l'autre, le juge a été amené, tantôt à supprimer l'effet rétroactif attaché de plein droit à l'annulation (B), tantôt à atténuer la rigueur de la rétroactivité de l'annulation, en limitant son étendue (A). Toutefois, ces tempéraments apportés au principe de la rétroactivité des jugements d'annulation sont demeurés d'une ampleur limitée.

A/ Les atténuations apportées à la rétroactivité du jugement d'annulation

653. Un premier groupe de solutions tend à atténuer la rigueur de la rétroactivité découlant des annulations pour excès de pouvoir. Dans le contentieux de la fonction publique, la règle du « service fait » empêche que la logique de la rétroactivité ne produise des conséquences paradoxales en cas d'annulation d'une mesure d'éviction du service (1). En d'autres occasions, toutes les conséquences qu'emporte pour le passé l'annulation pour excès de pouvoir ne seront pas tirées. La portée rétroactive du jugement d'annulation sera alors réduite dans un souci de sécurité de juridique ou en vue d'assurer le respect de l'ordre des compétences juridictionnelles (2).

1°) La rétroactivité de l'annulation pour excès de pouvoir modérée par la règle du service fait

654. En droit de la fonction publique, la règle du « service fait » vise à corriger les effets paradoxaux que pourraient comporter l'annulation contentieuse d'une mesure d'éviction du service prononcée à l'encontre d'un agent statutaire²⁴³³ et, depuis peu, celle du contrat de recrutement d'un agent non titulaire²⁴³⁴. Suivant la logique de la rétroactivité, la mesure d'éviction ou le contrat annulé est réputé n'être jamais intervenue et il appartient, en conséquence, à l'Administration de rétablir les choses dans l'état où elles auraient dû se trouver si l'illégalité n'avait pas été commise. Pour parvenir à une exécution aussi complète que possible de la chose jugée, l'autorité compétente est dans l'obligation, non seulement de réintégrer l'agent évincé à son poste ou, à tout le moins, dans un emploi équivalent, mais également de procéder à la reconstitution de sa carrière, comme si le déroulement de cette dernière n'avait été aucunement affecté par l'édition de la mesure illégale. Dans sa pureté logique, le rétablissement rétroactif de la légalité impose également de verser à l'agent public évincé les traitements et émoluments qu'il aurait dû percevoir pour l'exercice des fonctions dont il a été irrégulièrement privé. Le Conseil d'État a, un temps, fait prévaloir cette logique en consacrant le système dit du « rappel de traitement »²⁴³⁵. En conséquence de l'annulation d'une mesure d'éviction, l'agent illégalement évincé était en droit de demander le rappel intégral des traitements et émoluments qu'il aurait perçus s'il avait

²⁴³² P. WEIL, thèse préc., p. 229.

²⁴³³ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1139, n° 1260 ; J. MASSOT, art. préc., p. 124 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 609 ; O. SIMON, « Les obligations de l'autorité administrative après annulation de l'éviction d'un agent public », *AJFP*, 1999, n° 3, p. 7 ; J. SPACH, *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, thèse, Strasbourg, Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 117 ; P. WEIL, thèse préc., p. 228.

²⁴³⁴ CAA, 5 décembre 2006, *Mme Baldanoff*, req. n° 04PA02604, *AJDA*, 2007, n° 1, p. 28, note P. TROUILLY, *AJFP*, 2007, n° 2, p. 82.

²⁴³⁵ CE, 30 juillet 1920, *Servan*, Rec., p. 780. Sur ce point, voir, outre les références citées à la note précédente, A. PARODI, concl. sur CE, Ass., 7 avril 1933, *Deberles*, Rec., p. 439, *S.*, 1933, III, p. 68, spéc. p. 69. Voir également, P. WEIL, thèse préc., p. 229.

été maintenu en fonctions. Bien que conforme à la *restitutio in integrum* faisant suite à l'annulation contentieuse, cette solution se trouvait cependant en parfaite contradiction avec la réalité, l'agent n'ayant exercé aucune activité ou assumé aucune charge au cours de la période d'éviction. Or, le droit au traitement est attaché, non à la qualité d'agent public, mais au « service fait »²⁴³⁶, c'est-à-dire à l'accomplissement effectif des fonctions. La logique de la rétroactivité aboutissait donc à une situation paradoxale dans laquelle un agent percevait un traitement pour un service qu'il n'avait jamais effectué.

655. C'est ainsi que, dans sa décision *Deberles* de 1933, le Conseil d'État est revenu sur sa position initiale afin de tempérer les excès de la rétroactivité de plein droit attachée à l'annulation et, ce faisant, de mieux tenir compte des exigences de la réalité. À la *restitutio in integrum* de la légalité, la jurisprudence administrative oppose désormais la règle du « service fait »²⁴³⁷. La jurisprudence *Deberles* a substitué au système du rappel de traitement un simple droit à réparation pour l'agent des préjudices qu'il a subis du fait de son éviction irrégulière. L'intéressé n'est plus fondé à prétendre au rappel intégral de son traitement, mais à obtenir une compensation par l'obtention de dommages-intérêts. Suivant les principes posés par l'arrêt *Deberles*, l'indemnité due par l'Administration à l'agent devra être évaluée en fonction de deux éléments.

D'une part, la réparation doit correspondre au préjudice « *réellement subi* » par l'agent du fait de la mesure d'éviction annulée. Il s'agit principalement des pertes de revenus et des troubles dans les conditions d'existence que l'intéressé a subis du fait de la mesure prononcée à son encontre²⁴³⁸. Cette part de l'indemnité est calculée sur la base du traitement qui aurait été versé à l'agent, éventuellement diminuée des revenus de remplacement ou tirés d'une activité professionnelle qu'il a effectivement perçus au cours de la période d'éviction. Dans le cas où ceux-ci dépasseraient le montant des traitements qui auraient dû être versés à celui-là, aucune indemnité au titre de l'un ou l'autre des deux préjudices ne sera due²⁴³⁹. Les déductions ainsi opérées permettent d'éviter tout enrichissement sans cause de l'intéressé en mesurant, au plus près, la réalité de sa situation antérieurement à sa réintégration.

D'autre part, l'indemnisation doit également prendre en compte « *l'importance respective des irrégularités entachant* » la décision annulée « *et des fautes relevées à la charge de l'intéressé* ». C'est dire que tant la nature de l'illégalité commise que le comportement de l'agent entrent en ligne de compte dans l'évaluation de l'indemnité. D'un côté, la circonstance que la mesure ait été annulée pour vice de forme ou de procédure, alors même qu'elle était justifiée au fond, joue en faveur de la baisse du montant de l'indemnité. À l'inverse, en cas d'annulation à raison d'un vice de fond, la nature de l'illégalité reste sans incidence sur la fixation de l'indemnité²⁴⁴⁰. D'un autre côté, les agissements de l'agent qui sont à l'origine de l'éviction exercent également, du fait de leur caractère répréhensible, une

²⁴³⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, préc., p. 317, n° 364 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. V, préc., p. 151, n° 177. Voir également, P. AMSELEK, « Une institution financière en clair-obscur : la règle du service fait », in *Études de finances publiques, Mélanges en l'honneur de P.-M. GAUDEMET*, Paris, Economica, 1984, p. 421.

²⁴³⁷ CE, Ass., 7 avril 1933, *Deberles*, préc., *GAJA* n° 44, *RDP*, 1933, p. 624 et S., 1933, III, p. 68, concl. A. PARODI.

²⁴³⁸ Cf., respectivement, CE, Sect., 5 avril 1935, *Demay*, *DH*, 1935, p. 385 ; 29 juillet 1950, *Bourdeaux*, Rec., p. 498 ; Sect., 16 octobre 1959, *Guille*, Rec., p. 516 ; 15 juillet 1960, *Pedoussaut*, Rec., p. 485 ; Ass., 9 juin 1961, *Pioro*, req. n° 44.702 à 44.730, Rec., p. 383, *RDP*, 1962, p. 129, concl. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *D.*, 1963, J., p. 265, note F. HAMON ; 24 juin 1977, *Deleuse*, req. n° 93.480, Rec. p. 294, *RDP*, 1977, n° 6, p. 1355, concl. R. DENOIX DE SAINT MARC ; 26 juillet 1978, *Vinolay*, req. n° 93.715, Rec., p. 315 ; 6 mars 1987, *Sola*, req. n° 40.905, Rec., p. 806, *D.*, 1988, SC, p. 53, obs. F. MODERNE et P. BON ; 4 novembre 1996, *Mlle Kerbache*, req. n° 173.691, Rec., p. 436.

²⁴³⁹ Sur le premier point, cf. CE, 20 mai 1949, *Biret*, Rec., p. 231 ; Ass., 5 juin 1959, *Augé*, Rec., p. 348 ; 7 juin 1961, *Sieur Saint-Prix*, req. n° 50.157, Rec., p. 378 ; Sect., 23 mai 1969, *Dlle Goût*, req. n° 72.772, Rec., p. 269. Sur le second point, cf. CE, 15 juillet 1960, *Pedoussaut*, préc.

²⁴⁴⁰ Cf., respectivement, CE, 29 juillet 1950, *Libaud*, Rec., p. 498 ; 28 juillet 1952, *Liénard*, Rec., p. 423 ; Sect., 6 mai 1955, *Hauger*, Rec., p. 242 ; Sect., 29 mars 1957, *Dublant*, Rec., p. 227 ; 7 février 1958, *Ministre de l'Intérieur c/ Asso*, Rec., p. 86 ; 6 décembre 1961, *Repaux*, req. n° 45.592 et 48.793, Rec., p. 682.

influence sur le montant de l'indemnité. En raison de leur gravité, les fautes commises par l'agent peuvent même, dans certains cas, priver ce dernier de tout droit à indemnisation²⁴⁴¹.

Bien qu'elle soit contestée au regard du principe de réparation intégrale²⁴⁴², la règle du « service fait » conserve toute son utilité en ce qu'elle permet de modérer certaines des conséquences paradoxales auxquelles sa logique est susceptible d'aboutir. D'autres solutions jurisprudentielles participent de la même volonté d'atténuer la rigueur de la rétroactivité de l'annulation pour excès de pouvoir.

2°) Les autres atténuations de l'effet rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir

656. Dans un souci de sécurité de juridique ou de respect de l'ordre des compétences juridictionnelles, le juge administratif a été conduit à refuser de tirer toutes les conséquences d'une annulation pour excès de pouvoir. La portée de la rétroactivité attachée à cette dernière s'en est trouvée réduite d'autant.

657. Au titre du respect des attributions de l'autorité judiciaire, le juge administratif refuse de tirer toutes les conséquences de l'annulation d'une autorisation de construire. La disparition rétroactive de cette dernière prive de base légale les constructions édifiées par son bénéficiaire. Érigées en méconnaissance des règles d'urbanisme, elles sont vouées à la destruction. Il s'ensuit qu'en exécution de la chose jugée, il devrait être fait respectivement obligation au bénéficiaire de démolir les constructions illicites et à l'Administration d'y faire procéder d'office en cas de refus. Or, une telle solution porterait atteinte aux attributions de l'autorité judiciaire qui est la gardienne naturelle de la liberté individuelle et du droit de propriété et, à ce titre, est reconnue comme seule compétente par les textes pour sanctionner les infractions à la législation d'urbanisme. Ainsi, la jurisprudence administrative a limité la portée de la rétroactivité de l'annulation d'une autorisation de construire en affirmant que cette annulation n'imposait pas, par elle-même, l'obligation d'arrêter des travaux ou de poursuivre la démolition des constructions illégalement édifiées²⁴⁴³.

658. Au titre du respect de la stabilité des situations juridiques, la jurisprudence administrative considère classiquement que la disparition rétroactive d'un texte réglementaire illégal par suite de son annulation par le juge de l'excès de pouvoir n'affecte pas la validité de celle des décisions prises sur son fondement qui ont acquis un caractère définitif, faute pour elles d'avoir été contestées dans les délais de recours²⁴⁴⁴. En principe, la logique du rétablissement intégral de la légalité poursuivi par l'annulation commande l'annihilation rétroactive du texte de base et de tous ses effets, ce qui implique, par voie de conséquence, l'anéantissement également rétroactif des décisions édictées sous son empire. L'effet de

²⁴⁴¹ Sur ces différents points, voir CE, Sect., 9 janvier 1959, *Dumas*, Rec., p. 31 ; 17 février 1965, *Picard*, req. n° 57.396, Rec., p. 113 ; 27 février 1981, *Dlle Yaffi*, req. n° 14.959, Rec., p. 118, *D.*, 1981, IR, p. 416, obs. F. MODERNE et P. BON ; 18 juin 1986, *Dame Krier*, req. n° 49.813, Rec., p. 166, *D.*, 1987, J., p. 193, note B. PACTEAU, *SC*, p. 116, obs. F. MODERNE et P. BON, *LPA*, 21 novembre 1986, p. 33, note P. TERNEYRE ; 16 juin 1995, *Mifsud*, req. n° 139.177, Rec., T., p. 886.

²⁴⁴² J. PAVIN, « Fonctionnaires irrégulièrement évincés, la jurisprudence *Deberles* en question », *AJDA*, 2003, n° 38, p. 2023.

²⁴⁴³ Cf., respectivement, art. L. 480-13 du Code de l'urbanisme ; CE, 21 juin 1968, *Dame Spiaggerri et Dlle Courtois*, req. n° 68.458, Rec., p. 380. Cf., dans le même sens, CE, 5 janvier 1979, *Dames Robinet et Flandre*, req. n° 03.173, Rec., T., p. 928, *D.*, 1979, IR, p. 413, obs. H. CHARLES ; 19 janvier 1979, *Hurdebourg*, req. n° 10.185, Rec., p. 20, *Dr. adm.*, 1979, n° 86 ; 29 juin 1983, *Maignan*, req. n° 35.518, Rec., p. 281, *Dr. adm.*, 1983, n° 324. Sur ce point, voir H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, 6^e éd., 2008, p. 947, n° 882.

²⁴⁴⁴ CE, 3 décembre 1954, *Sieur Caussidéry*, Rec., p. 640, *D.*, 1955, J., p. 201, note P. WEIL ; Sect., 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, req. n° 45.570, Rec., p. 245, concl. J.-F. HENRY ; Sect., 13 décembre 1963, *Office national interprofessionnel des céréales*, req. n° 52.051, Rec., p. 621 (sol. impl.), *RDP*, 1964, n° 5, p. 1003, note M. WALINE. Voir également, G. BRAIBANT, art. préc., p. 57 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 252 ; F. DIEU, art. préc., p. 2429 ; J. MASSOT, art. préc., p. 123 ; R. MUZELLE, thèse préc., p. 369 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 601.

« dominos » provoqué par l'annulation rétroactive est susceptible d'aboutir à fragiliser un grand nombre de situations juridiques. L'application rigoureuse de cette logique amènerait à rendre indéfiniment possible la remise en cause de décisions, alors même qu'elles n'ont pas été contestées à l'origine. C'est donc en vue de préserver la stabilité des situations juridiques que la jurisprudence administrative a entendu limiter l'ampleur des conséquences de l'annulation rétroactive d'un règlement administratif.

Dans d'autres circonstances, le juge adopte une solution plus radicale en privant d'effet sur le passé l'annulation qu'il prononce.

B/ Les dérogations faites à la rétroactivité du jugement d'annulation

659. Un second groupe de solutions traduit la volonté du juge de mettre en échec la rétroactivité de l'annulation contentieuse. La suppression de la rétroactivité attachée de plein droit au jugement d'annulation est obtenue, selon les cas, soit de manière directe, soit de manière indirecte. Dans le premier cas de figure, le juge administratif a pu, dans certaines circonstances particulières, décider que l'annulation qu'il prononçait n'aurait aucune incidence sur le passé de l'ordonnement juridique. Le jugement d'annulation n'a donc produit qu'un effet *ad futurum* (1). Dans un second cas de figure, la suppression de la rétroactivité du jugement d'annulation résulte indirectement de l'aménagement, dans leur mise en œuvre, des prérogatives du juge de l'excès de pouvoir. L'exercice du pouvoir d'annulation est, de manière dérogatoire, conditionné ou limité dans le temps (2).

1°) La suppression directe de la rétroactivité de l'annulation

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le juge a été occasionnellement conduit à renoncer à faire produire un effet rétroactif à la sentence d'annulation qu'il venait de prononcer (a). Dans le plein contentieux objectif, le juge s'est attribué un pouvoir d'abrogation, dans le domaine des autorisations relatives aux installations classées, pour les rares cas où la disparition rétroactive de la décision entachée d'illégalité n'apparaît pas comme une solution adaptée au règlement du litige (b).

a - Le renoncement à la rétroactivité de l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir

Dans le contentieux de la fonction publique, certains actes reconnus illégaux par le juge ne sont pas systématiquement voués à l'annihilation rétroactive, s'ils ont été accomplis dans l'intérêt du service. Ainsi, la théorie jurisprudentielle des fonctionnaires de fait s'oppose à la rétroactivité de l'annulation d'une mesure d'investiture illégale dans la mesure où elle compromettrait la marche du service public (α). De manière plus occasionnelle, il a été dérogé à l'effet rétroactif de plein droit attaché aux annulations pour excès de pouvoir, soit parce que sa mise en œuvre aurait emporté de sérieux inconvénients en pratique, soit parce qu'elle aurait conduit à méconnaître la volonté du législateur (β).

α) La rétroactivité de l'annulation écartée par la théorie des fonctionnaires de fait

660. La théorie des fonctionnaires de fait, dont le fondement est à rechercher dans la notion plus générale d'apparence²⁴⁴⁵, permet au juge de ne pas tirer toutes les conséquences de l'annulation d'une nomination dans la fonction publique illégalement intervenue²⁴⁴⁶ ou, de manière plus exceptionnelle, de l'absence de toute investiture régulière²⁴⁴⁷. En principe, l'annulation de l'acte de nomination ou le constat de l'usurpation de pouvoir provoque l'anéantissement rétroactif de tous les actes accomplis par l'intéressé au cours de la période précédant la décision juridictionnelle. Dans la logique de rétablissement de la légalité poursuivie par l'annulation contentieuse, l'ensemble des effets qu'a pu produire un acte irrégulier au cours de cette période doivent disparaître *ab initio* de l'ordonnancement juridique. Dès lors qu'ils ont été « contaminés » par l'illégalité initialement commise lors de l'investiture ou du fait de son inexistence, les actes ultérieurement produits par le fonctionnaire de fait doivent être rétroactivement anéantis. Or, cette opération de suppression des conséquences de l'illégalité peut s'avérer néfaste pour le fonctionnement régulier et continu du service public²⁴⁴⁸. Pour cette raison, il n'apparaît pas toujours souhaitable, voire même possible dans certains cas, de remettre en cause les actes faits par le fonctionnaire de fait au cours de la période d'illégalité. La rétroactivité de l'annulation contentieuse est alors purement et simplement écartée dans l'intérêt du service.

Aussi la jurisprudence administrative a-t-elle été amenée à poser une présomption en vertu de laquelle « un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi tant que sa nomination n'a pas été annulée »²⁴⁴⁹, ce qui emporte une double conséquence. D'une part, les actes produits par le fonctionnaire de fait sont réputés émaner d'un agent compétent, en dépit de l'illégalité de son entrée en fonctions. Considérés comme valablement accomplis, les actes relevant des fonctions de l'intéressé sont maintenus dans l'ordonnancement juridique pour la période antérieure à l'intervention du juge²⁴⁵⁰. D'autre part et corrélativement, l'annulation de l'acte d'investiture ne vaudra que pour l'avenir. Elle reste sans conséquence sur la validité des décisions antérieurement prises par le fonctionnaire de fait, celles-ci ne pouvant être contestées qu'à raison de leurs vices propres. Ainsi, la prise en compte de la réalité, c'est-à-dire l'exercice effectif des fonctions publiques, fait échec à l'effet rétroactif attaché de plein droit à l'annulation contentieuse²⁴⁵¹.

²⁴⁴⁵ J.-M. AUBY, thèse préc., p. 248 ; G. JÈZE, *op. cit.*, t. II, p. 290 ; E. JOUVE, « Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français », *RDP*, 1968, n° 2, p. 284, spéc. p. 296 ; J.-F. LAFaix, thèse préc., p. 603, n° 648 ; J. de SOTO, thèse préc., p. 66, n° 86 ; P. WEIL, thèse préc., p. 214. Voir également, J.-P. WEISS, *L'apparence en droit administratif français*, thèse dactyl., Paris II, 2009.

²⁴⁴⁶ Cf., outre les références déjà citées, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1137, n° 1257 ; F. DIEU, art. préc., p. 2430 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 502, § 31 ; G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP*, 1914, n° 1, p. 48 ; L. LEDOUX, « Essai d'une théorie sur la fonction de fait », *RGA*, 1912, t. II, p. 397 et t. III, p. 22 ; J. MASSOT, art. préc., p. 124 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 397. Voir également, T. ROUSSEAU, *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait*, thèse dactyl., Lille, 1914 ; J. SPACH, thèse préc., p. 141.

²⁴⁴⁷ CE, Ass., 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, Rec., p. 210. Sur ce point, voir R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 399.

²⁴⁴⁸ R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 397.

²⁴⁴⁹ CE, Ass., 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des Postes et Télégraphes et sieur Bousquié*, Rec., p. 699 ; 21 novembre 1934, *Nicod*, Rec., T., p. 1087 ; 24 juin 1953, *Perchet*, Rec., p. 312 ; 20 février 1957, *Zanoual*, Rec., T., p. 831 ; Sect., 16 mai 2001, *Préfet de police c/ Mtimet*, req. n° 231.717, Rec., p. 234, *AJDA*, 2001, n° 7-8, p. 643, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN et p. 672, note A. LEGRAND, *Dr. adm.*, 2001, n° 7, p. 35, note M.-L. LAURENT, *RDP*, 2001, n° 3, p. 645, note X. PRÉTOT.

²⁴⁵⁰ CE, 8 février 1995, *Mme Robert*, req. n° 117.585, *Dr. adm.*, 1995, n° 5, p. 14.

²⁴⁵¹ Sur ces différents points, cf. R. CHAPUS, *loc. cit.*

661. Cette solution originale a, par la suite, été étendue aux décisions relatives à la carrière du fonctionnaire. En cas d'irrégularité d'une promotion, d'une affectation ou d'un maintien en fonction, l'annulation sera prononcée *pro futuro*, ce qui aura pour conséquence de conserver les décisions prises par l'intéressé à une position qu'il ne pouvait légalement occuper²⁴⁵². Elle a également été consacrée par le code électoral, notamment en matière d'élections locales. En principe, le conseiller récemment élu reste en fonctions jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur la protestation déposée à l'encontre de son élection. Si l'annulation de l'élection est prononcée, elle n'aura aucune incidence sur la validité des décisions qui ont été prises antérieurement à son prononcé²⁴⁵³.

β) Les dérogations occasionnelles à l'effet rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir

662. De manière plus occasionnelle, le juge administratif a été amené à priver d'effet pour le passé l'annulation pour excès de pouvoir, soit que cette rétroactivité aurait emportés de sérieux inconvénients en pratique, soit qu'elle aurait été contraire à une règle supérieure. C'est le cas, notamment, en matière d'annulation d'un transfert de compétences entre deux autorités qui a été opéré à titre définitif.

Par exemple, les lois de décentralisation avaient prévu que la compétence en matière de délivrance des autorisations de construire serait définitivement transférée au maire, en sa qualité de représentant de la commune, à compter de l'approbation du plan d'occupation des sols²⁴⁵⁴. Pour peu que le règlement local d'urbanisme ait été, ultérieurement, annulé par le juge administratif, la condition à laquelle était soumise le transfert de compétences ne se trouvait plus remplie. Du fait de la rétroactivité de l'annulation, la commune était réputée n'avoir jamais eu de plan approuvé, ce qui amenait à considérer que le transfert de compétence n'avait pas non plus eu lieu. La mise en jeu de la rétroactivité juridictionnelle aboutissait à une situation contraire à la volonté du législateur, puisque le transfert de compétences avait été voulu par lui comme revêtant un caractère définitif. Aussi le Conseil d'État a-t-il jugé que les annulations prononcées à l'encontre des plans d'occupations des sols approuvés postérieurement aux lois de décentralisation²⁴⁵⁵ restaient sans incidence sur les transferts de compétences intervenus au profit des autorités décentralisées, écartant par là une partie de la rétroactivité attachée à ses décisions.

C'est une même considération qui conduit la haute juridiction administrative à considérer qu'en cas de transfert de compétence juridictionnelle, l'annulation prononcée par la juridiction nouvellement compétente n'affecte par compétemement saisie avant ledit transfert mais qui n'a pas encore statué mais qui reste sans incidence sur celle que le la juridiction anciennement compétente²⁴⁵⁶.

²⁴⁵² R. CHAPUS, *eod. loc.* ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 398.

²⁴⁵³ Cf. les art. L. 223, L. 250 et L. 362 du Code électoral, relatifs respectivement à l'élection des conseillers municipaux, généraux et régionaux. Voir également, CE, 27 octobre 1961, *Commune de Moules*, req. n° 46.585, Rec., T., p. 920, *AJ*, 1962, p. 355, note C. M. ; 17 mai 1974, *Élections municipales de Camelas*, req. n° 93.122, Rec., p. 292 ; Ass., 2 décembre 1983, *Charbonnel et autres*, req. n° 43.541, Rec., p. 474, concl. M. ROUX, *AJDA*, 1984, n° 2, p. 76, chr. B. LASSERRE et J.-M. DELARUE, *Gaz. Pal.*, 1984, 1, p. 169, note B. POUJADE, *RDP*, 1985, n° 3, p. 827, note J. DE SOTO.

²⁴⁵⁴ Art. 59 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État (JORF du 9 janvier 1983, p. 215), dite « loi Defferre », dont les dispositions ont été codifiées à l'art. L. 421-2-1 du Code de l'urbanisme. Elles sont aujourd'hui reprises à l'art. L. 422-1 du même code.

²⁴⁵⁵ La date à prendre en compte a elle-même varié, ayant été d'abord fixée au 1^{er} avril 1984 avant d'être avancée au 1^{er} octobre 1983. Sur ces différents points, voir CE, 5 février 1988, *SCI des Granges Blanches*, req. n° 72.942, Rec., T., p. 1081 (sol. impl.) ; 1^{er} décembre 1993, *Armagnac*, req. n° 127.683, Rec., T., p. 1105. Sur cet ex., voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1141, n° 1263.

²⁴⁵⁶ CE, 13 novembre 1964, *Perez*, req. n° 58.822, Rec., p. 539. Sur cet ex., voir R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 611. Cf., dans le même sens, CE, 13 juin 2005, *Bouaïcha*, req. n° 276.085, Rec., T., p. 1048.

Il en va de même lorsque la rétroactivité de l'annulation juridictionnelle aboutirait à empêcher la mise en œuvre d'un texte. Ainsi, lorsque le législateur impose à l'autorité administrative de se prononcer avant une date déterminée et que sa décision est ultérieurement annulée par le juge, il est alors impossible de prendre une nouvelle décision. Afin d'éviter que la rétroactivité de l'annulation constitue un obstacle insurmontable à l'application de la loi, l'annulation pour excès de pouvoir ne produira qu'un effet *ad futurum*²⁴⁵⁷.

Ces solutions, certes exceptionnelles, montrent que le juge de l'excès de pouvoir n'a pas une conception absolutiste de la rétroactivité attachée à ses jugements d'annulation, règle qu'il n'a du reste jamais érigé au rang de principe général du droit. Un même constat s'impose, avec une évidence plus grande encore, pour le juge de plein contentieux.

b - Le pouvoir d'abrogation du juge de pleine juridiction dans le contentieux des installations classées

663. Disposant des pouvoirs les plus étendus que le juge de l'excès de pouvoir, le juge de plein contentieux ne s'est curieusement que tardivement doté d'un mécanisme permettant de sanctionner une illégalité sans recourir à la rétroactivité. Certes, le plus souvent, il préfère faire usage de son pouvoir de réformation de la décision viciée, cette solution apparaissant comme le moyen le plus efficace pour régler le litige. En effet, le pouvoir de réformation autorise le juge à redresser immédiatement, aux lieu et place de l'autorité administrative compétente, la légalité de la situation juridique, soit en modifiant directement la décision sur laquelle elle se fonde, soit en substituant à cette dernière une autre décision, après avoir prononcé son annulation²⁴⁵⁸. Néanmoins, ces différentes solutions peuvent ne pas s'avérer opportunes dans les rares cas où une mesure parfaitement légale et nécessaire à l'origine est devenue inutile au moment où le juge statue, notamment à raison d'un changement dans les circonstances de fait.

Telle était la difficulté à laquelle le Conseil d'État était confronté dans l'affaire *Ministre de l'Aménagement du territoire c/ Société Schweppes France*. La haute juridiction administrative était saisie d'un recours en annulation dans l'intérêt de la loi dirigé contre un jugement par lequel un tribunal administratif avait prononcé l'annulation d'un arrêté préfectoral ordonnant la remise en état d'un site à la suite de la cessation d'exploitation d'une installation classée. Or, cette remise en état était devenue inutile dans les faits à la date du jugement d'annulation contesté, car un établissement public d'aménagement s'était porté acquéreur du site concerné et avait réalisé entre-temps les travaux nécessaires. L'annulation rétroactive de la mesure litigieuse ne s'imposait donc pas, puisque celle-ci était légalement justifiée au jour où elle avait été prise. Cependant, son maintien n'était pas non plus envisageable, eu égard à la situation de fait existant au jour du jugement. C'est ainsi que le Conseil d'État a prononcé l'abrogation de l'arrêté préfectoral en cause²⁴⁵⁹, renonçant par là à la rétroactivité attachée d'ordinaire à sa décision.

On ne saurait conférer une portée générale à la solution retenue en raison de la spécificité du raisonnement mené. Celle-ci semble devoir se limiter aux contentieux dans lesquels le juge de pleine juridiction dispose à la fois de la faculté d'accorder lui-même les autorisations et de la possibilité d'en

²⁴⁵⁷ CE, 26 février 1988, *Commune de Bondoufle*, req. n° 62.016, Rec., p. 87, *AJDA*, 1988, n° 7-8, p. 443, chr. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE.

²⁴⁵⁸ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 288 et s., n° 373 et s.

²⁴⁵⁹ CE, 21 janvier 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire c/ Société Schweppes France*, préc. Cf., dans le même sens, CAA Nancy, 15 février 2007, *Association pour la défense de l'environnement et de la sécurité du secteur de Rouvevoye*, req. n° 05NC00867, *Environnement*, 2007, n° 4, p. 27, note D. GILLIG.

modifier les conditions initialement fixées par l'autorité administrative, comme c'est le cas en matière d'installations classées²⁴⁶⁰.

De son côté, le juge de l'excès de pouvoir n'est jamais allé jusqu'à se reconnaître un pouvoir d'abrogation de la décision contestée devant lui²⁴⁶¹. Ce n'est que dans des cas limites qu'il a accepté de faire échec à la rétroactivité des annulations pour excès de pouvoir. Outre ces rares occasions où il a agi directement sur la rétroactivité de l'annulation, le juge de l'excès de pouvoir a également développé, là encore dans des circonstances tout à fait particulières, des techniques lui permettant de parvenir indirectement à un résultat équivalent.

2°) La suppression indirecte de la rétroactivité de l'annulation

664. De même manière tout à fait exceptionnelle, la suppression de la rétroactivité attachée au jugement d'annulation résulte indirectement de l'aménagement de la mise en œuvre par le juge de l'excès de pouvoir de ses prérogatives. Dans deux situations particulières, le Conseil d'État a ponctuellement conditionné, voire même limité, le prononcé d'une annulation par le juge de l'excès de pouvoir et ce, dans une préoccupation de sécurisation des situations juridiques. Certes, le juge administratif a développé de nombreuses techniques procédurales permettant d'éviter d'annuler la décision contestée devant lui²⁴⁶². Cependant, aucune d'entre elles n'affectait directement les modalités suivant lesquelles le pouvoir d'annulation rétroactive est exercé par le juge, du moins jusqu'à la mise en place par la voie prétorienne d'un pouvoir général de modulation des effets dans le temps du jugement d'annulation. Antérieurement et postérieurement à cette évolution initiée par la jurisprudence *Association AC !*²⁴⁶³, le Conseil d'État a adopté deux solutions originales consistant soit à conditionner, soit à limiter dans le temps le prononcé d'une annulation rétroactive.

665. Dans le premier cas, le Conseil d'État a soumis la mise en jeu de l'annulation rétroactive à la condition que l'autorité administrative corrige l'illégalité commise en adoptant une nouvelle décision dans un délai déterminé. Le prononcé de l'annulation est donc différé de sorte à laisser un délai raisonnable pour rectifier l'erreur faite. Faute pour l'autorité compétente de satisfaire aux conditions posées par la décision du juge de l'excès de pouvoir à l'expiration du délai qui lui a été imparti, l'annulation produira son effet et la décision entachée d'illégalité devra être effacée de

²⁴⁶⁰ Sur le premier point, voir J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 443. Sur le second point, voir D. BAILLEUL, thèse préc., p. 269, n° 260 ; B. BALDOUS, thèse préc., p. 276 et s., n° 207 et s. ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc., *AJDA*, 2004, n° 22, p. 1183, spéc. p. 1187.

²⁴⁶¹ Le juge administratif est « à la différence de l'administration active, dépourvu du pouvoir d'abrogation » (R.-G. SCHWARTZENBERG, thèse préc., p. 377).

²⁴⁶² On songe ici à la théorie des vices non substantiels (cf. G. BERLIA, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *RDP*, 1940, p. 375 ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 237 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 294, n° 289 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 76, n° 75 ; R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », préc., p. 226 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 429) et aux techniques de substitution de base légale et de neutralisation ou de substitution des motifs (cf., respectivement, CE, Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Dame Perrot*, req. n° 70.951, Rec., p. 39 ; Sect., 23 novembre 2001, *Compagnie Air France*, req. n° 195.550, Rec., p. 576, *CJEG*, 2002, n° 586, p. 230, concl. I. de SILVA ; Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi*, req. n° 240.267, Rec., p. 479, concl. J.-H. STAHL, *AJDA*, 2004, n° 4, p. 202, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *RFDA*, 2004, n° 4, p. 733, concl. J.-H. STAHL, *RRJ*, 2005, n° 2, p. 1155, étude C. CHARLES ; Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, req. n° 240.560, Rec., p. 48, concl. I. de SILVA, *GACA* n° 68, *AJDA*, 2004, n° 8, p. 436, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *Dr. adm.*, 2004, n° 3, p. 26, note D. CHABANOL, *RFDA*, 2004, n° 4, p. 740, concl. I. de SILVA). Sur ces techniques, voir également D. BAILLEUL, thèse préc., p. 288, n° 275 ; B. BALDOUS, thèse préc., p. 255, n° 189 ; F. BLANCO, thèse préc., p. 308 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1005, n° 1124 ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 283 ; J.-J. ISRAEL, thèse préc., p. 124 ; B. SEILLER, « L'illégalité sans annulation », préc., p. 963 et s.

²⁴⁶³ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc.

l'ordonnement juridique²⁴⁶⁴. Certes, les circonstances de l'espèce étaient ici tout à fait singulières, dès lors que la décision mise en cause était un refus d'abroger d'un acte réglementaire. Or, l'on sait que l'annulation de celle-là n'emporte pas *ipso facto* la disparition rétroactive de celui-ci ou son retrait obligatoire par l'autorité compétente. L'Administration est seulement tenue, en conséquence de l'annulation de son refus initial, d'abroger sans délai le texte en cause. Il s'ensuit que le passé de l'ordonnement juridique n'aurait, en tout état de cause, pas été affecté quelle que soit la solution retenue par le juge dans cette affaire. Néanmoins, cette solution novatrice de l'annulation conditionnelle a, par la suite, été reprise dans des hypothèses où elle emportait la disparition rétroactive de l'acte irrégulier²⁴⁶⁵.

666. Dans le second cas, la haute juridiction administrative est venue limiter la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de mettre en œuvre son pouvoir d'annulation rétroactive en fixant directement une date à compter de laquelle les effets des décisions contestées devant lui ne pourront plus être remis en cause pour le passé. En matière de remembrement rural, le Conseil d'État a jugé que l'acte ordonnant des opérations d'aménagement foncier ne peut être annulé par la voie contentieuse que jusqu'à la date du transfert de propriété, eu égard à l'atteinte excessive à l'intérêt général et au respect du droit de propriété des tiers intéressés qui résulterait d'une remise en cause générale et rétroactive de ces opérations après cette date²⁴⁶⁶. Cela signifie également que l'annulation par voie de conséquence des actes pris sur le fondement de la décision initiale ne pourra plus être obtenue une fois le transfert de propriété intervenu. Au nom de la préservation de la stabilité des situations juridiques, la jurisprudence administrative réalise une « cristallisation » des effets de l'acte illégal.

Une même solution se retrouve, au moins partiellement, dans le contentieux de l'urbanisme. Le législateur est, en effet, intervenu pour limiter la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de faire droit aux demandes d'annulation dirigées contre la plupart des documents d'urbanisme, à raison de certains vices de forme et de procédure, au-delà d'un délai de six mois suivant la prise d'effet du document contesté²⁴⁶⁷. À l'expiration de ce délai, les effets du document entaché exclusivement de tels vices se trouvent donc « cristallisés ». Il s'agit là d'une même volonté de faire échec aux conséquences radicales qu'est susceptible d'entraîner la rétroactivité de l'annulation contentieuse d'un acte réglementaire sur l'ordonnement juridique.

Là où la protection de la stabilité des situations juridiques est apparue comme étant particulièrement menacée par la rétroactivité des annulations pour excès de pouvoir, c'est un véritable système de « validation préétablie »²⁴⁶⁸ qui a été mis en place par les textes et la jurisprudence.

Toutefois, cette logique de garantie de la sécurité juridique contre les excès de la rétroactivité est demeurée d'un impact limité. Les tempéraments apportés par la jurisprudence à la rétroactivité des annulations contentieuses l'ont été au cas par cas, pour répondre à des nécessités pratiques. On ne pouvait donc en inférer une prise en compte efficace et globale par le juge des perturbations causées par

²⁴⁶⁴ CE, 27 juillet 2001, *Titran*, préc.

²⁴⁶⁵ CE, 11 janvier 2006, *Association des familles victimes du saturnisme (AVFS) et autre*, req. n° 267.251, Rec., p. 11, *AJDA*, 2006, n° 44, p. 2428, étude F. DIEU, *RFDA*, 2006, n° 2, p. 440, note P. TERNEYRE.

²⁴⁶⁶ CE, 6 avril 2007, *Ministre de l'Agriculture et de la Pêche c/ M. et Mme Blondeau*, req. n° 265.702, Rec., p. 141, concl. D. CHAUVAUX, *AJDA*, 2007, n° 36, p. 1988, note P. CHRÉTIEN, *RFDA*, 2007, n° 4, p. 736, concl. D. CHAUVAUX ; 8 décembre 2009, *Malon*, req. n° 286.267, Rec., T., p. 627.

²⁴⁶⁷ Art. L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, introduit par l'art. 37 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbains (JORF n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19777). Voir J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat Droit public/privé, 8^e éd., 2008, p. 136, n° 286 bis ; H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, préc., p. 871, n° 804.

²⁴⁶⁸ Cf., en ce sens, B. SEILLER, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *AJDA*, 2005, n° 43, p. 2384.

la rétroactivité du jugement d'annulation aux situations juridiques qui se sont formées antérieurement à son intervention. Le caractère circonscrit et l'insuffisance des solutions dégagées en la matière ont finalement conduit le juge administratif à se reconnaître un pouvoir général de modulation des effets dans le temps de ses jugements, rétroactifs ou non.

II – LA MODULATION DES EFFETS RETROACTIFS DU JUGEMENT DECLARATIF

667. L'enrichissement progressif de son office, dans le sens d'une meilleure prise en compte à la fois des conséquences concrètes de la chose jugée et des exigences de sécurité juridique, a amené le juge administratif à se doter d'un pouvoir général de modulation des effets dans le temps du jugement. Tout en demeurant le principe, la rétroactivité du jugement déclaratif est dorénavant mise à l'épreuve de l'intérêt général. Si celle-ci s'avère manifestement nocive pour la sécurité juridique, le juge pourra décider de la mettre totalement ou partiellement en échec.

Le procès mené, de longue date, par la doctrine contre les affres de la rétroactivité des annulations contentieuses, combiné à la lente évolution qu'a connu l'office du juge administratif a finalement débouché sur la consécration d'un pouvoir général de modulation des effets dans le temps du jugement. Répondant aux quelques prises de position discrètement adoptées par la doctrine en faveur d'une telle reconnaissance, la jurisprudence administrative s'est dotée d'un véritable instrument de précision lui permettant de définir avec exactitude les effets dans le temps de la chose jugée. La source d'inspiration de cette nouvelle technique contentieuse est à rechercher principalement, mais pas exclusivement, dans le contentieux européen, du côté de la Cour de Justice de l'Union européenne. À l'occasion de l'adoption de sa décision fondatrice du 11 mai 2004, dans l'affaire *Association AC !*, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a fait sienne les principales caractéristiques du pouvoir de modulation reconnu aux juges de Luxembourg (A).

Suivant la logique qui gouverne le mécanisme de la modulation, il ne s'agit pas de mettre en question la légitimité de la rétroactivité du jugement déclaratif. Celle-ci repose, à l'évidence, sur le respect dû au principe de légalité. En revanche, l'impact produit par le retraitement au présent de situations nées dans le passé s'avère souvent brutal et d'une ampleur qui n'est pas toujours contrôlée. L'« onde de choc » produite par la rétroactivité du jugement sur l'ordonnement juridique est susceptible de déboucher sur la remise en cause de nombreuses situations juridiques antérieurement constituées. Dans cette mesure, la rétroactivité juridictionnelle, même parfaitement légitime, porte atteinte à la sécurité juridique. L'objectif poursuivi par la technique de la modulation est alors de remédier aux excès entraînés par la rétroactivité du jugement. En d'autres termes, il s'agit d'encadrer les effets nocifs de la rétroactivité découlant de la chose jugée. Lorsqu'elle est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives sur l'ordonnement juridique ou sur la situation des justiciables, le juge est fondé à atténuer la rétroactivité de sa décision, voire à la mettre en échec. Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que l'effet rétroactif attaché au jugement déclaratif constitue une garantie pour le justiciable, qui ne saurait être écartée qu'exceptionnellement (B).

A/ La consécration d'un pouvoir général de modulation dans le temps des effets rétroactifs du jugement

668. Alors même que les inconvénients liés à la rétroactivité des juments administratifs ont été dénoncés de longue date par la doctrine, les prises de position en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir général de modulation des effets dans le temps de la chose jugée ne sont pas légion. Elles ne sont cependant pas totalement absentes de la réflexion menée par certains auteurs au début du siècle dernier²⁴⁶⁹. Néanmoins, il faut attendre ces vingt dernières années pour voir se multiplier des propositions se rapprochant de ce que sera la solution dégagée en 2004 dans l'affaire *Association AC !* par le Conseil d'État. Recherchant à remédier aux insuffisances des solutions consacrées par le contentieux administratif²⁴⁷⁰ ou une alternative au procédé de la validation législative²⁴⁷¹, certains auteurs ont suggéré la mise en place d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps des annulations pour excès de pouvoir. Dans leur grande majorité, les auteurs se prononçant en faveur de la consécration d'une telle solution envisagent de transposer le système instauré en droit de l'Union européenne²⁴⁷². Quelques uns de ces partisans ont émis le souhait que le champ de cette innovation demeure limité à l'annulation des actes réglementaires, dont les effets sont particulièrement déstabilisateurs²⁴⁷³. Ces prises de position ont finalement trouvé un écho dans la jurisprudence administrative, d'abord de manière ponctuelle avec la décision *Titran*²⁴⁷⁴, puis avec l'arrêt de principe *Association AC !* rendu par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État le 11 mai 2004.

669. Il n'y a guère lieu de s'attarder sur les sources d'inspiration du pouvoir prétorien de modulation des effets dans le temps du jugement administratif. Elles sont bien connues. Il s'agit d'une innovation « venue d'ailleurs »²⁴⁷⁵ et, en particulier, du droit du contentieux de l'Union européenne, que d'autres exemples issus du droit comparé confortent par ailleurs. Reconnu dans un premier temps en contentieux administratif par la jurisprudence *Association AC !*, le pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée a connu un prolongement remarquable dans le contentieux constitutionnel.

670. La filiation entre les pouvoirs traditionnels du juge de l'Union européenne et les nouvelles prérogatives que s'est octroyé le juge administratif français a été soulignée à maintes reprises²⁴⁷⁶. Si elle est évidente, cette parenté est toutefois à nuancer en raison des différences nettes entre les deux

²⁴⁶⁹ Outre la position de H. Kelsen en faveur de l'absence de rétroactivité des annulations prononcées par la Cour constitutionnelle (cf., plus haut, p. 137, note 630), G. Jèze exprimait déjà le souhait d'atténuer, voire de supprimer, les conséquences logiques de la nullité d'un acte juridique irrégulier, toutes les fois où le trouble social causé serait d'une particulière gravité (G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », préc., p. 298 et p. 314).

²⁴⁷⁰ J. GOURDOU, thèse préc., p. 759. Voir également, J.-H. STAHL, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, préc., p. 135.

²⁴⁷¹ B. MATHIEU, thèse préc., p. 287 ; F. PRIET, note sous CAA Lyon, 14 mars 2002, *Communauté urbaine de Lyon*, *AJDA*, 2002, n° 6, p. 552, spéc. p. 555. Voir également, Conseil d'État, *L'intérêt général*, rapp. préc., p. 305 ; D. LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 403, spéc. p. 411.

²⁴⁷² Voir, en ce sens, l'opinion exprimée par le Président Braibant dans le cadre d'un débat intitulé « Questions pour le droit administratif », *AJDA*, 1995, n° spéc., p. 11, spéc. p. 25. Cf. également, J.-C. BONICHOT, « Le droit communautaire et le droit administratif français », *AJDA*, 1996, n° spéc., p. 15, spéc., p. 19 ; Conseil d'État, rapp. préc., p. 305 ; Y. GALMOT, « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de Justice des Communautés européennes », *RFDA*, 1990, n° 2, p. 255, spéc., p. 262. D'autres auteurs s'appuient sur le modèle néerlandais (J.-M. AUBY et M. FROMONT, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, Paris, Dalloz, coll. Jurisprudence générale, 1971, pp. 427-428). Pour une position plus nuancée sur la réception de la solution européenne, S. BOISSARD, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n° 11, p. 70, spéc. p. 81.

²⁴⁷³ Cf., en ce sens, D. LABETOULLE, *loc. cit.*

²⁴⁷⁴ CE, 27 juillet 2001, *Titran*, préc.

²⁴⁷⁵ O. DUBOS et F. MELLERAY, note sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc., *Dr. adm.*, 2004, n° 8-9, p. 8, spéc. p. 11. Cf., dans le même sens, J.-C. BONICHOT, « L'arrêt *AC !* : évolution ou révolution ? », *AJDA*, 2004, n° 20, trib., p. 1049.

²⁴⁷⁶ Voir, en ce sens, F. BLANCO, thèse préc., p. 224 ; C. DEVYS, concl. préc., p. 461 ; F. DIEU, art. préc., p. 2429 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 439.

contentieux, de la place du juge au sein de chaque système juridique, ainsi qu'au fondement même du pouvoir de modulation²⁴⁷⁷. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence administrative a fait sienne, d'un strict point de vue technique, les traits généraux du système organisé par les traités européens, tel qu'il a été progressivement enrichi par la jurisprudence de la Cour de Justice. On les rappellera brièvement.

671. Dans un souci d'équilibre entre le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, les stipulations du Traité de Rome ont attribué, depuis la création des Communautés européennes, à la Cour de justice un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'aménager dans le temps la portée de ses arrêts. Le principe de l'effet rétroactif des arrêts d'annulation prononcés par le juge européen consacré par celles-là a donc été immédiatement assorti d'une exception importante²⁴⁷⁸. Dans leur version initiale, les textes limitaient la possibilité pour la Cour d'indiquer « *ceux des effets [...] qui doivent être considérés comme définitifs* »²⁴⁷⁹ aux jugements prononçant l'annulation d'un règlement. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a largement dépassé la lettre des textes pour conférer une portée générale à son pouvoir de moduler les effets dans le temps de ses décisions.

D'abord, elle a étendu cette capacité de supprimer la rétroactivité des arrêts d'invalidité à l'ensemble des actes de droit dérivé²⁴⁸⁰.

Ensuite, elle élargi le champ de son pouvoir de modulation au-delà du contentieux de l'annulation. Elle s'est ainsi reconnue la possibilité de limiter dans le temps les effets de ses décisions rendues sur renvois préjudiciels²⁴⁸¹, qu'il s'agisse du contentieux de l'interprétation ou de celui de l'appréciation de validité. D'un côté, la Cour de Justice accepte, en raison d'impérieuses considérations de sécurité juridique, de limiter l'effet dans le temps de la nouvelle interprétation qu'elle donne d'une disposition du droit originaire ou d'un acte de droit dérivé, réservant le bénéfice de la rétroactivité de son arrêt aux réclamations déjà introduites à la date de celui-ci²⁴⁸². De l'autre, le juge européen a étendu, par analogie, aux déclarations d'invalidité opérées sur renvoi préjudiciel les prérogatives qu'il détient

²⁴⁷⁷ Pour un exposé, voir H. LABAYLE « La Cour de Justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 663, spéc. p. 669 et s.

²⁴⁷⁸ Ancien art. 174 du Traité de Rome, devenu art. 231 du traité instituant les Communautés européennes et figurant désormais à l'art. 264 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne issu du traité de Lisbonne. Sur le principe de rétroactivité des annulations prononcées par le juge européen, cf. CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil (AETR)*, aff. 22/70, Rec., p. 263.

²⁴⁷⁹ Alinéa 2 des dispositions précitées. Cf., par ex., CJCE, 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*, aff. 81/72, pt. 15, Rec., p. 15 ; 20 mars 1985, *Timex c/ Conseil et Commission*, aff. 264/82, pt. 32, Rec., p. 871 ; 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. 45/86, pt. 23, Rec., p. 1493 ; 28 juin 1988, *Commission c/ Conseil*, aff. 7/87, pt. 29, Rec., p. 3401 ; 27 septembre 1988, *Commission c/ Conseil*, aff. 51/87, pt. 19, Rec., p. 5476 ; 10 juin 1997, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-392/95, pt. 26, Rec., I, p. 3213 ; 25 février 1999, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-164 et 165/97, pt. 24, Rec., I, p. 1153.

²⁴⁸⁰ CJCE, 7 juillet 1992, *Parlement c/ Conseil*, aff. 295/90, pt. 27, Rec., I, p. 4193 ; 5 juillet 1995, *Parlement c/ Conseil*, aff. 21/94, pt. 32, Rec., I, p. 1827 (directives) ; 28 mai 1998, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-22/96, pt. 42, Rec., I, p. 3231 ; 12 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission*, aff. C-106/96, pt. 42, Rec., I, p. 2729 ; 19 novembre 1998, *Portugal c/ Commission*, aff. C-159/96, pt. 53, Rec., I, p. 7379 (décisions de la Commission) ; 11 septembre 2003, *Commission c/ Conseil*, aff. C-211/01, pt. 57, Rec., I, p. 8913 (décisions du Conseil). Elle concerne également le budget des Communautés européennes (CJCE, 3 juillet 1986, *Conseil c/ Parlement*, aff. 34/86, pt. 48, Rec., p. 2155 ; 31 mars 1992, *Conseil c/ Parlement*, aff. C-284/90, pt. 37, Rec., I, p. 2322 ; 7 décembre 1995, *Conseil c/ Parlement*, aff. C-41/95, pt. 45, Rec., I, p. 4411). Sur ce pouvoir, voir G. ISAAC, « La modulation par la Cour de Justice des Communautés Européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité », *Cah. dr. europ.*, 1987, n° 3-4, p. 444 ; H. LABAYLE, art. préc., p. 664 ; P. LE MIRE, « La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Droit administratif, Mélanges R. CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 367 ; E. PAULIS, « Les effets des arrêts d'annulation de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Cah. dr. eur.*, 1987, n° 3, p. 243. Voir également, F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 21, 2003, p. 240, n° 267 et p. 653, n° 820 ; F. BLANCO, thèse préc., p. 224 et s.

²⁴⁸¹ Ancien art. 177 du Traité de Rome, devenu art. 234, et figurant désormais à l'art. 267, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²⁴⁸² CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c/ Sabena*, aff. 43/75, pt. 74, Rec., p. 455 ; 27 mars 1980, *Salumi*, aff. jointes 66, 127 et 128/79, pts. 1 à 3, Rec., p. 1237 ; 17 mai 1990, *Barber*, aff. C-262/88, pts. 41 à 45, Rec. I, p. 1889. Sur l'effet rétroactif de l'interprétation donnée par la Cour de Justice, cf. CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, pt. 50, Rec., I, p. 6193. Voir N. CHARBIT, « La limitation de l'effet rétroactif des arrêts par le juge communautaire », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, préc., p. 73 ; F. BERROD, thèse préc., p. 152, n° 163 ; O. DUBOS, thèse préc., p. 675, n° 548.

sur le fondement des traités lorsqu'il statue dans le cadre d'un recours en annulation. Il a ainsi fait usage de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de ses décisions en matière d'appréciation de la validité d'un acte émanant des institutions européennes sur renvoi préjudiciel d'une juridiction nationale²⁴⁸³. Cette extension a été largement critiquée par une partie de la doctrine qui considérait que la Cour outrepassait ses prérogatives, dès lors qu'elle dictait à la juridiction de renvoi la conduite à adopter, ce qui allait bien au-delà du cadre de la question initialement posée²⁴⁸⁴. Elle a surtout provoqué une réaction de résistance de la part des juridictions françaises, lesquelles estimaient également que la Cour de Justice avait, en fixant avec précision les effets *ratione temporis* de sa déclaration d'invalidité, répondu à une question non posée par le juge national. Tandis que la Cour de Cassation s'est ralliée assez rapidement à la position de la Cour de Justice et a accepté de tenir compte des effets modulés des déclarations d'invalidité prononcées sur renvoi préjudiciel, le Conseil d'État s'est montré plus résistant²⁴⁸⁵.

Enfin, la Cour de Justice n'a pas exclu l'éventualité de mettre en œuvre son pouvoir d'aménager dans le temps la chose jugée lorsqu'elle constate le manquement d'un État membre aux règles du droit de l'Union européenne²⁴⁸⁶.

672. La conception extensive qu'a le juge européen du champ de son pouvoir de limiter la rétroactivité de ses décisions est contrebalancée par la rigueur des conditions posées à sa mise en œuvre. Seules d'impérieuses considérations de sécurité juridique, prenant en compte les troubles graves qu'est susceptible de provoquer sur l'ordonnement juridique la décision rendue par la Cour de Justice, commandent l'aménagement exceptionnel des effets de la chose jugée. Il s'agit principalement pour le juge européen de préserver la stabilité des situations juridiques déjà constituées et établies de bonne foi ou de prévenir la formation d'un vide juridique. En revanche, les considérations tirées des répercussions financières ou les difficultés d'ordre administratif entraînées par l'arrêt de la Cour, de même que la nature du vice entachant l'acte annulé, ne suffisent pas, à elles seules, à justifier la limitation de l'effet sur le passé des décisions adoptées par la Cour de Luxembourg²⁴⁸⁷.

²⁴⁸³ CJCE, 15 octobre 1980, *Société coopérative "Providence agricole de la Champagne" c/ Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, aff. 4/79, pts. 45 et 46, Rec., p. 2823 ; 15 octobre 1980, *SARL Maiseries de Beauce c/ Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, aff. 109/79, pts. 44 à 46, Rec., p. 2883 ; 15 octobre 1980, *SA Roquette Frères c/ État français - Administration des douanes*, aff. 145/79, pts. 51 à 53, Rec., p. 2917. Sur l'évolution du fondement du pouvoir de modulation de la Cour, voir CJCE, 27 février 1985, *Société des produits de maïs SA c/ Administration des douanes et droits indirects*, aff. 112/83, pts. 17 à 20, Rec., p. 719 ; 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. 41/84, pt. 28, Rec., p. 1. À partir de ces arrêts, la Cour s'appuie à la fois sur le principe de sécurité juridique plutôt et sur les dispositions textuelles relatives au recours en annulation.

²⁴⁸⁴ J. BOULOUIS, note sous TI Lille, 15 juillet 1981, *SA Roquette Frères c/ Administration des Douanes*, D., 1982, J., p. 9 ; H. LABAYLE, art. préc., p. 667 et, auparavant, « La Cour de Justice des Communautés européennes et les effets d'une déclaration d'invalidité », *RTDE*, 1982, n° 3, p. 484. Pour une opinion favorable à la position de la Cour de Justice, voir C. MEGRET, « La portée juridique et les effets de droit de la déclaration d'invalidité d'un acte communautaire prononcée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans le cadre de la procédure instituée par l'article 177 du traité C.E.E. », in *Études de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à P.-H. TEITGEN*, Paris, Pedone, 1984, p. 311.

²⁴⁸⁵ Sur la position du juge administratif, voir CE, Sect., 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*, req. n° 42.204, Rec., p. 233, *AJDA*, 1985, n° 11, p. 615 et *RTDE*, 1986, n° 1, p. 145, concl. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1985, n° 10, p. 536, chr. S. HUBAC et J.-É. SCHOETTL, *RTDE*, 1986, n° 1, p. 161, note J.-C. MASCLLET ; 13 juin 1986, *Office national interprofessionnel des céréales*, req. n° 53.153, *RTDE*, 1986, p. 533, concl. J.-C. BONICHOT. Sur la position du juge judiciaire, Cass. Com., 10 décembre 1985, *Administration des douanes c/ SA Roquette Frères*, pourv. n° 83-12.043, Bull. Civ. IV, n° 290, p. 247, *AJDA*, 1986, p. 269, obs. J. B., D., 1986, J., p. 250, note LE TALLEC, *RTDE*, 1986, n° 1, p. 161, note J.-C. MASCLLET. Sur cette question, voir, outre les références déjà citées, J.-C. BONICHOT, « Convergences et divergences entre le Conseil d'État et la Cour de Justice des Communautés européennes », *RFDA*, 1989, n° 4, p. 587 ; G. ISAAC, art. préc., p. 455 et p. 468 ; D. SIMON, « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de Justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges ? », in *'Liber amicorum' P. PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 651, spéc. p. 655.

²⁴⁸⁶ CJCE, 12 septembre 2000, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-359/97, pt. 92, Rec., I, p. 6355. Sur ce point, voir H. LABAYLE, art. préc., p. 668.

²⁴⁸⁷ Sur l'ensemble de ces points, voir CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, préc. ; 16 juillet 1992, *Legros et autres*, aff. C-163/90, pts. 34 et 35, Rec., I, p. 4625 ; 19 octobre 1995, *Richardson*, aff. C-137/94, pts. 37 et 38, Rec., I, p. 3407 ; 15 décembre 1995, *Union royale*

Le caractère sérieux des risques de perturbation induits par sa décision est établi concrètement par la Cour, compte tenu de l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés. Ainsi le juge prend-il en compte, selon les cas, les répercussions économiques graves qu'est susceptible d'entraîner la rétroactivité, eu égard notamment au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base du droit antérieur, ainsi que l'incertitude objective et importante pesant sur la portée du droit applicable²⁴⁸⁸. S'il se dégage de cette appréciation que l'atteinte portée à la sécurité juridique par l'effet rétroactif du jugement apparaît excessive, la Cour de Justice peut décider de faire échec à sa mise en jeu. Plusieurs solutions sont alors envisageables. En tout état de cause, le jugement ne produira son effet qu'*ad futurum*. Selon les hypothèses, le juge peut choisir de supprimer l'effet sur le passé de son arrêt ou différer sa prise d'effet. Le sort des actes contestés et de leurs effets varie en fonction de la solution retenue. Ils peuvent être maintenus à titre provisoire dans le cas d'une annulation à « effet différé », le temps pour l'autorité compétente d'édicter un nouveau texte et de prendre les mesures nécessaires à l'exécution de la chose jugée. Plus rarement, les effets antérieurement produits par la disposition ou l'acte litigieux seront réputés définitifs²⁴⁸⁹, ce qui correspond alors à une annulation valant exclusivement « pour l'avenir ».

Dans tous les cas, le juge européen peut réserver le sort des actions en justice ou de toute réclamation équivalente qui ont été engagées antérieurement à la date de son intervention. En vertu de cette « exception à l'exception », la rétroactivité est maintenue en vue de sauvegarder le droit à un recours effectif, mais elle demeure « cloisonnée » à l'intérieur de la sphère contentieuse. Seules les personnes ayant agi en temps utile pourront bénéficier des effets rétroactifs de la décision rendue par la Cour de Justice. Là encore, le nombre des personnes concernées par la rétroactivité « cloisonnée » est susceptible de varier selon les cas²⁴⁹⁰.

Comme on le verra, la jurisprudence administrative reprend largement à son compte les caractéristiques du pouvoir de modulation dans le temps des effets de la chose jugée, tel qu'il est mis en œuvre par la Cour de Justice.

673. Plus largement, le droit comparé, administratif comme constitutionnel, fournit également de nombreux exemples d'aménagement par une Cour constitutionnelle ou une Cour suprême, suivant des conditions et des modalités de mise en œuvre similaires, des effets dans le temps de décisions que celle-ci adopte²⁴⁹¹. Même si les traditions juridiques diffèrent d'un État à un autre, il n'en reste pas moins que

belge des sociétés de football association et autres c/ Bosman, aff. C-415/93, pts. 145 et 146, Rec., I, p. 4912 ; 9 mars 2000, *EKW et Wein & Co*, aff. C-437/97, pt. 60, Rec., I, p. 505 ; 12 octobre 2000, *Cooke & Sons*, pt. 43, Rec., I, p. 8683 ; 29 novembre 2001, *Griesmar*, aff. C-366/99, pt. 75, Rec., I, p. 9383. Voir également, F. BERROD, thèse préc., p. 654, n° 821 ; F. DIEU, art. préc., p. 2435.

²⁴⁸⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, préc., pt. 52 ; 29 novembre 2001, *Griesmar*, préc., pt. 76.

²⁴⁸⁹ Cf., respectivement, CJCE, 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*, préc. ; 20 mars 1985, *Timex c/ Conseil et Commission*, préc. ; 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, préc. ; 29 juin 1988, *Luc van Landschoot c/ NV Mera*, aff. 300/86, pt. 25, Rec., p. 3466.

²⁴⁹⁰ Selon les cas, il pourra être décidé que l'effet *ex tunc* bénéficiera, soit uniquement aux requérants ayant introduit un recours devant le juge national ; soit à tout autre opérateur économique qui aurait agi de manière analogue ; soit, plus largement, aux opérateurs qui auraient pris des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits en temps utile. Sur l'ensemble de ces points, cf., outre les références déjà citées, CJCE, 22 mai 1985, *Société Fragd*, aff. 33/84, pts. 18 à 20, Rec., p. 1605. Voir également, G. ISAAC, art. préc., p. 466. Pour une critique de ces solutions, cf. P. LE MIRE, art. préc., pp. 379-380.

²⁴⁹¹ Cf., dans le même sens, C. AGOSTINI, thèse préc., p. 261 ; F. BLANCO, thèse préc., p. 228 et s. ; C. DEVYS, concl. préc., pp. 462-463 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 440 ; A.-L. VALEMBOIS, thèse préc., p. 221. Voir, notamment, P. BON, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit espagnol », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 690 et « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit portugais », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 696 ; T. DI MANNO, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », préc., p. 700 ; G. ISAAC, art. préc., p. 447 et s. ; O. JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 676. Sur l'ex. autrichien, cf. les solutions déjà

l'existence d'un contexte européen largement favorable à la reconnaissance d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée a, sans nul doute, conforté le juge administratif français dans la voie qu'il s'apprêtait à emprunter. Du reste, les évolutions récentes du droit constitutionnel français ont prolongé l'innovation opérée par la jurisprudence administrative. Emboîtant le pas au Conseil d'État, le Conseil constitutionnel s'est également reconnu, de manière prétorienne, un pouvoir de modulation des effets *ratione temporis* des décisions qu'il rend dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois. Toutefois, la logique de cette jurisprudence apparaît fondamentalement différente de celle développée en contentieux administratif, ne serait-ce que du fait de l'absence d'incidence sur le passé de l'ordonnancement juridique des décisions du Conseil adoptées dans ce cadre. En revanche, c'est bien un pouvoir de même nature que la réforme constitutionnelle de 2008 a inscrit dans les textes. En effet, lorsque le Conseil est amené à statuer sur les lois en vigueur en vue de répondre à une question prioritaire de constitutionnalité, sa décision est susceptible d'entraîner de produire des effets rétroactifs, dont le caractère disproportionné peut conduire la haute instance à les circonscrire ou à y renoncer²⁴⁹².

Comme il a été vu plus haut, les textes laissent une grande liberté au Conseil constitutionnel pour fixer, de manière discrétionnaire, les effets *ratione temporis* des décisions qu'il adopte dans le cadre de cette nouvelle procédure²⁴⁹³. Contrairement au juge européen, les textes ne restreignent aucunement le champ du pouvoir reconnu au Conseil. Au fil de sa jurisprudence, la Haute instance a d'abord confirmé sa portée générale. Le pouvoir de modulation concerne tant les déclarations d'inconstitutionnalité que les décisions de constitutionnalité assorties d'une ou plusieurs réserves d'interprétation²⁴⁹⁴. Elle a ensuite précisé les différentes solutions envisageables²⁴⁹⁵. Sur ce point, on retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle des considérations équivalentes à celles qui guident le juge européen dans l'utilisation de son pouvoir de modulation. Celles-ci tiennent à la préservation de la stabilité des situations juridiques ou à la volonté de prévenir la création d'un vide juridique. Ainsi le Conseil peut-il reporter dans le temps les effets dans le temps de sa décision. À cette occasion, il peut notamment juger nécessaire de maintenir provisoirement les effets de la loi postérieurement à la déclaration d'inconstitutionnalité, le temps pour le législateur d'apporter les corrections nécessaires au

préconisées par H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », préc., spéc. p. 218, n° 8.

²⁴⁹² Sur la technique modulaire dans le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois, voir C.Const., déc. n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 58, Rec., p. 313, *GDCC* n° 37, *AJDA*, 2008, n° 29, p. 1614, note O. DORD, *Dr. adm.*, 2008, n° 8-9, p. 37, obs. C. FARDET, *JCP G*, 2008, n° 30, p. 37, note A. LEVADE, *LPA*, 3 décembre 2008, n° 242, p. 8, note F. BARQUE, *Rev. adm.*, 2009, n° 368, p. 130, note J. ARLETTAZ, *RDP*, 2009, n° 4, p. 1181, note E. BROSSET, *RFDC*, 2009, n° 77, p. 189, note A. CAPITANI. Il convient de mettre à part une décision antérieure dont il apparaît excessif de dire qu'il s'agit d'un cas de mise en œuvre d'un pouvoir de modulation (C.Const., déc. n° 2005-528 DC, 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, cons. 24, Rec., p. 15, *AIJC*, 2005, p. 549, chr. S. NICOT, *LPA*, 13 juin 2006, n° 117, p. 11, chr. A.-L. VALEMBOIS, *RFDA*, 2006, n° 1, p. 126, J.-É. SCHOETTL, *RRJ*, 2007, n° 2, p. 719, note W. SABETE ; cf., en ce sens, F. MELLERAY, « Décision juridictionnelle et règle jurisprudentielle », préc., p. 37). Sur la technique modulaire dans le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois, tel qu'il résulte de la réforme constitutionnelle de 2008, cf. l'art. 62, al. 2, de la Constitution de 1958 cité plus haut ; C.Const., déc. n° 2010-108 QPC, 25 février 2011, *Mme Marie-Christine D.*, préc., cons. 5 et 6 ; déc. n° 2010-110 QPC, 25 février 2011, *M. Jean-Pierre B.*, préc., cons. 8.

²⁴⁹³ Sur l'ensemble de la question, cf., plus haut, p. 139 et s., n° 193 et s.

²⁴⁹⁴ Pour des ex. de modulation des effets d'une décision d'inconstitutionnalité, voir C.Const., déc. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts Labanne*, préc., cons. 12 ; déc. n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, préc., cons. 30 ; déc. n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres*, cons. 9 ; déc. n° 2010-45 QPC, 26 octobre 2010, *M. Mathieu P.*, cons. 7 ; déc. n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, cons. 41 ; déc. n° 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, *M. Claude G.*, cons. 7 ; déc. n° 2011-112 QPC, 1^{er} avril 2011, *Mme Marielle D.*, cons. 8 et 9 ; déc. n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre*, cons. 15 et 16. Pour un ex. de modulation des effets d'une décision de constitutionnalité sous réserve, voir C.Const., déc. n° 2010-62 QPC, 17 décembre 2010, *M. David M.*, préc., cons. 7.

²⁴⁹⁵ C.Const., déc. n° 2010-108 QPC, 25 février 2011, *Mme Marie-Christine D.*, préc., cons. 5 et 6 ; déc. n° 2010-110 QPC, 25 février 2011, *M. Jean-Pierre B.*, préc., cons. 8.

dispositif invalidé. Dans des cas plus exceptionnels, tout ou partie de ces effets pourront éventuellement être réputés définitifs pour la période antérieure à l'intervention du Conseil.

La différence principale entre les solutions adoptées par les Sages de la rue Montpensier et celles développées par les juges du plateau de Kirchberg tient à ce que les justiciables ayant engagé une procédure contentieuse à la date de la décision des premiers doivent, en principe, bénéficier des ses effets, tandis que cette application immédiate doit être expressément décidé par les seconds. Il reste que, tout comme le juge européen, le Conseil constitutionnel peut choisir d'ouvrir plus largement le champ des personnes concernées par les effets sur le passé de sa décision²⁴⁹⁶.

674. Tout en réaffirmant solennellement le principe de la rétroactivité des annulations contentieuses, le Conseil d'État y a apporté, par sa décision *Association AC !*, une dérogation remarquable²⁴⁹⁷. Si le premier est, à cette occasion, conforté, c'est pour mieux être encadré. En effet, le juge administratif se voit reconnaître la faculté de limiter, voire même de supprimer, l'effet rétroactif de ses décisions, lorsque celui-ci est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives. Cette consécration traduit un besoin accru de prendre en compte la stabilité des situations juridiques, qu'il est apparu nécessaire de préserver des excès produits par une application mécanique et implacable du principe de légalité. De ce point de vue, les tempéraments déjà apportés par la jurisprudence à la rétroactivité des annulations pour excès de pouvoir apparaissaient comme étant largement insuffisants, en raison de leur impact limité.

De manière quasi mimétique avec le juge européen, le juge administratif conçoit cette nouvelle prérogative contentieuse comme devant demeurer exceptionnelle. Le pouvoir de modulation ne peut être exercé qu'à l'issue d'un bilan opéré entre les exigences de la légalité et celle de la sécurité juridique en vue d'établir le risque grave qu'entraînerait sur les situations juridiques concernées la mise en jeu de la rétroactivité. De la même manière que la Cour de Justice de l'Union européenne, le juge administratif français, entend tenir compte de l'ensemble des intérêts en présence, publics comme privés, dans son contrôle de proportionnalité. Toutefois, on peut immédiatement relever une différence dans la mise en œuvre de cette logique générale tenant à ce que le juge européen tient compte de la bonne foi, ou plus exactement de la confiance légitime, qu'avaient les sujets de droit dans l'application pour le passé de l'acte censuré. Comme on le sait, le droit français demeure encore largement réticent à intégrer des considérations de cet ordre.

Outre la similitude de méthode, la parenté entre les deux jurisprudences peut se constater dans les caractéristiques principales du pouvoir de modulation, ainsi que dans la diversité des solutions susceptibles d'être mises en œuvre, ce qu'une analyse plus poussée de cette innovation permettra de montrer.

B/ La mise en œuvre mesurée du pouvoir de modulation dans le temps des effets rétroactifs du jugement

675. La rétroactivité demeure le principe de l'action dans le temps du jugement déclaratif. Toutefois, son effet sur le passé peut exceptionnellement faire l'objet d'un aménagement, lorsqu'il emporte des conséquences excessives sur les situations juridiques antérieurement constituées. Bien que le pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée revête un caractère dérogoire, son champ

²⁴⁹⁶ Sur ce point, cf., plus haut, p. 146, n° 199.

²⁴⁹⁷ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc.

d'application s'avère particulièrement large. On retrouve ici les deux caractéristiques du système développé par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Le caractère dérogoire du procédé se manifeste à travers les conditions rigoureuses posées à sa mise en œuvre par la jurisprudence administrative (1). Les premiers cas d'application ont permis de confirmer la portée véritablement générale de cette nouvelle technique contentieuse, de même que sa richesse. Alors que la solution de la modulation devait demeurer exceptionnelle, les différentes formes qu'elle est susceptible de revêtir se sont multipliées. De même, il faut considérer que son domaine ne se limite pas aux seuls jugements d'annulation mais s'étend à l'ensemble des jugements dotés d'un effet rétroactif, voire même au-delà (2).

1°) La rigueur des conditions de l'aménagement temporel de la rétroactivité juridictionnelle

676. À l'occasion de la consécration de la faculté pour le juge d'organiser dans le temps les effets de la chose jugée, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a, dans le considérant de principe de la décision du 11 mai 2004, *Association AC !*, posé les conditions de sa mise en œuvre. Plus précisément, il appartient au juge d'établir les conséquences manifestement excessives qu'est susceptible d'emporter la rétroactivité du jugement sur les situations juridiques préexistantes. Cette appréciation s'effectue *in concreto* et au cas par cas. Il s'agit, en premier lieu, de mesurer la nocivité ou l'innocuité de la rétroactivité au regard de l'intérêt général et, en particulier, de la nécessité de préserver la stabilité des situations juridiques. Dans l'éventualité où le caractère excessif de la rétroactivité est démontré, le juge doit, en second lieu procéder à un test de proportionnalité mettant en balance les exigences de sécurité juridique justifiant l'aménagement de l'effet rétroactif du jugement avec celles de la légalité qui commandent, au contraire, son maintien. Le principe de légalité ne cédera devant l'exigence de sécurité juridique qu'à la condition que la limitation de la rétroactivité comporte moins d'inconvénients, pour les intérêts en présence, que sa mise en jeu. C'est donc un contrôle en deux temps que le juge doit réaliser préalablement à la mise en œuvre de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée.

677. Dans un premier temps, il appartient au juge d'établir que « *l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que [l'acte illégal] 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* »²⁴⁹⁸. Certes, la prise en compte de l'intérêt général par le juge administratif pour déterminer les conséquences de la chose jugée n'est pas nouvelle. Dans la période récente, le Conseil d'État a intégré cette exigence à l'office du juge de l'exécution dans trois domaines particuliers. Lorsqu'il est saisi à la suite d'un jugement annulant une décision de préemption ou un acte détachable d'un contrat administratif ou qu'il statue après qu'un jugement ait établi qu'un ouvrage public a été irrégulièrement implanté, le juge de l'exécution doit vérifier que la décision qu'il prendra en vue de tirer les conséquences de la chose jugée ne portera pas une atteinte

²⁴⁹⁸ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc.

excessive à l'intérêt général²⁴⁹⁹. Néanmoins, l'intérêt général n'avait jusque-là jamais été utilisé comme critère de mesure de la nocivité de l'effet rétroactif du jugement.

À ce titre, l'intérêt général recouvre deux aspects. Ces derniers représentent eux-mêmes deux facettes du principe de sécurité juridique *lato sensu*. L'intérêt général commandant la mise en œuvre du pouvoir de modulation se rattache, soit à la volonté d'éviter des bouleversements économiques ou juridiques excessifs, soit à celle d'assurer la stabilité des situations juridiques²⁵⁰⁰.

D'un côté, l'intérêt général réside dans le souci de prévenir une déstabilisation de l'ordonnement juridique, en raison de l'ampleur des conséquences produites par l'annulation rétroactive de la décision contestée. L'intérêt général se trouve compromis chaque fois que la rétroactivité juridictionnelle emporterait des conséquences néfastes et perturbatrices, compte tenu du nombre de situations juridiques qui se trouveraient bouleversées, ou qu'elle aboutirait à une situation juridique et contentieuse inextricable²⁵⁰¹. Tel est le cas lorsque l'annulation contentieuse risque de troubler gravement, voire de compromettre, le fonctionnement continu des services publics²⁵⁰², ou lorsque le retour automatique à l'état antérieur du droit, par le jeu naturel de la rétroactivité, serait source d'incertitudes pour les personnes concernées sur leur situation juridique²⁵⁰³ ou serait constitutif d'une nouvelle illégalité²⁵⁰⁴.

²⁴⁹⁹ Cf., respectivement, CE, Sect., 26 janvier 2003, *M. et Mme Bour*, préc. ; Sect., 31 décembre 2008, *M. Pereira Dos Santos Maia*, préc. (conséquences de l'annulation d'une préemption) ; Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, req. n° 245.239, Rec., p. 21, concl. C. MAUGÜÉ, *AJDA*, 2003, n° 15, p. 784, note P. SABLIERE, *JCP A*, 2003, n° 15, p. 480, note J. DUFAU, *JCP G*, 2003, II, 10118, note G. NOËL, *LPA*, 21 mai 2003, n° 101, p. 4, note J. BOUGRAB et 18 août 2003, n° 164, p. 4, note F. MELLERAY, *RFDA*, 2003, n° 3, p. 477 et *RJEP*, 2003, n° 597, p. 243, concl. C. MAUGÜÉ, *RFDA*, 2003, n° 3, p. 484, note C. LAVIALLE (conséquences de l'annulation d'une décision relative à l'implantation d'un ouvrage public) ; 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, préc. ; 11 mai 2011, *Société Lyonnaise des eaux France*, req. n° 337.927, à ment. aux T. du Leb. (conséquences de l'annulation d'un acte détachable d'un contrat administratif). Voir, plus largement, CE, 23 décembre 2010, *Ministre d'État, Ministre de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durable c/ Commune de Fréjus*, req. n° 306.544, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 13, p. 730, note J. LE GARS, *Dr. adm.*, 2011, n° 3, p. 51, note F. MELLERAY, *Gaz. Pal.*, 21 février 2011, n° 51-53, p. 11, note B. SEILLER, *JCP A*, 2011, n° 5, p. 50, note P. YOLKA (démolition d'un ouvrage public mal planté). Sur cette question, voir F. BRENET, « Les réserves d'intérêt général », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de J.-F. LACHAUME*, Paris, Dalloz, 2007, p. 139 ; A. VAN LANG, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de J.-F. LACHAUME*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1053.

²⁵⁰⁰ G. PELLISSIER, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Association AC !*. Une nouvelle dimension de l'office du juge », *RJEP*, 2008, n° 656, p. 3, spéc. p. 5.

²⁵⁰¹ Pour des ex., voir CE, 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, req. n° 287.812, Rec., p. 576 ; 16 mai 2008, *Département de Val-de-Marne et autres*, req. n° 290.416, 290.723, 290.766 et 294.667, Rec., T., p. 883, *AJDA*, 2008, n° 27, p. 1504, note F. CROUZATIER-DURAND, *AJFP*, 2008, n° 5, p. 228, note F. BERGUIN, *BJCL*, 2008, n° 7, p. 509 et *JCP A*, 2008, n° 38, p. 26, concl. F. SÉNERS, *RDP*, 2009, n° 5, p. 1517, étude F. BOTTINI ; 10 février 2010, *Perez*, req. n° 329.100, Rec., p. 17, *AJDA*, 2010, n° 10, p. 561, note J.-D. DREYFUS et n° 11, p. 602, étude E. GLASER, *BJCP*, 2010, n° 70, p. 189, *JCP A*, 2010, n° 7, p. 43 et *RJEP*, 2010, n° 675, p. 15, concl. N. BOULOUIS, *Dr. adm.*, 2010, n° 4, p. 30, note F. MELLERAY, *Gaz. Pal.*, 2 avril 2010, n° 92-93, p. 35, note J.-L. PISSALOUX, *JCP A*, 2010, n° 7, p. 48, note F. LINDITCH.

²⁵⁰² CE, 12 décembre 2007, *M. Sire*, req. n° 296.072, Rec., p. 471, *AJDA*, 2008, n° 12, p. 638, concl. M. GUYOMAR, *AJFP*, 2008, n° 4, p. 172, note R. GUEGUEN, *D.*, 2008, n° 21, p. 1457, note P.-O. CAILLE, *Dr. adm.*, 2008, n° 2, p. 37, note D. BAILLEUL ; 5 mars 2008, *Société NRJ 12 et Société TF1*, req. n° 281.451 et 286.273, Rec., p. 79, concl. T. OLSON, *RJEP*, 2008, n° 656, p. 3, chr. G. PELLISSIER ; 16 mai 2008, *Département de Val-de-Marne et autres*, préc. ; Sect., 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal et autres*, req. n° 312.553 et 314.032, Rec., p. 467, *Gaz. Pal.*, 7 janvier 2009, n° 7-9, p. 14, concl. M. GUYOMAR, *JCP G*, 2009, II, 10042, note E. DUPIC et P. TIFINE et 10054, note P.-O. CAILLE, *RFDA*, 2009, n° 1, p. 186 ; 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié-des-Vosges et autres*, req. n° 314.236, Rec., p. 255, *AJDA*, 2010, n° 7, p. 398, note M. TOUZEIL-DIVINA, *Gaz. Pal.*, 30 juillet 2009, n° 211, p. 2, concl. M. GUYOMAR ; 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble*, req. n° 296.964 et 297.318, Rec., T., p. 832, *BJCP*, 2009, n° 67, p. 460 et *RJEP*, 2010, n° 673, p. 22, concl. N. BOULOUIS, *CMP*, 2009, n° 10, p. 27, note G. ECKERT ; Sect., 30 décembre 2010, *M. Robert*, req. n° 329.513, à pub. au Leb., *Dr. adm.*, 2011, n° 3, p. 28, note F. MELLERAY, *Gaz. Pal.*, 19 janvier 2011, n° 19-20, p. 16, concl. M. GUYOMAR, *RFDA*, n° 1, p. 216.

²⁵⁰³ CE, 11 juillet 2008, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques (SIMAVELEC)*, req. 298.779, Rec., p. 263, *Gaz. Pal.*, 28 septembre 2008, n° 272-274, p. 4, note J.-C. ZARKA, *RJEP*, 2008, n° 659, p. 15, concl. C. VEROT ; 17 décembre 2010, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB) et autres*, req. n° 310.195, à ment. aux T. du Leb., *AJDA*, 2011, n° 15, p. 854, note O. BUI-XYAN.

²⁵⁰⁴ CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, req. n° 247.866, Rec. p. 86, *AJDA*, 2005, n° 9, p. 463, obs. M. BRILLIÉ, et n° 18, p. 997, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *Dr. adm.*, 2005, n° 4, p. 26, note M. BAZEX et S. BLAZY, *JCP A*, 2005, n° 15, p. 632, note

De l'autre, l'intérêt général peut également s'attacher à la préservation temporaire, voire définitive, des effets de l'acte illégal en vue d'assurer la stabilité des situations juridiques. L'intérêt général s'oppose à ce que l'annihilation rétroactive de l'acte en cause provoque, par exemple, une discontinuité dans la mise en œuvre d'un régime juridique particulièrement important ou prive de base légale un grand nombre de décisions édictées sur son fondement²⁵⁰⁵. Il en va de même dans le cas où l'annulation laisserait un vide juridique se créer²⁵⁰⁶. Dans le même ordre d'idées, il serait contraire à l'intérêt général que la disparition rétroactive de l'acte débouche sur violation d'une règle supérieure, telle l'obligation constitutionnelle de transposition des directives européennes²⁵⁰⁷.

À l'inverse, faute pour la rétroactivité de l'annulation d'entraîner un effet déstabilisateur d'une ampleur suffisante, c'est la solution de droit commun qui s'imposera. L'intérêt général qui s'attache au respect du principe de légalité commande alors que la décision irrégulière, ainsi que de tous les effets qu'elle a pu produire antérieurement à la décision du juge, soient éradiqués de l'ordonnement juridique. Ainsi, la faiblesse du nombre des situations juridiques affectées par l'annulation ou l'absence de réalité du risque allégué conduisent le juge à trancher en faveur du maintien du plein effet rétroactif de l'annulation²⁵⁰⁸. De même, la circonstance que l'acte irrégulier ait épuisé ses effets au jour du prononcé de l'annulation ne saurait constituer, à elle seule, un intérêt général de nature à justifier son maintien temporaire dans l'ordonnement juridique. Dans le même ordre d'idées, les conséquences financières ou les difficultés administratives découlant de l'annulation ne sauraient, en elles-mêmes, être déterminantes dans l'appréciation de l'intérêt général²⁵⁰⁹. En revanche, tant l'exécution totale de l'acte mis en cause que les risques financiers et administratifs sont des éléments qui, combinés avec d'autres, permettent d'établir l'atteinte portée à la sécurité juridique des situations juridiques susceptibles d'être affectées par l'annulation²⁵¹⁰.

Au total, c'est la nécessaire préservation de la stabilité des situations juridiques qui gouverne l'appréciation de l'intérêt général permettant d'établir la nocivité ou, au contraire, l'innocuité de la rétroactivité juridictionnelle.

E. SAULNIER-CASSIA, et n° 28, p. 1101, note E. BREEN, *RDP*, 2005, n° 6, p. 1643, note P. IDOUX, *RFDA*, 2005, n° 2, p. 446, note P. TERNEYRE, *RJEP*, 2005, n° 624, p. 355, chr. J.-H. STAHL.

²⁵⁰⁵ Sur le premier point, voir CE, 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies*, req. n° 314.792, Rec., p. 69, *JCP A*, 2009, n° 21, p. 19, note D. BAILLEUL, *RFDA*, 2009, n° 3, p. 615. Sur le second point, voir CE, 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-Force ouvrière de l'ANPE*, req. n° 305.944, *AJDA*, 2010, n° 21, p. 1222.

²⁵⁰⁶ CE, 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif et autres*, req. n° 305.292, Rec., p. 433, *AJDA*, 2008, n° 40, p. 2201, *RFDA*, 2009, n° 1, p. 167.

²⁵⁰⁷ CE, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique (CRII GEN)*, req. n° 305.314 et 305.315, Rec., p. 294, *AJDA*, 2009, n° 33, p. 1818, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *Environnement*, 2009, n° 10, p. 36, note P. TROUILLY, *RFDA*, 2009, n° 5, p. 963, concl. É. GEFFRAY. Sur l'ensemble de ces points, voir F. BLANCO, thèse préc., pp. 526-527.

²⁵⁰⁸ Sur le premier point, cf., par ex., CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, préc. ; 13 novembre 2006, *La Poste*, req. n° 281.349. Sur le second point, cf. CE, 6 septembre 2006, *Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT*, req. n° 276.075, Rec., T., p. 891 (absence de risque pour le fonctionnement d'un régime spécial de sécurité sociale) ; CAA Lyon, 29 juin 2010, *Payerne et autres*, req. n° 09LY02176 (absence de création d'un vide juridique). Pour d'autres ex., cf. G. PELLISSIER, chr. préc., p. 4.

²⁵⁰⁹ Cf., respectivement, CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. ; 11 juillet 2008, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques (SIMAVELEC)*, préc. ; CAA Versailles, 25 mai 2010, *Commune de Brunoy*, req. n° 08VE02066 ; CE, 17 décembre 2010, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB) et autres*, préc. Voir également, F. DIEU, art. préc., p. 2435.

²⁵¹⁰ CE, 14 octobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, req. n° 310.594 ; 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-Force ouvrière de l'ANPE*, préc. Comme dans le cadre du contrôle exercé sur les lois rétroactives, il incombe à l'autorité publique – ici l'Administration – d'apporter des éléments suffisamment précis pour apprécier le risque financier ou administratif induit par l'emploi de la rétroactivité (cf., par ex., CE, 10 août 2005, *Société ADP GSI France et autres*, req. n° 264.739, Rec., T., p. 700, *AJDA*, 2006, n° 3, p. 151, note S. NICINSKI ; 18 octobre 2006, *Fédération des services CFDT et autres*, req. n° 276.359, Rec., p. 427, *Dr. adm.*, 2006, n° 12, p. 37, *Dr. soc.*, 2006, n° 12, p. 1096, concl. C. DEVYS).

678. On ne saurait manquer de relever la parfaite symétrie existant entre, d'une part, les motifs d'intérêt général pris en compte par le juge administratif français et le juge européen en vue de limiter, voire de remettre en cause, la rétroactivité d'un jugement annulant un acte irrégulier et, d'autre part, ceux acceptés par le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires dans le cadre du contrôle exercé sur les lois validant rétroactivement un acte également vicié²⁵¹¹. Si, dans les deux cas, l'objectif poursuivi est le même – maintenir les effets qu'a développés une décision illégale dans le passé –, les solutions adoptées pour y parvenir sont diamétralement opposées. Là où, dans le premier cas, la rétroactivité est écartée comme excessive au regard de l'intérêt général, le bien-fondé de son emploi est reconnu, dans le second, à raison d'un intérêt général suffisant ou impérieux. C'est dire que des motifs identiques sont utilisés, tour à tour, pour légitimer ou récuser l'utilisation de la rétroactivité et ce, au nom de la sécurité juridique. Ce « grincement »²⁵¹² illustre avec éclat toute l'ambivalence du procédé.

La parenté existant entre le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois rétroactives, d'une part, et celui mis en œuvre préalablement à la modulation de l'effet dans le temps des jugements rétroactifs, tant par le juge européen que le juge administratif français, d'autre part, ne se limite pas à la prise en compte de la nature de l'intérêt général pour justifier la mise en jeu ou en échec de la rétroactivité. Elle se retrouve également dans le contrôle de proportionnalité exercé à cette fin par le juge.

679. Dans un second temps, le juge doit procéder à un « bilan » des intérêts en présence en vue de déterminer s'il y a lieu à modulation des effets du jugement rétroactif. La technique du bilan consiste en une forme de contrôle de proportionnalité faisant une large place à la prise en compte d'éléments factuels. En ce sens, il réalise une concrétisation de l'intérêt général²⁵¹³. Là encore, ce type de contrôle n'est pas entièrement novateur en matière d'exécution de la chose jugée²⁵¹⁴. Le juge y opère une hiérarchisation entre les divers intérêts publics en présence, ou entre ces derniers et les intérêts privés. S'agissant de la modulation des effets dans le temps de la chose jugée, la technique du bilan met plus particulièrement en jeu les exigences de légalité face à celles de stabilité des situations juridiques. L'objectif poursuivi dans ce cadre présente une originalité. Il ne s'agit pas d'effectuer un bilan avantages/inconvénients, comme c'est classiquement le cas, mais de balancer plusieurs inconvénients entre eux. C'est dire que le juge suit ici le proverbe « de deux maux il faut choisir le moindre ».

Après avoir établi que la rétroactivité de l'annulation juridictionnelle est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives, le juge va confronter « *les inconvénients présentés, en l'espèce, par l'effet rétroactif de l'annulation (pour les intérêts publics et privés en présence) avec les désavantages (au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif) qui résulteraient de sa mise en échec* »²⁵¹⁵, totale ou partielle. Sur le premier plateau de la balance figurent donc les éléments initialement dégagés pour établir l'effet déstabilisateur qu'emporterait la rétroactivité de l'annulation pour l'intérêt général, éventuellement complétés par d'autres intérêts publics ou privés.

²⁵¹¹ Cf., dans le même sens, C. DEVYS, concl. préc., p. 467 ; G. PELLISSIER, chr. préc., p. 6.

²⁵¹² Selon la formule de J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », préc., p. 18.

²⁵¹³ A. VAN LANG, art. préc., p. 1061 et p. 1063.

²⁵¹⁴ A. VAN LANG, art. préc., pp. 1064-1065 et p. 1071. Voir également, D. BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, n° 30, p. 1626, spéc. pp. 1628-1630 ; F. BLANCO, thèse préc., p. 518 ; P. FRAISSEX, « La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir », *LPA*, 9 septembre 2005, n° 180, p. 3, spéc. pp. 7-9.

²⁵¹⁵ Sur le premier point, cf. C. DEVYS, concl. préc., p. 466. Sur le second point, voir F. BLANCO, thèse préc., p. 517, reprenant la formule de R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1105, n° 1218. Cf. également, le considérant de principe de la décision *Association AC !* (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc.).

Sur le second plateau sont placés les exigences attachées au respect du principe de légalité et les garanties pour le justiciable, également porteuses de considérations d'intérêt général, et qui, en tant que telles, s'opposent au renoncement à la rétroactivité de l'annulation²⁵¹⁶.

680. C'est d'abord l'effectivité même de la sanction de l'illégalité qui entre en ligne de compte dans l'appréciation de l'intérêt général s'attachant au maintien de la rétroactivité de plein droit du jugement d'annulation. Ainsi la modulation envisagée ne saurait-elle ôter tout intérêt à l'annulation prononcée. Tel est le cas lorsque cette dernière prive les requérants de la possibilité de remettre en cause les décisions prises sur le fondement de l'acte irrégulier. À cet égard, la circonstance que l'annulation par voie de conséquence ne revête pas un caractère automatique reste relativement indifférente au regard du respect dû au droit à un recours effectif²⁵¹⁷.

681. Ensuite, le motif d'annulation joue également un rôle certain dans l'évaluation faite par le juge des inconvénients liés à la limitation ou à la suppression de la rétroactivité du jugement d'annulation. Bien que la nature du vice de légalité entachant l'acte dont l'annulation est prononcée ne constitue pas, à elle seul, un élément déterminant, dès lors qu'elle est sans rapport avec les conséquences de l'annulation sur les situations juridiques, elle exerce néanmoins une influence certaine sur l'appréciation portée par le juge²⁵¹⁸. Ainsi, le juge sera plus enclin, face à une irrégularité externe, à accepter de restreindre la portée temporelle de son annulation, plutôt qu'en présence d'un vice de légalité interne.

Sur ce point particulier, l'attitude du juge administratif doit être mise en relation avec celle qu'il adopte dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois rétroactives. En effet, de manière symétrique, le juge admet plus facilement la légitimité de l'ingérence rétroactive dans les procès en cours lorsque celle-ci vise à éviter que ne se développe un effet d'aubaine en raison de la découverte d'une erreur de pure forme, ou d'un manquement mineur à une règle de procédure, qui a été commis lors de l'édition de l'acte menacé d'annulation. De ce point de vue, légalité externe et légalité interne ne sont pas à placer sur un même plan²⁵¹⁹. Suivant cette logique, l'intérêt de sauvegarder la rétroactivité de l'annulation est particulièrement fort lorsque le moyen sur lequel cette dernière est fondée touche à la méconnaissance d'une règle de fond. Néanmoins, cela ne signifie pas pour autant que tout vice de légalité interne doit être regardé comme étant *a priori* rédhibitoire et, par suite, de nature à rendre irrémédiable l'annihilation rétroactive de l'acte irrégulier²⁵²⁰. À l'inverse, il paraît évident que la violation d'une règle de forme ou de procédure ne justifie pas toujours une annulation avec effet rétroactif, ne serait-ce que parce que l'autorité compétente pourra reprendre la même décision ou procéder à sa régularisation.

²⁵¹⁶ A. VAN LANG, art. préc., p. 1065.

²⁵¹⁷ Sur le refus de moduler les effets d'une annulation pour violation du droit au recours, cf., M. GUYOMAR, concl. sur CE, Sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons (OIP)*, req. n° 293.785, Rec., p. 375, *RFDA*, 2009, n° 1, p. 73, spéc. pp. 84-85 et concl. sur CE, Sect., 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal et Confédération des bâtonniers de France et d'Outre-Mer autres*, préc., *Gaz. Pal.*, 2009, 1, J., p. 442, spéc. p. 452, note 36. Pour des ex., voir CE, 13 novembre 2006, *La Poste*, préc. ; 25 juin 2007, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, req. n° 304.888, Rec., p. 277, *AJDA*, 2007, n° 33, p. 1823, concl. I. de SILVA. Voir également, G. PELLISSIER, chr. préc., p. 5.

²⁵¹⁸ G. PELLISSIER, *loc. cit.* Cf., dans le même sens, F. BLANCO, thèse préc., p. 526 ; F. DIEU, art. préc., p. 2432 ; M. GUYOMAR, concl. préc., p. 452 ; J.-H. STAHL, chr. préc., p. 359.

²⁵¹⁹ Cf., plus haut, p. 459, n° 580. Cette position est partagée par le Conseil constitutionnel (cf., plus haut, p. 422, n° 531).

²⁵²⁰ Sur le premier point, cf. C. DEVYS, concl. sur CE, 18 octobre 2006, *Fédération des services CFDT et autres*, préc., *Dr. soc.*, 2006, n° 12, p. 1096, spéc. p. 1100. Pour un ex., voir CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, préc. Sur le second point, cf., pour des ex. de modulation des effets d'annulations contentieuses fondées sur des illégalités internes, CE, 12 décembre 2007, *M. Vignard*, req. n° 296.818, *AJFP*, 2008, n° 4, p. 172, note R. GUEGUEN ; 5 mars 2008, *Société TF1 et Société TMC et autres*, req. n° 286.273, Rec., p. 91, concl. T. OLSON, *RFDA*, 2008, n° 3, p. 617, *RJEP*, 2008, n° 656, p. 3, chr. G. PELLISSIER.

Le caractère disproportionné de la rétroactivité de la sentence juridictionnelle est même flagrant dans le cas où l'annulation sanctionne une illégalité externe entachant un règlement administratif, dès lors que ce dernier a pu donner naissance à de nombreuses situations juridiques. Aussi est-il naturel que ce dernier cas de figure soit le terrain privilégié de la mise en œuvre du pouvoir de modulation²⁵²¹. Là encore, la portée plus modeste de la décision sanctionnée n'empêche pas le juge de décider de moduler les effets dans le temps de son jugement d'annulation²⁵²².

On peut considérer qu'il en va de même s'agissant de l'étendue « dans l'espace » de l'annulation contentieuse. L'annulation totale de la décision incriminée n'est sans doute pas traitée de la même manière qu'une annulation partielle dans l'appréciation des inconvénients de la rétroactivité de sa sentence. En effet, le juge sera plus souvent amené à considérer que les conséquences qu'emportent la seconde ne sont pas manifestement excessives, au contraire de celles produites par la première²⁵²³. Il en va de même, dans une moindre mesure, des autres techniques de limitation du champ matériel de l'annulation rétroactive, telles les annulations « en tant que » ou « en tant que ne pas »²⁵²⁴.

682. Enfin, le bilan dressé par le juge doit également prendre en compte les recours déjà engagés au jour de la lecture du jugement. En principe, la modulation ne doit pas aboutir à priver les requérants du droit à un recours effectif, ce qui amène le juge à réserver systématiquement le sort des litiges en cours à la date de sa décision. Par exemple, en cas d'annulation d'une décision administrative, il peut être décidé que les recours qui ont été antérieurement déposés à l'encontre des mesures prises sur son fondement ne seront pas affectés par la modulation décidée par le juge. Les requérants qui ont agi en temps utile bénéficieront de la rétroactivité du jugement sanctionnant la décision initiale, nonobstant la modulation de ses effets dans le temps. Or, cette limitation du champ d'application de la modulation peut, dans certains cas, aboutir à priver cette dernière de son effet utile. Tel est notamment le cas lorsque la réserve des litiges en cours aboutit à créer un « effet d'aubaine ». Les contentieux initiés antérieurement à la décision du juge, par leur nombre et leur ampleur, vont provoquer de nouvelles décisions rétroactives, neutralisant par là l'effet « salvateur » de la modulation. De tels effets adverses feront inmanquablement pencher la balance en faveur du maintien de la rétroactivité du jugement²⁵²⁵.

683. Un même raisonnement peut être mené à propos de l'obligation procédurale faite au juge, préalablement à la mise en jeu de la modulation, d'examiner « l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause »²⁵²⁶. La dérogation ainsi faite à la

²⁵²¹ Pour des ex., cf. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. ; Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, préc. ; 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, préc. ; 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne et autres*, préc. ; Sect., 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal et Conférence des bâtonniers de France et d'Outre-Mer autres*, préc. ; 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies* ; 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié-des-Vosges et autres*, préc. Sur ces différents points, voir F. BLANCO, *loc. cit.* ; G. PELLISSIER, *loc. cit.*

²⁵²² Cf., par ex., concernant un acte individuel, CE, 12 décembre 2007, *M. Sire*, préc.

²⁵²³ Cf., de manière implicite, CE, 10 août 2005, *Société ADP GSI France et autres*, préc. ; 28 avril 2006, *Dellas et autres*, req. n° 242.727, 243.359, 243.385 et 243.703, Rec., p. 206, *RJS*, 2006, n° 7, p. 564, concl. C. DEVYS, *RDSS*, 2006, n° 4, p. 722, note D. BOULMIER. Pour un exemple de modulation d'une annulation partielle, cf., CE, 11 janvier 2006, *Association des familles victimes du saturnisme (AVFS) et autre*, préc.

²⁵²⁴ Cf., en ce sens, CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc. ; 25 juin 2007 *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, préc.

²⁵²⁵ CE, 17 décembre 2010, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB) et autres*, préc. Tel est le cas lorsque la réserve faite par le juge des actions contentieuses engagés à la date de sa décision à l'occasion de la mise en œuvre de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée aboutit à créer un effet d'aubaine (sur ce point, cf., plus haut, p. 539, n° 682).

²⁵²⁶ Cf. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. et les conclusions déjà citées de C. Devys sur cette affaire, spéc. p. 466. Voir également, F. BLANCO, thèse préc., p. 533.

règle de l'économie des moyens n'est pas, en elle-même, une innovation²⁵²⁷. Elle impose au juge de peser les effets concrets des différentes illégalités relevées d'office par lui ou alléguées par les parties, en vue de s'assurer qu'aucune irrégularité grave ne subsiste dans l'ordonnancement juridique du fait de l'aménagement *ratione temporis* des effets du jugement. Si l'objectif poursuivi reste principalement d'informer les parties, et en particulier l'autorité administrative, sur les conséquences à tirer de la chose jugée, il n'en reste pas moins que la découverte d'un vice de légalité particulièrement grave exercera une influence déterminante sur l'évaluation des effets adverses produits par la modulation au regard du principe de légalité. Dans des cas extrêmes, pareille illégalité constituera un obstacle insurmontable à la mise en jeu du pouvoir de modulation. Il n'est ainsi pas exclu que la persistance d'un vice particulièrement grave dans l'ordonnancement juridique puisse être jugée comme portant une atteinte excessive respect de la légalité, ce qui conduira à trancher en faveur de la solution de principe de la rétroactivité.

Au total, c'est dire que la cause de l'annulation, la nature de l'acte annulé, voire même la portée du dispositif, sont autant d'éléments dont le juge tient compte lors de l'établissement du bilan de la nocivité de la rétroactivité de l'annulation contentieuse.

684. Suivant la logique du « moindre mal », le juge doit choisir, parmi les solutions envisageables, celle qui s'avère la moins attentatoire à la stabilité des situations juridiques, tout en ne faisant pas une entorse trop importante à l'objectif de rétablissement de la légalité. Cet exercice d'« équilibriste » illustre le passage opéré entre la logique traditionnelle de l'annulation visant à sanctionner la méconnaissance de la légalité administrative et celle, plus nouvelle, tendant à favoriser la réparation de l'irrégularité antérieurement commise par l'autorité administrative.

Bien que devant satisfaire à des conditions de mise en œuvre drastiques, le pouvoir d'aménagement *ratione temporis* du jugement bénéficie d'un champ d'application étendu.

2°) La souplesse du champ de l'aménagement temporel de la rétroactivité juridictionnelle

La rigueur des conditions de mise en œuvre du pouvoir d'aménagement des effets dans le temps de la chose jugée n'a pas empêché une extension progressive de son champ d'application. D'un côté, le domaine du pouvoir juridictionnel de modulation porte sur tout acte administratif, allant au-delà des seuls jugements d'annulation (a). De l'autre, le domaine temporel de la modulation a été élargi. Le juge peut non seulement écarter la rétroactivité de sa décision ou repousser sa mise en jeu, mais il peut également « faire varier » son amplitude, de manière à limiter ses conséquences sur le passé de l'ordonnancement juridique (b).

a) Un champ matériel étendu

685. Le champ matériel du pouvoir exceptionnel de modulation des effets dans le temps de la chose jugée a connu une extension progressive. Dès l'instauration de ce nouveau pouvoir par la décision *Association AC !*, il était acquis que celui-ci pouvait être exercé en cas d'« annulation d'un acte

²⁵²⁷ Cf. l'ex. de l'art. L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme. Sur la règle de l'économie des moyens, voir F. BLANCO, thèse préc., p. 175. Sur cette disposition, voir J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *loc. cit.* ; H. JACQUOT et F. PRIET, *loc. cit.*

administratif » afin de remédier aux effets disproportionnés que celle-ci est susceptible d'entraîner sur le passé de l'ordonnement juridique.

686. La formulation générale du considérant de principe relatif à l'office du juge permet de déduire, d'abord, qu'est concerné tout jugement d'annulation. Bien que la solution nouvelle ait été posée en matière d'excès de pouvoir, rien n'indique en effet que le champ du pouvoir de modulation doive se cantonner à ce contentieux. Au contraire, il faut considérer qu'il englobe le contentieux de l'annulation dans son ensemble, ce qui signifie que sont également comprises les annulations prononcées par le juge de plein contentieux.

On peut raisonnablement estimer que pourraient également être concernées par le pouvoir de modulation les déclarations d'illégalité intervenant par voie d'exception, voire même par voie d'action dans le contentieux de l'appréciation de validité²⁵²⁸. Traditionnellement, la question de la portée de la déclaration d'illégalité est réglée, de manière spatiale, au moyen de la limitation de l'autorité de la chose jugée. En principe, les déclarations d'illégalité par voie d'exception ou intervenant dans le contentieux de l'appréciation de validité sont revêtues de l'autorité relative de chose jugée²⁵²⁹. Néanmoins, on sait que la jurisprudence a reconnu une autorité absolue de chose jugée à certaines déclarations d'illégalité par voie d'exception, ce qui a conduit à assimiler leurs effets à ceux produits par un jugement d'annulation²⁵³⁰. Il s'ensuit qu'il y a lieu de considérer que le juge peut user de son pouvoir de modulation au moins à l'égard de ces dernières.

S'agissant des déclarations d'illégalité seulement revêtues de l'autorité relative de chose jugée, il ne paraît pas excessif de considérer qu'une telle modulation temporelle soit envisageable²⁵³¹. En effet, l'étendue de la chose jugée et l'effet du jugement dans le temps, bien qu'ils soient reliés, ne se

²⁵²⁸ Il n'y a pas lieu ici de distinguer selon que l'appréciation de la validité de l'acte administratif est effectuée ou non sur renvoi de l'autorité judiciaire. Sur les conséquences produites par la déclaration d'illégalité sur l'ordonnement juridique, voir, notamment, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1115, n° 1231 ; J. GOURDOU, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse dactyl., Pau, 1996 ; F. MELLERAY, « L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs par le juge administratif », *AJDA*, 2004, n° 3, p. 138 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 687 ; G. PEISER, « Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'État de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception », in *Études offertes à J.-M. AUBY*, Paris, Dalloz, 1992, p. 277 ; B. SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris II, 1995, t. II, p. 466 et t. III, p. 578.

²⁵²⁹ Sur ce point, voir C. LANDAIS et F. LENICA, *chr. préc.*, p. 1189. Sur le principe de l'autorité relative de chose jugée de la déclaration d'illégalité, CE, Ass., 1^{er} décembre 1961, *Société Jean Roques*, req. n° 50.019, Rec., p. 675, *Gaz. Pal.*, 1966, 1, p. 365 ; Ass., 18 janvier 1980, *Bargain*, req. n° 14.397, Rec., p. 29, *AJDA*, 1980, n° 2, p. 91, *chr.* Y. ROBINEAU et M.-A. FEFFER, *Rev. adm.*, 1980, n° 194, p. 151, concl. A. BACQUET ; 28 décembre 2001, *Syndicat CNT des PTE de Paris*, req. n° 205.369, Rec., T., 799, *AJDA*, 2002, n° 6, p. 542, note B. SEILLER ; 27 mai 2002, *SA Transolver Service*, *préc.* ; 26 janvier 2007, *Commune de Neuville-sur-Escaut*, *préc.*

²⁵³⁰ L'assimilation n'est retenue que dans trois hypothèses : l'abrogation illégale d'une loi par un règlement (CE, Ass., 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, req. n° 12.851, Rec., p. 197, *AJDA*, 1981, n° 9, p. 429, note B. GENEVOIS, *JCP G*, 1981, 19580, concl. M.-D. HAGELSTEEN ; 10 février 1984, *Association "Les Amis de la Terre"*, req. n° 05.034 et 05.035, Rec., p. 52, *CJEG*, 1984, n° 392, p. 308, concl. P.-A. JEANNENEY, *RJE*, 1984, p. 211, note J.-P. COLSON) ; la substitution non équivalente à abrogation d'une réglementation à la précédente (CE, Sect., 2 mars 1990, *Commune de Boulazac*, req. n° 84.590, Rec., p. 57, *RFDA*, 1990, n° 4, p. 621, concl. R. ABRAHAM) ; l'illégalité d'un règlement d'urbanisme (CE, 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, req. n° 93.191 et 93.193, Rec., p. 149, *AJDA*, 1990, p. 701, *chr.* E. HONORAT et R. SCHWARTZ, *LPA*, 9 janvier 1991, n° 4, p. 17, note B. PACTEAU, *CJEG*, 1991, n° 462, p. 1, concl. H. TOUTÉE et *chr.* Y. JÉGOUZO, *RFDA*, 1991, n° 1, p. 149, concl. H. TOUTÉE ; Avis, 9 mai 2005, *Marangio*, req. n° 277.280, Rec., p. 195, *BJDU*, 2005, n° 3, p. 162, concl. E. GLASER et obs. J.-C. BONICHOT, *JCP A*, 2005, n° 1253, note P. BILLET, *RFDA*, 2005, n° 4, p. 901, note P. TERNEYRE et n° 5, p. 1024, concl. E. GLASER ; Sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, req. n° 297.227, 297.229 et 297.230, Rec., p. 41, concl. A. COURRÈGES, *AJDA*, 2008, n° 11, p. 582, *chr.* J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, *BJDU*, 2007, n° 6, p. 459, concl. A. COURRÈGES et obs. J.-C. BONICHOT et 2009, n° 1, p. 2, *chr.* É. FATÔME, *Dr. adm.*, 2008, n° 4, p. 38, note F. MELLERAY, *JCP A*, 2008, n° 18, p. 34, note D. BAILLEUL, *RFDA*, 2008, n° 2, p. 417 et n° 3, p. 559, concl. A. COURRÈGES et p. 568, note H. de GAUDEMAR). Voir cependant l'évolution entamée par CE, 28 décembre 2001, *Syndicat CNT des PTE de Paris*, *préc.* Sur l'ensemble de ces points, voir J. CHARRET et S. DELIANCOURT, « L'autorité de chose jugée s'attachant aux décisions rendues par le Conseil d'État en sa qualité de juge de cassation », *AJDA*, 2008, n° 11, p. 568, *spéc.* p. 574 ; B. SEILLER, thèse *préc.*, t. III, p. 627 ; C.-É. SÉNAC, thèse *préc.*, p. 166, n° 144.

²⁵³¹ C. LANDAIS et F. LENICA, *loc. cit.*

confondent pas totalement²⁵³². De fait, les parties au litige ayant suscité la déclaration d'illégalité subissent son effet rétroactif, lequel peut s'avérer excessif dans certains cas. De surcroît, comme on va le voir, la jurisprudence a accepté de faire jouer le pouvoir de modulation à l'égard des décisions de rejet, alors même qu'elles ne sont revêtues que d'une simple autorité relative de chose jugée. Néanmoins, le faible nombre des situations juridiques affectées par la déclaration d'illégalité revêtue de l'autorité relative de chose jugée serait de nature à empêcher, en principe, la mise en œuvre du pouvoir de modulation. En tout état de cause, l'attribution de l'autorité absolue de chose jugée à l'ensemble des déclarations d'illégalité, notamment à partir du modèle européen²⁵³³ dont s'est largement inspiré la jurisprudence administrative, signifierait l'extension du champ d'application du pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée. Dans la perspective nouvelle d'une maîtrise accrue des conséquences de la chose jugée, une telle éventualité ne saurait être complètement exclue²⁵³⁴.

Dans le même ordre d'idées, il ne serait pas complètement absurde que le juge administratif soit amené à se départir, notamment dans le contentieux de l'interprétation, de la fiction d'incorporation de cette dernière au texte interprété, ce qui lui permettrait d'en limiter la portée rétroactive chaque fois qu'elle est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives.

687. Ensuite, la nature et la portée de l'acte annulé restent relativement indifférentes. Ainsi, le champ du pouvoir de modulation couvre non seulement les jugements prononçant l'annulation d'un acte réglementaire, mais également ceux qui portent sur des actes de portée plus réduite, qu'il s'agisse de décisions d'espèce ou d'actes collectifs ou individuels²⁵³⁵. Comme l'envisageait le Commissaire du gouvernement Devys dans ses conclusions sur cette même affaire, il faut considérer que le domaine de la modulation des effets *ratione temporis* des annulations contentieuses ne se limite pas aux seules décisions unilatérales, mais peut tout aussi bien concerner des actes contractuels. Cette solution paraît, en tout état de cause, valoir pour ceux des contrats administratifs, ou celles de leurs clauses qui sont détachables, à l'égard desquels le juge de l'excès de pouvoir détient un pouvoir d'annulation²⁵³⁶.

En revanche, pour les contrats relevant de la compétence du juge de pleine juridiction, l'ouverture du contentieux de leur validité à certaines catégories de tiers aurait pu laisser envisager, par une sorte d'analogie avec le recours pour excès de pouvoir, certes abusive²⁵³⁷, que le pouvoir de modulation aurait pu également être mis en œuvre dans ce cadre. Comme on le verra, la jurisprudence s'est appropriée, dans ses grandes lignes, la solution dégagée par la décision *Association AC !*, tout en l'adaptant aux spécificités du contentieux contractuel. Si la filiation est évidente, il n'en reste pas moins que le raisonnement mené, dans le plein contentieux, par le juge du contrat obéit à une logique un peu différente de celle suivie dans le contentieux objectif de la légalité.

688. Au gré de l'épanouissement du pouvoir de modulation, son champ matériel a été étendu aux décisions de rejet. Cette nouvelle avancée a été consacrée dans le cas, certes un peu particulier, dans

²⁵³² Cf., en ce sens, J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 275, n° 330.

²⁵³³ CJCE, 27 février 1985, *Société des produits de maïs SA c/ Administration des douanes et droits indirects*, préc.

²⁵³⁴ C. LANDAIS et F. LENICA, *eod. loc.*

²⁵³⁵ Cf., en ce sens, J.-C. BONICHOT, trib. préc., p. 1049 ; C. DEVYS, concl. préc., p. 466. Pour des ex., cf. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. ; Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, préc. ; 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif et autres*, préc. ; 10 février 2010, *Perez*, préc. (actes réglementaires) ; 13 novembre 2006, *La Poste*, préc. ; 25 juin 2007, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, préc. (actes collectifs) ; 12 décembre 2007, *M. Sire*, préc. ; 5 mars 2008, *Société NRJ 12 et Société TFI*, préc. ; Sect., 30 décembre 2010, *M. Robert*, préc. (actes individuels).

²⁵³⁶ Sur ce point, cf., plus haut, p. 274, n° 354. Cf., notamment, CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble*, préc. (annulation d'une clause réglementaire).

²⁵³⁷ Mais néanmoins un temps envisagée dans le cadre d'une hypothétique fusion des offices des deux juges (F. DIEU, art. préc., p. 2434 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., pp. 1189-1190).

lequel une décision de rejet d'un recours en annulation dirigé contre un règlement met fin à la suspension de ses effets, ce qui a pour conséquence qu'il retrouve application dès le prononcé du jugement. En l'espèce, la reprise des effets du règlement a été jugée susceptible de provoquer un changement brutal dans le droit applicable et a conduit le juge à différer dans le temps l'entrée en vigueur de sa décision²⁵³⁸. Certes, il s'agit là d'une « modulation temporelle des effets », qui doit être rapprochée de la solution retenue par la décision *Titran*, plutôt que d'une « modulation des effets temporels » au sens de la jurisprudence *Association AC*!²⁵³⁹. Néanmoins, la formulation générale adoptée à l'occasion de la consécration de cette dernière englobe ces deux modes d'action dans le temps du jugement²⁵⁴⁰, qui peuvent utiliser alternativement ou se combiner dans le cadre de la mise en œuvre de la compétence modulaire. Si elles sont intellectuellement dissociables, ces deux techniques d'aménagement dans le temps des effets du jugement, ne présentent guère de différences, du point de vue du droit transitoire, dès lors qu'il s'agit, dans les deux cas, de délimiter le champ d'application de la norme nouvelle.

De cette solution, deux conséquences peuvent être tirées. D'une part, le champ d'application du pouvoir de modulation couvre désormais les jugements qui ne produisent, à proprement parler, aucun effet sur le passé²⁵⁴¹, ce qui élargit considérablement son étendue. Partant, il s'agit bien ici d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée sous toutes ses formes et valant pour le passé comme pour le futur. C'est dire que ce sont, avant tout, les conséquences excessives de sa décision sur l'ordonnement juridique qui conduiront le juge à en limiter les effets, indépendamment de la question de leur portée temporelle. D'autre part, cette décision confirme qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre autorité absolue de chose jugée et autorité relative de chose jugée dans l'appréciation du domaine du pouvoir juridictionnel de modulation.

La jurisprudence administrative a donc entendu mettre en place un pouvoir général d'aménagement dans le temps de la chose jugée. Un même constat peut être établi lorsqu'est envisagé le champ d'application, non plus matériel, mais temporel du pouvoir de modulation.

²⁵³⁸ CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, req. n° 260.767, Rec., p. 451, *AJDA*, 2006, n° 43, p. 2385, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *D.*, 2007, J., p. 621, note P. CASSIA, *JCP A*, 2007, n° 1-2, p. 24, note F. MELLERAY, *JCP G*, 2006, II, 10208, note S. DAMAREY, *RFDA*, 2007, n° 2, p. 265, concl. F. SÉNERS. Voir F. BLANCO, thèse préc., p. 360.

²⁵³⁹ Suivant la distinction proposée par B. SEILLER, « L'illégalité sans annulation », préc. Cf., dans le même sens, F. MELLERAY, note sous CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, préc., *JCP A*, 2007, n° 1-2, p. 24, spéc. p. 27.

²⁵⁴⁰ Cf., en ce sens, C. LANDAIS et F. LENICA, chr. CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, préc., *AJDA*, 2006, n° 43, p. 2385, spéc. p. 2387.

²⁵⁴¹ Cf., en ce sens, F. SÉNERS, concl. sur CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, préc., *RFDA*, 2007, n° 2, p. 265, spéc. p. 270.

b) Un champ temporel variable

689. Une fois établie la nocivité de la rétroactivité attachée de plein droit au jugement déclaratif, le juge peut décider exceptionnellement, au moment où il détermine les conséquences à tirer de la chose jugée, de limiter son ampleur, voire de l'écartier. Plusieurs solutions sont à la disposition du juge pour aménager, voire supprimer, les effets rétroactifs du jugement.

On peut dégager trois éléments sur lesquels le juge peut agir pour fixer le champ de l'aménagement des effets de sa décision : le moment où cette dernière produit ses effets, la portée de ces effets dans le temps, ainsi que les limites éventuelles à leur étendue. Il s'agit d'autant de « leviers » que le juge peut ou non combiner en vue de faire varier la portée temporelle qu'il entend conférer à la chose jugée. La symétrie avec les solutions adoptées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est ici évidente, puisque l'on retrouve les techniques de l'annulation à « effet différé » et de l'annulation « pour l'avenir ». Cependant, l'alignement n'est pas total, le juge administratif français s'attachant à préserver, de manière systématique, les actions contentieuses en cours à la date de sa décision, tandis que le juge européen, pour lequel il s'agit d'une faculté et non d'une obligation, n'accorde pas toujours un tel bénéfice à l'ensemble des personnes ayant agi en temps utile²⁵⁴².

690. En premier lieu, le juge peut se contenter de reporter dans l'avenir l'effet rétroactif du jugement. Cette technique a été employée ponctuellement par le juge de l'excès de pouvoir sous la forme d'une annulation conditionnelle²⁵⁴³. Avec la jurisprudence *Association AC!*, la solution de l'annulation à « effet différé » reçoit une portée plus générale, bien qu'elle demeure d'application rare sous sa forme pure. L'emploi de ce procédé paraît particulièrement adapté dans les situations où la rétroactivité juridictionnelle déboucherait sur la création d'un vide juridique. Face à un tel risque, la mise en jeu de la rétroactivité est suspendue jusqu'à une date déterminée par le juge dans le but de permettre à l'autorité administrative de rectifier l'illégalité qu'elle a commise, tout en préservant la continuité du dispositif menacé²⁵⁴⁴. Cela signifie que les effets de l'acte irrégulier sont maintenus provisoirement, le temps pour l'autorité compétente de « revoir sa copie ». Une nouvelle décision, exempte du vice reproché à la précédente, pourra être adoptée, de manière à régulariser la situation. La technique comporte le double avantage de faciliter une transition sans heurts entre le régime ancien, voué au néant du fait de son irrégularité, et le régime nouveau, tout en préservant la stabilité des situations juridiques antérieurement constituées.

691. En deuxième lieu, le juge peut décider de restreindre, dans son étendue, la rétroactivité du jugement, voire de la supprimer totalement ou partiellement. Dans le premier cas, la rétroactivité du jugement est neutralisée ou circonscrite, tandis que dans le second, elle est purement et simplement écartée.

²⁵⁴² Ainsi, il est souvent reproché à la Cour de Justice de ne pas prendre suffisamment en compte les droits des requérants à l'occasion de la mise en œuvre de son pouvoir de modulation (cf., en ce sens, F. BERROD, thèse préc., p. 655, n° 823 ; C. DEVYS, concl. préc., p. 465 ; P. LE MIRE, art. préc., p. 383).

²⁵⁴³ Sur ce point, cf., plus haut, p. 526, n° 665. Voir également, CE, 27 juillet 2001, *Titran*, préc.

²⁵⁴⁴ Cf., par ex., CE, 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne et autres*, préc. ; 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique (CRII GEN)*, préc. ; 11 juillet 2008, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques (SIMAVELEC)*, préc. ; 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies*, préc.

692. L'annulation « pour l'avenir » – qui n'est autre qu'une abrogation qui ne dit pas son nom²⁵⁴⁵ –, constitue la solution la plus fréquemment usitée par le juge administratif²⁵⁴⁶. Il s'agit de limiter les effets de la chose jugée à la période postérieure au prononcé du jugement. La rétroactivité est donc purement et simplement écartée au profit de la non-rétroactivité de la décision de justice. Le jugement développe alors un simple effet immédiat. Contrairement à la solution précédente, l'objectif poursuivi consiste exclusivement à préserver la stabilité des situations juridiques nées sous l'empire de la décision annulée. En d'autres termes, le juge choisit de réputer définitifs tout ou partie des effets produits antérieurement à son intervention. L'annulation *ex nunc* d'un acte irrégulier préserve ses effets passés, lesquels « se trouvent ainsi cristallisés »²⁵⁴⁷.

L'annulation « pour l'avenir » a le mérite d'éviter que ne se réalise le « scénario catastrophe » classique dans lequel des situations juridiques ou des actes, respectivement constituées ou édictés parfois de longue date, sont implacablement anéantis par l'effet destructeur de l'annulation. Un exemple éclairant est celui de l'annulation de la nomination d'un magistrat²⁵⁴⁸. Suivant la logique de la rétroactivité, l'investiture du magistrat dans ses fonctions n'ayant jamais eu lieu, les procédures et les décisions auxquelles l'intéressé a pris part deviennent illégales *ab initio*, à raison de l'irrégularité de la composition de la formation de jugement qui a statué sur elles et qui les a rendues. En tant que telles, les unes comme les autres auraient dû être éradiquées à leur tour de l'ordonnancement juridique en vue de rétablir la légalité méconnue. D'ordinaire, la radicalité des conséquences d'une telle annulation est tempérée par le jeu de la théorie des fonctionnaires de fait. Or, cette dernière ne saurait être appliquée à un magistrat, eu égard à la « *personnalisation de la fonction de juger* »²⁵⁴⁹. Le prononcé d'une annulation de la nomination valant seulement pour l'avenir a permis de « sécuriser » les procédures et décisions susceptibles d'être remises en cause, tout en évitant de causer au fonctionnement du service public de la justice des perturbations sérieuses. Il s'ensuit que ceux des effets découlant des nominations illégales qui sont antérieurs à l'annulation doivent être regardés comme définitifs en conséquence de la modulation opérée par le juge administratif. La mise à l'écart de la rétroactivité permet ainsi de réaliser une consolidation des situations juridiques antérieurement constituées, chaque fois que le rétablissement du *statu quo ante* constitue un remède pire que le mal causé à la légalité administrative.

Bien qu'elles poursuivent des finalités partiellement différentes, les techniques de l'annulation à « effet différé » et de l'annulation « pour l'avenir » peuvent se combiner dans un même dispositif²⁵⁵⁰. Dans le même ordre d'idées, l'aménagement *ratione temporis* de la chose jugée peut tout à fait faire coexister, au sein d'un même dispositif, des effets rétroactifs avec d'autres effets, immédiats ou

²⁵⁴⁵ Cf., en ce sens, F. CROUZATIER-DURAND, note sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, préc., p. 10 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1187. Voir, auparavant, D. LABETOUILLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », préc., p. 411.

²⁵⁴⁶ CE, 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, préc. ; 12 décembre 2007, *M. Sire*, préc. et, du même jour, *M. Vignard*, req. n° 296.818, *AJDA*, 2008, n° 12, p. 638, concl. M. GUYOMAR, *AJFP*, 2008, n° 4, p. 172, note R. GUEGUEN ; 5 mars 2008, *Société NRJ 12 et Société TFI*, préc. ; 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif et autres*, préc. ; Sect., 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal et autres*, préc. ; 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié-des-Vosges et autres*, préc. ; 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-Force ouvrière de l'ANPE*, préc. Outre ces ex., cf. également les cas dans lesquels la technique de l'effet *ex nunc* a été combinée avec celle de l'effet différé cités à la note 2550.

²⁵⁴⁷ Selon la formule employée par les auteurs des grands arrêts de la jurisprudence administrative (cf. le commentaire sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc., *GAJA* n° 112, spéc. p. 874).

²⁵⁴⁸ CE, 12 décembre 2007, *M. Sire*, préc. et, du même jour, *M. Vignard*, préc. ; Sect., 30 décembre 2010, *M. Robert*, préc.

²⁵⁴⁹ M. GUYOMAR, concl. sur CE, 12 décembre 2007, *M. Sire*, préc., *AJDA*, 2008, n° 12, p. 638, spéc. p. 642.

²⁵⁵⁰ Cf., par ex., CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. ; Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, préc. ; 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, préc. ; 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif et autres*, préc. ; Sect., 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal et autres*, préc. ; 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble*, préc. ; 10 février 2010, *Perez*, préc. ; Sect., 30 décembre 2010, *M. Robert*, préc. Cf., en ce sens, F. DIEU, art. préc., p. 2431 ; M. LOMBARD, note sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc., *Dr. adm.*, 2004, n° 7, p. 26, spéc. p. 28.

différés²⁵⁵¹. La décision *Association AC !* offre, à cet égard, un exemple topique des différentes sortes d'effets dans le temps que peut désormais comporter simultanément le jugement.

693. Le juge peut enfin faire varier la portée de la rétroactivité du jugement dans le passé. Cette forme de modulation ne ressortait pas explicitement de la rédaction du considérant de principe relatif à l'office du juge figurant dans la décision fondatrice *Association AC !*. En effet, celui-ci recelait une ambiguïté sur la portée dans le temps qui pouvait être conférée à la chose jugée. Aux termes de la décision du 11 mai 2004, il appartient au juge de « prévoir dans sa décision d'annulation que [...] tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine »²⁵⁵². *A priori*, le champ des possibles en matière d'aménagement de la chose jugée semblait se réduire à un dyptique, dont le juge pouvait user alternativement ou de façon combinée. Suivant cette interprétation stricte, la modulation se limitait à un report des effets de la décision dans le temps et/ou en une limitation de ceux-ci à la période postérieure au prononcé du jugement.

À s'en tenir à la définition usuelle de la modulation, et bien que le terme même n'ait pas été explicitement employé par le Conseil d'État, il est permis d'interpréter plus largement le pouvoir d'action détenu par le juge sur les effets temporels de la chose jugée. En effet, l'idée même de modulation implique une variation ou une inflexion²⁵⁵³, ce qui offre au juge une palette de solutions plus riche pour déterminer les effets de sa décision. Suivant cette conception étendue de la compétence modulatoire, le juge est non seulement fondé à écarter la rétroactivité de sa décision ou à repousser sa mise en jeu, mais il peut, de surcroît, « faire varier » son amplitude, de manière à limiter ses conséquences sur le passé de l'ordonnancement juridique. Entre la possibilité de déroger à l'effet rétroactif du jugement et la pleine maîtrise de la rétroactivité juridictionnelle, il n'y a qu'un pas que le Conseil d'État a franchi sans même modifier la rédaction du considérant de principe initialement adopté dans la décision *Association AC !*.

694. Dans une affaire concernant la réglementation de la copie privée, le Conseil d'État a modulé pour le passé les effets de l'annulation d'une décision antérieurement abrogée²⁵⁵⁴. En l'espèce, la haute juridiction administrative était saisie d'un recours en annulation dirigé contre une décision par laquelle la commission en charge de fixer l'assiette et le taux de la rémunération pour copie privée avait rendu éligibles à cette dernière de nouveaux supports d'enregistrement amovibles, en même temps qu'elle avait modifié le taux applicable aux autres supports. L'annulation de cette décision à raison d'un vice de fond étant acquise, faute pour la commission d'avoir exclu les copies de source illicite de son appréciation, restait à en tirer les conséquences dans une configuration un peu particulière, puisque l'acte annulé avait déjà été abrogé au moment où le juge s'est prononcé sur sa légalité.

L'annulation rétroactive d'une décision abrogée antérieurement à l'intervention du juge n'est certes pas dépourvue de tout intérêt pratique. Le juge accepte, en principe, de connaître d'un recours en annulation dirigé contre une telle décision²⁵⁵⁵. En effet, l'acte abrogé a pu produire certains effets entre

²⁵⁵¹ CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble*, préc.

²⁵⁵² CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc.

²⁵⁵³ Cf., en ce sens, Le petit Robert, p. 1422.

²⁵⁵⁴ Cf. CE, 17 décembre 2010, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB) et autres*, préc. et la note sous cette décision d'O. BUI-XYAN, *AJDA*, 2011, n° 15, p. 854, spéc. p. 858.

²⁵⁵⁵ Cf., par ex., dans le contentieux de l'excès de pouvoir, CE, Sect., 14 juin 1968, *Syndicat national des médecins des hôpitaux privés à but non lucratif et Sieur Fiot*, req. n° 60.870, Rec., p. 362 ; Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, req. n° 11.604, Rec., p. 524 ; 6 février 1980, *Huygue*, req. n° 09.851, Rec., T., p. 840 ; 11 janvier 1993, *Fraisse, Dreyfus, Martinez et Syndicat des attachés d'administration de la ville de Paris*, req. n° 77.907, 78.496, 78.510, 78.520 et 78.521, Rec., T., p.

la date à laquelle il est entré en vigueur et le moment où il a été modifié ou supprimé. Ainsi, il a bien existé une période du passé au cours de laquelle l'illégalité dont était entachée la décision abrogée a pu sévir, ce qui justifie que ses conséquences soient effacées de l'ordonnancement juridique par la sentence d'annulation. En l'espèce, la disparition rétroactive de la décision abrogée aurait permis aux opérateurs de demander la répétition des sommes versées par eux au titre de la rémunération de copie privée au cours de la période d'illégalité. Néanmoins, elle comportait l'inconvénient majeur de remettre automatiquement en vigueur la réglementation précédente qui se trouvait affectée de la même illégalité que la décision litigieuse.

Cette conséquence fâcheuse, combinée au risque de fragilisation de la situation des ayants-droits eu égard au montant élevé des sommes dont le remboursement était susceptible d'être demandé, a conduit le Conseil d'État à faire usage de son pouvoir de modulation des effets de la chose jugée pour le passé. Ainsi a-t-il prévu que l'annulation ne prendrait effet qu'à compter de la date même à laquelle l'abrogation de la décision illégale était intervenue. Ce faisant, les conséquences qu'emportaient pour le passé l'annulation contentieuse ont été « neutralisées », au profit d'un maintien des effets de la décision annulée et, partant, d'une sécurisation des situations des ayants-droits qui s'étaient formées sous son empire.

La modulation pour le passé présente donc une utilité indéniable dans les hypothèses complexes dans lesquelles la rétroactivité de l'annulation est susceptible, par son jeu naturel, de remettre en vigueur une décision elle-même entachée d'une illégalité et/ou de provoquer la création d'un vide juridique, tout en évitant l'exercice périlleux pour l'autorité administrative consistant à adopter, en exécution de la chose jugée, une nouvelle décision également assortie d'un effet rétroactif. Plutôt que de susciter une nouvelle rétroactivité, mieux vaut donc neutraliser en amont les conséquences de la rétroactivité initiale. En empruntant pareil raccourci, le juge obtient *in fine* un résultat équivalent à celui qui, classiquement, passe par une rétroactivité d'origine administrative. L'entorse faite au strict respect du principe de légalité est compensée par l'expédience de la solution.

On peut également envisager l'emploi de cette technique dans l'hypothèse où un acte illégal au départ deviendrait, en raison d'un changement de circonstances, légal avant l'intervention du juge. Alternativement, le juge pourra se contenter de limiter la rétroactivité de l'annulation aux effets produits antérieurement à l'acquisition de la légalité par la décision, préservant ainsi ses effets légaux ultérieurs ou réputer définitifs les effets de cette même décision pour la période d'illégalité, ce qui aboutira à neutraliser les conséquences de la chose jugée pour le passé.

Il n'en reste pas moins que, par sa décision *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB) et autres*, le Conseil d'État a, pour la première fois, décidé que son jugement

962 ; 7 avril 2011, *Association SOS Racisme*, req. n° 343.387, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 25, p. 1438, note D. BAILLEUL. Voir également, dans le plein contentieux objectif, CE, 12 octobre 1984, *Mme Hirsch*, req. n° 87.636, 87.728 et 87.743, Rec., p. 328 ; D. BAILLEUL, thèse préc., p. 334, n° 332. En revanche, le non-lieu à statuer doit être prononcé lorsque la décision litigieuse a été abrogée avant de produire un quelconque effet (CE, 6 mai 1985, *Commune du Pellerin*, req. n° 16.722 et 16.746, Rec., T., p. 734 et 735, *CJEG*, 1985, p. 411, concl. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE (deux esp.) ; 4 juillet 1986, *Société des agrégés de l'université*, req. n° 54.873, Rec., p. 195 ; 18 novembre 1991, *Galland*, req. n° 81.063 et 82.073, Rec., T., p. 1133). Il en va de même, dans le cas où la décision abrogée a reçu un commencement d'exécution, lorsque son abrogation est devenue définitive au moment où le juge statue (CE, 30 décembre 2002, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, req. n° 238.032, Rec., T. p. 609) ou si ses mesures d'application ont été validées rétroactivement par le législateur (CE, 27 juin 1969, *Delagneau et autres*, req. n° 66.356, Rec., T. p. 727). Dans le même ordre d'idées, l'abrogation en cours d'instance de la décision contestée entraîne le non-lieu à statuer sur la requête d'annulation dirigée contre le refus opposé par l'autorité compétente à une demande d'abrogation (CE, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, req. n° 218.067, Rec., p. 401 ; 30 mai 2005, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS Télécom)*, n° 250.516, Rec., T. p. 1047).

prendrait effet dans le passé à une date différente de celle désignée d'office par le mécanisme de l'annulation. En règle générale, cette date est celle à laquelle l'acte annulé est lui-même entré en vigueur. De là, on peut s'interroger sur la question de savoir s'il est souhaitable de laisser au juge une marge d'appréciation aussi large, lui permettant de fixer discrétionnairement une « date-frontière » entre illégalité et légalité dans le passé, alors même qu'il est tenu de se placer à la date d'édiction de la décision contestée pour en apprécier le bien-fondé.

695. En dernier lieu, le juge peut décider de conserver une partie des effets rétroactifs attachés à son jugement, malgré la mise en œuvre de son pouvoir de modulation. Il s'agit même, dans la plupart des cas, d'une obligation que le juge s'est imposé à lui-même dans le souci de sauvegarder le droit à un recours effectif des personnes ayant agi, en temps utile, à l'encontre des actes pris sur le fondement de la disposition annulée²⁵⁵⁶. Les requérants pourront obtenir la disparition rétroactive des décisions qu'ils auront contestées, alors même que les effets de l'acte, sur la base duquel celles-ci ont été édictées, ne sont pas remis en cause, provisoirement ou définitivement, pour le passé. En d'autres termes, l'annulation « pour l'avenir » et/ou différée du second n'a aucune influence sur la portée dans le temps de l'annulation prononcée à l'encontre des premières, pourvu que les requérants aient agi avant la date du jugement statuant sur la légalité de l'acte initial.

Le juge entend ainsi préserver une partie de l'« effet utile » de la sanction juridictionnelle, même si la rétroactivité de sa décision reste limitée à la sphère contentieuse. Cette « exception à l'exception » montre que la modulation dans le temps des effets de la chose jugée ne saurait remplir une fonction absolutoire. En effet, le strict maintien de la totalité des effets passés de la décision illégale obligerait à considérer que les mesures prises à sa suite n'ont, à aucun moment, été privées de base légale, ce qui aurait pour conséquence inéluctable de priver d'effet tous les recours engagés contre elles. Le mécanisme de l'exception de l'illégalité, dont on sait qu'il demeure indifférent à la question de savoir si un recours direct a été intenté à l'encontre de l'acte de base ou si celui-là a abouti à l'annulation de celui-ci²⁵⁵⁷, se trouverait par là purement et simplement mis en échec. L'atteinte portée au principe de légalité au nom de la sécurité juridique par la technique de la modulation des effets dans le temps de la chose jugée trouve ici sa limite naturelle dans la garantie d'effectivité que constitue la rétroactivité pour le recours en annulation²⁵⁵⁸. Dans cette perspective, il est tout aussi excessif de priver totalement un jugement déclaratif de tout effet sur le passé de l'ordonnancement juridique que de laisser la rétroactivité juridictionnelle se propager librement et sans limite.

696. Aussi, lorsqu'il modère, supprime, ou diffère l'effet rétroactif d'un jugement d'annulation, le juge prend-il le soin de réserver le sort des actions contentieuses engagées, à la date de sa décision, contre les « actes-conséquences » de la décision illégale²⁵⁵⁹. Cela signifie que l'annulation juridictionnelle produit toujours un effet rétroactif, mais uniquement à l'égard des requérants qui ont agi

²⁵⁵⁶ Comme le soulignait C. Devys dans ses conclusions sur la décision *Association AC !*, « il en va, nous semble-t-il de l'équilibre du procès » (C. DEVYS, concl. préc., p. 465). La protection accordée aux actions contentieuses en cours à la date du jugement peut également être rattachée à l'art. 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'une des composantes est le droit à l'exécution des décisions de justice (cf., plus haut, p. 468, n° 590 ; CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, préc. ; voir également, N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., pp. 30-31). Sur l'ensemble de la question, voir F. BLANCO, thèse préc., p. 520 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1188 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., pp. 447-448.

²⁵⁵⁷ Cf., respectivement, CE, Sect., 9 novembre 1966, *Toumbouros*, req. n° 58.903, Rec., p. 593 ; Sect., 20 juin 1997, *Kessai*, req. n° 168.019, Rec., p. 251, *AJDA*, 1997, n° 11, p. 894, concl. R. ABRAHAM. Sur ce point, voir J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, *loc. cit.*

²⁵⁵⁸ Cf., dans le même sens, N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 30.

²⁵⁵⁹ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. et la jurisprudence subséquente.

en temps utile. Certaines des conséquences de l'illégalité entachant la décision initiale continuent donc d'être tirées pour le passé, en dépit de l'aménagement de la rétroactivité du jugement d'annulation. Cette exception permet, comme on l'a dit, de préserver toute l'efficacité du mécanisme de l'exception d'illégalité.

697. Toutefois, la protection accordée aux litiges en cours au jour du jugement dont les effets dans le temps font l'objet d'une modulation n'est pas absolue. La réserve des actions contentieuses engagées à cette date est levée chaque fois qu'elle est susceptible de créer un « effet d'aubaine » de nature à priver d'effet utile la modulation décidée par le juge administratif. Détournée de son objectif, cette réserve devient alors source de spéculation contentieuse, privant la modulation des effets de la chose jugée de tout effet utile.

Un certain nombre de requérants, parmi « *les plus astucieux* », peuvent profiter de la « *petite fenêtre* » offerte par le délai séparant la date de l'audience de celle de lecture de la décision²⁵⁶⁰ pour déposer, en masse, des recours destinés à mettre en cause les décisions prises sur le fondement de l'acte en passe d'être annulé. La réaction rapide de ces administrés, qui n'avaient pas songé à faire valoir leurs droits plus tôt, si elle leur permet de bénéficier de la rétroactivité de l'annulation, porte en elle le risque d'une neutralisation de l'effet de la réserve émise par le juge. Il s'ensuit que la limitation de la modulation des effets dans le temps de la chose jugée peut provoquer, du fait du nombre élevé des procédures engagées, une déstabilisation tout aussi importante pour la sécurité juridique que celle qui aurait résulté du jeu normal de la rétroactivité du jugement déclaratif.

En conséquence et comme il a été dit plus haut, un nouveau bilan doit être établi par le juge afin de déterminer, en fonction des considérations propres au litige, s'il y a lieu d'éteindre les procédures en cours à la date de son jugement en renonçant à l'application de la réserve les concernant. Ce bilan est pleinement intégré à l'appréciation générale menée sur la nécessité de moduler les effets dans le temps de la chose jugée²⁵⁶¹. Suivant la même logique, le juge établit, en fonction du nombre de recours engagés et de leur incidence, si la « brèche » procédurale ouverte par sa décision emporte des conséquences excessives pour la sécurité juridique. Dans le cas où le nombre des contentieux déjà engagés est faible et leur ampleur limitée, le juge décidera de maintenir la réserve. À l'inverse, s'il ressort des données de l'espèce que l'effet de la réserve est plus ou moins complètement neutralisée par le « flot » contentieux, le juge écartera son application, voire renoncera purement et simplement à la modulation. Dans ce dernier cas, le retour au jeu normal de la rétroactivité se justifie par le fait que l'intervention de la décision du juge a été anticipée par les différents acteurs. Les effets brutaux et déstabilisateurs de l'effet rétroactif du jugement se trouvent, en quelque sorte, « désamorçés ».

698. On ne manquera pas de relever à nouveau le « jeu de miroirs » existant entre le jugement et la loi dans leur rapport à la rétroactivité. La prise en compte de la création d'un « effet d'aubaine » participe de la justification du recours à la rétroactivité par le législateur, tandis qu'elle commande son rétablissement par le juge.

De manière plus générale, il paraît tentant d'assimiler le pouvoir juridictionnel d'aménagement de la rétroactivité de la chose jugée avec le pouvoir de validation rétroactive détenu par le législateur. Néanmoins, le pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée ne confère pas au juge

²⁵⁶⁰ C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1188.

²⁵⁶¹ Cf., en ce sens, CE, 17 décembre 2010, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB) et autres*, préc. et la note d'O. BUI-XYAN déjà citée, spéc. p. 858.

un pouvoir de « validation » de l'acte irrégulier²⁵⁶², dont on pourrait affirmer qu'il serait comparable à celui détenu par le législateur. Si tel était le cas, l'annulation « pour l'avenir » aurait une incidence sur l'issue des procès en cours au jour du jugement, en ce qu'elle obligerait les juridictions compétentes à prononcer un non-lieu à statuer. Or, une telle éventualité se trouve empêchée par la réserve systématiquement faite des actions contentieuses engagés antérieurement à cette date. De surcroît, la mise en œuvre du pouvoir de modulation est suspendue à l'obligation faite au juge, par dérogation à la règle de l'économie des moyens, de vérifier qu'aucune autre illégalité que celle qu'il neutralise ne subsiste dans l'ordonnancement juridique en conséquence de sa décision. De son côté, le législateur n'est aucunement soumis à une telle contrainte. Il reste que le pouvoir juridictionnel de modulation, comme le pouvoir législatif de validation, ne remplissent pas une fonction absolutoire. Outre la réserve des procès en cours que le juge s'impose à lui-même, la validation législative se limite à couvrir un ou plusieurs vices déterminés, sans que le législateur soit assuré du sort de la décision validée, celle-ci pouvant toujours être annulée par le juge pour d'autres motifs.

699. Conclusion du § 1. La rétroactivité a été, pendant longtemps, considérée comme consubstantielle au jugement déclaratif et, en tant que telle, comme devant jouer de manière automatique. Ce lien s'est imposé avec d'autant plus de force que la rétroactivité constitue, même encore aujourd'hui, une garantie essentielle du plein rétablissement de la légalité méconnue par l'autorité administrative. Ainsi conçue, la rétroactivité du jugement invalidant une décision administrative a relevé, jusqu'à une période récente, de l'évidence même. Elle a été considérée comme un mécanisme naturel de la chose jugée, aux conséquences parfois regrettables, mais qui reposait sur de solides fondements. Aussi son jeu libre n'a-t-il rencontré que peu d'obstacles. La propagation incontrôlée, ou difficilement contrôlable par un juge de la légalité « à l'étroit dans ses pouvoirs d'annulation »²⁵⁶³, de ses effets dévastateurs a finalement décidé le juge à « reprendre la main » sur les conséquences découlant de ses propres décisions afin de garantir un minimum de sécurité juridique.

La consécration d'un pouvoir d'aménagement des effets dans le temps de la chose jugée conduit à assigner à la rétroactivité un rôle plus mesuré. Elle constitue désormais la solution de principe de l'action dans le temps du jugement dans le contentieux objectif de la légalité. De manière exceptionnelle, elle peut être mise partiellement ou totalement en échec, chaque fois qu'elle s'avère nocive pour l'intérêt général. Il ne s'agit donc pas de mettre en question sa légitimité, mais de lui imposer une certaine discipline. Comme le rappelait, à juste titre M. Pacteau, « *Le retour en arrière est dans la logique de l'annulation dont le but recherché est d'effacer et d'effacer le plus possible ; l'État de droit l'impose ; la chose jugée le veut ! La jurisprudence 'Association AC !' qui le permet ne peut et ne doit être que d'exception et très exceptionnelle, au service d'intérêts majeurs et sans torts eux-mêmes majeurs* »²⁵⁶⁴.

S'il paraît essentiel de conserver le lien entre rétroactivité et sanction de l'illégalité dans le contentieux objectif de légalité, il en va différemment dans le contentieux subjectif. L'aménagement des effets du jugement dans le contentieux contractuel a conduit le juge administratif à aller plus loin que la mise en échec exceptionnelle de sa rétroactivité.

²⁵⁶² F. BLANCO, thèse préc., p. 510 ; M. LOMBARD, note préc., p. 28.

²⁵⁶³ M. HAURIOU, note sous CE, *Daroux*, 26 juin 1908, Rec., p. 688, S., 1908, III, p. 129, spéc. p.

²⁵⁶⁴ B. PACTEAU, note sous CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, req. n° 283.141, Rec., p. 204, *RFDA*, 2008, n° 5, p. 964, spéc. p. 967.

§ 2 : La marginalisation de la rétroactivité du jugement dans le contentieux contractuel

700. À l'origine de la marginalisation de la rétroactivité dans le contentieux contractuel, il y a un constat identique à celui établi dans le contentieux objectif de légalité. Confronté à une irrégularité entachant tout ou partie des clauses du contrat, un acte détachable ou l'une de ses mesures d'exécution, le juge du contrat déclare sa nullité ou, plus exceptionnellement, prononce son annulation. Dans un cas comme dans l'autre, les effets du contrat, de l'acte détachable, voire dans quelques cas ceux de la mesure d'exécution, disparaissent rétroactivement de l'ordonnement juridique. Leur anéantissement, pour le passé comme pour l'avenir, remet en cause les relations que les parties ont nouées entre elles jusque-là. Elles doivent alors liquider les rapports qu'elles ont entretenus par le passé, notamment en restituant les prestations déjà effectuées. C'est dire que l'effet rétroactif attaché de plein droit à la décision du juge bouleverse, de manière radicale, les relations contractuelles.

La limitation de la rétroactivité du jugement dans le contentieux contractuel part d'une prémisse identique à celle qui a prévalu dans le contentieux objectif de la légalité et, en particulier, dans celui de l'excès de pouvoir. À l'instar de l'annulation d'une décision unilatérale, l'annulation ou la déclaration de nullité du contrat emporte, en raison de l'effet rétroactif de plein droit attaché à l'une comme à l'autre, des conséquences brutales et excessives sur les situations juridiques préexistantes. Le caractère automatique de la rétroactivité, combiné aux répercussions importantes qu'elle provoque, ont ainsi été dénoncés par la doctrine dans le domaine contractuel également²⁵⁶⁵. Les mêmes constats ont abouti à une même conclusion. La rétroactivité juridictionnelle doit être limitée, voire écartée, lorsqu'elle entraîne des conséquences néfastes et perturbatrices sur l'ordonnement juridique et les situations juridiques antérieures. Si les excès de la rétroactivité de ses décisions ont conduit le juge administratif à vouloir l'encadrer plus strictement, voire à l'écarter dans certains cas, ce ne sont pas les mêmes solutions qui ont été retenues dans le contentieux contractuel et dans le contentieux objectif de la légalité.

L'office du juge du contrat a suivi son propre cheminement dans la détermination des conséquences de la chose jugée et dans la maîtrise de ses effets dans le temps. Ces progrès sont indissociables de l'ouverture graduelle du contentieux de la validité du contrat à d'autres requérants que les parties au contrat. C'est donc à travers les différentes étapes du développement de ce contentieux que peut être mesurée l'emprise que s'est assurée progressivement le juge du contrat sur la rétroactivité de ses décisions.

Dans un premier temps, la jurisprudence administrative n'a pas développé de moyens sérieux de lutte contre la rétroactivité attachée de plein droit à la nullité du contrat. À cela, on peut avancer deux raisons : la conception purement déclarative qu'avait le juge de son office et le monopole de la nullité comme sanction des irrégularités entachant le contrat. De ces deux éléments, il est résulté un lien d'automatisme entre irrégularité et nullité du contrat, auquel s'est ajouté celui unissant nécessairement nullité et rétroactivité. Ainsi, la rétroactivité de la chose jugée s'imposait dans toute sa rigueur aux

²⁵⁶⁵ F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », *CJEG*, 2002, n° 592, p. 571, spéc. p. 575 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Comment régler le sort des contrats nuls ? », *CMP*, 2003, n° 1, p. 3 ; A. PERI, « Le concept de nullité en droit des contrats administratifs » préc., p. 29 ; P. TERNEYRE, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », préc., p. 76 et s. Voir, dans le même sens, H. SAVOIE, concl. sur CE, Sect., 20 octobre 2000, *Société Citécable Est*, préc., *RFDA*, 2001, n° 2, p. 359, spéc. p. 364 ; E. GLASER, concl. sur CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 143.

cocontractants, au nom du strict rétablissement de la légalité. Au gré de l'ouverture du contentieux contractuel aux tiers et de l'accroissement corrélatif du contentieux de la validité du contrat, l'impuissance du juge du contrat face aux conséquences perturbatrices de la rétroactivité de ses décisions est devenue intenable (I).

En réaction, le juge du contrat s'est davantage préoccupé des conséquences de la chose jugée en s'attaquant, notamment, à la mécanique implacable de la nullité. Il a progressivement accordé une importance croissante à la stabilité des relations contractuelles²⁵⁶⁶, pour considérer *in fine* que les atteintes qui lui sont portées justifient la mise en échec de la rétroactivité. À travers l'enrichissement progressif de son office, le juge du contrat s'est octroyé les moyens propres à lui assurer une plus grande maîtrise des conséquences de la chose jugée. Néanmoins, cet enrichissement a consisté, non pas à aménager la mise en œuvre de pouvoirs existants, comme cela a été le cas dans le contentieux objectif de légalité, mais à consacrer de nouveaux pouvoirs de sanction des irrégularités du contrat²⁵⁶⁷. Or ces pouvoirs ont en commun de favoriser la non-rétroactivité comme solution de principe des effets dans le temps du jugement en matière contractuelle. Au sein de l'office rénové du juge du contrat, la rétroactivité tient désormais une place marginale parmi les différents dénouements envisageables du litige en la matière (II).

I – L'ABSENCE INITIALE DE TEMPERAMENT A LA RETROACTIVITE DU JUGEMENT DE NULLITE DU CONTRAT

701. Jusqu'à une période récente, le contentieux contractuel se caractérisait par l'absence de tout tempérament, ou limitation, apportés à la rétroactivité des jugements de nullité du contrat irrégulier. Suivant un enchaînement logique implacable, s'il était établi qu'un vice affectant la validité du contrat contesté était de nature à le rendre nul, le juge devait prononcer d'office sa nullité, ce qui emportait automatiquement la disparition rétroactive de tous les effets qu'il avait pu produire. L'automatisme de la sanction, en même temps que son caractère d'ordre public, ne laissait guère de place au juge du contrat pour se préoccuper des conséquences de la chose jugée (A). L'ouverture progressive du prétoire à d'autres catégories de requérants que les parties au contrat a accentué les excès produits par la mécanique implacable de la nullité, sans que des tempéraments soient apportés, ou des limites fixées, à la rétroactivité qui lui est attachée de plein droit (B).

²⁵⁶⁶ Pour un rappel de cette évolution, cf., notamment, E. GLASER, concl. préc., pp. 146-147.

²⁵⁶⁷ Sur l'ensemble de la question, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., spéc. p. 31, n° 28.

A/ Les excès de la rétroactivité attachée de plein droit au jugement de nullité du contrat

702. Initialement, le contentieux de la validité du contrat se limitait aux seules parties, lesquelles ont, de fait, peu d'intérêt à cette action²⁵⁶⁸. Il était, par ailleurs, marqué par l'autolimitation du juge de pleine juridiction, lequel ne se reconnaissait pas de pouvoir de réformation ou d'annulation du contrat irrégulier, mais uniquement la faculté de constater sa nullité²⁵⁶⁹. Il se déclarait même incompétent pour annuler ou déclarer nulles, sauf exception, les mesures d'exécution du contrat²⁵⁷⁰. Le juge se trouvait également soumis à une contrainte supplémentaire, tenant à ce que toutes les irrégularités de nature à entraîner la nullité du contrat étaient d'ordre public²⁵⁷¹. Le juge n'avait donc d'autre choix, en présence de vices affectant les conditions de formation de l'acte contractuel, que de déclarer sa nullité²⁵⁷². Comme le souligne M. Glaser, « le juge du contrat était à la fois un juge prisonnier, un juge instrumentalisé, voire, parfois, un juge irresponsable »²⁵⁷³.

703. Le « corset » dans lequel se trouvait engoncé le juge du contrat ne constituait pas *a priori* un obstacle à la consécration par ce dernier de solutions propres à tempérer, voire à écarter, la rétroactivité de ses décisions, lorsque des nécessités pratiques le justifieraient. Ainsi aurait-il très bien pu transposer

²⁵⁶⁸ Le recours en nullité était ainsi fermé aux tiers (CE, Sect., 19 janvier 1934, *Ville de Noeux-les-Mines*, Rec., p. 99, Sect., 17 janvier 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité et ville de Tonneins*, Rec., p. 76 ; Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, req. n° 99.613, Rec., p. 22, *AJDA*, 1979, n° 1, p. 37, concl. R. DENOIX DE SAINT-MARC ; 14 mars 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, req. n° 119.055, Rec., T., p. 638, *RFDA*, 1998, n° 2, p. 349, note P. DELVOLVÉ), à l'exception du contribuable de la commune lorsqu'il était autorisé à agir aux lieu et place de cette dernière (CE, Sect., 29 novembre 1929, *Sieurs Chatelot et autres*, Rec., p. 1049 ; 29 décembre 2000, *Comparat*, req. n° 219.918, Rec., p. 658, *BJDCP*, 2001, n° 17, p. 337, concl. P. FOMBEUR ; 1^{er} juillet 2009, *Compagnie des transports de la Roche-sur-Yon*, req. n° 306.756, Rec., p. 247, *AJDA*, 2009, n° 35, p. 1951, note J.-D. DREYFUS, *BJCP*, 2009, n° 66, p. 411, concl. A. COURRÈGES, *CMP*, 2009, n° 8-9, p. 41, note J.-P. PIETRI, *JCP A*, 2009, n° 40-41, p. 14, note G. MOLLION, *RFDA*, 2009, n° 5, p. 1087). Pour des ex. d'action en nullité menées par les parties, cf. CE, Sect., 17 janvier 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité et ville de Tonneins*, préc. ; 9 juillet 1937, *Commune d'Arzon*, Rec., p. 680, *AJDA*, 1972, p. 245 ; 29 janvier 1947, *Michaux*, Rec., p. 35, *RDP*, 1948, n° 1, p. 82, note THEIS ; Sect., 4 mai 1990, *Compagnie industrielle maritime (CIM)*, req. n° 71.707, Rec., p. 113, *RFDA*, 1990, n° 4, p. 81, concl. M. DE GUILLENCHMIDT ; 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, req. n° 205.143, Rec., p. 573, *AJDA*, 2001, n° 2, p. 101, obs. L. RICHER et n° 3, p. 219, étude L. RICHER, *CJEG*, 2001, n° 575, p. 148, note P. SUBRA DE BIEUSSES, *CMP*, 2001, n° 2, p. 14, obs. F. LLORENS ; Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304.802, Rec., p. 509, concl. E. GLASER, *GACA* n° 9 et *GAJA* n° 118, *AJDA*, 2010, n° 3, p. 142, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI et 2011, p. 310, étude E. GLASER et p. 665, chr. A. LALLET et X. DOMINO, *BJCP*, 2010, n° 69, p. 138, concl. E. GLASER, *CMP*, 2010, n° 3, p. 38, note P. REES, *Gaz. Pal.*, 14 mars 2010, n° 72-75, p. 13, note B. SEILLER et 2 avril 2010, n° 92-93, p. 15, note J.-L. PISSALOUX, *JCP A*, 2010, n° 18, p. 21, note F. LINDITCH, *RDI*, 2010, n° 5, p. 265, note R. NOGUELLOU, *RDP*, 2010, n° 2, p. 553, chr. H. PAULIAT, *RFDA*, 2010, n° 3, p. 519, note D. POUYAUD et p. 1089, étude J.-F. LAFAIX, *RJEP*, 2010, n° 676, p. 19, note J. GOURDOU et P. TERNEYRE. Voir également, D. CASAS, concl. sur CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., *BJCP*, 2007, n° 54, p. 391, spéc. p. 392 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 19, n° 18 ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 108, n° 89 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 439, n° 699 ; P. TERNEYRE, art. préc., p. 77.

²⁵⁶⁹ Sur ce point, cf., plus haut, p. 273, n° 353.

²⁵⁷⁰ CE, 20 février 1868, *Goguelat*, Rec., p. 198 ; 9 janvier 1957, *Daval*, Rec., T., p. 955 ; 10 mars 1963, *Société coopérative agricole de production La prospérité fermière*, req. n° 54.141, Rec., p. 289 ; Sect., 24 novembre 1972, *Société Ateliers de nettoyage, teintures et apprêts de Fontainebleau*, req. n° 84.054, Rec., p. 753 ; 17 mars 1976, *Leclert*, req. n° 87.204, Rec., T., p. 1008. Sur les exceptions à ce principe et sur l'ensemble de la question, voir A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 1004, n° 1792 ; L. FOLLIOU, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, préc., p. 372 et p. 453 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 327, n° 664 ; P. TERNEYRE, art. préc., p. 90 et p. 92.

²⁵⁷¹ Cf., en ce sens, Y. GAUDEMET, « Remarque sur quelques aspects récents du contentieux des contrats de l'administration », in *'Liber amicorum' G. DAUBLON*, Paris, Defrénois, 2001, p. 111, spéc. p. 117 ; E. GLASER, concl. préc., p. 142 et les ex. cités ; A. PERI, art. préc., p. 29. Pour une position contraire, cf. D. POUYAUD, thèse préc., p. 448, n° 721. Pour des ex., voir CE, 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin*, Rec., p. 335 ; Sect., 28 janvier 1977, *Ministre des Finances c/ Société Heurtey-Métallurgie*, req. n° 99.449, Rec., p. 50, *AJDA*, 1977, n° 7-8, p. 394, concl. M. MORISOT.

²⁵⁷² CE, 9 juillet 1937, *Commune d'Arzon*, préc. ; 13 juillet 1961, 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies*, req. n° 47.355 et 47.851, Rec., p. 473, *AJDA*, 1961, II, p. 548, concl. P. NICOLÄY, *RDP*, 1962, n° 3, p. 535, note M. WALINE ; 26 février 1964, *Entreprise Louis Segrette et Ministre des travaux publics et des transports c/ Entreprise Segrette*, req. n° 57.043 et 60.655, Rec., p. 146, *AJDA*, 1964, II, p. 494, concl. M. COMBARNOUS et obs. J. MONTMERLE ; 11 février 1972, *OPHLM du Calvados*, req. n° 79.402 et 79.495, Rec., p. 135, *AJDA*, 1972, n° 4, p. 245, concl. G. GUILLAUME.

²⁵⁷³ E. GLASER, « Les habits neufs du juge du contrat », *AJDA*, 2011, n° 6, p. 310, spéc. p. 312.

la théorie des fonctionnaires de fait dégagée par le juge de l'excès de pouvoir ou faire application à la personne publique de la théorie du mandat apparent à laquelle recourt le juge civil²⁵⁷⁴. Tel n'a pas été le cas.

704. Certes, on peut raisonnablement estimer que le juge s'est toujours montré réticent à constater la nullité du contrat administratif, notamment en raison de la préoccupation qui est la sienne de préserver la continuité du service public²⁵⁷⁵. Dans cet ordre d'idées, le juge du contrat aurait, en premier lieu, privilégié des stratégies consistant à éviter de déclarer la nullité, plutôt que de rechercher à en atténuer les effets rétroactifs. Ainsi est-il souvent soutenu que la jurisprudence administrative est particulièrement restrictive en matière de vices de consentement²⁵⁷⁶ et qu'elle préfère disqualifier le contrat plutôt que de le déclarer nul²⁵⁷⁷. Dans des cas extrêmes, le juge du contrat s'est même refusé à tirer les conséquences de la nullité pour se placer exclusivement sur le terrain indemnitaire. L'annihilation rétroactive des effets du contrat est écartée, purement et simplement, au profit de l'octroi de dommages-intérêts au cocontractant²⁵⁷⁸. Tel est le cas également, comme on vient de le rappeler, dans le contentieux de l'exécution du contrat. En deuxième lieu, le juge administratif, de manière assez ancienne, a pu prononcer une résiliation du contrat irrégulier ou, plus récemment, autoriser les parties à mettre fin à leur rapports pour l'avenir²⁵⁷⁹, plutôt que de constater sa nullité. Néanmoins, aucune logique ne semble véritablement guider ces alternatives à la disparition rétroactive des effets du contrat, si ce n'est la prise en considération des données particulières de l'espèce²⁵⁸⁰. En dernier lieu, le recours à la technique de la nullité partielle peut être regardé, de manière certes très indirecte, comme un moyen de contenir les effets radicaux de la rétroactivité que produirait la déclaration de la nullité totale du contrat²⁵⁸¹.

705. Toutefois, il paraît pour le moins aventureux de regarder ces divers éléments comme formant une politique jurisprudentielle cohérente qu'aurait menée le juge administratif en vue de limiter les excès de la rétroactivité du jugement de nullité. Une telle conclusion se ferait, en effet, au prix d'une déformation du sens et de la portée de la jurisprudence, ainsi que des mécanismes en cause. Au contraire, il faut plutôt constater l'absence de tout moyen développé par la jurisprudence administrative propre à tempérer les rigueurs de la rétroactivité du jugement, une fois la nullité du contrat déclarée.

²⁵⁷⁴ Cette théorie n'est mise en œuvre par le juge administratif qu'au profit de la personne privée (J. MARTIN, thèse préc., p. 186, n° 353). Sur le refus d'appliquer la théorie du mandat apparent, voir M. MORISOT, concl. sur CE, Sect., 28 janvier 1977, *Ministre des Finances c/ Société Heurtey-Métallurgie*, préc., *AJDA*, 1977, n° 7-8, p. 394, spéc. p. 395. Sur la question, voir, E. GLASER, concl. préc., p. 142 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 599 et s., n° 645 et s. ; J. DEPREZ, thèse préc., t. I, p. 432.

²⁵⁷⁵ Y. GAUDEMET, art. préc., p. 121 ; J. MARTIN, thèse préc., p. 491, n° 929 ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 97, n° 78 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 137, n° 189.

²⁵⁷⁶ J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 19, n° 18 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 137, n° 189. Voir également, B. PLESSIX, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, n° 1, p. 12, spéc. p. 16 ; Y. WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à R. DRAGO*, Paris, Economica, 1996, p. 315, spéc. p. 334.

²⁵⁷⁷ Sur la disqualification du contrat comme alternative à la sanction de la nullité du contrat, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 187, n° 188 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 367, n° 547. Pour un exposé critique, voir E. GLASER, concl. préc., p. 146 ; J. MARTIN, thèse préc., p. 490, n° 926.

²⁵⁷⁸ Voir, concernant les conséquences à tirer de l'illégalité d'une clause de rémunération, CE, 7 février 1986, *Pottier et autres*, req. n° 50.761, Rec., T., p. 610, *D.*, 1986, IR, p. 353, obs. F. LLORENS et p. 423, obs. P. TERNEYRE. Voir également, J. MARTIN, thèse préc., p. 493, n° 932. Cf., plus haut, p. 554, n° 704.

²⁵⁷⁹ CE, 4 février 1824, *Duquesne*, Rec., p. 65 ; 3 juin 1831, *Saint-Brix c/ Ministre de la Marine*, Rec., p. 223 ; 5 février 1875, *Renucci c/ Commune de Gatti-di-Viario*, Rec., p. 110 ; 19 mars 1897, *Audibert, S.*, 1899, III, p. 39 ; 4 mai 1900, *Commune de la Turballe, S.*, 1902, III, p. 85 ; 4 mars 1910, *Thérond*, Rec., p. 193, *GAJA* n° 20, *D.*, 1912, III, p. 57, concl. G. PICHAT, *S.*, 1911, III, p. 17, concl. G. PICHAT, note M. HAURIOU, *RDP*, 1910, p. 256, note G. JÈZE ; 7 mai 1926, *Chartron*, Rec., p. 471 ; TC, 6 mai 2002, *M. et Mme Binet c/ EDF*, req. n° C3287, Rec., p. 544, *AJDA*, 2002, n° 19, p. 1229, note P. SABLIERE, *CMP*, 2002, n° 7-8, p. 28, note J.-P. PIETRI, *JCP A*, 2002, n° 7, p. 210, note J. DUFAU, *JCP G*, 30 octobre 2002, n° 44-45, p. 1964, concl. J. DUPLAT, *RJEP*, 2002, n° 593, p. 646, note B. GENEVOIS. Sur ces ex., cf. J. MARTIN, *loc. cit.* ; B. PLESSIX, *loc. cit.*

²⁵⁸⁰ J. MARTIN, *eod. loc.* ; P. TERNEYRE, *loc. cit.*

²⁵⁸¹ Sur la nullité partielle, voir cf. D. POUYAUD, thèse préc., p. 367, n° 547 ; P. TERNEYRE, art. préc., pp. 78-79.

Tout au plus peut-on réserver les cas exceptionnels dans lesquels le juge se refuse, au cas par cas, à sanctionner la nullité constatée. Même dans ce cas de figure, ce sont principalement des considérations pragmatiques tenant à ce que la déclaration de la nullité n'aurait entraîné aucune conséquence concrète, le contrat ayant été entièrement exécuté bien avant l'intervention du juge, qui conduisent ce dernier, de manière tout à fait contestable au demeurant, à y renoncer.

706. Dans la pratique, il est vrai que l'absence d'incidence concrète de la rétroactivité de la nullité n'est pas pure hypothèse d'école, soit que le contrat n'a pas encore reçu un commencement d'exécution au moment du jugement, soit qu'il a été entièrement exécuté à cette date. Ce dernier cas de figure est beaucoup plus fréquent que le premier, compte tenu des délais relativement longs de prescription de l'action en nullité, auxquels s'ajoute la durée de l'instance²⁵⁸². Alors même que la nullité est déclarée, la mise en jeu de la rétroactivité est devenue inutile sur ce plan. De fait, la sanction de l'irrégularité du contrat reste alors platonique. En revanche, les contrats en cours d'exécution au moment du jugement de nullité, principalement ceux dont l'exécution s'étalent sur une longue durée, sont pleinement frappés par les effets rétroactifs découlant de la déclaration de nullité²⁵⁸³.

707. Que le jugement de nullité produise ou non des effets concrets, il n'en reste pas moins que les conséquences juridiques de l'invalidation du contrat que cette dernière entraîne demeurent. Elles sont loin d'être négligeables du fait de la logique de la rétroactivité. Les parties sont, en effet, tenues de remettre les choses en l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat nul, ce qui implique de procéder à toute une série d'opérations de restitution des prestations déjà effectuées, du moins lorsque cela est encore possible, et de remboursement des sommes versées. L'anéantissement rétroactif des effets du contrat signifie également que les parties en seront réduites, au plan contentieux, à se placer sur un terrain quasi contractuel et/ou quasi délictuel pour tirer les conséquences financières de la nullité²⁵⁸⁴. La faculté dont elles disposent désormais de recourir à la transaction pour liquider leurs rapports ne réduit aucunement les incertitudes, dès lors qu'elle ouvre l'éventualité de la commission de nouvelles illégalités – et partant de nouvelles possibilités de contestation –, avec les suites fâcheuses que l'on sait²⁵⁸⁵.

Les conséquences excessives découlant de la rétroactivité attachée de plein droit au jugement de nullité se sont faites plus durement sentir au fur et à mesure de l'expansion du contentieux contractuel.

B/ Les affres de la rétroactivité juridictionnelle aggravés par la complexification du contentieux contractuel

708. Il n'est pas nécessaire de retracer toute l'évolution qu'a connu le contentieux de la validité du contrat. Elle est bien connue. Il suffit de constater, comme le font du reste la plupart des auteurs, que les

²⁵⁸² Cf., par ex., CE, 28 décembre 1988, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, préc. ; Sect., 20 octobre 2000, *Société Citécable Est*, préc. Sur ce point, voir D. PIVETEAU, concl. sur CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, préc., *BJDCP*, 2004, n° 33 p. 136, spéc. p. 139.

²⁵⁸³ Voir, en ce sens, F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », préc., pp. 585-589.

²⁵⁸⁴ Sur ce point, cf., plus bas, p. 276, n° 355 et p. 819, n° 1070. Voir également, E. GLASER, concl. préc., pp. 143-144 ; F. LLORENS, art. préc., p. 576 et p. 586 ; J. MARTIN, thèse préc., p. 494, n° 933 ; P. TERNEYRE, art. préc., p. 85 ; T. TROTTIER, concl. sur CAA Marseille, 30 avril 2003, *Compagnie générale de stationnement*, req. n° 99MA01946 et 26 juin 2003, *Compagnie générale de stationnement c/ Ville de Toulon*, req. n° 99MA01920, *BDCP*, 2004, n° 32, p. 26.

²⁵⁸⁵ F. LLORENS, art. préc., p. 585 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Comment régler le sort des contrats nuls », *CMP*, 2003, n° 1, p. 3.

causes de nullité, comme les voies de recours susceptibles de déboucher sur la remise en cause rétroactive du lien contractuel se sont progressivement multipliées.

D'un côté, les irrégularités de nature à entraîner l'annulation ou la déclaration de nullité du contrat sont devenues nombreuses, voire infinies, au gré de la complexification du droit des contrats publics et, en particulier, de l'augmentation des règles applicables aux contrats soumis à procédure²⁵⁸⁶.

De l'autre, les voies de recours permettant aux tiers de remettre en cause, de manière directe ou indirecte, la validité du contrat ont également connu un essor important. D'abord, le recours pour excès de pouvoir a été ouvert au préfet à l'encontre des contrats des collectivités territoriales, soumis ou non à l'obligation de transmission, ainsi qu'aux tiers qui entendent contester un contrat de recrutement d'un agent public. Ensuite, le développement de la théorie de la détachabilité a étendu de manière considérable le champ des actes contestables par les tiers devant le juge de l'excès du pouvoir, celui-ci allant désormais des actes ayant concouru à la formation du contrat à certaines de ses mesures d'exécution, en passant par celles de ses clauses qui présentent une nature réglementaire²⁵⁸⁷. Corrélativement, ce contentieux « périphérique » du contrat a fait l'objet d'un décloisonnement progressif, augmentant fortement le risque d'étendre le litige initié par un tiers au contrat lui-même et *in fine* d'aboutir à la déclaration de sa nullité par le juge de pleine juridiction²⁵⁸⁸. Ce mouvement a été grandement facilité par l'attribution au juge administratif d'un pouvoir d'astreinte²⁵⁸⁹ et d'injonction²⁵⁹⁰ en vue d'assurer l'exécution de la chose jugée. Ainsi, ayant obtenu l'annulation d'un acte détachable devant le juge de l'excès de pouvoir, les tiers peuvent ensuite saisir le juge de l'exécution pour lui demander d'enjoindre aux parties d'agir en nullité devant le juge du contrat. Si le juge de l'exécution estime que l'annulation de l'acte détachable entraîne nécessairement, eu égard au motif de l'annulation et au degré de relation avec le contrat, la nullité de ce dernier, le juge du contrat sera alors tenu, après avoir été saisi par les parties, de la déclarer²⁵⁹¹. Même si le juge de l'exécution dispose d'un large

²⁵⁸⁶ Cf. les inventaires d'E. GLASER, concl. préc., p. 140 et s. et de D. POUYAUD, thèse préc., p. 23 et s. et n° 1 et s. Voir également, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 9 et s., n° 8 et s. ; F. LLORENS, art. préc., p. 573. Voir également, S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr. sous CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *AJDA*, 2010, n° 3, p. 142, spéc. p. 143.

²⁵⁸⁷ Sur l'ensemble de ces points, cf., plus haut, p. 274, n° 354 ; D. de BÉCHILLON, « Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle : une présentation graphique », *LPA*, 14 mai 1990, n° 58, p. 10 ; D. de BÉCHILLON et P. TERNEYRE, fasc. préc., p. 17, n° 103 ; D. CASAS, concl. préc., p. 393 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 21, n° 20 ; D. POUYAUD, note sous TA Versailles, 23 octobre 1997, *Société Plastic Omnium c/ SICTOM Région Isle Adam*, *Dr. adm.*, 1998, n° 4, p. 4 ; P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats. Pour le centenaire de l'arrêt *Martin* », *RFDA*, 2006, n° 1, p. 24.

²⁵⁸⁸ Sur l'étanchéité initiale du contentieux de l'acte détachable du contrat, cf. CE, 4 août 1905, *Martin*, req. n° 14.220, Rec., p. 749, concl. J. ROMIEU, *GAJA* n° 15, *D.*, 1907, III, p. 49, concl. J. ROMIEU, *S.*, 1906, III, p. 49, note M. HAURIOU, *RDP*, 1906, p. 249, note G. JÈZE ; R. ALIBERT, *op. cit.*, p. 165 ; M. FORNACCIARI, « Contribution à la résolution de quelques "paradoxes" », *EDCE*, 1988, n° 39, p. 94, spéc. p. 95 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, art. préc., p. 256. Pour une étude historique, voir L. FOLLIOU, thèse préc., p. 241 et s. ; B. PLESSIX, thèse préc., p. 101, n° 82. Sur l'évolution du contentieux des actes détachables, voir D. de BÉCHILLON et P. TERNEYRE, fasc. préc., p. 18, n° 107 ; D. CASAS, concl. préc., p. 396 ; Y. GAUDEMET, art. préc., p. 114 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 17, n° 16 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. II, p. 1035 et s., n° 1824 et s. ; J. LEFOULON, « Contribution à l'étude de la distinction des contentieux, le problème de la compétence du juge du contrat en matière administrative », *AJDA*, 1976, n° 9, p. 396, spéc. p. 402 ; D. POUYAUD, « Recours pour excès de pouvoir des tiers et contrats publics », *BJDCP*, 1999, n° 3, p. 238 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 172, n° 317 ; P. TERNEYRE, art. préc., p. 74 ; P. WEIL, thèse préc., p. 202. Sur cette question, voir également, G. DARCY, « Variations sur l'acte détachable du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, p. 507.

²⁵⁸⁹ Art. 2 de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (JORF du 17 juillet 1980, p. 1799), codifié à l'art. L. 911-3 et s. du CJA.

²⁵⁹⁰ Art. 62 et s. de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (JORF n° 34 du 9 février 1995, p. 2175), codifié à l'art. L. 911-1 et s. du CJA. Sur cette question, voir C. MAUGÜÉ, « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », préc. ; A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, préc.

²⁵⁹¹ Cf., respectivement, CE, 1^{er} octobre 1993, *Société "Le Yacht-Club International" de Bormes-les-Mimosas*, préc. ; Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, req. n° 124.244, Rec., p. 430, concl. R. SCHWARTZ, *AJDA*, 1994, n° 12, p. 867, chr. L. TOUVET et J.-H. STAHL, *RFDA*, 1994, p. 1090, note D. POUYAUD ; Section du rapport et des études, Avis, 3 décembre 1997, préc. ; Sect., 26 mars 1999, *Société Hertz France*, préc. Sur l'évolution de ces critères, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 164, n° 166. Le juge de

pouvoir d'appréciation, ce qui signifie que le contrat ne subit pas systématiquement les effets de l'annulation d'un acte détachable, il n'en reste pas moins que l'ouverture progressive du prétoire aux tiers a conduit à une augmentation de l'intervention du juge du contrat au titre de la remise en cause, avec effet rétroactif, de la validité du contrat administratif²⁵⁹².

709. De ce double mouvement, il est résulté un accroissement des jugements de nullité de contrats administratifs irréguliers, sans que le juge ait la possibilité d'en atténuer les conséquences. L'automatisme à la fois de la déclaration de la nullité, en présence d'une irrégularité de nature à l'entraîner, et de la rétroactivité attachée de plein droit à la nullité a été perçue comme une mécanique implacable et aux conséquences excessives. L'impression dominante est rapidement devenue celle d'un paradoxe flagrant entre, d'un côté, des parties qui pouvaient facilement se délier de leurs obligations ou y être contraintes par un tiers et, de l'autre, un juge qui était obligé de prononcer d'office, et pour une infinité de causes, la nullité du contrat, sans pouvoir peser sur les conséquences de sa propre décision. Le risque qui en est résulté a été celui de voir de plus en plus fréquemment les rapports contractuels bouleversés par l'anéantissement rétroactif des effets du contrat, avec les difficultés souvent inextricables qui s'en suivent. Partant, le déséquilibre entre une contestabilité grandissante du contrat, d'une part, et les effets radicaux produits par la sanction de son irrégularité, d'autre part, est apparu insupportable au regard de l'exigence de sécurité juridique²⁵⁹³.

710. Face à un tel constat, deux solutions étaient envisageables. La première consistait à doter le juge du contrat d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de ses déclarations de nullité. La rétroactivité aurait pu être atténuée, voire mise en échec, chaque fois qu'elle aurait comporté des inconvénients pour l'intérêt général s'attachant au maintien du lien contractuel, tel la nécessité de garantir la continuité du service public. Si elle avait ses mérites, une telle consécration n'aurait réglé qu'en partie le problème de la fragilité des contrats, en raison de la persistance de nombreux vices de nature à entraîner l'invalidation du contrat²⁵⁹⁴. Il reste que cette solution a été intégrée à l'enrichissement plus général de l'office du juge du contrat. Elle vaut désormais non seulement pour les contrats à l'encontre desquels un recours pour excès de pouvoir peut être directement intenté, mais également pour ceux contestés par la voie d'un recours en nullité.

La seconde consistait à rénover l'office du juge du contrat en faisant de la nullité une solution de dernier recours. Plutôt que d'agir directement sur la portée temporelle de la chose jugée, la jurisprudence administrative a choisi de diversifier les moyens mis à la disposition du juge pour sanctionner une irrégularité entachant le contrat, ce qui apparaît, du reste, tout à fait conforme au rôle

l'exécution n'est tenu d'enjoindre la saisine du juge du contrat que si le jugement d'annulation dont l'exécution est demandée est devenu définitif (CE, 9 avril 2010, *Commune de Levallois-Perret*, req. n° 309.480 et 309.481, Rec., p. 106, *AJDA*, 2010, n° 24, p. 1374, note J.-D. DREYFUS, *BJCP*, 2010, n° 71, p. 274, concl. N. BOULOUIS, *CMP*, 2010, n° 6, p. 44, note P. REES, *Gaz. Pal.*, 4 juillet 2010, n° 185-187, p. 15, note B. SEILLER, *RDC*, 2011, n° 1, p. 213, note P. BRUNET, *RDI*, 2010, n° 7-8, p. 382, note S. BRACONNIER, *RJEP*, 2010, n° 676, p. 19, note J. GOURDOU et P. TERNEYRE).

²⁵⁹² Sur l'ensemble de ces points, cf., outre les références déjà citées, D. de BÉCHILLON et P. TERNEYRE, fasc. préc., p. 25, n° 146 ; N. DANTONEL-COR, « Contentieux du contrat administratif. L'annulation de l'acte détachable », *Dr. adm.*, 1999, n° 7, p. 7 ; Y. GAUDEMET, art. préc., p. 113 ; J. GOURDOU, thèse préc., p. 271 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 22, n° 21 ; L. MARCUS et A. PERRIN, « Annulation de l'acte détachable et distinction des contentieux », *Dr. adm.*, 2006, n° 1, p. 5 ; B. PACTEAU, « Quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité et l'exécution du contrat auquel cet acte se rapporte ? », *CJEG*, 1991, p. 115 ; A. PERRIN, thèse préc., p. 413, n° 545 ; D. POUYAUD, « Les modes d'annulation du contrat administratif », *RDC*, 2006, n° 3, p. 980, spéc. p. 982.

²⁵⁹³ On retrouve ce constat sous la plume des commissaires du gouvernement (cf. D. CASAS, concl. préc., p. 396 ; E. GLASER, concl. préc., p. 146).

²⁵⁹⁴ La solution n'est pas plus adaptée au contentieux des actes détachables, dès lors que la modulation des effets dans le temps du jugement d'annulation n'efface pas l'irrégularité dont est affecté le contrat (J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 173, n° 176). Pour un ex., cf. CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble*, préc.

traditionnel du juge de pleine juridiction. En empruntant cette voie, le juge administratif relègue la rétroactivité à une place résiduelle parmi les différentes conséquences à tirer de l'irrégularité d'un contrat administratif.

II – LA RESTRICTION GRADUELLE DE LA RETROACTIVITE DE L'INVALIDATION JURIDICTIONNELLE DU CONTRAT

711. La poursuite de l'évolution du contentieux contractuel s'est traduite par une volonté d'assurer, autant que faire se peut, la stabilité des situations juridiques ou, à tout le moins, de lui redonner la place qui doit être la sienne dans un domaine où la sécurité et la pérennité des rapports doivent, plus qu'ailleurs, être garanties. Ces changements se sont manifestés par une diversification des sanctions des irrégularités du contrat. Graduellement, la nullité du contrat est devenue l'exception, par rapport à d'autres solutions alternatives privilégiant le maintien pour le passé des effets produits par le contrat irrégulier.

L'idée principale est que si les conséquences de la nullité du contrat administratif apparaissent excessives, voire même simplement inappropriées, il faut lui substituer une sanction plus ciblée, mieux adaptée, au traitement de l'irrégularité constatée²⁵⁹⁵. Parmi celles-ci, la disparition rétroactive des effets de l'acte vicié apparaît nécessairement comme une solution radicale et perturbatrice, dès lors qu'elle fait sortir les parties du cadre du contrat. Faute pour elle de permettre le maintien du lien contractuel, au passé comme au présent, la nullité est reléguée au dernier plan et, du même coup, la rétroactivité comme remède à l'illégalité du contrat. Cette approche tranche radicalement avec l'attitude adoptée jusqu'alors par la jurisprudence administrative. Elle consistait, de manière quelque peu paradoxale, à tenter d'échapper à la mécanique implacable de la nullité, tout en la maintenant comme sanction de droit commun des irrégularités entachant le contrat administratif.

Dans une perspective faisant ouvertement primer les exigences de stabilité des relations contractuelles sur celles du respect de la légalité, la jurisprudence administrative a « confiné » la rétroactivité du jugement invalidant un contrat, ne la faisant jouer que dans des cas extrêmes. Certes, la jurisprudence antérieure témoignait déjà d'une telle démarche dans un souci de garantir la continuité du service public²⁵⁹⁶, mais celle-ci ne faisait pas l'objet d'une véritable politique jurisprudentielle. La mise en échec de la rétroactivité demeurait donc occasionnelle et largement tributaire des données de chaque espèce.

Ce mouvement visant à encadrer plus strictement la rétroactivité, voire à l'écarter par principe, dans le contentieux contractuel a été entamé dans celui des actes détachables. Il s'est poursuivi avec la consécration de voies de recours direct contre le contrat au bénéfice de certaines catégories de tiers. Il a été parachevé par une réforme profonde et globale de l'office du juge du contrat dans le cadre des voies de recours préexistantes (A). Ces évolutions, opérées de manière quasi simultanée, ont abouti à une remise en cause de la place prééminente occupée jusque-là par la nullité dans la sanction des irrégularités du contrat administratif. Cette relégation au rang d'exception de la nullité, sauf dans le contentieux de l'urgence, signifie la marginalisation de la rétroactivité comme mode d'action dans le

²⁵⁹⁵ Sur ces différents points, voir E. GLASER, concl. préc., p. 147 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 181, n° 183 et p. 185, n° 186.

²⁵⁹⁶ CE, Section du rapport et des études, Avis, 25 juin 1989, *EDCE*, 1990, n° 41, p. 127, *CJEG*, 1991, p. 122, chr. B. PACTEAU et 3 décembre 1997, préc. Cf., dans le même sens, J. GOURDOU et P. TERNEYRE, art. préc., p. 251 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 637, n° 681 et p. 644, n° 687 ; D. PIVETEAU, concl. préc., p. 138.

temps du jugement invalidant un contrat administratif. Celle-ci se manifeste à travers le bilan mis en œuvre par le juge du contrat pour déterminer la sanction la mieux adaptée au traitement de l'irrégularité entachant le contrat public (B).

A/ Les étapes de la relégation de la rétroactivité du jugement dans le contentieux contractuel

712. L'évolution du contentieux contractuel a traduit, d'abord, une volonté de limiter les conséquences excessives produites par la mécanique de la nullité à la suite de l'annulation d'un acte détachable du contrat (1). Elle s'est poursuivie avec la consécration de nouveaux recours direct contre le contrat au bénéfice des tiers. La rétroactivité se voit assigner un rôle strictement défini et, en tout état de cause, limité (2). Enfin, c'est plus généralement l'office du juge du contrat qui a subi une réforme profonde, allant dans le sens d'une prise en compte accrue de la stabilité des relations contractuelles et d'une relégation au dernier plan de la rétroactivité du jugement en invalidité du contrat administratif (3).

1°) La limitation des conséquences excessives de la rétroactivité dans le contentieux des actes détachables

713. Les premiers jalons de la transformation du contentieux de la validité du contrat ont été posés dans le contentieux des actes détachables. Le caractère mécanique de la nullité y a été affaibli²⁵⁹⁷, en même temps que de solutions alternatives à la disparition rétroactive des effets du contrat ont été dégagées.

D'abord, le juge de l'exécution s'est reconnu la faculté d'inviter les parties à procéder à la résolution amiable du contrat, c'est-à-dire à mettre fin à leurs relations avec effet rétroactif, préalablement à la saisine du juge du contrat, avant d'accepter que celles-ci n'opèrent qu'une simple résiliation, c'est-à-dire de cesser leurs rapports seulement pour l'avenir²⁵⁹⁸. Le juge a ensuite intégré à son pouvoir d'injonction ces deux alternatives à l'obligation d'exercer une action en nullité²⁵⁹⁹. Il s'ensuit que l'effacement rétroactif des effets du contrat n'est plus nécessairement la conséquence à tirer de la décision du juge de l'exécution établissant que l'annulation d'un acte détachable emporte la nullité du contrat. Cette jurisprudence apparaît critiquable dans le contexte classique du contentieux contractuel, dès lors qu'elle revient à accepter le maintien pour le passé des effets du contrat alors même qu'il est entaché d'un vice de nature à entraîner la nullité du contrat²⁶⁰⁰.

²⁵⁹⁷ S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr. sous CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 144.

²⁵⁹⁸ Cf., respectivement, CE, Sect., 26 mars 1999, *Société Hertz France*, préc. : invitation des parties à résoudre le contrat nul préalablement à la saisine du juge du contrat ; 14 mai 2001, *Avrillier*, req. n° 194.410, Rec., T., p. 1146 : acceptation du recours à la résiliation négociée pour tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable. Au demeurant, cette dernière possibilité était déjà envisagée par l'avis *Avrillier* déjà cité. Sur ce point, cf. J. GOURDOU, art. préc., p. 589 ; J. MARTIN, thèse préc., p. 484, n° 911.

²⁵⁹⁹ Cf., par ex., CE, 8 décembre 2004, *Société Eiffel-Distribution et Société Levallois-Distribution*, req. n° 270.432, Rec., T., p. 804, *CMP*, 2005, n° 2, p. 37, note J.-P. PIETRI ; 25 janvier 2006, *Communauté urbaine de Nantes*, req. n° 257.978, Rec., T., p. 943, *BJCP*, 2006, n° 45, p. 89, concl. N. BOULOUIS, *CMP*, 2006, n° 3, p. 11, note G. ECKERT ; 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble*, préc. Pour d'autres ex., cf. J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 639, note 2.

²⁶⁰⁰ Cf., en ce sens, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 639 et s., n° 683 et s., spéc. p. 643, n° 686.

Ensuite, le juge de l'exécution a davantage pris en compte l'intérêt général dans la détermination des conséquences à tirer de la chose jugée²⁶⁰¹. En matière contractuelle, il a ainsi été conduit à vérifier, après avoir apprécié la nature de l'acte détachable annulé par le juge de l'excès de pouvoir et le vice dont il est entaché, que « *la nullité [du contrat] ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général* »²⁶⁰². Dans l'affirmative, le juge se trouve fondé à refuser d'ordonner la saisine du juge de plein contentieux afin de faire constater la nullité du contrat. En d'autres termes, la remise en cause des effets du contrat pour le passé, voire même pour l'avenir, doit être écartée chaque fois qu'elle porte atteinte à l'intérêt général et, notamment, au fonctionnement continu des services publics. Néanmoins, cette limite posée à l'automatisme de la nullité est demeurée insuffisante, le juge de l'exécution faisant une application prudente de la réserve de l'intérêt général²⁶⁰³. De surcroît, elle se présentait comme une « exception à l'exception ». La déclaration de la nullité du contrat en conséquence de l'annulation de l'acte détachable constituait déjà une exception au principe de l'absence d'incidence de cette annulation sur la validité du contrat. L'absence de remise en cause rétroactive des effets du contrat au nom de l'intérêt général faisait, à son tour, exception au lien de nécessité établi entre l'annulation de l'acte détachable et la nullité du contrat. Il n'en reste pas moins que le juge de l'exécution a entendu privilégier, dès ce stade, d'autres voies que celle de la rétroactivité.

Enfin, saisi par les parties en exécution de la chose jugée en excès de pouvoir, le cas échéant après que le juge de l'exécution leur a enjoint de le faire, le juge du contrat ne s'estime plus contraint de déclarer la nullité du contrat. De la sorte, il réitère le raisonnement mené avant lui en vue de déterminer les conséquences à tirer de l'annulation de l'acte détachable sur le sort du contrat. En d'autres termes, le juge de plein contentieux va s'interroger à nouveau, eu égard aux circonstances de fait et de droit existant à la date de sa décision, sur le risque d'atteinte excessive à l'intérêt général que comporterait l'anéantissement rétroactif des effets du contrat qu'il s'apprête à déclarer nul²⁶⁰⁴. Dans l'affirmative, il renoncera à la nullité au bénéfice d'une solution alternative n'impliquant pas nécessairement de revenir sur le passé de la relation contractuelle.

La jurisprudence administrative a ainsi allumé « *des contre-feux* »²⁶⁰⁵ pour tenter de réduire les inconvénients attachés à la rétroactivité produite par la mécanique implacable de la nullité en matière contractuelle. Le mouvement de « balancier » initié dans le contentieux des actes détachables a pris de l'ampleur avec la consécration de nouvelles voies de recours direct contre le contrat. La rétroactivité se voit attribuer une place strictement délimitée et singulièrement réduite.

²⁶⁰¹ Voir, en ce sens, CE, Sect., 26 janvier 2003, *M. et Mme Bour*, préc. ; Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, préc. ; 23 décembre 2010, *Ministre d'État, Ministre de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durable c/ Commune de Fréjus*, préc.

²⁶⁰² CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, préc. ; 19 juillet 2010, *Centre hospitalier de Béziers*, préc.

²⁶⁰³ D. CASAS, concl. préc., p. 396 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 177, n° 180. Pour un ex. de refus de mettre en jeu la réserve de l'intérêt général, cf. CE, 19 décembre 2007, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) du Confolentais*, préc.

²⁶⁰⁴ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 9 avril 2010, *Commune de Levallois-Perret*, préc., *BJCP*, 2010, n° 71, p. 274, spéc., p. 275 ; D. CASAS, concl. préc., p. 401 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 651, n° 695 et p. 701, n° 748 ; D. PIVETEAU, concl. préc., p. 137. Cf., par ex., TA Paris 15 février 2005, *Ville de Paris c/ Société SITA Île-de-France*, req. n° 03-13894, *Dr. adm.*, 2005, n° 6, p. 20. En revanche, le juge du contrat perd à nouveau toute marge d'appréciation, dès lors que la décision d'annulation de l'acte détachable enjoignant aux parties de le saisir en vue de constater la nullité du contrat est devenue définitive (CE, 9 avril 2010, *Commune de Levallois-Perret*, préc.).

²⁶⁰⁵ Selon la formule de D. CASAS, concl. préc., p. 396.

2°) L'encadrement strict de la rétroactivité juridictionnelle dans le cadre des nouvelles voies de recours offertes aux tiers pour contester la validité du contrat

714. La création de nouvelles voies d'action directe contre le contrat par les tiers a achevé d'inverser la logique prévalant jusque-là dans le contentieux contractuel en matière de nullité. D'une part, la consécration d'un pouvoir d'annulation – que le juge prononce – met fin à la conception déclarative de la nullité²⁶⁰⁶. Cette dernière aboutissait *in fine* à une mise en jeu de plein droit de la rétroactivité, sans que le juge puisse en modérer les excès. Désormais, en présence de vices entachant la validité du contrat, la nullité du contrat n'est plus automatique. D'autre part, la nullité n'est plus la seule solution à la disposition du juge pour sanctionner les irrégularités entachant l'acte contractuel. Partant, la suppression rétroactive des effets du contrat devient de plus en plus l'exception, voire même une solution de dernier recours dans certains cas.

715. D'abord, la marginalisation de la rétroactivité comme mode de traitement des irrégularités du contrat administratif a été opérée à l'occasion de la mise en place d'un recours de pleine juridiction ouvert aux concurrents évincés. Ceux-ci peuvent directement contester la validité du contrat, ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles, devant le juge de plein contentieux dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées²⁶⁰⁷. À cette occasion, la jurisprudence a doté ce nouveau juge du contrat d'une large palette de pouvoirs. Dans ce cadre, il appartient au juge du contrat de choisir, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, la sanction appropriée. Suivant la logique de sécurisation des situations contractuelles qu'inaugure la jurisprudence *Société Tropic Travaux Signalisation*, le juge doit rechercher prioritairement les solutions permettant de poursuivre l'exécution du contrat. Celle-ci pourra être décidée éventuellement sous réserve de mesures de régularisation, et de l'indemnisation des concurrents évincés, ou après modification par le juge de certaines des clauses du contrat. Même dans le cas où le sort du contrat est scellé en raison de la gravité du vice l'entachant, le juge peut se contenter de prononcer sa résiliation. En dernière extrémité, confronté à un vice d'une particulière gravité, le juge pourra prononcer l'annulation rétroactive du contrat, partielle ou totale²⁶⁰⁸. Encore l'emploi de cette *ultima ratio* est-il subordonné à la condition que la disparition rétroactive du contrat ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits du cocontractant. Même lorsque l'annulation est finalement prononcée, le juge peut toujours décider d'en différer les effets dans le temps, afin de permettre aux parties de régulariser la situation²⁶⁰⁹.

Dans le cadre du recours *Tropic*, la nullité du contrat administratif n'est plus la sanction de droit commun des irrégularités de l'acte contractuel. Partant, la suppression rétroactive des effets du contrat devient une exception, voire même une solution de dernier recours.

²⁶⁰⁶ Sur ce point, cf., plus haut, p. 275, n° 354. Cf., outre les références déjà citées plus haut, E. GLASER, concl. préc., p. 149 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr. préc., p. 144.

²⁶⁰⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. Cf., outre les références déjà citées, A. PERI, art. préc., p. 31.

²⁶⁰⁸ TA Orléans, 27 mai 2008, *Arima Consultants*, req. n° 07-04464, *CMP*, 2008, n° 7, p. 29, note W. ZIMMER ; TA Nîmes, 18 septembre 2008, *Société Veolia Eau*, req. n° 07-07470, *AJDA*, 2008, n° 40, p. 2232, concl. D. CHABERT ; TA Caen, 9 juillet 2009, *Société foncière d'investissements immobiliers*, req. n° 08-00458 (annulation totale). Sur ces ex., cf., notamment, G. CLAMOUR, « Un an sous le soleil de "Tropic" : recueil de décisions », *CMP*, 2008, n° 11, chr., p. 11.

²⁶⁰⁹ TA Nancy, 29 août 2007, *Société Groupe Émeraude*, req. n° 04-00816 (annulation différée) ; TA Marseille, 18 décembre 2007, *Société Bureau Veritas*, req. n° 05-06650 (annulation non-rétroactive à effet différé). Sur ces ex., cf. G. CLAMOUR, chr. préc.

716. Ensuite, elle s'est poursuivie, quoique de manière moins nette, avec la mise en place par voie de transposition d'une directive européenne²⁶¹⁰ d'une procédure d'urgence en matière contractuelle. L'économie générale de cette nouvelle voie de recours ouverte aux tiers est de faire disparaître les effets des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence commis lors de la passation du contrat et qui persisteraient après sa signature. Le juge du référé contractuel peut être saisi dans un délai relativement court après la conclusion du contrat²⁶¹¹ et dispose d'un large éventail de pouvoirs pour sanctionner, à titre provisoire ou définitif, les manquements aux obligations pesant sur la procédure de passation²⁶¹². La gamme des sanctions susceptibles d'être prononcées, outre la suspension des effets du contrat dans l'attente de la décision du juge du référé contractuel, est organisée autour d'un pouvoir d'annulation²⁶¹³ que les textes consacrent expressément. Néanmoins, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation lui permettant d'écarter la rétroactivité de sa décision, sauf dans des quelques cas exceptionnels. Même lorsque l'annulation rétroactive lui est imposée, le juge peut y déroger pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

717. La mise en œuvre du pouvoir d'annulation rétroactive du contrat connaît une gradation en fonction de la marge d'appréciation laissée par les textes au juge du référé contractuel. L'annulation est obligatoire dans trois cas limitativement énumérés. Il s'agit des manquements les plus graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence²⁶¹⁴, autrement dit des hypothèses dans lesquelles une annulation se serait, en tout état de cause, imposée. En dehors de ces cas exceptionnels, l'exercice du pouvoir d'annulation est subordonné, pour certains types de manquements, à l'existence d'une atteinte au droit au recours et aux chances du requérant d'obtenir le contrat²⁶¹⁵. En dehors de ces deux situations prévues par les textes, le juge du référé contractuel bénéficie, à l'instar du juge statuant sur un recours *Tropic*, d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la sanction la mieux adaptée au manquement constaté. En fonction des éléments pertinents, tels que la gravité de la violation et le comportement du

²⁶¹⁰ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, déjà citée, transposée par l'art. 1^{er} de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, également citée plus haut. Sur ces dernières, cf., notamment, J.-D. DREYFUS, « L'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des contrats de commande publique », *AJDA*, 2009, n° 21, p. 1145 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, « Les référés précontractuel et contractuel après l'ordonnance du 7 mai 2009 », *BJCP*, 2009, n° 66, p. 358 ; J.-P. JOUGUELET, « La nouvelle directive "Recours" : des nouveautés surprenantes ? », *BJCP*, 2008, n° 56, p. 2 ; J.-F. LAFaix, « La nouvelle directive "recours" ou l'esquisse d'une exigence de "sanction adaptée" », *CMP*, 2008, n° 4, p. 6 et « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique. Commentaire de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 », *CMP*, 2009, n° 7, p. 6 ; F. LINDITCH, « Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours », *JCP A*, 2009, n° 24, p. 32 ; T. PEZ, « Transposition de la nouvelle directive "recours" : du référé précontractuel au référé contractuel », *Dr. adm.*, 2009, n° 6, p. 31.

²⁶¹¹ En vertu des dispositions de l'art. R. 551-7 du CJA, le délai de recours est d'un mois, à compter de l'accomplissement des mesures de publicité du contrat, ou de six mois, en l'absence de telles mesures.

²⁶¹² Les pouvoirs dévolus au juge du référé contractuel sont organisés par les art. L. 551-17 et s. du CJA.

²⁶¹³ Les maladresses de rédaction affectant les dispositions de l'art. L. 551-18 du CJA, lesquelles font référence, tour à tour, aux notions d'annulation et de nullité, restent, en tout état de cause, sans incidence sur la qualification du pouvoir attribué au juge du référé contractuel.

²⁶¹⁴ En vertu des dispositions de l'art. L. 551-18 du CJA, l'annulation du contrat doit être prononcée si aucune des mesures de publicité requises n'a été prise, si la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* n'a pas été effectuée alors qu'elle était prescrite et si les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ont été méconnues.

²⁶¹⁵ En dehors des manquements les plus graves aux règles de publicité et de mise en concurrence, le juge du référé contractuel peut décider d'annuler le contrat s'il a été signé sans respecter le délai de *standstill* ou au mépris de la suspension automatique provoqué par la saisine du juge des référés précontractuels (art. L. 551-4 et L. 551-9 du CJA). Dans ces deux cas de figure, l'annulation ne sera prononcée qu'à la double condition que le requérant ait été privé de son droit d'exercer un référé précontractuel et qu'il ait démontré que l'illégalité qu'il invoque a affecté les chances qu'il avait d'obtenir le contrat. Cf., par ex., CE, 19 janvier 2011, *Société Grand port maritime du Havre*, req. n° 343.435, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 14, p. 800, note J.-D. DREYFUS, *CMP*, 2011, n° 3, p. 34, note G. ECKERT, *Dr. adm.*, 2011, n° 4, p. 39, C. BARDON et Y. SIMONNET, *Gaz. Pal.*, 20 mai 2011, n° 140-141, p. 41, C. GISBRANT-BOINON, *JCP A*, 2011, n° 10, p. 36, note F. LINDITCH, *JCP G*, 2011, n° 14, p. 650, note V. CORNELOUP, *RDI*, 2011, n° 5, p. 275, note R. NOGUELLOU, *RFDA*, 2011, n° 2, p. 433, *RJEP*, 2011, n° 686, p. 18, note D. MOREAU ; 1^{er} juin 2011, *Société Koné*, préc. ; 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines et société Seni*, req. n° 346.665, à ment. aux T. du Leb., *Dr. adm.*, 2011, n° 10, p. 47, note F. BRENET.

pouvoir adjudicateur, le juge est libre de choisir entre le maintien des effets déjà produits par le contrat et leur anéantissement rétroactif. Selon les cas, il prononcera donc l'annulation ou la résiliation du contrat, avec effet différé ou non²⁶¹⁶, voire même se contentera de réduire sa durée ou d'imposer une pénalité financière²⁶¹⁷. Ainsi le juge du référé contractuel dispose-t-il d'un véritable pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée lui permettant d'écarter la rétroactivité de sa décision lorsque les conséquences qu'elle emporte lui apparaissent excessives, voire seulement inadéquates, au regard du manquement constaté.

718. Même dans les cas où le juge du référé contractuel ne dispose d'aucune marge d'appréciation dans la mise en œuvre de son pouvoir d'annulation rétroactive, il peut exceptionnellement y déroger pour des « raisons impérieuses d'intérêt général »²⁶¹⁸. Le parallèle avec l'intérêt général susceptible de justifier, d'une part, la mise en œuvre dans le contentieux objectif de la légalité du pouvoir de modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse et, d'autre part, la mise en échec de la rétroactivité de l'annulation du contrat prononcée dans le cadre du recours *Tropic* ou, comme on le verra plus loin, d'un recours émanant des parties par le juge du contrat, de même que s'agissant des suites à donner à l'annulation d'un acte détachable, respectivement par le juge de l'exécution ou le juge du contrat, s'impose. Dans ces trois cas de figure, la rétroactivité de la décision du juge peut être écartée lorsque l'annulation est susceptible de porter « une atteinte excessive à l'intérêt général ». En apparence, cette dernière apparaît moins rigoureuse que la raison impérieuse d'intérêt général venue du droit de l'Union européenne²⁶¹⁹.

Comme il a été montré plus haut, il existe en réalité une correspondance entre elles. En effet, l'intérêt général auquel il doit être porté une atteinte excessive pour rendre nécessaire la modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse d'une décision administrative correspond symétriquement au « motifs impérieux d'intérêt général » exigé du législateur pour justifier, au regard du droit conventionnel européen comme du droit de l'Union européenne, le recours à une validation législative²⁶²⁰. La prise en compte des « atteintes excessives à l'intérêt général » en vue de limiter les effets de la chose jugée irrigue désormais l'ensemble du contentieux administratif, ce qui signifie qu'il ne se limite pas au contentieux contractuel ou à la jurisprudence *Association AC !*²⁶²¹. À partir de cette double analogie, il paraît raisonnable de regarder les deux exigences comme ayant un contenu équivalent. Ainsi, un motif d'ordre purement économique ou financier ne saurait, en tout état de cause, suffire pour justifier l'absence d'annulation du contrat. Un tel motif ne pourrait être admis que dans la mesure où l'intérêt général atteint n'est pas directement lié au contrat et n'est pas lui-même de nature

²⁶¹⁶ CE, 1^{er} juin 2011, *Société Koné*, préc.

²⁶¹⁷ Art. L. 551-20 du CJA. Sur l'ensemble des points abordés, voir D. POUYAUD, « Contentieux des contrats administratifs. Formation du contrat », *J.-Cl. adm.*, fasc. 1126, 2010, p. 17, n° 49 ; J.-F. LAFAIX, « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique. Commentaire de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 », préc., pp. 15-16 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, art. préc., p. 363.

²⁶¹⁸ Art. L. 551-19 du CJA. Pour un ex., cf. CE, 10 novembre 2010, *Établissement public national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer)*, req. n° 340.944, à ment. aux T. du Leb. (sol. impl. ; ex. de résiliation), *AJDA*, 2011, n° 1, p. 51, note J.-D. DREYFUS, *CMP*, 2011, n° 2, p. 20, note J.-P. PIETRI, *Dr. adm.*, 2011, n° 1, p. 38, note F. BRENET, *JCP A*, 2010, n° 51-52, p. 33, note F. LINDITCH.

²⁶¹⁹ Cf., en ce sens, J.-F. LAFAIX, art. préc., p. 15 ; D. POUYAUD, fasc. préc., p. 18, n° 52.

²⁶²⁰ Sur ces différents points, cf., respectivement, p. 459, n° 580 et p. 452, n° 573.

²⁶²¹ CE, Sect., 26 janvier 2003, *M. et Mme Bour*, préc. ; Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, préc. ; CE, 23 décembre 2010, *Ministre d'État, Ministre de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durable c/ Commune de Fréjus*, préc. Sur cette question, cf. F. BRENET, art. préc., p. 139 ; A. VAN LANG, art. préc., p. 1053.

exclusivement économique²⁶²². À l'inverse, un risque de perturbation grave, voire d'interruption, du fonctionnement d'un service public est de nature à permettre le renoncement à l'effet rétroactif du jugement invalidant le contrat²⁶²³.

719. Bien que susceptible d'aménagements, voire de dérogations, le principe de la rétroactivité du jugement statuant sur la validité du contrat est conservé dans le cadre du référé contractuel, contrairement à ce qui se passe dans le cadre du recours *Tropic*, ainsi que dans celui des autres recours de pleine juridiction en matière contractuelle. De ce point de vue, le contentieux de l'urgence de la validité du contrat constitue un « îlot » isolé par rapport aux autres contentieux du contrat, largement dominés par l'objectif de stabilité des situations juridiques et la non-rétroactivité des effets des jugements invalidant un contrat administratif.

Cette différence d'approche s'explique aisément. D'abord, l'effet sur le passé de la décision du juge du référé contractuel constitue une garantie d'effectivité de la sanction exigé par le droit de l'Union européenne. La rétroactivité est seule à même d'assurer l'effet utile qui doit être donné à celui-ci par le droit national²⁶²⁴. Ensuite, elle constitue un mode de traitement des irrégularités entachant le contrat particulièrement adapté, eu égard la rapidité qui gouverne nécessairement la nouvelle procédure d'urgence en matière contractuelle. En cas d'annulation du contrat par le juge du référé contractuel, la disparition rétroactive de celui-ci apparaît comme étant moins dommageable pour la stabilité des relations contractuelles que dans le cadre des autres recours, dès lors qu'elle intervient à un stade précoce de l'exécution. Elle peut même s'avérer d'une incidence concrète limitée chaque fois que la suspension des effets du contrat a été rapidement ordonnée par le juge. Dans ce cas de figure, on peut même ajouter qu'il n'y aura guère de différence, en pratique, entre l'annulation rétroactive du contrat et sa résiliation. Même dans l'hypothèse où l'exécution a débuté, la rapidité de l'intervention du juge empêche que la situation créée par le contrat irrégulier entraîne des conséquences irréversibles, sauf peut-être dans le cas des contrats instantanés. Par suite, la remise des choses en l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat annulé causera moins de difficultés d'ordre pratique qu'auparavant. L'exigence du respect de la légalité est ainsi satisfaite au moyen d'une rétroactivité juridictionnelle de faible ampleur, tout autant que l'exigence de stabilité des relations contractuelles, eu égard à la brièveté des délais de recours²⁶²⁵.

Parallèlement à la consécration de nouvelles voies de recours ouvertes à certaines catégories de tiers, l'office du juge du contrat statuant dans le cadre des voies de recours préexistantes a subi une refonte, allant dans le sens d'une prise en compte accrue de la stabilité des relations contractuelles. Cette évolution a fini de bouleverser la notion de nullité, en même temps qu'elle a relégué au dernier plan la rétroactivité du jugement en matière contractuelle.

²⁶²² Sur ce point, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 667, n° 709. Il peut en aller ainsi lorsque l'annulation du contrat entraînerait un risque de déstabilisation du service public lié au montant élevé des sommes dont le remboursement est susceptible d'être demandé par les usagers.

²⁶²³ Cf. CJCE, 3 avril 2008, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-444/06, pts. 53 et 54, Rec., I, p. 2045.

²⁶²⁴ Sur ce principe, cf., plus haut, p. 449, n° 570. Sur les autres hypothèses dans lesquelles la rétroactivité du droit national répond à une exigence de préservation de l'effet utile du droit de l'Union européenne, cf., plus haut, p. 163 et s. n° 279 et s..

²⁶²⁵ Sur ces différents points, voir D. POUYAUD, fasc. préc., p. 17, n° 49 ; J.-F. LAFAIX, « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique. Commentaire de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 », préc., pp. 15-16.

3°) Une refonte de l'office du juge du contrat privilégiant la non-rétroactivité du jugement dans le cadre des voies de recours préexistantes

720. La solution consacrée par la jurisprudence *Société Tropic Travaux Signalisation* a progressivement été étendue aux autres branches du contentieux contractuel²⁶²⁶. De la même manière que précédemment, la rétroactivité, jusqu'ici de plein droit, du jugement invalidant un contrat tient désormais une place résiduelle au sein de la large palette dont dispose le juge pour sanctionner les irrégularités commises au stade la formation du contrat, comme au stade de son exécution.

721. D'abord, le Conseil d'État a étendu au contentieux de la validité du contrat entre les parties les principes établis à l'occasion de la consécration du recours *Tropic*²⁶²⁷. Ce faisant, il a achevé de bouleverser la notion de nullité du contrat administratif²⁶²⁸ en dotant le juge du contrat d'un pouvoir général d'annulation et en lui conférant des pouvoirs étendus pour sanctionner, de la manière qui lui semble la plus appropriée, l'irrégularité entachant le contrat administratif²⁶²⁹. Après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, le juge du contrat peut choisir, parmi les différentes solutions envisageables, celle qui lui paraît opérer la meilleure conciliation entre l'exigence du rétablissement de la légalité et l'objectif de préservation de la stabilité des relations contractuelles. En tout état de cause, la mise en œuvre du pouvoir d'annulation est réservée aux irrégularités les plus graves entachant le contrat, lesquelles demeurent d'ordre public. Il s'agit principalement, mais pas exclusivement, des irrégularités tenant au caractère illicite du contenu du contrat²⁶³⁰ et des vices ayant affecté les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement²⁶³¹.

En présence d'un vice affectant la validité du contrat, le juge doit rechercher une solution n'impliquant pas sa disparition rétroactive, afin de ne pas porter une atteinte excessive à la stabilité des relations contractuelles. La poursuite de l'exécution du contrat pourra être privilégiée, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation, lorsque cela est possible. À défaut, le juge peut encore décider de la résiliation du contrat assortie, au besoin, d'un effet différé, en cas d'atteinte excessive à l'intérêt général, ce qui permet de laisser un délai aux parties pour prendre parti sur les suites à donner à leur engagement tout en évitant de créer une rupture dans le fonctionnement du service public. En dernière extrémité, confronté à un vice d'une particulière gravité rendant impossible le maintien du lien contractuel, le juge prononcera l'annulation, partielle ou totale, du contrat. Toutefois, le juge doit vérifier, au préalable, que la disparition rétroactive du contrat ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits du cocontractant. Dans l'affirmative, il renoncera à remettre en cause pour le passé les effets du contrat irrégulier.

²⁶²⁶ Cf., en ce sens, l'opinion de P. TERNEYRE, « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? », *EDCE*, 2008, n° 59, p. 383, spéc. p. 386.

²⁶²⁷ Soulignant la similitude entre les deux innovations jurisprudentielles, cf. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr. préc., p. 146.

²⁶²⁸ E. GLASER, concl. préc., p. 149.

²⁶²⁹ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304.802, Rec., p. 509, concl. E. GLASER, *GACA* n° 9 et *GAJA* n° 118, *AJDA*, 2010, n° 3, p. 142, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI et 2011, p. 310, étude E. GLASER et p. 665, chr. A. LALLET et X. DOMINO, *BJCP*, 2010, n° 69, p. 138, concl. E. GLASER, *CMP*, 2010, n° 3, p. 38, note P. REES, *Gaz. Pal.*, 14 mars 2010, n° 72-75, p. 13, note B. SEILLER et 2 avril 2010, n° 92-93, p. 15, note J.-L. PISSALOUX, *JCP A*, 2010, n° 18, p. 21, note F. LINDITCH, *RDI*, 2010, n° 5, p. 265, note R. NOGUELLOU, *RDP*, 2010, n° 2, p. 553, chr. H. PAULIAT, *RFDA*, 2010, n° 3, p. 519, note D. POUYAUD et p. 1089, étude J.-F. LAFAIX, *RJEP*, 2010, n° 676, p. 19, note J. GOURDOU et P. TERNEYRE.

²⁶³⁰ Tel est le cas lorsque le contrat porte sur des matières réservées à l'acte unilatéral, lorsque son objet ou sa cause est illicite, ou encore lorsqu'il contient des stipulations contraires à l'ordre public contractuel.

²⁶³¹ Il en va ainsi de l'absence de consentement ou d'un vice entachant ce dernier, de l'incompétence sous toutes ses formes, ainsi que du défaut de capacité d'un des cocontractants.

Comme dans le cadre de la jurisprudence *Tropic Travaux Signalisation*, tout est fait dans celui établi par la jurisprudence *Commune de Béziers* pour éviter les conséquences excessives qu'emporte l'effet rétroactif du jugement invalidant un contrat. Celui-ci est relégué au rang de solution de dernier recours. C'est un chemin tout à fait identique au contentieux de la validité du contrat entre les parties qu'a emprunté celui des actes détachables.

722. Ensuite, l'office du juge de l'exécution saisi par les bénéficiaires d'un jugement d'annulation pour excès de pouvoir d'un acte détachable a subi des améliorations identiques. Le pouvoir d'appréciation qu'il détient pour apprécier les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur la validité du contrat a été considérablement enrichi. Désormais, « *il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée* »²⁶³². On retrouve donc, de manière symétrique, la variété de réponses, parmi lesquelles la rétroactivité tient une place résiduelle, que peut apporter le juge du contrat lui-même, ainsi qu'une répartition des rôles respectueuse de la liberté d'appréciation dont dispose chacun des deux juges pour tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le sort du contrat.

723. Enfin, le contentieux des mesures d'exécution du contrat, au sein duquel le juge ne se reconnaît traditionnellement d'autre pouvoir que celui d'indemniser le cocontractant, a été touché par l'« onde de choc » provoquée par les jurisprudences *Société Tropic Travaux Signalisation* et *Commune de Béziers*. Le Conseil d'État a récemment reconnu aux parties à un contrat administratif la possibilité de contester devant le juge de pleine juridiction la validité de la résiliation de ce contrat et de demander la reprise des relations contractuelles²⁶³³. Certes, une telle solution n'est pas sans précédent, le juge s'étant ponctuellement reconnu compétent pour déclarer la nullité de certaines mesures prises à l'exécution de certains contrats²⁶³⁴. Néanmoins, c'est la première fois que le juge se reconnaît un pouvoir d'annulation à l'égard d'une mesure d'exécution, certes limité pour l'heure à une catégorie déterminée. Toutefois, comme précédemment, la rétroactivité est appelée à jouer un rôle résiduel dans la détermination des conséquences de la chose jugée par le juge de l'exécution du contrat.

Saisi d'un recours en invalidité de la résiliation du contrat, le juge dispose des pouvoirs les plus larges pour déterminer la sanction appropriée à l'irrégularité de la mesure de résiliation. À l'instar des

²⁶³² CE, 21 février 2011, *Société Ophrys et Communauté d'agglomération de Clermont-Ferrand*, req. n° 337.349 et 337.394, à pub. au Leb., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 133, concl. B. DACOSTA, *CMP*, 2011, n° 4, p. 36, note J.-P. PIETRI, *Dr. adm.*, 2011, n° 5, p. 31, note F. BRENET, *Gaz. Pal.*, 29 mai 2011, n° 149-151, p. 12, note B. SEILLER, *JCP A*, 2011, n° 19, p. 32, note É. BUSSON, *RDI*, 2011, n° 5, p. 277, note R. NOGUELLOU, *RFDA*, 2011, n° 2, p. 437 ; et, du même jour, *Société Véolia-Propreté et autres*, req. n° 335.306 et 335.480, à ment. aux T. du Leb., *AJDA*, 2011, n° 30, p. 1739, note M.-C. VINCENT-LEGOUX, *Dr. adm.*, 2011, n° 5, p. 31, note F. BRENET. Voir A. LALLET et X. DOMINO, « Retour à Béziers », *AJDA*, 2011, n° 12, chr., pp. 665, spéc. p. 669.

²⁶³³ CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, req. n° 304.806, à pub. au Leb., *GAJA* n° 118 et *GACA* n° 9, *AJDA*, 2011, n° 12, p. 660, chr. A. LALLET et X. DOMINO, *BJCP*, 2011, n° 76, p. 170, concl. E. CORTOT-BOUCHER, *CMP*, 2011, n° 5, p. 36, note J.-L. PIETRI, *Dr. adm.*, 2011, n° 5, p. 28, note F. BRENET et F. MELLERAY, *Gaz. Pal.*, 20 mai 2011, n° 140-141, p. 25, note J.-L. PISSALOUX et 29 mai 2011, n° 149-151, p. 14, note B. SEILLER, *JCP A*, 2011, n° 18, p. 14, note F. LINDITCH, *JCP G*, 2011, n° 14, p. 648, note J.-C. SORBARA et n° 22-23, p. 2094, note M. UBAUD-BERGERON, *LPA*, 23 juin 2011, n° 123, p. 16, note S. HUL, *RDI*, 2011, n° 5, p. 270, note S. BRACONNIER, *RFDA*, 2011, n° 3, p. 507, concl. E. CORTOT-BOUCHER et p. 518, note D. POUYAUD, *RJEP*, 2011, n° 690, p. 26, concl. E. CORTOT-BOUCHER et note P. COSSALTER.

²⁶³⁴ Sur ce point, cf., plus haut, p. 274, n° 354.

autres juges du contrat, le juge de son exécution dispose d'une échelle de sanctions en fonction de la gravité des vices constatés. En premier lieu, il peut estimer que les vices constatés sont de nature à ouvrir seulement un droit à indemnisation et rejeter le recours tendant à la reprises des relations contractuelles. À l'inverse, si ces vices présentent une certaine gravité, le juge peut, en deuxième lieu, décider cette reprise à compter d'une date qu'il détermine, ce qui signifie ni plus ni moins qu'il prononce une annulation non rétroactive de la mesure de résiliation, assortie ou non d'un effet différé. Il va de soi que si le contrat a été entièrement exécuté ou a atteint son terme, une telle sanction perd sa justification. En dernier lieu et pour les vices les plus graves, le juge peut décider de prononcer l'annulation, avec effet rétroactif, de la mesure. La résiliation est alors réputée n'être jamais intervenue, ce qui suppose de procéder à des régularisations. Cette situation semble limitée aux cas dans lesquels l'exécution du contrat s'est *de facto* poursuivie à titre provisoire²⁶³⁵. Le juge peut tout aussi bien ne rien faire lorsque la reprise des relations contractuelles, pour le passé ou pour l'avenir, porterait une atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits du nouveau cocontractant de la personne publique. Outre la gravité des vices, la nature du contrat, les manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi que les motifs de la résiliation, entrent en ligne de compte dans le bilan réalisé par le juge pour se prononcer sur le maintien de la résiliation au nom de l'intérêt général. Déjà rare dans l'état antérieur de la jurisprudence relative à la sanction juridictionnelle des irrégularités entachant les mesures d'exécution du contrat administratif, la rétroactivité du jugement demeure l'exception dans le contentieux de la validité de la résiliation du contrat. La logique de rétablissement de la légalité qu'aurait commandé l'annulation rétroactive de la résiliation est ici écartée par principe. Ce n'est que dans la mesure où elle s'avère utile pour régulariser le laps de temps au cours duquel l'exécution du contrat s'est poursuivie, que la rétroactivité du jugement sera décidée.

Dans un contexte où le contrat peut être contesté par un nombre grandissant de personnes et à différents stades de son existence, un nouvel arbitrage entre légalité et sécurité juridique a été opéré par la jurisprudence administrative en vue de garantir plus efficacement la stabilité des situations juridiques. Le contrôle juridictionnel de la validité du contrat est marqué par une recherche de solutions privilégiant largement le maintien du contrat, au moins pour le passé, ce qui contribue à marginaliser la rétroactivité comme mode d'action du jugement dans le temps en ce domaine.

B/ Le statut d'exception de la rétroactivité du jugement d'invalidation du contrat

724. Au-delà des différences ponctuelles de pouvoirs existant entre les diverses facettes du juge du contrat²⁶³⁶, ce dernier présente désormais un visage unifié et largement tourné vers la recherche de solutions n'impliquant pas la remise en cause rétroactive des effets du contrat irrégulier. En cela, la jurisprudence administrative a réalisé un nouvel équilibre en vue de satisfaire au besoin primordial de stabilité dans le domaine contractuel²⁶³⁷. L'appréciation que le juge est amené à porter sur la situation

²⁶³⁵ Comme le soulignent les membres du centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État, « *le cocontractant peut avoir intérêt à ce que cette situation de fait soit reconnue juridiquement, notamment dans ses relations avec les tiers* » (cf. A. LALLET et X. DOMINO, chr. sous CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, préc., *AJDA*, 2011, n° 12, p. 670, spéc. p. 672).

²⁶³⁶ Sur ces différences, voir S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr. sous CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., pp. 146-147.

²⁶³⁷ Pour un rappel de cette idée, cf., notamment, P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », préc., p. 331 ; Y. GAUDEMET, art. préc., p. 111. Sur la nécessité et les justifications d'une démarche de stabilisation du contentieux contractuel, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 27, n° 25.

contractuelle illégale s'effectue suivant une logique favorisant largement le maintien du lien contractuel, à tout le moins pour le passé. Le bilan mis en œuvre par le juge du contrat pour déterminer la sanction la mieux adaptée à l'irrégularité entachant le contrat public fait, plus que jamais, de la rétroactivité une solution de dernier recours. Saisi de l'un ou l'autre de ces recours susceptibles d'aboutir à l'invalidation du contrat, le juge doit mettre en balance les exigences de la légalité avec celles de la sécurité juridique en vue de déterminer la sanction appropriée et, partant, le sort à réserver à celui-là.

725. D'un côté, le juge doit tenir compte de l'impératif de rétablissement de la légalité méconnue en pesant la gravité du vice décelé²⁶³⁸. Si elle n'est pas déterminante à elle seule, la nature du vice a son importance. Les vices de légalité interne, tenant à l'illicéité de l'objet ou de la cause du contrat²⁶³⁹, sont appelés à occuper une place centrale parmi les vices de nature à entraîner l'annulation du contrat. Parmi les vices de légalité externe, seule l'incompétence de la personne publique contractante tiendra une place équivalente. En revanche, la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence ne semblent pas *a priori* devoir figurer parmi les irrégularités de nature à rendre le contrat annulable dans un litige entre les parties²⁶⁴⁰, ce qui ne signifie pas qu'elle ne soit pas susceptible de présenter, dans certaines circonstances, une gravité suffisante, notamment dans le cas où il aura été montré que la personne publique aura délibérément manqué à ses obligations. Ce type d'irrégularité demeure, en tout état de cause, propre à justifier l'annulation devant le juge du contrat saisi par un concurrent évincé, devant le juge du référé contractuel, ainsi que devant le juge de l'excès de pouvoir en cas de déféré préfectoral²⁶⁴¹. Pour les autres types d'irrégularité, l'appréciation de leur gravité, notamment de leur effet sur l'économie générale du contrat, déterminera, au cas par cas, le choix de la sanction.

Au sein de la nouvelle échelle de sanctions établie par la jurisprudence, le rétablissement du *statu quo ante* figure au dernier rang des solutions à donner au litige contractuel. L'anéantissement rétroactif du contrat n'est commandé, ou plus souvent simplement envisageable, qu'en présence des irrégularités les plus graves. Cette situation tranche radicalement avec la situation antérieure, dans laquelle la nullité était susceptible d'être soulevée pour une multitude de causes et constituait la sanction de droit commun des irrégularités du contrat²⁶⁴².

726. De l'autre, le vice décelé sera confronté à l'objectif de stabilité des relations contractuelles. Cela signifie que, même s'il présente une particulière gravité susceptible de justifier l'annulation partielle ou totale du contrat, une solution privilégiant le maintien des effets passés du contrat doit lui être préférée. Dans cette perspective, la disparition rétroactive du contrat sera *a priori* jugée comme emportant des

²⁶³⁸ Pour une analyse approfondie de la place de chaque type de vice entachant le contrat, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 675 et s., n° 718 et s..

²⁶³⁹ Pour un ex., cf. CE, 4 mai 2011, *Communauté de commune de Queyras*, req. n° 340.089, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 17, p. 925, *CMP*, 2011, n° 6, p. 26, note G. ECKERT : annulation partielle d'un contrat en raison de la méconnaissance par l'une de ses clauses du principe d'aniéliabilité du domaine public.

²⁶⁴⁰ CE, 12 janvier 2011, *M. Manoukian*, req. n° 338.551, à pub. au Leb., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 121, concl. N. BOULOUIS, *CMP*, 2011, n° 3, p. 33, note J.-P. PIETRI, *Dr. adm.*, 2011, n° 3, p. 36, note F. BRENET, *RDI*, 2011, n° 5, p. 270, chr. S. BRACONNIER, *RFDA*, 2011, n° 2, p. 433 ; 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, req. n° 314.715, à ment. aux T. du Leb., *AJDA*, 2011, n° 27, p. 1564, note S. ZIANI. Sur ce point, voir E. GLASER, « Les habits neufs du juge du contrat », préc., p. 313 ; A. LALLET et X. DOMINO, « Retour à Béziers », préc., pp. 667-668.

²⁶⁴¹ Sur ces différents points, voir E. GLASER, concl. préc., p. 149 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr. préc., pp. 144-145 ; J.-F. LAFAIX, « Réflexions sur la sanction des règles relatives aux procédures de passation des contrats publics », *RFDA*, 2010, n° 1, p. 85, spéc. p. 92 ; D. POUYAUD, fasc. préc., p. 29, n° 93. Voir également, D. POUYAUD, note sous CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., *RFDA*, 2010, n° 3, p. 506 ; P. REES, « État des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique », *CMP*, 2010, n° 1 p. 6.

²⁶⁴² Cf., plus haut, p. 553, n° 702.

conséquences excessives au regard des intérêts publics, voire même privés²⁶⁴³, en cause. Même irrégulier, le contrat a permis à l'Administration de satisfaire à ses besoins et/ou au service public de fonctionner au cours de la période précédant l'intervention du juge. C'est dire que le risque de bouleversement des rapports contractuels devra être pesé à partir d'éléments concrets et au cas par cas. Outre la prise en compte du comportement des cocontractants²⁶⁴⁴, l'avancement de l'exécution du contrat public, spécialement pour les contrats de longue durée, pèsera en faveur de la non-rétroactivité de la sanction de l'irrégularité, à plus forte raison lorsque l'engagement contractuel a été entièrement rempli ou est parvenu à son terme avant l'intervention du juge.

De la même manière que dans le contentieux objectif de la légalité, la nocivité de la rétroactivité juridictionnelle sera mesurée à l'aune de l'atteinte qu'elle est susceptible de porter aux divers intérêts en présence. Seulement, cette évaluation sera menée dans une logique de régularisation du contrat irrégulier et non pas dans une logique d'évaluation du caractère disproportionné des effets de la chose jugée.

727. Cette dernière préoccupation n'est pas absente du contentieux contractuel pour autant. Comme on l'a rappelé plus haut, la limitation des conséquences de la chose jugée au nom de l'intérêt général bénéficie d'une aura particulièrement large en contentieux administratif²⁶⁴⁵. En matière contractuelle, la réserve de l'atteinte manifeste à l'intérêt général, ou des considérations impérieuses d'intérêt général dans le contentieux du référé contractuel, permet d'écarter, même pour les vices les plus graves, la remise en cause pour le passé des effets du contrat irrégulier. Elle joue même dans les situations où les textes imposent l'annulation du contrat, comme c'est le cas à nouveau en matière de référé contractuel.

L'appréciation portée par le juge sur cette réserve se distingue nettement de l'évaluation précédente, dès lors qu'elle porte non pas sur le bien-fondé de la sanction, mais sur sa mise en œuvre. Ainsi, la circonstance que le contrat a été presque entièrement exécuté ne saurait, par exemple, constituer un motif suffisant pour justifier la mise en échec de la rétroactivité²⁶⁴⁶, de même qu'un motif d'ordre purement économique et financier. À l'inverse, la création par l'annulation du contrat d'un effet d'aubaine, par exemple pour les usagers d'une délégation de service public annulée, ou un risque de déstabilisation ou d'interruption du fonctionnement d'un service public, voire de blocage d'une opération d'intérêt général²⁶⁴⁷. Dans certains, comme dans le cadre du recours *Tropic*, la préservation des droits du cocontractant pourra conduire le juge à renoncer à la rétroactivité de sa décision²⁶⁴⁸.

728. Au nom d'un rééquilibrage du contentieux de la validité des contrats publics en faveur d'une meilleure protection de la sécurité juridique, l'office du juge du contrat est désormais orienté vers la recherche de solutions ne mettant pas en jeu la rétroactivité pour rétablir la légalité méconnue. Le bilan effectué par le juge du contrat ne laisse guère planer de doute à cet égard. Le contrat constitue le cadre naturel des rapports entre les parties et, en tant que tel, il doit être conservé autant que possible, à plus forte raison dans un contexte où il peut être mis en cause par un nombre grandissant de personnes et à différents stades de son existence. On comprend alors que la rétroactivité ne soit appelée à occuper

²⁶⁴³ Que l'on songe à l'intérêt du concessionnaire qui a effectué de lourds investissements et réalisé des infrastructures vitales pour le service public. Il en va de même des rapports établis par celui-ci avec un grand nombre d'usagers.

²⁶⁴⁴ Cette prise en compte est particulièrement nette dans un litige entre parties au regard de l'exigence de loyauté dans les relations contractuelles.

²⁶⁴⁵ Sur le parallèle entre cette solution et la jurisprudence *Association AC !*, voir C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1190.

²⁶⁴⁶ Cf., en ce sens, TA Orléans, 27 mai 2008, *Arima Consultants*, préc. (recours *Tropic*).

²⁶⁴⁷ Sur ces différentes hypothèses, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 670 et s., n° 713 et s.

²⁶⁴⁸ Bien que similaire, cette logique n'est pas tout à fait celle de la jurisprudence *Association AC !* (cf., dans le même sens, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 658, n° 699).

qu'une part congrue parmi les réponses apportées par le juge aux irrégularités entachant l'acte contractuel alléguées devant lui.

729. Toutefois, on peut légitimement se poser la question de savoir si la jurisprudence administrative ne serait pas allée trop loin, en ce qu'elle aurait mis en place un système de validation, plutôt que d'invalidation, des contrats illégaux. En effet, la rétroactivité constitue une garantie essentielle du rétablissement de la légalité méconnue, qui ne saurait être écartée que lorsqu'elle produit des conséquences manifestement excessives. Or, la nouvelle logique imprimée par les jurisprudences *Tropic Travaux Signalisation* et *Commune de Béziers* part du présupposé inverse. La rétroactivité comme technique de traitement des irrégularités du contrat est écartée par principe et regardée comme étant une solution *a priori* disproportionnée.

Une telle critique peut être nuancée en tenant compte de la spécificité de la mission du juge de plein contentieux. Ce dernier se prononce sur des droits subjectifs, ce qui le conduit en matière contractuelle à « arbitrer des volontés opposées, plutôt que de contrôler la légalité objective »²⁶⁴⁹. Pleinement justifiée dans cette seconde perspective, la rétroactivité l'est peut-être moins dans la première. À cela, s'ajoutent des considérations liées à l'office même du juge. La pleine juridiction fait bénéficier, en principe, le juge administratif d'une large gamme de pouvoirs. De ce point de vue, le contentieux contractuel s'est longtemps trouvé dans une situation anormale par rapport aux autres branches du plein contentieux. L'enrichissement de l'office du juge du contrat apparaît donc davantage comme une « mise à niveau » de ces pouvoirs par rapport aux autres juges, que comme une hypertrophie mal venue.

Au demeurant, il convient de bien dissocier, d'un côté, le caractère rétrospectif de la fonction juridictionnelle, lequel implique que le juge statue nécessairement sur des situations passées, et, de l'autre, les effets dans le temps du jugement, lesquels n'affectent pas systématiquement le passé²⁶⁵⁰. Cela signifie que la sanction d'une irrégularité préexistante par le juge peut très bien se concevoir de manière non-rétroactive, afin de garantir une certaine sécurité juridique. La jurisprudence judiciaire en matière contractuelle est, à cet égard, exemplaire²⁶⁵¹. On ne saurait donc dénoncer, au nom de la déclarativité de la fonction juridictionnelle, la mise à mal de l'effet rétroactif du jugement au profit de remèdes privilégiant largement la non-rétroactivité.

730. Conclusion du § 2. La nouvelle force du juge du contrat « s'exprime dans son rapport au temps »²⁶⁵². Avec l'augmentation de ses pouvoirs et la diversification des sanctions mises à sa disposition pour traiter les irrégularités entachant les contrats publics, ce nouveau juge s'est assuré la pleine maîtrise de la chose jugée et, notamment de ses effets dans le temps. Mis à part le juge du référé contractuel, dont on a vu que la rapidité d'intervention était néanmoins de nature à limiter les conséquences sur le passé de ses décisions, l'office du juge du contrat est conçu de telle manière à préserver, autant que possible, le passé des relations contractuelles. Au sein du contentieux rénové des contrats, la rétroactivité apparaît désormais comme une solution de dernier recours. Même dans le cas où

²⁶⁴⁹ S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr. sous CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 143.

²⁶⁵⁰ Cf., plus haut, p. 256 et s., n° 326 et s.

²⁶⁵¹ Cf., en ce sens, J. DEPREZ, thèse préc., t. I, p. 356 et s. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., p. 419, n° 728 ; M.-R. JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *RTDCiv.*, 1948, p. 271, spéc. p. 296. Voir également, F. BLANCO, thèse préc., p. 240 et les références citées.

²⁶⁵² F. LENICA et J. BOUCHER, chr. sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., *AJDA*, 2007, n° 29, p. 1577, spéc. p. 1581.

la disparition rétroactive du contrat est justifiée ou exigée, le juge peut toujours moduler la sanction qu'il prononce, voire renoncer à toute sanction, pour des raisons d'intérêt général que l'on peut estimer être équivalentes à celles justifiant la mise en œuvre du pouvoir de modulation des effets dans le temps de la chose jugée dans le contentieux de la légalité objective. Certes, on ne saurait ignorer que l'anéantissement rétroactif du contrat n'a jamais constitué, en pratique, la sanction exclusive de son irrégularité. Il n'en reste pas moins que les évolutions récentes de l'office du juge du contrat ont traduit juridiquement cet état de fait, en attribuant un statut d'exception à la rétroactivité du jugement d'invalidité du contrat.

*

731. Conclusion de la Section 1. La prémisse ayant conduit le juge administratif à s'assurer une plus grande maîtrise de la rétroactivité de ses décisions repose essentiellement sur le constat des conséquences excessives que sa mise en jeu automatique et débridée est susceptible de provoquer sur l'ordonnement juridique. Il s'est agi pour lui de modérer, au nom de la sécurité juridique, les excès de la rétroactivité juridictionnelle en rompant avec la mécanique que cette dernière a longtemps impliquée. Cette recherche a conduit le juge à adopter une solution générale consistant à moduler les effets dans le temps de la chose jugée. Dans le contentieux contractuel, le juge administratif est toutefois allé plus loin que dans le contentieux objectif de légalité, renouvelant fondamentalement son office. Cette rénovation a eu pour conséquence de marginaliser la rétroactivité parmi les différents modes de traitement des irrégularités du contrat administratif. Quelle que soit la forme que le remède aux excès de la rétroactivité juridictionnelle a adoptée, le juge a entendu par là imposer une véritable discipline à l'effet sur le passé du jugement déclaratif.

De ce qui précède, il découle que le statut de la rétroactivité du jugement varie en fonction de l'office au titre duquel le juge est appelé à intervenir. Dans le contentieux objectif de légalité, la rétroactivité demeure le principe, sauf exception. Dans le contentieux contractuel, la rétroactivité devient l'exception.

De manière générale, l'enrichissement des modes d'action dans le temps du jugement a également débouché sur l'émergence d'un droit transitoire des normes juridictionnelles. Le juge administratif ne se contente plus simplement de contrôler les motifs de l'Administration pour sanctionner le non-respect par elle de la légalité. Il s'attache désormais à rechercher la solution la plus efficace, non seulement pour résoudre le litige, mais également pour parvenir à un rétablissement de la légalité, du moins lorsqu'un tel retour est envisageable²⁶⁵³. C'est dire que le juge opère une transition entre une situation de non-conformité initiale et une situation de conformité retrouvée. Dans cette perspective, le juge doit disposer de la faculté de choisir la solution transitoire la mieux adaptée pour atteindre le but recherché. Ainsi pourra-t-il décider d'écarter la rétroactivité normalement attachée à sa décision pour lui attribuer un effet immédiat ou différé. C'est suivant sa propre appréciation de l'intérêt général que le juge est amené à effectuer ce choix en vue de vider entièrement, ou presque, le litige. De norme du contrôle juridictionnel, l'intérêt général devient progressivement un critère du droit transitoire du jugement.

On peut raisonnablement estimer que le traitement en amont des conséquences temporelles de la chose jugée par le juge lui-même réduira, à terme, la rétroactivité administrative prescrite en exécution

²⁶⁵³ F. BLANCO, thèse préc., p. 517 ; M. LOMBARD, note préc., p. 28 ; A. VANG LANG, art. préc., p. 1074.

de la chose jugée, de même qu'il entraînera le déclin des théories jurisprudentielles anciennes qui permettaient de tempérer la rétroactivité des annulations contentieuses, dès lors qu'elles sont moins efficaces par rapport à la technique modulateur²⁶⁵⁴.

Bien qu'elle pose des questions de nature différente, un même diagnostic peut être dressé s'agissant cette fois de la rétroactivité jurisprudentielle. C'est un traitement identique à celui de la rétroactivité juridictionnelle que celle-ci a subi et ce, en vue de répondre à une même préoccupation de sécurité juridique. Dès lors que la mise en échec de la rétroactivité de la décision juridictionnelle a été admise, il n'y avait qu'un pas à franchir pour étendre cette solution à la règle jurisprudentielle. Malgré certaines réticences, le juge administratif a finalement accepté de moduler dans le temps les effets de sa jurisprudence.

²⁶⁵⁴ G. PELLISSIER, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Association AC!*. Une nouvelle dimension de l'office du juge », préc., p. 6, n° 16.

Section 2 : La discipline imposée à la rétroactivité de la règle jurisprudentielle

732. Introduction et plan. L'absence de reconnaissance d'un pouvoir normatif jurisprudentiel a longtemps empêché toute réflexion sur un éventuel aménagement des effets dans le temps de la règle prétorienne. Dans le système de séparation des pouvoirs à la française, le juge est relégué à une fonction de « diction » du droit, ce qui aboutit à lui dénier tout pouvoir créateur de règles juridiques. Repoussé en dehors du champ des sources du droit, le pouvoir normatif jurisprudentiel s'est épanoui dans la « clandestinité ». Cela ne signifie pas pour autant que le juge, et plus spécialement celui du Palais Royal, n'a pas pleinement assumé son œuvre normative²⁶⁵⁵. Néanmoins, la fiction d'absence de pouvoir créateur de règles de droit a eu pour conséquence de priver le juge de toute possibilité de remédier aux inconvénients que pourrait comporter son innovation, notamment d'un point de vue temporel²⁶⁵⁶.

Par construction, le juge n'a pas d'autre occasion de consacrer ou de modifier une règle jurisprudentielle qu'au moment où il tranche le litige qui lui a été soumis, non plus qu'il n'a d'autre choix que d'appliquer la solution nouvelle aux faits litigieux, lesquels précèdent nécessairement son intervention dans la chronologie. Du fait de ce mode particulier d'énonciation de la norme nouvelle, qui lie création et application du droit par le juge, la règle jurisprudentielle présente la particularité d'être *essentiellement* rétroactive. Dégagée à l'occasion d'un litige, elle est ensuite mécaniquement appliquée à des situations dont la naissance et la constitution peuvent lui être antérieures. Parce qu'elle a vocation à dépasser l'espèce à l'occasion de laquelle elle a été formulée, la jurisprudence nouvelle va progressivement affecter d'autres situations, déjà soumises à un litige ou susceptibles de l'être dans l'avenir, et ce, indifféremment du moment où elles sont nées.

Puisque le juge est censé ne faire aucunement œuvre de création, son rôle se résume à « éclairer », à la manière d'un interprète, un état du droit qui lui préexiste. Ainsi les arrêts de principe ou de revirement ne font-ils que « découvrir » ou « préciser » le sens et la portée de principes déjà existants. Ces derniers ne jouant le rôle que de « révélateurs », il ne saurait être question pour le juge d'apporter un quelconque tempérament à la rétroactivité – ou plutôt à la déclarativité – qui leur est attachée de plein droit. Le juge se serait-il risqué à un tel exercice qu'il aurait aussitôt « levé le voile » sur la réalité de l'exercice de son pouvoir créateur. Ce faisant, il aurait encouru notamment le reproche de violer le principe de séparation des pouvoirs et la prohibition des arrêts de règlement. La conséquence de la clandestinité de son pouvoir est que le juge est incapable de délimiter le champ d'application dans le temps de la règle qu'il vient d'édicter. Celle-ci dispose de la portée la plus étendue, notamment du côté du passé de la chronologie. La rétroactivité de la jurisprudence se propage librement, au gré des litiges, sans que le juge dispose d'un quelconque moyen de limiter son expansion. Dans un tel contexte, la question de la limitation de ses conséquences ne pouvait être posée sans achopper le « serpent de mer » que constituait le débat sur le pouvoir normatif jurisprudentiel. De la même manière, l'idée même d'organiser textuellement un statut de la jurisprudence ou d'encadrer ses effets dans le temps serait apparue comme un non-sens en l'absence de reconnaissance préalable de la normativité de la jurisprudence.

²⁶⁵⁵ Comme le rappelle fort justement le commissaire du gouvernement F. Seners, « *l'histoire de la jurisprudence du Conseil d'État est, pour une large part, celle d'une œuvre normative assumée* » (F. SÉNERS, concl. sur CE, 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, *BJDU*, 2004, n° 4, p. 294, spéc. p. 295).

²⁶⁵⁶ N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 12.

Jusqu'à une période récente, la rétroactivité jurisprudentielle a donc été perçue comme un mal inévitable, avec lequel il fallait vivre. Pourtant, celle-ci est susceptible de produire des conséquences manifestement excessives sur le passé de l'ordonnement juridique. L'application rétroactive de la jurisprudence nouvelle conduit, en effet, à la remise en cause de situations qui se sont constituées sous l'empire de la jurisprudence ancienne. Du fait de l'absence de borne posée à l'effet sur le passé de la règle prétorienne, l'ampleur de l'effet perturbateur qu'elle entraîne est proportionnelle au nombre et à l'ancienneté des situations contestées devant le juge. Certes, ce dernier n'a jamais ignoré les risques que comportait la rétroactivité attachée de plein droit aux règles qu'il énonçait. De fait, le juge a, de longue date, développé des stratégies visant à « amortir » les chocs occasionnés par la consécration d'une règle entièrement nouvelle ou par un changement de règles. Néanmoins, ces palliatifs sont restés sans incidence sur l'effet rétroactif développé par la règle jurisprudentielle, dès lors que le juge ne dispose d'aucun moyen d'agir directement sur son champ d'application temporel. Tout au plus s'est-il attaché à mieux préparer le passage de l'ancien au nouvel état du droit, en l'annonçant ou en évitant de l'appliquer à l'espèce qui lui a fourni l'occasion de l'opérer. Jusqu'à récemment encore, la rétroactivité de plein droit attachée à la règle jurisprudentielle ne faisait l'objet d'aucun aménagement quelconque. Elle s'imposait donc dans toute sa rigueur. La rétroactivité jurisprudentielle est demeurée un phénomène largement incontrôlé, ce qui a suscité des critiques constantes et renouvelées de la part de la doctrine, privatiste comme publiciste, chaque fois qu'un revirement abrupte et soudain a pu occasionner, par sa rétroactivité, une déstabilisation de la situation des justiciables.

En l'absence de remède efficace contre la « nocivité » de la rétroactivité jurisprudentielle, pour les raisons que l'on a dites, la doctrine, comme le juge lui-même, en étaient réduits à en minimiser les excès, soulignant, d'un côté, la fréquence des créations du juge favorables aux sujets de droit et, de l'autre, la rareté des revirements véritablement perturbateurs.

La dernière décennie a vu s'opérer une véritable révolution copernicienne. La conjonction de plusieurs mouvements jurisprudentiels a créé un contexte favorable à l'admission d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle, officialisant du même coup le pouvoir normatif jurisprudentiel. La « lame de fond » est venue, comme on l'a souligné plus tôt, d'une préoccupation croissante chez le juge de s'assurer une plus grande maîtrise des conséquences de la chose jugée par lui. À celle-ci s'est ajoutée une montée en puissance de l'exigence de sécurité juridique dans la jurisprudence administrative, qui rendait intenable la position d'un juge condamné à la rétroactivité dans l'exercice de sa double mission, juridictionnelle comme jurisprudentielle. Ces deux mouvements ont conduit, dans un premier temps, le juge à se reconnaître la faculté de mettre en échec de la rétroactivité de ses jugements, lorsque ces derniers sont susceptibles, par leurs effets, d'emporter des conséquences excessives sur le passé de l'ordonnement juridique. Inévitablement s'est posée la question de l'extension de cette prérogative du dispositif vers les motifs de la décision de justice. La dynamique qui vient d'être rappelée a eu raison à la fois des objections doctrinales et des réticences du juge, aboutissant à l'avènement d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle.

Le juge s'est octroyé, de manière prétorienne, un pouvoir supplémentaire lui permettant de faire échec à tout ou partie de la rétroactivité de la règle qu'il édicte. Bien que les contours de ce nouvel attribut ne soient pas encore définitivement tracés, sa logique consiste, de la même manière qu'en matière juridictionnelle, à rompre avec l'automatisme de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle pour

pouvoir en atténuer les excès. À une rétroactivité jurisprudentielle incontrôlée (§ 1) a succédé une rétroactivité jurisprudentielle disciplinée (§ 2). À travers l'aménagement des effets dans le temps de la règle prétorienne, c'est un statut de la rétroactivité jurisprudentielle, et même plus largement de la jurisprudence dans son ensemble, qui est en construction.

§ 1 : La rétroactivité incontrôlée de la règle jurisprudentielle

733. La rétroactivité de la règle jurisprudentielle a longtemps échappé à toute forme de contrôle. Une fois formulée, la jurisprudence nouvelle s'applique, de plein droit, à toutes les situations soumises à litige, indépendamment de la date à laquelle celles-ci sont nées. Comme le remarque M. Chapus, il y a là une « *manifestation particulière de l'inadaptation du juge à la fonction normative [...] qu'il exerce sans pouvoir respecter le principe général de non-rétroactivité qui régit toute activité normative* »²⁶⁵⁷. L'automatisme de l'application de la règle nouvelle aux situations antérieurement constituées, ainsi que l'absence de limites posées à ses effets rétroactifs, étaient regardées comme une conséquence, certes regrettable, mais inévitable du mode particulier de formulation de la jurisprudence. N'ayant pas d'autre occasion de consacrer un principe nouveau que le règlement du litige, le juge est contraint, par construction, d'appliquer immédiatement le second au premier.

Toutefois, l'application rétroactive de la règle nouvelle à l'occasion du règlement de litiges portant sur des faits antérieurs à sa formulation porte en elle le risque de compromettre, de manière excessive, les situations juridiques qui se sont constituées au cours de la période précédant son énonciation. Les sujets de droit se voient imposer, parfois de manière soudaine et imprévisible, le respect d'une règle dont il n'ont pas eu connaissance au moment où ils ont agi et à laquelle ils n'ont pas pu, à l'évidence, se conformer. Au fil des litiges appelés à donner lieu à la mise en œuvre de la règle nouvelle, le nombre des situations remises en cause avec effet rétroactif peut devenir élevé. Or, lorsque la règle nouvelle a pour effet d'aggraver la situation des justiciables, la rétroactivité qui lui est, de plein droit, attaché lui fait produire des effets dévastateurs²⁶⁵⁸. Ainsi les excès de la rétroactivité jurisprudentielle ont-ils été, de longue date, dénoncés par la doctrine sur le terrain de la sécurité juridique, qu'il s'agisse pour elle de s'indigner d'un changement brusque de jurisprudence ou des conséquences radicales que son application rétroactive emportent sur l'ordonnement juridique (I).

De son côté, le juge n'a jamais ignoré les perturbations dérivant de l'exercice de son pouvoir créateur de règles de droit et a, très tôt, adopté des stratégies visant, par des voies détournées, à tempérer la rétroactivité de sa jurisprudence. Seulement, le soin apporté dans le choix du moment créateur ou la neutralisation ponctuelle de ses conséquences, à tout le moins pour l'espèce à l'occasion de laquelle l'innovation jurisprudentielle est opérée, se sont avérés impuissants à réduire l'ampleur et la rigueur des

²⁶⁵⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc., t. I, p. 123, n° 161.

²⁶⁵⁸ En effet, les deux ordres de juridiction s'accordant pour considérer qu'un requérant n'a pas de droit acquis au maintien d'une jurisprudence, le revirement défavorable s'applique sans distinction. Cf., par ex., Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001, *Coindoz c/ Christophe*, pourv. n° 00-14.564, *D.*, 2006, n° 7, p. 472, chr. W. DROSS, *LPA*, 13 mars 2002, n° 52, p. 17, note F. MARMOZ, *RTDCiv.*, 2005, n° 1, p. 176, note P. THÉRY et n° 2, p. 304, note X. BACHELLIER M.-N. JOBARD-BACHELLIER et p. 312, note P. MALINVAUD ; Soc., 7 janvier 2003, *Casimir c/ Société Foir'Fouilles*, pourv. n° 00-46.476, *RDC*, 2003, n° 1, p. 145, note C. RADÉ ; CE, 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, req. n° 238.199, *Rec.*, T., p. 563, *BJDU*, 2004, n° 4, p. 294, concl. F. SÉNERS, *Dr. adm.*, 2004, n° 11, p. 47, note R. NOGUELLOU, *RDI*, 2004, n° 5, p. 462, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; 28 septembre 2005, *Louis*, req. n° 266.208 et 266.210, *Rec.*, p. 401, *AJDA*, 2005, n° 44, p. 2425, trib. B. SEILLER et 2006, n° 2, p. 103, note A.-M. MAZETIER, *BJCL*, 2006, n° 1, p. 60, concl. A.-F. ROUL, *Dr. adm.*, 2006, n° 4, p. 45, note P. LIGNIÈRES et J. DUVAL, *LPA*, 13 juillet 2007, n° 140, p. 20, note A. GRABOY-GROBESCO. Pour une critique des conséquences des revirements de jurisprudence, voir H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, préc., p. 353 et s., n° 238 et s.

effets rétroactifs de la règle prétorienne. Tout au plus ses méfaits ont-ils pu être nuancés par la prise en considération du caractère souvent favorable pour l'administré de l'avancée jurisprudentielle et par le constat que les changements réellement perturbateurs sont rares en pratique. Il n'en est pas moins demeuré qu'en l'absence de moyen d'action directe sur son effet dans le temps, la règle jurisprudentielle, une fois consacrée, étendait inexorablement son emprise sur les situations antérieurement constituées (II).

I – LES MAUX DE LA RETROACTIVITE DE LA REGLE JURISPRUDENTIELLE

734. Les maux reprochés à la rétroactivité de la jurisprudence sont bien connus et dénoncés, de longue date, par la doctrine²⁶⁵⁹. Les principaux griefs qui lui sont adressés se rattachent essentiellement à la remise en cause de la sécurité juridique que l'affirmation originelle d'une jurisprudence nouvelle et l'intervention d'un revirement²⁶⁶⁰ provoque. Ils sont de deux ordres. La rétroactivité jurisprudentielle est un phénomène imprévisible, d'une part ; ses conséquences sont incontrôlées, d'autre part. C'est dire que la rétroactivité porte atteinte à la fois à la « certitude du droit applicable » et à la « stabilité du droit appliqué »²⁶⁶¹ qui constituent les deux facettes de l'exigence de sécurité juridique.

735. À titre liminaire, il convient de rappeler brièvement en quoi la rétroactivité de la jurisprudence est inévitable et pourquoi elle joue de manière automatique. Suivant la démonstration, bien connue, menée par le Doyen Rivero, « *le juge n'a pas d'autre occasion de poser une règle nouvelle ou de modifier sa règle antérieure que la solution des litiges qui lui sont soumis. [...] Il n'y a pour le juge qu'une technique de formulation de la règle de droit : il énonce dans les considérants, de façon plus ou moins explicite, la formule générale dont il va déduire la solution du cas particulier qui lui a été soumis. Il en résulte nécessairement que [...] la règle nouvelle produira effet, non à partir du jugement, dont le prononcé lui confère l'existence, mais à l'égard des faits ou des actes sur lesquels il statue. [...] Il y a bien rétroactivité de la règle jurisprudentielle, non seulement à l'égard des données du litige à propos duquel elle a été élaborée, mais encore, dans la mesure où le juge s'en tiendra à la nouvelle règle, à l'égard de tous les litiges semblables dont il a été saisi avant la décision qui fait jurisprudence, et qui seront tranchés postérieurement à celle-ci.* ». Et de poursuivre, « *la technique de création ou de modification de la norme par le juge [...] suppose nécessairement l'application de la norme nouvelle aux données – évidemment antérieures – qui fournissent l'occasion de l'énoncer. On ne saurait concevoir, en effet, une dissociation entre création et application : le juge ne peut, dans un seul et même*

²⁶⁵⁹ Sur la question voir, G. JÈZE, « La rétroactivité des lois de compétence. Contribution à la théorie de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois », *RDP*, 1913, n° 1, p. 61 et « Contribution à l'étude de la non-rétroactivité des lois – Les lois interprétatives », *RDP*, 1924, n° 1, p. 157 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 269, n° 10 ; B. LAVERGNE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », préc., p. 300 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 353, n° 238 ; C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », préc., p. 10 ; B. PACTEAU, « La rétroactivité jurisprudentielle insupportable ? », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de J.-F. LACHAUME*, Paris, Dalloz, 2007, p. 807, spéc. pp. 812-813, ainsi que les références citées ; P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 28-29, n° 7 ; B. SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », préc., p. 17 et s. On trouve également sous la plume des membres de la juridiction administrative, J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1998, *EDF*, req. n° 160.246, Rec., p. 365, *AJDA*, 1998, n° 12, p. 1017, spéc. p. 1018.

²⁶⁶⁰ S'il faut distinguer la consécration d'une règle jurisprudentielle entièrement nouvelle du revirement de jurisprudence *stricto sensu*, c'est-à-dire du changement de règles, il ne peut y avoir, entre ces deux opérations, qu'une différence de degré, et non de nature. En tout état de cause, elles emportent, d'un point de vue temporel, les mêmes conséquences sur l'ordonnancement juridique (cf., en ce sens, H. LE BERRE, thèse préc., p. 349, n° 235 ; J.-H. STAHL, « Les conséquences des revirements de jurisprudence », in B. SEILLER (dir), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 87, spéc. p. 88).

²⁶⁶¹ Selon la formule de P. DELVOLVÉ, art. préc., p. 331.

arrêt, formuler une règle nouvelle, et appliquer, à la solution de l'espèce, la règle antérieure, car la seule justification réside précisément dans la nécessité où il se trouve de donner, à la décision qu'il va prendre, le fondement d'une règle générale »²⁶⁶². De cet exposé magistral, il découle qu'à raison de son mode particulier de formation, la règle jurisprudentielle est essentiellement rétroactive et que cette rétroactivité joue de plein droit. Or, telle qu'elle se présente, la rétroactivité jurisprudentielle heurte doublement la sécurité juridique.

736. D'abord, l'intervention aléatoire de la rétroactivité jurisprudentielle ruine la certitude du droit applicable, en rendant le changement de règles imprévisible²⁶⁶³. Comme on l'a montré plus tôt, les difficultés qui s'attachent à l'identification de la règle nouvelle, ainsi que de son contenu, contribuent à amplifier l'effet perturbateur de la rétroactivité de la règle prétorienne.

La jurisprudence nouvelle est contenue dans un ou plusieurs jugements, lesquels ne bénéficient pas d'une publicité étendue. Celle-ci demeure donc largement confidentielle²⁶⁶⁴. À cela s'ajoutent les difficultés pour la repérer au sein des motifs de la décision de justice, principalement en raison du style rédactionnel du juge administratif marqué par le laconisme. Certes, dans la période récente, celui-ci se départit plus volontiers de celui-là pour préciser, dans une perspective pédagogique, la portée de la solution nouvellement dégagée. Néanmoins, cette pratique n'est pas systématique, de même qu'elle ne réduit pas totalement les ambiguïtés, lesquelles peuvent être à la source de difficultés d'interprétation de la jurisprudence²⁶⁶⁵. L'imprécision de la règle peut même être le fait, dans certains cas, du juge lui-même. Soucieux de se ménager une marge d'appréciation, le juge est amené à dégager des règles jurisprudentielles « souples » ou « ouvertes »²⁶⁶⁶. Dans le même ordre d'idées, le juge peut tout aussi bien user du silence pour consacrer, dans la plus grande discrétion et de manière implicite, la règle nouvelle²⁶⁶⁷. Que l'imprécision ou l'implicite soient volontaires ou non, ils provoquent, en tout état de cause, un retard dans la « révélation »²⁶⁶⁸ de la règle jurisprudentielle, et/ou de sa portée exacte, ce qui est de nature à créer un décalage temporel qui fera ressentir avec encore davantage de rigueur l'application rétroactive dont elle fera l'objet.

À cela s'ajoute le caractère aléatoire de l'exercice par le juge de son pouvoir créateur de règles de droit. Son action est, en effet, fondamentalement liée aux requérants. Ainsi l'initiative de la création

²⁶⁶² J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », préc., pp. 15-16. Cf., dans le même sens, pour la jurisprudence judiciaire, L. BACH, « Jurisprudence », fasc. préc., p. 22, n° 176 ; P. ROUBIER, *loc. cit.* ; A. HERVIEU, art. préc., p. 267, n° 9 et p. 291, n° 25.

²⁶⁶³ Comme le rappelle P. Malinvaud, « *les conséquences néfastes de la rétroactivité sont identiquement les mêmes, que la règle soit d'origine légale ou jurisprudentielle. La sécurité juridique est une exigence supérieure de toute société organisée qui ne saurait s'accommoder de l'imprévisibilité inhérente à la rétroactivité des revirements de jurisprudence* » (souligné par nous ; P. MALINVAUD, « À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTDCiv.*, 2005, n° 2, p. 312, spéc. p. 315). Cf., dans le même sens, B. LAVERGNE, art. préc., p. 303 ; C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n° 33, p. 15, spéc. p. 16. Pour une position doctrinale inverse, consistant à soutenir que la jurisprudence est toujours prévisible, voir F. ZÉNATI, *op. cit.*, p. 154.

²⁶⁶⁴ J. RIVERO, art. préc., p. 18. Pour un constat identique en matière judiciaire, cf. J. HÉRON, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », préc., p. 1087, n° 9 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 295, n° 28.

²⁶⁶⁵ Sur l'ensemble de ces points, cf. plus haut, p. 331, n° 420. Voir également, H. LE BERRE, thèse préc., p. 275 et s., n° 190 et s.

²⁶⁶⁶ Tandis que les premières traduisent le refus du juge de donner une définition rigoureuse ou de fixer un régime précis, les secondes réservent une place à de futures exceptions. Sur cette question, voir Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 259 et s., spéc. p. 263. Cf., dans le même sens, H. LE BERRE, thèse préc., p. 526, n° 345.

²⁶⁶⁷ Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 233 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 532, n° 349 et les ex. cités. On retrouve ces différents modes de survenance du revirement dans la jurisprudence constitutionnelle (cf., en ce sens, T. DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cah. Cons. Const.*, 2006, n° 20, p. 135, spéc. p. 144).

²⁶⁶⁸ N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 47. Sur l'ensemble de ces points, cf., s'agissant de la jurisprudence judiciaire, A. HERVIEU, art. préc., p. 302, n° 33.

d'une règle nouvelle ou de sa modification appartient-elle, au premier chef, au plaideur²⁶⁶⁹. C'est dire que, bien souvent, l'évolution jurisprudentielle est le fruit du hasard des recours. À l'aléa initial attaché à la consécration ou à la modification de la règle, il faut également adjoindre celui lié à l'intervention ultérieure d'éventuels changements prenant la forme, soit d'arrêts contradictoires, soit de revirements successifs. Les premiers traduisent une absence de cohérence dans la mise en œuvre de la règle nouvelle, tandis que les seconds expriment une absence de ligne directrice dans l'élaboration ou l'évolution des règles régissant l'action administrative²⁶⁷⁰. L'exercice aléatoire et erratique de la fonction jurisprudentielle s'avère alors particulièrement déstabilisant pour les sujets de droit. Plongés dans l'incertitude, ils seront incapables de déterminer quelle règle ils doivent respecter.

737. L'imprévisibilité de l'intervention du changement, par voie jurisprudentielle, du droit applicable augmente l'intensité de l'effet perturbateur provoqué par l'effet rétroactif de plein droit qui lui est attaché.

D'un côté, la consécration ou le changement de la règle prétorienne intervient avec brutalité et avec effet rétroactif, ruinant la certitude qu'avaient pu avoir les sujets de droit dans le droit antérieurement applicable. Par hypothèse, les sujets de droit n'ont pas pu adapter leur comportement en prévision d'une modification de l'état du droit opérée au hasard des litiges et qui n'a pas été, le plus souvent, annoncée. L'effet rétroactif qui est attaché de plein droit à la règle jurisprudentielle s'impose donc « par surprise » et *ex post facto*. Cela revient à punir celui qui n'a transgressé aucune norme et qui ne pouvait même pas chercher à se conformer à elle, puisqu'elle n'existait pas²⁶⁷¹.

En l'absence de toute possibilité d'anticipation, les justiciables en sont réduits à spéculer sur l'avenir, attitude qui peut déboucher *in fine* sur une certaine forme de désobéissance de la part des plus astucieux d'entre eux²⁶⁷². Celui qui aura anticipé le changement futur du droit applicable et qui a, en conséquence, agi dans le passé en violation de la règle ancienne, verra sa désobéissance récompensée du fait de la rétroactivité de la règle nouvelle, tandis que celui qui a agi conformément à la règle ancienne sera puni. L'incertitude de la règle jurisprudentielle, cumulée à sa rétroactivité, aboutissent alors à une rupture de l'égalité des citoyens devant la règle de droit applicable²⁶⁷³.

De l'autre, l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle nouvellement dégagée ou modifiée est aléatoire, ce qui rend instable et incertain le droit applicable. Alors même que, de manière générale, la production de l'effet de la règle de droit dépend de la réalisation des faits entrant dans son pré-supposé²⁶⁷⁴, tel n'est pas le cas pour la règle prétorienne. En effet, il est nécessaire qu'un juge soit saisi pour qu'elle reçoive application, compte tenu de l'autorité déficiente dont est affectée la

²⁶⁶⁹ B. LAVERGNE, art. préc., p. 295 ; J. RIVERO, art. préc., p. 17 ; J.-H. STAHL, art. préc., p. 89.

²⁶⁷⁰ Sur cette question, voir H. LE BERRE, thèse préc., p. 336, n° 228 et p. 545, n° 356.

²⁶⁷¹ Cf., en ce sens, D. de BÉCHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », préc., p. 16. Voir également, X. BOURIN, « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal ? », préc., p. 599 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 529, n° 347 ; C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », préc., p. 326 ; J.-C. RICCI, « *Requiem* pour une défunte : où s'en est allée la rétroactivité de la jurisprudence ? », *RRJ*, 2005, n° 2, p. 569, spéc. p. 571 ; J.-H. STAHL ; art. préc., p. 91 ; P. VOIRIN, art. préc., n° 3 ; F. MELLERAY, CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., *RD*, 2007, n° 5, p. 1383, spéc. p. 1400 ; F. MODERNE, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., *RFDA*, 2007, n° 5, p. 917, spéc. p. 921. Pour des ex., voir H. LE BERRE, thèse préc., p. 354, n° 238 ; C. MOULY, art. préc., pp. 325-326 ; B. PACTEAU, art. préc., p. 813.

²⁶⁷² Sur ce point, voir P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », préc., p. 329 ; B. SEILLER, art. préc., p. 29. Voir également, J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, préc., p. 65, n° 69 ; R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », préc., p. 263.

²⁶⁷³ Outre les références citées à la note précédente, voir H. LE BERRE, thèse préc., p. 356, n° 239 ; C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », préc., p. 14 ; B. PACTEAU, art. préc., p. 814.

²⁶⁷⁴ Sur cette question, voir p. 701, n° 909.

jurisprudence²⁶⁷⁵. Il n'en reste pas moins qu'une fois saisi, le juge sera tenu l'origine du changement de règles, de trancher le litige conformément à la règle nouvelle et, de surcroît, avec effet rétroactif²⁶⁷⁶. On aboutit à une situation paradoxale dans laquelle « *la détermination [règle de droit applicable] est indépendante de la date à laquelle [les faits entrant dans son présupposé] se sont produits : elle dépend uniquement de la date à laquelle ils sont jugés* »²⁶⁷⁷. Il en résulte deux conséquences funestes. D'une part, l'application aléatoire de la règle prétorienne provoque une nouvelle inégalité, cette fois, pour les justiciables, séparant ceux dont la situation a été consolidée par l'épuisement des délais de recours et ceux dont la situation est menacée par l'éventualité d'une action en justice²⁶⁷⁸. D'autre part, cela signifie que la règle ancienne demeure, dans les faits, partiellement en application et que, symétriquement, la règle nouvelle est partiellement appliquée²⁶⁷⁹. Il s'ensuit que concrètement, il y a, à un instant donné, deux règles de droit qui régissent des faits identiques, en parfaite contradiction avec les principes les plus élémentaires du droit transitoire et, à nouveau, en violation du principe d'égalité des citoyens devant la règle de droit.

Au total, il résulte de ce qui précède que la rétroactivité jurisprudentielle s'impose aux sujets de droit sans prévenir et sans délai. Cette situation est encore aggravée en cas de revirements successifs. La rétroactivité des uns « chassant » celle des autres, l'effet perturbateur est amplifié en conséquence.

738. Ensuite, la rétroactivité attachée de plein droit à la règle jurisprudentielle remet en cause frontalement la stabilité du droit appliqué, c'est-à-dire des situations juridiques antérieurement constituées. Comme on l'a vu plus haut, la règle jurisprudentielle est édictée par un organe non officiellement habilité et, en tant que tel, impuissant à fixer son champ d'application dans le temps. Énoncée à l'occasion d'un litige, la jurisprudence nouvelle le dépasse très largement²⁶⁸⁰. Elle bénéficie même d'un champ d'application virtuellement illimité, parce que non délimité. Il s'ensuit que la rétroactivité jurisprudentielle étend son emprise sans limites, ou presque, sur les situations juridiques qui la précèdent dans la chronologie. Dans cette mesure, elle constitue un vecteur d'insécurité juridique incontrôlable ou, en tout état de cause, incontrôlé.

La règle prétorienne est, en premier lieu, applicable à tous les faits soumis à litige. Elle affecte donc les instances en cours, que celles-ci se déroulent devant le juge de premier instance ou d'appel, ainsi que tous les recours pendants à la date de la décision ayant consacré la règle jurisprudentielle nouvelle. Si le changement de règles intervient devant le juge de cassation, ce qui se produit souvent dans l'ordre administratif, l'application rétroactive de la règle nouvelle entraîne l'annulation de la décision du juge du fond pour erreur de droit²⁶⁸¹. C'est dire que la rétroactivité jurisprudentielle est capable d'entraîner la remise en cause des décisions de justice passées en force de chose jugée. À titre de comparaison, seules les lois interprétatives se voient attribuer un champ d'application aussi étendu.

²⁶⁷⁵ Sur ce point, cf., plus haut, p. 320, n° 406.

²⁶⁷⁶ B. SEILLER, art. préc., p. 25 ; J.-H. STAHL, art. préc., pp. 89-90. Bien qu'elle ne soit pas, d'un point de vue strictement théorique, juridique, cette « ardente » obligation n'en est pas moins puissante. Elle découle soit de la discipline que la juridiction qui a dégagé la règle nouvelle s'impose à elle-même, soit de la crainte du juge saisi du litige d'être ultérieurement désavoué par une juridiction supérieure, lorsque c'est cette dernière ou la juridiction suprême qui a posé le nouveau principe.

²⁶⁷⁷ A. HERVIEU, art. préc., p. 294, n° 27.

²⁶⁷⁸ Comme le souligne fort justement A. Hervieu, « *la rétroactivité de la jurisprudence n'a pas de limite intrinsèque : il y a seulement des personnes qui se trouvent dans des situations qui ne leur permettent pas de l'invoquer* » (A. HERVIEU, art. préc., p. 275, n° 12). Pour une position contraire, jugeant l'application rétroactive du revirement comme une garantie d'égalité entre les justiciables, cf. J.-H. STAHL, art. préc., p. 89.

²⁶⁷⁹ B. SEILLER, art. préc., p. 26.

²⁶⁸⁰ Sur ce point, cf., plus haut, p. 335, n° 425.

²⁶⁸¹ J.-H. STAHL, art. préc., pp. 89-90.

Encore cette reconnaissance est-elle le fait uniquement de la juridiction judiciaire, dont la position demeure isolée sur ce point²⁶⁸².

En second lieu, elle a vocation à régir tous les faits non soumis à litige, quelle que soit la date à laquelle ils se sont réalisés. Cela signifie que les situations juridiques qui se sont constituées sous l'empire de la règle ancienne sont menacées dans leur existence par la rétroactivité de la règle nouvelle. Les effets de la seconde recouvrant entièrement ceux produits par la première pour le passé, il en résulte une remise en cause potentielle des l'ensemble des situations nées et ayant vécu au cours de la période précédant le changement de règles. Toutefois, la crainte d'une annihilation généralisée de toutes les conséquences qui ont découlé de la mise en œuvre de la règle ancienne ne doit pas être surestimée, dès lors que, comme on vient de le voir, son application dépend de l'existence d'un litige.

De proche en proche, la rétroactivité jurisprudentielle s'étend *in fine* à un nombre élevé de situations, dont le bien-fondé se trouve compromis *ab initio* ou susceptible de l'être. Comme le remarquait le Doyen Héron, « *la rétroactivité crée une perturbation dont l'importance est proportionnelle au nombre de faits passés qu'il faut réexaminer* »²⁶⁸³. À cela s'ajoute, selon le Doyen Rivero, le « *facteur temps, qui aggrave ou atténue, selon la durée qui sépare les faits de la décision, l'effet de la rétroactivité* »²⁶⁸⁴. Or, en raison de l'indétermination du champ d'application de la règle jurisprudentielle, le nombre des situations passées touchées par la rétroactivité est virtuellement illimité. De fait, les situations juridiques préexistantes ne sont à l'abri de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle qu'à partir du moment où elles bénéficient d'une décision de justice devenue irrévocable²⁶⁸⁵. Il en va de même, quoique de manière moins systématique, pour les situations administratives définitivement acquises à la date du jugement à l'occasion duquel le changement de règle est intervenu²⁶⁸⁶. Pour les autres situations, l'autorité de chose jugée s'attachant au jugement ayant fait une application de la règle prétorienne nouvelle fera que la rétroactivité de cette dernière s'imposera dans toute sa rigueur.

Les excès de la rétroactivité jurisprudentielle dénoncés par la doctrine n'ont pas été véritablement compensés jusqu'à une période récente, ce qui a pu porter un certain préjudice à l'institution juridictionnelle²⁶⁸⁷.

²⁶⁸² Sur ce point, cf., plus haut, p. 126, n° 175.

²⁶⁸³ J. HÉRON, *op. cit.*, p. 71, n° 75.

²⁶⁸⁴ J. RIVERO, art. préc., p. 17. Cf., dans le même sens, D. de BÉCHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », préc., p. 9 : l'auteur prend montre, notamment, que les conséquences de la rétroactivité sont amplifiées lorsque le dommage apparaît longtemps après la survenance du fait générateur de la responsabilité.

²⁶⁸⁵ Sur ce point, cf., plus bas, p. 605, n° 775. Voir également, A. HERVIEU, art. préc., 274, n° 12 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 25, note 1 et p. 248, n° 56.

²⁶⁸⁶ Cf., en ce sens, CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, préc.

²⁶⁸⁷ Sur ce point, voir H. LE BERRE, thèse préc., p. 356, n° 240.

II – L'INSUFFISANCE DES PALLIATIFS DE LA RETROACTIVITE DE LA REGLE JURISPRUDENTIELLE

739. Le juge n'a jamais complètement ignoré les conséquences excessives que la rétroactivité des règles qu'il dégagait était susceptible d'emporter²⁶⁸⁸. Pour sa part, le juge administratif y a été d'autant plus sensible que sa jurisprudence a largement contribué à la construction du droit administratif. De fait, il s'est, très tôt, efforcé de pallier les inconvénients qui découlent de l'effet rétroactif attaché de plein droit à la règle prétorienne. Seulement, les moyens utilisés pour tempérer, un tant soit peu, les excès de la rétroactivité jurisprudentielle sont demeurés indirects et d'un impact limité. Il s'est agi principalement pour le juge de développer des stratégies consistant, d'une part, à assurer une meilleure prévention du changement de règles et, d'autre part, à neutraliser pratiquement ses effets, à tout le moins pour l'espèce lui ayant fourni l'occasion de l'opérer. En revanche, le juge s'est interdit, jusqu'à récemment, de remettre en cause frontalement la rétroactivité attachée de plein droit à la règle jurisprudentielle qu'il venait d'énoncer. Ces stratégies d'évitement ou de tempérament de la rétroactivité jurisprudentielle sont à rechercher dans les méthodes du juge.

740. La principale stratégie d'évitement de la rétroactivité jurisprudentielle résulte d'une longue tradition voulant que l'arrêt de principe ou le revirement de jurisprudence soit un arrêt de rejet²⁶⁸⁹. Tel est le cas, par exemple, de la décision *Société Tropic Travaux Signalisation* du 16 juillet 2007 à l'occasion de laquelle l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a créé une nouvelle voie de recours direct contre la validité du contrat administratif pour certaines catégories de tiers²⁶⁹⁰. Il est vrai que les parties à l'instance ayant donné lieu à l'innovation jurisprudentielle ne subiront pas les conséquences du changement de règles, dès lors que les données de l'espèce auront permis au juge de parvenir, par une voie différente, à une solution du litige identique à celle à laquelle il aurait abouti s'il avait jugé selon la règle antérieure. Le rejet de la requête étant acquis quelle que soit la règle appliquée, la rétroactivité jurisprudentielle n'affecte pas la situation des requérants dans ce cas précis. Cependant, il reste que cette mise à l'écart ponctuelle de la rétroactivité, limitée à un procès, est un peu « l'arbre qui cache la forêt ».

²⁶⁸⁸ Sur les tempéraments apportés par le juge judiciaire à la rétroactivité de sa jurisprudence, voir, notamment, A. HERVIEU, art. préc., p. 293, n° 27.

²⁶⁸⁹ F. LENICA et J. BOUCHER, chr. sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. p. 1587 ; J. RIVERO, art. préc., p. 16 ; J.-H. STAHL, art. préc., p. 89. Voir également, D. de BÉCHILLON, art. préc., p. 8 ; M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », préc., p. 97 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 232 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 529, n° 347 et « La jurisprudence et le temps », préc., p. 76 ; B. PACTEAU, art. préc., p. 815.

²⁶⁹⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. Pour des ex. plus anciens, voir CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, Rec., p. 155, concl. DAVID, *GAJA* n° 3, *D.*, 1875, III, p. 18, concl. DAVID ; 10 février 1905, *Tomaso-Grecco*, Rec., p. 139, concl. J. ROMIEU, *GAJA* n° 14, *D.*, 1906, p. 381, concl. J. ROMIEU, *S.*, 1905, III, p. 113, note M. HAURIUO ; 4 août 1905, *Martin*, préc. ; 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, Rec., p. 913, concl. TARDIEU, *GAJA* n° 18, *D.*, 1909, III, p. 57, concl. TARDIEU, *S.*, 1908, III, p. 1, note M. HAURIUO, concl. TARDIEU, *RDP*, 1908, n° 1, p. 38, note G. JÈZE ; Ass., 3 juillet 1936, *Dlle Bobard et autres*, Rec., p. 721, *GAJA* n° 49, *D.*, 1937, III, p. 38 et *RDP*, 1937, p. 684, concl. R. LATOURNERIE ; Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, req. n° 46.922 et 46.923, Rec., p. 101, *D.*, 1960, J., p. 236, note A. L'HUILLIER, *JCP G*, 1960, II, 11629 bis, note G. VEDEL, *S.*, 1960, II, p. 131-135, concl. J. KAHN ; Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville Nouvelle Est"*, req. n° 78.825, Rec., p. 409, concl. G. BRAIBANT, *GAJA* n° 85, *AJDA*, 1971, n° 7-8, p. 404, chr. D. LABETOULLE et P. CABANES et n° 9, p. 463, concl. G. BRAIBANT, *D.*, 1972, J., p. 194, note LEMASURIER, *CJEG*, 1972, p. 38, note VIROLE, *JCP G*, 1971, II, 16873, note HOMONT, *RDP*, 1972, p. 454, note M. WALINE ; 9 juin 1978, *Lebon*, préc.

Outre le fait que cette pratique n'est pas systématique²⁶⁹¹, rien n'empêche que, peu de temps après, la règle nouvelle reçoive application, avec effet rétroactif, dans d'autres affaires. Les faits en cause peuvent même être antérieurs à ceux du litige qui a permis l'énonciation de la règle nouvelle²⁶⁹². Plus largement, les justiciables, dont les procès sont encore pendants ou n'ont pas encore atteint le stade de la cassation, se verront opposer rétroactivement la règle nouvelle, de même que tous ceux qui s'apprêtaient à déposer un recours au moment de sa consécration. Si la technique de l'arrêt « à blanc » permet d'informer les sujets de droit qu'à l'avenir ils devront se conformer à la règle nouvelle, elle reste très largement impuissante à contenir ses effets rétroactifs. On aboutit même à une situation paradoxale où la volonté de tempérer l'effet rétroactif dans le cas particulier de la décision qui a été le siège de l'énonciation du nouveau principe épargne certains requérants pour mieux soumettre d'autres à l'empire de la règle nouvelle.

741. D'autres stratégies tendent à « désamorcer » le choc provoqué par la rétroactivité jurisprudentielle par un effet d'annonce ou par le choix de l'espèce à l'occasion de laquelle le nouveau principe sera énoncé.

D'abord, l'effort du juge se porte sur la préparation et la publicité du changement de règles. Comme on le verra, il n'existe aucun procédé officiel d'annonce de l'édiction d'une nouvelle règle jurisprudentielle, non plus qu'aucun régime d'entrée en vigueur permettant aux sujets de droit d'en prendre connaissance préalablement à sa mise en œuvre. Un tel écueil ne doit pas surprendre. En l'absence de reconnaissance, ou à tout le moins, d'officialisation d'un pouvoir normatif jurisprudentiel, il paraît absurde de prétendre en organiser la diffusion.

La préparation d'un arrêt de principe ou d'un revirement important peut faire l'objet d'une réflexion préalable des membres de la juridiction administrative, à laquelle peut également participer la doctrine, et qui sera l'objet d'une publication. On songe bien évidemment à la jurisprudence *Association AC !*, dont l'intervention a été annoncée, notamment par la doctrine, et qui a été immédiatement suivie de la diffusion de la note interne à la juridiction administrative examinant les conditions et les modalités de sa consécration²⁶⁹³.

Le plus souvent, la révélation d'un changement dans l'état du droit par voie de jurisprudence résulte, en l'absence de procédé officiel de divulgation, moins d'une pratique que d'un « faisceau d'indices » ponctuels. Une indiscretion ou une allusion faite par un membre de la juridiction administrative laisse présager la modification du droit applicable à venir, de même que les propositions d'évolution formulées par les rapporteurs publics dans leurs conclusions et qui ne sont finalement pas retenues par la formation de jugement²⁶⁹⁴. Dans le même ordre d'idées, les tentatives réitérées des

²⁶⁹¹ H. LE BERRE, thèse préc., p. 530, n° 347. Pour un ex., cf. CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, req. n° 107.766 et 97.754, Rec., p. 82 et p. 85, concl. P. FRYDMAN, *GAJA* n° 95, *AJDA*, 1995, n° 5, p. 379, chr. L. TOUVET et J.-H. STAHL, *D.*, 1995, J., p. 381, note N.BELLOUBET-FRIER, *JCP G*, 1995, II, 22426, note M. LASCOTTE et F. BERNARD, *LPA*, 28 avril 1995, n° 51, p. 11, note G. VLACHOS, 9 juin 1995, n° 69, p. 16, note NGUYEN VAN TUONG et 4 août 1995, n° 93, p. 28, note V.-A. ITECKPO, *Gaz. Pal.*, 7 juin 1995, n° 159, note S. PETIT et 30-31 août 1995, note OTEPKO, *Rev. adm.*, 1996, n° 294, p. 696, note A. de LAJARTRE, *RDP*, 1995, n° 5, p. 1338, note O. GOHIN, *RFDA*, 1995, n° 2, p. 353, concl. P. FRYDMAN.

²⁶⁹² B. SEILLER, art. préc., p. 26.

²⁶⁹³ Cf., respectivement, D. LABETOULLE, présentation du dossier : « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *RFDA*, 2004, n° 3, p. 437 ; B. SEILLER, « L'illégalité sans annulation », préc. ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », préc. Sur la question, voir Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 219 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 351, n° 236 ; J.-H. STAHL, art. préc., p. 87. Cf., pour le droit judiciaire privé, P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », préc., p. 152.

²⁶⁹⁴ Y. GAUDEMET, thèse préc., pp. 220-221 et p. 234 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 351, n° 236.

juridictions inférieures d'initier une évolution jurisprudentielle, comme cela a été encore récemment le cas dans l'affaire *M. et Mme Rigat*²⁶⁹⁵, constituent un indicateur d'une possible modification de la règle prétorienne. En d'autres termes, le changement d'une règle antérieure ou la consécration d'une règle antérieurement nouvelle est révélé par les « *circonstances qui l'entourent* »²⁶⁹⁶.

Ensuite, l'exploitation d'une affaire propice peut contribuer à mieux faire accepter l'innovation jurisprudentielle et, partant, l'application rétroactive qui en sera faite. De manière exceptionnelle, une affaire importante sera retenue afin de démontrer par l'exemple tout le bénéfice d'une avancée jurisprudentielle, en même temps qu'elle lui procure un certain retentissement. Tel a été, à nouveau, le cas de l'affaire des « recalculés » qui a conduit à l'adoption de la jurisprudence *Association AC !*. Il en va de même du choix d'un dossier « aberrant », c'est-à-dire pour lequel l'application de la règle ancienne aurait été particulièrement choquante, comme en témoigne la décision *Dame Lamotte*²⁶⁹⁷. De façon plus habituelle, l'occasion favorable pour le juge administratif pour énoncer un nouveau principe se présente sous la forme d'une affaire de moindre importance. Si elle témoigne, avant tout, d'une volonté de discrétion de la part du juge²⁶⁹⁸, on peut également y voir la recherche d'une limitation de l'impact de la règle nouvelle et de son application rétroactive. Il s'agit, en quelque sorte, de « sauver les apparences ».

Toutefois, on ne saurait regarder ces différentes attitudes adoptées par le juge comme relevant d'une politique cohérente et organiser en vue d'atténuer les effets, notamment temporels, de la règle jurisprudentielle. Si elles contribuent certainement à atténuer l'« effet de surprise » créé par l'arrêt entièrement novateur ou le revirement, elles restent sans aucune incidence concrète sur l'effet rétroactif qu'il produira²⁶⁹⁹. Bien qu'annoncé et expressément affirmé, le principe nouveau sera appliqué à tous les faits soumis à litige, indifféremment de leur date de survenance. Comme le soulignait le Doyen Héron, « *la rétroactivité jurisprudentielle, parce qu'elle est liée aux litiges qui sont soumis au juge, est une rétroactivité désordonnée. Une fois qu'il a opéré le revirement de jurisprudence, le juge est bien obligé d'appliquer la règle nouvelle à tous les procès qui lui sont soumis quelle que soit la date des faits litigieux* »²⁷⁰⁰. Et M. Le Berre de conclure : « *La durée du procès ruine donc les efforts du juge d'atténuer la rétroactivité* »²⁷⁰¹. On peut donc sérieusement douter de l'efficacité, dans la plupart des cas, de telles pratiques empiriques pour contrecarrer la rétroactivité jurisprudentielle, voire même le

²⁶⁹⁵ Comp. CAA Lyon, 20 décembre 2007, *Michaud*, req. n° 07LY01566, Rec., p. 580, *RDF*, 2008, n° 12, p. 44 avec CE, Sect., 1^{er} octobre 2010, *M. et Mme Rigat*, req. n° 314.297, Rec., p. 352, concl. J. BOUCHER, *GACA* n° 44, *AJDA*, 2010, n° 39, p. 2202, chr. D. BOTTEGHI et A. LALLET, *Dr. adm.*, 2010, n° 12, p. 39, note F. MELLERAY, *Gaz. Pal.*, 5 décembre 2010, n° 339-341, p. 13, chr. B. SEILLER, *JCP A*, 2010, n° 46, p. 19, note L. ERSTEIN, *LPA*, 7 avril 2011, n° 69, p. 17, note F. TESSON, *RDF*, 2011, n° 3, p. 43, *RFDA*, 2010, n° 6, p. 1269, *RJF*, 2010, n° 12, p. 1016 (abandon du principe selon lequel un désistement doit être présumé être un désistement d'action). Pour un ex. plus ancien, voir CE, Ass., 24 novembre 1961, *Ministre des Travaux publics c/ Consorts Letisserand*, req. n° 48.841, Rec., p. 661, *GAJA* n° 78, *AJDA*, 1962, p. 22, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT, *D.*, 1962, J., p. 34 et *S.*, 1962, III, p. 82, concl. C. HEUMANN, note C.-H. VIGNES, *JCP G*, 1962, II, 12425, note LUCE, *RDP*, 1962, p. 330, note M. WALINE.

²⁶⁹⁶ Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 234. Le juge judiciaire adopte une attitude similaire (cf., en ce sens, N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., pp. 32-33.

²⁶⁹⁷ CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*, préc. Sur ce point, voir Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 238.

²⁶⁹⁸ Cf., par ex., CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Trompier-Gravier*, Rec., p. 133, *GAJA* n° 54, *D.*, 1945, J., p. 110, concl. B. CHENOT et note J. de SOTO, *RDP*, 1944, p. 256, concl. B. CHENOT et note G. JÈZE ; Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, req. n° 92.099, Rec., p. 394, *GAJA* n° 75, *AJDA*, 1959, I, p. 153, chr., M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT, *D.*, 1959, J., p. 541, note J. L'HUILLIER, *Rev. adm.*, 1959, p. 381, note J. GEORGEL, *RDP*, 1959, n° 5, p. 1004, concl. J. FOURNIER, *S.*, 1959, III, p. 202, note R. DRAGO. Sur la question, voir D. de BÉCHILLON, art. préc., p. 8 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 239 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 531, n° 348 et art. préc., p. 76.

²⁶⁹⁹ P. HÉBRAUD, art. préc., p. 368 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 352, n° 237.

²⁷⁰⁰ J. HÉRON, art. préc., p. 1088, n° 12.

²⁷⁰¹ H. LE BERRE, art. préc., p. 76.

caractère brutal du changement de règles, en l'absence de réelle garantie que ce qui a été annoncé se réalisera ou que la dissidence des juridictions inférieures connaîtra une destinée allant en ce sens.

742. Enfin, une dernière stratégie consiste pour le juge à « amortir » l'ampleur du changement jurisprudentiel en procédant par « touches successives » ou en organisant une période transitoire de décisions concordantes. La progressivité de l'introduction de la règle nouvelle ou de son évolution est propre à atténuer la rigueur de ses conséquences sur l'ordonnement juridique, de même qu'elle ménage un temps d'adaptation aux sujets de droit²⁷⁰². Là encore, la rétroactivité attachée à chaque arrêt de principe ou de revirement n'est aucunement affectée. Le juge agit sur le champ d'application matériel de ce que sera la règle définitive pour réduire les « à-coups » d'un changement de régime, sans pouvoir sur l'automatisme de son application aux situations antérieurement constituées.

743. Les stratégies adoptées par le juge administratif ont toutes en commun d'agir sur la règle nouvelle elle-même, sans affecter directement sa rétroactivité. Tout au plus ont-elles contribué à réduire l'imprévisibilité de la règle prétorienne²⁷⁰³. Elles restent, en tout état de cause, impuissantes à empêcher, et encore moins à contenir, les effets de la rétroactivité jurisprudentielle.

Le juge administratif a d'autant moins été enclin à aménager directement l'effet dans le temps de ses règles, qu'il a longtemps présumé que, d'une manière générale, les changements de jurisprudence s'avéraient largement favorables aux administrés et que les arrêts novateurs et les revirements véritablement perturbateurs étaient rares en pratique²⁷⁰⁴. On ne peut certes pas contester la réalité de ces deux éléments, compte tenu du développement continu de la protection juridictionnelle des droits des administrés, ainsi que de la prudence exercée par le juge administratif à l'égard de toute modification de sa jurisprudence. En témoigne le « moratoire » qu'il a posé sur la question de la modulation des effets dans le temps de la jurisprudence au moment de la consécration de la jurisprudence *Association AC* !²⁷⁰⁵.

Néanmoins, on peut sérieusement douter de leur pertinence à l'égard du problème des excès engendrés par la rétroactivité jurisprudentielle. Au plan des principes, il convient de rappeler qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait des « victimes » pour qu'il y ait atteinte à la sécurité juridique. Quelle que soit sa « victime », la rétroactivité de la règle prétorienne rendra nécessaire la révision de nombreuses situations juridiques, de même qu'elle entraînera l'invalidation d'actes antérieurement édictés. Les conséquences néfastes de la rétroactivité jurisprudentielle sont particulièrement flagrantes lorsqu'elles débouchent sur des annulations contentieuses, dans la mesure où ces dernières appelleront, à leur tour, d'autres rétroactivités. De ce point de vue, il paraît essentiellement vain d'arguer que la jurisprudence nouvelle est plus favorable que l'ancienne ou que celle-ci est chose rare. Chaque changement de règles provoque une nouvelle déstabilisation et, partant, une « blessure » supplémentaire à l'exigence de

²⁷⁰² Pour le juge administratif, voir Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 224 ; R. LATOURNERIE, art. préc., p. 215 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 520, n° 342 et p. 637, n° 417 et les ex. cités. Pour le juge judiciaire, voir N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 33 ; C. MOULY, art. préc., p. 17 ; F. OST, « La vie de la loi, l'usure du temps. Le droit transitoire des modifications jurisprudentielles », in S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le Droit*, Pulim, 2005, p. 103, spéc. p. 108.

²⁷⁰³ N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 35.

²⁷⁰⁴ Cf., en ce sens, F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., p. 1587 ; J.-H. STAHL, art. préc., pp. 92-93 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 452. Voir également, H. LE BERRE, thèse préc., p. 579, n° 381 et p. 627, n° 412 ; J. RIVERO, art. préc., p. 16. Pour un exposé critique, voir B. SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 31. Pour un constat similaire en droit privé, voir X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.*, 2006, n° 10, p. 678.

²⁷⁰⁵ D. LABETOULLE, « Conclusion », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 131, spéc. p. 135 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 453.

stabilité des situations juridiques. En pratique, comme l'a montré M. Le Berre dans sa thèse, s'il existe des domaines dans lesquels les changements de jurisprudence sont rares, il en est d'autres où ils sont, de fait, beaucoup plus fréquents et souvent déroutants, tels celui de la répartition des compétences juridictionnelles²⁷⁰⁶. De surcroît, le caractère favorable ou défavorable d'une jurisprudence nouvelle est loin d'être aisé à établir lorsque sont en cause des rapports triangulaires, comme c'est souvent le cas en matière administrative²⁷⁰⁷. Enfin, la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle ne saurait davantage être minimisée par le fait que l'Administration serait, la plupart du temps, la seule à en subir les funestes conséquences²⁷⁰⁸. Cette circonstance n'enlève rien à la difficulté et au poids des opérations juridiques nécessaires à la mise en accord de l'« ancien passé » avec le « nouveau passé » de l'ordonnement juridique.

De là, le chemin est court jusqu'à l'impression que, derrière une certaine candeur affichée par le juge administratif vis-à-vis de la rétroactivité de sa jurisprudence, se cacherait une forme d'aveu de faiblesse d'un organe incapable de délimiter lui-même le champ d'application dans le temps de la norme qu'il édicte. Il faut évidemment nuancer cette assertion. Jusqu'à une période très récente, le juge administratif se serait lui-même placé dans une position délicate, s'il avait osé aménager directement et ouvertement la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, à une époque où la conception déclarative de sa fonction était encore fermement ancrée dans les esprits.

L'insuffisance avérée des tempéraments indirects apportés à la rétroactivité incontrôlée de la règle jurisprudentielle a conduit le juge à s'interroger sur la portée de son intervention au regard de l'exigence de sécurité juridique. C'est avec une certaine circonspection qu'il a finalement été amené à se reconnaître la faculté de mettre exceptionnellement en échec la rétroactivité jurisprudentielle.

§ 2 : La mise en échec de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle

744. Tout en demeurant le principe, la rétroactivité de la règle jurisprudentielle peut désormais être mise en échec, lorsqu'elle est susceptible d'entraîner des conséquences excessives sur le passé de l'ordonnement juridique. Comme la précédente, cette innovation n'entend pas remettre en cause, dans son principe, la rétroactivité découlant de l'activité normative du juge. Celle-ci ne saurait, en effet, être considérée comme étant, en elle-même, nocive au regard de l'exigence de sécurité juridique. Outre qu'elle remettrait en cause la nature même de la mission du juge, une telle condamnation reviendrait à soumettre le juge au respect du principe de non-rétroactivité. Comme le rappelle M. Pacteau, « *le juge fait forcément de la marche arrière. Le propre de la justice, c'est de revenir, donc de rétroagir. C'est sa fonction, c'est sa mission, c'est même son obligation* »²⁷⁰⁹. Si l'activité du juge est, par essence, rebelle à la non-rétroactivité, il n'en reste pas moins que l'épanouissement incontrôlé de la rétroactivité jurisprudentielle est susceptible d'être fortement perturbateur pour l'ordre juridique. La logique du pouvoir de modulation vise donc à « discipliner » la rétroactivité inhérente à la règle jurisprudentielle lorsqu'elle risque de porter atteinte à la stabilité des situations juridiques, ainsi qu'aux droits fondamentaux et, plus spécialement, au droit au recours.

²⁷⁰⁶ H. LE BERRE, thèse préc., p. 545 et s., n° 356 et s.

²⁷⁰⁷ J. RIVERO, art. préc., p. 17 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 380, n° 259 ; B. PACTEAU, art. préc., p. 812 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, *loc. cit.*

²⁷⁰⁸ J.-H. STAHL, art. préc., pp. 93-94.

²⁷⁰⁹ B. PACTEAU, art. préc., p. 808.

La consécration d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence ne s'est pas imposée avec la force de l'évidence. En effet, il fallait, au préalable, surmonter plusieurs difficultés, et non des moindres. Outre la question lancinante de la normativité de la jurisprudence au sein d'un système de séparation des pouvoirs qui fait du juge un simple organe d'application du droit, l'obstacle principal résidait dans son mode de formation particulier qui lie étroitement création et application de la règle nouvellement dégagée aux situations juridiques, indépendamment de la date à laquelle elles sont nées. De sérieuses objections doctrinales sont ainsi traditionnellement opposées à l'attribution au juge de la faculté de « *poser une règle sans l'appliquer à l'instance qui l'a fait éclore* »²⁷¹⁰, qu'il s'agisse de raisonner en termes de légitimité ou de technique normative. Le juge lui-même s'est montré pour le moins rétif à s'engager dans cette voie, principalement en raison des difficultés de mise en œuvre d'une telle prérogative. C'est que hisser le pouvoir jurisprudentiel au même rang que les autres pouvoirs normatifs en accordant au juge la possibilité de délimiter lui-même et *a priori* le champ d'application dans le temps de la règle prétorienne ne résolvait en rien les imperfections attachées à son mode initial d'énonciation, telles le défaut de publicité ou le décalage temporel résultant de l'exercice des voies normales de recours.

Le contexte particulièrement « *fourni* »²⁷¹¹, à la fois en droit interne et en droit européen, des avancées jurisprudentielles allant dans le sens de l'acceptation d'une limitation exceptionnelle des effets *ratione temporis* d'une jurisprudence nouvelle a finalement eu raison des réticences du juge administratif. Quelques temps après que son homologue judiciaire a emprunté la voie de la modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle, le juge administratif lui a emboîté le pas, rompant ainsi avec l'automaticité de la rétroactivité qui lui était jusque-là attachée pour mieux en modérer les excès. Néanmoins, le juge s'est bien gardé d'enfermer cette nouvelle prérogative à l'intérieur de principes trop rigides. Soucieux de se ménager un large pouvoir discrétionnaire, en même temps que mu par une prudence légitime, le juge administratif n'a pas tracé avec précision les contours de ce nouvel attribut. Pour l'heure, le pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle couvre donc un champ modeste.

La circonspection du juge dans la mise en œuvre de son pouvoir jurisprudentiel de modulation constitue une réminiscence des difficultés ayant retardé sa consécration (I). Elle rappelle également que la mise en échec pour le passé des effets de la règle nouvellement dégagée par le juge relève de l'exception (II), la rétroactivité demeurant le principe de l'action dans le temps de la norme jurisprudentielle.

²⁷¹⁰ B. PACTEAU, note sous CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, préc., *RFDA*, 2008, n° 5, p. 964, spéc. 966.

²⁷¹¹ D. CASAS, concl. préc., p. 401.

I – LA CONSECRATION DIFFICILE D’UN POUVOIR DE MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS RETROACTIFS DE LA JURISPRUDENCE

745. La question de l’aménagement des effets dans le temps des motifs du jugement ne soulève pas les mêmes questions et ne met pas en cause les mêmes intérêts que lorsqu’il porte sur son dispositif. Autant il apparaît naturel que le juge puisse préciser les conséquences de la chose jugée, y compris dans leur dimension temporelle, autant il est *a priori* contre-nature que celui-ci fixe, pour l’avenir et en dehors de tout lien avec le litige, une règle de droit. En raison d’une longue tradition de méfiance à l’égard du pouvoir des juges, le contexte n’était guère favorable à la consécration d’un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne (A).

Les obstacles à une telle innovation, pourtant jugés insurmontables jusqu’à encore très récemment, n’ont pas résisté bien longtemps à la force d’inertie des évolutions jurisprudentielles intervenues dans le droit judiciaire, privé comme public, ainsi que, plus largement, dans le droit européen (B).

A/ Un contexte initialement peu favorable à la consécration d’un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle

746. Parce qu’elle touche directement à la place et au rôle du juge dans un système de séparation des pouvoirs, la reconnaissance d’un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence rencontre de sérieuses objections que la doctrine n’a pas manqué de lui adresser. Outre l’admission préalable de la normativité de la jurisprudence que celle-ci suppose, la reconnaissance de la faculté pour le juge de délimiter lui-même le champ d’application dans le temps de la règle qu’il édicte pose la question de la nature et de la légitimité du pouvoir qui lui est ainsi conféré (1). Conscient de ces enjeux, le juge s’est lui-même montré particulièrement réticent à s’engager dans la voie de la modulation, rejetant toute idée d’aménager, de quelque manière que ce soit, les effets dans le temps de sa jurisprudence au cours de la période immédiatement antérieure à la consécration de cette nouvelle prérogative (2).

1°) Les objections doctrinales à la modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle

747. Autant la doctrine s’est toujours montrée prompte à dénoncer les effets néfastes de la rétroactivité de la jurisprudence, autant elle est restée discrète, si ce n’est silencieuse, quant aux remèdes à lui apporter²⁷¹². On ne peut manquer de souligner tout le paradoxe qu’a recelé, pendant longtemps, le discours doctrinal sur la question du traitement de la rétroactivité inhérente à la jurisprudence. C’est que le chemin à parcourir entre le problème – la rétroactivité de plein droit attachée à la règle jurisprudentielle – et sa solution – la modulation de ses effets dans le temps – est jalonné de nombreux obstacles, et non des moindres.

²⁷¹² Cf., néanmoins, pour le droit privé, C. MOULY, art. préc., p. 13 et s.

748. Le premier « butoir » traditionnellement opposé par la doctrine à l'aménagement des effets dans le temps de la règle prétorienne tient à la reconnaissance même d'un pouvoir normatif jurisprudentiel²⁷¹³. Sur cette question, il faut remarquer que la doctrine publiciste n'a pas adopté la position d'opposition farouche qui a longtemps été celle de la doctrine privatiste majoritaire²⁷¹⁴. De fait, il paraissait d'autant plus difficile pour celle-là de nier toute normativité à la jurisprudence administrative, compte tenu du fait qu'elle a, en réalité, largement contribué au dégagement de l'essentiel du corpus des règles du droit administratif. Il suffit, pour s'en convaincre, d'évoquer les règles gouvernant les procédures administratives, contentieuse comme non contentieuse, ainsi que celles régissant la responsabilité de la puissance publique, dont on sait qu'elles reposent principalement sur un fondement jurisprudentiel, sans compter bien évidemment la théorie féconde des principes généraux du droit, pour attester du rôle créateur du juge administratif²⁷¹⁵. Ainsi la doctrine publiciste s'est-elle généralement montrée moins rétive à admettre l'idée que celui-ci dispose d'un pouvoir créateur de règles de droit, que la doctrine de droit privé.

Dans la période récente, une partie de cette dernière a, dans un souci de réalisme, finalement pris position dans le sens d'une acceptation de l'existence d'un tel pouvoir. En témoigne le constat, présenté sous une forme consensuelle, fait par les auteurs du rapport sur les revirements de jurisprudence : « *le système juridique français a suffisamment évolué pour qu'il puisse admettre sans trop de discussion que la jurisprudence est source de règles, lesquelles appellent un régime et un contrôle jusqu'alors rendu impossible par la fiction d'absence de pouvoir créateur du juge en droit français* »²⁷¹⁶.

749. Une fois ce premier obstacle écarté, le deuxième rang des objections doctrinales se situe au stade des conséquences qu'entraîne l'« officialisation »²⁷¹⁷ du pouvoir normatif jurisprudentiel sur son mode d'exercice. Le nœud du problème réside dans la dissociation entre l'énonciation de la règle jurisprudentielle et son application rétroactive aux litiges en cours, et plus largement à toute situation née antérieurement à la formulation du principe nouveau qui ne serait pas encore consolidée, qui résulterait d'une modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle. Suivant la démonstration du Doyen Rivero que l'on a rappelé un peu plus haut, le mode de formation de la jurisprudence normative se caractérise par un lien indissociable entre création et application du droit par le juge. La règle jurisprudentielle n'est pas posée pour elle-même, mais en vue de résoudre le litige. Le lien ainsi établi est à la fois la cause de la rétroactivité jurisprudentielle, en même temps que la source de légitimation du pouvoir créateur de règles de droit exercé par le juge. Sur ce dernier point, cela signifie que la fonction juridictionnelle constitue à la fois le fondement et la mesure du pouvoir normatif

²⁷¹³ Sur ce point, voir R. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 37. Voir également, p. 398, n° 311. Cette argumentation a été ensuite reprise par les membres du centre de documentation du Conseil d'État. Outre les références citées plus loin, voir F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., pp. 1584-1585.

²⁷¹⁴ Pour un exposé critique, voir D. de BÉCHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », préc., pp. 29-31. Parmi les tenants de l'admission du pouvoir normatif jurisprudentiel du juge administratif, voir, notamment, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 92, n° 116 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 48, n° 42 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 131 ; J. RIVERO, art. préc., p. 15 ; M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », préc., pp. 620-623. La doctrine publiciste compte néanmoins quelques opposants contestant totalement ou partiellement l'existence d'une normativité de la jurisprudence (cf., notamment, L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 164, § 15 ; H. LE BERRÉ, thèse préc., p. 17 et s., n° 15 et s. ; G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », préc., p. 266). Pour une position similaire en droit privé, cf. T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », préc., p. 25, n° 5. Sur la doctrine privatiste, voir pp. 399-400, n° 312 ; A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », préc., p. 275, n° 13.

²⁷¹⁵ Comme le soulignait le Doyen Rivero : « Refuser [de souscrire à l'existence d'un pouvoir normatif de la jurisprudence] serait accepter de jeter, par dessus le bastingage du vaisseau qui porte le droit administratif, responsabilité de la puissance publique, théorie des principes généraux du droit, régime du recours pour excès de pouvoir – entre autres pièces essentielles de la cargaison » (J. RIVERO, art. préc., p. 15). Pour un exposé par un auteur de droit privé, voir P. HÉBRAUD, art. préc., p. 349.

²⁷¹⁶ N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 5.

²⁷¹⁷ B. SEILLER, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., p. 14.

jurisprudentiel²⁷¹⁸. Or, la mise en place d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle porte en elle le risque que ce lien soit tranché, faisant « vaciller sur ses fondations » l'édifice jurisprudentiel. Une telle situation de rupture du lien entre la création de la règle prétorienne et le règlement du litige peut se produire chaque fois que le juge entend dégager une règle nouvelle pour ensuite ne pas l'appliquer à l'espèce²⁷¹⁹.

Ainsi détachée du litige qui a été à l'origine de sa consécration, la règle jurisprudentielle ne serait pas autre chose qu'une résurgence des arrêts de règlement prohibés par l'article 5 du code civil²⁷²⁰. Certes, on reste loin de la réalité historique d'un pouvoir quasi législatif exercé par les parlements, au besoin après s'être autosaisis de la question, suivant une procédure particulière et débouchant sur l'édiction d'une règle obligatoire, puisque revêtu de la formule exécutoire, et valant *erga omnes*²⁷²¹. Même affranchie de tout litige, la règle jurisprudentielle modulée ne cumulerait pas de telles caractéristiques. Comme le notait à juste titre un auteur, « l'arrêt de règlement est un peu le monstre légendaire de notre droit : chacun le craint, quand nul n'est assuré de l'avoir jamais rencontré »²⁷²².

Si la crainte d'un rétablissement des arrêts de règlement doit être écartée, l'objection demeure sur le terrain du fondement à conférer au pouvoir normatif jurisprudentiel²⁷²³. C'est une chose d'officialiser un tel pouvoir, c'en est une autre de changer sa nature en l'éloignant de sa justification initiale. Certes, il n'est guère contestable que l'admission que le juge dispose d'un pouvoir créateur de règles de droit doive logiquement entraîner, à l'instar de toute fonction normative, la reconnaissance de la faculté d'en organiser l'exercice, notamment dans le temps. De ce point de vue, priver la règle jurisprudentielle d'une partie de sa rétroactivité naturelle, tout en réglant le litige à l'occasion duquel celle-là a été énoncée conformément au nouvel état du droit, ne remet pas frontalement en cause le fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel. Le lien avec l'exercice de la fonction juridictionnelle est, dans ce cas de figure, préservé.

En revanche, il n'en va pas de même dans le cas d'un report des effets dans le temps de la jurisprudence nouvelle à une date fixée par le juge lui-même. En s'extrayant entièrement du cadre du litige, le juge fait « sécession » avec l'exercice de la fonction juridictionnelle. Dès lors, on peut sérieusement questionner la légitimité de la décision du juge de faire entrer en vigueur la règle jurisprudentielle à telle date, plutôt qu'à une autre, indépendamment de tout litige préexistant²⁷²⁴. En d'autres termes, l'autonomie réalisée entre les pouvoirs juridictionnel et jurisprudentiel « *tarirait à sa source* » le bien-fondé du pouvoir créateur du juge²⁷²⁵.

²⁷¹⁸ Sur cette question, voir, plus haut, p. 310 et s., n° 393 et s. P. Hébraud soutenait, notamment, que : « *L'existence, [à la base de la jurisprudence], du pouvoir juridictionnel, qui est un véritable pouvoir de droit, lui confère une valeur juridique, qui permet de l'intégrer dans le système des sources du droit. [...] La règle jurisprudentielle, issue des décisions judiciaires, emprunte ses caractères à ceux du pouvoir juridictionnel ; la rétroactivité de l'acte juridictionnel est à l'origine de celle de la jurisprudence* » (P. HÉBRAUD, art. préc., p. 338 et p. 366). Cf., dans le même sens, T. REVET, « La légisprudence », art. préc., p. 386.

²⁷¹⁹ Voir, notamment, T. REVET, art. préc., p. 379.

²⁷²⁰ Dans ses conclusions rendues sur l'affaire *Société Tropic Travaux Signalisation*, le commissaire du gouvernement D. Casas exprimait également sa crainte que l'exercice d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence ne conduise à des violations de cette disposition (D. CASAS, concl. préc., p. 402).

²⁷²¹ Sur cette question, voir, plus haut, p. 316, n° 401. Voir également, B. PACTEAU, « La rétroactivité jurisprudentielle insupportable ? », préc., p. 819.

²⁷²² R. LIBCHABER, « Arrêt de règlement et Coupe du monde de football », *RTDCiv.*, 1998, n° 3, chr., p. 778, spéc. p. 784.

²⁷²³ Dans leur chronique consacrée à la décision, les membres du centre de documentation du Conseil d'État ont concentré exclusivement leur argumentation sur le premier point, tout en ignorant le second (F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., pp. 1586-1587). Pour une position contraire, consistant à soutenir que le revirement pour l'avenir constitue bien un arrêt de règlement, voir H. LE BERRE, thèse préc., p. 376, n° 255.

²⁷²⁴ Cf., dans le même sens, B. PACTEAU, art. préc., p. 820.

²⁷²⁵ Cf., en ce sens, T. REVET, art. préc., p. 390.

À cette assertion, plusieurs éléments peuvent être opposés. D'abord, on ne peut ignorer le caractère parfois artificiel, en pratique, du lien établi entre tel litige et telle règle prétorienne, le premier servant, le plus souvent, de simple prétexte à l'énonciation de la seconde. De ce point de vue, on ne saurait avoir une conception trop stricte du lien unissant la règle prétorienne au litige. Celle-ci est adoptée, non pas en vue de trancher précisément *tel* litige, mais bien dans le but de régler *les* litiges, passés comme futurs.

Ensuite, il paraît paradoxal de reconnaître un pouvoir normatif au juge, tout en le dépossédant de l'un de ses attributs, la capacité d'organiser un régime transitoire lorsque la sécurité juridique l'exige. À ce titre, le juge devrait être en mesure de prévoir, au besoin, une période de transition entre la règle ancienne et la règle nouvelle en vue de laisser aux sujets de droit le temps d'adapter leur comportement à celle-ci et au législateur le temps de réagir, s'il estime devoir la tenir en échec.

Enfin, il peut également être soutenu qu'il ne s'agit, en réalité, pour le juge que de se fixer une règle de conduite en vue de régler les litiges qui pourraient lui être soumis à l'avenir²⁷²⁶. Le lien entre les deux missions du juge est ainsi, au moins intellectuellement, maintenu. Il n'est pas rompu, mais a seulement été « translaté » dans le temps. L'autorité de la règle jurisprudentielle ne s'en trouve aucunement augmentée. Tout au plus le juge se rapproche-t-il, du point de vue de la technique d'édiction des normes juridiques, des autres autorités normatives.

Il n'en reste pas moins que ces éléments ne permettent pas de dissoudre véritablement la question de principe qui est celle de savoir si le pouvoir normatif jurisprudentiel peut recevoir un fondement différent de celui qui le fait dériver du pouvoir normatif juridictionnel, seul à être, pour l'heure, officiellement habilité²⁷²⁷.

Loin d'ignorer les objections doctrinales à la consécration d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle, le juge les a même, longtemps, partagées. En atteste la fin de non-recevoir qu'il a opposée aux tentatives de mettre en place, sous quelque forme que ce soit, des mécanismes d'atténuation directe de la rétroactivité d'origine jurisprudentielle.

2°) Les réticences du juge administratif à moduler les effets dans le temps de la règle jurisprudentielle

750. Si la question de la mise en place d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence, a fait l'objet d'interrogations de la part des membres de la juridiction administrative, notamment dans le cadre de la réflexion interne menée préalablement à la mise en place d'un tel mécanisme pour les dispositifs des jugements, celle-là a fait l'objet de sérieuses réserves de la part de ceux-ci²⁷²⁸. Les objections adressées à une telle évolution, du côté du juge, sont à la fois d'ordre théorique et pratique.

Au titre des premières, les arguments présentés par la doctrine sont largement repris : la question de la place et de la légitimité du juge une fois ouvertement affirmé le pouvoir normatif jurisprudentiel,

²⁷²⁶ Selon les mêmes, « Il n'est évidemment pas interdit à ce dernier, dans l'exercice de son pouvoir jurisprudentiel, d'anticiper, dans la conception et la formulation de la règle, les litiges futurs qui pourront lui être soumis. Il peut ainsi se fixer, pour l'avenir, des lignes de conduite, dès lors que celles-ci n'auront, par hypothèse, pas d'autre valeur que celle d'une règle jurisprudentielle : car le juge est tout aussi impuissant, dans sa sphère propre, à se lier lui-même les mains pour l'avenir que le sont, dans la leur, le législateur ou le constituant » (F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., p. 1586).

²⁷²⁷ Cf. la démonstration de D. de Béchillon, thèse préc., pp. 133-137.

²⁷²⁸ D. LABETOULLE, « Conclusion », in B. SEILLER (dir.), *op. cit.*, p. 133 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc., p. 1189 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 453. Cf., auparavant, J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1998, *Électricité de France (EDF)*, préc., p. 1018.

d'abord ; le mode particulier de formation de la jurisprudence qui la rendrait irréductible au principe de non-rétroactivité, ensuite ; la violation du principe de prohibition des arrêts de règlement, enfin²⁷²⁹.

Au titre des secondes, c'est d'abord l'inutilité d'une telle évolution pour ce qui concerne le contentieux administratif qui est mise en avant, compte tenu de la double circonstance ce que les revirements de jurisprudence véritablement perturbateurs sont rares et qu'en tout état de cause, ils sont, dans leur grande majorité, favorables aux administrés²⁷³⁰. Par exemple, l'effet perturbateur entraîné par l'intervention de la décision *Ternon*, à l'occasion de laquelle les règles applicables au retrait pour illégalité des décisions explicites créatrices de droits susceptibles d'être acquis avaient été bouleversées, a été fortement minimisé au motif qu'il contribuait au renforcement de la stabilité des situations juridiques, du moins pour celles à naître postérieurement au changement de règles²⁷³¹.

Ensuite, la structure même de l'ordre juridictionnel administratif enlève une partie de son intérêt à un tel mécanisme, en raison du décalage temporel s'installant entre les situations des futurs destinataires de la règle nouvelle et le moment où celle-ci va être formulée par le Conseil d'État, lequel statue, pour l'essentiel, en tant que juge de cassation²⁷³². Outre le retard important pris dans la prise d'effet du nouveau principe, la suppression de sa rétroactivité à ce stade de la procédure est de nature à enlever, dans certains cas, la nécessité même de sa consécration.

À cela s'ajoutent enfin les incertitudes résultant des modes de diffusion de la jurisprudence, dont on a vu qu'ils ne permettaient pas d'assurer une connaissance précise de la date et du contenu exacts du changement de règles, ce qui rendrait difficile la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne nouvelle²⁷³³.

Au total, si le juge administratif n'a jamais opposé une fin de non-recevoir définitive et irrévocable à l'idée d'aménager dans le temps les effets de sa jurisprudence, il a longtemps regardé comme insurmontables les différents obstacles à franchir avant de s'engager dans une telle « aventure ». Même lorsqu'elle a été sérieusement pesée à l'occasion de la préparation de la jurisprudence *Association AC !*, l'éventualité d'une telle évolution a été repoussée *sine die*, au motif que la question de la modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle présente une nature différente de celle de la modulation des effets *ratione temporis* des dispositifs des jugements²⁷³⁴.

751. Fort de ces arguments, le juge administratif a offert une résistance tenace à la mise en place de tout aménagement des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle. Celle-ci s'est manifestée à plusieurs reprises au cours de la période précédant la consécration, le 16 juillet 2007, d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps des motifs de ses décisions par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État dans l'affaire *Société Tropic Travaux Signalisation*.

²⁷²⁹ Cf., respectivement, D. LABETOULLE, art. préc., p. 135 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 1189 et chr. sous CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, préc., *AJDA*, 2006, n° 15, p. 796, spéc. pp. 799-800 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 451. Pour un exposé, voir D. CASAS, concl. préc., p. 402 ; F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., pp. 1584-1586.

²⁷³⁰ Cf., plus haut, p. Voir également, D. LABETOULLE, art. préc., p. 134 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. préc., p. 801 ; F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., p. 1587 ; J.-H. STAHL, art. préc., pp. 92-93 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., pp. 451-452.

²⁷³¹ Cf., respectivement, F. SÉNERS, concl. sur CE, 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, préc., *BJDU*, 2004, n° 4, p. 294, spéc. pp. 295-296 ; J.-H. STAHL, « An I après AC ! : Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC !* », préc., p. 362

²⁷³² J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 452.

²⁷³³ Sur ces interrogations, voir C. LANDAIS et F. LENICA, chr. sous CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, préc., p. 799 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, *loc. cit.*

²⁷³⁴ Cf. les opinions exprimées par D. LABETOULLE, art. préc., p. 133 ; C. LANDAIS et F. LENICA, chr. sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc., p. 1189 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 451.

752. Dans un premier temps, le Conseil d'État ne s'est pas départi de sa position conservatrice, faisant une application rétroactive de la règle prétorienne nouvelle.

Dans une première affaire, à l'occasion de laquelle il statuait en tant que juge de cassation, le Conseil d'État a opposé à une décision de cour administrative d'appel, datant du début de l'année 2001 et faisant application de la jurisprudence bien connue *Dame Cachet*, les nouvelles règles gouvernant le retrait pour illégalité des décisions administratives explicites créatrices de droits susceptibles d'être acquis, telles qu'elles avaient été fixées à la fin de cette même année par la non moins célèbre décision *Ternon*²⁷³⁵. En vertu de l'effet rétroactif attaché de plein droit à la jurisprudence nouvelle, le juge administratif suprême a donc cassé l'arrêt contesté pour erreur de droit, ce qui revient à dire que les juges du fond ont été, en l'espèce, sanctionnés *ex post facto* pour n'avoir pas respecté une règle de droit, dont ils n'avaient, par hypothèse, pas pu avoir connaissance au moment où ils ont statué²⁷³⁶. Au-delà de la solution d'espèce, le Conseil d'État a également écarté l'invocation d'un principe de sécurité juridique découlant des stipulations de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel aurait, selon le requérant, imposé que la légalité de la décision de retrait litigieuse soit appréciée exclusivement au regard de la jurisprudence établie à la date où elle a été prise. Si la question d'une éventuelle modération de la rigueur des conséquences induites par la rétroactivité de la jurisprudence n'a pas échappé au commissaire du gouvernement concluant sur cette affaire, ainsi qu'à d'autres dans des affaires ultérieures, leur position demeure conforme à l'approche classique du juge administratif en la matière²⁷³⁷.

Dans une deuxième affaire, cette question n'est même plus évoquée par le commissaire du gouvernement, alors même que la solution proposée amenait le Conseil d'État à imposer rétroactivement aux requérants une nouvelle règle de procédure qui leur était défavorable. La haute juridiction administrative a, par sa décision *Louis*, étendu l'obligation d'exercer un recours administratif préalable à toute partie intéressée, même non expressément visée par les textes l'ayant institué²⁷³⁸. Du fait de la rétroactivité attachée de plein droit à la règle prétorienne, des personnes qui n'étaient pas mentionnées par les textes organisant la procédure de recours administratif préalable obligatoire se trouvaient contraintes de satisfaire à une obligation procédurale, requise à peine d'irrecevabilité de leur recours contentieux, qu'elles n'étaient pas en mesure de respecter. Par suite, le juge administratif a, de façon mécanique, déclaré irrecevables des recours qui, au moment où ils ont été déposés, n'étaient pas soumis à la condition dont on leur reprochait le non-respect. Malgré l'atteinte manifeste portée à la substance même du droit au recours, dont on sait pourtant qu'il bénéficie d'une protection constitutionnelle²⁷³⁹, le Conseil d'État a maintenu sa position orthodoxe en matière de rétroactivité de la jurisprudence.

²⁷³⁵ CE, 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, préc. Sur cette décision, cf., plus bas, p. 735, n° 954. Voir également, J.-H. STAHL, chr. préc., p. 361.

²⁷³⁶ Pour un autre ex., CE, 12 octobre 2005, *Société Placoplâtre*, req. n° 277.300, Rec., T., p. 1032, *AJDA*, 2005, n° 44, p. 2474, concl. Y. AGUILA.

²⁷³⁷ F. SÉNERS, concl. sur CE, 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, préc., pp. 295-296. Pour un autre ex. en matière fiscale, voir CE Ass., 7 juillet 2004, *SARL Ghesquière Équipement*, req. n° 230.169, Rec., p. 310, ainsi que les conclusions sur cette affaire de P. COLLIN, *RDF*, 2005, n° 12, p. 606, spéc. pp. 611-612. Ayant envisagé la question de moduler dans le temps l'abandon de la règle d'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit, le commissaire du gouvernement la repousse aussitôt en se fondant sur les mêmes arguments que ceux invoqués avant lui par F. Séners.

²⁷³⁸ CE, 28 septembre 2005, *Louis*, préc. Sur cette décision, voir B. SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., pp. 19-20.

²⁷³⁹ C.Const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, préc., cons. 83 ; 21 décembre 2001, *Hofmann*, req. n° 222.862, Rec., p. 653. Outre la protection découlant de l'art. 16 de la Déclaration de 1789 dont il fait l'objet, ce droit est également garanti par les stipulations de l'art. 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

753. Dans un second temps, le juge administratif suprême a continué de s'en tenir à la rétroactivité automatique et incontrôlée de sa jurisprudence en dépit de la prise de position de son commissaire du gouvernement en faveur d'une reconnaissance, si ce n'est d'un pouvoir de modulation, du moins de tempéraments destinés à en atténuer l'impact. Ainsi concluant sur l'affaire *Société Leroy-Merlin*, M. Struillou proposait une solution consistant à limiter l'effet rétroactif de la règle prétorienne nouvelle « *quand est en cause le droit du citoyen à saisir le juge* ». Cependant, il ne s'agissait pour lui que d'apporter un tempérament aux conséquences manifestement excessives qu'entraîne cette rétroactivité en mettant en place des « *"amortisseurs" destinés à en atténuer l'impact* »²⁷⁴⁰. En l'espèce, la question se posait au Conseil d'État de revenir sur la règle qu'il venait de poser dans sa décision *Louis*. Le commissaire du gouvernement l'invitait à décider que le revirement envisagé ne produirait son effet qu'à l'égard des recours contentieux engagés contre les décisions administratives édictées postérieurement à la date de sa propre décision. Là encore, la haute juridiction administrative ne s'est pas engagée dans la voie de la limitation des effets rétroactifs de sa jurisprudence²⁷⁴¹.

754. Au cours de la période immédiatement antérieure à la consécration du pouvoir de moduler les effets dans le temps de la jurisprudence nouvelle, la haute juridiction administrative s'en est tenue à sa position traditionnelle, faisant jouer sans modération la rétroactivité attachée de plein droit au revirement de jurisprudence qu'elle opérait ou à la règle entièrement nouvelle qu'elle venait de dégager pour la première fois. Même dans ses conclusions sur la décision *Société Tropic Travaux Signalisation* qui a finalement donné lieu à la consécration de cette nouvelle prérogative, le commissaire du gouvernement exprimait à l'Assemblée du contentieux ses réserves à l'égard d'une telle avancée. S'il lui a finalement proposé de franchir le pas, c'est que, selon lui, les données particulières de l'espèce s'y prêtaient particulièrement.

De l'aveu même du commissaire du gouvernement, le contexte particulièrement « *fourni* », tant en droit interne qu'en droit européen, ainsi qu'en droit comparé, a finalement eu raison des réticences du juge administratif²⁷⁴².

B/ Une innovation favorisée par la force d'inertie des évolutions jurisprudentielles précédemment engagées

755. Alors qu'il avait repoussé *sine die* la possibilité de se reconnaître un pouvoir de moduler les effets dans le temps de sa jurisprudence, le juge administratif a été, en quelque sorte, rattrapé par l'accélération des évolutions survenues dans son voisinage, proche comme plus lointain. S'il ne s'est certainement pas effectué « à la légère », ce choix a manifestement moins été l'objet de justifications et d'explicitations de la part du juge que celui qui l'avait fait s'engager dans la voie de l'aménagement temporel de la chose jugée. Certes, une fois ce premier franchi, l'idée d'une éventuelle extension du pouvoir de modulation du dispositif vers les motifs paraissait moins choquante, bien que d'aucuns reconnaissent qu'elle relevait d'une logique différente et devait recevoir un traitement spécifique²⁷⁴³.

²⁷⁴⁰ Y. STRUILLOU, concl. sur CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, préc., RFDA, 2006, n° 3, p. 550, spéc. p. 563, ainsi que la chronique sous cette décision de C. LANDAIS et F. LENICA, préc., p. 798.

²⁷⁴¹ Sur l'ensemble de ces points, voir, notamment, F. MODERNE, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., p. 920 ; B. PACTEAU, art. préc., p. 809.

²⁷⁴² D. CASAS, concl. préc., pp. 401-402.

²⁷⁴³ Cf., respectivement, D. LABETOULLE, art. préc., p. 133 ; G. PELLISSIER, chr. préc., p. 6, n° 19-20 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., pp. 452-453.

Néanmoins, loin s'en fallait encore, comme on l'a vu, pour décider le juge administratif à tenter une telle aventure. Il a pourtant franchi le pas assez rapidement, trois années à peine après avoir initié la jurisprudence *Association AC* !.

756. Il est bien évident que le juge administratif a porté son regard « ailleurs » avant de s'engager dans la voie de la modulation des effets dans le temps de la jurisprudence, notamment en direction du droit de l'Union européenne. Néanmoins, il ne semble pas que l'influence de ce dernier ait joué de manière aussi décisive que lors de la consécration de la jurisprudence *Association AC* !. Les exemples issus du droit comparé ont contribué à conforter la juridiction administrative dans son choix.

757. Le système juridique de l'Union européenne, tel qu'il résulte des traités, n'a pas attribué expressément à la Cour de Justice un pouvoir de modulation des effets dans le temps de sa jurisprudence. Il s'agit donc, comme celle que vient de s'octroyer le juge français, d'une prérogative d'origine prétorienne que la Cour de Justice a éprouvé la nécessité de se reconnaître en vue d'assurer l'application uniforme du droit européen dans l'ensemble de l'Union²⁷⁴⁴.

Comme dans le cadre de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de ses arrêtés d'annulation et de ses déclarations d'invalidité, le juge européen considère que le report des effets dans le temps de sa jurisprudence nouvelle doit demeurer l'exception, le principe étant celui de la rétroactivité des normes qu'elle édicte. De la même façon, les conditions posées à la mise en échec de la rétroactivité des décisions du juge de Luxembourg ne diffèrent pas selon le pouvoir mis en œuvre. Lorsque la jurisprudence nouvelle est susceptible de porter atteinte au principe de sécurité juridique, eu égard aux troubles graves qu'elle risque d'emporter pour le passé des situations juridiques établies de bonne foi, la Cour de Justice peut décider, le cas échéant en soulevant d'office cette question, de la priver de son effet rétroactif²⁷⁴⁵. De la même manière que précédemment, les solutions à la disposition du juge européen vont d'une application rétroactive limitée aux procès en cours, éventuellement élargie aux réclamations équivalentes, en passant par un effet sur le passé ne bénéficiant qu'à la partie à l'instance ayant été à l'origine de l'évolution, jusqu'au revirement valant exclusivement pour l'avenir. En revanche, la Cour de justice s'est, jusqu'à présent, interdit de différer dans le temps la prise d'effet de sa nouvelle jurisprudence.

758. La Cour européenne des droits de l'homme s'est elle-même inspirée du modèle luxembourgeois pour se reconnaître la faculté de limiter exceptionnellement, pour des raisons de sécurité juridique, l'effet rétroactif de l'interprétation qu'elle délivre des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme²⁷⁴⁶.

759. Le droit comparé fournit également quelques exemples d'aménagement par une Cour constitutionnelle ou suprême des effets de sa jurisprudence *ratione temporis*²⁷⁴⁷. Le plus connu est celui

²⁷⁴⁴ Ce pouvoir a été dégagé dans le cadre du recours préjudiciel et, plus précisément, du recours en interprétation. Voir, notamment, H. LABAYLE, art. préc., p. 672.

²⁷⁴⁵ Sur l'ensemble de ces points, voir CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, préc., pt. 69 et s. ; 27 mars 1980, *Salumi*, préc., pt. 1 et s. ; du même jour, *Denkavit italiana*, préc., pt. 17 et s. ; 2 février 1988, *Blaizot*, aff. 24/86, Rec., p. 379, pts. 31 à 34 ; 17 mai 1990, *Barber*, préc., pt. 40 et s. Voir, notamment, N. CHARBIT, art. préc., p. 73 ; H. LABAYLE, art. préc., p. 667 et p. 672.

²⁷⁴⁶ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, préc. ; 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, req. n° 12849/87, § 20, série A, n° 214-C. Sur cette question, voir L. BURGUORGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur "les nouveaux revirements" de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'honneur de G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, Vol. 1, p. 335 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'homme », in P. GÉRARD, F. OST et M. Van de KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 335.

²⁷⁴⁷ Sur l'ex. allemand, voir F. FERRAND, « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », in N. MOLFESSION, rapp. préc., p. 81. Voir également l'ex. indien, F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., p. 1583.

des *prospective overrulings* – ou revirements prospectifs – que pratique les juges de *Common Law*. Le juge américain, et plus récemment le juge britannique, disposent d'une marge d'appréciation assez large pour décider, en application de critères similaires à ceux dégagés par la Cour de Luxembourg, d'opérer alternativement un revirement prospectif *pur*, c'est-à-dire ne valant que pour l'avenir à l'exclusion de tous les procès déjà engagés à la date de sa décision, voir, le cas échéant, à compter seulement d'une date ultérieure que le juge détermine, ou un revirement prospectif *sélectif*, c'est-à-dire applicable aux procès en cours ou uniquement au requérant qui a été à l'origine de l'innovation jurisprudentielle. À l'instar du juge de l'Union européenne, c'est suivant une approche pragmatique que le juge de *Common Law* apprécie l'opportunité de la modulation, de même que les modalités de sa mise en œuvre. Si la première est principalement commandée par la nécessité de préserver la sécurité juridique, les secondes répondent à des préoccupations diverses, qu'il s'agisse de tenir compte de la situation des justiciables ou des effets économiques et sociaux entraînés par la décision²⁷⁴⁸.

760. Au-delà de l'exemplarité européenne et internationale, l'accélération des évolutions jurisprudentielles allant dans le sens d'une prise en compte formelle de la sécurité juridique en matière administrative ne pouvait laisser intact encore bien longtemps le « dernier bastion » que constituait la rétroactivité jurisprudentielle.

D'abord, la dynamique d'expansion de l'office du juge administratif, dont le point d'orgue a été atteint avec la jurisprudence *Association AC!*, qui a conduit ce dernier à s'assurer une maîtrise progressive des effets, notamment temporels, de la chose jugée rendait moins choquante l'idée que le juge puisse, un jour, disposer d'une même emprise à l'égard cette fois des effets produits par sa jurisprudence. De ce point de vue, une certaine forme de « banalisation » de la question a, sans doute, joué un rôle non négligeable²⁷⁴⁹.

Ensuite, la consécration par le Conseil d'État de la sécurité juridique en tant que principe général du droit dans l'affaire *Société KPMG*²⁷⁵⁰ devait inéluctablement amener le juge administratif à s'interroger sur les atteintes que ses propres décisions sont susceptibles de porter à ce principe, à raison notamment de leur rétroactivité. Il y aurait eu, en effet, un certain paradoxe à ce que le juge ne s'applique pas à lui-même les exigences qu'il entendait imposer à d'autres autorités, administrative comme législative²⁷⁵¹.

Enfin, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'est orientée vers la soumission de la jurisprudence des juridictions internes aux exigences de prévisibilité et de stabilité du droit, ce qui pose indirectement la question de la compatibilité de leur rétroactivité au regard du système conventionnel. Ainsi a-t-elle a jugé contraire à la Convention un revirement de jurisprudence intervenu de manière brutale et avec effet rétroactif, dès lors qu'il a été établi, en l'espèce, que celui-ci n'avait pas

²⁷⁴⁸ Sur cette question, voir C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », préc., p. 12 et « Le revirement pour l'avenir », préc., p. 328 ; H. MUIR WATT (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *Common Law* », in N. MOLFESSIS, rapp. préc., p. 53, spéc. pp. 62-65 ; H. MUIR WATT, « "Never say never" : *post-scriptum* comparatif sur la rétroactivité des revirements de jurisprudence », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 61, spéc. pp. 68-71. Voir également, J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 453 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 26, n° 7.

²⁷⁴⁹ Sur le premier point, voir C. LANDAIS et F. LENICA, chr. sous CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, préc., p. 798 ; F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., p. 1584. Sur le second point, cf. B. SEILLER, note préc., p. 18.

²⁷⁵⁰ CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc.

²⁷⁵¹ Cf., en ce sens, C. LANDAIS et F. LENICA, *loc. cit.* Sur l'ensemble de ces points, cf. notamment, B. LAVERGNE, art. préc., p. 308.

pu être raisonnablement anticipé²⁷⁵². De même, elle a été amené à confronter la rétroactivité jurisprudentielle au droit au respect des biens. En matière d'expropriation, la Cour de Strasbourg a estimé qu'un revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation italienne constituait une ingérence arbitraire entraînant la violation de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où la substitution d'un délai de prescription quinquennal à un délai décennal et son application rétroactive à l'action en dommages et intérêts des requérants conduisait à considérer cette action comme prescrite et, par conséquent, réduisait à néant la protection dont ceux-ci pouvaient bénéficier²⁷⁵³.

761. Ce n'est pourtant pas le juge administratif français, que l'on dit souvent plus audacieux que son homologue, qui s'est engagé le premier dans la voie de la modulation des effets dans le temps de la jurisprudence, mais le juge judiciaire. Alors qu'elle considère traditionnellement que « *le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à la jurisprudence* » et que « *nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* »²⁷⁵⁴, la Cour de Cassation a accepté de faire exceptionnellement échec à la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, au moins lorsqu'est en cause l'accès au juge²⁷⁵⁵. Il n'est pas anodin, compte tenu de ce qui vient d'être dit, de relever que le juge judiciaire a directement relié cette innovation aux exigences européennes et, en particulier, à celles attachées au respect du droit à un procès équitable que consacrent les stipulations de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

762. Le juge administratif a donc, à son tour, finalement « *franchi le Rubicon* »²⁷⁵⁶ avec sa décision *Tropic Travaux Signalisation* rendue le 16 juillet 2007 par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État. À cette occasion, la haute juridiction administrative s'est reconnue la faculté de limiter les effets dans le temps de ses innovations jurisprudentielles. Cette nouvelle prérogative prétorienne n'a cependant pas été consacrée avec la même solennité que son versant juridictionnel. En effet, contrairement à la décision *Association AC!*, la décision *Tropic Travaux Signalisation* ne contient pas un long considération de principe, spécialement dédié à l'explicitation des principes nouvellement dégagés, ainsi qu'à la précision de leurs conditions et modalités de mise en œuvre. Néanmoins, l'essentiel y est. En effet, il ressort de cette décision que le juge entend fonder son pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle sur « l'impératif de sécurité juridique », ce qui doit évidemment être

²⁷⁵² Le contexte de cette affaire était certes un peu particulier puisqu'était en cause un revirement opéré par la Cour de Cassation dans le droit pénal de l'urbanisme dont la conventionnalité était contestée au regard des stipulations de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacrent le principe de légalité des délits et des peines, ainsi que celui de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère (CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c/ France*, req. n° 40403/02, § 35). Sur ce point, voir également, D. de BÉCHILLON, art. préc., p. 19 ; X. BOURIN, art. préc., p. 601.

²⁷⁵³ CEDH, 30 mai 2000, *Carbonara et Ventura c/ Italie*, req. n° 24638/94, Rec., 2000-VI, § 69 à 71.

²⁷⁵⁴ Sur le premier point, voir Cass. Crim., 30 janvier 2002, pourv. n° 01-82.593, Bull. Crim., n° 16, p. 50, D., 2003, p. 173, obs. B. de LAMY. Sur le second point, voir Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001, *Coindoz c/ Christophe*, pourv. n° 00-14.564, Bull. Civ. I, n° 249, p. 157, D., 2006, n° 7, p. 472, chr. W. DROSS, LPA, 13 mars 2002, n° 52, p. 17, note F. MARMOZ, RTDCiv., 2005, n° 1, p. 176, note P. THÉRY et n° 2, p. 304, note X. BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER et p. 312, note P. MALINVAUD ; 25 février 2004, pourv. n° 02-41.306 ; 18 janvier 2005, pourv. n° 02.46-737.

²⁷⁵⁵ Cass. Civ. 2^e, 8 juillet 2004, *Société nationale de radiodiffusion Radio France SA*, pourv. n° 01-10.426, Bull. Civ. II, n° 387, p. 323, D., 2004, n° 41, p. 2956, note C. BIGOT, Gaz. Pal., 23 juillet 2004, n° 205, p. 6, note P. L. G., RTDCiv., 2005, n° 1, p. 176, note P. THÉRY ; Ass. Plén., 26 décembre 2006, *Société La Provence c/ Mme Danve*, pourv. n° 00-20.493, Bull. A. P., n° 15, p. 52, D., 2007, J., p. 835, note P. MORVAN, Gaz. Pal., 10 janvier 2007, n° 10, p. 5, concl. A. LEGOUX, JCP G, 2007, II, 10040, note E. DREYER et 10111, note X. LAGARDE ; Ass. Plén., 13 février 2009, *Pessino*, pourv. n° 01-85.826, Bull. Crim., A. P., n° 1, AJDA, 2009, n° 21, p. 1164, note B. PACTEAU. Voir Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, rapp. préc., p. 299.

²⁷⁵⁶ Selon la formule de P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D., 2005, n° 4, p. 247.

mis en relation directe avec la logique initiée par la décision *Société KPMG*²⁷⁵⁷. De même, il s'agit de remédier aux « conséquences excessives » produites par la rétroactivité jurisprudentielle sur les situations antérieurement constituées.

En revanche, le caractère exceptionnel que revêt logiquement cette nouvelle prérogative reste sous-jacent dans la décision de 2007. Ce n'est qu'ultérieurement que la haute juridiction administrative réaffirmera explicitement le principe – la rétroactivité jurisprudentielle – et son exception – la modulation –. Dans sa décision du 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, le Conseil d'État rappelle ainsi qu'« il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, sauf si cette application a pour effet de porter rétroactivement atteinte au droit au recours »²⁷⁵⁸. À l'instar des autres juridictions pratiquant le revirement prospectif, le juge administratif suprême conçoit ce nouveau pouvoir comme devant relever de l'exception.

II – LA MISE EN ŒUVRE EXCEPTIONNELLE DU POUVOIR DE MODULATION DES EFFETS RETROACTIFS DE LA REGLE JURISPRUDENTIELLE

763. La rétroactivité demeure le principe de l'action dans le temps du droit jurisprudentiel. Néanmoins, le juge peut exceptionnellement d'écarter, partiellement ou totalement l'effet rétroactif attaché de plein droit à la règle prétorienne, si sa mise en jeu est susceptible d'entraîner un risque de déstabilisation des situations juridiques antérieurement constituées. La consécration d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle autorise le juge à modérer les excès de la rétroactivité, voire à renoncer purement et simplement à cette dernière. De ce point de vue, la logique de la jurisprudence *Société Tropic Travaux Signalisation* s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel largement favorable à la maîtrise par le juge des conséquences emportées par ses décisions.

Même si elle présente une nature différente selon qu'elle concerne une règle jurisprudentielle ou une décision juridictionnelle, la technique modulaire relève d'une logique commune. Il s'agit d'évaluer les inconvénients qu'emporterait la mise en jeu de la rétroactivité attachée de plein droit à la norme édictée par le juge pour, le cas échéant, en aménager les effets dans ce qu'ils ont d'excessif. Il en découle que l'exercice du pouvoir de modulation présente une unité indéniable, au moins du point de vue de la méthode suivie par le juge. Cette dernière implique de réaliser un bilan des intérêts en cause préalablement à la décision de moduler. Si l'effet rétroactif de la décision de justice est jugé manifestement perturbateur, il sera limité, voire purement et simplement écarté au profit d'une solution privilégiant la non-rétroactivité.

Si elle paraît s'imposer naturellement, il faut constater qu'au contraire de la décision *Association AC !*, la décision *Société Tropic Travaux Signalisation* ne dit rien de la manière dont le juge entend procéder pour déterminer s'il y a lieu à modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle. Le Conseil d'État n'a guère été plus loquace sur les autres aspects de la compétence modulaire. En dehors des impératifs dont la préservation est susceptible de justifier la neutralisation de la rétroactivité jurisprudentielle, à savoir la sécurité juridique et le droit au recours, il faut constater que le pouvoir de

²⁷⁵⁷ Cf., dans le même sens, B. BOURGEOIS-MACHUREAU et É. GEFFRAY, chr. sous CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, préc., *AJDA*, 2008, n° 24, p. 1316, spéc. p. 1319.

²⁷⁵⁸ CE, 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, req. n° 297.013, Rec., T., p. 917, *AJDA*, 2009, n° 29, p. 1584.

modulation demeure incomplètement organisé (A), de même que son champ d'application reste relativement incertain (B).

A/ L'organisation incomplète de l'aménagement temporel de la rétroactivité jurisprudentielle

764. À l'occasion de la consécration de la faculté pour le juge administratif de mettre exceptionnellement en échec l'effet rétroactif inhérent à la création ou à la modification d'une règle jurisprudentielle, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État n'a pas choisi de régler, de façon précise et complète, les conditions de mise sa mise en œuvre. De fait, les principes applicables à cette nouvelle prérogative, plutôt que d'être regroupés dans un considérant de principe distinct, se mêlent aux indications concrètes données par le Conseil d'État aux juridictions inférieures pour la mise en œuvre des règles applicables au nouveau recours reconnu aux tiers à un contrat administratif pour en contester directement la validité²⁷⁵⁹. Alors qu'elle avait montré une certaine audace rédactionnelle lors de précédentes innovations jurisprudentielles, la haute juridiction administrative renoue avec la formulation habituelle, plus laconique et sibylline, de ses décisions²⁷⁶⁰. Sur ce point, la formulation de la décision du 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation* tranche nettement avec celle de la décision du 11 mai 2004, *Association AC* !.

Cette différence s'explique doublement. D'une part, elle témoigne de la prudence du juge administratif à l'égard de ce nouveau pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence, qui lui apparaît comme allant moins naturellement de soi que celui d'aménager la chose jugée *ratione temporis*. D'autre part, elle témoigne de sa volonté de ne pas se laisser enfermer dans des principes trop rigides et de se ménager un large pouvoir d'appréciation pour choisir, au cas par cas, la solution appropriée²⁷⁶¹. Néanmoins, les deux décisions peuvent être rapprochées du point de vue de la méthode suivie par le juge pour apprécier la nécessité d'user de son pouvoir prétorien de modulation (1), de même que dans la détermination de ses modalités de mise en œuvre, notamment vis-à-vis des instances en cours (2).

1°) Les conditions de l'aménagement temporel de la rétroactivité jurisprudentielle partiellement précisées

765. Sur le principe même de la modulation, il ressort de la jurisprudence naissante²⁷⁶² que le juge administratif sera progressivement amené à procéder, comme dans le cadre de la jurisprudence

²⁷⁵⁹ Le considérant est ainsi rédigé : « *il appartient en principe au juge d'appliquer les règles [relatives au recours direct ouvert aux concurrents évincés en vue de contester la validité d'un contrat administratif] qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date* » (CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.).

²⁷⁶⁰ Sur ce point, cf. plus haut, p. 331, n° 420.

²⁷⁶¹ De même, les auteurs du rapport sur les revirements de jurisprudence reconnaissent qu'il « *serait contreproductif de figer l'exercice d'un pouvoir de modulation alors même que celui-ci vise précisément à prendre en compte des situations dont l'appréciation nécessite un débat au cas par cas* » (N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc. p. 39).

²⁷⁶² On dénombre seulement cinq décisions rendues sur cette question par le Conseil d'État. Trois d'entre elles font une application positive du pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle (CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Baron*, req. n° 283.141, Rec., p. 204, concl. J.-P. THIELLAY, *GACA* n° 57, *AJDA*, 2008, n° 24, p. 1316, chr. B. BOURGEOIS-

Association AC !, en deux étapes pour déterminer s'il y a lieu de renoncer à la rétroactivité attachée de plein droit à celle-là. Ce parallèle entre les deux facettes de la compétence modulatoire s'impose, dès lors que la suppression rétroactive d'une règle de droit, en conséquence de son annulation par le juge, et l'édiction, avec effet rétroactif, d'une règle de droit par voie jurisprudentielle entraînent des conséquences proches, d'un point de vue normatif. Dans le premier cas, une norme sort de vigueur, ce qui emporte éventuellement le rétablissement du droit antérieurement applicable, tandis que, dans le second, une norme se substitue partiellement ou entièrement à une norme antérieure, ce qui emporte annulation partielle ou totale de ses effets. Il s'ensuit que, dans les deux cas, la période séparant l'édiction de la norme ancienne de celle de la norme nouvelle doit être révisée en vue de mettre en accord les situations juridiques avec le nouvel état du droit. Les deux opérations normatives sont donc, en raison de leur rétroactivité, également perturbatrices pour le passé de l'ordonnement juridique. C'est dire qu'entre elles, il n'existe qu'une différence de degré, mais non de nature.

Suivant la logique initiée par la jurisprudence *Association AC !*, reprise au moins partiellement dans la décision *Société Tropic Travaux Signalisation*, le juge s'attache, d'abord, à mesurer le risque de déstabilisation des situations juridiques préexistantes qu'entraînerait la rétroactivité de la norme qu'il vient d'édicter, qu'il s'agisse pour lui de poser une règle nouvelle ou de modifier une règle antérieure. Ensuite, le juge met, semble-t-il, en balance les inconvénients qu'il vient de constater pour la sécurité juridique des justiciables avec les bénéfiques pour la légalité qui résulteraient d'un maintien de la rétroactivité. Comme le proposaient les auteurs du Rapport sur les revirements de jurisprudence, il s'agit donc pour le juge administratif d'exercer un contrôle de la disproportion manifeste²⁷⁶³ des effets qu'emporte sur le passé la règle jurisprudentielle nouvellement dégagée. Si le premier temps de ce raisonnement est présent dès la décision de principe *Société Tropic Travaux de Signalisation*, le second temps demeure, pour l'heure, plus implicite²⁷⁶⁴.

766. Si ce raisonnement en deux temps paraît s'imposer logiquement, il n'est pas certain que le juge administratif s'y prête systématiquement. Les auteurs du rapport sur les revirements de jurisprudence ne l'envisageaient que pour le cas où la rétroactivité de la règle prétorienne entraînerait un risque d'atteinte excessive à l'espérance légitime qu'avaient les justiciables dans la stabilité de leur situation juridique en déjouant leurs anticipations. En revanche, lorsqu'un motif impérieux d'intérêt général serait mis en évidence, il suffirait, en lui-même et à lui seul, à justifier la neutralisation de l'effet rétroactif attaché de plein droit à la règle jurisprudentielle nouvelle²⁷⁶⁵.

767. Les premières applications du pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle semblent confirmer une telle dissociation. Ainsi, dans la décision *Société Tropic*

MACHUREAU et É. GEFFRAY, *Dr. adm.*, 2008, n° 8-9, p. 40, note F. MELLERAY, *LPA*, 1^{er} décembre 2008, n° 240, p. 17, chr. F. BRENET, *RFDA*, 2008, n° 4, p. 689, concl. J.-P. THIELLAY et n° 5, p. 964, note B. PACTEAU ; Sect., 1^{er} octobre 2010, *M. et Mme Rigat*, préc.), tandis que deux autres en mettent pas en échec la rétroactivité de la règle nouvellement posée (CE, 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, req. n° 297.013, Rec., T., p. 917, *AJDA*, 2009, n° 29 p. 1584 ; 7 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des Îles (SETIL)*, préc.).

²⁷⁶³ Selon eux, la décision de limiter la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence exigerait du juge qu'il procède à « une évaluation des inconvénients que pourrait emporter l'application rétroactive du revirement. [...] Précisément, il s'agit alors de rechercher s'il existe une disproportion manifeste entre les avantages attachés à la rétroactivité normale du revirement et les inconvénients qu'emporterait cette rétroactivité sur la situation des justiciables » (N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 40).

²⁷⁶⁴ Cf., néanmoins, pour une indication en ce sens, F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., p. 1587. Les auteurs relevaient ainsi que « pour le passé, l'intérêt des relations contractuelles doit prévaloir sur le principe de légalité [...] que l'ouverture d'une voie de droit a normalement pour objet de promouvoir ».

²⁷⁶⁵ N. MOLFESSIS (dir.), *loc. cit.* C'est également ce que semble confirmer les membres du centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État (cf., en ce sens, B. BOURGEOIS-MACHUREAU et É. GEFFRAY, chr. sous CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, préc., p. 1319).

Travaux de Signalisation, la rétroactivité de la création, par voie prétorienne, d'une nouvelle voie de droit permettant à certaines catégories de tiers de contester directement la validité d'un contrat administratif a été tenue en échec, au motif qu'elle porterait une atteinte excessive aux situations contractuelles antérieurement nées²⁷⁶⁶. Les inconvénients liés à la remise en cause de la stabilité de ces dernières ont donc prévalu, en l'espèce, sur les avantages attachés au renforcement du respect du principe de légalité, duquel participe l'ouverture d'une nouvelle voie de recours, eu égard au nombre élevé de contrats administratifs en cours d'exécution concernés. À l'inverse, dans la décision du 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*²⁷⁶⁷, le Conseil d'État a jugé que la règle jurisprudentielle entièrement nouvelle qu'il venait de dégager en matière de compétence juridictionnelle devait être privée d'effet rétroactif, dans la mesure où la mise en jeu de ce dernier aurait porté directement atteinte à la substance même du droit au recours. La seule circonstance que l'application rétroactive de la règle prétorienne déterminant le juge compétent au sein de la juridiction administrative pour connaître de demandes reconventionnelles pour citation abusive était susceptible de fermer cette voie de recours aux requérants a suffi à rendre nécessaire une modulation de ses effets *ratione temporis*. Pour ce faire, la haute juridiction administrative n'a cependant aucunement procédé à une mise en balance des intérêts en présence pour s'assurer que la rétroactivité emportait bien des conséquences excessives sur les situations passées. En cas d'atteinte à la substance même du droit au recours, le juge administratif fait donc jouer une présomption en faveur de la limitation des effets dans le temps de la règle prétorienne²⁷⁶⁸.

768. C'est dire que lorsque la règle nouvelle contribue à renforcer le droit au recours – et s'avère favorable aux requérants –, le juge s'attache à vérifier que sa rétroactivité n'entraînera pas un effet déstabilisateur, tandis que lorsqu'elle remet en cause, d'une façon quelconque, la substance même du droit au recours, la modulation s'impose, quand bien même elle n'affecterait qu'un nombre relativement réduit de situations juridiques. Une telle approche se justifie pleinement en présence d'une règle touchant à la procédure contentieuse, dès lors que les destinataires de la règle ne sont autres que les requérants eux-mêmes et qu'est en cause un droit constitutionnellement protégé. Dans ce cas de figure, l'atteinte portée au droit au recours compromet non seulement la sécurité juridique des justiciables, mais également, de façon plus générale, le principe de légalité lui-même, dans la mesure où le premier contribue à assurer le respect du second²⁷⁶⁹.

Néanmoins, il semble quelque peu excessif de considérer que toute affectation de ce droit, quelle qu'elle soit, doive *ipso facto* entraîner la mise en échec de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle. De fait, dans l'affaire *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, la portée de la règle nouvelle de compétence était concrètement fort restreinte. Sa rétroactivité n'aurait eu d'incidence que sur les personnes qui avaient présenté des conclusions à fins de dommages-intérêts pour citation abusive et dont les instances étaient en cours devant un autre juge que la juridiction administrative spécialisée, finalement déclarée compétente pour en connaître. Outre le faible nombre des

²⁷⁶⁶ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁷⁶⁷ CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, préc.

²⁷⁶⁸ Pour un autre ex., CE, Sect., 1^{er} octobre 2010, *M. et Mme Rigat*, préc. La jurisprudence judiciaire va également dans le même sens (cf., notamment, Cass. Civ. 2^e, 8 juillet 2004, *Société nationale de radiodiffusion Radio France SA*, préc. ; Ass. Plén., 26 décembre 2006, *Société La Provence c/ Mme Danve*, préc.).

²⁷⁶⁹ Cf., en ce sens, Y. STRUILLLOU, concl. sur CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, préc., p. 559 : « que l'application rétroactive de la règle nouvelle jurisprudentielle puisse - par ses effets - remettre en cause concrètement le droit constitutionnel au recours et, par suite, affecter nécessairement le principe de légalité ? ».

destinataires concernés, les enjeux étaient loin de présenter l'importance de l'affaire *Société Tropic Travaux Signalisation*, s'agissant d'un contentieux revêtant un caractère principalement symbolique²⁷⁷⁰.

Le droit européen, dont on sait qu'il adopte une conception maximaliste de la protection due au droit au recours, ménage lui-même une marge d'appréciation aux États, notamment dans des domaines présentant un caractère évolutif, ce qui leur permet d'opérer une conciliation avec d'autres principes éminents²⁷⁷¹. Au cas d'espèce, la préoccupation traditionnelle qu'a le juge administratif de ne pas transformer les règles de recevabilité des recours en véritable « piège » pour le requérant²⁷⁷² a, sans doute, joué un rôle décisif dans l'adoption de la solution.

769. Il n'en reste pas moins que, telle qu'elle se présente, l'analyse menée par la haute juridiction administrative préalablement à la mise en œuvre de son pouvoir de modulation des effets de la règle jurisprudentielle n'est pas exempte « *d'incertitude, de subjectivité et de considérations d'équité* »²⁷⁷³, comme l'ont déjà fait remarquer plusieurs auteurs.

770. De surcroît, il n'est pas évident que la « présomption d'excessivité » de la rétroactivité jurisprudentielle en cas d'atteinte portée à la substance même du droit au recours pour justifier sa limitation soit adaptée dans l'éventualité où, comme on le croit, la modulation porterait cette fois sur une règle de fond, cette dernière touchant plus largement l'ensemble des acteurs du droit administratif. Autant il est aisé de décider de privilégier, au nom du droit au recours, les demandeurs, qui sont le plus souvent des administrés, au détriment des défenseurs, les administrations, lorsque les effets de la règle nouvelle restent limités à la sphère contentieuse, autant il est beaucoup plus ardu de justifier un tel arbitrage en présence d'une règle de fond, dont l'impact ne se limite pas au prétoire, mais l'excède largement. Dans cette dernière hypothèse, certes exceptionnelle, la consécration d'une règle protectrice des intérêts de l'Administration pourrait conduire le juge à opérer une conciliation entre le droit au recours et un intérêt général au moins d'égale importance.

771. Au bénéfice de ce qui précède, on peut donc raisonnablement estimer que le juge administratif sera nécessairement conduit à développer, comme il le fait déjà dans le cadre de la jurisprudence *Association AC !* ou en matière contractuelle, un contrôle du bilan, y compris dans les hypothèses où un motif impérieux d'intérêt général est mis en évidence, que ce dernier s'attache ou non à la protection d'un droit fondamental tel le droit au recours. Le « contrôle de l'excès » de la rétroactivité qui se généralise progressivement appelle, en raison de sa nature même, un tel test de proportionnalité. Dans la mesure où elle permet de prendre en compte des éléments factuels, la technique du bilan conserve, de surcroît, la large marge d'appréciation que s'est ménagée le juge administratif. Du reste, les considérations d'opportunité ne sont pas absentes dans la jurisprudence relative à la modulation des effets dans le temps du jugement²⁷⁷⁴.

772. De manière prospective et par analogie avec les jurisprudences étudiées dans les développements précédents, la modulation des effets dans le temps d'une jurisprudence nouvelle sera

²⁷⁷⁰ Sur ces différents points, voir B. BOURGEOIS-MACHUREAU et É. GEFFRAY, chr. préc., p. 1319.

²⁷⁷¹ Sur ce point, cf., plus haut, p. 454, n° 575 et la note 2138.

²⁷⁷² Selon la formule bien connue du commissaire du gouvernement J. THÉRY, concl. sur CE, Sect., 28 mai 1971, *Damasio*, req. n° 78.951, Rec., p. 391. Cette préoccupation est particulièrement nette dans la décision CE, Sect., 1^{er} octobre 2010, *M. et Mme Rigat*, déjà citée. Dans cette affaire, la limitation des effets dans le temps de la nouvelle règle suivant laquelle le désistement doit être présumé d'instance, et non plus d'action, se justifie par le souci de protéger les requérants qui maîtrisent mal les subtilités de la procédure contentieuse administrative.

²⁷⁷³ B. SEILLER, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., p. 18. Cf., dans le même sens, la note sous la même décision de F. MODERNE, préc., p. 922.

²⁷⁷⁴ Cf., plus haut, pp. 450-451, n° 571-572.

justifiée chaque fois qu'il ressort de la prise en considération des intérêts en présence que la mise en jeu de la rétroactivité entraînerait des conséquences manifestement excessives pour l'intérêt général. Seront de nature à faire pencher la balance en faveur de la modulation, outre le risque d'atteinte à la stabilité des situations contractuelles en cours et celui de remettre en cause, dans sa substance, le droit au recours, la sauvegarde du droit de propriété ou de la continuité du service public, voire le respect dû au principe de non-rétroactivité en matière répressive, ainsi qu'aux normes émanant du droit de l'Union européenne. Il en va de même vraisemblablement, quoique plus rarement, du risque que la rétroactivité jurisprudentielle crée un effet d'aubaine. Il faut immédiatement remarquer que certains de ces intérêts peuvent tout aussi bien s'opposer à la modulation et, par suite, commander le maintien de la rétroactivité jurisprudentielle, telle la mise en conformité du droit national avec le droit de l'Union européenne²⁷⁷⁵.

773. En tout état de cause, les progrès accomplis par la jurisprudence dans la soumission de l'Administration au principe de responsabilité n'appelleront pas, en principe, une modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne²⁷⁷⁶, sauf peut-être dans les cas limites où elle entraînerait une déstabilisation manifeste du service public concerné, ce dernier devant faire face à de nombreuses demandes d'indemnisation portant sur des sommes importantes, ou dans ceux, encore plus improbables, où un durcissement des conditions d'engagement de la responsabilité porterait atteinte à la substance même du droit à réparation²⁷⁷⁷.

À l'inverse, tant que la réparation demeure possible, même si elle s'avère plus réduite, il n'y aura pas lieu pour le juge de s'interroger sur une éventuelle limitation de la portée rétroactive de la règle jurisprudentielle. C'est en ce sens que s'est prononcé le Conseil d'État en écartant un moyen tiré de ce que la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence modifiant les règles de réparation des préjudices en cas de perte de chance méconnaîtrait le droit au respect des biens consacré par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. En l'espèce, la haute juridiction administrative a jugé que l'application rétroactive de la jurisprudence nouvelle n'affectait pas le droit à créance du requérant, quand bien même la mise en œuvre des nouvelles modalités d'évaluation de l'indemnisation débouchait sur une diminution du montant de l'indemnité octroyée sur le fondement de la jurisprudence ancienne²⁷⁷⁸.

À la différence des conditions posées par la jurisprudence administrative à l'emploi de la prérogative de modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne nouvelle, dont les contours ne sont pas encore définitivement fixés, les modalités de mise en œuvre de celle-ci ont été mieux précisées par celle-là.

2°) Les modalités de l'aménagement temporel de la rétroactivité jurisprudentielle

²⁷⁷⁵ Sur ce point, cf., plus haut, p. 534 et s., n° 675 et s. Sur l'ensemble de ces points, voir F. MODERNE, note préc., p. 922 ; B. PACTEAU, note sous CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, préc., *RFDA*, 2008, n° 5, p. 964, spéc. p. 968. Pour un ex., en matière pénale, CA Toulouse, 13 novembre 2007, aff. n° 06/01451, *JCP G*, 2008, II, 10114, note O. MOUYSSSET : application non-rétroactive d'un revirement de jurisprudence défavorable au délinquant.

²⁷⁷⁶ CE, Sect., 21 mars 2011, *Krupa*, req. n° 306.225, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 22, p. 1278, note F. BARQUE, *Dr. adm.*, 2011, n° 5, p. 49, note F. MELLERAY, *RFDA*, 2011, n° 2, p. 340, concl. C. LEGRAS, *RJEP*, 2011, n° 687, p. 40, note M. COLLET, *RJF*, 2011, n° 6, p. 664 : passage de la faute lourde à la faute simple en matière de responsabilité des services fiscaux.

²⁷⁷⁷ Cf., par analogie, CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, préc., § 78 à 80.

²⁷⁷⁸ CE, 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, préc.

Lorsqu'il exerce sa compétence modulaire, le juge administratif doit déterminer le champ d'application qu'il entend conférer à la règle nouvelle qu'il vient de poser. À cette occasion, il doit notamment se prononcer sur le sort des instances en cours à la date de sa décision. Il peut choisir soit de les inclure dans le champ d'application de la règle nouvelle ou, au contraire, de les en exclure. En tout état de cause, la jurisprudence nouvelle ne saurait affecter celles des décisions de justice qui sont devenues irrévocables à la date de la décision à l'occasion de laquelle elle a été dégagée. Une fois passé l'instant créateur de droit, le juge ne pourra plus revenir ultérieurement pour apporter des modifications au champ d'application temporel de la règle nouvelle qu'il a défini lors de la mise en œuvre de la modulation. Si l'auteur de la norme prétorienne peut désormais délimiter, au moins en partie, le champ d'application dans le temps de la jurisprudence nouvelle (a), il n'est pas maître du moment où il doit le faire (b).

a - L'éventualité de l'application aux instances en cours de la règle jurisprudentielle modulée

774. S'agissant des modalités de l'aménagement temporel de la rétroactivité de la règle prétorienne, la jurisprudence administrative s'est orientée vers le choix de la « sélectivité »²⁷⁷⁹. Bien que la règle nouvelle, dont la modulation a été décidée, ne prendra effet qu'à compter de la lecture du jugement à l'occasion duquel elle a été formulée, une rétroactivité « procédurale » est maintenue et ce, dès la décision *Société Tropic Signalisation* ayant inauguré cette jurisprudence²⁷⁸⁰. Ainsi la règle prétorienne nouvelle sera-t-elle, en principe, applicable au litige qui est à l'origine du changement de règles.

Cependant, le juge peut aller plus loin en ouvrant plus largement le champ d'application de la règle nouvelle. Il peut ainsi prévoir expressément qu'elle sera applicable aux instances en cours à la date de l'arrêt novateur. La norme nouvelle conserve alors une incidence significative sur le passé, puisque son champ d'application intègre les justiciables ayant agi en temps utile antérieurement à son intervention. Cette réserve montre bien qu'il s'agit de limiter la rétroactivité de la jurisprudence, que l'on enferme à l'intérieur de la sphère contentieuse, et non de procéder à sa suppression pure et simple.

On retrouve cette même idée qu'il faut maintenir une rétroactivité « procédurale » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux conséquences à tirer des décisions rendues par ce dernier dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité²⁷⁸¹. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit, en quelque sorte, de « récompenser » ceux qui, par leur audace et leur imagination, sont à l'origine d'un renforcement du principe de prééminence du droit. Ceux-là récolteront les fruits de leurs efforts en se voyant appliquer l'avancée accomplie dans la protection de la Constitution ou dans l'enrichissement de la légalité administrative²⁷⁸². De surcroît, cette réserve permet de maintenir un lien entre la règle prétorienne et le litige à l'occasion duquel elle a été édictée, conformément au mode de formation propre à la jurisprudence²⁷⁸³.

²⁷⁷⁹ Sur la distinction entre revirement prospectif pur et sélectif, cf., plus haut, p. 597, n° 759. À titre d'ex., la CJUE a choisi la seconde solution (CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, préc. ; 27 février 1985, *Société des produits de maïs SA c/ Administration des douanes et droits indirects*, préc.), tandis que la Cour Suprême américaine a retenu la première. Sur cette question, voir D. CASAS, concl. préc., p. 401 ; F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., p. 1587 ; B. SEILLER, note préc., p. 19.

²⁷⁸⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁷⁸¹ Cf., plus haut, p. 142 et s., n° 197 et s.

²⁷⁸² Pour une position contraire, cf. N. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 42.

²⁷⁸³ Ce lien revêt une importance cruciale, dès lors qu'il constitue le fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel. Sur ces questions, voir, plus haut, p. 323 et s., n° 410 et s.

775. Cependant, la réserve des instances en cours ne sera, sans doute, pas appelée à jouer de manière systématique, comme c'est le cas dans le contentieux constitutionnel.

D'abord, elle devra être écartée toutes les fois où la « rétroactivité procédurale » qui en découle aboutirait à remettre en cause, dans sa substance même, le droit au recours. Dans l'hypothèse où ce serait une règle de fond qui serait consacrée par voie jurisprudentielle, il pourrait également être décidé d'écarter cette réserve lorsqu'elle aurait pour conséquence de placer l'administré dans une situation moins favorable que celle résultant de l'application de la règle ancienne. On peut cependant s'interroger sur le bien-fondé d'une telle limitation. Si la règle nouvelle a été posée, c'est qu'elle répondait à des impératifs, sinon meilleurs, du moins supérieurs par rapport à ceux qui avaient présidé à la mise en place de la règle ancienne²⁷⁸⁴. De ce point de vue, il est inévitable que la sécurité juridique de quelques-uns soit sacrifiée à un moment ou à un autre au profit du plus grand nombre. À cela s'ajoute l'exigence d'assurer l'égalité des sujets de droit face à la règle nouvellement dégagée, ce que la sélectivité de la modulation ne permet pas d'assurer. Enfin, il n'est pas du tout évident de mesurer les conséquences, positives ou négatives, qu'entraîne l'édiction de la règle prétorienne sur les situations juridiques préexistantes. Indépendamment de la prise en compte de la situation des administrations, il faut bien admettre qu'une règle administrative de fond favorable pour certaines catégories d'administrés ne le sera pas forcément pour d'autres²⁷⁸⁵. Les rapports triangulaires qui se nouent bien souvent en droit administratif risquent de dissuader le juge de réserver les instances en cours au moment de la formulation de la règle jurisprudentielle, voire même de procéder à une quelconque modulation de ses effets dans le temps.

Ensuite, la réserve des instances en cours pourrait parfois avoir des conséquences paradoxales, dès lors qu'elle laisse ouverte une « fenêtre » permettant aux requérants opportunistes de profiter du délai séparant la date de l'audience de celle de lecture de la décision pour déposer des recours afin de faire jouer en leur faveur la rétroactivité résiduelle de la règle nouvelle. Comme dans le cadre de la jurisprudence *Association AC !* cette fois²⁷⁸⁶, le juge administratif devra prendre garde à la création d'un « effet d'aubaine », dont les conséquences peuvent s'avérer tout aussi déstabilisatrices qu'une absence de modulation.

Enfin, il convient de rappeler que si la réserve des instances en cours rend applicable la règle prétorienne aux effets modulés aux décisions passées en force de chose jugée, à la manière d'une loi interprétative, son effet sur le passé ne saurait, à l'inverse, s'étendre à celles qui sont devenues irrévocables à la date de l'arrêt novateur. C'est ce qu'a rappelé implicitement le Conseil d'État dans sa décision *M. et Mme Rigat* du 1^{er} octobre 2010. Après avoir consacré une nouvelle règle jurisprudentielle en matière de désistement, dont elle a estimé nécessaire de moduler les effets dans le temps, la haute juridiction administrative a expressément réservé le sort des « décisions de justice irrévocables à la date de la présente décision »²⁷⁸⁷. Par opposition aux décisions de justice passées en force de chose jugée qui peuvent encore faire l'objet d'un recours en cassation, ce qui implique qu'elles peuvent éventuellement subir la rétroactivité d'un changement de jurisprudence²⁷⁸⁸, les décisions de justice devenues irrévocables ne sont plus susceptibles de recours et, en tant que telles, sont hors d'atteinte de tout effet

²⁷⁸⁴ Cf., en ce sens, J.-H. STAHL, art. préc., pp. 94-95.

²⁷⁸⁵ J. RIVERO, art. préc., p. 17 ; H. LE BERRE, thèse préc., p. 380, n° 259.

²⁷⁸⁶ Sur ce point, cf., plus haut, p. 549, n° 697.

²⁷⁸⁷ CE, Sect., 1^{er} octobre 2010, *M. et Mme Rigat*, préc.

²⁷⁸⁸ Cf., par ex., CE, 7 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des Îles (SETIL)*, préc.

rétroactif. Elles ne sauraient être aucunement remises en cause, si ce n'est par la voie exceptionnelle de la rétractation²⁷⁸⁹. Au cas d'espèce, la réserve des décisions irrévocables signifie que seuls les jugements donnant acte d'un désistement qui ne peuvent plus être contestés par une voie de recours ordinaire ou par un pourvoi en cassation restent gouvernés par la jurisprudence ancienne. À l'inverse, les jugements donnant acte du désistement qui interviennent postérieurement à la date de la décision du Conseil d'État, mais aussi ceux qui, déjà rendus, sont encore, à cette même date, susceptibles de faire ou font l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, seront régis par la jurisprudence nouvelle²⁷⁹⁰.

b - L'exclusivité du moment de la mise en œuvre de la modulation de la règle jurisprudentielle

776. Dès lors qu'il s'agit d'éviter que le passage de la règle ancienne à la règle nouvelle entraîne des conséquences excessives sur les situations juridiques antérieurement constituées, la modulation ne saurait être mise en œuvre à un autre moment que celui où le changement de jurisprudence s'opère. Il apparaît, en effet, logiquement nécessaire que l'édiction de la règle nouvelle et la détermination de ses modalités d'entrée en vigueur soient réalisées en même temps²⁷⁹¹. Rapporté au problème de l'aménagement temporel des effets de la jurisprudence nouvelle, cela signifie que la limitation de la rétroactivité de la règle prétorienne doit obligatoirement résulter de la décision qui est à l'origine de la question même de la modulation.

Le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler ce principe du droit transitoire dans sa décision *Société d'équipement de Tahiti et des Îles* du 7 octobre 2009. Une des parties à l'instance estimait que l'application rétroactive d'un revirement de jurisprudence, intervenu plusieurs années auparavant²⁷⁹², à l'espèce était contraire aux droits conventionnels à un procès équitable et au respect de ses biens. Le juge administratif suprême a écarté cette argumentation en prenant le soin de préciser que « *l'application rétroactive d'une jurisprudence nouvelle, qui ne comporte pas de réserve relative à son application dans le temps, n'est que l'effet des voies normales du recours au juge, en particulier du recours en cassation* »²⁷⁹³. De là, il découle que si la décision à l'origine de la consécration de la règle jurisprudentielle n'a pas donné lieu à modulation des effets dans le temps de cette dernière, le juge ne saurait décider ultérieurement d'y procéder à titre rétroactif²⁷⁹⁴. En d'autres termes, le dispositif

²⁷⁸⁹ Cf. l'ex. de la loi anti-perruche, p. 421, n° 530.

²⁷⁹⁰ Cette nuance n'a, semble-t-il, pas été perçue par certains annotateurs de cette décision. Ils estiment que la règle nouvelle dégagée en l'espèce s'applique aux ordonnances prenant acte du désistement postérieurement à la date de lecture de l'arrêt (cf., notamment, F. MELLERAY, *Dr. adm.*, 2010, n° 12, p. 39 ; B. SEILLER, *Gaz. Pal.*, 5 décembre 2010, n° 339-341, chr., p. 13), sans prendre le soin de réserver le sort de celles qui seraient frappées d'appel ou de cassation, ou susceptibles de l'être, à cette même date. Sur la question, voir la chronique sous cette décision de D. BOTTEGHI et A. LALLET, *AJDA*, 2010, n° 39, p. 2202. Voir également, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 988, n° 862).

²⁷⁹¹ Comme l'a montré M. Éveillard dans sa thèse, il existe, d'un point de vue normatif, un lien de dépendance entre la norme définitive et la norme temporaire qui en assure l'entrée en vigueur, lequel commande la concomitance de leur édicition (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 147 et s., n° 199 et s., spéc., p. 191, n° 259). Bien que l'auteur raisonne principalement sur le cas des dispositions transitoires, il n'y a aucune raison de considérer qu'il en irait différemment en présence d'un dispositif transitoire organisant l'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle. Tel est bien le cas du considérant par lequel le juge, après s'être prononcé sur son principe, fixe les modalités de mise en œuvre de la modulation des effets dans le temps de la jurisprudence nouvelle. Cf., dans le même sens, N. BOULOUIS, concl. sur CE, 7 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des Îles (SETIL)*, préc., *RJEP*, 2010, n° 674, p. 33, spéc. pp. 35-36.

²⁷⁹² CE, Ass., 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et autre*, préc.

²⁷⁹³ CE, 7 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des Îles (SETIL)*, préc.

²⁷⁹⁴ Une telle idée était déjà exprimée par J.-H. Stahl à propos de l'affaire *SCI Saint-Lazare* déjà citée, à l'occasion de laquelle s'était posée une éventuelle limitation des effets du revirement opéré à l'occasion de la décision *Ternon* (J.-H. STAHL, « An I après AC ! : Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC !* », préc., p. 362).

transitoire qui accompagne ou amortit les effets *ratione temporis* de la règle jurisprudentielle ne peut être fixé par le juge dans une décision subséquente.

En revanche, le juge paraît plus libre quant au choix du moment où la règle prétorienne doit commencer à produire son effet.

B/ Le champ non défini de l'aménagement temporel de la rétroactivité jurisprudentielle

777. Le champ d'application du pouvoir d'aménagement de la rétroactivité jurisprudentielle n'a pas été précisément délimité par la décision *Société Tropic travaux*. À s'en tenir aux premières applications de cette jurisprudence, le champ d'application de la modulation demeure modeste. La rétroactivité jurisprudentielle n'a été, pour l'heure, écartée qu'à l'occasion de la création ou de la modification d'une règle de procédure contentieuse. La modulation elle-même a été mise en œuvre sous deux formes distinctes. Tantôt le juge a décidé de neutraliser entièrement la rétroactivité de son innovation, tantôt il a fait le choix de l'appliquer aux instances en cours.

Néanmoins, il faut certainement considérer que le pouvoir jurisprudentiel de modulation, à l'instar de son pendant juridictionnel, dispose d'une portée générale. Une première indication allant dans ce sens concerne les détenteurs du pouvoir de modulation. Le Conseil d'État n'a pas entendu se réserver exclusivement l'emploi de cette nouvelle prérogative²⁷⁹⁵. Ainsi a-t-il explicitement jugé qu'il appartient à tout juge administratif²⁷⁹⁶. L'attribution de la compétence modulatoire à tout juge du fond permet de neutraliser, au moins partiellement, le décalage temporel résultant du jeu normal des voies de recours, dont on a vu qu'il participait de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle²⁷⁹⁷.

Ainsi, son champ matériel devrait recouvrir toute règle de droit, indépendamment de sa nature ou du champ dans lequel elle intervient (1). De même, l'aménagement dans le temps de l'effet de la règle prétorienne devrait comprendre, outre les solutions existantes, la possibilité de prévoir son effet différé (2).

1° Un champ matériel extensible

778. Au fil des décisions, la jurisprudence a montré le caractère extensible du champ matériel de la compétence modulatoire. D'abord, le pouvoir d'aménager dans le temps la rétroactivité jurisprudentielle concerne aussi bien le revirement de jurisprudence, c'est-à-dire la modification d'une règle antérieurement posée, que la création *ex nihilo* d'une règle nouvelle²⁷⁹⁸. Ensuite, il couvre le domaine de la procédure contentieuse dans son ensemble, qu'il s'agisse de clore une voie de droit préexistante, d'en modifier les conditions d'exercice, ou d'en ouvrir une nouvelle. Dans ce dernier cas de figure, la nouvelle voie de recours peut être créée *ex nihilo* ou répondre symétriquement à la fermeture d'une voie

²⁷⁹⁵ Les auteurs du rapport sur les revirements de jurisprudence avaient proposé de réserver cette prérogative au juge de cassation (N. MOFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 39).

²⁷⁹⁶ CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, préc.

²⁷⁹⁷ Sur ce point, voir B. BOURGEOIS-MACHUREAU et É. GEFFRAY, chr. sous CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, préc., p. 1318.

²⁷⁹⁸ Pour un ex. de revirement de jurisprudence, comp. CE, Sect., 29 janv. 1932, *Dame Veuve Janson*, Rec., p. 128, D., 1933, III, p. 11, concl. R. LATOURNERIE avec CE, Sect., 1^{er} octobre 2010, *M. et Mme Rigat*, préc. : abandon du principe selon lequel un désistement doit être présumé être un désistement d'action. Pour un ex. de création *ex nihilo* d'une règle jurisprudentielle, cf. CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, préc. : « les règles ainsi dégagées [...] ne sont pas édictées par un texte et [...] ne résultaient d'aucune jurisprudence antérieure... ».

de droit ancienne²⁷⁹⁹. Il en va de même pour les changements apportés aux règles régissant l'instance²⁸⁰⁰.

779. Les premières applications positives du pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence nouvelle ont, pour l'heure, exclusivement concerné des règles de procédure. Toutefois, à l'occasion d'un refus d'user de cette prérogative, la haute juridiction administrative semble avoir confirmé, en creux, que le champ d'application de la modulation pourrait également s'étendre aux règles de fond. Dans sa décision *Assistance publique de Marseille* du 2 septembre 2009, le Conseil d'État a décidé, après avoir édicté une nouvelle règle de réparation des préjudices en cas de perte de chance, de ne pas en moduler les effets dans le temps, rappelant qu'« *il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, sauf si cette application a pour effet de porter rétroactivement atteinte au droit au recours* »²⁸⁰¹. À partir de cette décision, trois interprétations sont envisageables.

780. Suivant une interprétation restrictive, elle ne ferait que confirmer que le champ d'application de modulation jurisprudentielle se limite aux règles de procédure contentieuse, ce qui paraît extrêmement réducteur. En tout état de cause, la haute juridiction administrative ne fait aucunement mention, dans sa décision, de ce que la mise en œuvre de son pouvoir dépend de la nature de la règle en cause.

781. Suivant une interprétation littérale, la modulation est décidée chaque fois que le droit au recours est atteint, et donc indépendamment de la nature de la règle en cause. Ainsi, le champ de la modulation pourrait s'étendre, certes très modestement, aux règles de fond susceptibles d'affecter le droit au recours. Néanmoins, il faut bien admettre que si bon nombre de règles de fond peuvent avoir une incidence sur le droit au recours, peu d'entre elles portent réellement atteinte à sa substance même. Un exemple permettra de le montrer. Soit une règle de fond qui viendrait durcir les conditions d'engagement de la responsabilité de la puissance publique ou les modalités de calcul de l'indemnisation. Il est indéniable que la consécration d'une telle règle diminue les chances du requérant d'obtenir réparation ou de recevoir une indemnisation d'un montant aussi élevé qu'en application de la règle précédente. Le droit à un recours effectif s'en trouve donc affecté. En revanche, ce droit n'est pas atteint dans sa substance, dès lors que les chances de succès de l'action en responsabilité demeurent et ne sont pas devenues nulles. Il en irait tout autrement dans l'éventualité où un nouveau cas d'irresponsabilité administrative serait consacré, ce qui paraît, en l'état de la jurisprudence administrative, hautement improbable. Une autre hypothèse serait celle d'un raccourcissement d'un délai de fond, qu'il concerne une règle de prescription, de déchéance ou de forclusion, dans la mesure où l'application rétroactive de la règle nouvelle rendra irrecevables les recours intentés sous l'empire de l'ancien délai. En effet, le nouveau délai étant réputé avoir expiré plus tôt, les chances des justiciables, qui ont agi plus tard, de voir aboutir leur action sont réduites à néant²⁸⁰².

²⁷⁹⁹ Cf., respectivement CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, préc. Voir, en ce sens, D. CASAS, concl. préc., p. 402 ; F. LENICA et J. BOUCHER, chr. préc., p. 1584.

²⁸⁰⁰ CE, 1^{er} octobre 2010, *M. et Mme Rigat*, préc. Cf., dans le même sens, Cass. Plén., 21 décembre 2006, *Pessino*, préc.

²⁸⁰¹ Cf. également, CE, 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, préc. Voir, dans le même sens, N. BOULOUIS, concl. sur CE, 7 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des Îles (SETIL)*, préc., p. 36.

²⁸⁰² Sur cette question, voir p. 735, n° 954. Voir également, CEDH, 30 mai 2000, *Carbonara et Ventura c/ Italie*, préc., § 71.

Une telle limitation du champ d'application du pouvoir de modulation n'est pas sans incidence sur la manière de traiter ce nouveau droit transitoire jurisprudentiel. En effet, pour une partie de la doctrine, dont les auteurs du rapport sur les revirements de jurisprudence, la détermination du domaine d'application dans le temps de la loi et de la jurisprudence ne procéderait pas de la même logique. Pour la règle législative ou administrative, les principes du droit transitoire répondraient au souci de protéger un droit acquis ou une situation juridique, tandis que pour la règle jurisprudentielle, il s'agirait de « garantir le respect des attentes des justiciables là où elles ne peuvent pas être considérées comme infondées au regard du droit initialement applicable »²⁸⁰³. Par suite, les problèmes d'application dans le temps ne pourrait recevoir un traitement identique.

Outre le fait que l'on puisse démontrer que les objectifs poursuivis sont en réalité communs à la loi et à la jurisprudence²⁸⁰⁴, cette différenciation s'avère infondée à un double égard. En premier lieu, placer sur un même plan les notions de droits acquis et d'attentes légitimes, d'une part, et la notion de situation juridique, d'autre part, revient à associer deux systèmes d'analyse de l'application dans le temps des règles juridiques fondamentalement opposés²⁸⁰⁵. En second lieu, déterminer les solutions à donner au problème de l'application dans le temps de la règle de droit uniquement en fonction des finalités poursuivies par son auteur est également contestable, dès lors qu'une telle approche revient à faire dépendre l'analyse d'un critère éminemment subjectif et qui n'entretient, au mieux, qu'un rapport indirect avec la question²⁸⁰⁶.

782. Suivant une interprétation extensive, toute règle jurisprudentielle nouvelle, quelle que soit sa nature, pourrait faire l'objet d'une modulation, dès lors qu'elle porterait une atteinte excessive non seulement au droit au recours, mais également à d'autres droits fondamentaux. Plusieurs éléments militent en ce sens.

D'abord, dès la décision *Société Tropic Travaux*, le Conseil d'État a envisagé une modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne pour d'autres motifs que l'atteinte faite au droit au recours. Ainsi la décision de moduler a-t-elle reposé, en l'espèce, sur le risque d'atteinte aux situations contractuelles antérieurement nouées. Au demeurant, il paraîtrait tout à fait contestable de réserver une protection temporelle contre les changements de règles au seul droit au recours, à l'exclusion des autres droits d'égale importance. Partant, on peut très bien imaginer, par exemple, que d'autres droits

²⁸⁰³ R. MOLFESSIS (dir.), rapp. préc., p. 20. Pour un exposé, cf. P. FLEURY-LE GROS, art. préc., p. 223.

²⁸⁰⁴ Sur ce point, voir la démonstration de P. FLEURY-LE GROS, art. préc., pp. 224-225. S'agissant de la préoccupation de la protection des situations juridiques en jurisprudence, il suffit de renvoyer tant à la formulation de la décision du Conseil d'État consacrant le principe de sécurité juridique qu'au raisonnement développé par le commissaire du gouvernement dans cette affaire pour constater que tel était bien l'enjeu de sa consécration dans notre droit interne (Y. AGUILA, concl. sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc., *RFDA*, 2006, n° 3, p. 474). Du côté de la règle législative, M. Éveillard a bien montré que l'effet différé de la loi nouvelle ou la survie de la règle ancienne pouvait être justifié par le souci de respecter les attentes légitimes des justiciables (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 337 et s., n° 433 et s., spéc., p. 345, n° 442 et l'ex. cité par l'auteur : art. 191 du décret n° 72-788, du 28 août 1972, instituant une troisième série de dispositions destinées à s'insérer dans le nouveau Code de procédure civile, *JORF* du 30 août 1972, p. 9300). Au demeurant, le juge veille à ce que les dispositions régissant les délais et voies de recours ne portent pas atteinte au droit d'exercer un recours effectif (CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, req. n° 200.286, *Rec.*, p. 369, *GAJA* n° 100, *AJDA*, 1998, n° 12, p. 962, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *D.*, 2000, n° 7, p. 153, note E. AUBIN, *Dr. adm.*, 1992, n° 1, p. 22, note C. MAUGÛÉ, *Europe*, 1999, n° 3, p. 4, note D. SIMON, *LPA*, 23 juillet 1999, n° 146, p. 11, note E. AUBIN, *RDPA*, 1999, n° 3, p. 919, note J.-F. FLAUSS, *RFDA*, 1998, n° 6, p. 1081, concl. C. MAUGÛÉ et p. 1095, note D. ALLAND et 1999, n° 1, p. 57, note L. DUBOIS, p. 67, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX et p. 77, note O. GOHIN).

²⁸⁰⁵ Sur les différences d'approche que traduit l'opposition entre doctrine des droits acquis et doctrine de l'effet immédiat, cf., plus haut, p. 17 et s., n° 26 et s. Voir également, la chronique de R. ENCINAS DE MUNAGORRI et P. DEUMIER, *RTDCiv.*, 2005, n° 1, p. 83, ainsi que celle déjà citée de F. LENICA et C. LANDAIS, spéc. p. 799.

²⁸⁰⁶ P. FLEURY-LE GROS, *loc. cit.* ; Y. STRUILLOU, concl. sur CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, préc., p. 563.

substantiels, tels le droit de propriété, puissent également justifier la neutralisation de la rétroactivité jurisprudentielle.

Ensuite, il est difficilement imaginable que le juge administratif s'interdise d'user de cette faculté dans d'autres domaines que celui de la procédure contentieuse. En effet, la jurisprudence créatrice du Conseil d'État ne se limite pas à cette seule matière. De fait, elle continue d'établir la plupart des règles du droit de la responsabilité de la puissance publique par exemple. Il est d'ailleurs assez révélateur que la question de la modulation se soit, en premier lieu, sérieusement posée dans ces deux domaines, car c'est précisément là que le juge se sent le plus libre, ayant participé à la création de l'essentiel du droit applicable²⁸⁰⁷. Certes, il est vrai que, comme on l'a dit plus haut, les règles de procédure contentieuse présentent la particularité d'avoir pour destinataires les justiciables eux-mêmes, ce qui simplifie grandement l'évaluation faite par le juge de l'impact sur les situations antérieurement constituées qu'aura la règle nouvelle. Il n'en reste pas moins que l'adoption d'une règle de fond est susceptible d'entraîner des conséquences qui dépassent de loin la seule sphère contentieuse. C'est dire que le risque d'une déstabilisation de grande ampleur des situations juridiques préexistantes se manifesterait principalement à l'occasion de la consécration d'une règle de fond. Les enjeux étant plus élevés, la nécessité de moduler s'imposera avec d'autant plus de force.

On n'ignore pas cependant que l'extension du champ d'application de la modulation à l'ensemble des règles de fond pose de sérieuses difficultés. En effet, l'appréciation de la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle apparaît plus aléatoire en présence d'une règle de fond, notamment en raison des rapports souvent triangulaires, voire pluri-angulaires, existant en droit administratif. À cela s'ajoute la circonstance que le juge ne disposera pas toujours de l'ensemble des données pour déterminer avec une précision suffisante les conséquences que produira la règle nouvelle²⁸⁰⁸. On ne saurait pourtant faire deux poids deux mesures. Le juge administratif s'étant engagé dans la voie de la modulation, il lui appartient désormais de surmonter ces difficultés, dès lors qu'elles sont inhérentes à toute fonction normative.

Les mêmes incertitudes pèsent sur le domaine temporel de l'aménagement des effets de la jurisprudence nouvelle.

2°) Un champ temporel incertain

783. La question de la délimitation du champ temporel de l'aménagement de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle se rapporte à celle de la fixation de la date d'entrée en vigueur de la norme nouvelle. Comme on l'a vu, la mise en œuvre du pouvoir exceptionnel de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle signifie, en principe, son entrée en vigueur à compter de la date de lecture du jugement à l'occasion duquel elle a été posée, à l'exception des cas dans lesquels le sort des instances en cours est expressément réservé. Pour l'heure, le champ temporel de la modulation peut donc être délimité de deux manières par le juge. Soit il décide de priver la règle prétorienne de tout effet sur le

²⁸⁰⁷ Cf., en ce sens, F. LENICA et J. BOUCHER, chr. sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., p. 1587. Alors que certains auteurs se sont interrogés sur la nature jurisprudentielle du droit administratif (D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel », *AJDA*, 1980, n° 12, p. 632 ; S. RIALS Stéphane, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA*, 1981, n° 3, p. 115 ; F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA*, 2005, n° 12, p. 637), le nombre et l'importance des décisions du début de ce nouveau siècle ont confirmé, avec éclat, son maintien.

²⁸⁰⁸ D. CASAS, concl. préc., p. 402.

passé, en prévoyant son entrée en vigueur non-rétroactive, soit il choisit de conserver un lien avec ce passé en assortissant expressément le report des effets de la règle nouvelle de la réserve des instances en cours au moment où il édicte la règle nouvelle. Selon la nature de la règle en cause, cette dernière produira ou non un effet rétroactif « procédural »²⁸⁰⁹. Outre ces deux cas de figure dans lesquels la règle jurisprudentielle est privée totalement ou partiellement de sa rétroactivité, il convient de s'interroger sur une troisième hypothèse, sur laquelle la jurisprudence administrative ne s'est pas encore ouvertement prononcée.

784. Il est envisageable que le juge souhaite, dans certains cas, différer l'entrée en vigueur de la norme prétorienne, notamment afin de laisser un certain temps aux destinataires pour s'adapter au nouvel état du droit. En d'autres termes, il s'agirait de prévoir que la règle jurisprudentielle nouvellement édictée ne sera pas appliquée à l'espèce et qu'elle prendra effet à une date ultérieure²⁸¹⁰. Les membres du centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État ont exprimé une opinion allant clairement en ce sens²⁸¹¹. Dans son principe, cette solution se justifie pleinement. Comme on l'a déjà souligné plus tôt, la reconnaissance d'un pouvoir normatif au juge emporte comme conséquence naturelle la capacité de déterminer lui-même le champ d'application de la règle de droit qu'il édicte²⁸¹². De surcroît, elle se recommande de l'exigence de sécurité juridique. Dans certains cas, cette dernière peut requérir du juge qu'il organise une période de transition entre la règle ancienne et la règle nouvelle en vue de laisser aux sujets de droit le temps d'adapter leurs comportements.

785. Toutefois, cette solution soulève des interrogations quant à sa mise en œuvre. Limiter la rétroactivité de la règle nouvelle en décidant de son entrée en vigueur à la date du jugement à l'occasion duquel elle a été posée est une chose. Fixer une règle pour elle-même et ne prenant effet que dans l'avenir en est une autre.

D'abord, la fixation d'une date d'entrée en vigueur de la règle nouvelle sera loin d'être évidente. Le choix de la date de prise d'effet de la règle jurisprudentielle nouvelle ne saurait, en tout état de cause, résulter de considérations purement objectives. En effet, on peut légitimement se demander quelles différences de situation entre les justiciables seraient susceptibles, en raison de leur importance, de justifier que la règle nouvelle doive entrer en vigueur à telle date, plus qu'à telle autre. Il faut donc admettre que ce choix se fera, le plus souvent, en pure opportunité, ce qui ne va pas sans comporter un risque de contestation quant à son bien-fondé. En tout état de cause, la date de mise en application différée de la règle jurisprudentielle ne saurait être définie de façon totalement indépendante par rapport à tout litige en matière de procédure contentieuse. À l'inverse, la fixation de la date d'entrée en vigueur différée de la règle jurisprudentielle de fond ne doit pas dépendre d'un litige quelconque, sauf à recréer une nouvelle rétroactivité jurisprudentielle.

Ensuite, l'attribution d'un effet différé à la règle jurisprudentielle nouvelle n'exclut pas l'éventualité d'une « contre-rétroactivité » émanant du législateur ou du juge de cassation. D'un côté, le législateur peut être conduit, au cours de la période de transition, à adopter une loi de validation visant à neutraliser, de manière préventive, les effets à venir de la règle jurisprudentielle. De l'autre, le juge de

²⁸⁰⁹ Il convient ici de préciser que l'action dans le temps de la jurisprudence nouvelle ne sera pas toujours qualifiée de rétroactive du seul fait qu'elle est rendue applicable aux instances en cours. Par ex., la règle prétorienne de forme ou de procédure régissant l'activité du juge s'applique immédiatement aux instances en cours, sans produire par là un effet rétroactif. Sur ces points, voir p. 725, n° 929 et p. 752, n° 978.

²⁸¹⁰ Cf., en ce sens, B. SEILLER, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., pp. 18-19.

²⁸¹¹ F. LENICA et J. BOUCHER, chr. sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., p. 1587. Pour une position contraire, voir D. CASAS, concl. préc., p. 402.

²⁸¹² Cf., en ce sens, B. SEILLER, note préc., p. 18.

cassation pourra, au cours de cette même période, désavouer rétroactivement l'initiative prise par une juridiction inférieure. Il s'ensuit que la règle ancienne sera alors rétablie, partiellement ou totalement, comme si elle n'avait subi aucun changement. Cela signifie également que la règle nouvelle, dont la non-rétroactivité a été décidée au nom de la sécurité juridique, sera purement et simplement privée de tout effet et ce, avant même d'avoir reçu une quelconque application. C'est dire que la mise en œuvre du pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence risque parfois de déboucher sur une succession rapide et brutale de modifications de la règle applicable. L'instauration d'un droit transitoire jurisprudentiel ne réduit donc pas l'instabilité inhérente à la création du droit par le juge.

786. Conclusion du § 2. Tandis que le juge européen s'est placé dans un cadre général d'uniformisation du droit applicable, ce qui lui avait, du reste, été reproché, dès lors que cette perspective ne l'avait immédiatement amené à tenir compte de la situation des requérants²⁸¹³, le juge administratif a préféré s'inscrire, pour l'heure, dans une logique plus modeste de protection du « *droit fondamental qu'est le droit au recours* »²⁸¹⁴. Ce parti pris n'est d'ailleurs pas sans conséquence pour l'appréciation du champ d'application de la modulation des effets de la règle jurisprudentielle. Il paraît cependant raisonnable d'avancer qu'au fil du développement de la jurisprudence *Société Tropic Travaux Signalisation*, cette différence d'approche entre les deux juges s'estompera.

*

787. Conclusion de la section 2. La rétroactivité naturelle de la jurisprudence a longtemps été présentée comme une preuve de l'inaptitude du juge à la fonction normative. Elle signifiait notamment l'incapacité pour le juge de délimiter lui-même le champ d'application dans le temps de la jurisprudence nouvelle. En conséquence, cette dernière étendait son emprise sur le passé au gré des procès à l'occasion desquels elle recevait application. La consécration d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps des règles jurisprudentielle autorise désormais le juge à rompre, au nom de la sécurité juridique, avec le mode de formation traditionnel de la jurisprudence, lequel mêle création et application du droit. Ce faisant, le juge a entendu s'assurer la pleine maîtrise de son œuvre jurisprudentielle, y compris dans sa dimension temporelle. Outre l'officialisation de l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel qu'elle implique, cette évolution emporte une double conséquence quant au traitement des effets dans le temps de la règle prétorienne.

Du point de vue de la technique de création du droit jurisprudentiel, le juge dispose des mêmes prérogatives que les autres autorités normatives, ce qui signifie qu'il doit également se soumettre aux mêmes exigences. Comme le soulignait le Doyen Rivero, « *une bonne technique de création du droit doit servir, à la fois, l'autorité qui pose la règle, et le sujet qui en subit l'effet. À la première, elle doit permettre d'exercer son pouvoir normatif au moment et sur les matières où elle l'estime nécessaire, selon les besoins de la société. Au second, elle doit procurer les garanties qui fondent la sécurité juridique* »²⁸¹⁵. À l'aune de cette réflexion, on mesure toute l'ampleur de l'apport de la jurisprudence *Société Tropic Travaux Signalisation*. D'un côté, l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel n'est plus entièrement tributaire du règlement des litiges. De l'autre, il appartient désormais au juge, en cas de risque d'atteinte grave à la sécurité juridique, d'organiser une transition entre les deux règles

²⁸¹³ H. LABAYLE, art. préc., p. 672.

²⁸¹⁴ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁸¹⁵ J. RIVERO, art. préc., p. 17.

jurisprudentielles qu'il a successivement dégager, ce qui peut le conduire à priver, totalement ou partiellement, la règle nouvelle de son effet rétroactif.

Du point de vue du droit transitoire, la possibilité que le juge s'est offerte d'écarter, par exception, la rétroactivité de la règle nouvelle pour ne lui conférer qu'un simple effet immédiat, voire un effet différé, marque la naissance d'une théorie des conflits de jurisprudence dans le temps²⁸¹⁶. Alors que l'absence de reconnaissance d'un pouvoir créateur de règles de droit dans le chef du juge s'est longtemps opposée à une telle construction, l'octroi d'une compétence modulateur des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle la rend désormais possible²⁸¹⁷. Ainsi sera-t-il envisageable d'appliquer les solutions dégagées par la doctrine pour résoudre les conflits de lois dans le temps que sont l'effet rétroactif, l'effet immédiat et la survie de la loi ancienne, aux règles de droit dégagées par le juge. C'est dire que la rétroactivité ne constitue plus désormais le mode d'action exclusif de la norme jurisprudentielle.

* *
*

788. Conclusion du Chapitre III. Alors que le juge s'est attaché à imposer aux autorités législative et administrative un respect plus rigoureux de l'exigence de sécurité juridique, son activité est restée en dehors de ce mouvement. Naturellement rétroactive, la décision de justice étendait son emprise sur le passé sans rencontrer de réelle limitation, autre que celle de la chose jugée elle-même. La rétroactivité débridée de la décision de justice était la conséquence d'une conception particulièrement rigide du principe de légalité, à laquelle se combinait une vision particulièrement réductrice de la fonction de juger, ainsi que de la place et du rôle de la jurisprudence au sein du système de séparation des pouvoirs à la française. Pourtant, les excès de la rétroactivité de la décision de justice ont été dénoncés, de manière récurrente, par la doctrine. Le juge lui-même a tenté d'apporter des tempéraments à la rétroactivité de ses décisions, sans toutefois parvenir à une solution d'ensemble. Malgré l'exemplarité du droit européen et du droit comparé, la rétroactivité de la décision de justice n'a fait l'objet d'aucun encadrement véritable en droit français jusqu'à la dernière décennie.

Bien qu'elles trouvent leur origine dans des causes distinctes et qu'elles posent des questions de nature différente, la rétroactivité du jugement et celle de la jurisprudence ont, l'une comme l'autre, longtemps revêtu un caractère automatique et, en tant que telles, ont largement échappé à l'emprise du juge. Leur mise en jeu a pu provoquer, en l'absence de tout contrôle, la déstabilisation de nombreuses situations juridiques. La rétroactivité de la jurisprudence aboutissait, de surcroît, à imposer aux sujets de droit le respect d'une règle dont ils ne pouvaient avoir eu connaissance au moment où ils avaient agi.

Ces excès ont finalement conduit le juge à se doter d'un instrument de discipline de la rétroactivité, jusque-là débridée, de la décision de justice avec la consécration d'un pouvoir de modulation de ses effets dans le temps. Ce faisant, le juge s'est volontairement soumis à l'exigence de

²⁸¹⁶ Même s'il excluait la jurisprudence de son étude des conflits de lois dans le temps, J. Petit envisageait déjà une telle éventualité (J. PETIT, thèse préc., p. 16, n° 37). Cf., dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 40, n° 58 ; C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », préc., p. 10 ; F. OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », in F. OST et M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 91, *Le temps du droit*, préc., p. 143 et « La vie de la loi, l'usure du temps. Le droit transitoire des modifications jurisprudentielles », in S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le Droit*, Pulim, 2005, p. 103, p. 91.

²⁸¹⁷ B. BOURGEOIS-MACHUREAU et É. GEFFRAY, chr préc., p. 1320 ; F. MELLERAY, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc., p. 1400 ; F. MODERNE, note préc., p. 921.

sécurité juridique, ce qui le place dans une position comparable à celles des autres autorités normatives. De ce point de vue, la construction d'un statut normatif de la décision de justice va de paire avec l'édification d'un statut de sa rétroactivité. Il n'en reste pas moins que ce mouvement réveille la question lancinante de la légitimité du juge au sein d'un ordre juridique qui l'a longtemps exclu des sources officielles du droit. Quoi qu'il en soit, la rétroactivité demeure le mode privilégié d'action dans le temps des normes prétoriennes. Seulement, elle ne constitue plus que le principe, auquel il peut être désormais fait exception. Cette évolution ouvre plus largement la voie à l'émergence d'un droit transitoire de la décision de justice, au sein duquel la rétroactivité occupe une place plus mesurée.

Sans sous-estimer les différences existantes entre les fonctions juridictionnelle et jurisprudentielle et les spécificités qui en découlent dans le traitement de la rétroactivité de la décision de justice, on peut néanmoins avancer que cette dernière se voit peu à peu offrir un statut globalement homogène en droit public. En attestent les solutions similaires à celles retenues par les juges ordinaires que le Conseil constitutionnel a adopté dans le cadre de la nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. L'élaboration d'un statut général n'empêche pas le juge de retenir des solutions particulières, comme c'est le cas dans le contentieux administratif du contrat. La refonte de l'office du juge en ce domaine a abouti à une nouvelle manière de traiter les irrégularités du contrat, dont l'une des caractéristiques principale est qu'elle privilégie largement la non-rétroactivité dans le règlement du litige. Au total, on peut estimer que le juge a désormais la pleine maîtrise de la rétroactivité de ses décisions.

Conclusion du Titre II

789. La place occupée par la rétroactivité en droit public n'est pas aisée à déterminer. Elle reste largement tributaire de l'autorité publique qui y recourt et de la force des principes qui en encadrent ou en limitent l'emploi. Le particularisme de la rétroactivité se manifeste donc également dans la détermination de son statut en droit public. Chaque autorité publique entretient un rapport avec cette technique qui lui est propre, ce qui s'oppose, là encore, à toute approche unitaire du phénomène.

790. La « géographie » des principes intervenant dans la mise en œuvre de la rétroactivité en droit public montre le contraste important qui existe entre eux.

Le législateur demeure libre de prescrire la rétroactivité, l'exercice de son pouvoir étant toutefois placé sous étroite surveillance du fait du développement simultané des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois. Néanmoins, les contraintes pesant sur la rétroactivité prescrite par le législateur varient sensiblement selon le domaine dans lequel ce dernier est amené à intervenir. Dans la matière répressive, le statut de la rétroactivité de la loi est fixé par des principes à valeur constitutionnelle. Dans les autres domaines, il demeure à géométrie variable. En effet, les lois rétroactives font l'objet d'un encadrement jurisprudentiel comprenant plusieurs strates. Les juges ordinaires, les juges européens et le Conseil constitutionnel ont chacun posé des bornes au pouvoir de rétroactivité détenu par le législateur, dont la signification et la portée ne sont pas identiques. Leur combinaison contribuent toutefois à limiter fortement la liberté reconnue au législateur en matière de rétroactivité de la loi non répressive.

L'autorité administrative est, quant à elle, privée, en principe, de la capacité d'agir unilatéralement sur le passé des situations juridiques, si bien que la rétroactivité de la décision administrative relève de l'exception. Même lorsque l'autorité administrative est fondée à employer ce procédé, son action sur le passé est, en tout état de cause, finalisée et strictement encadrée. Il aurait pu en aller différemment en matière contractuelle, dès lors que le champ d'application du principe général de non-rétroactivité se limite aux actes unilatéraux. Cependant, la conjonction de plusieurs obstacles textuels conduit à une conclusion similaire. Bien qu'autorisée, la rétroactivité demeure exceptionnelle dans le droit des contrats administratifs.

De son côté, le juge est longtemps apparu comme étant condamné à la rétroactivité dans l'exercice de ses missions. Considérée comme inhérente à l'office du juge, la rétroactivité de la décision de justice jouait de manière automatique, sans qu'il puisse lui être apporté des tempéraments significatifs. Ce n'est que récemment que le juge s'est assuré une maîtrise réelle sur les conséquences qu'emportent ses décisions sur le passé de l'ordonnancement juridique, principalement en se dotant d'un pouvoir de modulation de leurs effets dans le temps. Si elle demeure le principe, la rétroactivité de la décision de justice peut dorénavant être exceptionnellement mise en échec par le juge lui-même. Cependant, les solutions adoptées par ce dernier varient selon l'office au titre duquel il est appelé à intervenir.

791. Les acteurs de la rétroactivité ne sont donc pas tous placés dans une même position vis-à-vis du procédé. Tandis que la rétroactivité décidée par le législateur est permise sous condition et que celle du juge est limitée par exception, l'action dans le temps de l'autorité administrative reste enfermée dans la non-rétroactivité.

Telles qu'elles se présentent, les différences de traitement que connaît la rétroactivité en droit public sont irréductibles. Tout au plus peut-on remarquer qu'au fur et à mesure de la diffusion matérielle des exigences tirées de l'impératif de sécurité juridique en droit français, les contraintes qui pèsent sur les autorités normatives se multiplient. Sur ce point, on assiste à un mouvement de croisement entre le législateur et le juge dans la préservation de la stabilité des situations juridiques antérieurement constituées. Le pouvoir de rétroactivité du législateur est plus rigoureusement encadré en vue d'éviter les abus, tandis que l'accession du juge au statut d'autorité normative a ouvert la voie à une modération de la rétroactivité, jusque-là débridée, de la décision de justice. Cette évolution doit être approuvée, compte tenu des conséquences excessives que le retraitement des effets survenus dans le passé est susceptible d'emporter. Au-delà de cette progression dans le contrôle de la rétroactivité prescrite par les autorités publiques, c'est l'hétérogénéité de son statut en droit public qui domine largement. On peut néanmoins voir se dégager trois limites, de portée générale, à la rétroactivité, à travers la protection accordée à la chose jugée, la préservation des situations contractuelles, ainsi que des situations définitivement acquises.

Au bénéfice des améliorations qu'a connu l'encadrement du procédé de la rétroactivité, on peut également s'interroger sur le maintien de l'inégalité de la situation de l'autorité administrative par rapport celle des autres autorités. Au sein de la trilogie des acteurs de la rétroactivité, l'autorité administrative fait désormais figure de « parent pauvre », dès lors qu'elle est la seule à qui il est fait *a priori* interdiction d'exercer une emprise quelconque sur le passé des situations juridiques. Certes, il faut immédiatement nuancer cette affirmation, compte tenu de la multitude des exceptions au principe de non-rétroactivité constatées. Néanmoins, le perfectionnement des moyens de contrôle de la rétroactivité pose la question de l'opportunité d'un assouplissement du principe de non-rétroactivité dans sa mise en œuvre. On ne voit pas pourquoi les nécessités administratives ne revêtiraient pas, dans certains cas, un caractère impérieux d'intérêt général justifiant l'emploi de la rétroactivité par l'autorité administrative, sans qu'il soit nécessaire pour elle d'obtenir l'autorisation préalable du législateur ou l'aval ultérieur du juge. Ce mouvement a déjà peut-être été amorcé, le Conseil d'État ayant récemment admis la licéité de la régularisation d'un acte administratif opérée avec effet rétroactif. Si elle devait se poursuivre, la pondération de la règle de la non-rétroactivité permettrait de déterminer quelle dose de rétroactivité paraît acceptable dans un État de droit.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

792. L'étude des manifestations de la rétroactivité a pu confirmer le polymorphisme du phénomène en droit public positif, tant du point de vue de l'utilisation qui est faite du procédé que du traitement qu'il reçoit. Au terme de l'examen de la pratique de la rétroactivité en cette matière, il convient de s'interroger sur le point de savoir si, de l'« édifice baroque » qui en ressort, ne se dégagerait pas un ensemble de traits communs, une unité à partir de laquelle il aurait pu être envisagé d'échafauder une typologie générale des rétroactivités en droit public. Cependant, une telle perspective paraît doublement compromise.

793. D'abord, l'emploi de la rétroactivité par les autorités publiques ne repose pas sur un critère explicatif commun. Pour le législateur, c'est principalement le domaine dans lequel celui-ci intervient qui constitue l'élément saillant de la rétroactivité de la loi. Selon qu'elle est prescrite dans le domaine répressif, financier et fiscal, contractuel ou qu'elle entretienne un rapport avec la procédure contentieuse, la rétroactivité législative ne présente pas le même visage. Pour l'autorité administrative, ce sont les fondements lui permettant de s'abstraire du respect de la règle de non-rétroactivité qui caractérisent la rétroactivité administrative. Il n'y a guère que dans le domaine contractuel où il ne soit pas nécessaire à l'autorité administrative de rattacher le retraitement des effets du passé sur une habilitation émanant d'une autorité supérieure, que ce soit le juge administratif, le législateur ou les autorités européennes, voire, de manière plus exceptionnelle, le constituant lui-même. Pour le juge, c'est fort logiquement son office qui détermine l'utilisation qui est faite de la rétroactivité, notamment à travers les pouvoirs d'annulation et de réformation que celui-ci détient sur les actes juridiques contestés devant lui. Le retraitement des effets juridiques passés par le juge intervient soit dans le cadre de la mise en œuvre de son pouvoir de trancher des litiges déjà nés, soit dans celui de l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel qui le fait ponctuellement participer à l'élaboration des règles du droit positif. Au regard de l'emploi du procédé en droit positif, la « situation » de chaque autorité publique n'est pas comparable.

On aurait pu également envisager de partir des techniques de rétroactivité que sont l'annulation, la confirmation et l'interprétation, dont disposent en commun les autorités publiques, pour en déduire que la spécificité du procédé n'est pas totale. Toutefois, il n'aurait s'agit que d'une unification partielle, les premières ne couvrant qu'une partie de l'action sur le passé exercée par les secondes. De surcroît, il a pu être constaté que ces techniques de rétroactivité n'obéissaient pas à une logique identique, non plus qu'elles n'occupaient un place équivalente, selon l'autorité publique qui y recourait.

794. Ensuite, l'unité de la rétroactivité en droit public ne peut pas davantage être trouvée dans la place qu'occupe le pouvoir de retraitement des effets du passé au sein de l'ordre juridique. Il n'existe pas de statut uniforme de la rétroactivité en droit public. La rétroactivité de la loi est placée sous un régime jurisprudentiel de « liberté surveillée ». Le législateur dispose d'une large marge d'appréciation pour user de la rétroactivité, dans les limites qui lui ont été imposées par les jurisprudences française et européennes. À l'inverse, la possibilité d'agir sur le passé est strictement limitée pour l'autorité administrative. Outre l'interdiction générale de modifier unilatéralement les situations antérieurement

constituées, il faut également constater que la possibilité de prescrire la rétroactivité du contrat public est résiduelle. De son côté, la rétroactivité de la décision de justice fait l'objet d'un encadrement progressif, au fur et à mesure du développement et de l'enrichissement des pouvoirs du juge et de la prise en compte par lui des exigences de sécurité juridique. Dans ce contexte, le retraitement du passé opéré par le juge connaît un certain nombre d'aménagements afin d'en tempérer les conséquences.

Bien que la détermination du statut de la rétroactivité puisse être mise en relation avec la diffusion de l'exigence de sécurité juridique au sein de l'ordre juridique français, on ne peut en déduire que celle-ci constituerait un élément unificateur de celle-là. En effet, la dialectique entre rétroactivité et sécurité juridique obéit à une logique différente selon l'autorité publique considérée. D'un côté, il s'agit d'encadrer l'emploi d'un pouvoir de fait détenu par le législateur et dont la légitimité est perpétuellement remise en cause. En tant que tel, le pouvoir de revenir sur le passé des situations juridiques ne saurait être autrement traité que comme une dérogation au principe de la non-rétroactivité de la règle de droit. Il n'est pas, en effet, de l'office du législateur de gouverner les actions passées. Il lui appartient plutôt d'organiser l'avenir des rapports juridiques. C'est une même prémisse qui a, du reste, conduit à la prohibition de la rétroactivité en matière administrative. Il en va de la protection contre l'arbitraire et du respect de la confiance des sujets de droit dans la règle de droit que de ne pas permettre la révision du passé par les autorités administratives. De l'autre, le retraitement des effets du passé constitue l'essentiel de l'office du juge. Dès lors, la rétroactivité fait partie intégrante de l'activité normative du juge. Ce n'est que dans l'éventualité où l'exercice de ce pouvoir naturel entraînerait des perturbations importantes sur la stabilité des situations des juridiques qu'il apparaît légitime d'en limiter les effets sur le passé. La dialectique entre rétroactivité et sécurité relève donc d'une perspective opposée selon l'autorité publique considérée.

Face au particularisme qui domine l'examen du droit positif, il faut se résoudre à admettre que les variations que connaît la technique de rétroactivité dans sa mise en œuvre ne permettent pas de réaliser une unité catégorielle ou d'élaborer un régime général.

795. Cependant, la réalité plurielle de la rétroactivité en droit public positif ne constitue pas un obstacle insurmontable à une tentative de construction d'une théorie générale du procédé en cette matière à partir d'une double idée. D'abord, le traitement normatif de l'activité du juge, lequel vient s'ajouter aux analyses déjà menées à l'égard de celle des autres autorités normatives, facilite la recherche d'une analyse unitaire de la notion de rétroactivité à partir des concepts du droit transitoire. Ensuite, la rétroactivité peut être envisagée comme un cadre normatif au sein duquel les des effets du passé vont être retraités en vue de parvenir à un certain résultat. Le traitement normatif de l'action sur le passé menée par les autorités publiques rend possible l'identification de fonctions transversales que la rétroactivité est appelée à remplir en droit public français.

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS PARIS II
Droit, économie et sciences sociales
École doctorale Georges Vedel. Droit public interne, science administrative et science politique

LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Tome II

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur de l'Université Panthéon-Assas Paris II
Discipline : droit public

Présentée et soutenue publiquement le 10 décembre 2011 par

Sébastien FERRARI

Jury :

M. Yves GAUDEMET

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Directeur de recherche

M. Daniel LABETOULLE

Président de Section honoraire au Conseil d'État
Suffragant

Mme Rozen NOGUELLOU

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil
Rapporteur

M. Jacques PETIT

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Suffragant

M. Xavier PRÉTOT

Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation
Professeur associé à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Rapporteur

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE LA MANIFESTATION PLURIELLE DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

TITRE I : LES ACTEURS DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

Chapitre I : La rétroactivité de la loi

Chapitre II : La rétroactivité de l'acte administratif

Chapitre III : La rétroactivité de la décision de justice

TITRE II : LES STATUTS DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

Chapitre I : Le statut à géométrie variable de la rétroactivité de la loi

Chapitre II : Le statut d'exception de la rétroactivité de l'acte administratif

Chapitre III : Le statut en construction de la rétroactivité de la décision de justice

SECONDE PARTIE ESSAI DE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

TITRE I : LA NOTION DE RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

Chapitre I : La relativité de la notion de rétroactivité

Chapitre II : Le contenu variable de la notion de rétroactivité

TITRE II : LES FONCTIONS TRANSVERSALES DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

Chapitre I : La fonction d'unification de la rétroactivité

Chapitre II : La fonction de correction de la rétroactivité

Chapitre III : La fonction de stabilisation de la rétroactivité

SECONDE PARTIE : ESSAI DE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

796. Objet et plan de la partie. Malgré le polymorphisme du phénomène, la rétroactivité présente une unité fondamentale qui permet d'échafauder une théorie générale de ce procédé en droit public. La rétroactivité peut, d'abord, recevoir une signification unique. Elle peut être conçue comme une mise en vigueur anticipée de la norme juridique. Ensuite, la rétroactivité est appelée à remplir trois fonctions transversales en droit public, dont l'objet commun consiste à retraiter au présent les effets juridiques survenus dans le passé.

797. La notion de rétroactivité est susceptible d'une analyse unitaire. Partant de la définition suivant laquelle la rétroactivité réalise l'entrée en vigueur anticipée de la norme juridique, il est possible de dégager ses deux caractéristiques essentielles. D'une part, la notion de rétroactivité met en jeu celle d'entrée en vigueur. Pour entrer en vigueur, une norme juridique doit franchir plusieurs étapes, en vue de produire son plein effet. En permettant de déterminer le moment à compter duquel la norme juridique commence à produire son effet, l'analyse du processus d'entrée en vigueur des normes juridiques permet également d'isoler la « date-frontière » entre le passé et le présent. C'est à partir de ce point de repère que la rétroactivité d'une norme va pouvoir être établie. D'autre part, l'appréhension de la notion de rétroactivité doit tenir compte du mode particulier d'action dans le temps des normes juridiques. Il existe, en effet, une corrélation entre la structure propre à chaque catégorie de normes et la manière dont celles-ci agissent dans le temps. À partir de la distinction entre la « norme-règle », dont la structure est hypothétique et abstraite, et la « norme-décision », dont la structure est catégorique et concrète, il est possible de délimiter plus précisément les contours de la notion de rétroactivité.

En tant qu'elle s'intéresse principalement aux caractéristiques techniques de la rétroactivité, cette méthode d'analyse présente l'avantage d'être indifférente à l'organe qui a émis la norme rétroactivité ou à la place que celle-ci occupe dans la hiérarchie des normes. Elle fournit des instruments d'analyse permettant de réaliser l'unité conceptuelle de la rétroactivité (Titre I).

798. La rétroactivité assure une triple fonction dans l'ordre juridique, quelle que soit l'autorité publique qui y recourt. En tant que technique juridique, la rétroactivité offre un cadre normatif à l'intérieur duquel les effets du passé vont pouvoir être retraités au présent dans un sens déterminé. Au moyen de ce procédé, l'autorité normative va pouvoir accomplir un certain nombre d'opérations visant à unifier, corriger ou stabiliser le passé de l'ordonnement juridique. Quel que soit l'objectif poursuivi ou l'intérêt en cause, il s'agira invariablement d'attribuer au passé une signification nouvelle à partir du présent, de rétablir sa signification originelle, ou encore de la maintenir.

De la diversité de ses manifestations en droit public positif, il est donc possible de dégager trois fonctions transversales de la rétroactivité (Titre II).

TITRE I : LA NOTION DE RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

799. Objet du Titre. Quelle que soit la forme qu'elle revêt, la rétroactivité consiste à anticiper dans le temps l'effet des normes juridiques. Ainsi défini, le concept de rétroactivité présente une unité fondamentale et peut, en conséquence, être analysé suivant une méthode commune. Elle consiste à tenir compte à la fois du moment où la norme juridique entre en vigueur et du mode particulier d'action dans le temps que sa structure lui confère.

800. Introduction et délimitation de l'objet du titre. La mesure de la place que la rétroactivité occupe dans l'activité des autorités publiques a montré le pluralisme de ces manifestations. Toutefois, le polymorphisme du phénomène ne traduit pas une hétérogénéité du concept de rétroactivité.

L'étude des manifestations de la rétroactivité a certes permis de dégager plusieurs types d'actes rétroactifs, en même temps qu'elle a mis à jour une certaine gradation dans la modification du passé de l'ordonnement juridique. On peut d'abord opérer une distinction entre les actes rétroactifs par leur objet et les actes rétroactifs par leur effet. Tandis que les premiers ont pour vocation principale ou exclusive de s'appliquer au passé, les seconds n'ont pas *a priori* un tel objet, mais voient leur effet s'étendre au passé par la volonté de l'autorité normative. Il existe ensuite une certaine progressivité dans la modification du passé qui résulte de l'emploi de la rétroactivité. Par exemple, la rétroactivité attachée à l'interprétation n'emporte pas, à l'évidence, les mêmes conséquences sur l'ordonnement juridique qu'une modification substantielle du droit antérieurement en vigueur.

Néanmoins, ces différences ne traduisent aucunement une différence de nature entre les différentes formes qu'est susceptible de revêtir la rétroactivité. Il s'agit invariablement de reporter dans le passé un effet de droit. Ce n'est qu'en l'absence de production d'un effet juridique par un acte, qui pourtant se rapporte au passé, qu'il faut considérer qu'il n'y a pas rétroactivité.

801. Cette première délimitation de la notion de rétroactivité ne réduit pas les difficultés qui s'attachent à la détermination exacte de son contenu. S'il n'y a de rétroactivité que de la norme juridique, encore faut-il préciser en quoi consiste le report de son effet dans le passé. Il est généralement admis que la norme rétroactive est celle qui développe son effet à compter d'un moment antérieur à celui auquel elle a été produite.

Il convient de rappeler qu'il est recouru à l'idée d'un report dans le passé uniquement pour satisfaire à un besoin de récréation logique d'un certain ordre chronologique. À l'évidence, cette manière de décrire le mécanisme de la rétroactivité correspond à une représentation intellectuelle qui ne renvoie pas à la réalité concrète, le passé échappant à l'emprise de la volonté humaine. Ce que permet de faire la rétroactivité, c'est de retraiter au présent des effets de droit qui se sont produits dans le passé. Le résultat obtenu est que la période concernée par cette opération de retraitement recevra une nouvelle qualification normative, mais seulement pour l'avenir.

Par commodité, la doctrine a largement usé de cette représentation dans la recherche d'une définition plus précise de la rétroactivité. En droit public, l'étude de la notion de la rétroactivité s'est longtemps limitée à la recherche d'une « date-frontière » entre le passé et le présent. Définir la rétroactivité se résumait à identifier des coordonnées chronologiques permettant de déterminer, par

comparaison, si un effet de droit avait été reporté dans le passé²⁸¹⁸. Dans un second temps, à la faveur de la diffusion des idées du Doyen Roubier en droit public, les auteurs de droit public qui se sont intéressés à l'action sur le passé de la règle de droit ont démontré qu'il fallait également tenir compte de la dimension temporelle des situations juridiques affectées par la rétroactivité dans la recherche d'une définition plus serrée de celle-ci²⁸¹⁹.

Au fil de cette évolution, l'appréhension de la notion de rétroactivité s'est complexifiée, combinant plusieurs éléments de définition qui touchent à la fois à la création du droit et à son application.

802. La rétroactivité pose *a priori* une question d'application du droit : la norme rétroactive est celle qui produit ses effets dans le passé. C'est pourtant dans les conditions de son insertion dans l'ordonnement juridique que réside l'élément central de la définition de la rétroactivité. Comme le soulignait le Doyen Héron, « *l'application d'une norme dans le temps ne peut ignorer les mécanismes et plus encore les concepts liés à l'édiction et à l'entrée en vigueur de la norme* »²⁸²⁰. En effet, il est impossible de savoir si un effet de droit a été reporté dans le passé sans déterminer au préalable le moment où celui-ci aurait normalement dû se produire. La connaissance du moment à compter duquel la norme juridique commence à développer son effet, lequel correspond à celui de son entrée en vigueur, est nécessaire pour déterminer si celle-ci agit véritablement sur le passé.

Il s'ensuit que la définition de la rétroactivité résulte d'abord de la comparaison entre deux points de repères dans le temps. Le premier correspond à la date normale d'entrée en vigueur de la norme, telle qu'elle résulte de la procédure qui a été prescrite à cet effet. Le second est celui auquel la norme produit réellement son effet, sa « *date d'entrée en vigueur effective* »²⁸²¹, que cette date ait été fixée par l'autorité normative elle-même ou qu'elle se déduise du champ d'application de la norme. En temps normal, ces deux dates coïncident. Dans le cas de la rétroactivité, le second précédera le premier dans la chronologie. L'antériorité de la prise d'effet de la norme juridique qui caractérise l'effet rétroactif s'apprécie ainsi par rapport à la date légale de l'entrée en vigueur de cette norme²⁸²².

803. La rétroactivité n'est cependant pas entièrement une question de création du droit, elle entretient évidemment un rapport avec son application. L'analyse de la rétroactivité ne repose pas uniquement sur l'étude des régimes d'entrée en vigueur des normes juridiques. La compréhension du phénomène suppose également de prendre en compte le mode d'action temporel de la norme impliquée dans le

²⁸¹⁸ J. CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, préc., p. 59 et s. ; O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, préc., p. 93 et s., n° 77 et s. ; P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, préc., p. 160 et s. ; É. SOTO-KLOSS, *L'application dans le temps des actes administratifs*, préc., p. 94 et s. Voir également, R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 312 et, t. II, p. 366.

²⁸¹⁹ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, préc., p. 205 et s., n° 277 et s. ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préc., p. 89 et s., n° 179 et s.

²⁸²⁰ J. HÉRON, « L'application des jugements dans le temps », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 238, n° 3. Voir également, L. BACH, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2006, p. 5, n° 9 ; P.-A. CÔTÉ, « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps », *Rev. Jur. Thémis*, 1988, n° 2, p. 209, note 1 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 206, n° 278 ; P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, préc., p. 50, n° 97 ; J. PETIT, thèse préc., p. 13, n° 30. Pour une position contraire, cf. C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Cours de doctorat, Paris, Faculté de droit, dactyl., 1958-1959, p. 231.

²⁸²¹ L. BACH, « Contribution à l'étude de la notion de rétroactivité de la loi », in *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1981, p. 51 ; É. SOTO-KLOSS, *loc. cit.*

²⁸²² Pour des ex., cf. CE, 14 février 1951, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et de transformateurs de lait*, Rec., p. 88 ; 30 juin 1965, *Gaillard*, req. n° 59.112, Rec., T., p. 843 ; 9 novembre 1992, *Commune de Fort-de-Plasne c/ Thouverez*, préc.

processus de rétroaction. En effet, les normes juridiques n'agissent pas toutes de la même façon dans le temps.

C'est l'un des apports de l'analyse structurale des normes juridiques, développée par une partie de la doctrine de droit privé, que d'avoir établi une corrélation entre la structure caractérisant chaque catégorie de normes juridiques avec la manière dont elles agissent dans le temps²⁸²³. Ainsi, la nature même de la norme exerce une influence sur l'appréhension de la notion de rétroactivité. À partir de la distinction établie par ces auteurs entre les « normes-règles » et les « normes-décisions », il est possible d'isoler les différents éléments constitutifs de la notion de rétroactivité. L'anticipation de l'entrée en vigueur de la norme juridique est suffisante pour caractériser la rétroactivité des « normes-décisions ». En revanche, elle est parfois impuissante à isoler la rétroactivité des « normes-règles ». Pour ces dernières, il est encore nécessaire de délimiter le champ d'application temporel de la norme juridique. Délimiter ce champ d'application suppose de prendre en considération non seulement la position chronologique des faits et actes que la « norme-règle » a vocation à régir – autrement dit les éléments qui forment son présupposé –, mais également la portion qu'ils occupent dans la durée. La nature durable ou instantanée des faits qu'elle saisit, leur position par rapport à sa date normale d'entrée en vigueur, sont autant de paramètres à considérer dans la qualification de l'action sur le passé de la « norme-règle ».

804. Au bénéfice de ce qui précède, il est possible de dégager deux caractéristiques essentielles de la notion de rétroactivité. D'abord, elle se définit par rapport à une autre notion, celle d'entrée en vigueur, ce qui a pour conséquence de lui conférer un caractère essentiellement relatif. Comprise comme la mise en vigueur anticipée de la norme juridique, la rétroactivité résulte de la comparaison de plusieurs points de repère chronologiques. L'étude de la notion d'entrée en vigueur permet de les isoler, au moins d'un point de vue logique. Cependant, l'identification concrète de ces points de repère est sujette à variations, en raison de la diversité des régimes d'entrée en vigueur auxquels sont soumises les différentes catégories de normes juridiques. Il reste que les aléas rencontrés dans le repérage de l'effet rétroactif restent sans incidence sur l'unité fondamentale du concept. Ensuite, les éléments de définition de la rétroactivité diffèrent selon la nature de la norme juridique considérée. Pas plus que la précédente, cette diversité ne remet-elle en cause le caractère unitaire du concept de rétroactivité. Le contenu variable de la notion de rétroactivité n'est que le reflet de la complexité de l'action dans le temps de certaines catégories de normes juridiques. En toutes hypothèses, la rétroactivité signifie l'anticipation dans le temps de l'effet de la norme juridique.

²⁸²³ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 27, n° 53 ; J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTDCiv.*, 1985, p. 299, n° 30 ; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., p. 55, n° 80 ; J. PETIT, thèse préc., p. 110, n° 225. Voir également, C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, préc., p. 399, n° 767.

805. Justification du plan. On aurait pu envisager de conserver l'approche, jusqu'ici adoptée, qui tient compte, en priorité, de l'organe qui prescrit la rétroactivité. Il est vrai qu'en droit français, le critère organique a longtemps précédé et déterminé la nature de la norme juridique posée²⁸²⁴. De surcroît, c'est également en fonction de l'autorité publique qui l'édicte que le régime d'entrée en vigueur de la norme juridique a été défini, du moins lorsqu'il a été formellement organisé. Toutefois, le maintien de cette approche apparaît ici artificiel. Contrairement au domaine qu'il convient de lui assigner en droit public, les éléments de définition de la rétroactivité ne varient pas selon l'autorité qui y recourt. Au surplus, l'analyse structurale repose principalement sur la nature des normes juridiques impliquées dans le processus de la rétroactivité et ne dépend aucunement de la qualité de l'autorité normative qui les a émises ou du rang qu'elles occupent dans la hiérarchie des normes. En effet, la même autorité – qu'il s'agisse du législateur, de l'autorité administrative ou du juge – peut indifféremment édicter une « norme-règle » ou « une norme-décision », si bien qu'un même acte peut contenir une ou plusieurs normes relevant de l'une ou l'autre de ces catégories²⁸²⁵. Le caractère objectif de l'approche retenue permet de réaliser l'unité conceptuelle de la rétroactivité en droit public.

806. Plan du Titre. Parce qu'elle est une question première dans l'identification de l'effet sur le passé de la norme juridique, la notion d'entrée en vigueur constitue l'élément central de la définition de la rétroactivité, en même temps qu'elle lui confère son premier trait distinctif, sa relativité (Chapitre I). C'est ensuite en fonction de la nature de la norme juridique qu'il convient d'apprécier son effet sur le passé. Chaque catégorie de normes possédant un mode d'action dans le temps qui lui est propre, il en résulte que la notion de rétroactivité possède un contenu variable. Se dégage ainsi la seconde caractéristique essentielle de la rétroactivité (Chapitre II).

²⁸²⁴ Comme le soulignait déjà J.-F. Lachaume, le critère matériel n'a jamais été consacré par le droit positif pour déterminer la valeur et la place des actes dans l'ordre juridique. Au contraire, ce dernier accorde une importance particulière au critère organique (J.-F. LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 65, 1966, p. 153).

²⁸²⁵ Cf., dans le même sens, L. BACH, art. préc., p. 7, n° 21 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, pp. 212-213 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., pp. 400-401, n° 769.

CHAPITRE I : LA RELATIVITE DE LA NOTION DE RETROACTIVITE

807. Délimitation de l'objet du chapitre. La notion de rétroactivité est marquée par une relativité essentielle. D'abord, la définition de la rétroactivité dépend de la prise en compte de plusieurs points de repère dans le temps. C'est à partir de la notion d'entrée en vigueur que ceux-ci peuvent être isolés. La notion de rétroactivité repose donc en partie sur celle d'entrée en vigueur. Ensuite, l'identification de la rétroactivité s'avère elle-même relative, en raison de la diversité des régimes gouvernant l'entrée en vigueur des normes juridiques. Selon l'autorité qui l'a édictée, la norme juridique n'entre pas en vigueur au même moment, ce qui influe directement sur l'appréciation de sa rétroactivité.

808. La norme rétroactive étant celle dont l'effet a été anticipé dans le temps, la définition de la rétroactivité repose sur la détermination préalable « *d'un point de référence, le moment choisi dans la durée pour séparer le passé et l'avenir* »²⁸²⁶. En ce sens, le problème de la rétroactivité est, avant tout, une question de datation. Même s'ils n'en tirent pas tous les mêmes conséquences, les différents auteurs de droit public qui se sont intéressés à la notion de rétroactivité s'accordent, à tout le moins, pour désigner comme constituant cette « date-frontière », la date d'entrée en vigueur de la norme juridique²⁸²⁷. Ainsi, la notion d'entrée en vigueur entretient un lien étroit avec celle de rétroactivité, la définition de la seconde reposant sur celle de la première. Il est, en effet, nécessaire de connaître, au préalable, la date normale d'entrée en vigueur de la norme juridique, avant de pouvoir déterminer si celle-ci a été anticipée dans le temps. En tant que la notion d'entrée en vigueur constitue la première coordonnée chronologique permettant d'isoler l'effet rétroactif de la norme juridique, son étude s'impose d'elle-même.

809. Cette nécessité se trouve renforcée par le double constat qu'aucune étude générale de la notion d'entrée en vigueur n'a été menée, non plus qu'elle ne fait l'objet d'une conception unanimement partagée en doctrine. La doctrine publiciste s'est principalement préoccupée de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux²⁸²⁸ et de la loi²⁸²⁹, laissant de côté celle de la décision de justice. À cet écueil, s'ajoutent les divergences et les imprécisions relatives à la définition de l'entrée en vigueur. Si chacun s'accorde pour dire qu'elle désigne le moment où l'acte juridique prend effet, la terminologie et les concepts mis en jeu varient sensiblement d'un auteur à un autre, ce qui est source de confusions. Il

²⁸²⁶ J.-M. AUBY, art. préc., p. 14.

²⁸²⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 1147, n° 1336 ; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, préc., p. 221, n° 544 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., pp. 94-95, n° 78 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 206, n° 278 ; M. LETOURNEUR, « Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs », préc., p. 41 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 161 ; J. MOREAU, *Droit administratif*, préc., p. 232, n° 168 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 366 ; J. PUISSOYE, « L'application du principe de non-rétroactivité des actes administratifs », préc., p. 46 ; B. SEILLER, « Acte administratif (II – Régime) », fasc. préc., p. 55, n° 392 ; J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Application dans le temps », fasc. préc., p. 6, n° 26 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. I, préc., p. 303. Pour un exposé des différentes conceptions doctrinales de la rétroactivité, voir J. PETIT, thèse préc., p. 89 et s., n° 180 et s. ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 159 et s., n° 254 et s.

²⁸²⁸ J.-M. AUBY, art. préc., p. 8 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 13 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 705 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, préc., p. 601, n° 1271 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 111 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 1 et s. ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 276. Voir également, J.-P. DUBOIS, « L'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in *Études en l'honneur de G. DUPUIS, Droit public*, Paris, LGDJ, 1997, p. 103 ; C. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur M. STASSINOPOULOS*, Paris, LGDJ, 1974, p. 201 ; B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA*, 2004, n° 28, p. 1463.

²⁸²⁹ Cf., outre les références citées plus bas, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution générale à la théorie de l'État*, préc., t. I, p. 377 et s., n° 130 et s. ; B. GENEVOIS, « Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois », préc., p. 244 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 315.

revient à la doctrine privatiste d'avoir engagé une réflexion plus approfondie sur la notion d'entrée en vigueur. Plus précisément, certains auteurs, dont le Doyen Héron, se sont attachés à classer dans le temps les différentes étapes qui mènent à l'entrée en vigueur de la norme juridique, en partant du cas de la loi²⁸³⁰. Pour entrer en vigueur, une norme juridique doit être successivement édictée, puis rendue observable et applicable. Dès lors qu'elle met en lumière un processus d'ordre logique et, en tant que tel, largement indifférent de la nature de la norme impliquée ou de l'organe qui l'a émise, cette analyse est transposable à l'ensemble des normes juridiques.

810. Outre qu'elle contribue à préciser la définition de la notion d'entrée en vigueur, l'analyse du processus qu'elle implique comporte un autre intérêt pour la compréhension générale de la notion de rétroactivité. Cette analyse ne permet pas uniquement de fixer la « date-frontière », dont dépend la définition de la rétroactivité. Elle contribue, plus largement, à mieux cerner la manière dont opère, d'un point de vue normatif, le mécanisme de la rétroaction. En anticipant dans le temps l'effet de la norme juridique, la rétroactivité bouleverse le déroulement normal du processus de mise en vigueur de la norme juridique. Plus précisément, la rétroactivité provoque une dissociation caractéristique dans la séquence logique de ce processus. La norme rétroactive est rendue applicable à un moment antérieur à celui où elle a été édictée ou rendue observable.

811. Alors qu'elle conditionne directement la définition de la rétroactivité, la notion d'entrée en vigueur est elle-même emprunte de relativité. Le processus d'entrée en vigueur de la norme juridique suit une séquence logique invariable, mais dont les éléments ne se produisent pas tous au même instant. Tantôt chaque élément survient à un moment distinct, tantôt plusieurs éléments surviennent simultanément. Il en découle que, même si la notion d'entrée en vigueur présente une unité fondamentale, il ne lui est pas attaché un régime uniforme. De fait, il existe un grand nombre de régimes d'entrée en vigueur, spécialement en matière d'actes administratifs unilatéraux, qui diffèrent grandement les uns des autres. Selon la nature de la norme juridique considérée et l'autorité qui l'a émise, un régime d'entrée en vigueur a été plus ou moins précisément aménagé. Tandis que l'entrée en application de la loi et de certains actes administratifs est directement organisée par les textes, il en va différemment pour d'autres catégories d'actes administratifs. Dans certains cas, il n'existe même aucun régime textuel, si bien que le rattachement aux différentes étapes logiques de l'entrée en vigueur n'est pas évidente. Tel est le cas principalement de la décision de justice.

Pour la définition de la rétroactivité, cela signifie que la « date-frontière » que permet d'établir la notion d'entrée en vigueur constitue un élément variable. Le point de repère chronologique à prendre en compte pour savoir si l'effet de la norme juridique a été anticipé dans le temps correspond à un instant logique unique, mais qui recouvre une réalité plurielle. La diversité des régimes d'entrée en vigueur conduit à fixer à des moments différents la date normale à laquelle la norme juridique développe son effet et, partant, les termes de la comparaison qui préside à l'identification de la rétroactivité.

812. Plan du chapitre. La date d'entrée en vigueur de la norme juridique constitue le premier élément de définition de la rétroactivité. En raison des divergences et des imprécisions dont elle fait

²⁸³⁰ P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, préc., p. 23 et s., n° 43 et s. ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 24 et s., n° 17 et s. Ces analyses ont été reprises par M. Éveillard dans sa thèse (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 51 et s., n° 68 et s.). Pour une approche similaire mais suivant une terminologie propre au droit administratif, cf. B. SEILLER, fasc. préc., p. 42 et s. n° 292 et s.

l'objet, il convient de préciser le contenu et la portée de la notion d'entrée en vigueur (section 1). Si elle permet de fixer abstraitement le point de repère par rapport auquel la rétroactivité de la norme juridique doit être appréciée, la notion d'entrée en vigueur recouvre toutefois une réalité complexe en droit positif. La diversité des régimes d'entrée en vigueur des normes juridiques accentue ainsi la relativité de la notion de rétroactivité (section 2).

Section 1 : La notion d'entrée en vigueur, élément de définition de la rétroactivité

813. Introduction et plan. La notion d'entrée en vigueur présente une certaine ambiguïté. Tantôt elle est envisagée comme le « *point de départ de l'application d'un texte* »²⁸³¹. Elle se rapporte alors à la date à laquelle la norme juridique commence à développer ses effets. Tantôt, elle renvoie au processus par lequel cette norme est insérée dans l'ordonnement juridique²⁸³². Pour produire son effet, la norme juridique doit être *mise en vigueur*. Ainsi la notion d'entrée en vigueur recouvre-t-elle à la fois à l'opération de production de la norme juridique et le résultat auquel cette opération aboutit. Afin d'éviter toute confusion, il faut distinguer le *processus* de mise en vigueur de la norme juridique de sa *date* d'entrée en vigueur. Le premier regroupe les différentes modalités de production de la norme juridique, tandis que le second marque l'instant à compter duquel l'effet de droit attaché à celle-ci se déclenche.

Dans ses deux dimensions, la notion d'entrée en vigueur entretient un lien étroit avec celle de rétroactivité. En tant qu'elle désigne la date d'effet de la norme juridique, la notion d'entrée en vigueur constitue un élément d'identification de la rétroactivité. Selon les auteurs, la norme rétroactive est celle dont la date d'effet est anticipée dans le temps par rapport à celle de son entrée en vigueur ou, plus exactement, dont la date d'entrée en vigueur – laquelle n'est autre que la date de prise d'effet de la norme – a été avancée par rapport à celle à laquelle elle aurait normalement dû entrer en vigueur. En tant qu'elle englobe les différentes étapes de production de la norme juridique, la notion d'entrée en vigueur permet de caractériser le mécanisme de la rétroaction. La rétroactivité induit une inversion dans le processus logique d'*activation* de la norme juridique. Alors que la norme juridique doit être successivement édictée, rendue observable et applicable pour entrer en vigueur, la rétroactivité entraîne la survenance anticipée de l'un ou l'autre de ces étapes. Là encore, la doctrine ne s'entend pas sur le point de savoir lequel de ces éléments est l'objet de la rétroaction.

Sous l'un ou l'autre de ses aspects, la notion d'entrée en vigueur joue un rôle central dans la définition de la rétroactivité. Néanmoins, on s'intéressera, pour l'heure, principalement à l'entrée en vigueur comprise comme processus de mise en vigueur de la norme juridique, dès lors que sa compréhension commande directement la définition qu'il convient de retenir de la rétroactivité.

Le processus de mise en vigueur de la norme juridique met en jeu une série de concepts qui ne sont pas toujours nettement dissociés. Plusieurs auteurs s'étant attachés à les isoler, on rappellera brièvement la séquence logique suivant laquelle ils interviennent, ce qui permettra de prendre la mesure de la complexité de la notion d'entrée en vigueur (§ 1). L'agencement des concepts impliqués dans le processus de la mise en vigueur a une incidence directe sur la manière de concevoir la rétroactivité. De fait, la définition de celle-ci peut varier sensiblement selon l'élément dont la survenance est anticipée dans le temps (§ 2).

²⁸³¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., p. 404.

²⁸³² P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 23, n° 43. Voir également, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 208, n° 501.

§ 1 : La complexité de la notion d'entrée en vigueur

814. L'entrée en vigueur désigne généralement le passage de la création à l'application du droit. Elle se définit comme le processus complexe par lequel une norme est insérée dans l'ordonnement juridique et à l'issue duquel elle va commencer à produire ses effets. Bien que familière, la notion d'entrée en vigueur n'est pas aisée à cerner précisément. Trop souvent usitée, elle est devenue source de confusions²⁸³³. La raison en est que l'insertion d'une norme dans l'ordonnement juridique n'est pas une opération instantanée, mais un processus caractérisé par sa progressivité²⁸³⁴. Ce dernier se décompose en de nombreuses étapes, elles-mêmes souvent mal dissociées, qui permettent « *d'actionner la norme afin qu'elle oblige ses différents destinataires* »²⁸³⁵. Pourtant, il est possible d'analyser le processus de mise en vigueur à l'aide d'un ensemble de concepts dont la mise en jeu suit une séquence logique invariable.

815. L'entrée en vigueur met successivement en jeu trois concepts²⁸³⁶. Une norme juridique doit, pour entrer en vigueur, être successivement édictée, puis rendue observable et applicable. La notion d'édition renvoie, tout d'abord, au moment où la norme accède à l'existence juridique. La notion d'observabilité permet, ensuite, de déterminer à partir de quel moment le sujet de droit doit, pour déterminer son comportement, s'y conformer. Elle correspond à la fois au moment où les destinataires de la norme en prennent connaissance et à celui où elle acquiert sa force obligatoire. Enfin, la notion d'applicabilité consacre le passage à l'effectivité de la norme, dont toutes les conséquences peuvent désormais être tirées. La norme accède à la plénitude de ses effets et se trouve désormais en vigueur²⁸³⁷.

La mise au jour des différentes étapes nécessaires à la mise en vigueur de la norme juridique éclaire utilement la manière dont opère la rétroactivité. D'un point de vue technique, la rétroactivité entraîne une rupture dans la séquence logique du processus d'entrée en vigueur, caractéristique qui permet de l'isoler. Le mécanisme de la rétroaction entraîne l'anticipation de la réalisation d'une des étapes de production de la norme juridique. Selon l'élément sur lequel porte cette anticipation chronologique, la notion de rétroactivité n'aura pas la même signification.

²⁸³³ Sur ce constat, G. ÉVEILLARD, *loc. cit.* ; J. PETIT, thèse préc., p. 93, n° 185 ; R. TREMBLAY, « La distinction artificielle entre l'entrée en vigueur et la prise d'effet de la loi dans la législation québécoise », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 158. Pour une analyse critique des différentes théories doctrinales concernant l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales, cf., outre les références citées plus haut, C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, préc., p. 705 et s.

²⁸³⁴ Selon C. Yannakopoulos, l'entrée en vigueur se définit comme l'ensemble des étapes pendant lesquelles une norme ou un acte juridique naît et commence à s'appliquer aux personnes ou aux faits concernés (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., pp. 150-151, n° 256).

²⁸³⁵ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 24, n° 44.

²⁸³⁶ G. ÉVEILLARD, thèse, p. 51, n° 68 ; J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, préc., p. 29, n° 24.

²⁸³⁷ Pour une même analyse cf. C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 698, n° 19 et p. 708, n° 4 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 58, n° 75 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 23 et s., n° 43 et s. ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 24, n° 18 et p. 37, n° 32.

§ 2 : Le rôle joué par la notion d'entrée en vigueur dans la définition de la rétroactivité

816. La rétroactivité se caractérise par une dissociation dans la séquence logique du processus d'entrée en vigueur de la norme juridique de manière à anticiper son effet dans le temps. Cette proposition pose deux séries de difficultés. D'une part, le lien entre création du droit et application du droit ne s'impose pas avec la force de l'évidence, si bien qu'il n'a pas toujours été clairement établi en doctrine²⁸³⁸. D'autre part, le mécanisme même de la rétroaction peut faire l'objet d'analyses différentes, eu égard à la complexité du processus d'entrée en vigueur de la norme juridique. Tantôt il est conçu comme le report dans le passé tant de l'observabilité de la norme que de son applicabilité, tantôt comme le simple report de son applicabilité. Entre ces deux propositions, il est possible de trancher en faveur de la seconde. La rétroactivité consiste seulement à réaliser l'anticipation de la date d'applicabilité de la norme juridique par rapport celle de son observabilité.

817. Selon une première conception qui retenait une définition littérale de la rétroactivité, celle-ci consistait à faire remonter les effets de la norme juridique dans le temps avant sa mise en vigueur²⁸³⁹. Ainsi a-t-on pu estimer, par exemple, qu'une loi rétroagit si elle régit des faits ou des situations qui se sont déroulés avant son entrée en vigueur²⁸⁴⁰. Une même tendance se retrouve dans la jurisprudence administrative relative à l'application dans le temps des règlements, le juge se référant souvent à l'antériorité des effets de l'acte par rapport à celle de son entrée en vigueur pour caractériser sa rétroactivité²⁸⁴¹.

Suivant la démonstration du Doyen Héron, un tel raisonnement porte en lui une contradiction logique²⁸⁴². Dire qu'un acte juridique peut développer des effets antérieurement à sa naissance revient à

²⁸³⁸ Pour un exposé des différentes positions doctrinales, cf. J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préc., p. 89 et s., n° 90 et s.

²⁸³⁹ Bien que le Doyen Roubier ait défini la rétroactivité avec exactitude, cela ne l'a pas empêché de considérer la rétroactivité comme l'action de la loi sur les effets juridiques antérieurs à son entrée en vigueur (P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, préc., p. 183, n° 39). Pour une même position, en matière d'actes administratifs, cf. C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, préc., 1958-1959, p. 232 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 60.

²⁸⁴⁰ Selon C. Yannakopoulos, une telle analyse répond à une représentation statique du temps en droit. Seul compte l'instant créateur du droit, par rapport auquel on va distinguer un passé et un futur. Cet instant créateur est matérialisé par l'acte juridique et son action dans le temps va être découpée en tenant compte de différents points de repère. La comparaison entre ces différentes coordonnées chronologiques permettra, à elle seule, de tracer la frontière entre passé et présent. Par conséquent, pour déterminer si un acte juridique développe un effet rétroactif, il suffit de rechercher ses coordonnées et de les comparer (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 157, n° 270). Voir, en ce sens, l'examen sommaire des idées présentes dans la doctrine de droit public, J. PETIT, thèse préc., p. 89 et s., n° 180 et s.

²⁸⁴¹ Qu'il s'agisse de l'antériorité de la date d'applicabilité (CE, 5 janvier 1979, *Association nationale de la meunerie française*, préc.) ou de prise d'effet par rapport à celle de son entrée en vigueur (CE, Sect., 14 février 1958, *Sieurs Chamley et Perret*, préc. ; 22 décembre 1976, *Union patronale de la Polynésie française et du Syndicat des importateurs négociants et commerçants détaillants de la Polynésie française*, req. n° 95.796, Rec., p. 570 ; Ass., 10 juillet 1981, *Syndicat "Union pour la promotion des professions comptables libérales" et autres*, req. n° 11.065, 11.777 et 11.785, Rec., p. 308 ; Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique et autre*, préc. ; 18 mars 1988, *Ville de Poggio-Mezzana*, préc. ; 9 novembre 1992, *Commune de Fort-du-Plasne c/ Thouverez*, préc. ; 11 juin 1993, *Commune de Rai*, req. n° 112.810, Rec., T., p. 592 ; 21 juin 1996, *Association nationale des expéditeurs et exportateurs de fruits et légumes (ANEEFEL)*, req. n° 150.555 et 150.556, Rec., p. 236, DF, 1996, n° 48, p. 1447, concl. G. BACHELIER, RJP, 1996, n° 8-9, p. 1495, chr. S. AUSTRY ; 24 mars 1999, *Association nationale des expéditeurs et exportateurs de fruits et légumes (ANEEFEL)*, req. n° 178.919 ; 19 avril 2000, *Commune de la Bresse*, req. n° 157.920 ; 29 mai 2002, *Confédération des syndicats libres pénitentiaires*, req. n° 236.104, AJFP, 2002, n° 6, p. 27 ; 10 juillet 2006, *Société Bouygues Télécom et Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS)*, préc. ; 17 mars 2008, *Fédération Interco CFDT*, req. n° 300.326). Il en va de même lorsque le juge relève que la date d'applicabilité (CE, 25 janvier 1952, *Ville de Clermont-Ferrand*, Rec., p. 56) ou de prise d'effet de l'acte (CE, 5 mars 1958, *Sieur Charneau*, req. n° 39.600, Rec., p. 148) sont antérieures à celle de son entrée en vigueur, mais postérieures à celle de sa publication.

²⁸⁴² J. HÉRON, art. préc., p. 291, n° 21. Cf. également, J. PETIT, thèse préc., p. 95, n° 189 et s.

l'appliquer avant même qu'il ait été inséré dans l'ordonnement juridique. Or, pour s'appliquer, un acte doit être rendu applicable, c'est-à-dire, être à la fois opposable et invocable par ses destinataires. C'est précisément l'objet du processus de mise en vigueur que de lui conférer cette qualité. Tant qu'il n'est pas en vigueur, il n'oblige personne et ne produit aucun effet²⁸⁴³. Ainsi, la dissociation des effets de l'acte et de son entrée en vigueur conduit à une méconnaissance des principes gouvernant l'entrée en vigueur²⁸⁴⁴ et aboutit, de surcroît, à une représentation discontinue du temps²⁸⁴⁵.

818. Faisant suite à cette critique, une seconde conception s'est attachée à rétablir le lien logique entre création et application du droit et, par conséquent, un certain ordre chronologique²⁸⁴⁶. Selon le Doyen Héron, la question de l'entrée en vigueur de la norme juridique ne peut pas être séparée de celle de son application dans le temps, en particulier s'agissant de la règle de droit²⁸⁴⁷. L'entrée en vigueur de la norme juridique précède logiquement et nécessairement sa période d'application.

Pour la règle de droit, cela signifie que pour qu'elle puisse régir des faits passés, il faut qu'elle entre en vigueur à un moment antérieur à leur survenance. La rétroactivité se conçoit alors comme la mise en vigueur anticipée de la règle nouvelle²⁸⁴⁸. Ainsi, la date d'entrée en vigueur de la règle de droit coïncide bien, avec la date de survenance des faits qu'elle régirait²⁸⁴⁹ ou, plus exactement, celle-ci précède immédiatement celle-là. En revanche, la règle de droit est censée entrer en vigueur antérieurement à la date à laquelle elle aurait normalement dû entrer en vigueur. La norme rétroactive déroge ainsi au régime normal d'entrée en vigueur des normes juridiques.

Si le mécanisme ainsi décrit de la « rétro-mise en vigueur »²⁸⁵⁰ a pour mérite de recréer une chronologie conforme à la logique du processus de création du droit, il comporte l'inconvénient de substituer une fiction à une autre, au moins pour la règle de droit. À la fiction chronologique consistant à rendre applicable une norme juridique antérieurement à son entrée en vigueur²⁸⁵¹, succède celle de la préexistence de la règle de droit par rapport aux faits passés²⁸⁵². Comme le remarque M. Petit, « *un effet juridique – l'entrée en vigueur – se produit avant sa cause – la publication* »²⁸⁵³. Il faut alors admettre que les sujets de droit devront se conformer à une règle qui n'était pas observable au moment où ils ont

²⁸⁴³ Sur l'absence d'invocabilité, par ex., d'une loi non encore entrée en vigueur, cf. CE, 28 juillet 2000, *Emery*, req. n° 221.071, Rec., T., p. 810, *Dr. adm.*, 2000, n° 11, p. 31, note R. SCHWARTZ. Sur l'ensemble de la question, voir J. PETIT, thèse préc., p. 96, n° 191.

²⁸⁴⁴ Certains auteurs, alors même qu'ils acceptaient que la rétroactivité comportait une telle méconnaissance, n'en tiraient aucune conséquence quant à ses éléments de définition. Celle-ci était toujours envisagée comme le report des effets d'un acte à une date antérieure à son entrée en vigueur (cf., sur les actes administratifs, C. EISENMANN, *loc. cit.* ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 182).

²⁸⁴⁵ Cette représentation discontinue du temps en droit se manifeste par une méconnaissance de la chronologie. La naissance de l'acte intervient au présent alors que sa prise d'effets a lieu dans le passé (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 145, n° 247).

²⁸⁴⁶ Selon M. Yannakopoulos, on se trouve encore dans une représentation statique du temps dans la mesure où on se borne à reconstituer un temps linéaire, mais qui ne correspond pas à la réalité de la chronologie (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 155, n° 266). Il faut y voir une manifestation de ce que la rétroactivité est un phénomène purement juridique et non un phénomène de la nature (J. HÉRON, *op. cit.*, p. 37, n° 36). Adoptant cette perspective, J. Deprez voyait dans la rétroactivité « *un procédé d'opposabilité d'une situation juridique par l'attribution d'un rang privilégié dans le classement chronologique des droits. (...) En tant que procédé d'opposabilité, la rétroactivité assure l'efficacité d'une situation juridique à l'égard des tiers* » (J. DEPRez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, préc., pp. 72-73).

²⁸⁴⁷ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 19, n° 34 ; J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », préc., p. 291, n° 21 ; J. PETIT, *loc. cit.* Cf., pour une position contraire, E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », préc., p. 415, n° 10 et « Contribution à l'étude de la notion de rétroactivité de la loi », préc., p. 52.

²⁸⁴⁸ J. HÉRON, art. préc., p. 293, n° 23 ; J. PETIT, thèse préc., p. 94, n° 187.

²⁸⁴⁹ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 55, n° 105 ; R. TREMBLAY, art. préc., p. 161.

²⁸⁵⁰ E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », préc., p. 416, note 22 et p. 430, note 46 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 55 et s., n° 104 et s. ; J. HÉRON, art. préc., p. 293, n° 23.

²⁸⁵¹ J. PETIT, thèse préc., p. 97, n° 195 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 10, n° 3.

²⁸⁵² P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 69, n° 142 ; P. ROUBIER, *op. cit.* pp. 9-10, n° 3. Voir également D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 210, 2000, p. 222.

²⁸⁵³ J. PETIT, thèse préc., p. 97, n° 194.

agi²⁸⁵⁴. Par symétrie avec la mise en vigueur différée²⁸⁵⁵, la mise en vigueur anticipée implique que la règle nouvelle oblige et produise ses effets au même moment dans le passé. Il y aurait à la fois une « rétro-observabilité » et une « rétro-applicabilité » de la règle de droit. Or, le fait que la règle rétroactive ait déjà un caractère obligatoire lors de la réalisation des faits qu'elle est censée régir pose problème, car son existence n'a pu être concrètement prise en compte par ses destinataires.

819. Une partie de la doctrine est venue, à son tour, critiquer la fiction de la « rétro-observabilité ». Cette dernière peut être isolée en prenant en considération les différents aspects de la notion d'observabilité de la norme juridique. Pour M. Fleury-Le Gros, il est nécessaire de distinguer, d'un côté, l'observabilité du contenant normatif et, de l'autre, l'observabilité du contenu normatif. La première renvoie à l'opération par laquelle un texte est porté à la connaissance des sujets de droit. La seconde désigne l'opération par laquelle il est conféré sa force obligatoire à la norme que ce texte contient. Cette distinction est particulièrement importante pour comprendre le mécanisme de rétroaction de la règle de droit.

Du point de vue du contenant normatif, l'observabilité renvoie à l'instant à partir duquel l'existence d'un texte normatif doit être prise en compte. À compter du moment où le texte est porté à la connaissance de ses destinataires, il est inséré dans l'ordonnement juridique. Ses destinataires doivent l'incorporer dans leur réalité et en tirer les conséquences. Pour la loi par exemple, la prise en compte de *l'instrumentum* est essentielle, car elle commande l'application de la fiction de connaissance de la loi par les citoyens²⁸⁵⁶. Il est satisfait à cette exigence de sécurité juridique par l'acte matériel de publication qui a précisément pour objet de porter le texte à la connaissance des sujets de droit. Il s'agit d'un acte de connaissance, d'un fait de la réalité extérieur à l'emprise du droit. L'observabilité du contenant normatif peut ainsi être différée mais ne peut, pour cette raison, jamais être avancée.

Du point de vue du contenu normatif, l'observabilité renvoie à l'instant à partir duquel la norme juridique devient obligatoire pour ses destinataires, c'est-à-dire le moment à compter duquel ils devront se conformer à l'obligation qu'elle impose ou pourront invoquer le droit qu'elle octroie. À cet égard, la publicité n'est que la condition suspensive de l'effectivité de la force obligatoire de l'acte juridique, dont le fondement est à rechercher dans l'acte lui-même²⁸⁵⁷. Tout comme l'observabilité du contenant normatif, l'observabilité du contenu normatif – le *negotium* – peut être retardée. C'est même en cela que consiste l'effet différé. En revanche, on peut se poser la question de savoir si la force obligatoire de la norme juridique peut être avancée par rapport au moment où les sujets de droit auront pris connaissance du texte à travers lequel elle a été énoncée. Sur ce point, la doctrine est partagée. Si chacun s'accorde pour dire qu'il existe un lien conditionnel entre publication et entrée en vigueur, il n'en est pas tiré les mêmes conséquences du point de vue de la chronologie. Pour certains auteurs, ce lien ne serait que supplétif et pourrait être rompu²⁸⁵⁸. Pour d'autres, ce lien est nécessaire et ne peut être

²⁸⁵⁴ L. BACH, « Contribution à l'étude de la notion de rétroactivité de la loi », préc., p. 52 ; J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, préc., p. 30, n° 25.

²⁸⁵⁵ Sur ce point, voir L. BACH, art. préc., p. 53 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 57, n° 109.

²⁸⁵⁶ Cf., plus bas, p. 641, n° 832.

²⁸⁵⁷ P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 209, n° 506.

²⁸⁵⁸ J. Petit estime qu'il n'existe entre elles aucune « causalité naturelle et nécessaire comme en décrivent, entre des faits, les lois scientifiques. C'est une causalité conventionnelle et contingente, établie par l'ordre juridique entre un fait – la publication – et un effet de droit – l'entrée en vigueur –, et qui peut fort bien être transgressé – valablement ou non » (J. PETIT, thèse préc., p. 97, n° 194). Voir, dans le même sens, J. HÉRON, art. préc., p. 292, n° 22 et *op. cit.*, p. 27, n° 22.

chronologiquement méconnu²⁸⁵⁹. Le choix entre ces deux positions n'est pas sans conséquence sur la définition à retenir de la rétroactivité.

À s'en tenir à la supplétivité du lien entre publication et force obligatoire, la fiction de l'anticipation de l'observabilité du contenu normatif par rapport à celle du contenant normatif qui caractérise le mécanisme de la « rétro-observabilité » pourrait être admise.

820. À l'opposé, il peut être soutenu que publication et force obligatoire²⁸⁶⁰ ne peuvent être séparées, ce qui conduit à repousser la fiction du mécanisme de la « rétro-observabilité ». Ce dernier amène, en effet, à distinguer deux réalités parallèles. La première correspond à l'axe réel du temps qui fait coïncider le moment où la disposition nouvelle devient une réalité qui doit être prise en compte par ses destinataires et le moment où elle devient obligatoire pour eux. La seconde renvoie à un axe purement artificiel sur lequel le contenu normatif les obligerait à une date antérieure à celle où le contenant normatif deviendrait une réalité pour eux. À l'évidence, la loi ou le règlement, par exemple, n'existait pas pour ses destinataires à cette époque, sauf à accepter une nouvelle fiction chronologique. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer l'axe réel du temps un instant avant que ne se produise l'observabilité du contenant normatif. On constate alors que la seule norme en vigueur se trouve être la règle ancienne, c'est-à-dire celle applicable au moment où se sont réalisés les faits passés. La fiction de préexistence de la règle nouvelle apparaît alors²⁸⁶¹. Elle est réputée avoir existé et avoir été obligatoire lorsque ces mêmes faits se sont produits²⁸⁶².

De surcroît, la « rétro-observabilité » suscite des difficultés pratiques considérables, dès lors que la délimitation de la période d'observabilité anticipée dépendrait entièrement de l'identification de la date de réalisation des faits concernés. Dans de nombreux cas, cette date est inconnue et ne peut être aisément identifiée²⁸⁶³. Par conséquent, la fiction que comporte la notion de « rétro-observabilité » de la règle de droit doit être repoussée. Par ailleurs, il faut également constater qu'il ne peut exister de symétrie entre mise en vigueur anticipée et mise en vigueur différée, du point de vue de la période d'observation²⁸⁶⁴. Celle-ci peut être repoussée, mais jamais avancée. En revanche, cette symétrie existe bien en ce qui concerne la période d'application de la norme juridique.

²⁸⁵⁹ Pour P. Fleury-Le Gros, « *la publication est une formalité nécessaire, une condition impérative de perfection de la norme, à défaut de laquelle une loi ou un décret ne peuvent entrer en vigueur ; pour cette raison, nous pensons que c'est un mécanisme juridique qui doit obligatoirement précéder la phase d'entrée en vigueur* » (P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 62, n° 124). Il en découle que le lien entre publication et entrée en vigueur a bien un caractère supplétif en cas d'effet différé de la norme, celle-ci étant déjà parfaite mais qu'en revanche, il constitue un obstacle normatif en cas d'effet rétroactif, la norme étant imparfaite au moment de son entrée en vigueur (J. HÉRON, *op. cit.*, p. 35, n° 33). Il y a donc entre elles une causalité commandée par la logique et dont la transgression dans le sens du passé conduit à la création d'une fiction. La loi naturelle qui régit l'écoulement du temps, la chronologie, serait ainsi méconnue.

²⁸⁶⁰ Voir, sur ce point, P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 60, n° 119 ; H. PÉROZ, « L'articulation des articles 1 et 2 du Code civil », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen J. HÉRON*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2008, p. 411, spéc. p. 416.

²⁸⁶¹ Cf., plus haut, note 66. Comme on l'avait pressenti, il semble donc que le lien entre publication et entrée en vigueur ne soit pas, du point de vue du respect de la chronologie, purement supplétif (G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, préc., p. 67, n° 85 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 62, n° 124 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 33, n° 31 ; H. PÉROZ, art. préc., p. 413). Pour une position contraire, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 97, n° 194.

²⁸⁶² Voir la critique de P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., pp. 68-69, n° 140-144. Voir, dans le même sens, L. BACH, art. préc., p.

54.

²⁸⁶³ P. Fleury-Le Gros a également démontré que le procédé de rétro-mise en vigueur est incompatible avec certains cas de rétroactivité. Dans le cas d'une loi abrogative, il est impossible de procéder à une rétro-mise en vigueur partielle, compte tenu de ce que ce processus produit son effet sans discernement. La suppression du lien de droit entre un fait et la conséquence de droit produit, de manière inévitable, un effet à l'égard de tous les destinataires sans qu'il soit possible d'en exclure une partie (P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 67, n° 136 et s.).

²⁸⁶⁴ Alors que l'effet différé fait coïncider observabilité et applicabilité, en parfaite conformité avec le régime normal de l'entrée en vigueur de la loi, la rétroactivité emporte dérogation à ce régime en provoquant leur dissociation.

821. L'impossibilité d'avancer la date d'observabilité de la norme juridique ne doit pas pour autant conduire à écarter l'analyse de la « rétro-mise en vigueur ». Ces difficultés peuvent être surmontées si l'on considère que la mise en vigueur ne concerne que la date d'applicabilité de la norme juridique²⁸⁶⁵. La rétroactivité consiste uniquement à anticiper l'applicabilité de la norme par rapport à sa date normale d'entrée en vigueur. Alors que celle-ci fait coïncider observabilité et applicabilité, la rétroactivité emporte leur dissociation. Elle se définit alors comme l'applicabilité anticipée de la norme juridique par rapport à sa date d'observabilité²⁸⁶⁶.

La rétroactivité se bornant à commander une « rétro-applicabilité » de la norme²⁸⁶⁷, la perspective s'en trouve, du même coup, quelque peu modifiée, en particulier pour la règle de droit. Il ne s'agit plus de soumettre les sujets de droit à une règle nouvelle dont ils n'ont pu avoir connaissance avant sa publication, mais uniquement de modifier les conséquences de droit qui ont été imputées par la règle ancienne aux comportements passés. Au moment où elle devient observable, la règle rétroactive ordonne à ses destinataires de se livrer, au présent, à un nouvel examen des faits passés. Comme le remarque justement M. Pfersmann, « *la rétroactivité consiste à rendre obligatoire une certaine qualification du passé – pour l'avenir* »²⁸⁶⁸. À proprement parler, il peut y avoir de « rétro-observabilité » de la norme rétroactive à l'égard de ses destinataires, mais une simple « rétro-applicabilité ». Pour les organes d'application du droit, cela signifie que la règle rétroactive leur intime l'ordre de remettre en cause les conséquences juridiques que la règle ancienne avait attachées à la survenance de faits du passé et de tirer les nouvelles conséquences que la règle nouvelle leur assigne²⁸⁶⁹. C'est en cela que l'on peut dire qu'il y a applicabilité de la règle de droit à des faits passés²⁸⁷⁰.

822. Il est permis de voir une confirmation de cette dernière analyse dans le droit positif, en particulier dans la jurisprudence administrative relative à la rétroactivité des règles juridiques. Le juge administratif retient, en effet, l'antériorité de la date d'applicabilité²⁸⁷¹ ou de la prise d'effets²⁸⁷², ou plus généralement la date d'entrée en vigueur²⁸⁷³ de la loi par rapport à celle de sa publication, pour la qualifier de rétroactive. Au-delà des variations terminologiques, la jurisprudence réserve bien la qualification de rétroactive à la loi qui entend *produire son effet* à une date antérieure à celle de sa publication, soit au moment où la norme prescrite par le législateur est rendue observable²⁸⁷⁴.

Un même constat peut être dressé en matière réglementaire. La formulation des décisions les plus récentes du Conseil d'État, à l'occasion desquelles le juge administratif prend le soin de préciser que l'anticipation des effets d'un décret réglementaire dont il est saisi se rapporte à la date d'entrée en

²⁸⁶⁵ Sur ce point, voir plus haut, p. 18, n° 14. Cf., dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 62, n° 80.

²⁸⁶⁶ L. BACH, fasc. préc., p. 22, n° 133 ; G. ÉVEILLARD, *loc. cit.* ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 37, n° 36.

²⁸⁶⁷ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 70, n° 147 ; J. HÉRON, *loc. cit.* ; P.-A. CÔTÉ, art. préc., in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *op. cit.*, p. 157 ; G. GRASMANN, « La constitutionnalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande : règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l'intérêt public », préc., p. 1019, n° 1. Voir également, quoique de manière moins nette, C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 233.

²⁸⁶⁸ O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ*, 1994, n° 1, p. 237.

²⁸⁶⁹ L. BACH, fasc. préc., p. 24, n° 137 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 37, n° 36.

²⁸⁷⁰ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 72, n° 152 ; H. PÉROZ, *loc. cit.*

²⁸⁷¹ CE, Ass., 21 avril 1944, *Sieur Jacquet*, Rec., p. 121 ; Sect., 14 juin 1946, *Sieur Van den Veegaete*, Rec., p. 167 ; 17 avril 1967, *Société X.*, req. n° 69.053, Rec., p. 165 ; 16 décembre 1983, *Noir et autres*, req. n° 42.180, Rec., p. 518.

²⁸⁷² CE, 28 mai 1947, *Mangin*, Rec., p. 222 ; Sect., 7 novembre 1947, *Barut*, Rec., p. 412 ; 7 novembre 1951, *Sieur Francis Ahmed*, Rec., p. 517 ; 30 novembre 1951, *Sieur Lecerf*, Rec., p. 566 ; 15 décembre 1971, *Ministre de l'économie et des finances c/ Sieur X.*, req. n° 66.326, Rec., p. 761. Cf., également, par analogie, le cas d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 92 de la Constitution de 1958 (CE, 23 octobre 1974, *Sieur Thami ben Mohamed*, req. n° 91.345, Rec., p. 501).

²⁸⁷³ CE, 5 novembre 1948, *Sieur Temporel*, Rec., p. 417 ; 26 novembre 1948, *Gratacap et autre*, Rec., p. 445.

²⁸⁷⁴ Cf. p. 57 et s., n° 87 et s. et p. 705, n° 913.

vigueur de l'acte « *résultant de sa publication au Journal Officiel* »²⁸⁷⁵, permet de considérer que celui-ci distingue, en réalité, la date d'entrée en vigueur normale du règlement²⁸⁷⁶, laquelle correspond à celle de son observabilité, de celle qui marque le début de ses effets, étant entendu que cette date doit être assimilée, comme on vient de le voir, à la véritable date d'entrée en vigueur de la règle de droit²⁸⁷⁷. Il faut ainsi considérer que, de manière implicite, le juge regarde comme rétroactives les dispositions d'un règlement qui prennent effet avant la date à laquelle leur publication les fait régulièrement entrer en vigueur.

*

823. Conclusion de la section 1. La rétroactivité consiste à réaliser l'entrée en vigueur anticipée de la norme juridique. Même ainsi défini, le mécanisme de la rétroaction ne se laisse pas aisément saisir. Il faut d'abord cerner avec davantage de précision ce que recouvre la notion complexe d'entrée en vigueur. Cette dernière peut se concevoir comme un processus progressif mettant en jeu plusieurs concepts – édicition, observabilité, applicabilité – suivant une séquence logique déterminée et qui aboutit au déclenchement de l'effet de droit prévu par la norme juridique. Or, le propre de la rétroactivité est de provoquer une inversion dans le déroulement normale de cette séquence.

Ensuite, il faut encore déterminer ce sur quoi porte le mécanisme de la rétroaction, c'est-à-dire savoir laquelle des étapes du processus de mise en vigueur de la norme juridique fait l'objet d'une anticipation dans le temps. Sur ce point, le mécanisme de la rétroaction a fait l'objet d'analyses doctrinales fluctuantes, voire contradictoires. La correspondance établie entre le moment de l'entrée en vigueur de la norme juridique et le moment où elle devient applicable permet néanmoins de considérer que seul cet élément est affecté par l'effet d'inversion qui caractérise la rétroactivité. Il est alors possible de définir la rétroactivité comme l'anticipation de l'applicabilité de la norme juridique par rapport à son observabilité.

L'analyse du processus de mise en vigueur a confirmé le lien étroit qu'entretient, d'un point de vue conceptuel, la notion d'entrée en vigueur avec celle de rétroactivité. Elle permet d'isoler l'instant logique à compter duquel la norme juridique commence à produire son effet, lequel correspond à sa date d'entrée en vigueur. Cependant, l'identification concrète de ce moment n'est pas évidente en raison de la pluralité des régimes gouvernant l'entrée en vigueur des normes juridiques. C'est dire que le premier élément de définition de la rétroactivité est lui-même marqué par une relativité certaine.

²⁸⁷⁵ Cf., par ex., CE, 29 mai 2002, *Confédération des syndicats libres pénitentiaires*, préc. ; 17 mars 2008, *Fédération Interco CFDT*, préc. Voir également, C. VEROT, concl. sur CE, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, préc., *DF*, 2006, n° 38, p. 1599.

²⁸⁷⁶ J. PETIT, thèse préc., p. 99, n° 201. Pour une formulation particulièrement claire, CE, 25 janvier 1952, *Ville de Clermont-Ferrand*, préc.

²⁸⁷⁷ Dans le sens de cette assimilation, cf. CE, 10 mai 1889, *Pierrard, Câtillon et autres*, préc. ; 17 novembre 1943, *Établissements Tiflex*, préc. ; Ass., 2 mars 1947, *Sieur Devouge et Comité d'études corporatif et interprofessionnel des viandes*, préc.

Section 2 : La pluralité des régimes d'entrée en vigueur, source de relativité de la rétroactivité

824. Introduction et plan. La définition de la rétroactivité repose sur la détermination d'une « date-frontière » entre passé et présent. Cette dernière correspond à la date qui résulte du jeu normal du processus de mise en vigueur de la norme juridique, sa date d'entrée en vigueur. La connaissance de cette date constitue le premier point de référence permettant de déterminer si la norme juridique produit un effet sur le passé. Concrètement, la norme rétroactive n'entrera pas en vigueur à cette date *normale*, mais à une date antérieure dans la chronologie. C'est ainsi que la date d'entrée en vigueur *effective* de la norme rétroactive est anticipée dans le temps par rapport à la date à laquelle elle aurait logiquement dû l'être.

825. Bien que le processus logique d'entrée en vigueur de la norme juridique présente une unité fondamentale, chaque catégorie de norme obéit à un régime d'entrée en vigueur qui lui est propre. De fait, il existe de nombreux régimes d'entrée en vigueur, qui diffèrent sensiblement les uns des autres²⁸⁷⁸, ce qui multiplie d'autant les dates d'entrée en vigueur dont il faut concrètement tenir compte dans l'identification de la rétroactivité. Il s'ensuit que la diversité des régimes d'entrée en vigueur contribue à la relativité de la notion de rétroactivité²⁸⁷⁹. À nouveau, il faut constater que les autorités publiques ne se trouvent pas toutes dans la même situation. Alors que la définition de la notion de rétroactivité ne dépend aucunement de l'autorité normative qui l'a prescrite, son identification concrète est tributaire des caractéristiques propres à l'insertion dans l'ordonnancement juridique de la norme qui la réalise.

826. Pour les normes édictées par le législateur, la recherche de la « date-frontière » est facilitée par l'organisation d'un régime d'entrée en vigueur uniforme de la loi (§ 1). À l'inverse, c'est la plus grande diversité qui marque l'entrée en vigueur des normes administratives. L'entrée en vigueur des actes administratifs connaît une multitude de régimes spéciaux, rendant toute tentative de systématisation essentiellement vaine (§ 2). Enfin, il n'a jamais été formellement organisé de régime d'entrée en vigueur pour la décision de justice, ce qui rend l'analyse incertaine. Toutefois, la consécration d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la décision de justice a contribué, au moins partiellement, à réduire les incertitudes pesant sur l'entrée en vigueur des normes prétoriennes (§ 3).

§ 1 : L'homogénéité du régime d'entrée en vigueur de la loi

827. L'identification de la rétroactivité suppose, en premier lieu, de déterminer si la loi est entrée en vigueur à un moment antérieur à celui auquel elle aurait normalement dû l'être. L'effet rétroactif résulte ainsi de la comparaison entre la date normale de l'entrée en vigueur de la loi, telle qu'elle se déduit du régime qui lui est applicable, et celle à laquelle elle prend effectivement effet. Si la seconde précède la première dans la chronologie, il pourra y avoir rétroactivité.

²⁸⁷⁸ Voir, en ce sens, Conseil d'État, Section du rapport et études, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Paris, La Documentation française, 2001.

²⁸⁷⁹ Cf., dans le même sens, J. CARBAJO, thèse préc., p. 17 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 100, n° 202 et s.

La procédure d'entrée en vigueur de la loi²⁸⁸⁰, comprend trois étapes successives : l'adoption, la promulgation, puis la publication²⁸⁸¹. Une fois ces trois étapes franchies, la loi pourra recevoir application. Afin de déterminer le moment à compter duquel la loi prend effet, il convient de rattacher chaque étape de cette procédure à chacun des concepts mis en jeu par le processus d'entrée en vigueur (I). Or, la notion d'applicabilité, laquelle coïncide avec le moment de l'entrée en vigueur de la loi, ne correspond pas toujours à la réalisation de la dernière étape de la procédure par laquelle la loi est insérée dans l'ordonnement juridique (II).

I – LE PROCESSUS DE MISE EN VIGUEUR DE LA LOI

828. Marquant le début de sa période d'application, l'entrée en vigueur de la loi n'est réalisée qu'une fois qu'elle a été édictée et rendue observable par ses destinataires. Il n'y a plus guère de doute désormais sur l'identification de ces deux notions parmi les différents éléments composant la procédure d'insertion de la loi dans l'ordonnement juridique, de même que sur leur insuffisance à réaliser son entrée en vigueur. La date d'édition de la loi correspond non à la date de son adoption, mais à celle de sa promulgation (A). Quant à celle à laquelle la loi devient observable, elle n'a jamais renvoyé à autre chose qu'à sa publication au Journal Officiel de la République française (B).

A/ La promulgation de la loi, date de son édition

829. La promulgation correspond au moment où, la procédure d'élaboration législative parvenant à son terme, la loi acquiert valeur positive²⁸⁸². La doctrine a pu se diviser, un temps, sur le point de savoir si la date d'édition de la loi correspondait à la date de son adoption définitive par le Parlement²⁸⁸³ ou à celle de sa promulgation par le chef de l'État²⁸⁸⁴. S'il est incontestable que le fondement de la loi ne peut être recherché ailleurs que dans son adoption par le Parlement²⁸⁸⁵, il faut admettre que c'est la

²⁸⁸⁰ Il sera ici fait référence au régime de droit commun, lequel concerne les lois parlementaires et référendaires (art. 10 et 11 de la Constitution). Hormis quelques différences s'attachant notamment à l'existence d'un délai minimal séparant l'adoption de la promulgation, à la pluralité des autorités compétentes pour demander une nouvelle délibération au cours du délai de promulgation ou aux exigences de contreseing du décret de promulgation (art. 99 à 107 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF n° 68 du 21 mars 1999, p. 4208 ; J.-Y. FABERON et J. ZILLER, *Droit des Collectivités d'Outre-mer*, Paris, LGDJ, 2007, p. 404), on peut estimer que le processus d'entrée en vigueur des « lois du pays » de la Nouvelle-Calédonie est assimilable à celui que suit la loi métropolitaine. Pour entrer en vigueur, la loi du pays relevant du domaine de la loi doit être adoptée, promulguée, puis publiée au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (CE, 12 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, req. n° 255.272, Rec., p. 15, *AJDA*, 2005, n° 10, p. 552, concl. F. DONNAT, *Dr. adm.*, 2005, n° 6, p. 27, note F. DONNAT, *RJF*, 2005, n° 4, p. 273, comm. 370). En revanche, il n'en va pas de même pour « les lois du pays » de la Polynésie française (art. 64 et s. de la Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JORF n° 52 du 2 mars 2004, p. 4191). Assimilées formellement à des actes administratifs (C.Const., déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, préc., cons. 75), elles connaissent un régime d'entrée en vigueur qui leur est propre (cf., plus bas, p. 650, n° 841).

²⁸⁸¹ Sur cette distinction, cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 431, n° 143.

²⁸⁸² G. ÉVEILLARD, thèse, p. 52, n° 69 et s. ; Y. GAUDEMET, « Promulgation et publication des lois », *J.-Cl. Civ.*, fasc. 10, 1993, p. 8, n° 1.

²⁸⁸³ Cette partie de la doctrine s'est fondée sur un avis du Conseil d'État du 5 pluviôse an VIII selon lequel : « la véritable date de la loi est celle de son émission par le Corps législatif » (cité par R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 457, n° 152). Voir également, T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Paris, Fontemoing, 7^e éd., 1897-1905, t. I, pp. 68-69.

²⁸⁸⁴ Pour une discussion, cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 403 et s., n° 137 et s. ; G. ÉVEILLARD, thèse préc. p. 52 et s., n° 70 et s.

²⁸⁸⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 424, n° 141 et p. 456, n° 152.

promulgation qui la fait formellement accéder à l'existence²⁸⁸⁶ juridique. Alors que la date de naissance de la loi coïncide bien avec le jour où celle-ci a été définitivement votée par le Parlement, la date de son existence juridique, de son édicition est celle de sa promulgation²⁸⁸⁷.

Par la promulgation, le chef de l'État²⁸⁸⁸ « atteste l'existence d'un texte et donne l'ordre aux autorités publiques de l'observer ou de le faire observer »²⁸⁸⁹. Avant cette date, la loi ne peut donc être observée par ses destinataires²⁸⁹⁰ ou recevoir exécution²⁸⁹¹. De ce point de vue, la promulgation semble bien être un élément constitutif de la loi, mais n'affecte aucunement sa nature, la loi étant parfaite dès son adoption.

Ce point a été longuement débattu par la doctrine à travers la question de savoir à quelle date la loi acquiert sa perfection juridique. Alors qu'une partie de la doctrine a cru y voir un des apports de la promulgation²⁸⁹², une autre considérait, au contraire que la loi était comme parfaite dès son adoption par le Parlement²⁸⁹³. L'argument décisif qui permet de trancher en faveur de la doctrine majoritaire a été

²⁸⁸⁶ J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, préc., p. 740 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 456 et s. ; D. LE BÉGUEC, « Publication », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrigue Lamy-PUF, 2003, p. 1274. Voir, en ce sens, la démonstration de G. ÉVEILLARD, *loc. cit.*

²⁸⁸⁷ Sous la V^e République, la promulgation prend la forme d'un décret du Président de la République. La date de promulgation de la loi est celle de la signature du décret de promulgation (CE, 30 octobre 1963, *Ministre de la Santé publique et de la Population c/ Époux Goussebaire-Dupin*, req. n° 58.572, Rec., p. 521). Il s'agit d'un acte de gouvernement relatif aux rapports entre l'exécutif et le Parlement dont le contentieux échappe, de ce fait, à la compétence de la juridiction administrative (CE, 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, Rec., p. 993, *D.*, 1934, III, p. 36, note A. GROS, *S.*, 1934.3.9, note R. ALIBERT). Voir, sur ces questions, Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 16, n° 77 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 243 et 316.

²⁸⁸⁸ En vertu de l'art. 10 de la Constitution du 4 octobre 1958, « le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée » par le Parlement. Il constate la régularité de la procédure parlementaire et authentifie le texte. Cf. C.Const., déc. n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, préc., cons. 15. Voir également, R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pp. 404-405, n° 137 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 25, n° 20.

²⁸⁸⁹ CE, Ass., 8 février 1974, *Commune de Montory*, req. n° 84.888 et 84.889, Rec., p. 93, *AJDA*, 1974, n° 4, p. 192, chr. M. FRANC et M. BOYON, *Dr. adm.*, 1974, n° 81, *JCP G*, 1974, II, 17703, note G. LIET-VEAUX, *RDP*, 1974, n° 6, p. 1511, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE ; 16 octobre 1974, *Rebuffel*, req. n° 87.978, Rec., T., p. 925. Voir, également, R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 408, n° 138 ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914, 6^e éd., rééd. Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2001, p. 669 ; D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, préc., p. 804, n° 238 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *Rev. adm.*, 1959, n° 69, p. 240. Historiquement, la promulgation trouve son origine dans les anciens mandements (cf. F. BOTTINI, « La promulgation des lois parlementaires », *RFDC*, 2008, n° 76, p. 762 ; G. LIET-VEAUX, « De la publication des lois, décrets et actes réglementaires », *Rev. adm.*, 1971, n° 144, p. 655). Elle a été présentée comme la reprise des règles arrêtées par la Chancellerie, sous l'ancien régime, pour la certification des édits et ordonnances à transmettre aux cours de justice pour enregistrement (Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 9, n° 8 ; J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au "Journal Officiel" », *RDP*, 1949, n° 2, p. 130, spéc., pp. 152-157).

²⁸⁹⁰ Sur cette notion, cf., plus loin, p. 629, n° 815. Voir, par ex., CE, 30 octobre 1963, *Ministre de la Santé publique et de la Population c/ Époux Goussebaire-Dupin*, préc.

²⁸⁹¹ A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 669 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 53, n° 70 ; H. PUGET, « L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France », *Rev. adm.*, 1963, n° 94, p. 339. Il ne s'agit pas ici de discuter du fondement de la force exécutoire de la loi, lequel ne saurait, au demeurant, être recherché ailleurs que dans la volonté du Parlement (cf. la démonstration de G. JÈZE, « La promulgation des lois », *RDP*, 1918, n° 3, p. 378, spéc., p. 379 et 386 ; É. BONNET, *De la promulgation (étude de droit public)*, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 102). Par suite, il ne fallait voir dans l'ancienne rédaction de l'art. 1^{er} du Code civil, au terme duquel : « les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite », qu'une simple maladresse de rédaction dont il ne pouvait être inféré que la promulgation constituerait le fondement de la force exécutoire de la loi (R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 411, n° 139 ; É. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : Réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *RDP*, 1981, n° 4, p. 999). C'est non en vertu mais après la promulgation que la loi devient exécutoire. Comme le remarquait J. Laferrière, « si la loi tient sa force exécutoire ou obligatoire du seul vote parlementaire, son existence doit être officiellement établie pour qu'elle entre en application » (J. LAFERRIÈRE, art. préc., p. 119).

²⁸⁹² J. BARTHÉLÉMY, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1932, p. 352, n° 416 ; G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, LGDJ, 18^e éd., 1977, p. 631 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, préc., p. 443, § 29 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, pp. 192-193 ; F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 32^e éd., 2009, p. 768, n° 731 ; D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, préc., p. 808, n° 238 ; É. SAUVIGNON, art. préc., p. 1003 ; G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 489.

²⁸⁹³ R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 461, n° 151 ; P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, éd. Yvon Blais, 2^e éd., 1990, p. 92 ; J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat-Montcrestien, 2^e éd., 1947, p. 1036 et art. préc., p. 119 ; M. PRÉLOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 11^e éd., 1990, p. 723, n° 451 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 43, n° 294.

rappelé par M. Bouvier, « *la promulgation est un acte transparent qui ne se rattache nullement à l'œuvre de confection législative* »²⁸⁹⁴. Autrement dit, s'il est permis de voir dans la promulgation une manifestation de la collaboration des pouvoirs à la confection de la loi, il s'agit d'un acte juridique dont la portée se limite à prendre acte d'un acte antérieur. Le principe de séparation des pouvoirs interdit de lui conférer une portée autre que purement technique²⁸⁹⁵.

830. Néanmoins, la promulgation constitue une formalité particulière²⁸⁹⁶, une condition formelle d'édiction de la loi, sans laquelle elle ne peut acquérir valeur positive²⁸⁹⁷.

La loi simplement votée n'entraîne qu'un nombre limité de conséquences. Sa transmission au Gouvernement a seulement pour effet d'ouvrir le délai de promulgation²⁸⁹⁸, au cours duquel le Conseil constitutionnel peut être saisi par les autorités habilitées²⁸⁹⁹ et une nouvelle délibération demandée par le Président de la République²⁹⁰⁰. Elle reste cependant dépourvue de valeur juridique et reste insusceptible de recevoir exécution. Seule la promulgation lui permet d'accéder à l'une et à l'autre²⁹⁰¹ et, ce faisant, de rendre certaine son entrée en vigueur²⁹⁰². D'une part, la loi promulguée devient définitive, en ce sens que sa constitutionnalité ne peut plus être directement contestée par voie d'action²⁹⁰³. Par suite, son existence, ainsi que sa teneur, sont certaines²⁹⁰⁴ à compter de ce moment.

²⁸⁹⁴ V. BOUVIER, « La nature du contrôle de constitutionnalité », *Droits*, 1985, n° 1, p. 143.

²⁸⁹⁵ F. BATAILLER, thèse préc., pp. 171-172 ; F. BOTTINI, art. préc., p. 767 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 410, n° 138 ; A. ESMEIN, *loc. cit.* ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, préc., p. 438 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, art. préc., p. 240. Pour une discussion, voir F. BOTTINI, art. préc., p. 764 ; Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 18 et s., n° 91 et s. Pour une illustration récente, cf. CE, Ord., 6 février 2009, *Mme Borvo et autres*, req. n° 324.238 et 324.408.

²⁸⁹⁶ Cette particularité de la procédure d'élaboration de la loi est un élément de continuité constitutionnelle au moins depuis la période révolutionnaire et la loi du 9 novembre 1789 (F. BOTTINI, art. préc., p. 762 ; Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 19, n° 101). Pour comprendre son rôle, on peut utilement dresser un parallèle avec la procédure d'élaboration de l'acte administratif. L'acte écrit doit contenir la déclaration de la volonté de son auteur et sa signature (M. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, préc., p. 125, § 21). La signature remplit à la fois les fonctions d'adoption et d'authentification (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 52, n° 70 ; F. DONNAT, concl. sur CE, 12 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, préc., *AJDA*, 2005, n° 10, p. 552, spéc. p. 553-554 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, pp. 316-317). Là où la simple signature de l'acte administratif suffit à faire coïncider ces deux éléments, la procédure d'élaboration de la loi les sépare.

²⁸⁹⁷ Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 8, n° 1. Cela ne signifie aucunement que la fonction de la promulgation est de sanctionner l'existence de la loi, il s'agit plutôt de la dater. En France, le système de la sanction a existé sous l'empire des deux Chartes du 4 juin 1814 (art. 22) et du 13 août 1830 (art. 18) et faisait du Roi l'égal du Parlement en lui reconnaissant le pouvoir d'empêcher un projet de loi voté par les Chambres d'entrer en vigueur. Cf., en ce sens, J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *op. cit.*, pp. 738-739 ; J. BARTHÉLÉMY, *op. cit.*, p. 351 et s., n° 415 et s. ; É. BONNET, thèse préc., p. 17 et s. ; G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 630 ; A. ESMEIN, *ibid.*, p. 669 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 57, note 46 ; Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 9, n° 8 ; É. SAUVIGNON, art. préc., p. 997. Pour un ex. contemporain, voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 93 et s. (droit canadien).

²⁸⁹⁸ Selon l'art. 10 de la Constitution cité plus haut. Sur la pratique dite du « vélin », cf. H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, art. préc., p. 241 et s.

²⁸⁹⁹ Aux termes de l'art. 61 de la Constitution du 4 octobre 1958, « *Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs* ». Son entrée en vigueur peut encore être empêchée par une déclaration d'inconstitutionnalité ou son contenu modifié, notamment par des réserves d'interprétation.

²⁹⁰⁰ Selon l'alinéa 2 de l'art. 10 de la Constitution du 4 octobre 1958, le Président de la République « *peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée* ».

²⁹⁰¹ J. BARTHÉLÉMY, *op. cit.*, p. 353 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 429 ; J. LAFERRIÈRE, art. préc., p. 121. Voir également les références citées par G. Éveillard, thèse préc., p. 53, note 22.

²⁹⁰² Le Conseil constitutionnel a lui-même estimé que la promulgation valait « *ordre à toutes autorités et les services compétents de publier [la loi] sans délai* » (C.Const., déc. n° 2001-448 DC, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 64, Rec., p. 99).

²⁹⁰³ Par cette signature, le Président de la République renonce implicitement à son droit à demander une nouvelle délibération (art. 10, alinéa 2 de la Constitution) et la saisine du Conseil constitutionnel n'est plus possible (selon les termes de l'art. 61 de la Constitution). Voir, notamment, C.Const., déc. n° 78-96 DC, 27 juillet 1978, *Loi complétant la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la radiodiffusion et à la télévision*, cons. 4, Rec., p. 29, *AJDA*, 1979, n° 1, p. 29, note C. FRANCK, *D.*, 1980, J., p. 169, note L. HAMON, *Pouvoirs*, 1978, n° 7, p. 165, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1979, n° 2, p. 499, note L. PHILIP ; déc. n° 97-392 DC, 7 novembre 1997, *Loi portant réforme du service national*, cons. 2, Rec. p. 235, *AJDA*, 1997, n° 12, p. 974, note J.-É. SCHOETTL, *D.*, 1999, p. 233, note A. ROUX, *LPA*, 4 mars 1998, n° 27, p. 22, note M. VERPEAUX, *RDP*, 1999, n° 5, p. 1299, note B. BOISSARD, *RFDC*, 1999, n° 40, p. 338, note J. PINI. Voir D. BROUSSOLLE, « Les lois déclarées inopérantes par le juge

Formellement, la promulgation donne sa date officielle à la loi²⁹⁰⁵, marquant ainsi sa naissance constitutionnelle²⁹⁰⁶. D'autre part et corrélativement, la loi acquiert un caractère exécutoire dès l'instant où la promulgation est connue²⁹⁰⁷, et peut, à compter de ce moment, fonder l'adoption de mesures d'application²⁹⁰⁸.

La loi ne remplit cependant pas encore toutes les conditions nécessaires pour la faire entrer en vigueur²⁹⁰⁹. Bien qu'édictee, elle doit encore être portée à la connaissance des sujets de droit et leur être rendue obligatoire.

B/ La publication de la loi, date de son observabilité

831. La date d'observabilité de la loi marque le moment à partir duquel le sujet de droit doit, pour déterminer son comportement, se conformer aux dispositions de la loi nouvelle²⁹¹⁰. Ce moment

constitutionnel », *RDP*, 1985, n° 3, p. 754 ; G. DRAGO, *op. cit.*, p. 565 et s., n° 606 et s. ; J. GEORGEL, « Loi », *J.-Cl. adm.*, fasc. 30, 2006, p. 2, n° 3 ; P. JAN, « L'impossible contrôle direct de constitutionnalité d'une loi promulguée, même non publiée », *LPA*, 22 décembre 1997, n° 153, p. 13 et « L'impossible contrôle juridictionnel d'une loi non promulguée mais déjà passée au crible du contrôle de constitutionnalité », *LPA*, 9 octobre 2001, n° 201, p. 10 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, préc., pp. 225 et s., n° 224 et s. Cette affirmation doit être nuancée à un double point de vue. D'une part, le Conseil constitutionnel accepte de contrôler, par voie d'exception, une loi déjà promulguée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou en affectent le domaine (C.Const, déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, préc. ; déc. n° 99-410 DC, 15 mars 1999, préc. ; déc. n° 2006-538 DC, 13 juillet 2006, préc. ; sur cette question, cf. également J. BONNET, « L'amorce d'une "véritable révolution juridique" : la réponse du juge ordinaire et du Parlement à la censure par le Conseil constitutionnel d'une loi promulguée », *RFDA*, 2005, n° 5, p. 1049 ; J.-Y. CHÉROT, « L'exception d'inconstitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 1982, p. 59 ; J. FERSTENBERT, « Le contrôle, par le Conseil constitutionnel, de la régularité constitutionnelle des lois promulguées », *RDP*, 1991, n° 2, p. 391, spéc. p. 393 ; J. KISSANGALOU, « Le Conseil d'État, juge de l'exception d'inconstitutionnalité ? », *Rev. adm.*, 1997, n° 299, p. 518). D'autre part, l'introduction récente de la question prioritaire de constitutionnalité par l'art. 61-1 de la Constitution amène le Conseil constitutionnel à se prononcer, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, sur l'atteinte éventuelle atteinte portée par une ou plusieurs dispositions d'une loi promulguée aux droits et libertés de valeur constitutionnelle (cf., plus haut, p. 136 et s., n° 188 et s.).

²⁹⁰⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 448, n° 148. Voir, de manière générale, C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, préc., p. 710, n° 8.

²⁹⁰⁵ Le Conseil d'État avait, un temps, proposé de retenir la date d'adoption de la loi (CE, Avis du 5 pluviôse an VIII, 25 janvier 1800). Depuis la III^e République et selon une jurisprudence désormais constante, « la loi n'a d'autre date que celle de sa signature » (CE, Ass. 8 février 1974, *Commune de Montory*, préc.). Voir en ce sens, É. BONNET, thèse préc., p. 115 et s. ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 460, n° 153 ; M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 438 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, art. préc., p. 246 ; H. PUGET, art. préc., p. 339 ; É. SAUVIGNON, art. préc., p. 1002 ; G. VEDEL, *loc. cit.*

²⁹⁰⁶ G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 631 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 454, n° 150 ; M. PRÉLOT et J. BOULOUIS, *op. cit.*, p. 626, n° 392 ; É. SAUVIGNON, art. préc., p. 1001.

²⁹⁰⁷ Malgré l'ambiguïté du terme, la loi n'entre pas en vigueur, au sens où elle deviendrait applicable à ses destinataires. Le caractère exécutoire n'a qu'une portée seulement interne : la promulgation ordonne aux organes compétents d'accomplir les dernières formalités nécessaires à son application (F. BOTTINI, art. préc., p. 762 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 25, n° 20). Cf., sur ce point, CE, 30 novembre 1906, *Jacquin*, Rec., p. 880, concl. J. ROMIEU ; 23 juillet 1993, *Société Fougerolle*, req. n° 147.522 et 147.921, Rec., p. 220 et 222 ; 23 octobre 1995, *Association Arthus*, req. n° 154.401, 154.490, 154.493, 154.515 et 154.524, Rec., T., p. 843 ; 15 décembre 2000, *Fédération nationale des familles de France*, req. n° 213.439, Rec., p. 611 ; 26 février 2001, *Mme Laloubère*, req. n° 220.021, Rec., p. 88. Sur cette question, voir également, F. BATAILLER, thèse préc., p. 173 ; J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *op. cit.*, p. 741 ; G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 160 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 404, n° 138 ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, préc., t. I, pp. 20-21, n° 23 ; B. GENEVOIS, art. préc., p. 245 ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, préc., p. 448 et *Précis de droit constitutionnel*, préc., p. 437 ; D. G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 806, n° 238 ; H. PUGET, art. préc., p. 339 ; R. TREMBLAY, art. préc., pp. 159-160 ; M. WALINE, « Introduction », in J.-B. HERZOG et G. VLACHOS, *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, préc., p. 4. Pour une position contraire, voir É. SAUVIGNON, art. préc., p. 999 et s.

²⁹⁰⁸ Sans pour autant que celles-ci puissent aller au terme du processus de mise en vigueur (cf., sol. impl., CE, 30 juillet 1949, *Union de la propriété bâtie*, Rec., p. 399). Voir C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 725, n° 18 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 55, n° 73.

²⁹⁰⁹ Suivant la formule remarquable de Portalis : « La promulgation est le moyen de constater l'existence de la loi auprès du peuple, et de lier le peuple à l'observation de la loi. Avant la promulgation, la loi est parfaite relativement à l'autorité dont elle est l'ouvrage ; mais elle n'est point encore obligatoire pour le peuple en faveur de qui le législateur dispose. La promulgation ne fait pas loi ; mais l'exécution de la loi ne peut commencer qu'après la promulgation de la loi : 'Non obligat lex nisi promulgata' » (J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, coll. des Publications du Centre de Philosophie du Droit, 1988, p. 69).

²⁹¹⁰ L. BACH, fasc. préc., p. 22, n° 129 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 59, n° 117 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 29, n° 24. Comme le soulignait Portalis, selon les « maximes du droit public universel [...] il est essentiel que les citoyens puissent connaître les lois sous lesquelles ils vivent et auxquelles ils doivent obéir » (J.-E.-M. PORTALIS, *loc. cit.*).

détermine les droits et obligations du sujet de droit à l'égard de la loi nouvelle²⁹¹¹. En revanche, il ne s'adresse pas aux organes d'application du droit, ils n'en sont pas les destinataires²⁹¹². Comme on vient de le voir, la notion d'observabilité revêt deux aspects différents du processus d'entrée en vigueur des normes juridiques qu'il est nécessaire de dissocier. Ainsi, l'observabilité du contenant normatif ne se confond pas avec celle de son contenu. Ils sont tous deux généralement matérialisés par l'opération de publication.

832. Selon une définition contemporaine, la publication est « l'acte tendant à la divulgation authentique d'un texte et à laquelle est subordonnée l'opposabilité de ce dernier »²⁹¹³. Quant au premier élément de cette définition, la publication doit, s'agissant de la loi, être distinguée de la promulgation. Alors que certains auteurs la rattache à la notion d'édiction, il ne fait pas grand doute que l'opération de publication s'en détache au contraire²⁹¹⁴. La seule considération de la sanction du défaut de publication suffit à le montrer. Si la publication était rattachée à l'édiction, elle serait nécessaire à l'existence même de l'acte et il faudrait considérer que la sanction de son défaut serait l'inexistence. Or, tel n'est pas le cas. L'acte non publié est seulement frappé d'inopposabilité. Il est seulement dépourvu de force obligatoire²⁹¹⁵. Ainsi, la publication ne conditionne pas la validité de la loi, mais son opposabilité²⁹¹⁶.

La publication a pour objet à la fois de porter le texte de loi à la connaissance des sujets de droit et de lui conférer sa force obligatoire. En d'autres termes, elle assure l'observabilité tant du contenant que du contenu normatif de la loi²⁹¹⁷. Du point de vue du contenant normatif, à compter du moment où le texte de loi est porté à la connaissance de ses destinataires, il est inséré dans l'ordonnement juridique²⁹¹⁸. Ses destinataires doivent l'incorporer dans leur réalité et en tirer les conséquences. Pour la loi, cet aspect revêt, comme on l'a dit, un caractère essentiel, dès lors qu'il commande l'application de la fiction de connaissance de la loi par les citoyens²⁹¹⁹. Il résulte des dispositions de l'ordonnance du 20

²⁹¹¹ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, pp. 121-122 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 58, n° 75 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, préc., p. 376, note 11 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 29, n° 24 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 25, n° 48.

²⁹¹² C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, préc., 1958-1959, p. 234. Les organes d'application du droit ne sont, comme l'a montré J. Héron, destinataires que de « la règle de droit public leur ordonnant de mettre en œuvre telle règle destinée à régir le comportement des sujets de droit » (J. HÉRON, art. préc., p. 315, n° 59). Il n'en va autrement que dans les rares cas où le destinataire de la norme n'est autre que l'organe d'application du droit lui-même. C'est le cas, par ex., lorsque la loi règle directement et immédiatement l'activité du juge. Cela signifie alors que l'activité juridictionnelle constitue un élément du présupposé de la règle judiciaire (cf., plus bas, p. 178, n° 158).

²⁹¹³ D. LE BÉGUEC, *loc. cit.* Voir, par ex., CE, 9 novembre 1917, *Grimm*, req. n° 60.642, Rec., p. 712.

²⁹¹⁴ CE, Sect., 27 janvier 1961, *Dauzizeau et autres*, req. n° 46.910 à 46.914, Rec., p. 57, *AJDA*, 1961, p. 75, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT.

²⁹¹⁵ Voir, en ce sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., pp. 54-57, n° 73. Pour une position contraire, cf. J. HÉRON, *op. cit.*, p. 26, n° 21 ; H. PÉROZ, art. préc., p. 413.

²⁹¹⁶ L'exigence de la publication de la loi comme condition de son opposabilité remonte à une ordonnance royale du 27 novembre 1816 (sur les moyens de publicité de la loi au cours de la période révolutionnaire, cf., notamment, E. CARTIER, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA*, 2005, n° 20, p. 1093). Elle fait dépendre, pour la première fois, la mise en application de la loi de sa publication au Bulletin des lois. Elle a été abrogée par l'art. 6 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs (JORF n° 44 du 21 février 2004, p. 3514). Sur l'ensemble de la question, voir R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 425, n° 141 ; A. ESMEIN, *eod. loc.* ; Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 22, n° 121 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 26, n° 21 ; J. LAFERRIÈRE, art. préc., p. 120 ; J. MOLINIÉ, *La publication en droit public français*, thèse dactyl., Paris II, p. 5 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, art. préc., p. 240 et 245.

²⁹¹⁷ Sur cette distinction, cf., plus haut, p. 641, n° 832. Voir également, P.-A. CÔTÉ, « Le mot "chien" n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi », in *Mélanges P. AMSELEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 279 ; P. FLEURY-LE GROS, *eod. loc.*

²⁹¹⁸ Au stade de la publication, les opérations d'élaboration de l'acte juridique sont achevées et celui-ci est juridiquement parfait, mais il n'est pas encore source de droits et obligations actuels (E. CARTIER, *loc. cit.* ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 208, n° 507 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, pp. 718-726, n° 12-19 ; J. HÉRON, art. préc., p. 292, n° 22). Comme le rappelle Portalis : « Mais les lois positives, qui sont l'ouvrage des hommes, n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existent » (J.-E.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 72 : le terme de promulgation signifie ici publication).

²⁹¹⁹ L'application de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi », suppose, en effet, que la loi soit connue ou susceptible de l'être. Selon l'adage cité par Y. Gaudemet, *lex non obligat nisi recte promulgata* (Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 23, n° 128). Cf. Commission supérieure de cassation, 9 février 1928, *D.*, 1929, I, p. 5, note BEUDANT ; CE, 30 octobre 1951, *Guyon*, req. n° 88.713,

février 2004 qui régit les modalités et les effets de la publication des lois que c'est au plus tôt le jour suivant sa publication, que l'existence du texte de la loi nouvelle devient une réalité qui doit obligatoirement être prise en compte par ses destinataires²⁹²⁰. Du point de vue du contenu normatif, la publication de la loi lui confère sa force obligatoire. En d'autres termes, celle-là rend obligatoires les énoncés prescriptifs contenus dans les dispositions de celles-ci. À compter de cet instant, les destinataires de la loi devront s'y conformer.

833. Une fois publiée²⁹²¹, la loi remplit toutes les conditions pour entrer en vigueur. En cela, la publication est bien la cause de l'entrée en vigueur de la loi²⁹²². Dans sa version issue de la même ordonnance, l'article 1^{er} du Code civil²⁹²³ exprime, pour la première fois avec clarté, le lien entre publication et entrée en vigueur de la loi²⁹²⁴. En vertu de ses dispositions, la loi entre en vigueur à la date qu'elle fixe ou, à défaut, le lendemain de sa publication. À l'issue de ce délai légal ou à compter de la date fixée par le texte²⁹²⁵, la loi est désormais en vigueur.

Toutefois, l'observabilité de la loi ne peut être assimilée tout à fait à son entrée en vigueur²⁹²⁶. Certes, force obligatoire et production d'effets de droit constituent une seule et même réalité²⁹²⁷ et, de fait, elles coïncident presque toujours²⁹²⁸. Le recours à la notion d'applicabilité permet de montrer qu'en réalité ces deux éléments doivent être dissociés²⁹²⁹ et que seule la date de prise d'effet de la loi ou, plus

Rec., T., p. 652. Sur cet adage, voir A. AKAM AKAM, « Libre propos sur l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *RRJ*, 2007, n° 1, p. 31 ; J. CARBONNIER, « La maxime "nul n'est censé ignorer la loi" en droit français », *RIDC*, 1984, n° spécial, p. 321 ; P. DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA*, 6 mars 2000, n° 46, p. 6 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 317.

²⁹²⁰ Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, déjà citée.

²⁹²¹ Seules des circonstances exceptionnelles peuvent dispenser la loi de publication. Exceptionnellement, celle-ci a pu valablement entrer en vigueur à la suite de sa notification (CE, 30 mai 1947, *Le Marhadour*, Rec., p. 224) ou d'un simple affichage (CE, Ass., 5 avril 1946, *Rouy*, Rec., p. 107, S., 1946, III, p. 44, note P. H. ; 11 juillet 1947, *Lejeune*, Rec., p. 313 ; Sect., 16 avril 1948, *Ministre de la production industrielle c/ Société française d'entreprises et de travaux publics*, Rec., p. 166, S., 1948, III, p. 54. Voir R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 367.

²⁹²² Si elle ne survient pas, la loi sera insusceptible de produire un quelconque effet (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 63, n° 81 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 62, n° 124 ; J. PETIT, thèse préc., p. 96, n° 191) et ne sera pas opposable à l'administration (CE, Ass., 16 avril 1943, *Lanquetot*, Rec., p. 101, S., 1943, III, p. 41, concl. LÉONARD, note R. MALÉZIEUX ; J. CARBAJO, thèse préc., pp. 23-24).

²⁹²³ Tel que modifié par l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, préc. En vertu de l'art. 7 de l'ordonnance, celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2004. Elle a fait l'objet d'une ratification par l'art. 78 V de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit (JORF n° 287 du 10 décembre 2004, p. 20857).

²⁹²⁴ B. SEILLER, art. préc., p. 1463. Ce lien était implicite sous l'empire du décret-loi du 5 novembre 1870, relatif à la publication des lois et décrets (Bull. des lois, XII^e série, 1879, 2^{ème} sem., n° 29, p. 167). Sur les difficultés suscitées par ce régime ancien, cf. CE, 24 mai 1946, *Conseil régional des pharmaciens de la région sanitaire d'Angers*, req. n° 73.673, Rec., p. 148 ; 22 janvier 1954, *Spampinato*, Rec., p. 41 ; 23 mars 1957, *Surin*, Rec., p. 137 ; 20 novembre 1959, *Gerbaud*, Rec., p. 612 ; voir également, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1142, n° 1331 ; J. HÉRON, art. préc., p. 292, n° 22 et *op. cit.*, p. 26, n° 21 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 323 ; J. PETIT, thèse préc., p. 101, n° 205 ; J.-Y. VINCENT « Acte administratif : Application dans le temps », fasc. préc., p. 4, n° 12.

²⁹²⁵ Tant que ces délais ne sont pas expirés, le texte publié mais non encore entré en vigueur ne développe pas plus d'effets que s'il n'avait pas été publié (cf., par ex. sous l'empire du décret du 5 novembre 1870 cité plus haut, CE, Ass., 26 juillet 1947, *Masteau*, Rec., p. 355). Voir également, R. ODENT, *op. cit.*, t. I, pp. 326-327.

²⁹²⁶ Une partie de la doctrine considère que le lien existant entre publication et entrée en vigueur n'est ni nécessaire, ni automatique (Y. GAUDEMET, fasc. préc., p. 8, n° 3 ; J. HÉRON, art. préc., p. 293, n° 23 et *op. cit.*, p. 27, n° 22 ; J. PETIT, thèse préc., p. 97, n° 194), tandis qu'une autre a tenté de montrer qu'en réalité ce lien était bien nécessaire, mais n'était pas toujours automatique (P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 62, n° 125). Quelle que soit la position adoptée, il est au moins admis que l'une et l'autre ne se correspondent pas exactement.

²⁹²⁷ Cf. la démonstration de J. PETIT, *eod. loc.* Voir, dans le même sens, E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », préc., pp. 415-417, n° 10-11 ; P.-A. CÔTÉ, « Le moment de l'entrée en vigueur de la loi et le moment de sa prise d'effet : faut-il distinguer ? », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 155 ; F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, préc., pp. 259-261 et pp. 269-274 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 208, n° 501 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 57, n° 77 ; J. HÉRON, art. préc., p. 291, n° 21 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 51, n° 360.

²⁹²⁸ L. BACH, fasc. préc., p. 23, n° 130 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 63, n° 81 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 28, n° 23.

²⁹²⁹ Comme le souligne le Conseil d'État, « le régime de publicité des lois et actes administratifs a pour fonction de régler dans tous les cas la date à laquelle l'acte devient obligatoire, mais non de régler dans tous les cas la date à laquelle il entre en vigueur »

généralement, de son entrée en application correspond à celle de son entrée en vigueur²⁹³⁰. Une loi n'entre en vigueur qu'au moment où elle devient applicable.

II – L'APPLICABILITE DE LA LOI, MOMENT DE SON ENTREE EN VIGUEUR

834. La notion d'applicabilité se rapporte, non plus aux destinataires de la norme, mais aux faits qu'elle régit²⁹³¹. Elle concerne le « *passage à l'effectivité des droits créés* »²⁹³². Il s'agit du moment où la loi entre en application, où elle va développer la plénitude de ses effets²⁹³³. À compter de cette date, l'effet de droit prévu par la règle de droit pourra être imputé à l'ensemble des faits entrant dans son présupposé²⁹³⁴. Tant ses destinataires que les organes d'application du droit²⁹³⁵ devront alors tirer toutes les conséquences des droits et obligations que la loi a créés. La date d'applicabilité correspond bien à l'instant logique à compter duquel la loi est désormais en vigueur. Néanmoins, son identification concrète reste nécessairement contingente²⁹³⁶. En effet, la date d'applicabilité ne peut être déterminée qu'en recherchant la date du premier fait auquel la norme est susceptible d'attacher des conséquences juridiques²⁹³⁷. Par déduction, la date d'applicabilité sera fixée au moment immédiatement antérieur à la survenance de ce fait initial.

Dans la grande majorité des cas, dissocier la période d'observabilité de celle de l'applicabilité de la loi ne présente guère d'intérêt. Le fait que le régime d'entrée en vigueur de la loi impose un décalage d'un jour entre la publication et l'entrée en vigueur de la loi signifie simplement que celle-ci devient simultanément observable et applicable à l'expiration de ce court délai²⁹³⁸. Il en va de même, lorsque ce délai est, par exception, écarté. En cas d'urgence, la loi peut entrer immédiatement en vigueur, c'est-à-dire le jour même de sa publication, à condition que le décret de publication l'ait prescrit²⁹³⁹. Ici, la date

(Conseil d'État, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 12).

²⁹³⁰ Comme le montre G. Éveillard, ces variations lexicales n'impliquent aucune conséquence notionnelle, mais traduisent simplement des différences contextuelles (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 63, n° 80 et les ex. cités). Voir, dans le même sens, R. TREMBLAY, art. préc., pp. 165-166.

²⁹³¹ P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.* Pour une formulation particulièrement explicite, cf. CE, 28 mai 1971, *Époux Godet*, req. n° 75.621, Rec., p. 394.

²⁹³² P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 99 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 208, n° 501.

²⁹³³ A. CÔTÉ, art. préc., in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *op. cit.*, p. 155 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 60, n° 78. Selon la Formule de C. Eisenmann, elle devient source de droits et obligations actuels (C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 708, n° 4).

²⁹³⁴ C'est précisément en cela que consiste le processus d'application du droit. Selon la définition de H. Motulsky, la réalisation du droit « *c'est la tentative de penser un cas concret comme contenu dans un règle de droit, et la constatation du résultat, positif ou négatif, de la recherche* » (H. MOTULSKY, thèse préc., p. 45, n° 45). Voir, dans le même sens, J. PETIT, thèse préc., p. 114, n° 235.

²⁹³⁵ Il n'y a pas lieu ici de distinguer entre l'applicabilité aux sujets de droit et applicabilité par les organes d'application du droit. Si le point de vue change, le début et la fin de la période d'applicabilité de la norme coïncident toujours (cf. P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 26, n° 49 et 50).

²⁹³⁶ De même, la notion peut se voir reprocher sa relative indétermination, dès lors qu'elle ne permet pas de différencier les situations régies par la loi au moment où celle-ci entre en vigueur. Que la loi ait vocation à régir une situation en cours ou une situation à naître, sa date d'entrée en vigueur sera, dans les deux cas, la même. Comme le rappelle justement G. Éveillard, « *la détermination de la date d'entrée en vigueur d'une loi ne saurait en général suffire à résoudre le conflit de loi dans le temps, mais seulement à déterminer le moment auquel il se pose* » (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 64, n° 82).

²⁹³⁷ J. HÉRON, *op. cit.*, p. 29, n° 27 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 25, n° 48 ; T. RENOUX, « Table ronde sur le principe de non-rétroactivité des lois : France », préc., p. 359.

²⁹³⁸ Cf., parmi de nombreux ex., CE, 9 novembre 1917, *Grimm*, préc. ; 27 avril 1983, *Société Arthur Martin*, req. n° 23.485, Rec., p. 164. Comme l'a montré le Doyen Héron, le délai prévu par les dispositions de l'article 2 du décret du 5 novembre 1870, repris à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 20 février 2004 déjà citée, ne saurait être qualifié de condition d'entrée en vigueur des textes publiés au Journal Officiel. Cette prescription a seulement pour objet de « *fixer la date normale d'entrée en vigueur de normes déterminées en fonction du moyen qui a été utilisé pour leur publication [...] Son intérêt est évident : elle dispense l'auteur d'une norme nouvelle d'indiquer, dans la même norme, la date de son entrée en vigueur* » (J. HÉRON, art. préc., p. 292, n° 22). Voir, dans le même sens, C. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », préc., p. 201, n° 12.

²⁹³⁹ Art. 2 de l'ordonnance du 20 février 2004 citée plus haut.

de publication de la loi correspond exactement à celle de son entrée en vigueur et là encore, observabilité et applicabilité coïncident parfaitement.

La situation n'est pas différente lorsqu'un écart plus grand sépare la publication de l'entrée en vigueur de la loi. De nombreuses lois reportent leur entrée en vigueur à une date ultérieure à celle qui aurait résulté de l'application du régime de droit commun d'entrée en vigueur des lois²⁹⁴⁰. L'entrée en vigueur différée de la loi se manifeste soit par la fixation d'une date²⁹⁴¹, soit par le renvoi à des mesures d'application²⁹⁴². Dans ce dernier cas, l'entrée en vigueur de la loi est subordonnée à l'intervention de ces mesures²⁹⁴³ et son application reste manifestement impossible tant qu'elles n'auront pas été prises²⁹⁴⁴. L'entrée en vigueur de celle-ci est logiquement différée à l'entrée en vigueur de celles-là²⁹⁴⁵.

²⁹⁴⁰ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 308, n° 395 et s. ; J. HÉRON, art. préc., p. 293, n° 23.

²⁹⁴¹ Les dispositions de l'article 1^{er} du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 20 février 2004 citée plus haut, reprennent cette solution consacrée de longue date en jurisprudence. Comme le montre G. Éveillard, le report de l'entrée en vigueur apparaît par simple comparaison de la date normale d'entrée en vigueur et celle qui est explicitement prévue par la disposition transitoire (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 309, n° 398). L'ordonnance de 2004 constitue un exemple typique d'entrée en vigueur différée, les dispositions de son article 7 fixant son entrée en vigueur au 1^{er} juin 2004. Le report dans le futur de l'entrée en vigueur de la loi ne saurait être, par principe, qu'exprès (CE, 16 mars 1977, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Dame Malesscot*, req. n° 00.915, Rec., p. 146, *DF*, 1978, comm. 129, concl. FABRE). Toutefois, des dispositions transitoires implicites ont été admises dans de rares cas (cf. CE, 12 juin 1987, *Ferretti*, req. n° 60.047, Rec., T., p. 545 ; C.Const., déc. n° 98-407 DC, 16 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux*, cons. 29, Rec., p. 21, *AJDA*, 1999, n° 2, p. 149, chr. J.-E. SCHOETTL, *RFDA*, 2000, n° 1, p. 109, note L. BAGHESTANI-PERREY et M. VERPEAUX, *RFDC*, 1999, p. 142, note R. GHÉVONTIAN). Voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 311, n° 401.

²⁹⁴² Bien que ce renvoi soit rarement exprès (sur le renvoi à une loi ultérieure, cf., par ex., CE, 2 septembre 1983, *Élections municipales de Sarcelles*, req. n° 51.182 et 51.853, Rec., p. 363 (sol. *a contrario*), *AJDA*, 1983, n° 12, p. 682, concl. B. GENEVOIS ; 14 septembre 1983, *Élections municipales de Villeneuve-Saint-Georges*, req. n° 51.632, *Dr. adm.*, 1983, n° 421 ; pour un renvoi à un règlement d'application, CE, 27 février 1948, *Sieur Vié et gouverneur généra de Madagascar*, Rec., p. 99 ; Ass., 27 novembre 1964, *Ministre des Finances et des Affaires économiques c/ Dame veuve Renard*, req. n° 59.068, Rec., p. 590, concl. Y. GALMOT, *D.*, 1965, J., p. 632, note J.-M. AUBY, *AJDA*, 1964, n° 12, p. 678, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET, *RDP*, 1965, n° 4, p. 716, concl. Y. GALMOT ; Sect., 1^{er} mars 1996, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Guillet*, req. n° 161.670, Rec., p. 57, *D.*, 1996, J., p. 569, note J.-P. MARKUS), il ne saurait être rangé parmi les cas, au demeurant très rares, de report implicite de la date d'entrée en vigueur de la loi. En effet, c'est la précision du contenu de la loi qui commande la nécessité de mesures d'application et non le renvoi exprès à un texte d'application (CE, Ass. Plén., 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie*, req. n° 4.594, Rec., p. 172 ; 18 octobre 2002, *Catsiapis*, req. n° 242.896, Rec., T., p. 905, *AJDA*, 2002, n° 21, p. 1353, note P. CASSIA, *Dr. adm.*, 2003, n° 70, note R. SCHWARTZ). Dans cet ordre d'idées, une disposition prévoyant l'intervention d'un texte d'application n'est même pas nécessaire (CE, Ass., 26 février 1954, *Département de la Guadeloupe*, Rec., p. 129 ; Sect., 23 mai 1958, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mgr Weber*, Rec., p. 293, *RDP*, 1958, n° 5, p. 985, note M. WALINE ; 17 février 1975, *Sèbe*, req. n° 93.465, Rec., p. 184 ; 23 juillet 1993, *Société Fougerolle*, préc.), sous réserve des cas dans lesquels la volonté du législateur est explicite ou implicite, mais certaine (CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, req. n° 204.024, Rec., p. 322, *JCP G*, 2000, I, 274, chr. R. ONDOUA, *LPA*, 17 novembre 2000, n° 230, p. 14, note A. LAQUIÈZE, *RFDA*, 2003, n° 1, p. 116, note C. DEFFIGIER). Voir, en ce sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 313 et s., n° 404 et s., spéc. p. 314, n° 404 ; J.-C. VENEZIA, « Les mesures d'application », préc., p. 674.

²⁹⁴³ En effet, le contenu de la loi ne revêt pas un caractère suffisamment précis pour que ses dispositions puissent être applicables par elles-mêmes (cf., parmi de nombreux ex., CE, 30 janvier 1952, *Ville de Lyon*, Rec., p. 71 ; 4 novembre 1981, *Olier*, req. n° 16.977, Rec., T., p. 596 ; 12 juin 2002, *Caisse de décès "Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine"*, req. n° 240.741, Rec., T., p. 606, *Dr. adm.*, 2003, n° 1, p. 14, note P. CASSIA ; 17 décembre 2004, *Ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales*, req. n° 270.683, Rec., T., p. 562 ; 23 mars 2005, *Lefebvre*, req. n° 266.873, Rec., T., p. 721, *AJDA*, 2005, n° 16, p. 905 concl. M. GUYOMAR, *AJFP*, 2005, n° 3, p. 152, note P. SOUBIROUS, *BJCL*, 2005, n° 5, p. 319, concl. M. GUYOMAR, *Procédures*, 2005, n° 6, p. 22, note S. DEYGAS ; 24 octobre 2005, *Société du Tertre rouge*, req. n° 272.657, Rec., T., p. 721, *Construct.-Urb.*, 2005, n° 12, p. 29, note G. GODFRIN, *RDI*, 2006, n° 1, p. 46, note L. MARION).

²⁹⁴⁴ En leur absence, la loi reste inapplicable (cf., par ex., CE, 30 mai 1947, *Massier*, req. n° 66.596, Rec., p. 233 ; 5 novembre 1965, *Odienne*, req. n° 61.687, Rec., p. 582 ; 3 octobre 2003, *Société Norminter*, req. n° 248.499, Rec., T., p. 646 ; 27 juillet 2005, req. n° 270.953, *Haikou*, Rec., T., p. 910 ; 21 mars 2008, *Société Mégaron*, req. n° 310.173, Rec., T., p. 595, *AJDA*, 2008, n° 12, p. 669, *BJCL*, 2008, n° 6, p. 423, concl. A. COURRÈGES, *Dr. adm.*, 2008, n° 5, p. 31, note A. COURRÈGES, *JCP A*, 2008, n° 16, p. 29, concl. A. COURRÈGES et note P. BILLET, *JCP G*, 2008, II, 10104, note H. KENFACK) et le régime ancien demeure en vigueur (CE, 16 mai 1947, *Teyssier*, Rec., p. 205 ; 17 avril 1953, *Société des papeteries Bouche*, Rec., p. 171 ; Sect., 5 mai 1967, *Conseil national de l'ordre des médecins et autres*, req. n° 64.911, 64.912, 64.942 et 65.052, Rec., p. 192, *Rev. Dr. Soc.*, p. 523, concl. G. BRAIBANT et p. 529, note J. BONG, *JCP G*, 1967, II, 15286, obs. N. CATALA-FRANJOU ; Sect., 13 février 1987, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Szulman*, req. n° 69.947, Rec., p. 57, *D.*, 1987, J., p. 260, note P. TERNEYRE (sol. impl.) ; 25 mai 1992, *Département de l'Hérault*, req. n° 91.326, Rec., T. p. 770, *AJDA*, 1992, n° 7-8, p. 480, chr. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ ; 2 avril 1993, *Commune de Châteauroux*, req. n° 101.507, Rec., T., p. 591 ; 29 juillet 1994, *Rudeau*, req. n° 155.175, Rec., T., p. 771 ; 10 juillet 1995, *Époux Tendart-Diot*, req. n° 141.757, Rec., T., p. 641 ; 18 mars 1996, *Centre communal d'action sociale de Toulouse*, req. n° 107.065, Rec., T., p. 966 ; 31 juillet 1996, *Syndicat national de radiodiffusion et de télévision*, req. n° 142.999, Rec., p. 320, *JCP G*, 1996, II, 22735, concl. J.-H. STAHL). Afin d'éviter la paralysie dans la mise en œuvre de la loi nouvelle, résultant souvent

La technique de l'effet différé implique le décalage tant de l'observabilité que de l'applicabilité de la loi²⁹⁴⁶. Il ne saurait en être autrement. En effet, retarder l'applicabilité par rapport à l'observabilité n'a littéralement aucun sens²⁹⁴⁷. La loi dont l'entrée en vigueur est retardée serait d'ores et déjà obligatoire pour ses destinataires, mais aucun fait ne pourrait être examiné au regard de ses dispositions. Elle serait privée de toute portée. En réalité, seule la loi ancienne serait alors applicable et, *a fortiori*, observable. Ainsi, la loi dont l'entrée en vigueur est différée devient nécessairement observable et applicable au même moment²⁹⁴⁸.

835. À l'inverse, la technique de l'effet rétroactif consiste, comme on l'a vu, à avancer la date d'applicabilité de la loi par rapport à celle à laquelle elle devient observable. En d'autres termes, la loi produit son effet à moment antérieur à celle de sa publication, que cet instant corresponde à une date déterminée ou à la réalisation de l'ensemble des éléments qui conditionnent son déclenchement²⁹⁴⁹. En anticipant son applicabilité, la loi rétroactive déroge ainsi au régime normal de son entrée en vigueur.

Si le régime d'entrée en vigueur présente une certaine homogénéité, il n'en va pas de même en matière d'actes administratifs où règne la plus grande hétérogénéité.

§ 2 : L'hétérogénéité des régimes d'entrée en vigueur des actes administratifs

836. L'identification de la rétroactivité suppose de déterminer si l'acte administratif est entré en vigueur à un moment antérieur à celui auquel il aurait normalement dû l'être. Elle résulte ainsi de la comparaison entre la date normale de l'entrée en vigueur de l'acte administratif²⁹⁵⁰, telle qu'elle se déduit du régime qui lui est applicable, et celle à laquelle il prend effectivement effet. Si la seconde

de l'inertie du pouvoir réglementaire, les mesures qu'implique nécessairement son application doivent intervenir dans un délai raisonnable (CE, Ass., 7 juillet 2004, *Danthony*, req. n° 250.688, Rec., p. 309 ; 19 mai 2006, *Syndicat national des ostéopathes de France (SNOF) et Registre des ostéopathes de France*, req. n° 280.702, Rec., T., p. 706 ; 29 juin 2011, *Société Cryo-Save France*, req. n° 343.188, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 24, p. 1356).

²⁹⁴⁵ La date d'entrée en vigueur de la loi est alors appréciée par rapport à la date de publication de sa mesure d'application (pour une formulation particulièrement explicite, cf. CE, 15 novembre 1985, *Ville de Hyères*, req. n° 56.518, Rec., p. 326 ; 7 octobre 2009, *Commune du Plessis-Pâté*, req. n° 325.829, Rec., T., p. 922, *JCP A*, 2009, n° 47, p. 33, note P. RAIMBAULT). Il en va ainsi lorsque la loi contient des dispositions subordonnant expressément ou impliquant nécessairement son exécution à l'intervention de mesures d'application (cf., par ex., CE, 30 novembre 1906, *Jacquin*, préc. ; 12 mars 1975, *Sèbe*, préc. ; 17 juin 1977, *Rahmani*, req. n° 99.941, Rec., T., p. 705 ; 25 juin 1986, *Centre hospitalier général de Rochefort-sur-mer c/ Mme Cloiseau*, req. n° 64.742, Rec., p. 176 ; 23 juillet 1993, *Société Fougerolle*, préc. ; 23 octobre 1995, *Association Arthus*, préc. ; 15 décembre 2000, *Fédération nationale des familles de France*, préc. ; 26 février 2001, *Mme Laloubère*, préc. ; Avis, 26 novembre 2008, *M. Silidor*, req. n° 315.441, Rec., p. 442, *AJDA*, 2009, n° 5, p. 270, concl. M. GUYOMAR, *RFDA*, 2009, n° 1, p. 183 et n° 2, p. 347, chr. P. CASSIA). L'entrée en vigueur de la loi cesse de dépendre de l'intervention de ces mesures lorsque ses dispositions se suffisent, en réalité, à elles-mêmes (CE, 23 novembre 1949, *Gaulard*, req. n° 94.072, Rec., p. 497 ; 10 juillet 1995, *Époux Tendart-Diot*, préc. ; 14 novembre 2001, *Demailly*, req. n° 230.200, Rec., T., p. 820 (sol. impl.), *BDCF*, 2002, n° 2, p. 66, concl. G. BACHELIER, *CMP*, 2002, n° 1, p. 29, note P. DELELIS, *JCP CTI*, 2002, n° 1, p. 20, note L. ERSTEIN ; 28 mai 2003, *Creton et autres*, req. n° 247.492, Rec., T., p. 646 ; 28 juillet 2004, *Fédération nationale des usagers des transports (FNAUT)*, req. n° 252.670, Rec., T., p. 573, *RFDA*, 2005, n° 2, p. 364, note J.-F. LACHAUME ; 29 juin 2005, *Mme Métayer*, req. n° 261.846, Rec., p. 260, *AJFP*, 2005, n° 6, p. 325, *BJCL*, 2005, n° 8, p. 545, concl. F. SÉNERS ; 11 mai 2007, *Mme Pierres*, req. n° 284.681, Rec., T., p. 669, *AJDA*, 2007, n° 31, p. 1719, note S. HUL, *Dr. adm.*, 2007, n° 7, p. 19, note J.-M. FÉVRIER ; Sect., Avis, 4 juin 2007, *Lagier et Consorts Guignon*, req. n° 303.422 et 304.214, Rec., p. 228, *AJDA*, 2007, n° 33, p. 1800, chr. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, *JCP A*, 2008, n° 10-11, p. 32, note C. PAILLARD, *JCP E*, 2007, 1897, étude C. GUETTIER, *RDSS*, 2007, n° 4, p. 680, concl. L. DEREPAIS ; 21 mars 2008, *Société Mégaron*, préc.). Cf., sur l'ensemble de la question, Conseil d'État, étude préc., p. 12 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 310, n° 400 ; J. PETIT, thèse préc., p. 102, n° 206 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, art. préc., p. 46.

²⁹⁴⁶ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 309, n° 398 ; J. HÉRON, *op. cit.*, pp. 33-34, n° 31.

²⁹⁴⁷ Réserve faite naturellement des effets attachés à son édiction, tels son incontestabilité contentieuse (cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 61, n° 79 ; J. HÉRON, *op. cit.*, pp. 36-37, n° 35).

²⁹⁴⁸ Lorsque la loi repousse son entrée en vigueur à une date ultérieure qu'elle fixe, celle-ci se produit dès la survenance de la date prévue (cf., par ex., CE, 19 décembre 1969, *Société X...*, req. n° 75.364, Rec., p. 598 ; 14 octobre 1970, *Sieur Bastide*, req. n° 77.238, Rec., p. 569). Lorsque la loi contient des dispositions subordonnant expressément ou nécessairement son exécution à l'intervention d'un texte ultérieur, elle entre en vigueur à compter de la publication de ce dernier.

²⁹⁴⁹ Sur ce point, cf. p. 57 et s., n° 86 et s. et p. 634, n° 822.

²⁹⁵⁰ Cf., dans le même sens, en matière d'actes administratifs unilatéraux, É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 94.

précède la première dans la chronologie, il pourra y avoir rétroactivité. Hors les cas où celle-ci est compromise par une dissimulation coupable de la part de son auteur²⁹⁵¹, la connaissance des deux éléments de la comparaison est rendue possible par l'analyse du processus d'entrée en vigueur des normes, lequel met en jeu trois concepts successifs. La séquence logique induite par ce processus permet alors de décrire le mécanisme par lequel il est procédé à la mise en vigueur anticipée de la norme juridique.

837. Cette méthode est tout à fait transposable aux normes administratives unilatérales et déjà mise en œuvre par une partie de la doctrine. Simplement, cette dernière utilise les termes d'édiction, d'opposabilité et d'invocabilité de l'acte administratif pour décrire son entrée en application²⁹⁵² par préférence à ceux d'édiction, d'observabilité et d'applicabilité de la norme²⁹⁵³, sans que cette différence de vocabulaire n'emporte de réelle conséquence notionnelle. Ainsi, l'acte administratif qui prend effet à un moment antérieur à la date de son édiction ou de son opposabilité signifie que la norme qu'il porte devient applicable avant que d'être édictée ou rendue observable. Néanmoins, le recours au second ensemble de concepts plutôt qu'au premier présente un avantage certain, dès lors qu'il permet de résoudre une double difficulté rencontrée traditionnellement dans l'étude de l'entrée en vigueur des actes administratifs. D'une part, il permet d'écarter la théorie de l'opposabilité couramment utilisée pour décrire les effets de l'acte administratif et dont les imprécisions ont, au demeurant, déjà été dénoncées²⁹⁵⁴. D'autre part, le recours au concept d'observabilité de la norme met en lumière le rôle essentiel joué par la publicité donnée à l'acte administratif dans son entrée en vigueur. Partant, il est permis de trancher la question de savoir si celle-ci a un caractère constitutif ou simplement déclaratif²⁹⁵⁵ en faveur de la première solution.

²⁹⁵¹ Sur le problème de l'antidate des actes administratifs unilatéraux, voir O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 153, n° 132 ; R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, préc., p. 118. Ce problème est résolu par l'absence de prise en compte par le juge de la fausse date pour apprécier la légalité de l'acte (CE, 4 juin 1954, *Vingtain*, Rec., p. 342 ; 6 juin 1958, *Fédération nationale de l'industrie hôtelière et autres*, Rec., p. 313), notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si ce dernier a pu valablement prendre effet. Ainsi, l'acte antidaté qui est, en réalité, intervenu à l'expiration de la période au cours de laquelle il aurait dû être édicté, encourt l'annulation (CE, 4 mars 1949, *Rau*, Rec., p. 103).

²⁹⁵² R. HOSTIOU, thèse préc., p. 135 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 57 et s.

²⁹⁵³ Voir cependant, R. HOSTIOU, thèse préc., p. 113 et s. ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 42 et s., n° 292 et s. De son côté, le juge ne s'y réfère que très rarement. Cf., par ex., CE, Sect., 24 mars 1950, *Société Blondeau et Arnaud*, Rec., p. 183 : « ...l'arrêté du 31 décembre 1946 dispose dans son article 2 que le nouveau régime qu'il institue prendra effet le 23 septembre 1946 ; qu'en l'absence d'une disposition de la loi l'y autorisant le gouverneur général ne pouvait légalement imposer aux exportateurs à partir de cette date l'observation d'un règlement qu'il n'a édicté que le 31 décembre suivant et qui n'a été publié que le 10 janvier 1947 ».

²⁹⁵⁴ Certains auteurs ont critiqué les confusions entraînées par la dualité de la notion d'opposabilité qui conduit à distinguer les effets d'un acte à l'égard de l'administration d'un côté et à l'égard des administrés – destinataire ou tiers – de l'autre (J. CARBAJO, thèse préc., p. 32 et s. ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 705 et s., spéc. p. 720 ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 136 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 571, n° 581 ; G. KOUBI, « Acte exécutoires et actes des autorités locales », *RDP*, 1990, n° 5, p. 1493, spéc. p. 1502 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 61 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 80 et s.). Inspirée du droit privé, la théorie de l'opposabilité s'attache à un acte juridique en tant que les dispositions contenues dans l'acte ont été portées à la connaissance des tiers. Elle ne conditionne que l'efficacité de l'acte juridique à l'égard des tiers mais reste étrangère à la formation de l'acte (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 179, 1984, p. 294. ; D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, Sirey, 1929, p. 334). Ainsi, l'opposabilité ne concerne aucunement les rapports entre la norme et ses destinataires, mais s'adresse uniquement aux organes d'application du droit ou aux tiers « adressataires » de la norme (C. EISENMANN, *loc. cit.*). Ainsi, la théorie de l'opposabilité entraîne une confusion entre les notions d'observabilité et d'invocabilité de la norme qu'elle place sur un même plan (G. KOUBI, art. préc., p. 1503 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 43, n° 300). Or, seule la première se rapporte à la question de l'entrée en vigueur de la décision administrative (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 58-59, n° 76 ; J. MOREAU, *op. cit.*, p. 229, n° 164).

²⁹⁵⁵ Comme le remarquait M. Stassinopoulos : « Pour avoir la force de produire des effets juridiques, la volonté de l'administration doit être déclarée. Mais c'est alors que se pose la question de savoir quelles sont les opérations nécessaires pour que cette déclaration de la volonté de l'administration soit considérée comme ayant eu lieu » (M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 223, § 46). La doctrine s'accorde pour dire qu'en principe la date d'édiction de l'acte unilatéral est indifférente pour déterminer la date d'entrée en vigueur de l'acte administratif. C'est donc sur le rôle joué par la publicité de l'acte dans le processus de sa mise en vigueur que se sont cristallisés les débats doctrinaux (cf., plus bas, p. 604, n° 860 ; G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 3^e éd., 1964, p. 162 et 12^e éd., 1992, t. I, p. 305). Pour une partie de la doctrine, l'acte étant soumis, dans la grande majorité des cas, à l'accomplissement de mesures de publicité pour produire la plénitude de ses effets, celles-ci sont donc indispensables à la

838. En revanche, l'analyse normative ne s'impose pas avec la force de l'évidence à l'égard des contrats administratifs. Alors que la théorie classique lui refuse la qualité de norme²⁹⁵⁶, l'intégration progressive des contrats à la légalité administrative a progressivement levé les objections adressées à une telle analyse. Norme de droit public positif²⁹⁵⁷, le contrat administratif occupe la dernière place dans la hiérarchie des normes, en raison de la prééminence des normes unilatérales²⁹⁵⁸. Néanmoins, le contrat n'est pas une norme comme les autres, si bien que la doctrine se sépare encore sur la question du fondement de la normativité du contrat. Il est sans doute excessif de considérer le contrat comme « une norme émanant des volontés autonomes des parties, lesquelles ne peuvent s'exercer qu'à l'intérieur d'un cadre légal prédéfini »²⁹⁵⁹. Il semble plus juste, suivant l'analyse développée par M. Richer²⁹⁶⁰, de considérer que la norme contractuelle puise sa valeur obligatoire à la fois dans le dogme de l'autonomie de la volonté²⁹⁶¹ et dans sa conformité aux normes supérieures²⁹⁶². Quoi qu'il en soit, l'analyse

production de ses effets normateurs (R. HOSTIOU, thèse préc., p. 133 et s. ; G. ISAAC, thèse préc., p. 570, n° 578 ; S. THÉRON, « Le provisoire dans ses rapports à l'acte administratif unilatéral », in *Études en l'honneur du Professeur J.-A. MAZÈRES*, Paris, Lexis Nexis Litec, 2009, p. 785, spéc. p. 797 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 150, n° 256). En d'autres termes, la norme naît avec son édicton, mais n'acquiert sa valeur actuelle qu'à la condition d'avoir fait l'objet de mesures de publicité (pour une position contraire, cf. C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, préc., 1958-1959, p. 228 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 62 et s.). Elle fait partie de l'ordonnement juridique mais n'a pas été encore « activée ». Ces deux éléments conditionnent l'applicabilité de la norme, seule notion déterminante pour déterminer la date de son entrée en vigueur (B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », préc., p. 1463). En tant qu'elle constitue une condition de l'entrée en vigueur de la norme, la publicité joue bien un rôle constitutif et non simplement déclaratif.

²⁹⁵⁶ Selon P. Mayer, il faut dénier au contrat la qualité de norme, au motif que les personnes privées ne peuvent être regardées, contrairement à ce que H. Kelsen a pu affirmer (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 201), comme des organes spécialement habilités par l'État à cet effet (P. MAYER, thèse préc., p. 9 et s., n° 12 et s., spéc. p. 12, n° 16). Partant, le contrat ne satisferait pas à la définition de la norme juridique. À cette objection d'ordre théorique, s'ajoute un argument tiré du principe de l'effet relatif du contrat, lequel fonde le refus de reconnaître que le contrat constitue, en tant que tel, une norme de référence de la légalité administrative (CE, 18 mars 1998, *Union nationale des associations familiales (UNAF) et autres*, préc. : le moyen tiré de la violation d'un contrat est inopérant devant le juge de l'excès de pouvoir), ainsi que l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à son encontre (R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 382 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 221, n° 414 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pp. 500-501 ; pour une critique, voir J. WALINE, « Contrat et recours pour excès de pouvoir », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de D. LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 859). Pour une critique de ces objections, voir D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, n° 1, p. 15, spéc. p. 19 et s.

²⁹⁵⁷ D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, n° 1, p. 15.

²⁹⁵⁸ Un contrat n'est légal que s'il est conforme aux lois et décisions administratives unilatérales. Cf. Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapp. préc., Vol. 1, p. 91.

²⁹⁵⁹ Conseil d'État, rapp. préc., p. 94 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 554, n° 30. Le contrat ne se borne pas simplement à attribuer à une personne une situation juridique préconstituée. Il n'est pas l'acte-condition d'une situation légale et réglementaire (D. de BÉCHILLON, art. préc., p. 16 ; C.-L. VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, Paris, thèse dactyl., 1972, p. 386).

²⁹⁶⁰ L'auteur estime, en effet, que le contrat ne repose pas exclusivement sur l'autonomie de la volonté. Le droit positif détermine également les obligations des parties. Dès lors, la place de la volonté ne peut être que celle que lui laisse le droit objectif. C'est le cas, notamment, des règles générales dégagées tant par la jurisprudence que dans les sources écrites. Certaines de ces règles, tel le pouvoir de modification unilatérale, ne sont pas extérieures au contrat mais s'y intègrent. Voir L. RICHER, *op. cit.*, p. 21 et s., n° 17 et s., spéc., p. 25, n° 25. Cf., dans le même sens, C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1951, n° 11, p. 35 ; S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », préc., p. 61 ; M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », préc., p. 576.

²⁹⁶¹ Celle-ci tient une part moins significative en droit public qu'en droit civil, compte tenu de ce qu'elle est concurrencée par les fins de l'action publique. La volonté de l'administration reste, en effet, toujours soumise à une contrainte de but, la satisfaction de l'intérêt général. Sur cette question, voir J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, p. 317 ; F.-X. FORT, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », préc., p. 27 et s. ; G. JÉZE, *Les contrats administratifs*, préc., t. I, pp. 14-15 ; S. NICINSKI, art. préc., p. 45 et s. ; G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, préc., p. 603 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 23, n° 22 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. I, préc., p. 724, n° 722. Voir, plus récemment, l'étude critique de F. GARTNER, « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », *RFDA*, 2006, n° 1, p. 19. Sur la critique de l'autonomie de la volonté comme fondement unique du contrat, voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, préc., p. 86 et s., n° 104 et s. ; P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préc., p. 22 et s., n° 21 et s. ; G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, préc., p. 357, n° 684.

²⁹⁶² L'auteur ne va toutefois pas jusqu'à reconnaître que le contrat n'est que la concrétisation d'une norme supérieure (L. RICHER, *op. cit.*, p. 21, n° 20). Ainsi, L. Richer écarte donc la thèse d'H. Kelsen, dans la mesure où elle conduit à voir dans l'article 1134 du Code civil la norme d'habilitation à contracter (H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », préc., p. 32, § 1). Voir, dans le même sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *op. cit.*, p. 95, n° 118.

normative du contrat conduit à lui appliquer la méthode jusqu'ici suivie pour isoler son effet sur le passé et qui suppose d'analyser, au préalable, le processus de son entrée en vigueur.

839. En matière d'actes administratifs, c'est la plus grande diversité des régimes d'entrée en vigueur qui prévaut. Même si l'entrée en vigueur des normes administratives suit un processus logique identique, l'identification concrète de la date d'entrée en application de l'acte administratif dépend largement des conditions posées à sa prise d'effet. Or, celle-ci varie grandement selon que les textes ont entendu encadrer, plus ou moins strictement, la production de la norme administrative. Certes, certaines conditions d'entrée en vigueur sont communes à l'ensemble des actes administratifs, telles l'obligation de transmission des actes des autorités décentralisées au contrôle de légalité ou d'approbation préalable de l'acte par une autorité distincte de son auteur. Néanmoins, on ne saurait en inférer pour autant qu'il existerait un principe général gouvernant l'entrée en vigueur des actes administratifs. Bien au contraire, les actes administratifs unilatéraux (I) et les contrats administratifs (II) obéissent à un régime d'entrée en vigueur qui leur est propre.

I – L'ENTREE EN VIGUEUR DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATERAUX

840. Il n'existe aucun principe général de publicité des actes administratifs unilatéraux, de même qu'aucun régime général n'organise, de manière uniforme, leurs conditions d'entrée en vigueur. Au contraire, de nombreux régimes particuliers, répondant à des finalités différentes, ont été prévus pour chaque catégorie d'acte administratif unilatéral. Quelques-uns présentent un certain degré de complexité, requérant l'accord d'autorités distinctes de celle qui a émis l'acte ou l'accomplissement de formalités, tandis que quelques autres restent lacunaires²⁹⁶³. En leur absence, c'est à la jurisprudence qu'il est alors revenu de fixer les règles générales de la procédure administrative non contentieuse²⁹⁶⁴, dont relève la question de l'entrée en vigueur des actes administratifs.

Dans un cas comme dans l'autre, la procédure d'insertion dans l'ordonnement juridique des actes administratifs met en jeu un certain nombre d'éléments dont il n'est pas toujours aisé de déterminer la fonction ou la portée. Il devient alors difficile, selon les cas, d'isoler le moment où l'acte administratif va prendre effet. À nouveau, le rattachement de chaque étape de la procédure, propre à chaque catégorie d'acte administratif, à la séquence logique qui vient d'être rappelée présente un intérêt essentiel pour la détermination de la date normale d'entrée en vigueur de l'acte administratif unilatéral et, par comparaison, la date de son applicabilité anticipée.

Parce qu'ils édictent une règle de droit, les règlements administratifs (A) obéissent à un régime d'entrée en vigueur qui diffère fondamentalement des autres catégories de décisions administratives (B).

Comme le suggère, S. Nicinski, la force obligatoire devrait être fondée sur un principe général du droit ou une règle générale applicable aux contrats administratifs, permettant de sanctionner sa conformité à l'intérêt général (S. NICINKI, art. préc., p. 60).

²⁹⁶³ Conseil d'État, étude préc., p. 20 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, préc., p. 1141, n° 1328 ; B. SEILLER, *Droit administratif. L'action administrative*, t. II, Paris, Flammarion, coll. Champs Université, 3^e éd., 2010, p. 157.

²⁹⁶⁴ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, préc., p. 153, n° 132. L'auteur regrette que le problème de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux n'ait été généralement abordé qu'à travers le prisme contentieux (*ibid.*, spéc. p. 570, n° 580).

841. L'identification de la rétroactivité du règlement suppose d'analyser le processus de son entrée en vigueur, afin de déterminer si celle-ci a été anticipée. Comme toute règle de droit, le règlement entre en vigueur suivant une séquence logique fondamentale mettant successivement en jeu les concepts d'édiction, d'observabilité puis d'applicabilité. La date d'édiction de la règle administrative²⁹⁶⁵ correspond au moment de sa signature, laquelle marque la fin de la procédure d'élaboration²⁹⁶⁶ et atteste de la manifestation de la volonté de l'administration²⁹⁶⁷. Dès ce stade, le règlement doit être considéré comme juridiquement parfait²⁹⁶⁸. Sa validité n'est ainsi aucunement dépendante de sa publication²⁹⁶⁹. Qu'elle fasse défaut ou soit irrégulière²⁹⁷⁰, le juge appréciera la légalité du règlement au jour de sa signature²⁹⁷¹. À l'instar de la règle législative, l'édiction de la règle administrative est insuffisante à la faire entrer en vigueur.

Alors même que le règlement est valide dès sa signature²⁹⁷², il ne sera applicable qu'après avoir fait l'objet d'une publicité adéquate et suffisante²⁹⁷³. On retrouve ici le principe selon lequel les

²⁹⁶⁵ La doctrine se réfère indifféremment à l'« émission » ou à l'« édiction » de l'acte administratif, sans qu'il faille y avoir une conséquence que purement terminologique (J. MOREAU, *op. cit.*, p. 229 ; J.-M. AUBY, art. préc., p. 8 ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., pp. 259-260). De même, la référence parfois maladroite à la « promulgation » pour un décret ne renvoie pas à autre chose qu'à la signature par l'autorité qualifiée pour les édicter (R. ODENT, *op. cit.*, t. I, pp. 316-317).

²⁹⁶⁶ P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 187-188, n° 445 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, préc., p. 321, n° 517 ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 118 ; B. SEILLER, *loc. cit.*

²⁹⁶⁷ R. HOSTIOU, thèse préc., p. 206 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 222, § 46.

²⁹⁶⁸ P. LEWALLE, thèse préc., p. 52 ; J. MOREAU, *op. cit.*, p. 229, n° 163. Le défaut de signature du règlement l'empêche, en principe, d'accéder à l'existence juridique. Néanmoins, il en va autrement, dès lors que l'identité de son auteur est certaine (cf., par ex., les avis aux importateurs publiés au Journal officiel, CE, 18 septembre 1998, *Société Demesa*, req. n° 120.378, Rec., p. 335 ; 12 février 2003, *Société Capral*, req. n° 236.642, Rec., T., p. 896). Pour une position contraire, voir É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 14.

²⁹⁶⁹ R. HOSTIOU, thèse préc., p. 133 et s. ; D. LE BÉGUEC, « Publication », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 1274 ; J. MOLINIÉ, thèse préc., p. 131. Il n'en va autrement que lorsqu'un texte prévoit une mesure de publicité à peine de nullité (CE, 4 mars 1955, *Société commerciale des produits africains*, Rec., p. 126 ; 2 avril 1971, *Muon*, req. n° 79.896, Rec., p. 274). De même, lorsque le règlement détermine lui-même sa date d'entrée en vigueur, sa validité sera compromise si les conditions de sa publication ne permettent pas son entrée en vigueur à la date prévue (CE, 24 février 1999, *Meyet*, req. n° 188.154, Rec., p. 32, *D.*, 1999, IR, p. 97, *RFDA*, 1999, n° 2, p. 428).

²⁹⁷⁰ TC, 20 mars 1943, *Préfet du Pas-de-Calais c/ Société béthunoise d'éclairage et d'énergie*, préc. Cf., parmi de nombreux ex., CE, 29 juin 1938, *Brébion*, Rec., p. 604, *Gaz. Pal.*, 1942, 1, p. 111 ; Sect., 27 janvier 1950, *Ducasse*, Rec., p. 61 ; Sect., 24 novembre 1950, *Leblanc*, Rec., p. 571 ; 9 novembre 1951, *Lassus et Cottin*, Rec. p. 518 ; Sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau et autres*, préc. ; 2 juin 1961, *Groupement des commerçants, industriels et patentés du canton du Blanc*, req. n° 46.919 à 46.921, Rec., T., p. 908, *RPDA*, 1961, n° 197 ; 9 mai 1962, *Association "Le cercle d'entraide sociale et culturelle"*, req. n° 53.499, Rec., p. 304 ; 3 octobre 1962, *Dame Capel et sieur Lepâtre*, req. n° 52.435 et 53.330, Rec., p. 510 ; 10 juin 1977, *Dame veuve des Moutis et autres*, req. n° 02.296, Rec., p. 262 ; TC, 3 juillet 2000, *Syndicat des pilotes d'Air-France et autres*, req. n° 3205, Rec., T., p. 767, *RFDA*, 2001, n° 2, p. 511 ; 28 mai 2003, *M. et Mme Ehry*, req. n° 242.431, Rec., T., p. 664.

²⁹⁷¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 227, n° 249. CE, 27 octobre 1948, *Cazaubon et Caisse d'Allocations familiales de la Gironde*, Rec., p. 393 ; 20 février 1957, *Société pour l'esthétique générale de la France*, Rec., p. 115 ; 15 février 1961, *Leseur et autres*, req. n° 47.680 et 47.681, Rec., p. 115 ; 9 mai 1962, *Association "Le cercle d'entraide sociale et culturelle"*, préc. ; 2 octobre 1968, *Hucleux*, req. n° 72.083, Rec., p. 468. La même analyse est valable pour les décisions d'espèce, dans la mesure où elles empruntent au régime d'entrée en vigueur de l'acte réglementaire (CE, 27 mars 1914, *Laroche*, Rec., p. 404, *S.*, 1914, 3, p. 97, note M. HAURIOU ; 21 octobre 1970, *Mansillon*, req. n° 75.743, Rec., p. 608 ; 17 juin 1988, *Commune de Garches-les-Gonesses*, req. n° 55.125, Rec., T., p. 658, *D.*, 1989, SC, p. 377, obs. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 527, n° 700).

²⁹⁷² Un texte signé mais non publié peut servir de fondement à un acte d'application, mais il n'est pas opposable avant sa publication (CE, 19 mars 2001, *Brossolet et Morri*, req. n° 192.203, Rec., T., p. 981 ; cf. plus bas, p. 650, note 2977). Cette solution explique qu'une mesure d'application d'un règlement abrogé n'est pas illégale si la date à laquelle elle a été signée est antérieure à l'abrogation (CE, Sect., 2 juin 1944, *Gasser*, Rec., p. 160 ; 9 novembre 1951, *Lassus et Cottin*, préc. ; 16 mai 1952, *Le Guillou de Penanros*, Rec., p. 260). Dans le même ordre d'idées, la date de signature de l'acte permet d'apprécier le respect du délai à l'intérieur duquel il doit intervenir (CE, 5 mars 1948, *Digeon*, Rec., p. 112 ; 11 février 1949, *Comptoir Brésard Néel*, Rec., p. 70 ; Sect., 23 décembre 1949, *Albonico*, Rec., p. 572 ; 28 juillet 1951, *Lombardo*, Rec., p. 454 ; 28 juillet 1951, *Société de secours minière de Valenciennes*, Rec., p. 475 ; 5 mai 1954, *Caisse d'allocations familiales du Loiret*, Rec., p. 251 ; 18 octobre 1980, *Lamouille et autres*, req. n° 11.868, Rec., p. 357, *CJEG*, 1981, p. 20). Voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 55, n° 73 et J. PETIT, thèse préc., p. 166, n° 348.

destinataires de la règle de droit doivent en avoir pris connaissance avant qu'elle puisse leur être appliquée²⁹⁷⁴.

Tout juste énoncés, les principes applicables à l'entrée en vigueur du règlement administratif connaissent déjà une exception. Les « lois du pays » adoptées par l'assemblée de Polynésie française relèvent d'un régime dérogatoire qui les fait entrer en vigueur dès leur édicition²⁹⁷⁵.

842. Dans l'attente de sa publication, le règlement simplement édicté ne produit que des effets limités²⁹⁷⁶ et destinés, d'une part, à préparer son entrée en vigueur et, d'autre part, à préserver le principe de légalité. Si l'administration dispose de la possibilité de prendre, de manière anticipée, les mesures d'application du règlement, celles-ci ne pourront prendre effet qu'à la date à laquelle ce dernier deviendra observable²⁹⁷⁷. À défaut, elles encourent l'annulation par le juge administratif pour défaut de

²⁹⁷³ Il convient de rappeler que certains actes administratifs se voient appliquer le régime d'entrée en vigueur des actes réglementaires, tels les décisions d'espèce (CE, 2 octobre 1968, *Ville du Vésinet*, req. n° 73.331, Rec., p. 470 ; Sect. 13 décembre 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire c/ Dlle de Gratet du Bouchage*, req. n° 91.496, Rec., p. 630 ; 18 décembre 1991, *Mlle Chane Tou Ky c/ Département de la Réunion*, req. n° 87.532, Rec., T., p. 1115, *JCP N*, 1993, II, p. 16, note F. BERNARD ; 10 mai 1995, *Lesecq*, req. n° 119.191, Rec., T., p. 963 ; 3 novembre 1995, *Préfet des Yvelines c/ Société Odip*, req. n° 122.794 et 171.257, Rec., T., p. 639). Malgré la différence de nature et de valeur, leur entrée en vigueur obéit, *mutatis mutandis*, aux principes qui sont applicables au règlement (cf., notamment, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1144, n° 1332 1°).

²⁹⁷⁴ CE, 25 novembre 1949, *Caisse d'épargne ordinaire d'Étampes*, Rec., p. 505.

²⁹⁷⁵ Bien que de nature administrative (CE, 29 février 1970, *Saïd Ali Tourqui*, req. n° 77.577, Rec., p. 138), celles-ci peuvent être adoptées dans le domaine de la loi (art. 64 et s. de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JORF n° 52 du 2 mars 2004, p. 4191 ; C. Const., déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004, préc., cons. 75). La date d'entrée en vigueur des lois de pays polynésiennes est fixée à celle de leur promulgation. Cette spécificité s'explique par le contrôle préventif de légalité exercé par le Conseil d'État, lequel emprunte certains traits au contrôle de constitutionnalité de la loi. La publication au *Journal officiel* de la Polynésie française (JOPF), laquelle assure l'observabilité du contenant normatif, est intégrée à la procédure d'édiction de la « loi du pays ». Ainsi, l'acte est publié à la date d'expiration du délai de huit jours dont disposent le haut-commissaire de la République et le conseil des ministres de la Polynésie française après l'adoption de la « loi du pays » par l'Assemblée territoriale, pour soumettre tout ou partie de celle-ci à une nouvelle lecture. Ce n'est qu'à l'expiration des différents délais de recours (quinze jours à compter de l'expiration du délai au cours duquel une nouvelle lecture peut être demandée pour des requérants privilégiés et un mois pour les tiers à la suite de la publication) ou dans les dix jours suivant la publication de la décision du Conseil d'État au JOPF que la « loi du pays » pourra être promulguée et entrer en vigueur (art. 176-I et II, 178 al. 1^{er} et 180 al. 1^{er} de la Loi organique du 27 février 2004 citée plus haut). Il en résulte que l'observabilité du contenu et, le plus souvent, l'applicabilité de la « loi du pays » polynésienne sont acquises avec sa promulgation. C'est principalement en raison de la computation de ces délais – laquelle a pour effet de différer de plus de quatre mois son entrée en vigueur – et afin de respecter le principe de l'annualité de l'impôt que la haute juridiction administrative a été amenée à considérer que les « lois du pays » comportant des mesures fiscales entraient en vigueur dès leur adoption (CE, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, préc. : elles sont opposables aux tiers, alors même qu'elles n'auraient pas été promulguées par le président de la Polynésie française et publiées), du moins jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007, tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française (JORF n° 285 du 8 décembre 2007, p. 19890). Son article 31 prévoit que les « lois de pays » comportant des mesures fiscales sont publiées et promulguées le lendemain de leur adoption puis entrent en vigueur le 1^{er} janvier de l'année suivante (art. 145 modifié de la loi organique du 27 février 2004, préc. ; CE, 5 décembre 2008, *M. Flosse et autres*, req. n° 320.412, Rec., T., p. 826, *AJDA*, 2009, n° 16, p. 886, concl. J. BOUCHER, *JCP A*, 2009, n° 8, p. 28, note G. P.). Sur l'ensemble de ces questions, voir F. BOTTINI, art. préc., p. 766 ; J. BOUCHER, concl. sur CE, 5 décembre 2008, *M. Flosse et autres*, préc. *AJDA*, 2009, n° 16, p. 886 ; A. BOYER, « La spécificité du contentieux des lois de pays », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1083, spéc. p. 1091 ; J.-Y. FABERON et J. ZILLER, *op. cit.*, p. 327 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 43, n° 294.

²⁹⁷⁶ Comme le souligne le commissaire du gouvernement F. SÉNERS, « le règlement signé mais non encore publié existe et change l'ordonnement juridique dès sa signature ; la circonstance qu'il ne soit pas encore opposable aux tiers ne fait pas obstacle à ce qu'il soit le nouveau fondement légal d'un acte réglementaire signé après lui. Il y a seulement discordance, pendant la période allant de la signature à la date d'opposabilité, entre la norme existante et la norme en vigueur » (souligné par nous ; F. SÉNERS, concl. sur CE, Sect., 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, req. n° 237.201, Rec., p. 346, *RFDA*, 2003, n° 6, p. 1134, spéc. p. 1137).

²⁹⁷⁷ P. LEWALLE, thèse préc., p. 65. Voir CE, 27 juin 1913, *Cornus*, Rec., p. 764 ; 18 juillet 1913, *Syndicat national des Chemins de fer*, Rec., p. 875, S., 1914, III, p. 1, concl. HELBRONNER, note M. HAURIOU, *RDP*, 1913, p. 506, concl. HELBRONNER, note G. JÉZE ; 24 mai 1935, *de Noblet d'Anglure*, Rec., p. 594 ; Sect., 29 mars 1936, *Bonny*, Rec., p. 387, S., 1937, III, p. 89, concl. RENAUDIN ; Ass., 23 juillet 1943, *Dame Bovy*, Rec., p. 203 ; 16 janvier 1948, *Sieur Sadol*, Rec., p. 21 ; 25 mars 1949, *Thibaud et autres*, Rec., p. 148 ; 25 février 1959, *Dame Mornet-Gros*, Rec., T., p. 890 ; Sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau et autres*, préc. ; 19 juin 1964, *Société des Pétroles Shell-Berre*, req. n° 47.007, 47.008, 47.029, 47.030, 48.961, 48.962 et 49.019, Rec., p. 344, *RDP*, 1964, n° 5, p. 1019, concl. N. QUESTIAUX, *AJDA*, 1964, n° 7-8, p. 438, note A. de LAUBADÈRE, *D.*, 1964, chr., p. 263, note C.-A. COLLIARD ; 28 janvier 1965, *Mollaret et Syndicat national des médecins chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics*, req. n° 59.853 à 59.856, Rec., p. 61 ; 7 janvier 1970, *Chaze et Bussière*, req. n° 74.322 et 74.920, Rec., p. 6, *AJDA*, 1970, II, p. 438, note V. SILVERA ; 25 juillet 1975, *Société "Les Éditions des Mairies"*, req. n° 95.849, Rec., T., p. 854 ; 24 juillet 1981, *Donne*, req. n° 19.577, Rec., T., p. 917 ; Sect., 28 octobre 1983, *Mlle Cocaud*, req. n° 29.640, Rec., p. 435, *AJDA*, 1984, n° 3, p. 173, concl. O.

base légale²⁹⁷⁸. La légalité de l'acte étant cristallisée au jour de son édicition, le règlement est susceptible, dès ce moment, d'être invoqué et attaqué devant le juge administratif ou de faire l'objet d'un recours administratif²⁹⁷⁹.

843. En dehors de cette « invocabilité de protection », le règlement est insusceptible de produire ses effets propres²⁹⁸⁰. Il ne pourra imposer aucune obligation aux administrés²⁹⁸¹ ou aux agents du service²⁹⁸². De même, le bénéfice des dispositions de l'acte réglementaire ne pourra pas être invoqué par ses destinataires²⁹⁸³. Le règlement n'accédera à la plénitude de ses effets qu'à la condition d'avoir été, au préalable, rendu observable.

844. Parce qu'elle touche à une exigence fondamentale de sécurité juridique, la publication de l'acte réglementaire est une condition essentielle de son entrée en vigueur²⁹⁸⁴, dans la mesure où elle

DUTHEILLET DE LAMOTHE ; 20 mai 1996, *Syndicat Union des personnels de surveillance d'encadrement pénitentiaire et postulants*, req. n° 143.939, Rec., T., p. 698, *Dr. adm.*, 1996, n° 7, p. 3, obs. G. GUGLIELMI ; 2 avril 1997, *Syndicat national autonome des directeurs des conservatoires et écoles de musique (SNADCEM)*, req. n° 138.657, Rec., T., p. 640, *Dr. adm.*, 1997, n° 6, p. 8, note R. SCHWARTZ ; Sect., 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, préc., *AJDA*, 2003, n° 34, p. 1813, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *Dr. adm.*, 2003, n° 8-9, p. 3, obs. J.-B. AUBY, *JCP G*, 2003, n° 49, p. 2135, chr. C. BOITEAU, *RFDA*, 2003, n° 6, p. 1134, concl. F. SÉNERS. Cette possibilité se limite toutefois à l'édiction d'actes réglementaires ou de décisions d'espèce, à l'exclusion de celle d'actes individuels, laquelle ne peut légalement intervenir qu'une fois le règlement de base publié (CE, Ass., 13 décembre 1957, *Barrot et autres*, Rec., p. 675 ; 4 mai 1960, *Ministre des Affaires étrangères c/ Mrazovich*, req. n° 46.471, Rec., p. 294 ; 28 mai 1975, *Ministre de la Nature et de l'Environnement c/ Pinot*, req. n° 93.437, Rec., p. 314). Il en va de même, plus généralement, des actes qui font simplement usage du règlement (cf. F. SÉNERS, concl. préc. ; J.-C. VENEZIA, art. préc., p. 673).

²⁹⁷⁸ CE, Ass., 23 juillet 1943, *Dame Bovy*, préc. ; 25 mars 1949, *Thibaud et autres*, Rec., p. 149 ; 4 mai 1960, *Ministre des Affaires étrangères c/ Mrazovich*, préc. ; 7 janvier 1970, *Chaze et Bussière*, préc. ; 16 février 1977, *Teyssier*, req. n° 98.668, Rec., T., p. 704 ; 6 février 1981, *Ministre des Transports c/ Coppin*, req. n° 20.075, Rec., T., p. 596 ; 23 avril 1982, *Association pour la sauvegarde des sites et de l'architecture du canton de Puy-l'Evêque*, req. n° 25.857, Rec., p. 151 ; 16 mars 1988, *Audinet*, req. n° 44.334, Rec., T., p. 603 ; 7 juillet 1999, *Glaichenhaus*, req. n° 197.499, Rec., p. 241, *RFDA*, 1999, n° 5, p. 1119 ; 27 juillet 2001, *Association de droit allemand "Stiftung Jean Arp und Sophie Taeuber"*, req. n° 224.032, Rec., p. 397, *D.*, 2001, IR, p. 2877, *RFDA*, 2001, n° 6, p. 1131. Cf. également, le cas de mesures d'application intervenues avant la promulgation d'un acte dit « loi de pays », CE, 12 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, req. n° 255.272, préc.

²⁹⁷⁹ CE, 29 avril 1898, *Dieuleveult et Le Borgne*, Rec., p. 342, *S.*, 1900, III, p. 42, note M. HAURIOU ; 4 août 1905, *Martin*, Rec., p. 749, concl. J. ROMIEU, *S.*, 1906, III, p. 49, note M. HAURIOU ; Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, préc. ; Sect., 29 mars 2000, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, req. n° 198.264, Rec., p. 146, *RDJ*, 2001, n° 2, p. 362, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2001, n° 5, p. 1021, concl. P. FOMBEUR. Cf., dans le même sens, CE, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale (S.C.H.F.P.N.)*, req. n° 243.430, Rec., p. 506, *AJDA*, 2004, n° 8, p. 442, note H. M., *BJCL*, 2004, n° 4, p. 237, concl. T. OLSON et p. 240, obs. J.-C. BONICHOT, *Dr. adm.*, 2004, n° 2, p. 3, obs. J.-B. AUBY, *JCP A*, 2004, 1134, note M.-C. ROUAULT, *RFDA*, 2004, n° 1, p. 186. L'acte réglementaire non publié peut être contesté devant le juge administratif sans condition de délai (CE, 27 novembre 1995, *Mme Chassigneux-Coillet*, req. n° 164.870 ; 15 novembre 1996, *Magnan*, req. n° 139.573, Rec., p. 455). Il en va de même pour les clauses réglementaires du contrat administratif (CE, Ass., 10 juillet 1996, *Jayzele*, préc.). Voir B. SEILLER, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *AJDA*, 2004, n° 14, p. 761 ; J.-Y. VINCENT, fasc. préc., p. 3, n° 7.

²⁹⁸⁰ Conseil d'État, étude préc., p. 22 ; CE, Sect., 31 décembre 1976, *Association "Les amis de l'île de Groix"*, req. n° 03.164, Rec., p. 585.

²⁹⁸¹ CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, req. n° 94.511, Rec., p. 289, *GAJA* n° 60, *D.*, 1948, J., p. 437, note M. WALINE, *Gaz. Pal.*, 1948, 2, p. 7 et *S.* 1948, III, p. 69, concl. M. LETOURNEUR, *JCP G*, 1948, II, n° 4427, note A. MESTRE préc. ; 28 novembre 1952, *Dame Lefranc*, Rec., p. 534 ; Sect., 19 juin 1959, *Cazes*, Rec., p. 372, *D.*, 1959, J., p. 370 et *S.*, 1959, III, p. 174, concl. G. BRAIBANT ; Ass., 20 mars 1974, *Bourges*, req. n° 86.426, Rec., p. 192, *AJDA*, 1974, n° 7-8, p. 382, concl. G. GUILLAUME ; 14 octobre 1988, *Mme Saint-Pierre et Danten*, req. n° 63.257 et 63.873, Rec., T., p. 602.

²⁹⁸² CE, Ass., 13 décembre 1957, *Barrot et autres*, Rec., p. 675.

²⁹⁸³ CE, Ass., 16 avril 1943, *Lanquetot*, Rec., p. 101, *S.*, 1943, 3, p. 41, concl. LÉONARD, note R. MALÉZIEUX ; 26 novembre 1954, *Dlle Balthazar*, Rec., p. 813, *D.*, 1955, J., p. 524, note G. MORANGE ; 18 novembre 1966, *Laborde*, req. n° 66.290, Rec., p. 610, *Rev. adm.*, 1967, p. 140, concl. G. BRAIBANT ; 3 mars 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Société des ateliers de Dunkerque et Bordeaux "France Gironde"*, req. n° 77.763, Rec., p. 175, *AJDA*, 1971, II, p. 414 ; 24 novembre 1982, *Vital*, req. n° 37.243, Rec., T., p. 519, *Rev. adm.*, 1983, p. 253, obs. B. PACTEAU ; 18 mai 2005, *M. Plancke*, req. n° 255.945, *AJDA*, 2005, n° 27, p. 1534.

²⁹⁸⁴ L'exigence impérieuse de publier le règlement est exprimée à travers deux principes généraux du droit. D'une part, la publication constitue, en elle-même, une obligation pour l'administration (CE, 29 janvier 1965, *Mollaret et Syndicat national des médecins, chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics*, préc. ; 4 juillet 1975, *Delfini*, req. n° 89.349, Rec., T., p. 853, *JCP G*, 1977, II, 18666, note J.-Y. VINCENT ; 2 avril 1997, *Syndicat national autonome des directeurs des conservatoires et écoles de musique (SNADCEM)*, préc.), sans toutefois que soit exigée la publication au Journal Officiel (CE, 30 décembre 2002, *Mme Guy et Randon*, req. n° 243.743, Rec., T., p. 605). D'autre part, la publication doit intervenir dans un délai raisonnable (CE, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale (S.C.H.F.P.N.)*, préc.). Voir, notamment, E. CARTIER, art.

commande l'observation de la règle administrative. De la même manière que pour la règle législative, elle porte la règle administrative à la connaissance des sujets de droit²⁹⁸⁵ et lui confère son caractère obligatoire²⁹⁸⁶. La date d'observabilité du règlement correspond, tant du point de vue du contenant normatif que de celui du contenu normatif²⁹⁸⁷, à celle de sa publicité adéquate²⁹⁸⁸, sauf s'il en est disposé autrement²⁹⁸⁹.

La publication de l'acte réglementaire constitue le mode usuel, voire exclusif, de son entrée en vigueur²⁹⁹⁰. En l'absence de texte organisant de manière générale la matière, les modes de publication du règlement sont les plus divers²⁹⁹¹. Pour les décrets et ordonnances, le mode de publication obligatoire est

préc., p. 1094 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 101, n° 82 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 569, n° 578 ; J. MOLINIÉ, thèse préc., p. 197 ; B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », préc., p. 1465 ; E. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 24 et s.

²⁹⁸⁵ TC, 20 mars 1943, *Préfet du Pas-de-Calais c/ Société béthunoise d'éclairage et d'énergie*, préc. Ce faisant, la publication entraîne l'application de la présomption de connaissance de la loi, conformément à la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » au règlement, à tout le moins pour ceux qui font l'objet d'une publication au Journal Officiel (CE, 21 octobre 1949, *Compagnie nationale des carburants*, req. n° 96.186 à 188, Rec., p. 428 ; Sect., 19 juin 1959, *Cazes*, préc. ; J. WALINE, *Droit administratif*, préc., p. 407, n° 412). Elle justifie également le lien établi, en matière contentieuse, entre la publicité et le point de départ du délai de recours (art. R. 421-1 du Code de justice administrative). Ce lien ne peut être rompu que dans les cas exceptionnels où seuls des rapports internes à une administration seraient en cause (CE, Sect., 27 juillet 1990, *Ministre de l'Agriculture c/ Société coopérative agricole "Coop 2000"*, req. n° 67.634, Rec., p. 226 ; 28 mai 2001, *Société Codiam*, req. n° 230.692, Rec., T., p. 1091).

²⁹⁸⁶ Bien que le juge préfère raisonner en termes d'opposabilité, il ne fait aucun doute qu'il se réfère, en réalité, à l'obligatorité de la norme (CE, 29 octobre 1914, *Barthélémy*, Rec., p. 1023 ; 24 mai 1946, *Conseil régional des pharmaciens de la région sanitaire d'Angers*, Rec., p. 148 ; Ass., 1^{er} juin 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Époux Roulin*, req. n° 85.804, Rec., p. 390 ; Sect., 25 janvier 1974, *Jean et autres*, req. n° 82.609, Rec., p. 60, *JCP G*, 1974, II, 17713, note G. LIET-VEAUX, *AJDA*, 1974, I, p. 192, chr. M. FRANC et M. BOYON ; 21 mars 1986, *Société Immo Sud*, req. n° 38.708, Rec., T., p. 379 ; 27 mars 1987, *Joan*, req. n° 55.361, Rec., p. 571 ; Sect., 12 juillet 1991, *Ministre de la Jeunesse et des sports et Association nouvelle des Girondins de Bordeaux Football Club*, req. n° 127.092 et 127.402, Rec., p. 285, *LPA*, 14 août 1991, n° 97, p. 5, note T. CÉLERIER, *RFDA*, 1992, n° 2, p. 203, note G. SIMON ; 16 novembre 1998, *Époux Fouka*, req. n° 154.793, Rec., T., p. 690).

²⁹⁸⁷ Sur cette distinction, cf., plus haut, p. 643, n° 834.

²⁹⁸⁸ Conseil d'État, étude préc., p. 21 ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 143 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 581, n° 595. Pour un ex. concernant un règlement publié au Journal Officiel, CE, 31 janvier 1969, *Sorin*, req. n° 70.725, Rec., p. 53 ; 6 octobre 1976, *Cier*, req. n° 85.430 et 95.312, Rec., T., p. 751 ; 2 mars 1994, *Syndicat national des viviers et stations d'épuration d'huîtres, moules et coquillages et autres*, préc. ; Sect., 25 janvier 1974, *Jean et autres*, préc. ; ou s'agissant d'une ordonnance dont la publicité a été assurée par la publication au Journal Officiel d'un extrait de l'arrêt du Conseil d'État (CE, 25 mars 2002, *Caisse d'Assurance-Accident Agricole du Bas-Rhin*, préc.). Pour un ex. relatif à une décision d'espèce, CE, 18 décembre 1991, *Mlle Chane Tou Ky c/ Département de la Réunion*, préc. ; 10 mai 1995, *Lesecq*, préc. (insuffisance de publicité d'une déclaration d'utilité publique).

²⁹⁸⁹ Soit qu'un texte prévoit un régime d'entrée en vigueur dérogatoire (cf., par ex., les dispositions de l'article 145 de la Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie française citée plus haut, qui prévoient que, lorsque le budget a été adopté, les actes dénommés « lois de pays » pris en matière de contributions directes ou de taxes assimilées entrent en vigueur le 1^{er} janvier qui suit l'ouverture de la session budgétaire, alors même qu'ils n'auraient pas été publiés avant cette date ; pour une illustration, voir CE, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, préc.), soit que le règlement prévoit lui-même une date d'entrée en vigueur postérieure à celle de sa publication. Dans ce dernier cas, il ne peut être appliqué qu'à compter de la date d'entrée en vigueur différée qu'il fixe. Par suite, le règlement publié, mais non encore entré en vigueur, ne peut servir de fondement à une décision individuelle faisant application de ses dispositions, même si celle-ci a reporté sa propre date d'entrée en vigueur. C'est là une conséquence logique de principe selon lequel la légalité d'une décision administrative doit s'apprécier au jour de sa signature (CE, 9 juillet 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC)*, préc.). Il en va différemment dans le cas où il s'agit de mesures d'application du règlement (CE, 25 juillet 1975, *Société "Les Éditions des Mairies"*, préc.).

²⁹⁹⁰ Il n'en va autrement qu'en cas de circonstances exceptionnelles (CE, Sect., 26 juillet 1935, *Dugas*, Rec., p. 895, *DH*, 1935, p. 529 ; Sect., 30 mai 1947, *Le Marhadour*, Rec., p. 224 ; Sect., 16 avril 1948, *Ministre de la Production industrielle c/ Société française d'entreprises et de travaux publics*, Rec., p. 166, *S.*, 1948, III, p. 54 ; Sect., 17 décembre 1948, *Mattei*, Rec., p. 479) ou en raison de la nécessité de protéger un secret (CE, 13 octobre 1967, *Ministre des Armées c/ Doh*, req. n° 71.629, Rec., p. 374 ; 21 juin 1972, *Le Roy*, req. n° 82.626, Rec., p. 462 ; 24 juin 2002, *Ministre de la défense c/ Wolny*, req. n° 227.983, Rec., T., p. 605, *Dr. adm.*, 2002, n° 10, p. 1, note D. PIVETEAU, *CFP*, 2002, p. 33, chr. M. GUYOMAR) ou encore, en cas d'intérim, lorsqu'il s'agit d'assurer la continuité de l'action gouvernementale (C.Const., déc. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, préc., cons. 8 ; déc. n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 6, Rec., p. 33, *Pouvoirs*, 1990, n° 54, p. 196, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *AJDA*, 1990, n° 6, p. 471, note F. BENOIT-ROHMER, *RFDC*, 1990, p. 330, chr. L. FAVOUREU). Dans ces hypothèses, l'entrée en vigueur de l'acte réglementaire ne dépend pas de sa publication préalable et celui-ci produira immédiatement ses effets (J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Publicité des actes administratifs unilatéraux », *J.-Cl. adm.*, fasc. 107-40, préc., p. 3, n° 9-10).

²⁹⁹¹ Il convient ici de rappeler que le terme « publication » est susceptible de deux acceptions. Dans son sens juridique, il s'entend comme l'acte matériel qui consiste à porter la règle de droit à la connaissance de ses destinataires. Dans cette mesure, la publication conditionne l'observabilité de la norme et, plus largement, son entrée en vigueur (cf., plus haut, p. 14, n° 13.). Cette acception doit être distinguée de la publication dans son sens purement matériel. Elle désigne alors l'opération d'insertion dans un recueil ou d'affichage sur un emplacement prévu à cet effet. Il s'agit d'une simple modalité de publicité de l'acte juridique. La publication au

l'insertion au Journal Officiel²⁹⁹². Les actes réglementaires pris par les autorités de l'État font l'objet, selon les cas, d'une insertion dans un Bulletin officiel ou un recueil administratif²⁹⁹³. Il en va de même pour les actes réglementaires pris par les autorités des collectivités d'outre-mer relevant de l'article 74 de la Constitution²⁹⁹⁴.

Pour les actes des autres autorités locales décentralisées, la situation est plus complexe. Pendant longtemps, l'affichage a été considéré comme le seul procédé adéquat de publication de les actes réglementaires des autorités décentralisées²⁹⁹⁵, alors même que les textes ouvraient une alternative avec l'insertion dans un recueil administratif²⁹⁹⁶. Afin d'améliorer l'information des administrés et de renforcer le principe de transparence²⁹⁹⁷, la loi du 6 février 1992²⁹⁹⁸ a imposé l'insertion dans un recueil

sens juridique est assurée par différents modes de publicité, dont la publication au sens matériel. Cf., par ex., le glissement sémantique qui résulte de l'insertion du mot « affichage » à côté de celui de « publication » dans les dispositions du CGCT relatives à l'entrée en vigueur des actes pris par les autorités décentralisées (cf. l'article 6 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, JORF du 28 février 2002 p. 3808)

²⁹⁹² Art. 2 de l'ordonnance du 20 février 2004, relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs déjà citée. Voir également, CE, Sect., 18 mars 1960, *Union syndicale CGT-FO des personnels français en Allemagne et autres*, req. n° 42.549 et 42.550, Rec., p. 200 ; 18 novembre 1966, *Laborde*, préc. ; 31 janvier 1969, *Sorin*, préc. ; Ass., 12 avril 1972, *Brier*, req. n° 82.681, Rec., p. 272, concl. S. GRÉVISSE, D., 1973, p. 228, note P. DELVOLVÉ, D., 1972, p. 681, note J.-M. AUBY ; Ass., 20 mars 1974, *Bourges*, préc. ; 24 novembre 1982, *Vital*, préc.). Sauf circonstances exceptionnelles (CE, 18 novembre 1949, *Plat*, Rec., p. 488 ; 22 décembre 1950, *Terrol*, Rec., p. 637) ou situation d'urgence (CE, 24 février 1999, *Meyet*, préc.), seule une loi peut permettre d'y déroger (CE, Ass., 6 juillet 1973, *Ministre du travail c/ Gauthier*, req. n° 81.649, Rec., p. 468). Cf., notamment, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1141, n° 1329 ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 139 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, pp. 319-320.

²⁹⁹³ CE, 23 mai 1938, *Mimerskren*, Rec., p. 449. Les arrêtés ministériels doivent être publiés au Bulletin officiel du ministère concerné (CE, Sect., 14 mars 1975, *Berlaud*, req. n° 91.082, Rec., p. 193 ; 15 novembre 1978, *Vesque*, req. n° 97.404, Rec., T., p. 692 ; 23 juillet 2003, *Société CLL Pharma*, req. n° 243.926, Rec., T., p. 628) ou encore par voie électronique (art. 5-1 de l'ordonnance du 20 février 2004, citée plus haut), sauf si leur portée générale rend nécessaire leur insertion au Journal Officiel (CE, Section des Finances, Avis, 6 octobre 1987, n° 342.761, *EDCE*, 1988, n° 39, p. 245). Les actes des autorités déconcentrées doivent être insérés au recueil des actes administratifs de la préfecture (CE, Ass., 11 juillet 1947, *Veuve Mayade*, Rec., p. 314 ; 30 décembre 1960, *Jauffret*, req. n° 46.282, Rec., p. 504, *RDP*, 1961, n° 4, p. 828, note M. WALINE ; 30 mars 1973, *Cormier*, req. n° 74.287 et 87.037, Rec., T., p. 1026 ; Sect., 13 décembre 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Dame Girod*, req. n° 93.427, Rec., p. 632 ; 24 mars 1976, *Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure*, req. n° 96.293, Rec., p. 101 ; 18 décembre 1991, *Mlle Chane Tou Ky c/ Département de la Réunion*, préc. ; 10 mai 1995, *Lesecq*, préc.) ou au recueil des actes administratifs de la mairie dans les communes de plus de 3 500 habitants (art. L. 2122-29 et R. 2121-10 du CGCT). Sur cette question, cf. Conseil d'État, étude préc., p. 19 et s. ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 147 et s. ; G. ISAAC, thèse préc., p. 584, n° 600 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 318 et s.

²⁹⁹⁴ Il a été créé pour elles un Bulletin officiel (art. LO 6151-3, du CGCT) ou un Journal officiel (art. LO 6241-1, 6341-1 et 6451-3 du même code).

²⁹⁹⁵ Cette priorité donnée à l'affichage s'expliquait alors par l'absence de Bulletin Officiel des actes réglementaires des autorités décentralisées (cf., en ce sens, R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 322). La seule publication au recueil des actes administratifs était regardée comme insuffisante à leur assurer une publication adéquate (cf., pour les actes réglementaires, cf. CE, 26 mai 1913, *Signal*, Rec., p. 493 ; 26 mars 1920, *Chapoullie et Moussempès*, Rec., p. 364 ; 9 décembre 1953, *Dlle Larue*, Rec., p. 532 ; 3 janvier 1968, *SCI de construction du 5 rue de la Pompe*, req. n° 70.882, Rec., p. 2 ; 19 novembre 1975, *Astié*, req. n° 96.673, Rec., p. 574 ; 13 mars 1982, *Époux Bernheim*, req. n° 13.213 ; 15 novembre 1996, *Magnan*, préc. ; pour les décisions d'espèce, CE, Sect. 13 décembre 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire c/ Dlle de Gratet du Bouchage*, préc.), sauf si un texte le prévoyait expressément (CE, 23 décembre 1964, *Coudray*, req. n° 59.910, Rec., p. 764 ; 9 décembre 1970, *Sieur Alizon*, req. n° 76.243, Rec., T., p. 920). Ainsi, la publication par voie d'affichage était suffisante, alors même que l'acte réglementaire avait lui-même prévu son insertion ultérieure dans un bulletin officiel (CE, 30 juin 1999, *Chambre syndicale des propriétaires et copropriétaires de Marseille et des Bouches-du-Rhône*, req. n° 131.858, Rec., p. 223, *JCP CTI*, 1999, n° 1, p. 16, obs. J. MOREAU, *RFDA*, 1990, n° 5, p. 880).

²⁹⁹⁶ Cf. les dispositions de l'article 2-III de la loi du 2 mars 1982 déjà citée, telles que modifiées par les dispositions de l'art. 1^{er} de la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 (JORF du 23 juillet 1982, p. 2347). Au demeurant, le droit antérieur à la décentralisation consacrait déjà cette option (cf., en ce sens, CE, 29 mai 1981, *Mme Cavarroc et Commune de Cugnax*, req. n° 22.495 et 22.624, Rec., p. 243, *Dr. adm.*, 1981, n° 225).

On met ici de côté la situation dans laquelle les textes prévoient également que la publication comprend plusieurs mesures de publicité, notamment la mention par voie de presse (cf., par ex., le régime de publicité des délibérations relatives au droit de préemption, art. R. 211-1 à 4 du Code de l'urbanisme). Sur cette question, voir D.-A. CAMOU, « Réflexions sur la publicité de l'acte administratif par voie de presse », *RFDA*, 2004, n° 1, p. 69 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 47, n° 332.

²⁹⁹⁷ Outre la circonstance que la preuve qu'il a été réalisé est difficile à établir, l'affichage présente, en réalité, de nombreux inconvénients en pratique. Comme le résume justement M. Lachaume, « il faut avoir une conduite bien citoyenne pour aller déchiffrer des papiers jaunés, punaisés dans tous les sens, quelquefois les uns sur les autres, et à peine lisibles, derrière les vitres quasi opaques qui sont censées les protéger. Il faudrait même ajouter que cette modeste formalité, justement à cause de sa modestie et du fait qu'elle n'attire pas les foules, n'est pas toujours respectée comme elle devrait l'être par des élus et des fonctionnaires qui considèrent un peu vite que cela ne sert à rien » (J.-F. LACHAUME, « Acquisition du caractère exécutoire par les actes des collectivités territoriales soumis à transmission », *JCP CTI*, 2000, n° 3, p. 4, spéc. pp. 4-5).

périodique des règlements des collectivités territoriales, ainsi que ceux des organismes de coopération et de regroupement, lorsque leur population excède 3500 habitants²⁹⁹⁹. Pour les départements et les régions, la publication au recueil a ainsi été substituée à l'affichage pour assurer la publicité des règlements adoptés par leurs assemblées délibérantes³⁰⁰⁰. En revanche, pour les communes de 3500 habitants et plus, ainsi que pour les EPCI, le nouveau dispositif n'a eu pour effet que de conférer une portée réelle à l'alternative déjà existante entre l'insertion dans un recueil et l'affichage³⁰⁰¹. Alors que la technique de l'affichage était appelée à décroître au sein de ces collectivités à la suite de la réforme de 1992, elle est demeurée la solution de principe, compte tenu, d'une part, des difficultés attachées à la diffusion des recueils³⁰⁰² et d'autre part, de la faible fréquence imposée à ladite diffusion³⁰⁰³. Enfin, pour les communes dont la population est inférieure au seuil de 3500 habitants, l'affichage reste l'unique mode de publication du règlement local.

845. Quel que soit le mode de publication utilisé, son défaut ou son insuffisance signifie l'absence d'observabilité de la norme administrative³⁰⁰⁴. Inapte à développer ses effets propres, elle ne peut

²⁹⁹⁸ Loi n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République (JORF n° 33 du 8 février 1992, p. 2064). Jusqu'à l'entrée en vigueur de son décret d'application (décret n° 93-1121 du 20 septembre 1993, relatif aux recueils des actes administratifs des communes, des départements, des régions, de la collectivité territoriale de Corse et des établissements publics de coopération, JORF n° 225 du 28 septembre 1993, p. 13414), l'affichage est resté l'unique mode de publicité adéquat (CE, 6 novembre 1998, *Association des consommateurs de la Fontaulière* req. n° 151.921, Rec., T. p. 721).

²⁹⁹⁹ Cf., respectivement, pour les communes, l'art. L. 122-29 du Code des communes, repris aux art. L. 2131-1 et 2131-3 du CGCT ; pour les départements, les art. L. 3131-1 et L. 3131-3 du même code ; pour les régions, les art. L. 4141-1 et 4141-3 dudit code ; pour les organismes de coopération et de regroupement, les art. L. 5211-47, L. 5421-3, L. 5621-7 de ce dernier. Encore que l'on puisse considérer que l'exigence d'affichage demeure, bien qu'elle concerne désormais uniquement la mise à disposition au public du recueil dans les vingt-quatre heures ou dans le mois, selon les cas, suivant l'édition de l'acte réglementaire.

³⁰⁰⁰ Outre les dispositions mentionnées à la note précédente, voir B. SEILLER, fasc. préc., p. 47, n° 329 ; J.-F. LACHAUME, « Acquisition du caractère exécutoire par les actes des collectivités territoriales soumis à transmission », *JCP CTI*, 2000, n° 3, p. 4 On peut toutefois s'interroger sur l'efficacité de ce mode de publication, compte tenu de la périodicité mensuelle de parution du recueil des actes de ces collectivités (art. R. 3131-1 du CGCT pour les départements et R. 4141-1 du même code pour les régions).

³⁰⁰¹ Comme en témoigne la modification de rédaction apportée par l'article 6 de la loi du 27 février 2002 déjà citée. Voir, en ce sens, CE, 21 mai 2008, *Mme Louvard*, req. n° 284.801, Rec., T., p. 620, *AJDA*, 2008, n° 28, p. 1548, note P. MOUKOKO, *BJDU*, 2008, n° 3, p. 204, concl. Y. AGUILA et obs. É. GEFFRAY. Jusqu'à cette décision, les solutions jurisprudentielles divergeaient sur ce point (comp. CAA Paris, 28 juillet 1998, *Mme Deniset et autres*, req. n° 96PA02520, Rec., T., p. 718 et CAA Marseille, 15 février 2000, *Mme Cadenac*, req. n° 98MA00992). Il s'ensuit que l'insertion au recueil administratif est toujours conçue comme une mesure de publicité complémentaire ne conditionnant pas le caractère exécutoire du règlement local (cf., par ex., en matière d'urbanisme, CE, Sect., 28 juin 1996, *Fédération pour les espaces naturels et l'environnement catalan (FENEC)*, req. n° 160.434, Rec., p. 253, *GACA* n° 37, *BJDU*, 1996, n° 5, p. 366, concl. C. MAUGÜÉ, *Dr. adm.*, 1996, n° 10, p. 30, note C. MAUGÜÉ (anciens plans d'occupation des sols), ainsi que les art. R. 123-23 et 25 du Code de l'urbanisme (nouveaux plans locaux d'urbanisme) ; ou s'agissant des délibérations approuvant une délégation de service public, CAA Marseille, 18 juin 1998, *Société de développement du Val d'Allos (S.D.V.A.)*, req. n° 97MA00677, Rec., T., p. 1031).

³⁰⁰² En effet, la publication au recueil n'est regardée comme suffisante par le juge administratif que si le recueil est aisément consultable par toutes les personnes intéressées (CE, Sect., 27 juillet 2005, *Millon*, req. n° 259.004, Rec., p. 336, *GACA* n° 37, *AJDA*, 2005, n° 44, p. 2462, note L. JANICOT, *BJCL*, 2005, n° 9, p. 636, concl. E. GLASER et obs. B. POUJADE, *LPA*, 3 juillet 2006, n° 131, p. 12, note O. GABARDA, *RFDA*, 2005, n° 5, p. 1064, note P. TERNEYRE). En tout état de cause, la simple inscription de l'acte réglementaire au registre de la mairie (CE, 26 septembre 2008, *Commune de Souillac*, req. n° 294.021, Rec., T., p. 620, *AJDA*, 2008, n° 41, p. 2283, note M. VERPEAUX, *RLCT*, 2008, n° 40, p. 21, obs. E. GLASER) ou sa mention dans la lettre d'information de la commune, supplément au bulletin municipal (CE, 1^{er} décembre 1993, *Veillard*, req. n° 128.953, Rec., T., p. 588 ; 21 juillet 1995, *Ville de Nevers*, req. n° 117.690) ne saurait être considérée comme une publication au sens des dispositions de l'art. L. 2131-1 du CGCT.

³⁰⁰³ Selon les cas, la périodicité imposée n'est que trimestrielle (art. R. 2121-9 et 2121-10 du CGCT pour les communes et art. R. 5211-41 du même code, pour les organismes de regroupement), voire semestrielle (art. R. 5421-14 du CGCT pour les organismes interdépartementaux et R. 5621-1 du même code, pour les organismes interrégionaux).

³⁰⁰⁴ Si la publication est irrégulière, insuffisante ou fait défaut, le règlement est dépourvu de force obligatoire (CE, Sect., 25 janvier 1974, *Jean et autres*, préc. ; 4 juillet 1975, *Delfini*, préc.). Par suite, il ne peut développer ses effets normatifs, tant du point de vue de son auteur que de ses destinataires. Les obligations qu'il crée ne peuvent être imposées (CE, Sect., 4 février 1949, *Pasquier*, Rec., p. 53 ; 4 juin 1949, *Sieur X...* (n° 639), Rec., p. 268, *JCP*, 1949, II, n° 4941, concl. C. LASRY, note R. G., *Rev. adm.*, 1949, p. 374, obs. G. LIET-VEAUX ; 4 juin 1949, *Sieur X...*, Rec. p. 268, *JCP G*, 1949, II, 4941, concl. C. LASRY ; 26 octobre 1956, *Pubreuil*, Rec., p. 389 ; Ass., 13 décembre 1957, *Barrot et autres*, préc. ; Sect., 1^{er} juin 1962, *Ministre de l'industrie et du commerce c/ Amblard*, Rec., p. 363, *AJDA*, 1963, p. 576, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT ; 14 avril 1972, *Époux Lafleur*, req. n° 77.462, Rec., p. 289 ; Ass., 20 mars 1974, *Bourges*, préc. ; 24 novembre 1982, *Vital*, préc. ; 5 juin 2002, *Mouhattoumou*, req. n° 212.948), ou inversement les droits qu'il consacre ne peuvent être invoqués (CE, 29 octobre 1914, *Barthélémy*, préc. ; Ass., 16 avril 1943, *Lanquetot*, préc. ; Sect., 30 octobre 1964, *Société "Prosagor"*, *Société "Les Films Sacha Gordine"* et *Sieur Sacha Gordine*, req. n°

recevoir aucune application. C'est seulement à compter du moment où il devient applicable que le règlement doit être regardé comme étant en vigueur³⁰⁰⁵.

846. À l'instar de la règle législative, la règle administrative n'entre en vigueur qu'à compter du moment où elle est effectivement applicable aux faits et actes entrant dans son présupposé³⁰⁰⁶. De la même manière que pour la loi, la distinction entre la période d'observation et celle de l'application du règlement ne présente, *mutatis mutandis*, guère d'intérêt. D'autant plus que l'ordonnance du 20 février 2004 a également simplifié les conditions d'entrée en vigueur des actes réglementaires³⁰⁰⁷. Les décrets et ordonnances suivent le régime applicable à la loi et entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication³⁰⁰⁸. En cas d'urgence, une disposition spéciale doit prévoir leur entrée en vigueur immédiate, soit le jour même de leur publication³⁰⁰⁹. Pour les ordonnances, ces nouvelles dispositions doivent être conciliées avec celles de l'article 38 de la Constitution de 1958 qui prévoient qu'elles entrent en vigueur dès leur publication.

Si le principe général est celui de l'entrée en vigueur des actes réglementaires dès leur publication, l'ordonnance du 20 février 2004 ne procède pas, loin s'en faut, à une unification de la matière. De nombreux régimes particuliers soumettent l'entrée en vigueur du règlement à d'autres conditions que la simple publication. Le plus important d'entre eux concerne les règlements des autorités

57.418, Rec., p. 496 ; 18 novembre 1966, *Laborde*, préc. ; 3 mars 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Société des ateliers de Dunkerque et Bordeaux "France Gironde"*, préc.), sauf en cas de circonstances exceptionnelles (CE, Sect., 16 avril 1948, *Ministre de la Production industrielle c/ Société française d'entreprises et de travaux publics*, préc.). Voir, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1141, n° 1329 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 59, n° 76 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 325.

³⁰⁰⁵ Du point de vue du contentieux, la prise en compte de la date de publication de l'acte réglementaire permet à elle seule, quelle que soit sa date d'entrée en vigueur, de déterminer le point de départ du délai de recours contentieux (CE, 3 mars 1995, *Mme Memmi et M. Zimmermann*, req. n° 162.657, Rec., p. 120, *LPA*, 1996, n° 83, p. 39, note Y. CLAISSE). Cette solution est également valable lorsque l'entrée en vigueur est soumise à d'autres conditions que la simple publication (cf. l'ex. des actes des autorités décentralisées soumis à l'obligation de transmission, CE, 13 mai 1992, *Marioge et autres*, req. n° 117.908, Rec., T., p. 1206).

³⁰⁰⁶ Voir, plus haut, p. 643, n° 834. Cette manière de voir permet d'expliquer, notamment, que l'acte réglementaire puisse être abrogé, alors même qu'il a été publié, tant qu'il n'a pas été rendu applicable (CE, Sect. 29 mars 2000, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, préc.). À l'inverse, si l'acte est non seulement inapplicable mais également illégal *ab initio*, il ne peut produire aucun effet et son abrogation est impossible (cf., l'ex. d'un acte pris par une autorité incompétente, CE, 13 novembre 1987, *Regnier*, req. n° 60.518, Rec., T., p. 525 ; Sect., 5 juin 1987, *Mme Lalain*, req. n° 38.177, 58.773, 58.837 et 66.679, Rec., p. 195, *AJDA*, 1987, n° 7-8, p. 460, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE). Parler d'abrogation à son égard constitue même un non-sens. Le juge ne s'y trompe pas en regardant ce type d'acte comme étant superflète.

³⁰⁰⁷ Art. 1^{er} et 2 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, préc. Ces dispositions ont été reprises dans la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (JORF n° 45 du 22 février 2007, p. 3121), lesquelles sont applicables aux collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution de 1958 (art. LO 6113-1, LO 6213-2, LO6313-2 et LO6413-2 du CGCT). Sur les difficultés du régime antérieur, voir CE, 19 mai 1993, *Syndicat des secrétaires adjoints des affaires étrangères (SYSAAE)*, req. n° 102.928.

³⁰⁰⁸ Selon l'article 2 de l'ordonnance citée plus haut, d'autres catégories d'actes réglementaires peuvent suivre ce régime à condition qu'une loi ou un décret l'ait prévu. Pour un ex. d'entrée en vigueur immédiate sur l'ensemble du territoire sous l'empire du régime antérieur, voir CE, Sect., 18 novembre 1938, *Eyquem*, Rec. p. 860 ; 22 mai 1957, *Decieux*, Rec. p. 331 ; 25 mars 1966, *Office national interprofessionnel des céréales c/ Société J. Tardits et Cie*, req. n° 62.974, Rec., p. 234 ; Ass., 23 juillet 1974, *Semanaguiry*, req. n° 89.234, Rec., p. 440, *AJDA*, 1974, n° 9, p. 431, chr. M. FRANC et M. BOYON.

³⁰⁰⁹ Ainsi en dispose l'article 1^{er} du Code civil dans sa version issue de l'ordonnance du 20 février 2004 citée plus haut. Il appartient au seul Gouvernement de prendre de telles dispositions par décret ou ordonnance. Ainsi, un décret peut lui-même prévoir son entrée en vigueur immédiate, comme cela a été le cas pour les décrets déclarant l'état d'urgence à la suite des violences urbaines survenues à l'automne 2005 (décrets n° 2005-1386 et 1387 du 8 novembre 2005, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, instituant un état d'urgence, JORF n° 261 du 9 novembre 2005, p. 17593 ; cf., également, CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et autres et Boisvert*, req. n° 286.834 et 287.218, Rec., p. 171, *GACA* n° 46, *AJDA*, 2006, n° 19, p. 1033, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 651, note P. TERNEYRE) ou avoir pour seul objet de prévoir l'entrée en vigueur immédiate d'un texte en particulier (pour un ex. de décret prévoyant l'entrée en vigueur d'un autre décret, cf., concernant le décret relatif aux pôles de compétitivité, le décret n° 2005-763 du 8 juillet 2005, JORF n° 159 du 9 juillet 2005, p. 11281, ou s'agissant du décret d'approbation des statuts de la société RTE EDF Transport, le décret n° 2005-1056 du 30 août 2005, JORF n° 202 du 31 août 2005, p. 14081 ; pour un ex. de décret prévoyant l'entrée en vigueur d'un arrêté, cf., s'agissant d'un arrêté fixant des mesures d'urgence en matière de protection sanitaire, le décret n° 2006-218 du 24 février 2006, JORF n° 48 du 25 février 2006, p. 2961, décret n° 2006-1111 du 5 septembre 2006, JORF n° 206 du 6 septembre 2006, p. 13224) ou de plusieurs autres textes (cf., par ex., décret n° 2004-1532 du 31 décembre 2004, JORF n° 1 du 1er janvier 2005, p. 28 ; décret n° 2005-68 du 31 janvier 2005, JORF n° 26 du 1er février 2005, p. 1650).

décentralisées³⁰¹⁰ soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État (1). Hormis le cas bien particulier dans lequel l'acte réglementaire doit être concrétisé sur le terrain³⁰¹¹, son entrée en vigueur peut encore dépendre de l'intervention d'une autorité extérieure (2) ou nécessiter des mesures d'application (3).

1°) L'entrée en vigueur du règlement suspendue à son approbation

847. Alors qu'ils ont été édictés³⁰¹², certains règlements doivent encore être approuvés par une autorité distincte de celle qui les a élaborés pour entrer en vigueur³⁰¹³. Leur mise en vigueur est suspendue jusqu'à la décision de l'autorité d'approbation. Ces règlements ne deviendront applicables qu'à la double condition d'avoir été approuvé et publié. Un exemple bien connu est celui du pouvoir d'approbation des actes des collectivités territoriales détenu par l'autorité de tutelle dans le régime antérieur aux lois de décentralisation³⁰¹⁴.

848. Si elle constitue une condition de l'entrée en vigueur de l'acte réglementaire, l'approbation n'a, cependant, aucune influence sur la date à laquelle celui-ci devient applicable³⁰¹⁵. Comme on a eu l'occasion de le montrer plus tôt, l'acte approbatif reste un acte distinct de l'acte approuvé et produit des effets qui lui sont propres. À raison de son objet même, l'acte d'approbation rétroagit de plein droit au

³⁰¹⁰ Art. L. 2131-2, 3131-2 et 4141-2 du CGCT, ainsi que art. LO 6151-1, 6241-1, 6341-1 et 6451-1 du même code, pour les collectivités d'outre-mer relevant de l'article 74 de la Constitution de 1958. Les actes de ces dernières font également l'objet d'une certification par le Président de l'assemblée territoriale qui s'apparente à une promulgation. On peut également citer le régime particulier de l'entrée en vigueur des règlements des collectivités territoriales portant dérogation à titre expérimental (art. LO 1113-3 CGCT) ou adaptation (art. LO 3445-4 et 4435-4 du même code) de la loi. Ces derniers font l'objet, après leur transmission au représentant de l'Etat et, dans le cas d'une adaptation, au Premier ministre, d'une publication au Journal officiel de la République française. Ils entrent en vigueur le jour suivant cette publication (J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Application dans le temps », fasc. préc., p. 5, n° 15-16).

³⁰¹¹ En matière de circulation et de stationnement, l'article R. 411-25 du Code de la route exige que les règlements de police fassent l'objet d'une signalisation adéquate sur le terrain pour être opposables aux usagers de la route, sous réserve des exceptions posées par l'article R. 411-27 du même code (CE, 24 mars 1976, *Ministre de l'Intérieur c/ Brun*, req. n° 00.017, Rec., p. 172 ; 22 octobre 1980, *Fabert*, req. n° 23.017, Rec., p. 381). Néanmoins, la publication au Journal officiel suffit pour les mesures temporaires applicables sur tout le territoire (CE, Sect., 25 juillet 1975, *Chaigneau*, req. n° 94012, 94.967 et 97.867, Rec., p. 436, *RDP*, 1976, n° 1, p. 342, note J.-M. AUBY), ainsi que pour celles concernant certaines catégories de véhicules ou certains ensembles de véhicules. Il en va de même des mesures de suspension ou de restriction de la circulation, propres à limiter l'ampleur et les effets d'une pointe de pollution sur la population, prises par le préfet dans les zones qu'il a définies à cet effet (R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1142, n° 1330, 2°).

³⁰¹² Il faut dissocier ce cas de celui dans lequel l'approbation fait partie intégrante de la procédure d'élaboration de l'acte réglementaire. Cf., par ex., les art. L. 162-5 et 162-6 du Code de sécurité sociale ; CE, 29 décembre 1995, *Groupement des médecins anatomo-pathologistes libéraux français*, req. n° 110.195).

³⁰¹³ Le terme d'approbation est également utilisé pour désigner l'adoption définitive par l'autorité compétente du règlement à l'issue d'une procédure d'élaboration complexe. Dans pareille hypothèse, l'approbation ne renvoie pas à autre chose qu'à l'édition du règlement. Cf., par ex., le régime des anciens plans d'occupation des sols pour lesquels une approbation par l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale était requise une fois que le plan a été rendu public et a fait l'objet d'une enquête publique (art. L. 123-3-1 ancien du Code de l'urbanisme ; CE, Sect., 31 décembre 1976, *Association "Les amis de l'île de Croix"*, req. n° 03.164, Rec., p. 585). Voir P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 214, n° 522.

³⁰¹⁴ R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 424, n° 584 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, préc., p. 93 ; G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, préc., p. 134, n° 116.

³⁰¹⁵ L'applicabilité de l'acte approuvé n'est donc pas subordonnée à la publication de l'acte d'approbation (CE, Sect., 2 novembre 1938, *Société Les petits-fils de François de Wendel*, préc. : « l'approbation donnée par le préfet à la délibération [...] par laquelle le conseil municipal [...] a décidé l'établissement de la taxe précitée, n'a eu d'autre effet que de rendre ladite délibération exécutoire mais ne pouvait avoir d'influence sur la date d'application de la taxe »). Cf., selon une jurisprudence constante, CE, 29 janvier 1932, *SA des tréfileries et laminoirs du Havre* (5^e esp.), préc. ; Ass., 16 novembre 1956, *Société B.A.B. et B.L.B.*, préc. ; Sect., 17 juin 1960, *Sieur Contessoto*, préc. ; Sect., 19 mars 1965, *Jean-Louis, Sévère et Caraman*, préc. ; Ass., 8 janvier 1971, *U.R.S.S.A.F. des Alpes-Maritimes*, préc. ; 2 avril 2003, *Marc-Antoine et Association "Facteur H"*, préc. Voir également J.-M. AUBY, art. préc., p. 15 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 214, n° 521 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 135, n° 188 ; J. PETIT, thèse préc., p. 103, n° 208. Il en va autrement lorsque l'approbation intervient avant que les textes dont sa légalité dépend n'aient été pris. En effet, il appartient à l'autorité chargée de l'approbation de vérifier que toutes les conditions légales de celle-ci sont réunies (CE, Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autres*, préc.).

jour de l'édiction de l'acte approuvé³⁰¹⁶. Il s'ensuit qu'au moment de sa publication, l'acte approuvé est ainsi réputé remplir l'ensemble des conditions de son entrée en vigueur. L'acte approuvé deviendra applicable, soit à la date qu'il fixe, soit à la date de sa publication³⁰¹⁷.

849. Des difficultés peuvent néanmoins survenir, lorsqu'il existe un décalage entre la publication et l'approbation et, plus précisément, lorsque la seconde suit la première³⁰¹⁸. En effet, l'acte publié mais dont l'approbation a été refusée ou n'est jamais intervenue³⁰¹⁹, ne remplit qu'une partie des conditions nécessaires à son entrée en vigueur. En pareille hypothèse, il doit être regardé comme n'étant jamais entré en vigueur³⁰²⁰. Les mesures d'application éventuellement prises sur son fondement seront dépourvues de base légale et illégales pour ce motif³⁰²¹. La légalité de telles mesures reste également incertaine tant que l'approbation n'est pas intervenue³⁰²².

2°) L'entrée en vigueur du règlement conditionnée par sa transmission

850. Une fois signés, les actes des autorités locales décentralisées doivent être transmis au représentant de l'État dans le département ou dans la région, ou à son délégué dans l'arrondissement³⁰²³. Ils n'entrent en vigueur qu'à compter de la date où il a été satisfait à la double formalité de publication et

³⁰¹⁶ Sur cette question, cf. p. 183, n° 242. Voir, également, P. BOUFFARD, *Le contrôle des délibérations du conseil municipal*, préc., p. 75, n° 133 ; P. FERRARI, note sous CE, Ass., 8 janvier 1971, *U.R.S.S.A.F. des Alpes-Maritimes*, préc., p. 161 ; C. LAVIALLE, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, préc., p. 37 et s..

³⁰¹⁷ CE, 14 juillet 1934, *Boitel*, préc. ; 17 novembre 1943, *Établissements Tiflex*, préc. ; 13 mars 1981, *Fédération CGT-FO des employés et cadres et autres*, préc. C'est le cas également de l'approbation des conventions à effets réglementaires (cf., plus bas, p. 677, note 3156). Leur approbation prend légalement effet à la date de leur signature (CE, 9 décembre 1994, *Assemblée des présidents des conseils généraux de France*, préc. ; 18 mars 1998, *Union nationale des associations familiales (UNAF) et autres*, préc.), mais ne peut, à peine d'illégalité, lui être antérieure.

³⁰¹⁸ On comprend aisément que le cas dans lequel l'approbation précède la publication de l'acte réglementaire ne pose aucune difficulté particulière. L'acte a rempli les deux conditions de son entrée en vigueur, avant même d'être rendu public.

³⁰¹⁹ CE, 17 novembre 1997, *Idlas et autres*, req. n° 161.980, 181.008 et 183.385, Rec., p. 428, *JCP G*, IV, 1998, 1362, obs. M.-C. ROUALT. Il convient de préciser que l'annulation de l'acte d'approbation emporte les mêmes effets qu'un défaut d'approbation (CE, 30 avril 1997, *Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et Confédération nationale des syndicats dentaires*, req. n° 178.105 et 178.861, Rec., p. 183, *Dr. adm.*, 1997, n° 11, p. 21, note C. MAUGÛÉ ; rapp. CE, 5 décembre 1986, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, req. n° 38.124 et 52.088, Rec., T., p. 686).

³⁰²⁰ G. MELLERAY, *op. cit.*, p. 135, n° 116 ; R. MASPÉTIOL et P. LAROQUE, *La tutelle administrative*, préc., p. 110. Cf., par ex., CE, 21 octobre 1931, *Laporte, D.*, 1932, p. 561 : décret dont les arrêtés d'application n'ont pas été publiés aux *Journal Officiel*, alors même que ladite publication était imposée par la loi. Une telle situation est fréquente dans le domaine des actes réglementaires à élaboration contractuelle. Cf., par ex., concernant les conventions médicales, CE, Sect., 9 octobre 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire*, req. n° 20.026, Rec., p. 360, *RDSS*, 1982, p. 106, concl. A. BACQUET, *AJDA*, 1982, p. 664, chr. F. TIBERGHIEU et B. LASSERRE ; C.Const., déc. n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, préc., cons. 23 ; CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicats des médecins d'Aix et région et autres*, req. n° 184.605, 185.341 et 185.364, Rec., p. 266, *AJDA*, 1998, n° 10, p. 787, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *JCP G*, IV, 1998, 3545, obs. M.-C. ROUALT, *LPA*, 13 août 1999, n° 161, p. 17 note J. TRÉMEAU, *RFDA*, 1998, n° 5, p. 961, concl. J.-C. BONICHOT. Pour d'autres ex., cf. Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapp. préc., Vol. 1, pp. 160-161. Plus généralement sur la notion d'acte réglementaire à élaboration contractuelle, voir Conseil d'État, rapp. préc., p. 46 et 158 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 113, n° 75 ; Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, préc. ; X. PRÉTOT, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales : du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée », *Dr. soc.*, 1997, p. 845.

³⁰²¹ Par suite, l'annulation de l'acte d'approbation emporte, par voie de conséquence, celle des mesures d'application de l'acte approuvé (CE, 28 juin 1957, *Commune d'Aïn Tagrout*, Rec., p. 425, *D.*, 1957, J., p. 678, note G. TIXIER ; Ass., 3 juillet 1998, *Syndicats des médecins d'Aix et région et autres*, préc. ; 9 décembre 1998, *Syndicat des médecins libéraux*, req. n° 192.148, Rec., T., p. 1184, *Dr. adm.*, 1998, n° 6, p. 25 et n° 11, p. 24, notes C. MAUGÛÉ ; 30 décembre 1998, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, req. n° 194.399, Rec., p. 523, *Dr. adm.*, 1999, n° 5, p. 12, note C. MAUGÛÉ.

³⁰²² CE, Sect., 28 avril 1961, *Ministre des transports c/ SARL Berthélémy*, req. n° 42.303, Rec., p. 268. On peut toutefois considérer qu'il s'agit de mesures provisoires légales (S. THÉRON, « Le provisoire dans ses rapports à l'acte administratif unilatéral », préc.).

³⁰²³ En vertu des dispositions combinées des articles L. 2131-2, 3131-2 et 4141-2 du CGCT, doivent être transmis au contrôle de légalité les délibérations des conseils des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, ainsi que les arrêtés réglementaires des autorités exécutives locales, à l'exception des actes pris en matière de circulation et de stationnement et de débits de boissons. Par ailleurs, les actes pris au nom de l'État échappent également à l'obligation de transmission (art. L. 2131-4, 3131-5 et 4141-5 du même code).

de transmission³⁰²⁴. Ce régime particulier d'entrée en vigueur s'explique par la nécessité de garantir l'efficacité de la fonction de contrôle dont est investi le préfet par l'article 72, alinéa 3 de la Constitution de 1958³⁰²⁵. Si l'observabilité du contenant de la norme est acquise suivant les « circuits légaux et réguliers » de la publicité³⁰²⁶, l'observabilité de son contenu, de même que son applicabilité, ne sont réalisées qu'avec sa transmission³⁰²⁷.

851. Contrairement à l'approbation, la transmission ne produit aucun effet rétroactif et, par conséquent, détermine directement l'applicabilité du règlement. Celui-ci ne peut prendre effet qu'une fois cette formalité satisfaite³⁰²⁸. Sa date d'applicabilité sera toujours celle de sa transmission et ne pourra remonter au-delà. Le cas des délibérations municipales autorisant un maire à signer un contrat est des plus révélateurs. L'absence de transmission de la délibération d'habilitation avant la date à laquelle le maire procède à la conclusion du contrat entraîne l'illégalité de ce dernier. Faute d'avoir été transmise avant la signature du contrat, la délibération n'est jamais entrée en vigueur et le maire était, par suite, incompétent pour conclure ledit contrat³⁰²⁹. Si la délibération d'habilitation peut légalement fonder la décision de signer dès sa publication, la seconde ne saurait prendre effet antérieurement à la transmission de la première.

³⁰²⁴ Art. L. 2131-1, 3131-1 et 4141-1 du CGCT. Le Conseil d'État a récemment eu l'occasion de le rappeler en jugeant que : « la transmission de ces actes au représentant de l'État conditionne leur entrée en vigueur et que le moyen tiré du défaut de transmission au représentant de l'État d'un acte soumis à cette obligation, qui se rattache au champ d'application de la loi, est un moyen d'ordre public » (CE, 28 décembre 2007, *Mme Arsicaud Beving*, req. n° 282.309). Les dispositions combinées des articles 17-II de la loi du 2 mars 1982 déjà citée et de l'ancien article L. 181-31 du Code des communes, aujourd'hui abrogées, consacraient une exception pour le droit local applicable aux communes d'Alsace-Moselle. Les délibérations du conseil municipal adoptant le budget communal, bien que soumises à l'obligation de transmission, entraînent en vigueur dès leur adoption (CE, Sect., 28 juillet 1989, *Ville de Metz*, req. n° 74.950, Rec., p. 171, *AJDA*, 1989, n° 12, p. 793, concl. M. de GUILLENCHMIDT). En application des dispositions de l'article 2541-23 du CGCT, ces actes relèvent désormais du régime général d'entrée en vigueur des actes des autorités locales décentralisées. Sur l'ensemble de ces questions, voir J.-B. AUBY, J.-F. AUBY et R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 5^e éd., 2009, pp. 293-296 ; J. BOURDON, J.-M. PONTIER et J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 2^e éd., 1998, p. 210 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 424, n° 584 et p. 1142, n° 1330 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 273, n° 581 ; G. KOUBI, art. préc., p. 1501 et 1505 ; G. MARIE, « La décentralisation et la nouvelle théorie des actes administratifs », *LPA*, 17 décembre 1982, n° 141, p. 15 et 20 décembre 1982, n° 143, p. 17.

³⁰²⁵ C.Const., déc. n° 82-137 DC, 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, cons. 6, Rec., p. 38, *GDCC* n° 15, *AJDA*, 1982, n° 5, p. 294 et p. 303, note J. BOULOUIS, *RDP*, 1982, n° 5, p. 1259, chr. L. FAVOREU, *Rev. adm.*, 1982, p. 352, note R. ETIEN. Voir X. DELCROS, « Le contrôle de légalité des actes des autorités communales, départementales et régionales », *EDCE*, 1987, n° 38, p. 23, spéc. p. 27.

³⁰²⁶ G. KOUBI, art. préc., p. 1507.

³⁰²⁷ Pour une position contraire, voir E. MELLA, « De la fonction de la transmission de la délibération locale », *BJCL*, 2008, n° 6, p. 398, spéc. p. 401 : le raisonnement de l'auteur présente un double écueil. D'un côté, il repose sur une assimilation contestable du cas des contrats avec celui des actes unilatéraux, alors que leur processus d'entrée en vigueur présente une différence essentielle. De l'autre, il procède d'une confusion, dès lors qu'il est, à tort, distingué entre l'entrée en vigueur et la prise d'effet de l'acte.

³⁰²⁸ CE, 14 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, req. n° 97.476, Rec., p. 13, *Dr. adm.*, 1992, n° 2, p. 7 et 8. L'obligation de transmission est réputée satisfaite dès la réception effective par le représentant de l'État de l'acte transmis par l'autorité exécutive de la collectivité. Il incombe à la collectivité d'en apporter la preuve par tout moyen. À cet égard, si l'accusé de réception délivré par le représentant de l'État peut jouer un tel rôle, il n'est aucunement nécessaire à l'acquisition du caractère exécutoire de l'acte transmis (F.-P. BÉNOIT, « L'exécution des actes des collectivités locales », fasc. préc., p. 14, n° 79 ; J. BOURDON, J.-M. PONTIER et J.-C. RICCI, *op. cit.*, pp. 210-211 ; J.-C. DOUENCE, « Collectivités locales (Contrôle de légalité des actes des) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2005, p. 12, n° 95 ; J.-B. AUBY, J.-F. AUBY et R. NOGUELLOU, *op. cit.*, p. 296 ; C.-L. VIER, « Contrôle de légalité des actes des autorités locales », *J.-Cl. adm.*, fasc. 1011, 1993, p. 5, n° 13). C'est également à compter du moment de la réception que le point de départ du délai de recevabilité du déféré préfectoral commence à courir (CE, 27 avril 1994, *Raynal*, req. n° 152.356, Rec., p. 202, *D.*, 1994, J., p. 341, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; 6 juillet 2007, *Commune de Saint-Paul-Trois-Châteaux*, req. n° 298.744, Rec., T., p. 699, *AJDA*, 2008, n° 7, p. 348, note I. NGUYÈN-DUY, *BJDU*, 2007, n° 3, p. 237, concl. C. DEVYS).

³⁰²⁹ CE, 20 janvier 1989, *Ville de Millau c/ Vincent*, req. n° 70.686, *Dr. adm.*, 1989, n° 87, *MP*, 1989, n° 241, p. 12 ; Sect., Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, préc. ; 8 février 1999, *Commune du Cap d'Ail*, req. n° 185.749, *AJDA*, 1999, n° 3, p. 283 ; Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, req. n° 202.260, Rec., p. 107, *AJDA*, 1999, n° 5, p. 427, concl. J.-H. STAHL et p. 435, note M. BAZEX, *CJEG*, 1999, p. 264, concl. J.-H. STAHL, *D.*, 2000, J., p. 204, note J.-P. MARKUS, *RDP*, 1999, n° 5, p. 1545, note S. MANSON ; 25 juillet 2008, *Commune de Rougon*, req. n° 299.951 ; Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc. Pour un autre ex., cf. CE, 1^{er} février 1989, *Commune de Briançon*, req. n° 92.875 et 92.876, Rec., T., p. 508. Sur ce point, voir S. BRACONNIER, « Formation du contrat administratif », *J.-Cl. adm.*, fasc. 610, 2000, p. 9, n° 64 ; P. ZAVOLI, « Appel d'offres », *J.-Cl. adm.*, fasc. 637, 2007, p. 24, n° 313.

3°) L'entrée en vigueur du règlement réalisée par ses mesures d'application

852. De la même manière que la loi, le règlement peut être inapplicable par lui-même et nécessiter des mesures complémentaires pour entrer en vigueur³⁰³⁰. Sa publication est alors insuffisante à le rendre observable et, *a fortiori*, applicable³⁰³¹. C'est l'édition des mesures précisant les modalités d'application du règlement qui commande tant son observabilité que son applicabilité³⁰³², que l'autorité normative ait ou non expressément prévu leur intervention³⁰³³. L'entrée en vigueur est ainsi repoussée au moment de l'intervention de ses mesures d'application³⁰³⁴ ou, plus précisément, au moment où celles-ci entrent elles-mêmes en vigueur³⁰³⁵.

B/ L'entrée en vigueur des autres décisions administratives

853. En l'absence de régime général d'entrée en vigueur des actes administratifs³⁰³⁶ organisé par les textes, la situation des actes non réglementaires se caractérise par l'hétérogénéité des solutions jurisprudentielles, ainsi que par la divergence des positions doctrinales. S'il n'est guère contesté que l'existence de la décision administrative est acquise avec son édition, et plus précisément dès sa signature, l'incertitude règne, en revanche, sur la réalisation des étapes suivantes du processus d'entrée

³⁰³⁰ En leur absence, le règlement n'est pas en vigueur et ne peut recevoir aucune application (CE, 13 novembre 1974, *Commission administrative des hôpitaux de Luchon*, req. n° 90.048, Rec., p. 556 ; Sect., 20 janvier 1978, *Chabanol*, req. n° 99.291, Rec., p. 18 ; Sect., 1^{er} mars 1996, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Guillet*, req. n° 161.670, Rec., p. 57, D., 1996, J., p. 569, note J.-P. MARKUS ; 7 juillet 1997, *Commune de Villeparisis*, req. n° 159.002, Rec., T., p. 645). En conséquence, les décisions prises sur son fondement sont illégales (CE, 29 juin 1977, *Union de l'artisanat, du commerce et de l'industrie de Saintes*, req. 96.192, Rec., T., p. 705 ; 19 décembre 1986, *Association française des ingénieurs de l'aviation civile*, req. n° 54.630, Rec., p. 294) et ses destinataires restent soumis au régime antérieur (CE, 25 octobre 1957, *Talec et Vachon*, préc. ; 26 juin 1987, *Magnam*, req. n° 81.648, Rec., T., p. 571). Il n'en va autrement que lorsqu'en réalité, les dispositions du règlement se suffisent à elles-mêmes (CE, Sect., 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la Société nationale des chemins de fer français et aux chemins de fer algériens*, Rec., p. 403 ; Ass. Plén., 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie*, req. n° 4.594, Rec., p. 172). Voir, en ce sens, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 215, n° 524 ; J.-C. VENEZIA, art. préc., p. 674.

³⁰³¹ CE, Sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau et autres*, préc.

³⁰³² Pourvu que celles-ci donnent les précisions suffisantes pour que la règle puisse recevoir application (cf., par ex., CE, 28 juin 1968, *Ministre de l'Agriculture c/ Levy*, req. n° 71.305, Rec., p. 407) et qu'elles soient régulièrement entrées en vigueur (CE, Sect., 30 juillet 2003, *Groupeement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, préc.). À défaut, le régime antérieur reste en vigueur (CE, 14 novembre 1947, *Verdier*, Rec., p. 526 ; 26 mars 2008, *Union Syndicale Autonome Justice (USAJ)*, préc.).

³⁰³³ L'autorité réglementaire peut différer l'entrée en vigueur des dispositions qu'elle édicte jusqu'à l'intervention d'une loi (CE, Ass., 10 mai 1974, *Barre et Honnet*, req. n° 85.132 et 85.149, Rec., p. 276 ; par analogie, s'agissant des conventions à effets réglementaires, CE, Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autres*, préc.) ou d'un acte réglementaire (CE, 7 octobre 1981, *Syndicat national FO des personnels administratifs des affaires maritimes*, req. n° 12.482, Rec., T., p. 595). En tout état de cause, les mesures d'application doivent intervenir dans un délai raisonnable (CE, Ass. 27 novembre 1964, *Ministre de Finances et des Affaires économiques c/ Dame veuve Renard*, req. n° 59.068, Rec., p. 590, concl. Y. GALMOT, D., 1965, J., p. 632, note J.-M. AUBY, *AJDA*, 1964, n° 12, p. 678, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET, *RDP*, 1965, n° 4, p. 716, concl. Y. GALMOT ; 23 novembre 1979, *Secrétaire d'État aux Anciens Combattants c/ Le Meillour*, req. n° 10.761, Rec., p. 431 ; 29 juin 2011, *Société Cryo-Save France*, préc.), lequel ne peut excéder deux ans (CE, 20 mai 1988, *Ministre de la Défense*, req. n° 69.740). Au-delà, l'inaction de l'autorité compétente engage la responsabilité de la puissance publique (CE, 15 février 1984, *Ministre des affaires étrangères c/ Larivière*, req. n° 27.640, Rec., T., p. 489 ; 29 novembre 1999, *Polyclinique des Alpillès*, req. n° 177.140, Rec., p. 369, *JCP G*, 2000, IV, 1441, obs. M.-C. ROUAULT).

³⁰³⁴ L'article 1^{er} de l'ordonnance du 20 février 2004 citée plus haut le prévoit expressément pour les règlements publiés au Journal officiel. Cette disposition ne fait que reprendre une jurisprudence constante (cf., parmi une jurisprudence abondante, CE, 21 décembre 1966, *Moreau*, req. n° 61.230, Rec., p. 674 ; 12 février 1982, *Soria*, req. n° 22.622, Rec., T., p. 521 (sol. impl.) ; 19 décembre 1986, *Association française des ingénieurs de l'aviation civile*, préc. ; 26 juin 1987, *Magnam*, préc. ; Sect., 30 septembre 1988, *Commune de Nemours c/ Mme Marquis*, préc. ; Sect., 1^{er} mars 1996, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Guillet*, préc. ; 12 juin 2002, *Caisse de décès "Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine"*, req. n° 240.741, Rec., T., p. 606, *Dr. adm.*, 2003, n° 1, p. 14, note P. CASSIA). Voir également, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1142, n° 1331 3°) ; J.-Y. VINCENT, fasc. préc., p. 4, n° 13.

³⁰³⁵ CE, 26 mars 2008, *Union Syndicale Autonome Justice (USAJ)*, préc.

³⁰³⁶ Les dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 20 février 2004 déjà citée « ne sont pas applicables aux actes individuels ».

en vigueur. En particulier, la théorie de l'opposabilité entraîne un certain nombre de confusions quant au moment de la réalisation desdites étapes et reste, de ce fait, insuffisante pour déterminer avec précision le moment de l'entrée en application des décisions administratives.

L'identification du moment auquel la décision administrative entre en vigueur étant essentielle et préalable à celle de sa rétroactivité, il est nécessaire de le déterminer avec précision (1) en tenant des particularités de chaque catégorie. À cet égard, la question de l'entrée en vigueur de la décision créatrices de droits susceptibles d'être acquis pose des difficultés particulières qu'il faut tenter de résoudre (2).

1°) Analyse du processus d'entrée en vigueur de la décision administrative

854. À l'instar de toute norme juridique, l'insertion dans l'ordonnement juridique de la décision administrative suit un processus logique fondamental organisé autour de trois concepts. Une fois édictée, la décision administrative ne peut entrer en vigueur que si elle est à la fois rendue observable et applicable³⁰³⁷. En d'autres termes, la décision administrative n'entre en vigueur qu'à partir du moment où elle est susceptible de développer la plénitude de ses effets. Si la date à laquelle la décision administrative devient applicable doit seule être retenue pour identifier le moment de son entrée en vigueur, il convient de rattacher chaque étape du processus progressif d'entrée en vigueur de la décision administrative au concept correspondant³⁰³⁸.

855. L'édition de la décision administrative correspond au moment où, la procédure d'élaboration de la décision s'achevant, celle-ci accède à l'existence juridique. Intellectuellement, la décision administrative naît de la manifestation de volonté de l'administration³⁰³⁹, laquelle est matériellement authentifiée par l'aposition de la signature de son auteur. Ce faisant, la signature permet de déterminer la date d'édition de la décision administrative³⁰⁴⁰. Dès cet instant, la décision administrative doit être considérée comme juridiquement parfaite³⁰⁴¹. La validité de la décision se trouve « cristallisée » dès ce stade et ne dépend aucunement des mesures de publicité dont elle est susceptible de faire l'objet³⁰⁴².

³⁰³⁷ Cf., plus haut, p. 629, n° 815. Comme le remarquait, É. Soto-Kloss, « nous tous connaissons le principe apodictique – évident par soi-même, un ordre, une prescription de conduite ne peut obliger sans être connus au préalable » (É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 97).

³⁰³⁸ Pour une démarche similaire, cf. R. HOSTIOU, thèse préc., p. 113 et s. ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 42 et s., n° 292 et s.

³⁰³⁹ P.-L. FRIER et J. PETIT, *op. cit.*, p. 321, n° 517 ; R. HOUSTIOU, thèse préc., p. 206 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 537 et s., n° 556 et s. ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 30 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, t. II, préc., p. 157 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 123, § 21. Sur la question de la signature, cf., B. SEILLER, fasc. préc., p. 36 et s., n° 243 et s. ; R. HOSTIOU, *loc. cit.*

³⁰⁴⁰ Certains auteurs préfèrent utiliser le terme d'« émission », sans que ce dernier ait une signification différente de celui d'édition (J. MOREAU, *op. cit.*, p. 229 ; J.-M. AUBY, art. préc., p. 8 ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 260).

³⁰⁴¹ J. MOREAU, *op. cit.*, p. 229, n° 163. En l'absence de signature, la décision est dépourvue d'existence juridique et ne peut être contestée par son prétendu bénéficiaire (cf., par ex., en matière de permis de construire, CE, 6 décembre 1989, *Commune de Leucate*, req. n° 100.214).

³⁰⁴² Le défaut ou l'irrégularité de la publicité de la décision administrative n'a aucune incidence sur sa légalité (CE, 2 février 1906, *Clément*, Rec., p. 98 ; 5 décembre 1908, *Dame Mas*, Rec., p. 1002, S., 1911, III, p. 29, note M. HAURIOU ; 8 janvier 1909, *Malaval*, Rec., p. 15 ; 7 mai 1909, *Association de bienfaisance pour l'extinction de la mendicité*, Rec., p. 471, S., 1911, III, p. 48, note M. HAURIOU ; 7 janvier 1910 *Schiltz*, Rec., p. 5, S., 1912, III, p. 84, note M. HAURIOU ; 28 juillet 1911, *Sieurs Gréau*, Rec., p. 890 ; 27 juin 1913, *Cornus*, Rec., p. 764 ; 27 mars 1914, *Laroche*, Rec., p. 404, S., 1914, III, p. 97, note M. HAURIOU ; 26 mars 1915, *Magon*, Rec., p. 106 ; 15 juin 1928, *Antin*, Rec., p. 764 ; 26 juin 1929, *Bauny*, Rec., p. 619 ; 31 mai 1933, *Hautefeuille*, Rec., p. 587 ; Sect., 20 avril 1934, *Merlin*, Rec., p. 458 ; TC, 20 mars 1943, *Préfet du Pas-de-Calais c/ Société béthunoise d'éclairage et d'énergie*, préc. ; CE, 12 octobre 1983, *Société Prairiea*, req. n° 41.698, Rec., T., p. 892, *Dr. adm.*, 1983, n° 193 ; Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques (C.N.A.F.C.)*, req. n° 105.743, 105.810, 105.811 et 105.812, Rec., p. 368, concl. B. STIRN, *AJDA*, 1991, n° 2, p. 91, étude C. MAUGÛÉ, F. DONNAT et Y. AGUILA, *D.*, 1991, J., p. 283, note P. SABOURIN, *RFDA*, 1990, n° 6, p. 1065, concl. B. STIRN, *RDSS*, 1991, p. 228, note J.-B. AUBY ; 10 novembre 1999, *Société Pierre Fabre Médicaments et Association Act-Up Paris*, req. n° 200.233 et 200.268, Rec., T., p. 693 ; 6 novembre 2000, *Comité Somport d'opposition totale à l'autoroute Caen-Rennes*, req. n° 180.496, Rec., p. 489, *AJDA*, 2001, n° 6, p. 574, note X. BRAUD,

C'est à la lumière de ce qui précède qu'il faut comprendre le principe selon lequel le juge administratif apprécie la légalité de la décision administrative au jour de sa signature³⁰⁴³.

Néanmoins, la décision administrative simplement édictée ne développe qu'un nombre limité d'effets. Ainsi, la simple existence de la décision administrative permet d'exercer un recours administratif à son encontre et suffit à la rendre invocable et attaquant devant le juge administratif³⁰⁴⁴ par les personnes intéressées. Dans le même ordre d'idées, c'est à compter de cette même date que se calcule le délai d'exercice du pouvoir de retrait à l'égard des décisions administratives explicites créatrices de droits illégaux³⁰⁴⁵. En revanche, la décision simplement signée est incapable de développer par elle-même des effets à l'égard de son destinataire, non plus qu'elle ne peut être exécutée par son auteur, faute pour elle d'avoir été rendue observable, c'est-à-dire obligatoire pour l'un comme pour l'autre³⁰⁴⁶. On peut donc considérer que les seuls effets reconnus à l'acte simplement édicté ne trouvent leur raison d'être que dans le respect du principe de légalité³⁰⁴⁷, ainsi que, plus indirectement, dans la protection de son entrée en vigueur future.

856. De la même manière que pour le règlement, le caractère obligatoire de la norme doit être assuré par un procédé de publicité adapté à ses destinataires. Le procédé de la notification constitue le mode de publicité adéquate de la décision administrative, dès lors que son ou ses destinataires sont identifiés³⁰⁴⁸.

RFDA, 2001, n° 1, p. 244), sauf si un texte prévoit que cette publicité est requise à peine de nullité (CE, 4 mars 1955, *Société commerciale des produits africains*, préc. ; 2 avril 1971, *Muon*, préc.). Voir R. HOSTIOU, thèse préc., p. 133 et s. ; D. LE BÉGUEC, art. préc., p. 1274.

³⁰⁴³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 227, n° 249. Cf. CE, 9 mai 1947, *Fabre*, Rec. p. 187 ; 31 octobre 1947, *Henniquau*, Rec., p. 397 ; 12 juin 1963, *Rimoux et autres*, req. n° 56.858, Rec., p. 356 ; 7 juillet 1967, *Office HLM du Mans*, req. n° 63.219, Rec., p. 306 ; 16 janvier 1979, *SCI "Le Fragonard"*, req. n° 06.086, Rec., p. 33 ; 6 mars 1989, *Société de bourse JFA Buisson c/ Chambre de compensation des instruments financiers de Paris (CCIFP)*, préc. ; Sect., 31 mars 1989, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation et Lambert*, req. n° 69.547, Rec., p. 110, *AJDA*, 1989, n° 5, p. 308, chr. E. HONORAT et E. BAPTISTE ; 28 février 1997, *Rodin*, préc. ; 9 juillet 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC)*, préc.

³⁰⁴⁴ CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, préc. Il s'ensuit que l'acte non notifié (CE, 25 octobre 1967, *Louchon*, req. n° 67.637, Rec., p. 392 ; 27 février 1985, *Société Trans al Quartz*, req. n° 49.737, Rec., p. 58, *Dr. Soc.*, 1985, p. 281, concl. BOYON ; 5 juin 1991, *Compagnie Air Gabon c/ Dolo*, req. n° 104.743, Rec., p. 219 ; 27 février 1995, *Mme Louvel et autres*, préc. ; 15 novembre 1996, *Magnan*, préc.) ou non publié, lorsque ce mode de publicité est prévu par un texte (CE, Sect., 27 avril 1988, *Mme Marabuto*, req. n° 24.039, Rec., p. 166, *AJDA*, 1988, n° 7-8, p. 449, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE, *JCP G*, 1989, II, 21224, note MAUBLANC ; 20 janvier 1989, *Martinez*, req. n° 41.176, Rec., T., p. 470 ; 19 février 1993, *Centre hospitalier général de Montmorency*, req. n° 90.242, Rec., T., p. 589), peut être contesté devant le juge administratif sans condition de délai par les personnes intéressées. La solution est identique en cas d'absence de mention des voies de recours dans la notification de la décision (art. 19 de la loi du 12 avril 2000, citée plus haut ; CE, 1^{er} avril 1992, *Abit*, req. n° 88.068, Rec., p. 144 ; Ass., 24 octobre 1997 *Mme de Laubier*, req. n° 123.950, Rec., p. 371, *AJDA*, 1997, n° 12, p. 936, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, *D.*, 1998, n° 16, p. 202, note J.-L. PIERRE, *Gaz. Pal.*, 2000, n° 40, p. 31, obs. O. SUARÈS, *RFDA*, 1998, n° 3, p. 527, concl. V. PÉCRESSÉ ; art. R. 421-5 du CJA ; CE, 26 février 2003, *Daveze*, req. n° 237.297, Rec., T., p. 644 ; Sect., Avis, 15 juillet 2004, *Époux Damon*, req. n° 266.479, Rec., p. 331, concl. J.-H. STAHL, *AJDA*, 2004, n° 35, p. 1923, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *BJDU*, 2004, n° 3, p. 225 et *RFDA*, 2004, n° 5, p. 890, concl. J.-H. STAHL, *Dr. adm.*, 2005, n° 3, p. 16, note P. PROOT ; 15 novembre 2006, *M. Toquet*, req. n° 264.636, *RLCT*, 2007, n° 21, p. 19, obs. E. GLASER).

³⁰⁴⁵ CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, préc. Sur le régime du retrait des actes administratifs, cf., plus haut, p. 490 et s., n° 620 et s.

³⁰⁴⁶ Comme le soulignait déjà le commissaire du gouvernement Boutet, « tant qu'il n'a fait l'objet d'aucune publicité un acte administratif ne peut en principe recevoir application » (BOUTET, concl. sur CE, Sect., 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, req. n° 78.734 à 78.736, 78.740 et 78.743, Rec., p. 359, non publiées). En particulier, l'Administration ne saurait être liée par les dispositions de l'acte dès cet instant (CE, Sect., 16 avril 1948, *Ministre de la Production industrielle c/ Société française d'entreprises et de travaux publics*, préc. ; 25 mars 1964, *Ministre des Armées c/ Samoël*, req. n° 61.994, Rec., p. 201). Voir également, CE, 28 novembre 1952, *Dame Lefranc*, Rec., p. 534 ; Sect., 3 février 1956, *Dame Silvestre, dite Irène Brillant*, Rec., p. 45 ; 21 mars 1958, *Delteil*, Rec., p. 189, concl. A. BERNARD : absence de prise d'effet d'un décret de nomination n'ayant pas encore été publié ; Ass. Plén., 22 juin 1963, *Corrieu*, req. n° 45.237, Rec., p. 383 ; Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques (C.N.A.F.C.)*, préc.

³⁰⁴⁷ À cet égard, on peut regretter que ces questions n'aient pas été autrement traitées qu'au travers du prisme contentieux (G. ISAAC, thèse préc., p. 570, n° 580).

³⁰⁴⁸ Réserve faite des éventuelles difficultés rencontrées dans la connaissance de la date de notification de la décision, lesquelles surviennent principalement en cas de notification incomplète (cf. J. CARBAJO, thèse préc., p. 52 ; J. MOLINIÉ, thèse préc., p. 210 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 50, n° 357). Du point de vue du contentieux, seule la notification permet de faire courir le délai contentieux (CE, 12 juillet 1911, *Casadavant*, Rec., p. 832 ; Sect., 18 mai 1951, *Pluchart*, préc. ; Ass., 23 juillet 1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, req. n° 91.348, Rec., p. 441, *AJDA*, 1974, n° 9, p. 423, chr. M. FRANC et M. BOYON, *RDP*, 1975, n° 1, p. 278, note R.

Pourvu qu'elle soit intervenue dans un délai raisonnable³⁰⁴⁹, la notification suffit à rendre la décision administrative observable par ses destinataires³⁰⁵⁰. Bien qu'il soit rappelé par l'article 8 de la loi du 17 juillet 1978, dont le champ d'application est au demeurant limité³⁰⁵¹, le principe général de la notification de la décision individuelle ne vaut qu'en l'absence de texte contraire³⁰⁵². Ainsi, nombreuses sont les dispositions qui dérogent à ce principe en prévoyant la publication ou l'affichage de la décision administrative³⁰⁵³.

En dehors des cas où un autre mode de publicité est substitué à la notification, il y a lieu de considérer que les mesures de publicité éventuellement prescrites par les textes et destinées à l'information des tiers³⁰⁵⁴ sont sans influence sur l'entrée en vigueur de la décision administrative, dès lors que les tiers sont placés en dehors du champ d'application de la norme. Celle-ci ne leur est pas applicable³⁰⁵⁵, mais simplement opposable³⁰⁵⁶.

DRAGO ; 23 octobre 1991, *Morgado*, req. n° 107.060). Sur la présomption de connaissance déduite de la notification, voir P. LEWALLE, thèse préc., p. 93.

³⁰⁴⁹ Lorsque le délai séparant la signature de la notification de l'acte est anormalement long et entièrement imputable à l'administration, la notification ultérieure est regardée par le juge comme intervenant à la suite d'une nouvelle décision (CE, Sect., 26 mars 1999, *Villegas*, req. n° 174.113, Rec., p. 94, *RDP*, 2000, n° 2, p. 337, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 1999, n° 3, p. 544, concl. P. HUBERT). La même solution est retenue dans le cas où l'acte n'a reçu aucun commencement d'exécution pendant une durée anormalement longue (CE, 18 février 1998, *Préfet des Alpes-Maritimes*, req. n° 168.745, Rec., T. p. 723 ; 1^{er} avril 1998, *Préfet des Yvelines c/ Mme Nsonde*, req. n° 169.280, Rec., p. 120, *AJDA*, 1998, n° 9, p. 737, note F. MALLOL et K. BOUDERBALI, *RFDA*, 1999, n° 3, p. 499, note J.-É. MALABRE).

³⁰⁵⁰ CE, Sect., 18 mai 1951, *Pluchart*, préc. ; 4 juillet 1952, *Godot*, Rec., p. 354, *RDP*, 1953, n° 2, p. 494, chr. J. de SOTO ; Sect., Avis, 20 juin 1997, *Fety et autres*, req. n° 185.323 à 185.326, Rec., p. 247, *AJDA*, 1997, n° 10, p. 800, concl. V. PÉCRESSÉ).

³⁰⁵¹ Loi n° 78-753, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (JORF du 18 juillet 1978, p. 2851). Le champ d'application de son article 8 est limité aux rapports entre l'administration et les administrés, à l'exclusion des relations de cette dernière avec ses agents (CE, 14 mars 2008, *M. Riche*, req. n° 307.686). Pour un autre ex., en matière de permis de construire, cf. les art. R. 424-10 et R. 424-11 du Code de l'urbanisme.

³⁰⁵² CE, Sect., Avis, 20 juin 1997, *Fety et autres*, préc. ; 16 octobre 1998, *Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement et des Transports c/ Jeandoux*, req. n° 169.913 et 169.946, Rec., T., p. 1061 ; 31 mars 1999, *Reygnaud*, req. n° 170.111, Rec., T., p. 920. À titre incident, on rappellera que les actes administratifs individuels sont, en principe, exclus du champ d'application de l'article 1^{er} du Code civil, tel que modifié par l'ordonnance du 20 février 2004 déjà citée. Voir R. HOSTIOU, thèse préc., p. 150 ; J.-Y. VINCENT, fasc. préc., p. 4, n° 15.

³⁰⁵³ C'est le cas lorsque la loi (CE, 26 mars 1920, *Vidal*, Rec., p. 328) ou le règlement (art. 2 du décret n° 2004-617 du 29 juin 2004, relatif aux modalités et effets de la publication sous forme électronique de certains actes administratifs au Journal officiel de la République française, JORF n° 150 du 30 juin 2004, p. 11849 ; CE, 9 novembre 2005, *Meyet*, req. n° 271.713, Rec., T., p. 719, *RFDA*, 2006, n° 3, p. 535, concl. F. DONNAT) impose la publication de l'acte individuel (CE, 9 décembre 1970, *Sieur Alizon*, req. n° 76.243, Rec., T. p. 1168 ; 24 octobre 1984, *SARL "Pro-Loisirs"*, req. n° 36.148, Rec., T., p. 701 ; 1^{er} avril 1998, *Comité de défense du bassin de la Vézère*, req. n° 128.513, Rec., T. p. 718 ; Sect., 27 juillet 2005, *Millon*, préc.). Par ex., dans le domaine de la fonction publique, l'ensemble des mesures concernant les fonctionnaires de catégorie A de la fonction publique de l'État appartenant aux services centraux et assimilés, ainsi que ceux nommés par décret (art. 28 de la loi n° 84-16 du 1^{er} janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, JORF du 2 janvier 1984, p. 271, complété par le décret n° 84-958 du 25 octobre 1984 pris pour son application, JORF du 27 octobre 1984, p. 3365) doivent être publiés (pour d'autres ex., cf. l'art. 3 du décret du 29 juin 2004 précité). Sur l'ensemble de ces questions, cf. R. HOSTIOU, thèse préc., p. 144 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 580, n° 593 ; B. SEILLER, fasc. préc. p. 49, n° 345 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 40 ; J. MOLINIÉ, thèse préc., p. 66 ; J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Publicité des actes administratifs unilatéraux », fasc. préc., p. 3, n° 11.

³⁰⁵⁴ Par ex., les décisions d'avancement ou de promotion sont notifiées à leur destinataire et portées à la connaissance des tiers par la publication des tableaux d'avancement (CE, 8 mars 1918, *Valadier*, Rec., p. 233 ; 23 janvier 1935, *Thoumieux*, Rec., p. 90 ; 27 février 1935, *Seguela*, Rec., p. 249 ; 21 juillet 1953, *Guichou*, Rec., T., p. 601 ; 25 octobre 1961, *Batbie*, req. n° 49.756, Rec., T., p. 1129 ; pour d'autres ex. en matière d'actes collectifs, cf. CE, 24 janvier 1902, *Avezard*, Rec., p. 44 ; 8 février 1929, *Ott et autres*, Rec., p. 172 ; Sect., 22 juillet 1938, *Poujade*, Rec., p. 711 ; 28 février 1951, *Fédération nationale des cadres de l'assurance*, Rec., p. 121). Il en va de même lorsque la publicité de l'acte doit être assurée par voie d'affichage (CE, 24 juillet 1987, *Société Guichard, Perrachon et Cie*, req. n° 49.016, Rec., p. 270, *LPA*, 1988, n° 17, p. 11, note F. MODERNE ; sur la suffisance de l'affichage du permis de construire en mairie et sur le terrain, CE, 25 octobre 1967, *Louchon*, préc. ; 13 mai 1992, *Bazile, Frison et Commune de Val-d'Isère*, req. n° 108.151, 108.182 et 119.237, Rec., T., p. 1206 ; 16 février 1994, *Société Northern Telecom Immobilier*, req. n° 138.207, Rec., p. 94, *BJDU*, 1994, n° 4, p. 91, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; 8 février 1999, *Fédération des associations de protection de l'environnement dans les Côtes-d'Armor*, req. n° 176.779, Rec., p. 2, *AJDA*, 2001, n° 3, p. 280, note C. CANS, *BJDU*, 1999, n° 2, p. 155, *RFDA*, 1999, n° 2, p. 430 ; 17 juillet 2005, *M. et Mme Marchand*, req. n° 278.337, Rec., T., p. 101, *BJDU*, 2005, n° 5, p. 376, concl. J.-H. STAHL, *Construct.-Urb.*, 2005, n° 11, p. 32, note N. ROUSSEAU ; art. R. 424-15 et A. 424-14 à 18 du Code de l'urbanisme). Voir J. MOLINIÉ, thèse préc., p. 16 et s.

³⁰⁵⁵ Dès lors que les tiers ne sont pas les destinataires de la norme, leur information n'est assurée que dans une perspective purement contentieuse. De fait, le défaut ou l'irrégularité des mesures de publicité emporte comme seule conséquence de ne pas faire courir le

857. La décision administrative rendue obligatoire n'accède à la plénitude de ses effets qu'une fois qu'elle est devenue applicable. Dans la grande majorité des cas, c'est à compter de la notification que la décision produit ses effets et la distinction entre observabilité et applicabilité de la norme ne présente guère d'intérêt. Néanmoins, cette distinction retrouve son importance lorsque la décision fixe elle-même sa prise d'effet à une date postérieure à celle de sa notification³⁰⁵⁷ ou lorsqu'un texte lui assigne une date différente³⁰⁵⁸. Son application est alors impossible jusqu'à la survenance de l'une ou l'autre de ces dates, si bien qu'il faut considérer que seule la date d'applicabilité de la décision administrative correspond à celle de son entrée en vigueur³⁰⁵⁹. Il en va de même lorsque l'entrée en vigueur de la décision est soumise à des conditions particulières, telles son approbation³⁰⁶⁰ ou sa transmission³⁰⁶¹. Les solutions en la matière étant identiques à celles déjà rencontrées pour les règlements administratifs, il peut être utilement renvoyé aux développements qui leur ont déjà été consacrés³⁰⁶².

858. Toutefois, l'entrée en vigueur de certaines catégories de décisions administratives peut suivre un processus légèrement différent et organisé par des textes spéciaux. En vertu d'une « règle générale écrite »³⁰⁶³, le silence gardé par l'Administration sur la demande dont elle a été saisie pendant un certain délai donne naissance à une décision. Parce que non formalisées, l'entrée en vigueur des décisions

délai de recours contentieux à leur égard (CE, 27 février 1995, *Ministre de l'Équipement c/ Société d'équipement touristique de Gréolières les Neiges*, req. n° 124.719, Rec., p. 105 ; pour des ex. en matière de permis de construire voir la jurisprudence relative aux actes créateurs de droits citée à la note suivante). Il ne saurait *a fortiori* en être autrement, lorsqu'aucun texte n'a prescrit de telles mesures (cf., par ex., CE, 19 novembre 2008, *M. Waze*, req. n° 297.382, Rec., T., p. 963, *BJDU*, 2009, n° 1, p. 39, concl. F. SÉNERS et obs. J.-C. BONICHOT, *Construct.-Urb.*, 2009, n° 1, p. 22, note P. CORNILLE, *RLCT*, 2009, n° 43, p. 46, note F. ROSE-DULCINA). Sur l'ensemble de la question voir J. BENTZ, « Le tiers à l'acte administratif », *RPDA*, 1958, p. 1 ; J. MOLINIÉ, thèse préc., p. 216 et s.

³⁰⁵⁶ Elle affecte leur situation juridique sans les atteindre directement. Qu'elle soit ou non créatrice de droits, la décision n'est pas opposable à l'Administration par les tiers et elle ne peut non plus leur être opposée par elle, en l'absence de notification ou de publicité adéquate. Il incombe, en cas de contentieux, à l'Administration d'apporter la preuve qu'elle a bien été effectuée. Pour les actes non créateurs de droits, voir CE, 22 mars 1907, *Dame Desplanches*, Rec., p. 293, *S.*, 1910, III, p. 33, note M. HAURIOU ; Ass., 19 juillet 1950, *Golomb*, Rec., p. 490 ; 14 novembre 1953, *Andreis*, Rec., T., p. 761, *S.*, 1953, III, p. 20 ; 4 mars 1955, *Lopez*, Rec., p. 128 ; 2 novembre 1962, *Dlle Leba*, req. n° 55.276, Rec., T., p. 1060 ; Sect. 14 mai 1971, *Mme Morlet*, req. n° 76.196, Rec., p. 364 ; 19 janvier 1973, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Battais et autres*, req. n° 84.738, Rec., p. 50 ; 19 février 1993, *Centre hospitalier général de Montmorency*, préc. Pour les actes créateurs de droits, voir CE, 10 juillet 1914, *Jasseron* (3^e esp.), Rec., p. 864 ; 23 juin 1922, *Coudert et autres*, Rec., T., p. 1285 ; 8 juin 1951, *Syndicat des employés de la préfecture d'Alger et Dame Joulain*, Rec., p. 324 ; 4 novembre 1960, *Faivre et autres*, préc. ; 23 décembre 1964, *Coudray*, req. n° 59.910, Rec., p. 664 (fonction publique) ; 26 mai 1965, *Kutschera*, préc. ; 7 juillet 1971, *Dame Saint-Genest*, req. n° 81.245, Rec., T., p. 1147 ; 9 avril 1975, *Guillemain*, req. n° 92.444, Rec., T., p. 1193 ; Ass., 24 juillet 1975, *SCI "Les Hortensias"*, req. n° 94.911, Rec., p. 437, *AJDA*, 1975, I, p. 458, chr. M. FRANC et M. BOYON, *Rev. adm.*, 1975, p. 484, note G. LIET-VEAUX, *RDP*, 1976, n° 2, p. 588, note M. WALINE ; 12 mai 1976, *Union des commerçants et artisans de Cholet*, req. n° 94.552, Rec., T., p. 748 ; 10 novembre 1976, *Dumin*, req. n° 99.899, Rec., T., p. 748 ; 17 février 1995, *Ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer c/ Société d'équipement touristique de Gréolières-les-Neiges*, req. n° 124.719, Rec., p. 105, *BJDU*, 1995, n° 8, p. 132, concl. H. SAVOIE (autorisation d'urbanisme).

³⁰⁵⁷ CE, Ass., 8 juin 1979, *Chabrol et SA "Films La Boétie"*, req. n° 05.164, Rec. p. 271 ; 17 décembre 1999, *Préfet du Rhône c/ Sebbanne*, req. n° 196.288, Rec., T., p. 828.

³⁰⁵⁸ C'est le cas, par ex., des décrets autorisant un changement de nom pour lesquels les dispositions de l'art. 61-1 du Code civil prévoient une prise d'effet à l'issue de l'écoulement d'un délai de deux mois suivant leur publication ou, en cas d'opposition, à compter du rejet de celle-ci par le Conseil d'État.

³⁰⁵⁹ Voir, dans le même sens, B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », préc., p. 1467 ; Conseil d'État, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, étude préc., p. 12.

³⁰⁶⁰ CE, 7 mai 1909, *Association de bienfaisance pour l'extinction de la mendicité*, préc. ; 23 juillet 1974, *Commune de Cayeux-sur-mer*, req. n° 86.612, Rec., p. 435, *RDP*, 1975, p. 985, note E. ZOLLER.

³⁰⁶¹ CE, 31 juillet 1996, *Commune de Courpalay*, req. n° 116.500, Rec., p. 335 (autorisation de lotir) ; 15 mai 2002, *Ville de Paris c/ Association culturelle des Témoins de Jéhovah*, req. n° 230.015, Rec., p. 173, *BJDU*, 2002, n° 4 p. 290, concl. P. FOMBEUR, note É. FATÔME (décision de préemption). La décision n'entre en vigueur à une autre date que si un texte le prévoit. Par dérogation à l'obligation de transmission, les décisions d'avancement des fonctionnaires peuvent légalement entrer en vigueur à une date antérieure à celle de leur transmission (art. 77 de la loi du 26 janvier 1984 déjà citée, tel que modifié par l'art. 11 de la loi n° 90-1067 du 28 novembre 1990, relative à la fonction publique territoriale, JORF n° 280 du 2 décembre 1990, p. 14845).

³⁰⁶² Cf., plus haut, p. 656 et s., n° 846 et s.

³⁰⁶³ CE, Ass., 27 février 1970, *Commune de Bozas*, req. n° 76.380, Rec., p. 139 (sol. impl.), *AJDA*, 1970, n° 4, p. 225, chr. R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOULLE, *JCP G*, 16340, M. C. Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 109, n° 137. Toutefois, il ne saurait y avoir de principe général régissant la décision implicite positive. Chaque régime d'acceptation tacite doit être expressément prévu par un texte particulier (CE, 24 octobre 1962, *Meriot*, req. n° 53.604, Rec., p. 563).

implicites résulte non pas d'une notification, mais de l'écoulement d'un délai³⁰⁶⁴. Implicitement mais nécessairement, le législateur a entendu leur conférer une date d'entrée en vigueur différente de celle des décisions explicites. Par dérogation au processus d'entrée en vigueur précédemment décrit, il y a donc lieu de considérer que les décisions implicites deviennent simultanément observables et applicables à la date de l'expiration du délai prévu par les textes.

859. Outre la multiplication des régimes particuliers d'entrée en vigueur des décisions administratives, la portée explicative de la séquence logique de l'entrée en vigueur de la décision administrative demeure toutefois limitée et ce, à un double égard. L'absence de formalisme rend parfois difficile, voire impossible, de déterminer avec exactitude la date d'entrée en vigueur de la décision administrative. Tel est le cas, certes rare, des décisions que leur exécution révèle³⁰⁶⁵. Sauf à sombrer dans l'empyrée du conceptualisme, il ne faut y voir là que des exceptions commandées par les nécessités de la pratique administrative. Une limite plus sérieuse réside dans les difficultés d'analyse suscitées par la notion de décision créatrice de droits susceptible d'être acquis.

2°) Les difficultés d'analyse de l'entrée en vigueur de la décision administrative créatrice de droits

Le problème de l'entrée en vigueur des décisions administratives met en jeu un certain nombre d'éléments dont il n'est pas toujours aisé de déterminer la fonction ou la portée, ce qui rend difficile son analyse. La séquence logique du processus de mise en vigueur de la décision administrative se trouve compromise par les divergences doctrinales et les solutions du droit positif (a). Il est néanmoins possible de proposer une analyse les rendant compatibles (b).

a - Les thèses doctrinales et les données jurisprudentielles

860. D'un point de vue doctrinal, deux conceptions s'opposent sur le problème de l'entrée en vigueur des décisions administratives, sans que l'une ou l'autre triomphe totalement. Telle qu'elle a été élaborée par le Doyen Hauriou, la théorie de la décision exécutoire laisse entendre que la décision administrative produit l'ensemble de ses effets dès son émission³⁰⁶⁶. Ainsi, la publicité donnée à la décision a une

³⁰⁶⁴ Cette règle concerne, en principe, les décisions de rejet, et, à titre dérogatoire, les décisions d'acceptation. Elle est actuellement reprise respectivement aux articles 21 et 22 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (JORF n° 88 du 13 avril 2000, p. 5646). Le délai de principe pour les décisions implicites est de deux mois, sauf texte contraire (cf., par ex., l'art. 22-1 de la même loi en matière de demande d'acte de l'état civil de l'étranger ; art. L. 424-2 du Code de l'urbanisme en matière de permis de construire, d'aménager et de démolir). Voir également, CE, 9 février 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ Mme Lahmar-Chérif*, req. n° 237.321 et *Préfet de l'Hérault c/ M. Houdane*, n° 243.427, Rec., T., p. 904. Sur les difficultés suscitées par l'implicite en droit administratif, cf. P. BOUFFARD et J.-F. THÉRY, « Étude sur les autorisations tacites », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 289 ; M. MONNIER, *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, Paris LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 166, 1992 ; M. PAUTI, « Les décisions implicites d'acceptation », *RDP*, 1975, n° 6, p. 1525 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 32 ; G. LIET-VEAUX, « Réflexions sur les droits acquis d'une décision tacite », *Rev. adm.*, 1979, n° 188, p. 146 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 34 n° 227 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 123, § 21.

³⁰⁶⁵ CE, Sect., 12 mars 1986, *Ministre de la culture c/ Mme Cusenier*, req. n° 76.147, Rec., T., p. 403, *AJDA*, 1986, n° 4, p. 258, concl. J. MASSOT, *D.*, 1986, IR, p. 357, obs. F. LLORENS ; 25 juillet 1986, *Divier*, req. n° 55.064, Rec., p. 208 ; Sect., 28 novembre 1997, *Thiebaut et autres*, req. n° 156.773, 156.806 et 163.085, Rec., p. 443, *Dr. adm.*, 1998, n° 1, comm. n° 10, note D. P. ; 1^{er} avril 1998, *Préfet des Yvelines c/ Mme Nsonde*, préc. ; 27 novembre 2000, *Association Comité Tous Frères*, req. n° 188.431, Rec., p. 559, *AJDA*, 2001, n° 1, p. 94, obs. L. RICHER ; 21 décembre 2001, *Établissement public pour l'aménagement de la région de La Défense (EPAD) c/ Commune de Puteaux*, req. n° 232.084, Rec., p. 654, *RFDA*, 2002, n° 1, p. 180. Voir M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 222, § 46 ; M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 376.

³⁰⁶⁶ Selon l'éminent auteur, « la force exécutoire existe au moment de l'émission de la décision, si toutes les formalités de l'émission même ont été remplies ; en principe, les formalités postérieures à l'émission n'ont pas d'influence sur la force exécutoire [...] Les décisions exécutoires de l'administration dès qu'elles sont émises et surtout publiées, et avant même d'être exécutées, créent ou modifient des situations juridiques [...] L'effet de droit que tend à produire la manifestation de volonté administrative contenue dans

valeur simplement déclarative³⁰⁶⁷ et ne conditionne que l'opposabilité de ses effets aux tiers³⁰⁶⁸. Si la signification de la force exécutoire de la décision administrative a depuis lors été précisée et son domaine mieux circonscrit³⁰⁶⁹, il reste que la doctrine publiciste majoritaire continue de faire coïncider édicition avec entrée en vigueur³⁰⁷⁰. À cette théorie des « signaturistes » s'oppose celle des « publicitaristes »³⁰⁷¹ ou « publicationnistes »³⁰⁷², dont les tenants estiment que la publicité donnée à la décision a une valeur constitutive³⁰⁷³. D'un point de vue normatif, la publicité constitue une condition d'entrée en vigueur de la décision, en tant qu'elle détermine son caractère obligatoire. La norme ne peut entrer en vigueur que si elle est rendue observable par ses destinataires³⁰⁷⁴, la question de son opposabilité par rapport aux tiers restant là encore sans incidence³⁰⁷⁵.

Aucune de ces deux explications n'est consacrée par le droit positif. Il leur est préféré une approche pragmatique s'appuyant sur la distinction entre les actes réputés favorables à leur destinataire, notamment ceux qui créent des droits à leur profit, et les actes considérés comme leur étant

la décision exécutoire se produit instantanément par la seule émission de cette volonté » (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, préc., p. 375 et 379 ; surligné par nous). Comme M. Schwartzberg le soulignait, « *Au fond, pour Hauriou, l'exécution se confond le plus souvent avec l'effet juridique produit par l'acte, la force exécutoire avec la force obligatoire* » (R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, préc., pp. 108-109 ; cf., dans le même sens, X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale. Étude de droit comparé interne*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 248, 2006, p. 15 ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, préc., p. 747). Cette confusion est d'autant plus manifeste dans les éditions précédentes de l'ouvrage du Doyen Hauriou, en l'absence de toute référence à la publication dans l'acquisition du caractère exécutoire de la décision (cf. par ex., M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 8^e éd., 1914, p. 428). Sur l'ensemble de la question, voir également, C. LAVIALLE, thèse préc., p. 33 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 55 ; NGUYEN VAN BONG, *Décision exécutoire et décision faisant grief en droit administratif français*, thèse dactyl., Paris, 1960, p. 17 et 282 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 243.

³⁰⁶⁷ CE, 20 juin 1913, *Arnaud, RDP*, 1914, p. 196, concl. CORNEILLE. Voir M. HAURIOU, note sous CE, 27 mars 1914, *Laroche*, préc., S., 1914, III, p. 97 ; HELBRONNER, concl. sur CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des Chemins de fer*, préc., S., 1914, III, p. 1 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 224, § 46.

³⁰⁶⁸ Il en résulte que l'acte produit ses effets dès le jour où il a été accompli et est susceptible d'exécution dès cet instant, sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits des tiers (M. WALINE, *Droit administratif*, Paris Sirey, coll. Traité Sirey, 9^e éd., 1963, p. 547, n^o 924).

³⁰⁶⁹ Il faut distinguer entre le sens faible du caractère exécutoire de la décision administrative, lequel signifie que l'acte peut produire ses effets et le sens fort, lequel se rapporte non seulement à ses effets mais également aux mesures de contraintes, dont l'acte est susceptible de faire l'objet (F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, préc., p. 527, n^o 907 et « L'exécution des actes des collectivités locales », fasc. préc., p. 11, n^o 56 ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, préc., 1958-1959, p. 225 5^o et *op. cit.*, t. II, p. 724 ; G. KOUBI, art. préc., p. 1495 ; R.-G. SCHWARTZENBERG, *loc. cit.*).

³⁰⁷⁰ J. CARBAJO, thèse préc., p. 17 et s., spéc. p. 30 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, préc., p. 1142, n^o 1332 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 207, n^o 500 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 622, n^o 1315 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *op. cit.*, p. 321, n^o 517 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 44, n^o 306.

³⁰⁷¹ X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse préc., p. 16.

³⁰⁷² Selon l'expression de M. Eisenmann (C. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », préc., p. 201, n^o 1). Voir également F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 260 ; J.-P. DUBOIS, art. préc., p. 103 et s. ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 709 et s., n^o 6 et s. ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., pp. 3-4.

³⁰⁷³ Selon C. Eisenmann, « *jusqu'à la publicité, cette valeur de norme actuelle fait défaut ; la norme est, en droit, inefficace ; elle n'a, pour ainsi dire, que valeur latente ; elle n'est en somme que préparée, projetée ; elle n'est pas née, - tout en étant, certes, proche de la naissance* » (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, préc., 1958-1959, p. 226). La connaissance que peut en avoir son auteur comme son destinataire avant sa communication ne doit être prise en compte qu'en tant qu'élément psychologique et non juridique (É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 5). Il semble nécessaire néanmoins de modérer cette position. Si la norme n'acquiert sa valeur actuelle qu'avec la publicité, il faut plutôt considérer que la norme naît avec son édicition. Elle fait partie de l'ordonnement juridique mais n'a pas été encore « activée » (sur ce point, cf. supra, p. 629, n^o 815). Contrairement à ce que soutient l'éminent auteur, la norme, du point de vue de sa « fabrication », est parfaite dès son édicition, mais il lui faut encore une étape pour être « pleinement fonctionnelle » (C. EISENMANN, *op. cit.*, pp. 227-228). Voir également R. HOSTIOU, thèse préc., p. 133 ; G. JÉZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, Marcel Giard, 3^e éd., 1926, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, p. 291 ; G. KOUBI, art. préc., p. 1497 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 50 ; J. de SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, préc., p. 135, n^o 179. On remarquera que M. Hauriou entretient une certaine ambiguïté vis-à-vis du rôle de la publicité dans l'acquisition de la force exécutoire par la décision administrative (cf. la citation reproduite plus haute, p. 118, note 150).

³⁰⁷⁴ Ainsi, une décision individuelle ne peut entrer en vigueur qu'une fois les formalités nécessaires à sa publicité accomplies. Voir, en matière de nominations de fonctionnaires, CE, 13 janvier 1911, *Picquet*, Rec., p. 13 ; 22 décembre 1924, *Castelli*, Rec., p. 1045 (notification) ; 7 avril 1916, *Calas*, Rec., p. 163 ; 10 août 1918, *Martini*, Rec., p. 858 ; 26 mars 1920, *Vidal*, Rec., p. 328 ; 9 novembre 1931, *Djalti Mohamed*, Rec., p. 964 ; 15 juillet 1955, *Voisine*, Rec., p. 443 ; 21 mars 1958, *Delteil*, préc. (publication).

³⁰⁷⁵ C. EISENMANN, art. préc., pp. 205-206, n^o 7.

défavorables, parmi lesquels ceux qui leur imposent des obligations³⁰⁷⁶. La dichotomie ainsi retenue interdit que le régime d'entrée en vigueur puisse jouer, à un moment quelconque, en la défaveur de l'administré. Les décisions administratives favorables à leurs destinataires entrent en vigueur dès leur signature, tandis que les décisions qui leur sont défavorables ne peuvent entrer en vigueur qu'à compter de leur notification. Si la finalité protectrice de cette politique jurisprudentielle ne peut qu'être approuvée, la distinction tirée du caractère favorable de la décision administrative ne saurait rationnellement fonder le régime de son entrée en vigueur, notamment en raison de son éminente subjectivité³⁰⁷⁷.

Même comprise comme se rapportant en réalité à l'effet de droit produit par la décision, c'est-à-dire aux droits et obligations qu'elle établit³⁰⁷⁸, la distinction ne résout pas toutes les difficultés. Comme le souligne M. Yannakopoulos, aux difficultés d'identification du moment de l'entrée en vigueur de la décision administrative s'ajoutent celles de l'identification de l'acte créateurs de droits³⁰⁷⁹. Certes, doctrine et jurisprudence admettent sans équivoque que les actes individuels créateurs d'obligations pour leurs destinataires ou, plus largement, qui ne créent aucun droit à leur profit ne produisent aucun effet, quel qu'il soit, tant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une publicité adaptée³⁰⁸⁰. Partant, le principe selon lequel les décisions non créatrices de droits entrent en vigueur qu'une fois notifiées peut être tenu pour incontestable et s'avère, au demeurant, tout à fait conforme au processus logique de mise en vigueur de la norme juridique. Néanmoins, il en va tout autrement dès lors qu'il s'agit de fixer la date d'entrée en vigueur de la décision créatrice de droits susceptibles d'être acquis. C'est dans la signification de la notion de droits acquis et dans son rapport avec le processus d'entrée en vigueur de la décision que réside alors toute la difficulté.

861. Lorsqu'elle crée des droits au profit de son destinataire, une partie de la doctrine, suivant en cela certaines formulations jurisprudentielles, estime que la décision administrative entre en vigueur dès sa signature³⁰⁸¹. La question des décisions administratives restées « occultes », c'est-à-dire n'ayant fait l'objet d'aucune mesure de notification ou de publicité³⁰⁸² permet de mieux saisir les données du

³⁰⁷⁶ J. CARBAJO, thèse préc., pp. 29-30 ; R. CHAPUS, *loc. cit.* ; Conseil d'État, étude préc., p. 23 ; J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Application dans le temps », fasc. préc., p. 5, n° 19.

³⁰⁷⁷ Une décision favorable pour son destinataire peut, dans le même temps porter préjudice à des tiers et être regardée comme étant défavorable à leur égard. À l'inverse, une décision défavorable pour son destinataire peut tout aussi bien avantager les tiers. Au demeurant, il peut très bien advenir qu'une décision ne soit pas défavorable pour son destinataire, sans pour autant que l'on puisse la regarder comme lui étant favorable.

³⁰⁷⁸ Sur la distinction séparant les décisions créatrices de droits de celles qui imposent des obligations, voir J.-P. DUBOIS, art. préc., p. 107.

³⁰⁷⁹ C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 148, n° 253. Cf., dans le même sens, P. AUVRET, « La notion de droit acquis en droit administratif français », *RDP*, 1985, n° 1, p. 53, spéc. p. 57 ; A. BACQUET, concl. sur CE, 1^{er} février 1980, *Rigal*, req. n° 08.048, Rec., p. 64, *AJDA*, 1980, n° 11, p. 609 ; R. MUZELLE, *Le principe d'intangibilité des actes administratifs individuels en droit français*, préc., p. 136 ; A. WERNER, « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », préc., p. 753 ; P. LE MIRE, « La stabilité des situations juridiques. L'évolution de la jurisprudence relative au retrait et à l'abrogation », *AJDA*, 1980, n° 4, p. 203.

³⁰⁸⁰ CE, 26 juin 1911, *Syndicat des arrosants de Craponne-Istres*, Rec., p. 739 ; 3 juillet 1911, *Arduin*, Rec., p. 776 (inopposabilité à ses membres du statut d'un syndicat autorisé incomplètement publié) ; 28 janvier 1938, *Maire*, Rec., p. 98 ; 11 juillet 1939, *Manès*, Rec., p. 465 ; 28 octobre 1988, *Mlle Gallien*, req. n° 49.432 et 49.433, Rec., T., p. 606 ; 19 janvier 1994, *Paillet*, req. n° 115.682, Rec., T., p. 1049 ; Sect., Avis, 20 juin 1997, *Fety et autres*, préc.). Il en va de même, plus largement, pour les décisions présentant un caractère défavorable (CE, Sect., 26 mars 1999, *Villegas*, préc.). Cf. E. CARTIER, art. préc., p. 1094 ; Conseil d'État, étude préc., p. 23 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 572, n° 584.

³⁰⁸¹ Voir, en ce sens, J. CARBAJO, thèse préc., p. 32 ; R. CHAPUS, *eod. loc.* ; Y. GAUDEMET, *loc. cit.* ; B. SEILLER, *loc. cit.* Cf., dans le même sens, F. SÉNERS, concl. sur CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, préc., p. 77 et sur Sect., 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, préc., p. 1136. Voir, en sens contraire, CE, 13 janvier 1911, *Picquet*, préc. ; 7 avril 1916, *Calas*, préc. ; 15 juillet 1955, *Voisine*, préc. ; 21 mars 1958, *Delteil*, préc.

³⁰⁸² J. CARBAJO, thèse préc., p. 31 ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, préc., 1958-1959, p. 226 et *op. cit.*, t. II, p. 713, n° 10 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 623, n° 1318 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 571 n° 598 ; A. de LAUBADÈRE, *Traité*

problème. Il est incontestable que le droit susceptible d'être acquis est réputé créé dès que la décision est valide³⁰⁸³ et la jurisprudence en a tiré les conséquences en estimant que le droit reconnu par la décision administrative est détenu, sauf texte contraire, par son bénéficiaire³⁰⁸⁴ dès sa signature. La doctrine en a ensuite déduit que, dès cet instant, l'acte créateur de droits était également opposable à l'Administration, « en raison du fait que l'auteur de l'acte individuel en connaît immédiatement le contenu »³⁰⁸⁵. Par nécessité logique, c'est également à compter de cette date que la décision créatrice de droits devient opposable à l'égard de son destinataire³⁰⁸⁶. Il s'ensuit qu'étant tout à la fois opposable à son auteur et à son destinataire dès son émission, la décision créatrice de droits, même si elle n'a fait l'objet d'aucune notification, est censée entrer en vigueur à cette date. Si un tel raisonnement a sa logique, celle de la légitime préoccupation de protection de la situation du bénéficiaire d'une décision créant des droits à son profit, il n'est pas exempt de toute contradiction.

862. Selon la position doctrinale adoptée, ces solutions aboutissent à un résultat différent pour l'analyse de la notion de rétroactivité. Du point de vue de la théorie normativiste de la publication, la décision créatrice de droits est rétroactivement applicable dès sa signature, dans la mesure où elle développe des effets antérieurement à la date normale de son entrée en vigueur, celle de sa notification. À l'inverse, suivant la théorie « signaturiste », la décision créatrice de droits n'est rétroactive que si elle reporte ses effets à une date antérieure à celle de son édicition, puisque la date normale de son entrée en vigueur est fixée à cette date³⁰⁸⁷. Mais il est alors difficile d'expliquer la différence de traitement, du point de vue de leurs effets dans le temps, entre les décisions créatrices de droits et celles qui n'en créent aucun³⁰⁸⁸. Il semble donc nécessaire de proposer une solution cohérente avec le processus logique d'entrée en vigueur de la norme juridique.

élémentaire de droit administratif, Paris LGDJ, 1^{ère} éd., 1953, p. 174, n° 322 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 68 et 110 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, pp. 890-891 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 19 et 87.

³⁰⁸³ R. MUZELLE, *loc. cit.* ; C. YANNAKOPOULOS, *loc. cit.*

³⁰⁸⁴ CE, 19 décembre 1952, *Dlle Mattéi*, Rec., p. 594 ; 22 juillet 1953, *Boyer*, Rec., p. 388 ; Ass., 14 mai 1954, *Clavel*, Rec., p. 270, concl. LAURENT, D., 1954, p. 574, note MARION, RDP, 1954, p. 801, note M. WALINE ; 2 juillet 1954, *Association amicale des magistrats et anciens magistrats de la Cour des comptes*, Rec., p. 413 ; 13 avril 1956, *Manac'h*, Rec., p. 153 ; 4 mai 1956, *Touche*, Rec., T. p. 612 ; Sect., 12 juin 1959, *Syndicat chrétien du ministère de l'Industrie et du Commerce*, Rec., p. 360, AJDA, 1960, II, p. 62, concl. H. MAYRAS ; 9 novembre 1960, *Dicko Ould Hamounet Brahim*, Rec., p. 613 ; 21 mars 1962, *Calendini*, Rec., p. 197, RDP, 1962, n° 4, p. 795, chr. J. ROBERT ; Sect., 24 février 1967, *de Maistre*, req. n° 66.245, Rec., p. 91, JCP G, 1967, II, 15068, concl. J. RIGAUD, AJDA, 1967, II, p. 342, note G. PEISER ; 7 février 1968, *Commune de Saint-Clair-de-La-Tour*, req. n° 66.291, Rec., p. 94 ; Sect., 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, préc., AJDA, 1973, II, p. 538, note P. FERRARI ; 5 mai 1976, *Simon*, req. n° 92.908 ; 27 juillet 2001, *Association de droit allemand "Stiftung Jean Arp und Sophie Taeuber"*, préc. Il n'en va autrement que si un texte fixe une autre date (CE, Sect., 10 janvier 1958, *Déville*, Rec., p. 27 ; Sect., 13 mars 1959, *Société fermière Libération*, Rec., p. 181).

³⁰⁸⁵ B. SEILLER, fasc. préc. p. 43, n° 298 et « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », préc., p. 1465. C'est là une conséquence de la théorie classique de l'opposabilité de l'acte administratif (J. CARBAJO, *loc. cit.* ; M. HAURIOU, note sous CE, 27 mars 1914, *Laroche*, préc., S., 1914, 3, p. 97 ; A. de LAUBADÈRE, *loc. cit.* et *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1957, p. 165, n° 319 ; M. WALINE, *op. cit.*, p. 547, n° 924). Se fondant sur une jurisprudence reconnaissant le caractère obligatoire de la loi à l'égard de l'Administration dès sa promulgation, lorsqu'existent des circonstances exceptionnelles (CE, Sect., 16 avril 1948, *Ministre de la Production industrielle c/ Société française d'entreprises et de travaux publics*, préc.), une partie de la doctrine considère, *mutatis mutandis*, qu'il en va de même pour les actes administratifs non publiés en l'absence de circonstances exceptionnelles. L'Administration doit être censée connaître la loi et *a fortiori* ses propres actes, même non publiés (Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 623, n° 1318 ; G. ISAAC, thèse préc., p. 572, n° 582). On peut également rattacher à cette idée, l'adage *tu patere regulam quam fecisti* (J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. II, préc., p. 358, n° 1246 ; J.-P. DUBOIS, *loc. cit.*).

³⁰⁸⁶ Néanmoins, l'idée qu'une norme puisse être en vigueur à un moment donné pour son auteur sans l'être également pour son destinataire est logiquement inacceptable (J. MOREAU, *op. cit.*, p. 234, n° 169). Autrement dit, l'entrée en vigueur d'une norme présente une unité fondamentale et ne saurait être disjointe dans le temps (Cf., dans le même sens, C. EISENMANN, art. préc., p. 207, note 1 ; pour une position contraire, voir É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 18).

³⁰⁸⁷ Sur l'ensemble de la question, cf. C. EISENMANN, art. préc., p. 211 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 151, n° 256.

³⁰⁸⁸ Dans le cas où la décision non créatrice de droits prendrait effet antérieurement à sa notification, il y aurait rétroactivité, alors que cette qualification serait repoussée pour la décision créatrice de droits prenant effet au même moment.

b - Essai de solution du problème

863. Deux séries d'arguments peuvent être présentés en vue de remettre en cause le bien-fondé de la distinction du régime d'entrée en vigueur de la décision administrative selon qu'elle crée ou non des droits susceptibles d'être acquis. D'une part, la corrélation entre entrée en vigueur de la décision et création d'un droit susceptible d'être acquis n'a rien de nécessaire. D'autre part, elle entraîne des confusions, notamment lorsque sont pris en considération les rapports entre la décision créatrice de droits et les tiers.

864. La notion de droit acquis manifeste un lien particulier entre son bénéficiaire et l'administration³⁰⁸⁹, lequel justifie que lui soit accordée une protection particulière³⁰⁹⁰. Le droit acquis confère à son bénéficiaire un droit au maintien d'une situation créée par la décision administrative³⁰⁹¹. Encore faut-il préciser la portée de cette protection. À cet égard, deux conceptions sont possibles. Selon la première, l'identification du droit susceptible d'être acquis implique le bénéfice immédiat des effets de la décision au profit de son destinataire et ce, jusqu'à leur épuisement. La protection accordée au droit acquis englobe non seulement la garantie des effets de la situation créée, mais également celle de sa concrétisation immédiate. Création du droit susceptible d'être acquis et entrée en vigueur de la décision sont corrélés et coïncident d'un point de vue temporel. Selon la seconde, seul un droit au maintien des effets de la décision une fois qu'ils ont commencé à se produire doit être reconnu au bénéficiaire du droit acquis. La protection du droit acquis contient uniquement une garantie des effets de la situation contre un changement de droit ultérieur. La question de l'entrée en vigueur de la décision est alors indépendante de celle de la création du droit susceptible d'être acquis, ce qui appellerait leur dissociation dans le temps.

865. Entre ces deux conceptions, il est possible de trancher en faveur de la seconde. D'un côté, il convient de constater que la protection juridique accordée au droit acquis³⁰⁹² a toujours été conçue comme se limitant à une garantie contre le changement du droit³⁰⁹³. Elle n'a jamais impliqué un droit à son application immédiate³⁰⁹⁴. D'un autre côté et comme M. Yannakopoulos l'a bien montré, le processus de création puis d'acquisition des droits présente une certaine autonomie vis-à-vis de

³⁰⁸⁹ Selon P. Auvret, « *Le droit acquis est un droit ou un privilège acquis à l'encontre de l'administration ou sous sa protection. Issu d'un acte individuel, il ne fait pas acquérir un droit à l'encontre de tous, même s'il crée une situation qui s'impose à tous, mais un droit acquis dans les rapports avec l'administration. Les effets de l'acte individuel se rapprochent de ceux d'un contrat qui fait la loi entre les parties et elles seules, bien que le fondement de l'acte soit profondément différent* » (P. AUVRET, art. préc., p. 70). Voir également C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 275, n° 507 et p. 326, n° 607.

³⁰⁹⁰ C'est donc la notion fonctionnelle de droit acquis qui est ici retenue. Sur la dualité de la notion, voir P. AUVRET, art. préc., p. 58 ; F. BATAILLER, « Les "*Beati possidentes*" du droit administratif (les actes administratifs unilatéraux créateurs de privilèges) », *RDP*, 1965, n° 6, p. 1051, spéc. p. 1071 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 127 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 661, n° 837 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 366 ; R. MUZELLEC, thèse préc., p. 390 et 437 ; J. PETIT, thèse préc., p. 134, n° 278 et p. 527, n° 1072 ; P. SANTULLI, « Les droits acquis », préc., p. 87 ; L. TALLINEAU, *Les actes particuliers non créateurs de droit. Essai critique de la théorie des droits acquis en droit administratif*, préc., p. XIII et p. 404 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 70, n° 128 et p. 493, n° 928. Voir également, F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 145 et s.

³⁰⁹¹ P. AUVRET, art. préc., p. 78.

³⁰⁹² C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 276, n° 510.

³⁰⁹³ Sur cette protection, voir p. 487 et s., n° 617 et s. Voir, notamment, P. AUVRET, art. préc., p. 88 ; J.-P. DUBOIS, art. préc., p. 110 ; J. PETIT, thèse préc., p. 135, n° 278 et p. 592, n° 1204 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 391, n° 750.

³⁰⁹⁴ C. Eisenmann évoque « *une sorte de droit à la décision* » (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, préc., 1958-1959, p. 227.

l'édiction de la décision administrative s'y rapportant³⁰⁹⁵. L'édiction de la décision n'achève pas forcément le processus de formation de la situation administrative susceptible d'être d'acquise³⁰⁹⁶. De ce qui précède, il découle que le lien entre création du droit et création des droits n'a rien de nécessaire. Tant le processus de création du droit acquis que le contenu de sa protection juridique n'entretiennent, en réalité, qu'un rapport indirect avec l'entrée en vigueur de la décision.

Mieux encore, la conception dynamique du processus d'entrée en vigueur permet de les dissocier nettement³⁰⁹⁷. Ainsi, lorsque la création du droit susceptible d'être acquis est concomitante à la signature de la décision administrative, le processus de son acquisition par l'effet de sa concrétisation dans le temps commence bien à cette date. Toutefois, son contenu n'a pas encore été « activé »³⁰⁹⁸. La signature de la décision rend uniquement certain et irréversible le passage à l'effectivité du droit, son « activation ». Il faut comprendre par là qu'il est reconnu au destinataire un « droit à application » de la décision créatrice de droits une fois que celle-ci a satisfait aux autres conditions de son entrée en vigueur³⁰⁹⁹. La reconnaissance d'un droit *susceptible* d'être acquis n'implique donc pas le bénéfice immédiat de son contenu. Par exemple, le permis de construire simplement délivré confère immédiatement le droit de construire à son bénéficiaire. Toutefois, ce n'est qu'à compter de sa notification que le droit de construire peut être mis en œuvre, concrétisé notamment par le commencement des travaux³¹⁰⁰. Le droit conféré par le permis de construire explicitement accordé sera définitivement consolidé dès la date d'édiction de l'autorisation si celle-ci est légale, tandis qu'en cas d'illégalité, la consolidation n'interviendra, au plus tôt, qu'au terme d'un délai de trois mois suivant son édiction³¹⁰¹.

866. La corrélation entre création du droit susceptible d'être acquis et entrée en vigueur de la décision aboutit, de surcroît, à une confusion lorsque sont en cause les rapports entre les tiers et la décision créatrice de droits³¹⁰². À appliquer cette corrélation, il faudrait en conclure que la décision créant des

³⁰⁹⁵ Le fait acquisitif de la situation administrative peut précéder ou suivre l'édiction de la décision, de même qu'il peut lui être concomitant. Il peut également être identifié en dehors de toute décision (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 329 et s., n° 614 et s., spéc. p. 337, n° 633).

³⁰⁹⁶ Par ailleurs, il dépend bien souvent d'éléments extérieurs à la décision. Sur l'ensemble de ces questions, voir C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 93, n° 157 et p. 312 et s., n° 575 et s., spéc. p. 313, n° 579.

³⁰⁹⁷ S'il est conçu de manière statique, le processus d'entrée en vigueur se rapporte à un instant unique créateur de l'effet de droit, lequel ne peut être différent de celui de la création du droit acquis. S'il présente un caractère dynamique, le processus d'entrée en vigueur est nécessairement progressif et s'échelonne dans la durée, il est alors possible de distinguer corrélativement la création du droit susceptible d'être acquis de sa mise en œuvre. Cf., dans le même sens, C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 150, n° 256 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 24, n° 44 ; B. SEILLER, fasc. préc., p. 42, n° 292. Sur ce point, voir plus haut, p. 629, n° 814.

³⁰⁹⁸ Sur la distinction entre effet structural et effet substantiel de la norme, voir P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 252, n° 576.

³⁰⁹⁹ Celle-ci n'est réalisée qu'avec sa notification. Comme le soulignait le commissaire du gouvernement A. Bernard, « la publication et la notification ont pour [...] effet de déterminer la date d'entrée en vigueur de la nomination sans jamais en affecter l'existence ni la validité » (A. BERNARD, concl. sur CE, Sect., 21 mars 1958, *Delteil*, préc., p. 190). Par ex., si une autorisation administrative doit être considérée comme accordée à la date à laquelle la décision de l'autorité compétente est intervenue, elle ne peut recevoir application qu'à compter de sa notification. Les mesures encadrant éventuellement l'autorisation ne pourront entrer en vigueur qu'à compter de cette date (CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques (C.N.A.F.C.)*, préc.). Suivant la même logique, l'édiction de la décision ne consacre qu'un droit au maintien des mesures individuelles, mais non à leur exécution. Aussi ne produit-elle, par exemple, d'effet pécuniaire qu'à compter de sa notification, ou, à défaut, de son commencement d'exécution (cf., dans le domaine de la fonction publique, les effets produits par l'installation du fonctionnaire à son poste, CE, 22 décembre 1924, *Castelli*, préc.). En revanche, pour la période antérieure à l'une ou l'autre de ces dates, la décision ne produit aucun effet propre dont pourrait se prévaloir son bénéficiaire (CE, 7 février 1968, *Commune de Saint-Clair-de-La-Tour*, préc.). Voir, dans le même sens, R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 891.

³¹⁰⁰ À titre incident, on relèvera que c'est également à compter de la notification que le délai de péremption du permis de construire commence à courir (art. R. 424-17, al. 1 et 2 du Code de l'urbanisme), ouvrant ainsi la période de sa validité.

³¹⁰¹ Art. L. 424-5, al. 2 du Code de l'urbanisme.

³¹⁰² CE, 6 février 1948, *Dlles Mollet et Salvan*, préc. ; 4 mai 1949, *Maunier*, Rec., p. 196 ; Sect., 26 mai 1950, *Dirat*, Rec., p. 322 ; 4 mai 1984, *Époux Poissonnier*, préc. ; 3 octobre 2003, *Mme Wetzstein*, req. n° 249.463, Rec., T., p. 647.

droits au profit des tiers entre en vigueur à leur égard dès sa signature, alors même qu'elle ne le serait pas encore, dans certains cas, pour son destinataire³¹⁰³. À l'inverse, la décision créatrice de droits pour son destinataire entre en vigueur dès sa signature mais uniquement dans la mesure où elle ne porte pas atteinte aux éventuels droits des tiers³¹⁰⁴. Ici la confusion est totale entre champ d'application de la norme et bénéfice de droits acquis, d'une part, et entre applicabilité d'une norme à ses destinataires et opposabilité d'une situation juridique à des tiers, d'autre part³¹⁰⁵.

Le champ d'application de la décision ne concerne que son ou ses destinataires. D'un point de vue normatif, la décision n'est applicable qu'à eux seuls³¹⁰⁶. Il s'ensuit que la notion d'entrée en vigueur ne peut se rapporter qu'aux rapports entre la norme et ses destinataires. Les rapports entre celle-ci et les tiers ne peuvent se poser dans les mêmes termes. Situés en dehors de son champ d'application, les tiers ne peuvent s'en prévaloir directement³¹⁰⁷. Néanmoins, dans la mesure où la décision, une fois en vigueur, crée une situation juridique ayant une incidence sur leur propre situation, elle leur est opposable³¹⁰⁸. Cela signifie que les tiers devront, d'un côté, s'abstenir de porter atteinte à la situation née de la décision les affectant, mais que, d'un autre côté, ils ne tirent aucun avantage direct de la situation créée par la décision³¹⁰⁹. Ici encore, la question de la création d'un droit susceptible d'être acquis doit être regardée indépendante par rapport à celle de l'entrée en vigueur de la décision administrative.

867. Néanmoins, l'entrée en vigueur de la décision administrative n'est pas dépourvue de tout lien avec la notion de droit acquis. Ce rapport concerne, en réalité, le *processus d'acquisition* du droit et non celui de sa création. L'exemple des décisions administratives « occultes » illustre utilement ce point. Alors que les droits reconnus à son bénéficiaire existent dès la signature de la décision « occulte », la logique du processus d'entrée en vigueur des normes juridiques veut, faute pour elle d'avoir été rendue observable, que ces droits soient insusceptibles d'être mis en œuvre, tant qu'il n'a pas été procédé à la notification. Strictement appliquée, cette logique aboutirait à une situation dans laquelle l'inertie de l'Administration la dispenserait de rendre effectif le droit qu'elle a reconnu à l'administré, alors même qu'il lui serait acquis.

Dans le souci légitime de protéger la situation du bénéficiaire, la jurisprudence administrative a directement corrélé l'acquisition légale du droit acquis et l'entrée en vigueur de la décision

³¹⁰³ CE, Sect., 12 juin 1959, *Syndicat chrétien du Ministère de l'industrie et du Commerce*, Rec., p. 360, *AJDA*, 1960, II, p. 61, concl. H. MAYRAS. En pratique, on aboutit alors à une situation absurde dans laquelle la décision défavorable pour son destinataire entre en vigueur à son égard au moment de sa notification, tandis que créatrice de droits au profit des tiers, elle entre en vigueur à leur égard dès son édicton (Cf., notamment, P. AUVRET, art. préc., pp. 70-71 ; R. CHAPUS, *loc. cit.* ; C. YANNAKOPOULOS, *loc. cit.*).

³¹⁰⁴ Celle-ci ne leur est opposable qu'une fois publiée ou notifiée (M. WALINE, *loc. cit.*).

³¹⁰⁵ C. EISENMANN, art. préc., p. 203. C'est là une des conséquences des imprécisions découlant de la théorie de l'opposabilité (sur ce point, cf., plus haut, p. 87, note 8 ; J. DUCLOS, thèse préc.).

³¹⁰⁶ P. AUVRET, art. préc., p. 70 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 101, n° 173.

³¹⁰⁷ Selon P. Auvret, les tiers « acquièrent des droits uniquement du fait de leur propre situation, par suite des actes dont ils sont les bénéficiaires directs. Les avantages que les tiers peuvent tirer indirectement d'une décision individuelle ne peuvent être qualifiés de droits acquis. La finalité de l'acte individuel est de faire acquérir un droit à un administré individualisé » (P. AUVRET, art. préc., p. 71).

³¹⁰⁸ C. Yannakopoulos a bien montré qu'un droit acquis peut naître d'un fait administratif, c'est-à-dire d'une situation créée par une décision et qui s'est concrétisée dans le temps (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 191, n° 339).

³¹⁰⁹ Ainsi, que l'on estime que le tiers tire indirectement des droits de la consolidation de la situation du bénéficiaire d'une décision affectant leur situation propre ou qu'ils tirent ces droits uniquement des décisions dont ils sont destinataires, mais dont l'édition est liée à celle d'une décision initiale, la solution n'est pas modifiée. Les tiers ne bénéficient qu'indirectement des droits créés par une décision dont ils ne sont pas les destinataires.

administrative. La décision administrative qui crée légalement de droits susceptibles d'être acquis entre en vigueur dès sa signature.

On aurait pu imaginer une solution différente, davantage en cohérence avec le processus logique de mise en vigueur des normes juridiques. Elle consisterait à faire reposer une simple obligation pour l'administration³¹¹⁰ de mettre en vigueur la décision administrative dans un délai raisonnable³¹¹¹. La portée de cette obligation varierait en fonction du moment à partir duquel le droit doit être regardé comme définitivement constitué³¹¹². Lorsque la décision créatrice de droits est légalement intervenue, le droit est instantanément acquis à la date d'édition de la décision³¹¹³. Du moment qu'il a été reconnu, il est interdit à l'Administration de porter atteinte à l'existence du droit, alors même qu'il n'a pas encore été rendu effectif par l'entrée en vigueur de la décision³¹¹⁴. Son bénéficiaire est alors en droit d'exiger à tout moment de l'Administration qu'elle lui notifie la décision et en fasse, ainsi, application. Faute pour l'Administration d'y avoir procédé à l'issue de l'écoulement d'un délai raisonnable³¹¹⁵, lequel ne saurait excéder deux mois, le passage à l'effectivité du droit interviendrait de plein droit. La sanction de l'inertie de l'Administration consisterait, en quelque sorte, à faire entrer en vigueur la décision malgré elle³¹¹⁶.

Bien qu'elle ajoute un élément de complexité au régime d'entrée en vigueur de la décision créatrice de droits susceptible d'être acquis, cette solution a le mérite de rapprocher ce régime de celui de la décision non créatrice de droits tout en maintenant une protection des intérêts de l'administré. Une telle solution n'a, à notre connaissance, jamais été envisagée en jurisprudence, cette dernière s'en tenant à celle qui consiste à faire entrer immédiatement en vigueur la décision administrative qui crée légalement des droits susceptible d'être acquis.

En revanche, lorsque la décision créatrice de droits a été illégalement prise, c'est à l'aune du délai laissé à l'administration pour revenir sur elle que l'acquisition du droit est classiquement appréciée³¹¹⁷. En effet, le droit illégalement créé n'est constitué qu'à raison de l'expiration du délai de

³¹¹⁰ Sur ce lien, voir J.-J. BIENVENU, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, préc., t. II, p. 184 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 254, n° 464.

³¹¹¹ De la même manière que pour la loi, on retrouve ici un des caractères de la décision exécutoire. Il s'agit de l'ordre interne à l'Administration, donné aux agents de prendre les actes d'exécution de la décision (X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse préc., p. 15 ; cf. également, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 136).

³¹¹² Sur ces liens, voir P.-L. FRIER et J. PETIT, *op. cit.*, p. 324, n° 520 ; P. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps (Contribution à la théorie générale du droit transitoire)*, préc., p. 63. Pour une position contraire, voir C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 326, n° 608.

³¹¹³ Il n'en irait autrement que dans l'éventualité où sa mise en œuvre serait continue (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 275, n° 507). Comme le souligne P. Auvret : « par leur nature même, les situations continues ne peuvent permettre de se prévaloir que d'une immutabilité relative. L'évolution des choses est telle qu'aucun système juridique ne peut garantir la stabilité d'une situation qui se prolonge dans le temps » (P. AUVRET, art. préc., p. 97).

³¹¹⁴ Pour un ex. récent, cf. CE, 30 mai 2007, *SCI Agyr*, préc.

³¹¹⁵ Dans le même ordre d'idées, cf. CE, 11 décembre 1964, *Caisse d'allocations vieillesse des officiers ministériels, des officiers publics et des compagnies judiciaires (CAVOM)*, req. n° 61.384, Rec., p. 633 ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 131.

³¹¹⁶ Dans le même sens, cf. J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Publicité des actes administratifs unilatéraux », fasc. préc., p. 14, n° 74 et « Acte administratif : Application dans le temps », fasc. préc., p. 5, n° 21.

³¹¹⁷ En effet, le droit illégalement octroyé est constitué à son expiration (J. PETIT, thèse préc., p. 528, n° 1074). Le fait qu'il soit ici raisonné à partir du seul délai de retrait ne doit pas faire oublier la possibilité pour l'Administration de mettre fin à l'acte illégalement édicté uniquement pour l'avenir. Simplement, dès lors que le délai dont dispose l'Administration pour revenir sur les décisions administratives explicites créatrices de droits illégaux est le même pour les deux formes de sortie de vigueur, il n'y a plus lieu de les distinguer (CE 30 juin 2006, *Société Neuf Télécom*, req. n° 289.564, Rec., p. 309, *AJDA*, 2006, n° 31, p. 1703, note P.-A. JEANNENEY et p. 1720, note A. SÉE, *RFDA*, 2006, n° 4, p. 883, note P. TERNEYRE, *RJEP*, 2007, n° 641, p. 162, note F. FONTAINE et G. WEIGEL ; 20 février 2008, *Gener*, req. n° 289.850, Rec., T., p. 574 et p. 829 ; Sect., 6 mars 2009, *M. Coulibaly*, req. n° 306.084, Rec., p. 79, concl. C. de SALINS, *AJDA*, 2009, n° 15, p. 817, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *Dr. adm.*, 2009, n° 5, p. 25, note F. MELLERAY, *RFDA*, 2009, n° 2, p. 215, concl. C. de SALINS et n° 3, p. 439, note G. ÉVEILLARD, *RLCT*, 2009, n° 47, p. 50, note N. SUDRES.

retrait de l'acte qui l'a institué³¹¹⁸, alors même que la décision a commencé à produire ses effets dès son édicition.

Suivant la solution proposée, on pourrait imaginer que tant que le délai de retrait n'a pas expiré, l'autorité administrative n'est pas tenue de rendre effectif le droit créé au profit de l'administré, dès lors qu'elle s'est aperçue de l'illégalité de son octroi. Il s'ensuit que la demande d'exécution de la décision émanant de son bénéficiaire peut s'analyser comme une simple demande de notification à laquelle l'Administration n'est pas tenue de déférer du fait de son illégalité. L'expiration du délai entraînant la consolidation du droit, l'Administration sera tenue, en revanche, de donner son plein effet à la décision administrative. Notamment, elle ne pourra opposer un refus à la demande d'exécution de la décision émanant de son bénéficiaire³¹¹⁹, voire devra y procéder d'office. Sur ce point, la solution proposée ferait coïncider le processus d'acquisition du droit avec l'entrée en vigueur de la décision administrative.

868. Cette proposition n'est pas tout à fait équivalente en pratique à la solution classiquement retenue, mais présente l'avantage de rendre une certaine cohérence au régime d'entrée en vigueur de la décision administrative et, partant, à retenir une même « date-frontière » pour apprécier sa rétroactivité. Qu'elle crée ou non des droits susceptibles d'être acquis, la décision administrative entrerait logiquement en vigueur à compter de sa notification effective ou présumée. Fixer la prise d'effet de la décision administrative à une date antérieure à la date normale de son entrée en vigueur reviendrait invariablement à lui conférer un effet rétroactif.

La diversité des régimes d'entrée en vigueur constatée en matière d'actes administratifs unilatéraux se retrouve également en matière contractuelle.

II – L'ENTREE EN VIGUEUR DU CONTRAT ADMINISTRATIF

869. Comme toute norme, le contrat suit un processus d'entrée en vigueur logique au terme duquel il pourra développer la plénitude de ses effets. La formation du contrat est une opération complexe et formalisée en droit public³¹²⁰. L'organisation de procédures de passation exigeantes a conduit le juge à utiliser de manière croissante de la notion d'« entrée en vigueur », d'ordinaire réservée aux normes unilatérales, pour décrire la prise d'effet du contrat³¹²¹. De son côté, la doctrine se réfère plutôt à la formation ou à l'entrée en application du contrat, ou encore à sa mise à exécution, pour décrire son insertion dans l'ordonnement juridique. Ces variations terminologiques ne sauraient traduire autre chose qu'une différence de vocabulaire, dès lors qu'elles désignent toutes le moment à compter duquel le contrat est susceptible de produire la totalité de ses effets³¹²².

À l'instar des normes unilatérales, l'entrée en vigueur du contrat suit la même séquence logique. Néanmoins, elle présente la singularité de se réaliser en un même moment, du moins en principe. Les auteurs de la norme contractuelle étant à la fois ses destinataires, le principe du consensualisme conduit

³¹¹⁸ C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 256, n° 470 et s. Voir également, CE, 5 mai 1950, *Richart*, Rec., p. 264 ; Sect., 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, préc.

³¹¹⁹ CE, Sect., 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, préc. ; 29 novembre 2006, *Abenhaim c/ Ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, req. n° 279.140.

³¹²⁰ Sur ce constat, Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapp. préc., p. 107 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM, coll. Collectivités locales, 2002, p. 387, n° 600.

³¹²¹ Cf., par ex., CE, 30 juin 1995, *Ministre de l'Éducation Nationale c/ Association de gestion du collège Massillon* req. n° 119.836, Rec., T., p. 824 ; 21 octobre 1996, *M. Bourdin*, req. n° 150.213 ; 9 août 2006, *M. Queste c/ Ministère de la Défense*, req. n° 279.391 ; 17 décembre 2008, *Ministre de la Défense c/ Mme Grimler* req. n° 296.809.

³¹²² F.-P. BÉNOIT, fasc. préc., pp. 8-9, n° 40-43.

à une représentation instantanée du processus d'entrée en vigueur du contrat. Il n'y a donc pas lieu de distinguer, contrairement à ce qui se passe pour les normes unilatérales, entre le moment de l'édiction de la norme contractuelle et celui auquel elle est rendue observable. Par définition, ces deux instants coïncident avec la conclusion du contrat (A). Par principe, l'échange des consentements suffit également à rendre le contrat applicable aux parties. Toutefois, le formalisme croissant de la procédure de formation du contrat administratif remet souvent en cause cette simultanéité. Outre la liberté des parties de fixer une date d'applicabilité du contrat différente de celle de sa conclusion, les textes peuvent également faire dépendre son entrée en vigueur de l'accord d'une autorité extérieure ou de l'accomplissement de formalités supplémentaires (B).

A/ La conclusion du contrat administratif, date de son observabilité

870. La norme contractuelle présente la particularité d'être formulée, puis insérée dans l'ordonnement juridique en un seul instant créateur, franchissant ainsi en un seul mouvement les différentes étapes du processus d'entrée en vigueur. La conclusion du contrat réalise sa mise en vigueur de manière instantanée.

871. La conclusion du contrat correspond, en tout premier lieu, au moment où celui-ci accède à l'existence juridique³¹²³. L'échange des consentements suffit, en principe, à créer définitivement le lien contractuel. La norme contractuelle est édictée dès cet instant. Les seules difficultés susceptibles d'être rencontrées dans la détermination de la date de création du contrat³¹²⁴ sont liées à la présence d'une personne publique au contrat. En effet, son consentement est souvent exprimé à l'issue d'une procédure se déroulant en plusieurs étapes et nécessitant l'intervention de plusieurs volontés³¹²⁵.

Il découle de la liberté contractuelle, dont bénéficient désormais les personnes publiques³¹²⁶, que la manifestation des consentements n'est, en principe, soumise à aucune forme particulière. Aucun écrit n'est ainsi exigé. De la même manière qu'en droit civil, le consensualisme conduit à admettre en droit administratif les contrats verbaux ou tacites³¹²⁷. Seulement, les textes réduisent la possibilité de recourir

³¹²³ H. KELSEN, art. préc., p. 45, § 11 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 511, n° 447.

³¹²⁴ Ces difficultés peuvent être surmontées par le recours à la théorie de l'offre utilisée en droit civil. Elle permet une analyse plus précise de la manifestation de volonté par les parties au contrat et, partant, de l'échange des consentements. L'offre est constituée d'une proposition ferme de contracter, dont l'acceptation suffit à former le contrat. Pour identifier la date de création du contrat, il suffit alors de déterminer le moment où l'offre de contracter a été acceptée par le cocontractant (cf., par ex., CE, 8 janvier 1969, *Dame Veuve Lebon et Sieurs Ragot*, req. n° 65.322 et 65.401, Rec., p. 12, *AJDA*, 1969, n° 3, p. 160, chr. J.-L. DEWOST et R. DENOIX DE SAINT MARC et p. 192). Sur cette question, cf. P. CHAUVEL, « Consentement », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2007 ; H. KELSEN, art. préc., p. 44, § 10.

³¹²⁵ Cette particularité est due à l'organisation complexe de la personne publique. Cf. Conseil d'État, rapport préc., pp. 119-120 ; F. ROLIN, « L'habilitation à contracter », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, préc., Vol. 1, p. 189.

³¹²⁶ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, req. n° 34.027, Rec., p. 33, *RFDA*, 1984, n° 1, p. 45, note F. LLORENS, *RDP*, 1984, n° 1, p. 212, note J.-B. AUBY ; Sect., 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, préc. ; 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr*, req. n° 184.473 et 184.557, Rec., p. 177, *AJDA*, 1998, n° 10, p. 834, concl. C. MAUGÛÉ, *Dr. adm.*, 1998, n° 6, p. 26, note C. MAUGÛÉ ; C. Const., déc. n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000, préc. ; déc. n° 2008-568 DC, 7 août 2008, préc. Sur les différentes composantes de la liberté contractuelle, voir p. 437, note 2051. Voir également, F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, p. 608, n° 1079 ; F.-X. FORT, art. préc., p. 33 ; P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., pp. 25-30, n° 23 à 33 ; G. JÈZE, *op. cit.*, p. 18 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM, coll. Collectivités locales, 2002. Sur la valeur de la liberté contractuelle, voir p. 437 et s., n° 554 et s. et les références citées.

³¹²⁷ Le recours à ces formes de contrat soulève néanmoins un problème de preuve. Pour les contrats verbaux, on peut citer l'exemple, certes ancien, des marchés sur mémoires ou factures, devenus marchés à bon de commandes (CE, 5 octobre 2005, *Commune de Maurepas*, req. n° 256.362, Rec., T., p. 969). Sur les contrats verbaux, voir CE, 12 juillet 1907, *Ministre des Travaux publics*, Rec., p. 686 ; 25 octobre 1911, *Barthélémy c/ Dame Veuve Laconde*, Rec., p. 982 ; Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, req. n° 98.637, Rec., p. 167, *GAJA* n° 71, *RDP*, 1956, p. 869, concl. M. LONG, *D.*, 1956, J., p. 433, note A. de LAUBADÈRE, *AJDA*, 1956, p. 221, chr. J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; 11 mai 1956, *Société des Pompes funèbres générales*, Rec., p. 201 (marché de travaux publics) ; 25

à de tels contrats, soit en exigeant la rédaction d'un écrit³¹²⁸, soit en requérant l'accord préalable d'un tiers³¹²⁹. Ce formalisme accru s'explique par la présence de la personne publique au contrat³¹³⁰.

À cela s'ajoutent les difficultés attachées à l'identification du moment auquel la personne publique est réputée avoir donné son consentement. De fait, la manifestation de la volonté de la personne publique doit respecter un ensemble complexe de règles, parmi lesquelles les règles traditionnelles de répartition des compétences³¹³¹, celles régissant l'engagement des finances publiques, voire prendre en considération les effets de son engagement sur les tiers³¹³². Les mêmes raisons justifient, par ailleurs, l'obligation pour l'administration d'exprimer sa volonté de manière explicite³¹³³, sauf textes contraires. Le plus souvent, ce sera à travers l'acte de signature du contrat par l'autorité

janvier 1967, *Entreprise Edouard Guekert*, req. n° 69.222, Rec., T., p. 952 ; Sect., 19 décembre 1969, *Gaynard*, req. n° 72.304 et 74.145, Rec., p. 602 ; 18 juillet 1973, *Sieur X...*, req. n° 79.340, Rec., p. 520 ; 28 janvier 1983, *Mme Johnston*, req. n° 15.093, Rec., p. 28 ; 3 février 1984, *Gaz de France*, req. n° 30.536, 35.783 et 35.495, Rec., T., p. 665 ; 7 janvier 1987, *Mme Félicien*, req. n° 32.262, Rec., T., p. 816 ; 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, req. n° 152.713, Rec., T., p. 995 ; 28 novembre 2003, *Mme Pons*, n° 233.171, Rec., T., p. 839 ; 15 juillet 2004, *Mme Rauzier*, req. n° 238.543, Rec., p. 343, *BJCL*, 2004, n° 10, p. 717, concl. A. ROUL ; 16 novembre 2005, *École nationale de l'aviation civile (ENAC)*, req. n° 266.227. Sur les contrats tacites, voir CE, 15 juin 1951, *Société Hydraulique Asie*, Rec., p. 349 ; 4 avril 1952, *Compagnie nationale des pétroles*, Rec., p. 211 ; 28 février 1959, *Ministre de l'Industrie et du Commerce c/ Ville de Paris*, Rec., T., p. 945 ; 12 décembre 1973, *Consorts Szym-Popper*, req. n° 83.148, Rec., T., p. 1034 ; 1^{er} octobre 1986, *Lapierre*, req. n° 58.424, Rec., T., p. 350 ; 20 mars 1996, *Commune de Saint-Céré*, req. n° 150.038, Rec., p. 87 ; 15 juillet 2004, *Mme Rauzier*, req. n° 238.543, Rec., p. 343, *AJDA*, 2004, n° 34, p. 1876, note M.-C. de MONTECLER, *AJFP*, 2004, n° 6, p. 333, *BJCL*, 2004, n° 10, p. 717, concl. A. ROUL. Sur l'ensemble de ces questions, cf. J.-C. BRUÈRE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996, n° 6, p. 1718 et 1732 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 569, n° 536 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 446.

³¹²⁸ C'est le cas pour les transactions (art. 2044 du Code civil), ainsi que pour les marchés publics d'un montant supérieur à 4000 Euros (art. 11 du Code des marchés publics). Pour ces derniers, une simple commande verbale (CE, 1^{er} octobre 1969, *SA des établissements Privé*, req. n° 74.381, Rec., p. 411 ; 29 septembre 1982, *Perez et a.*, req. n° 26.814, Rec., T., p. 665) ou un simple échange de lettres (CE, 20 mars 1987, *Société des Établissements Louis Méhault et fils*, req. n° 38.905, Rec., T., p. 816, *D.*, 1987, SC, p. 429, obs. P. TERNEYRE) ou encore une simple invitation à commencer les travaux (CE, 13 novembre 1974, *Coulibeuf*, req. n° 90.893, Rec., p. 567 ; 11 octobre 1985, *Compagnie générale de construction téléphonique c/ CHR de Rennes*, req. n° 38.788, Rec., p. 282, *AJDA*, 1985, n° 12 p. 749, note L. RICHER, *Quot. jur.*, 15 novembre 1986, n° 43, p. 2, note F. MODERNE) ne valent pas contrat. Sur ce point, voir D. CHABANOL, J.-P. JOUGUELET ET F. BOURRACHOT, *Le régime juridique des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, coll. Analyse juridique, 2005, p. 246, n° 238 ; F. OLLIVIER, « Conclusion du marché public », *J.-Cl. adm.*, fasc. 640, 2003, p. 8, n° 61 ; L. RICHER, *op. cit.*, pp. 142-143, n° 249-250. Pour les délégations de service public, alors qu'aucun texte n'exige formellement un écrit, on peut néanmoins considérer que l'article L. 1411-9 du CGCT impose indirectement une telle obligation. Voir C. BOITEAU, « Délégation de service public : régime juridique », *J.-Cl. adm.*, fasc. 662, 2002, p. 7, n° 32 ; J.-M. PEYRICAL, « La passation de convention de délégation de service public », *Rep. Coll. loc.*, Dalloz, 2002, fasc. 3123, p. 4, n° 18.

³¹²⁹ Les marchés publics de l'État et de ses établissements publics administratifs sont soumis, préalablement à leur entrée en application, au visa d'un contrôleur financier. Par ex., les marchés par l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris ne sont exécutoires qu'après visa du contrôleur financier (art. 3 du décret n° 2002-1368 du 19 novembre 2002, adaptant certaines dispositions du code des marchés publics aux conditions particulières de la gestion des établissements publics de santé et modifiant le code de la santé publique, *JORF* n° 271 du 21 novembre 2002, p. 19248. Voir S. BRACONNIER, fasc. préc., p. 6, n° 35 ; F. OLLIVIER, fasc. préc., p. 11, n° 105.

³¹³⁰ Notamment, la soumission aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*, req. n° 188.239, Rec., p. 201, *AJDA*, 1998, n° 7-8, p. 553, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR). Voir sur l'ensemble de la question, J.-C. BRUÈRE, art. préc., p. 1718 ; C. MAUGÛÉ, art. préc., p. 695 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 132 et s. n° 227 et s.

³¹³¹ J.-C. BRUÈRE, art. préc., p. 1737 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 139, n° 238 ; F. ROLIN, art. préc., p. 193.

³¹³² C'est principalement en cas d'insertion de clauses réglementaires dans le contrat.

³¹³³ CE, 10 janvier 1930, *Commune de Point-à-Pitre*, Rec., p. 32. Voir, en ce sens, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 506, n° 440. Ainsi, si l'insertion dans le contrat initial de clauses de tacite reconduction est admise, dès lors qu'elle équivaut à la passation d'un nouveau contrat dans les mêmes termes que l'ancien (CE, 25 mai 1951, *Dobrouckess*, Rec., p. 291 ; 20 janvier 1965, *Société des Pompes Funèbres Générales*, req. n° 58.704, Rec., p. 42 ; Sect., 22 mars 1996, *Associations de gestion des écoles Saint-Martin, Jeanne d'Arc, Sainte-Marie, Marguerite-Marie et du Sacré-Cœur*, req. n° 110.303, Rec., p. 92, *Dr. adm.*, 1996, n° 5, p. 13, obs. L. TOUVET), ces clauses sont prohibées pour les contrats soumis à une procédure. C'est le cas notamment pour les marchés publics (CE, 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, req. n° 00.063, Rec., p. 226 ; 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, préc. ; CAA Paris, 11 octobre 1994, *SARL Editor Tennog c/ Commune de Houilles*, req. n° 93PA01072, Rec., p. 663, *AJDA*, 1994, n° 12, p. 901, concl. J.-P. PAITRE ; L. RICHER, « Sur la tacite reconduction des marchés publics », *AJDA*, 2001, n° 3, p. 219), de même qu'en matière de fonction publique, pour le renouvellement des agents non titulaires (CE, Sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, req. n° 178.412, Rec., p. 335, *RFDA*, 1999, n° 6, p. 1289). Dans le même ordre d'idées, l'approbation du contrat entre une collectivité territoriale et l'État par le préfet, lorsqu'elle est requise, ne peut être implicite ou résulter du silence gardé par ce dernier (CE, 30 novembre 1900, *Ministre du Commerce, de l'Industrie, des Postes et des Télégraphes c/ Commune de Charenton*, Rec., p. 687 ; 30 novembre 1900, *Commune de Moutiers c/ Ministre des Travaux publics* (3^e esp.), Rec., p. 715 ; 15 janvier 1982, *Lavignolle*, Rec., p. 15 ; cf. également, par analogie CE, 14 décembre 1923, *Hériot*, Rec., p. 859 ; 2 novembre 1938, *Société Les petits-fils de François de Wendel*, préc.), sauf texte contraire (CE, 4 mai 1959, *Société Chabal et Cie*, Rec., p. 286).

compétente³¹³⁴ que l'administration exprimera formellement son consentement et que le contrat sera conclu³¹³⁵.

872. Lorsqu'il le contrat est écrit, la signature lui confère sa date³¹³⁶, ainsi que son caractère définitif³¹³⁷. La légalité propre du contrat doit également s'apprécier à cette date³¹³⁸. Pour les contrats non formalisés ou tacites, la date d'émission de la lettre d'acceptation ou la date du premier commencement d'exécution par le cocontractant permettra de dater le contrat³¹³⁹.

873. Le lien contractuel naît de l'échange des consentements des contractants, lequel suffit à créer des obligations réciproques entre eux³¹⁴⁰. C'est là une autre des conséquences de la liberté contractuelle reconnue aux personnes publiques. On peut ajouter que le contrat ne liant que les parties entre elles, en vertu du principe de l'effet relatif³¹⁴¹, il ne nécessite, de ce fait, aucun régime de publicité pour développer ses effets³¹⁴². Tout ceci n'a rien que de naturel, dans la mesure où les auteurs de la norme sont à la fois ses destinataires. Il n'est donc aucunement nécessaire s'agissant de la norme contractuelle

³¹³⁴ Pour les marchés publics, l'acte d'engagement doit être obligatoirement signé, à peine de nullité absolue du contrat, par la personne responsable du marché (CE, 10 décembre 1986, *Département de la Moselle*, req. n° 46.629, *RDP*, 1987, n° 4, p. 1092, chr. F. LLORENS). Il en va de même pour les avenants éventuels (CE, 8 janvier 1982, *SA Entreprise Quillery-Saint-Maur*, req. n° 27.028, Rec., T., p. 665 ; 28 mai 1982, *SA Soprema*, req. n° 23.891, Rec., T., p. 665). De l'article L. 1411-9 du CGCT, on peut en inférer la même exigence pour les délégations de service public passées par les collectivités territoriales et leurs groupements. Sur les questions relatives à la compétence de l'autorité signataire, voir A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 499 et s., n° 435 et s. ; F. OLLIVIER, fasc. préc., p. 8, n° 58 et 64 ; L. RICHER, *loc. cit.* ; F. ROLIN, *loc. cit.*

³¹³⁵ Cela explique que, d'un point de vue contentieux, la signature commande la recevabilité en matière de référé précontractuel (art. L. 551-1 et 2 du CJA). Le recours peut être exercé jusqu'à la conclusion du contrat, matérialisée par sa signature. Si celle-ci est intervenue avant le recours, le juge des référés ne peut que prononcer le non-lieu (CE, Sect., 30 novembre 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, req. n° 157.304, Rec., p. 394, *AJDA*, 1995, n° 12, p. 944, chr. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, *RFDA*, 1995, n° 6, p. 1077, concl. C. CHANTEPY ; 7 mars 2005, *Société Grandjouan-Saco*, req. n° 270.778, Rec., p. 96, *AJDA*, 2005, n° 23, p. 1298, note S. HUL, *CMP*, 2005, n° 6, p. 38, note J.-P. PIETRI, *D.*, 2005, n° 39, p. 2732, note J. MARTIN, *JCP A*, 2005, n° 18, p. 160, note F. LINDITCH, *RFDA*, 2005, n° 3, p. 676, note P. TERNEYRE et n° 6, p. 1094, note M.-C. VINCENT-LEGOUX, *RJEP*, 2005, n° 624, p. 386, note R. VANDERMEEREN).

³¹³⁶ CE, 20 juillet 1951, *Péguin*, Rec., p. 423. Cf. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 512, n° 448.

³¹³⁷ Selon la formule de A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *loc. cit.* Faute de signature, aucun lien contractuel n'a pu être formé et le contrat n'existe pas (CE, 26 février 1988, *OPHLM Villeneuve-Saint-Georges c/ Courteille*, req. n° 78.530, *RDP*, 1988, n° 5, p. 1417, obs. F. LLORENS). Si le contrat a été entièrement exécuté avant la conclusion du contrat, aucune régularisation n'est alors possible (cf. l'ex. d'un marché public dont les travaux ont été antérieurement et entièrement exécutés avant sa passation, CE, 27 mai 1998, *Commune d'Agde*, préc.). On rappellera que dans les cas où le contrat est soumis à approbation, celle-ci ne conditionne aucunement son existence (cf., plus bas, p. 677, n° 875 ; P. LAROQUE et R. MASPÉTIOL, *op. cit.*, p. 110 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, préc., p. 520, n° 461 ; pour une position contraire voir G. JÈZE, *op. cit.*, t. I, p. 62).

³¹³⁸ Ainsi, la circonstance que l'exécution d'un marché public ait commencé avant sa transmission au préfet reste sans incidence sur la légalité propre du contrat (CE, 27 avril 1987, *Commissaire de la République des Côtes-du-Nord c/ OPHLM Côtes-du-Nord et Société Socea-Balency*, préc.).

³¹³⁹ La question de la datation de la formation du contrat est une question de fait à résoudre d'après la volonté des parties. Suivant la théorie de l'offre et de l'acceptation, les parties sont réputées avoir souhaité que la conclusion intervienne au plus tôt, c'est-à-dire dès l'émission de la lettre d'acceptation par le cocontractant (P. CHAUVEL, fasc. préc., p. 23, n° 179 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, préc., p. 141, n° 169 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 10^e éd., 2009, p. 178, n° 170). L'acceptation tacite se manifeste, quant à elle, non par le silence mais par l'attitude adoptée par les parties. Du côté du cocontractant de l'administration, elle résultera, le plus souvent, de l'exécution même du contrat. La date du contrat sera alors fixée au jour du premier commencement d'exécution. (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *op. cit.*, p. 129, n° 150 ; J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens, les obligations*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2004, Vol. 2, p. 1975, n° 947).

³¹⁴⁰ CE, 20 février 1947, *Société Glacières de l'alimentation*, Rec., p. 85 ; 20 octobre 1954, *Pithois*, Rec., p. 543, *AJDA*, 1954, II, p. 492 ; 8 janvier 1969, *Dame Veuve Lebon et Sieurs Ragot*, préc. ; 29 janvier 1969, *Bienvenu*, req. n° 70.554, Rec., p. 45, *AJDA*, 1969, II, p. 193 ; 11 février 1972, *OPHLM du Calvados*, préc.

³¹⁴¹ Sur ce principe, voir, M. UBAUD-BERGERON, art. préc., p. 575. Cf., pour un ex. de référence à l'article 1165 du Code civil, CE, 20 octobre 2000, *Perreau*, req. n° 192.851, Rec., p. 455, *BJDCP*, 2001, n° 17, p. 345, concl. E. MIGNON, *LPA*, 4 juillet 2001, n° 132, p. 15, chr. C. GUETTIER ; 16 janvier 2002, *Syndicat national des entreprises d'esthétique et de coiffure à domicile*, req. n° 223.859, Rec., T., p. 640, *CJEG*, 2002, n° 587, p. 310, concl. P. FOMBEUR, *RJS*, 2002, n° 4, p. 308, concl. P. FOMBEUR.

³¹⁴² Si un régime de publicité est parfois organisé, celui-ci n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur du contrat (cf., pour les marchés publics, l'art. 172 du Code des marchés publics ; pour les contrats de partenariat, l'art. 9 de l'ordonnance du 17 juin 2004 déjà citée). Il en va autrement dans les cas, nombreux en droit public, où le contrat a une incidence sur les tiers.

de distinguer entre édicition et observabilité. Les deux se réalisent simultanément et sans qu'il soit besoin d'une quelconque publicité.

C'est également au moment de l'échange des consentements que le contrat est applicable, ce qui signifie son entrée en vigueur. Néanmoins, cette date ne correspond pas toujours à l'instant créateur de la norme.

B/ La prise d'effet du contrat administratif, date de son applicabilité

874. En principe, la liberté contractuelle autorise les parties à fixer librement le point de départ de la période d'application du contrat, sous réserve de respecter les règles d'ordre public³¹⁴³. Elles peuvent, d'un commun accord, avancer ou reporter sa prise d'effet. À défaut, le contrat prendra immédiatement effet, soit à compter de sa signature si le contrat est écrit, soit, dans le cas où il ne l'est pas, à compter du moment où le lien contractuel sera réputé établi. La date de formation du contrat coïncidera alors avec celle de son entrée en application³¹⁴⁴.

Toutefois, l'échange des consentements est parfois insuffisant à faire entrer en vigueur le contrat. L'entrée en vigueur de certains contrats administratifs nécessite l'intervention, après la signature, d'autres personnes que les parties³¹⁴⁵ (1) ou qu'il soit satisfait à certaines formalités substantielles. Les textes peuvent exiger que la prise d'effet du contrat soit précédée de sa transmission au représentant de l'État, pour les contrats des collectivités territoriales (2) et/ou par sa notification préalable au cocontractant, pour les marchés publics (3).

1°) L'applicabilité du contrat administratif suspendue à son approbation

875. Le contrat administratif peut être soumis à approbation d'une autorité distincte de celle qui l'a conclu et signé³¹⁴⁶. Dans ce cas, l'entrée en vigueur du contrat est conditionnée par l'approbation de l'autorité extérieure. Plus précisément, l'entrée en vigueur de celui-ci est suspendue jusqu'à l'intervention de celle-là³¹⁴⁷. Il en allait ainsi pour certains contrats des collectivités locales antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de décentralisation du 2 mars 1982, lesquels devaient être approuvés par l'autorité de tutelle³¹⁴⁸. Cette exigence reste encore requise dans au moins deux hypothèses. Lorsque les textes le prévoient, certains contrats de l'État doivent être approuvés par décret³¹⁴⁹. De même, lorsque

³¹⁴³ F.-P. BÉNOIT, fasc. 4533, préc., p. 30, n° 194 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 232, n° 439.

³¹⁴⁴ C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 337, n° 444 ; H. KELSEN, art. préc., p. 50, § 15.

³¹⁴⁵ Conseil d'État, rapport préc., p. 107 et 111.

³¹⁴⁶ CE, 9 février 1994, *Ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace*, req. n° 134.384, *RDP*, 1994, n° 2, p. 551, chr. H. OBERDORFF. Voir F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, p. 611, n° 1087 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 517, n° 455 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 232, n° 440.

³¹⁴⁷ F.-P. BÉNOIT, fasc. 4533 préc., p. 43, n° 279.

³¹⁴⁸ Voir, sur cette question, F.-P. BÉNOIT, fasc. 4533 préc., p. 39, n° 259 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 100 et s. ; R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 424, n° 584 ; C. GUETTIER, *loc. cit.* ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 518, n° 458 ; G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, préc., p. 138, n° 118. Il en allait de même pour les contrats des établissements publics (CE, 9 décembre 1949, *Chami*, Rec., p. 542). Cette obligation a, par exemple, été supprimée pour les établissements de santé par la loi n° 91-748 du 31 juillet 1991, portant réforme hospitalière (JORF n° 179 du 2 août 1991, p. 10255).

³¹⁴⁹ Cf., par ex., l'art. 7 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie (JORF du 17 juin 1906, p. 4105, *DP*, 1907, IV, p. 64) qui prévoit que lorsque l'acte de concession comporte des dérogations ou des modifications au cahier des charges-types, il doit être approuvé par décret en Conseil d'État (CE, 7 février 1936, *Département de la Creuse*, Rec., p. 171, *D.*, 1937, III, p. 25). De même, en vertu des dispositions de l'art. L. 122-4 du Code de la voirie routière, les contrats passés par l'État pour la construction, l'entretien et l'exploitation d'une autoroute doivent être approuvés selon les mêmes formes (CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et Association syndicale autorisée des propriétaires du parc de Malmaison*, req. n° 175.256, Rec., p. 54 ; 26 mars 2001, *Association*

leurs statuts le prévoient, les contrats passés par les établissements publics doivent être approuvés par l'assemblée délibérante³¹⁵⁰.

Sans approbation, le contrat n'a pas encore de caractère définitif³¹⁵¹ et ne peut être mis à exécution³¹⁵², quand bien même le lien contractuel existe. L'approbation agit comme une condition suspensive à la force exécutoire du contrat³¹⁵³. L'approbation n'est pas une condition de formation du contrat mais, comme le souligne MM. De Laubadère, Moreau et Delvolvé, « une condition nécessaire à son entrée en application, à l'obligation pour les parties de l'exécuter »³¹⁵⁴. Elle n'a pas pour effet de reporter le consentement des parties à la date à laquelle elle intervient³¹⁵⁵. Au contraire, c'est elle qui rétroagit au jour de la signature du contrat³¹⁵⁶. La nette distinction entre l'acte d'approbation et l'acte approuvé emporte une double conséquence. D'une part, le droit applicable au contrat est celui du jour de sa signature, quelle que soit la date à laquelle il aura été approuvé³¹⁵⁷. D'autre part, l'approbation reste sans incidence sur la date d'entrée en vigueur du contrat qui y est soumis. Cette date est celle de la

pour la gratuité de l'autoroute A8, req. n° 202.209, Rec., T., p. 792, CMP, 2001, n° 5, p. 32, note P. SOLER-COUTEAUX). Voir également, sur l'approbation d'une convention passée par l'État pour la création et l'exploitation d'un parc d'attraction, CE, 23 mars 1992, *Martin et autres*, req. n° 87.601, 87.604 et 87.668, Rec., T., p. 1103, AJDA, 1992, n° 5, p. 333, chr. C. MAUGÜÉ et R. SCWHARTZ.

³¹⁵⁰ CE, Sect., 26 mars 1999, *Société Hertz France*, préc. Cf., F. ROLIN, art. préc., p. 194.

³¹⁵¹ CE, 29 novembre 1929, *Chatelot*, Rec., p. 1049 ; 11 avril 1930, *Dame Lachambre*, Rec., p. 441 ; 17 janvier 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité de Tonneins*, Rec., p. 76 ; 20 février 1947, *Société Glacières de l'alimentation*, préc. ; 17 janvier 1951, *Ville de Joinville-le-Pont*, Rec., p. 24 ; 13 novembre 1974, *Coulibeuf*, préc.

³¹⁵² Le contrat est dépourvu de caractère obligatoire et reste dépourvu d'effet (CE, 8 août 1899, *Cotard*, Rec., p. 602 ; 4 juin 1913, *Rapaud*, Rec., p. 623 ; 1^{er} mai 1925, *Société française d'éclairage*, Rec., p. 420 ; 20 février 1935, *Barrière*, Rec., p. 217 ; 21 juin 1948, *Société immobilière toulousaine pour l'extension et l'embellissement de la ville*, Rec., p. 340 ; 1^{er} mars 1957, *Commune de Perthus c/ Croux*, AJDA, 1957, II, p. 160, obs. P. SILLARD ; 21 janvier 1966, *Ville d'Avignon*, req. n° 55.622, Rec., T., p. 1025 ; 26 mai 1971, *Marquet*, req. n° 75.713, Rec., p. 383). Par conséquent, en prenant des actes d'exécution d'un contrat antérieurement à son approbation, l'administration commet une illégalité (CE, 18 mars 1998, *Union nationale des associations familiales (UNAF) et autres*, préc.). Celle-ci constitue une faute susceptible d'engager sa responsabilité si l'application du contrat non approuvé a une influence sur les droits et obligations du cocontractant (CE, 6 juillet 1960, *Faidherbe*, req. n° 45.550, Rec., T., p. 1127). De son côté, le cocontractant exécute un contrat non approuvé à ses risques et périls (CE, 18 janvier 1928, *Ville de Cannes*, Rec., p. 85). Sur les conséquences de la non-approbation du contrat, voir J.-C. BRUÈRE, art. préc., p. 1736 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 525 et s., n° 464 et s. ; G. MELLERAY, *op. cit.*, p. 136, n° 117.

³¹⁵³ Cass. Req., 6 décembre 1875, *Ville de Roanne*, S., 1876, I, p. 23 ; CE, 13 mars 1963, *Commune de Juvisy-sur-Orge*, req. n° 55.310, Rec., p. 159 ; 26 mai 1971, *Marquet*, préc. ; 18 mars 1998, *Union nationale des associations familiales (UNAF) et autres*, préc. Voir A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 521, n° 461 ; C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 338, n° 445. Cf., dans le même sens, J.-M. AUBY, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, préc., p. 226 ; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, p. 612, n° 1087 ; M. MASPÉTIOL et LAROQUE, *loc. cit.*

³¹⁵⁴ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 521, n° 461. Pour une position contraire, voir G. JÈZE, « Théorie générale des contrats administratifs », RDP, 1930, n° 1, p. 149.

Il faut donc distinguer cette hypothèse de celle dans laquelle le contrat est approuvé par une autorité qui se rattache à la même personne publique. Dans ce cas, l'approbation constitue un élément de formation du contrat (cf., pour les contrats de l'État, CE, 13 novembre 1974, *Coulibeuf*, préc.). Réserve doit néanmoins être faite de l'approbation par l'autorité de tutelle des procédures d'adjudication suivies par les collectivités locales avant les lois de décentralisation, laquelle valait consentement de l'administration (CE, 26 février 1964, *Entreprise Louis Segrette et Ministre des travaux publics et des transports c/ Entreprise Segrette*, préc. ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 628, n° 603).

³¹⁵⁵ Par conséquent, le défaut d'approbation n'a aucune d'influence sur l'existence des obligations contractuelles, dont le contenu est définitivement acquis dès l'échange des consentements. Cf. CE, 17 janvier 1951, *Ville de Joinville-le-Pont*, préc. ; TA Strasbourg, 22 décembre 1970, *Office Public d'H.L.M. de Colmar c/ Wuest*, Rec., p. 877. Pour une position contraire, voir G. JÈZE, *op. cit.*, t. I, p. 62.

³¹⁵⁶ Cf., par analogie, CE, 2 novembre 1938, *Société Les petits-fils de François de Wendel*, Rec., p. 815 ; Ass., 16 novembre 1956, *Société B.A.B. et B.L.B.*, préc. (approbation de la décision de rachat d'une concession) ; Sect., 17 juin 1960, *Sieur Contessoto*, préc. ; Sect., 19 mars 1965, *Jean-Louis, Sévère et Caraman*, préc. ; 9 décembre 1994, *Assemblée des présidents des conseils généraux de France*, préc. ; 30 avril 1997, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs et Syndicat MK France*, req. n° 180.299 et 180.328, Rec., p. 177 ; 18 mars 1998, *Union nationale des associations familiales (UNAF) et autres*, préc. (approbation des conventions à effets réglementaires). Voir également J.-M. AUBY, art. préc., p. 15 ; P. BOUFFARD, *op. cit.*, p. 77, n° 136 ; J. PETIT, thèse préc., p. 103, n° 208.

³¹⁵⁷ CE, 26 janvier 2007, *Société des mines Sacilor Lormines et autres*, req. n° 297.578 et 297.579, Rec., T., p. 745, CMP, 2007, n° 3, p. 28, note W. ZIMMER. Cf. également, l'absence d'incidence de l'acte d'approbation d'une délégation de service public sur l'appréciation de l'application dans le temps de la loi du 29 janvier 1993 déjà citée (CE, Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly et autres*, préc.), laquelle repose, au demeurant, sur la notion d'attributaire pressenti au moment de la publication de la loi (art. 47, al. 2 de la loi Sapin).

signature du contrat³¹⁵⁸, même si en réalité son entrée en vigueur n'est rendue possible qu'une fois l'approbation intervenue.

On peut rapprocher de cette situation celle du contrat privé nécessitant une homologation administrative³¹⁵⁹. En revanche, certains contrats ne peuvent légalement entrer en vigueur qu'une fois certaines formalités accomplies.

2°) L'applicabilité du contrat administratif conditionnée par sa transmission

876. À l'instar des actes unilatéraux édictés par les autorités locales décentralisées³¹⁶⁰, les contrats passés par les collectivités territoriales, une fois signés³¹⁶¹, sont soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État dans le département ou dans la région, ou à son délégué dans l'arrondissement³¹⁶².

³¹⁵⁸ Cela explique qu'une convention soumise à approbation puisse légalement fixer sa date d'entrée en vigueur à une date antérieure à celle de sa signature (CE, 9 décembre 1994, *Assemblée des présidents des conseils généraux de France*, préc.). Voir, dans le même sens, F.-P. BÉNOIT, fasc. 4533 préc., p. 44, n° 285 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 214, n° 523 ; G. MELLERAY, *op. cit.*, p. 138, n° 118.

³¹⁵⁹ Que celle-ci soit donnée par une autorité administrative (CE, 15 juillet 2004, *Association sportive de Cannes et autres*, req. n° 268.728, Rec., p. 350) ou par le juge (CE, Sect., 9 février 1934, *Chemin de fer du Nord c/ Sieur de Brigode*, req. n° 24.919, Rec., p. 194 ; Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, req. n° 79.962, Rec., p. 235 ; Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district d'Hay-les-Roses*, préc. ; Ass., 11 juillet 2008, *Société Krupp-Hazemag*, req. n° 287.354, Rec., p. 273, concl. B. DACOSTA, *AJDA*, 2008, n° 29, p. 1588, chr. É. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, *BJCP*, 2008, n° 61, p. 439, et *RJEP*, 2008, n° 658, p. 23, concl. B. DACOSTA, *Dr. adm.*, 2008, n° 10, p. 44, note F. MELLERAY, *RDP*, 2009, n° 2, p. 530, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2008, n° 5, p. 951, concl. B. DACOSTA et p. 961, note B. PACTEAU).

³¹⁶⁰ Cf., plus haut, p. 657, n° 850. F.-P. BÉNOIT, « La transmission au préfet des actes des collectivités locales », *Rép. Coll. Loc.*, Dalloz, 2000, fasc. 4523, préc., pp. 5-6, n° 42 à 51 et « L'exécution des actes des collectivités locales », fasc. 4533, préc., p. 30, n° 197.

³¹⁶¹ F.-P. BÉNOIT, fasc. 4523 préc., p. 15, n° 157 ; A. HASTINGS-MARCHADIER, « L'efficacité du contrôle préfectoral de légalité sur les contrats », in *Perspectives du droit public, Mélanges offerts à J.-C. HÉLIN*, Paris, Lexis-Nexis, Litec, 2004, p. 321. En pratique, la transmission consiste à envoyer soit le contrat lui-même, soit la délibération comprenant en annexe le dispositif contractuel. Il s'agit bien souvent de la délibération qui autorise l'exécutif à signer l'engagement contractuel, notamment pour les marchés supérieurs à 230.000 € HT (Circulaire de la Direction générale des collectivités locales du Ministère de l'Intérieur n° LBLB0410051C du 10 juin 2004, relative aux incidences de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 5 décembre 2002, *Commune de Montélimar*, req. n° 01LY02201, sur les modalités d'autorisation de l'exécutif local à signer un marché public, *JCP A*, 2004, n° 37 p. 1143, n° 1547). Toutefois, il est impossible de transmettre concomitamment le contrat signé et la délibération autorisant sa signature, cette dernière devant être exécutoire avant la signature (CE, 20 janvier 1989, *Ville de Millau c/ Vincent*, req. n° 70.686, *Dr. adm.*, 1989, comm. n° 87, *MP*, 1989, n° 241, p. 12 ; Sect., Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, préc. ; 8 février 1999, *Commune du Cap d'Ail*, préc. ; Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, préc. Pour un autre ex., cf. CE, 1^{er} février 1989, *Commune de Briançon*, req. n° 92.875 et 92.876, Rec., T., p. 508. Sur ce point, voir S. BRACONNIER, fasc. préc., p. 9, n° 64 ; P. ZAVOLI, « Appel d'offres », *J.-Cl. adm.*, fasc. 637, 2007, p. 24, n° 313.

³¹⁶² Il ressort des dispositions combinées des articles L. 1411-9, 2131-2, 3131-2 et 4141-2 du CGCT que l'obligation de transmission concerne tous les contrats écrits des collectivités territoriales (CE, 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, préc.) et, en particulier, les contrats de recrutement d'agent non titulaire (art. L. 2131-2 5° du CGCT ; exception faite des contrats saisonniers ou occasionnels, en vertu des dispositions de l'art. 3 al. 2 de la loi du 26 janvier 1984 citée plus haut ; CE, 24 avril 1985, *Département de l'Eure c/ Pinault*, req. n° 62.080, Rec. p. 118 ; TC, 25 mars 1996, *Berkani c/ CROUS de Lyon-Saint-Étienne*, req. n° 03000, Rec., p. 535, concl. P. MARTIN, *AJDA*, 1996, n° 5, p. 355, chr. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUUX, *CJEG*, 1997, p. 35, note J.-F. LACHAUME, *D.*, 1996, J., p. 598, note Y. SAINT-JOURS, *Dr. Soc.*, 1996, p. 735, obs. X. PRÉTOT, *Gaz. Pal.*, 10-11 juillet 1996, n° 192, note S. PETIT, *JCP G*, 1996, II, 22664, note P. MOUDOUDOU, *LPA*, 15 janvier 1997, n° 7, p. 19, note S. ALBERELLI-FRANCFORT, *RFDA*, 1996, n° 4, p. 819, concl. P. MARTIN, *RRJ*, 1997, n° 2, p. 745, note P.-Y. MONJAT), les contrats de partenariat, les délégations de service public, ainsi que les marchés publics (art. L. 2131-13, 3131-6 et 4141-6 du même code), quel que soit leur montant (CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, préc. ; 8 avril 1998, *Préfet de l'Aube*, préc. ; 12 février 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Guernion*, req. n° 234.917, Rec., T., p. 855, *BJCL*, 2003, n° 6, p. 441, concl. M. GUYOMAR ; 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, préc.), à l'exception toutefois des marchés passés sans formalités préalables (article 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF, JORF n° 288 du 12 décembre 2001, p. 19703). Par application des dispositions des articles L. 2131-4, 3131-5 et 4141-5 du même code, en sont également exclus les contrats de droit privé des collectivités territoriales (CE, Sect., 27 février 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie Galante c/ Lancelot*, req. n° 54.848, Rec., p. 79, *AJDA*, 1987, n° 6, p. 418, note X. PRÉTOT, *RFDA*, 1987, n° 2, p. 212, concl. B. STIRN ; Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1996, *Société Locunivers*, Bull. Civ. I, n° 464, *Dr. adm.*, 1997, n° 4, p. 12, note L. RICHER ; TC, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve c/ Société Gestetner*, req. n° 03.142, Rec., p. 464 et *Union des groupements d'achats publics (UGAP) c/ Société SNC Activ CSA*, req. n° 03.167, Rec., p. 465, *AJDA*, 1999, n° 7-8, p. 554, chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *BJDCP*, 1999, n° 6, p. 526, concl. R. SCHWARTZ, obs. P. TERNEYRE, *RDP*, 2000, n° 1, p. 247, note F. LLORENS ; Rép. min. n° 24656, *JO Sénat*, 1^{er} mars 2007, p. 474), tels les contrats d'emplois-aidés. Ils ne sont transmis qu'en vue d'éclairer la délibération qui les approuve (CE, Sect.,

Ils ne deviennent exécutoires qu'à compter de la date où il a été satisfait à cette formalité substantielle³¹⁶³. À la différence de l'approbation, la transmission détermine la date d'applicabilité du contrat et celui-là ne peut prendre effet qu'à compter de celle-ci³¹⁶⁴. La date d'entrée en vigueur sera toujours celle de la transmission³¹⁶⁵. Lorsqu'un texte prévoit également une obligation de notification du contrat, celle-ci succède à sa transmission et le contrat n'entrera en vigueur qu'une fois ces deux formalités remplies³¹⁶⁶.

3°) La notification, date d'applicabilité imposée à certaines catégories de contrats administratifs

877. Certains textes exigent, en effet, que le contrat soit notifié au cocontractant de l'administration avant tout commencement d'exécution³¹⁶⁷. Celui-ci ne pourra alors prendre effet qu'à compter de la date où il y aura été procédé³¹⁶⁸. Là encore, l'obligation de notification n'a aucune incidence sur l'existence même du contrat³¹⁶⁹, mais conditionne son entrée en application. Il s'agit d'une formalité substantielle³¹⁷⁰, dont la portée reste néanmoins discutée. En toute logique, il faudrait considérer que l'exécution du contrat en méconnaissance de l'obligation de notification l'entacherait de nullité³¹⁷¹ ou, à tout le moins, d'inopposabilité³¹⁷². Or, la jurisprudence estime, au contraire, que les mesures d'exécution

13 janvier 1988, *Mutuelle Générale des personnels des collectivités locales*, req. n° 68.166, Rec., p. 6, concl. ROUX. Ces derniers sont exécutoires dès leur conclusion. Néanmoins, les textes imposent la transmission des conventions relatives aux emprunts (art. L. 2131-4 2°, 3131-2 4° et 4141-2 3° du CGCT). De son côté, la jurisprudence a estimé que les contrats de transaction étaient, par exception, soumis à l'obligation de transmission (CE, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district d'Hay-les-Roses*, préc.). Voir R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 416, n° 579 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 490, n° 422 bis ; J.-C. DOUENCE, « Collectivités locales (Contrôle de légalité des actes des) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2005, p. 13, n° 108 ; C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 339, n° 446 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 201, n° 367. Les contrats passés par les collectivités d'outre-mer relevant de l'article 74 de la Constitution de 1958 obéissent au même régime (art. LO 6151-2, 6151-6, 6241-2, 6241-5, 6341-2, 6341-5, 6451-2 et 6451-6 du CGCT), assorti des mêmes exceptions (art LO 6151-5, 6241-4, 6341-4 et 6451-5 du même code).

³¹⁶³ CE, 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, préc. : « Considérant que si [...] la délibération du conseil municipal [demandant l'adhésion à un EPCI] était dépourvue de force exécutoire faute d'avoir été transmise au représentant de l'État, cette circonstance, qui a eu seulement pour effet de différer l'entrée en vigueur de la délibération attaquée [de l'EPCI portant acceptation de la demande d'adhésion et de l'avenant de la convention d'affermage du réseau d'alimentation d'eau potable] jusqu'au jour où la décision du conseil municipal [deviendrait exécutoire] ». Par exception, les contrats de la collectivité de Saint-Barthélémy ne peuvent entrer en vigueur qu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de leur transmission au représentant de l'État (art. LO 6241-1 du CGCT).

³¹⁶⁴ CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, préc. ; 9 février 1994, *Ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace*, préc. ; CAA Bordeaux, 13 mai 1996, *Entreprise générale Mas*, req. n° 94BX00907, Rec., T., p. 705 ; CE, 8 février 1999, *Société Sogema*, req. n° 182.190, *BJCP*, 1999, n° 5, p. 475, obs. C. MAUGÛÉ ; 14 mai 2008, *Époux Daviet c/ Ville d'Annecy*, préc. (sol. impl.). Comp. CE, 2 octobre 2002, *M. Gross*, préc.

³¹⁶⁵ En effet, dans le cas où le contrat prévoit une date d'entrée en vigueur antérieure à sa transmission, le juge du contrat interprète la clause litigieuse comme ayant fixé cette dernière à la date de la transmission (CE, 8 février 1999, *Société SOGEA*, n° 182.190).

³¹⁶⁶ Cf., pour les marchés publics, CE, 12 février 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Guernion*, préc. Voir F.-P. BÉNOIT, fasc. 4523 préc., p. 29, n° 243 ; F. OLLIVIER, « Conclusion du marché public », *J.-Cl. adm.*, fasc. 640, 2003, p. 8, n° 61.

³¹⁶⁷ Cf., plus haut, p. 503, n° 638. C'est le cas principalement pour les marchés publics et les accords-cadres d'un montant supérieur à 4 000 Euros hors taxes (art. 81 et 171 du Code des marchés publics), ainsi que pour les contrats de partenariat (art. 9 de l'ordonnance du 17 juin 2004 citée plus haut). Le Code des marchés publics réserve les cas dans lesquels il doit être fait face à une urgence impérieuse (art. 35 II et 144 II du même code). Un simple échange de lettres suffit alors pour que le contrat prenne effet.

³¹⁶⁸ La notification consiste en un envoi d'une copie du contrat signé au titulaire. La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire.

³¹⁶⁹ CE, 21 janvier 1920, *Cie des Salitres*, Rec., p. 54 ; 24 avril 1953, *Dame Baroukel*, Rec., p. 711, *RDP*, 1954, p. 207.

³¹⁷⁰ F. OLLIVIER, fasc. préc., p. 15, n° 129 et s.

³¹⁷¹ C'est la position retenue par certains tribunaux administratifs (TA Fort-de-France, 7 janvier 1992, *Préfet de la Martinique c/ Ville de Fort-de-France*, *MP*, 1992, comm. 266, p. 16 ; TA-Cergy-Pontoise, 5 juin 2001, *Société Cegelec*, *CMP*, 2001, comm. 205, note P. DELELIS ; 2 octobre 2003, *Préfet de la Seine-Sain-Denis*, req. n° 02-3865, *BJCP*, 2004, n° 33, p. 144).

³¹⁷² Cf., en ce sens, CAA Lyon, 28 juin 2004, *Société Alma Services*, *CMP*, 2004, n° 197, note F. OLLIVIER.

sont sans influence sur la légalité propre du contrat³¹⁷³ et ne sanctionne leur intervention prématurée que sur le terrain financier³¹⁷⁴. Même si cette solution doit être déplorée du point de vue de la rigueur juridique, il ne faut y voir qu'une expression du pragmatisme du juge. Conscient des enjeux importants présidant à la passation des contrats, ce dernier s'attache, autant que faire se peut, à maintenir le lien contractuel.

Alors que le contrat est simultanément édicté et rendu observable par l'échange des consentements, la date à laquelle il devient applicable ne coïncide que rarement avec la date de sa conclusion, notamment en raison du formalisme croissant qui affecte le procédé contractuel en droit public. Dès lors qu'elle permet de fixer le moment de son entrée en vigueur, la date d'applicabilité du contrat sert de point de référence pour apprécier ses effets dans le temps.

878. Conclusion du paragraphe 2. En l'absence de régime général organisant l'entrée en vigueur des actes administratifs, le particularisme triomphe de toute tentative de systématisation de la question. Dépendante de la détermination de la date normale d'entrée en vigueur de la norme concernée, l'identification de la rétroactivité en est grandement complexifiée.

Alors qu'il existe un principe de publication du règlement administratif, découlant de la portée générale et impersonnelle de la règle qu'il édicte, celui-ci autorise la plus grande diversité des manières de le rendre observable par ses destinataires. Malgré tout, on peut raisonnablement estimer que le régime d'entrée en vigueur de la règle administrative présente une relative homogénéité.

C'est une image tout à fait inverse que présentent la décision et le contrat administratifs. Dans leurs régimes respectifs d'entrée en vigueur règne une grande diversité, voire une certaine imprécision dans certains cas. Alors que la reconstruction du processus logique de mise en vigueur des normes juridiques contribue à résoudre en partie la complexité de l'identification de la rétroactivité, elle reste impuissante à ramener la question de l'entrée en vigueur des actes administratifs à un semblant d'unité. La dispersion ainsi constatée d'un des deux points de repère servant, par comparaison, à isoler la rétroactivité en matière administrative compromet toute tentative de systématisation. Bien plus, la nature du droit administratif appelant souvent des solutions pragmatiques – donc nécessairement empiriques –, celle-ci favorise des choix dont la rationalité est discutable, mais dont la légitimité s'avère, en pratique, difficilement contestable.

Pour la décision de justice, les difficultés d'analyse se situent sur un autre plan. Elles résident principalement dans l'absence de la mise en place d'un régime d'entrée en vigueur de la décision de justice, ce qui rend incertaine la détermination de la « date-frontière ».

§ 3 : Les difficultés d'analyse de l'entrée en vigueur de la décision de justice

879. L'analyse normative de la décision de justice, comme on l'a vu plus tôt, se développe progressivement en doctrine³¹⁷⁵. Au bénéfice de cette évolution, il est désormais envisageable

³¹⁷³ CE, 27 avril 1987, *Commissaire de la République des Côtes-du-Nord c/ OPHLM Côtes-du-Nord et Société Socea-Balency*, préc. ; 30 janvier 1995, *Préfet du département de Seine-et-Marne*, req. n° 131.179, *RDI*, 1995, n° 3, p. 319, obs. F. LLORENS et P. TERNEYRE.

³¹⁷⁴ Tout commencement d'exécution s'effectue, en l'absence d'obligation contractuelle, aux risques et périls du cocontractant. Il n'a, sur le fondement contractuel, aucun droit au paiement des prestations qu'il aura effectuées avant la notification (CAA Douai, 3 mai 2005, *Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS)*, req. n° 03DA00786).

³¹⁷⁵ Cf., plus haut, p. 255 et s., n° 324 et s. et p. 319 et s., n° 404 et s.

d'appliquer la séquence logique du processus de mise en vigueur des normes juridiques, à celles que le juge édicte à l'occasion du jugement. À première vue, on aurait pu se dispenser d'une telle étude, dès lors que la rétroactivité consitue le principe de l'action dans le temps de la décision de justice. Toutefois, comme on a également pu le montrer, l'effet rétroactif n'est pas exclusif de toute autre forme d'action temporelle de la décision de justice. Depuis l'institution d'un pouvoir prétorien de modulation des effets dans le temps de la décision de justice, il faut même considérer que la rétroactivité n'est plus qu'une solution parmi d'autres.

L'absence d'uniformité de l'action temporelle des normes édictées par le juge justifie donc que l'on s'intéresse à leur insertion dans l'ordonnancement juridique, dès lors que cette dernière est un élément constitutif de la notion de rétroactivité.

Toutefois, l'analyse du processus de mise en vigueur de la décision de justice rencontre de sérieuses difficultés. En effet, aucun régime général d'entrée en vigueur n'a été formellement organisé pour elle. À cette première difficulté s'ajoute une autre qui concerne spécialement la règle jurisprudentielle. Comme on a eu l'occasion de le souligner, la localisation de la règle jurisprudentielle n'est elle-même pas toujours évidente³¹⁷⁶, ce qui rend d'autant moins aisée la datation de son entrée en vigueur. Suivant la voie empruntée par le juge pour formuler la règle jurisprudentielle le *repérage* de la « date-frontière » sera plus ou moins aisé à effectuer. En tout état de cause, parce qu'elle n'est pas posée pour elle-même, mais en vue de trancher un litige, la règle jurisprudentielle suit, pour partie, le même processus d'entrée en vigueur que la décision juridictionnelle.

Pour cette dernière, la recherche de la « date-frontière » semble dépendre principalement de son champ d'application. Selon qu'il dépasse le cadre de la relation entre les parties au litige pour étendre à d'autres éléments de l'ordonnancement juridique, le jugement entrera en vigueur à un instant différent (I).

Le chemin emprunté par la règle jurisprudentielle pour parvenir à l'entrée en vigueur coïncide partiellement avec celui du jugement à l'occasion duquel elle aura été formulée. Néanmoins, la portée de la règle nouvellement consacrée dépassant largement le cadre du litige, celle-ci n'entre pas en vigueur au même moment que le jugement. En règle générale, la date d'entrée en vigueur de la règle de droit doit être fixée en recherchant le moment de la réalisation du premier élément de son présumé. Or, le juge étant incapable, sauf exception, de délimiter lui-même le champ d'application temporel de la règle jurisprudentielle nouvelle, celle-ci est applicable à l'ensemble des faits et actes correspondant à son présumé, indifféremment de l'époque où ils se sont produits. La date d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle se trouve, de ce fait, frappée d'une incertitude irréductible (II).

I – LES DIVERS MODES D'ENTREE EN VIGUEUR DE LA DECISION JURIDICTIONNELLE

880. Formellement, le jugement se rattache à la catégorie des actes non-réglementaires³¹⁷⁷. Comme l'a montré M. de Béchillon dans sa thèse, tout procès revient fondamentalement à rechercher la sanction

³¹⁷⁶ Cf., plus haut, p. 330 et s., n° 419 et s.

³¹⁷⁷ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 33, n° 52 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 374. Ce n'est pas toujours le cas, le jugement prononçant l'annulation d'un acte réglementaire doit être affecté de la même valeur.

de la violation d'une règle de droit³¹⁷⁸. Par suite, le jugement consiste en l'application de la norme générale à un cas particulier³¹⁷⁹. *A priori*, l'application du droit ne semble impliquer aucun processus normatif. Toutefois, ce serait ignorer que, comme on l'a vu plus tôt, la fonction de juger suppose un pouvoir de décision, dont la mise en œuvre confère une efficacité substantielle au jugement³¹⁸⁰.

Une fois admise la normativité du jugement, il devient alors possible de lui appliquer la séquence logique fondamentale du processus d'entrée en vigueur des normes juridiques. Celle-ci mettant successivement en jeu les concepts d'édiction, d'observabilité puis d'applicabilité, il convient de rattacher chaque étape de la formation du jugement à la notion correspondante. Toutefois, cette opération n'est pas toujours évidente en l'absence de texte régissant l'entrée en vigueur des jugements³¹⁸¹.

On pourrait objecter que la recherche de la date d'entrée en vigueur de la norme juridictionnelle, spécialement pour la catégorie des jugements déclaratifs dont on a vu qu'ils produisent en principe un effet rétroactif, peut paraître quelque peu superfétatoire. Cependant, ce serait ignorer que le jugement développe une variété d'effets, tant sur la situation juridique des parties que sur l'ordonnement juridique. Partant, la « date-frontière » à retenir pour isoler l'effet rétroactif varie en fonction du champ d'application de la norme juridictionnelle. La distinction opérée par M. Chapus, entre les jugements d'annulation et les jugements de condamnation paraît être la plus opératoire pour rendre compte de la diversité des modes d'entrée en vigueur du jugement³¹⁸². Doté d'un simple effet relatif, le jugement de condamnation (A) suit un régime d'entrée en vigueur différent de celui du jugement d'annulation, dont les effets excèdent largement le cercle des parties (B).

A/ L'entrée en vigueur du jugement de condamnation

881. À titre liminaire, il convient de rappeler que le jugement est établi à l'issue d'un délibéré collégial³¹⁸³ et qu'il doit encore être authentifié par les signatures prévues par les textes³¹⁸⁴. Alors que son élaboration est achevée dès ce stade, le jugement n'accède pas pour autant à l'existence juridique. Il est généralement admis que l'édiction du jugement n'est pas acquise à la date de sa signature, mais à celle de son prononcé³¹⁸⁵.

Ce point appelle quelques précisions en raison de l'hésitation qu'il suscite. À s'en tenir à une définition étroite de la notion d'édiction, seul le moment où l'acte est définitivement adopté, sans

³¹⁷⁸ Par opposition, la conception personnaliste de la fonction juridictionnelle ne voit dans le litige qu'un conflit de personnes dont l'intérêt a été lésé (D. de BÉCHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, préc., p. 111).

³¹⁷⁹ P. MAYER, thèse préc., p. 15, n° 21.

³¹⁸⁰ Sur ces différents points, voir p. 260, n° 331. Voir également, L. BACH, « Jurisprudence », fasc. préc., p. 9 et s., n° 57 et s. ; D. de BÉCHILLON, thèse préc., pp. 110-111 ; C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préc., p. 11 et s., n° 14 et s., et p. 99, n° 142 ; J. PETIT, « La rétroactivité du procès », in B. SEILLER, *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., p. 5.

³¹⁸¹ Il n'existe aucune obligation générale de publication du jugement. Pour un rappel concernant les jugements des tribunaux administratifs, cf. CE, 16 mars 1984, *Laurent-Massot*, req. n° 39.943 à 39.947, Rec., T., p. 489.

³¹⁸² R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1102, n° 1217. Cf. également, plus haut, p. 204 et s., n° 336 et s. Pour une approche similaire, voir L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », préc., p. 452 et s.

³¹⁸³ Art. R. 731-1 et s. du CJA. Réserve doit être faite des cas dans lesquels le juge statue seul (art. L. 122-1 et 222-1 du même code). C'est notamment le cas des procédures d'urgence (art. L. 511-1 et 511-2 du CJA).

³¹⁸⁴ Art. R. 741-7 et 9 du CJA. Il s'agit d'une formalité substantielle susceptible d'entraîner l'annulation du jugement. Sur l'obligation pour la décision de comporter la signature du président de séance, voir CE, 8 février 1961, *Charlin*, req. n° 51.562, Rec., p. 100 ; Sect., 15 décembre 1961, *Sabadini*, req. n° 54.615, Rec., p. 710.

³¹⁸⁵ CE, Sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barreña*, préc. Voir R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1013, n° 1130 ; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 193, n° 463.

possibilité de modification, correspond à celui de son édicition. On aurait donc pu retenir que la signature du jugement à l'issue du délibéré suffit à elle seule à son édicition. Cette solution est même renforcée par la circonstance que la signature du jugement comporte les mêmes fonctions d'élaboration et d'authentification qu'en matière d'actes administratifs³¹⁸⁶.

Toutefois, cette manière de voir doit être repoussée, parce qu'elle ne tient pas compte de la spécificité de l'acte juridictionnel. D'abord, il convient de constater, mais ce n'est là qu'un indice, que la date donnée au jugement est celle de sa lecture en audience publique par le président de la formation de jugement³¹⁸⁷. Ensuite, et de manière plus décisive, la publicité donnée au prononcé du jugement, en tant qu'elle est liée au « rituel judiciaire », constitue une garantie pour le justiciable de la régularité et de l'impartialité de la Justice³¹⁸⁸. Partant, elle ne saurait être regardée comme une simple formalité, mais bien comme une condition de validité du jugement. Faute d'avoir été prononcée, la décision de justice est dépourvue de toute existence légale. La preuve en est que le jugement exécuté sans avoir été prononcé est illégal, et non pas simplement privé d'effet³¹⁸⁹. Enfin, il convient de rappeler que le moment de l'édiction d'une norme est un instant logique qui peut se manifester différemment selon sa nature et les conditions de son entrée en vigueur. Contrairement aux autres catégories d'actes juridiques, le jugement n'obéit pas au principe en vertu duquel l'existence juridique d'un acte n'est pas subordonnée à sa publicité.

Ce n'est donc qu'avec son prononcé que le jugement accède à l'existence juridique³¹⁹⁰. Simplement édicté, le jugement n'en comporte pas moins déjà certains effets. Dès ce moment, certains

³¹⁸⁶ Cf., plus haut, p. 649, n° 841 et p. 660, n° 855. Pour la loi, les fonctions d'élaboration et d'authentification ne sont pas remplies par la même autorité. Si la première est satisfaite avec le vote du Parlement, la seconde est réalisée avec la promulgation du texte par le Président de la République (cf., plus haut, p. 637 et s., n° 829 et s.).

³¹⁸⁷ Art. L. 10 et R. 741-1 du CJA. Voir B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, préc., p. 352, n° 303.

³¹⁸⁸ Historiquement, la publicité du jugement constitue une pratique ancienne et fait partie intégrante du rituel judiciaire. Devenu principe avec la Révolution française, elle est rattachée à l'exigence démocratique en réaction au secret marquant les procédures de l'Ancien Régime (sur ces différents points, voir M. GENTOT, concl. sur CE, 4 octobre 1974, *Dame David*, req. n° 88.930, Rec., p. 464, spéc. p. 468). Le principe est expressément consacré par la loi des 16-24 août 1790, puis par les Constitutions françaises entre 1791 et 1848. Dans la période moderne, le principe est davantage conçu comme une garantie des droits du justiciable, en même temps qu'il participe de l'exigence de bonne administration de la justice. En tant que tel, il est consacré par plusieurs textes internationaux (art. 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 14 § 1 du Pacte international des droits civils et politiques ; art. 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme : CE, Sect., 12 octobre 2009, *M. Petit*, préc.), mais n'a pas valeur constitutionnelle (C.Const., déc. n° 88-1113, 8 novembre 1988, *A.N., Seine-Saint-Denis (6ème circ.)*, cons. 1, Rec., p. 196). Compte tenu de son importance, on peut s'étonner avec M. Chapus qu'aucun principe général du droit n'impose la lecture publique des jugements (R. CHAPUS, *loc. cit.*), comme c'est le cas pour la publicité des audiences (CE, 4 octobre 1974, *Dame David*, préc., *AJDA*, 1974, p. 525, chr. M. FRANC et M. BOYON, *D.*, 1975, p. 369, note J.-M. AUBY, *JCP G*, 1974, II, 17967, note R. DRAGO). Sur l'ensemble de la question, voir J.-M. AUBY, « Le principe de la publicité de la justice et le droit public », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVI, Toulouse, 1968, fasc. 1, p. 255 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 1003, n° 896 ; D. D'AMBRA, « Publicité » (du jugement), in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 1111 ; A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, éd. Odile Jacob, coll. Opus, 1997 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNER, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions judiciaires*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 11^e éd., 2011, p. 263, n° 193 ; R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, n° 17, 1996 ; P. KAYSER, « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », in *Mélanges offerts à P. HÉBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 501 ; R. PERROT, « Le principe de la publicité de la justice et le droit civil », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVI, préc., p. 271, spéc. p. 289 et *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit privé, 14^e éd., 2010, p. 470, n° 587 ; J.-F. SPITZ, « Justice » et P. MONNIER, « Justice administrative », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 891 et p. 896.

³¹⁸⁹ Le prononcé du jugement en séance publique est requis à peine d'annulation du jugement (CE, 8 janvier 1982, *Serban*, req. n° 22.729, Rec., p. 8, concl. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1982, n° 11, p. 662, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE). Il en va de même lorsque le jugement ne porte pas mention de sa date de lecture (CE, 27 février 1998, *Adjibadji*, req. n° 183.682 ; Ord., 16 mars 1998, *M. Severt*, req. n° 183.509). Si le prononcé du jugement ne satisfaisait qu'à une exigence de forme, la sanction de son insuffisance ou de son défaut serait logiquement sa simple inopposabilité.

³¹⁹⁰ Le Doyen Héron adopte sur ce point la même position, mais à l'issue d'un raisonnement différent. L'éminent auteur estime bien que c'est sa reddition qui permet de fixer « une date-frontière du jugement en tant que décision » (J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, préc., p. 13, n° 10). Toutefois, ce dernier conçoit la notion d'édiction comme englobant à la fois l'élaboration et la publicité donnée à l'acte juridique. La publication constitue à ses yeux une condition de perfection de la norme (J. HÉRON, *op. cit.*, p. 25, n° 20).

attributs sont automatiquement attachés au jugement³¹⁹¹. Outre qu'elle lui donne sa date, la lecture en séance publique confère l'autorité de chose jugée³¹⁹² à la décision du juge, en même temps qu'elle épuise définitivement son pouvoir³¹⁹³.

882. Une fois édicté, le jugement doit encore être rendu à la fois observable et applicable pour entrer en vigueur.

Formellement, le jugement fait l'objet d'une double publicité. D'une part, il doit être affiché dans les locaux de la juridiction³¹⁹⁴. D'autre part, le jugement est suivi d'une notification aux parties³¹⁹⁵, ainsi qu'à certaines autorités ou institutions, selon les cas et les matières concernées³¹⁹⁶. Par exception³¹⁹⁷, le Conseil d'État peut également assortir la notification de l'une de ses décisions d'une publication, principalement dans un souci de sécurité juridique³¹⁹⁸. Parmi les mesures de publicité dont il fait l'objet, seule la notification aux parties rend obligatoire le jugement à leur égard.

D'abord, la notification remplit une fonction contentieuse, en ce qu'elle conditionne la mise en œuvre des voies de recours contre le jugement. C'est à compter de la notification du jugement contesté que le délai de recours en appel³¹⁹⁹ ou en cassation³²⁰⁰ commence à courir à l'égard des parties, les effets de l'annulation éventuellement prononcée restant, à cet égard, sans incidence³²⁰¹.

³¹⁹¹ Sur ce point, voir C. BLÉRY, thèse préc., p. 352 et s., n° 519 et s. ; J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 274, n° 329 ; P. LAMPUÉ, « La notion de l'acte juridictionnel », préc., p. 37.

³¹⁹² R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 754 et 1024. Cf., par ex., CE, 12 février 1927, *Bégoc*, Rec., p. 209 ; Sect., 5 juin 1952, *Moizant*, Rec., p. 332 ; 22 mars 1961, *Simonet*, req. n° 51.333, Rec., p. 211 ; 18 janvier 1967, *Élections de Santa Maria di Lota*, req. n° 67.815, Rec., p. 20 ; 6 janvier 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, req. n° 152.654, Rec., p. 10 ; 28 juillet 2000, *Commune de Port-Vendres*, req. n° 198.318, Rec., p. 361, *Construct.-Urb.*, 2000, n° 11, p. 24, note P. BENOIT-CATTIN, *BJDU*, 2000, n° 4, p. 218, concl. S. AUSTRY. Son identification n'est pas des plus évidente (D. de BÉCHILLON, « Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP*, 1994, n° 6, p. 1793 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 1023 ; J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de chose jugée ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? : Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 131 ; également, CE, Sect., 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, req. n° 257.857, Rec., p. 170, concl. J.-H. STAHL, *AJDA*, 2005, n° 29, p. 1621, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *BJDU*, 2005, n° 3, p. 201 et *RFDA*, 2005, n° 3, p. 557, concl. J.-H. STAHL).

³¹⁹³ En effet, c'est également à sa date que le juge se trouve dessaisi (CE, Ass., 4 mars 1955, *Athias c/ SNCF*, Rec., p. 138, *RDP*, 1955, p. 745, concl. A. JACOMET ; 12 juin 1981, *Jégu*, req. n° 08.597 et 16.358, Rec., T., p. 804, *Dr. adm.*, 1981, n° 7, p. 6). On mentionnera enfin que les intérêts des sommes dues, au titre de l'article R. 761-1 du CJA, en cas de condamnation aux dépens commencent à courir à compter du prononcé du jugement (CE, 3 septembre 2007, *Mme Déchelotte*, req. n° 293.283, Rec., T., p. 656, *JCP A*, 2007, n° 47, p. 26, concl. R. KELLER).

³¹⁹⁴ Simple mesure de publicité, elle n'a aucune incidence de droit (B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 353, n° 304) et reste, en tout état de cause, sans influence sur la régularité du jugement (CE, 9 mars 1983, *Association "SOS Défense"*, req. n° 43.438, Rec., T., p. 827).

³¹⁹⁵ Art. R. 751-3 et 4 du CJA. Voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1079, n° 1191.

³¹⁹⁶ Art. R. 751-8 et s. du CJA. De même, copie de la décision peut être transmise à certaines autorités pour leur information (cf., par ex., CE, Ass., 14 décembre 2007, *Département de la Charente-Maritime*, req. n° 286.891, Rec., p. 472, *AJDA*, 2008, n° 10, p. 545, note F. TOURETTE, *RDSS*, 2008, n° 1, p. 133, concl. L. DEREPAIS). Voir J. MOLINIÉ, *La publication en droit public français*, préc., p. 120.

³¹⁹⁷ Le principe est qu'aucune publicité particulière d'un jugement, notamment dans des journaux, ne peut être réclamée par les parties (cf. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1080, n° 1191 5° ; B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 344, n° 298). Voir, par ex., CE, 10 novembre 1947, *Alexis et Wolff*, Rec., p. 416 ; Sect., 13 juin 1984, *Association Club athlétique de Mantes-la-ville c/ Fédération française de handball*, req. n° 44.648, Rec., p. 218, *AJDA*, 1984, n° 10, p. 531, chr. J.-É. SCHOETTL et S. HUBAC, *D.*, 1985, IR, p. 142, obs. J. MORANGE ; 30 septembre 1996, *Société stéphanoise des eaux*, req. n° 156.176 et 156.509, Rec., p. 355 ; CAA Paris, 1^{er} avril 1999, *Comité national interprofessionnel de l'horticulture florale et ornementale et des pépinières (CNIH) c/ Mme Casadei*, req. n° 96PA01658, *LPA*, 9 septembre 1999, n° 180, p. 4, concl. V. HAÏM ; CAA Nancy, 14 juin 2001, *Époux Cochard*, req. n° 96NC01400, *LPA*, 5 octobre 2001, n° 199, p. 15, concl. J.-M. ADRIEN.

³¹⁹⁸ Le Conseil d'État dispose de la faculté d'ordonner la publication de sa décision, lorsque celle-ci implique l'information officielle de tous intéressés (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1080, n° 1191 4°) ; B. PACTEAU, *loc. cit.*). Parmi de nombreux ex., cf. CE, 25 mars 2002, *Caisse d'Assurance-Accident Agricole du Bas-Rhin*, préc. ; 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, préc. ; Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, préc. ; 28 septembre 2007, *Syndicat CSPT-FO et Bernière*, req. n° 306.515, Rec., p. 409, *AJDA*, 2007, p. 2321, note M. VERPEAUX ; 23 mai 2008, *M. et Mme Linder*, req. n° 312.324, Rec. p. 184, *BJDU*, 2008, n° 3, p. 178, concl. C. VÉROT, *Construct.-Urb.*, 2008, n° 7-8, p. 20, note G. GODFRIN. Dans le même ordre d'idées, cette possibilité lui est également ouverte pour les avis contentieux qu'il rend (art. R. 113-4 CJA ; cf. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 764, n° 859 ; B. PACTEAU, *loc. cit.*).

³¹⁹⁹ Art. R. 753-1 du CJA. Cf., par ex., CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre de l'Agriculture c/ Commune de Lalaye*, req. n° 09.536, Rec., p. 121 ; 28 octobre 1981, *Centre hospitalier d'Avallon*, req. n° 18.461 et 18.462, Rec., T., p. 884 ; 3 juillet 1996, *Élections municipales de Malicorne*, req. n° 173.586, Rec., T., p. 897 ; 6 mars 2002, *Consorts Begoun*, req. n° 178.123, Rec., T., p. 898.

Ensuite, c'est également à la date de la notification du jugement que les droits et obligations des parties sont fixés³²⁰². Celles-ci doivent se conformer à ce que la chose jugée leur impose, autant qu'elles doivent s'abstenir d'adopter un comportement qui lui serait contraire.

Enfin, la notification a pour effet de rendre le jugement exécutoire³²⁰³, ce qui signifie que les mesures d'exécution qu'implique la chose jugée pour l'administration doivent être prises à compter de cette date³²⁰⁴. Il n'en va pas différemment lorsque c'est le juge qui détermine et prescrit, de manière explicite, les mesures qui doivent être adoptées³²⁰⁵, particulièrement lorsqu'il use de son pouvoir d'injonction et d'astreinte en vue d'assurer, de manière préventive, l'exécution de la chose jugée³²⁰⁶. Qu'elles soient ou non prescrites par le juge, l'ensemble des mesures propres à assurer l'exécution de la chose jugée prend effet à la date de la notification du jugement³²⁰⁷.

³²⁰⁰ Art. R. 751-8 du CJA. Cf., par ex., CE, 4 avril 1997, *Derrier*, req. n° 124.515, Rec., T., p. 1037, *Dr. adm.*, 1997, n° 6, p. 25, note J.-H. STAHL ; 19 mars 2008, *Ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c/ Société Poitevin constructions*, req. n° 301.797, Rec., T., p. 889, *BJDU*, 2008, n° 2, p. 126, concl. J.-C. BONICHOT.

³²⁰¹ Le délai de recours recommence à courir à l'encontre de la décision remise en vigueur rétroactivement par l'effet de l'annulation contentieuse, non à compter du prononcé du jugement, mais à compter de sa notification (CE, 3 juillet 1998, *EARL Matrey*, req. n° 170.390, Rec., T. p. 676 (sol. impl.), *Dr. adm.*, 1998, n° 8-9, p. 13, obs. L. TOUVET ; CAA Lyon, 11 janvier 1999, *M. Deculty c/ Société Sofratol*, req. n° 95LY02263, Rec., p. 493, *AJDA*, 1999, n° 4, p. 361, note J. BERTHOUD). Cette solution est transposable à l'ensemble des cas dans lesquels un délai a commencé à courir avant d'être interrompu par l'intervention du jugement (cf. l'ex. du délai de péremption du permis de construire, CE, 16 janvier 1985, *Monastère de la Visitation*, req. n° 60.768, Rec., T. p. 813 ; Sect., 8 juillet 1999, *M. Chaufour*, req. n° 168.505, Rec., p. 250, *RDP*, 2000, n° 2, p. 337, chr. C. GUETTIER ; 10 octobre 2003, *Commune de Soisy-sous-Montmorency et autre*, req. n° 242.373, Rec., p. 390, *BJDU*, 2003, n° 6, p. 415, concl. E. GLASER, obs. J.-C. BONICHOT, *Construct.-Urb.*, 2004, n° 1, p. 29, note P. BENOIT-CATTIN). Sur l'ensemble de ces questions, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1082, n° 1195-1°.

³²⁰² Selon la formule de M. Chapus, « la notification rend effectifs les droits et obligations des parties, qui ont désormais le pouvoir ou le devoir de conformer leur comportement à ce qui a été jugé » (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1083, n° 1195-2°). Cf., par ex., CE, 13 mars 1968, *Élections du maire et de l'adjoint de la commune de Talasani*, req. n° 72.329, Rec., p. 180 ; 17 mai 1974, *Élections de Camelas*, req. n° 93.222, Rec., p. 292 (cessation de fonctions d'un élu dont l'élection a été annulée) ; 17 décembre 1997, *Préfet du Rhône c/ Mme Constantin*, req. n° 184.099, Rec., p. 494 ; 15 janvier 1999, *Préfet de police c/ Ursu*, req. n° 199.528, Rec., T., p. 827 ; 7 mars 2008, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Mounkaila*, req. n° 289.419, Rec., T., p. 775 (reconduite à la frontière d'un étranger en situation irrégulière).

³²⁰³ C'est en ce sens que doit être comprise la formule de l'art. L. 11 du CJA : « Les jugements sont exécutoires ». Du point de vue de sa force exécutoire, il n'y pas lieu de distinguer selon que le jugement soit ou non revêtu de l'autorité de chose jugée (cf., en matière de procédures d'urgence, l'art. R. 522-13 CJA ; CE, 5 novembre 2003, *Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et Association pour la protection des animaux sauvages*, req. n° 259.339, Rec., p. 444, concl. F. LAMY, *AJDA*, 2003, n° 42, p. 2253, chr. F. DONNAT et D. CASAS, *JCP G*, 2004, n° 40, p. 1683, note P. CASSIA, *RFDA*, 2004, n° 3, p. 601, concl. F. LAMY). Il convient également de distinguer la force exécutoire, attribut conféré à l'acte juridictionnel, de sa force obligatoire, consubstantielle au jugement en tant que norme (J. HÉRON, « L'application des jugements dans le temps », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 241, n° 7). Voir également, J. MOLINIÉ, thèse préc., p. 117.

³²⁰⁴ Sur l'obligation générale d'exécuter le jugement, voir CE, 9 février 1955, *Commune de Joinville-le-Pont*, Rec., p. 79 ; Sect., 17 mars 1961, *Sieur Ducout c/ Commune du Mont-Dore*, req. n° 34.127, Rec., p. 189 ; 26 octobre 1966, *Ministre de la Santé publique et de la Population c/ Dlle Fourtet*, req. n° 67.520, Rec., T., p. 1094 ; 16 octobre 1985, *Commune de la Garenne-Colombes*, req. n° 43.192, Rec., p. 679.

³²⁰⁵ CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif "Toulouse football club"*, préc. ; Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, préc. ; 27 juillet 2001, *Titran*, préc. ; 5 juin 2002, *Choukroun*, req. n° 202.667, Rec. p. 198, *AJDA*, 2002, n° 7-8, p. 639, note M.-C. de MONTECLER ; 5 mars 2003, *Titran*, req. n° 241.325, Rec., p. 114, *AJDA*, 2003, n° 19, p. 1008, note S. DAMAREY, *LPA*, 18 août 2003, n° 164, p. 11, note F. MELLERAY ; 28 avril 2003, *Fédération française des courtiers d'assurance et de réassurance*, req. n° 233.343, Rec., T., p. 704 et 856, *BJDCP*, 2003, n° 29, p. 286, concl. D. PIVETEAU ; Sect., 25 février 2005, *Barbier*, req. n° 253.593, Rec., p. 81, C. LANDAIS et F. LENICA, *LPA*, 13 juillet 2006, n° 139, p. 20, note A. HAQUET, *RFDA*, 2005, n° 2, p. 461, note P. TERNEYRE et n° 4, p. 753, concl. D. CHAUVAUX. Sur l'ensemble de la question, voir C. BROUELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *Dr. adm.*, 2004, n° 3, p. 8.

³²⁰⁶ Art. L. 911-1 et s. du CJA ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 974, n° 1092 ; C. MAUGÛÉ, « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », préc., p. 591. Lorsqu'elle est prononcée, l'astreinte est due à compter de la notification du jugement, laquelle constitue la date de référence pour sa liquidation (CE, 2 mars 1988, *SA "Les tennis Jean Becker"*, req. n° 74.522, Rec., p. 108 ; 15 décembre 1993, *Mme Bastien*, req. n° 119.714, Rec., T., p. 972, *JCP G*, 1994, IV, 1530, *RFDA*, 1994, n° 1, p. 57, concl. D. KESSLER ; 18 novembre 2008, *Société Hallminster Limited*, req. n° 306.180, Rec., T., p. 871, *BDCF*, 2008, n° 7, p. 73, concl. L. VALLÉE, *RDF*, 2008, n° 37, p. 32, concl. L. VALLÉE et note É. MEIER et R. TORLET, *JCP E*, 2008, n° 35, p. 42, note J.-C. ZARKA). Le raisonnement est tout à fait transposable aux mesures prescrites par le juge de l'exécution (art. L. 911-4 et 5 du CJA ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 821, n° 1035 2° et *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1175, n° 1298).

³²⁰⁷ La circonstance que les parties disposent d'un délai raisonnable pour se conformer à la chose jugée (CE, 15 juillet 1955, *Renteux*, Rec., p. 446 ; Sect., 21 mars 1969, *Société Hauser*, req. n° 72.761, Rec., p. 178, concl. BERTRAND, *AJDA*, 1969, p. 498, note J. LAMARQUE et p. 622, note R. DRAGO ; 1^{er} juillet 1974, *Gobillot*, req. n° 87.633, Rec., T., p. 854 ; 21 décembre 1977, *Brinon-Cherbuliez*, req. n° 94.258, Rec., p. 532, *RDP*, 1978, n° 2, p. 548, chr. J. de SOTO ; 9 juin 2000, *Mme Gherghout*, req. n° 187.900 ;

Suivant la même logique, les sanctions attachées au retard pris dans l'exécution de la chose jugée sont également appréciées par rapport à cette date³²⁰⁸. En revanche, les intérêts moratoires dus en cas de condamnation pécuniaire y font logiquement exception, en raison de leur nature réparatrice. Destinés à protéger instantanément le créancier contre l'éventuel retard pris par le débiteur pour honorer sa dette, les intérêts moratoires commencent à courir de plein droit à compter du prononcé du jugement, à moins toutefois que le juge en décide autrement³²⁰⁹.

Au bénéfice de ce qui précède, il faut donc estimer que la norme juridictionnelle est, en principe, rendue observable aux parties par la formalité de la notification. À ce principe, les textes peuvent apporter des exceptions en prévoyant que les effets du jugement sont opposables aux parties dès la lecture de ce dernier. Il en va particulièrement ainsi lorsque les dispositions applicables imposent la présence des parties à la lecture du jugement ou lorsque la notification du jugement ne permettrait pas de satisfaire au but poursuivi par le législateur³²¹⁰.

883. Néanmoins, le jugement de condamnation n'entre pas toujours en vigueur à compter de la date à laquelle il devient observable. En effet, seule la date à laquelle la norme juridictionnelle produit son effet doit être retenue pour déterminer celle de son entrée en vigueur. Rendu observable par la notification, le jugement ne devient applicable qu'à la date où il accède à la plénitude de ses effets.

Comme on l'a montré plus tôt, l'effet dans le temps du jugement de condamnation se répartit entre la rétroactivité et la non-rétroactivité³²¹¹. Dans ce dernier cas, la date d'entrée en vigueur coïncide avec celle de sa notification, alors que dans le second cas, elle est anticipée au jour de la constitution de la situation litigieuse. Ainsi, les décisions rendues par le juge de l'exécution ou de l'urgence³²¹² ou celles prononçant la résiliation d'un contrat administratif entrent en vigueur à compter de leur notification, dès lors qu'elles ne produisent qu'un effet *ad futurum*. À l'inverse, le jugement de responsabilité et, plus

Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, préc.) ou que le juge dispose de la faculté d'assortir les mesures qu'il prescrit d'un délai déterminé ne doivent être regardées que comme de simples aménagements destinés à garantir l'effectivité de l'obligation générale d'exécuter le jugement à compter de sa notification. Leur méconnaissance trouve sa sanction dans l'octroi de dommages-intérêts (CE, 16 mai 1958, *Commune de Marnia*, Rec., p. 274 ; 16 novembre 1960, *Peyrat*, Rec., p. 625 ; 24 janvier 1962, *Centre hospitalier régional de Saint-Denis c/ Bernard*, req. n° 43.613, Rec., p. 59).

³²⁰⁸ Il en va ainsi des majorations du taux des intérêts moratoires dues en cas de retard supérieur à deux mois dans l'exécution de la chose jugée (art. L. 313-3 du Code monétaire et financier). Leur montant est calculé par rapport à la date à laquelle ce délai a commencé à courir, laquelle correspond au moment où le jugement est devenu exécutoire. Cette date n'est autre que celle de sa notification (CE, 12 mai 2003, *Leniau*, req. n° 231.955, Rec., T., p. 992, *AJDA*, 2003, n° 34, p. 1827, notre J.-P. MARKUS ; 16 avril 2008, *Société Hallminster Limited*, préc.).

³²⁰⁹ Le juge administratif fait ici application des dispositions de l'art. 1153-1 du Code civil (CE, Sect., 16 janvier 1987, *Ribot*, req. n° 66.309, Rec., p. 9, concl. M. ROUX, *GACA* n° 73, *AJDA*, 1987, n° 2, p. 97, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE, *Rev. adm.*, 1987, n° 236, note P. TERNEYRE, *RFDA*, 1987, n° 3, p. 441, concl. M. ROUX). Il n'en va différemment que lorsqu'ils ont été demandés par le créancier. Dans ce cas de figure, les intérêts moratoires courent à compter de la sommation de payer (art. 1153, al. 3 du Code civil ; CE, Sect., 21 mars 1973, *Société CFI Argenson*, req. n° 83.207, Rec., p. 240), soit du jour de la réception par l'autorité administrative compétente sur recours administratif préalable obligatoire ou par le juge (CE, Sect., 13 décembre 2002, *Compagnie d'assurances Les Lloyd's de Londres et autres*, req. n° 203.429, Rec., p. 460, *AJDA*, 2003, n° 8, p. 398, concl. T. OLSON).

³²¹⁰ Sur le premier point, cf. l'ex. du contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière, art. R. 776-14 du CJA ; CE, 30 décembre 2002, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ Mme Makhlouq*, req. n° 243.113, Rec., p. 506, *AJDA*, 2003, n° 14, p. 742, note O. LECUCQ ; 9 février 2004, *Préfet de police c/ Afif Chaouche*, req. n° 254.913, Rec., T., p. 727, *AJDA*, 2004, n° 20, p. 1103. Sur le second point, cf., en matière électorale, CE, Sect., 4 mars 1998, *Courtois, Tonru et Hoarau*, req. n° 193.527, Rec., p. 69, *LPA*, 31 janvier 2000, n° 21, p. 11, note G. BROVELLI.

³²¹¹ Sur ce point, cf., plus haut, p. 204 et s., n° 336 et s.

³²¹² Sur les caractères obligatoire et exécutoire des décisions du juge de l'urgence, voir CE, 14 septembre 2007, *Ministre de la Santé, de la Jeunesse et de la Vie associative c/ Société Vacances Éducation*, req. n° 300.911, Rec., T., p. 1004, *AJDA*, 2008, n° 1, p. 51, note A. CIAUDO, *JCP A*, 2007, n° 48, p. 13, note J. MOREAU ; 8 juillet 2011, *M. Botella*, req. n° 342.113, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 25, p. 1410.

largement, les jugements qui se prononcent sur un droit subjectif³²¹³, prennent rétroactivement effet au jour de la naissance du droit contesté ou invoqué.

884. Il faut enfin réserver le cas particulier des jugements de rejet d'un recours en annulation. On sait que ces jugements ne sont revêtus que de l'autorité relative de chose jugée³²¹⁴, ce qui les apparente davantage à des jugements de condamnation qu'à des jugements d'annulation. De fait, dans la plupart des hypothèses, leurs effets se limitent aux rapports entre les parties. On peut même dire que l'effet principal du jugement de rejet est de maintenir les choses en l'état. L'acte litigieux n'ayant jamais cessé de produire ses effets au cours de l'instance, l'intervention du jugement de rejet signifie simplement la continuation de son exécution. Ne développant qu'un effet *inter partes* et, de surcroît, non-rétroactif, le jugement de rejet suit le même régime d'entrée en vigueur que le jugement de condamnation. Ainsi le jugement de rejet devient-il observable et applicable à compter de sa notification aux parties.

Cependant, compte tenu de la nature particulière qui est celle du contentieux objectif de légalité, les effets d'un jugement de rejet peuvent parfois excéder le cadre strict des rapports entre les parties. Un exemple permettra de le montrer. Dans l'affaire *Société Techna*, le Conseil d'État avait prononcé le rejet au fond d'un recours en annulation dirigé contre un règlement administratif, dont les effets avaient été suspendus dans le cadre d'un référé-suspension. La question qui se posait était de savoir à compter de quelle date l'acte litigieux devait, en conséquence, retrouver application. À s'en tenir à l'effet relatif traditionnellement attribué au jugement de rejet, la reprise des effets de la décision en cause ne pouvait intervenir qu'à compter de la notification de la décision juridictionnelle. En revanche, si l'on tient compte de la généralité des effets de la règle administrative, c'est une autre date qu'il faut retenir, compte tenu de ce que les conséquences de la décision du juge excèdent largement le cercle des parties à l'instance. C'est en faveur de cette seconde solution que la haute juridiction administrative s'est prononcée en jugeant qu'à la suite du rejet au fond du recours en annulation dirigé à son encontre, le règlement dont les effets ont été provisoirement suspendus en référé retrouve application dès le prononcé du jugement³²¹⁵. Ce faisant, le Conseil d'État a entendu aligner le régime d'entrée en vigueur d'une partie des jugements de rejet sur celui gouvernant les jugements d'annulation.

B/ L'entrée en vigueur du jugement d'annulation

885. La question des effets produits par l'annulation d'une décision administrative prononcée par le juge administratif³²¹⁶ ou le juge pénal est bien connue³²¹⁷. Il suffira, pour l'heure, de rappeler qu'en

³²¹³ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 482, n° 1367 ; BÉCHILLON Denis de et TERNEYRE Philippe, « Contrats administratifs (Contentieux des) », fasc. préc., p. 34, n° 195. Il convient donc de rattacher à la catégorie des jugements de condamnation les jugements prononçant la nullité d'un contrat ou de ses mesures d'exécution, bien que leurs effets se rapprochent, du moins en apparence, davantage de ceux du jugement d'annulation. Plusieurs éléments permettent un tel rapprochement. Outre la circonstance qu'ils ne sont dotés que de l'autorité relative de chose jugée, les jugements de nullité ne produisent d'effet qu'entre les parties. De plus, les conséquences de la nullité constatée par le juge ne se traduisent, bien souvent, que sur le plan indemnitaire (cf., plus bas, l'ex. du contentieux contractuel, p. 554, n° 704).

³²¹⁴ CE, 29 février 1952, *Kagan*, Rec., p. 143 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 423, n° 1307 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 595 ; D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée du recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, préc., p. 295, n° 280 ; J. de SOTO, thèse préc., p. 238, n° 325).

³²¹⁵ CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, préc. En revanche, en matière d'actes non-réglementaires, l'ordonnance de suspension entre en vigueur à compter de la date de sa notification aux parties, sauf si le juge des référés décide de sa prise d'effet dès l'édition du jugement (CE, 8 juillet 2011, *M. Botella*, préc.).

³²¹⁶ Comme l'a montré Mlle Lepetit-Collin, la distinction des contentieux est dépourvue d'incidence sur les effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative. Le jugement d'annulation produit les mêmes effets qu'il ait été prononcé par le juge de l'excès de pouvoir ou par le juge de plein contentieux (H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, préc., p. 480, n° 627). Cf., dans le même sens, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1103, n° 1217 ; B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 360, n° 311.

raison de la nature objective du contentieux de la légalité, les jugements d'annulation sont dotés de l'autorité absolue de chose jugée³²¹⁸ et produisent un effet *erga omnes*³²¹⁹. Il en va de même lorsque l'annulation est prononcée par le juge pénal³²²⁰. En revanche, la question a pu se poser de savoir si les effets d'une déclaration d'illégalité d'actes administratifs par le juge administratif devaient être assimilés à ceux d'une annulation. Bien que la réponse soit demeurée négative en principe, la jurisprudence a néanmoins reconnu à certains d'entre eux la même autorité, ainsi que les mêmes effets, qu'un jugement d'annulation³²²¹.

886. Le jugement d'annulation emporte des effets qui, dépassant les relations entre parties, modifient l'ordonnement juridique dans son ensemble. Dès lors, il ne peut suivre le processus d'entrée en vigueur des jugements dotés d'un simple effet relatif³²²². Cette différence de régime porte sur le moment à compter duquel le jugement devient observable. À la différence du jugement de condamnation dont les effets se limitent aux parties, le jugement d'annulation a une portée générale et affecte, notamment, la situation des tiers³²²³. Partant, tant l'obligatorité que l'opposabilité du jugement ne sauraient dépendre de sa notification aux parties³²²⁴. Comme le remarquait déjà Laferrière : « *si l'annulation est prononcée, l'acte cesse aussitôt d'exister et l'administration doit veiller à ce qu'il ne reçoive aucune exécution* »³²²⁵. Cette solution, qui n'a rien que de logique, débouche sur une difficulté liée à l'absence

³²¹⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1102, n° 1217 ; J. MASSOT, « Portée et conséquence de l'annulation par le juge d'un acte administratif », préc., p. 111.

³²¹⁸ CE, 12 février 1927, *Bégoc*, préc. ; Sect. 13 juillet 1979, *Commune de Cricqueboeuf*, req. n° 06.260, Rec., p. 321 ; 6 janvier 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, préc. ; 28 juillet 2000, *Commune de Port-Vendres*, préc. (annulation d'un règlement) ; 22 mars 1961, *Simonet*, préc. ; 28 juillet 1999, *Ministre de l'Intérieur c/ Lainé*, req. n° 195.572, Rec., p. 270, *Dr. adm.*, 1999, n° 10, p. 22, note J.-H. STAHL, *RFDA*, 1999, n° 5, p. 1118 ; 28 mai 2001, *Commune de Bohars et SARL Minoterie France*, req. n° 218.374, Rec., p. 249, *RFDA*, 2001, n° 4, p. 957 (annulation d'une décision individuelle). Selon la formule consacrée, le recours pour excès de pouvoir se présente moins comme un procès entre parties que comme un « *procès fait à un acte* » (É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, préc., p. 561). Sur l'origine et la justification de l'autorité absolue des arrêts d'annulation, voir R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, p. 33 ; Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, préc., p. 97 ; J. MASSOT, art. préc., p. 113 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 597 ; J. de SOTO, thèse préc., p. 238, n° 324 ; M. WALINE, « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », *RDP*, 1935, p. 205 et s., spéc., p. 222 et 229 ; P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., p. 17 et s.

³²¹⁹ CE, 25 janvier 1957, *Syndicat national des Importateurs français en produits laitiers et avicoles*, Rec., p. 55. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 425, n° 1309 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1093, n° 1208 2° ; L. DUGUIT, art. préc., p. 467 ; É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 396 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 1024 et t. II, p. 594.

³²²⁰ CE, Sect., 28 juillet 2000, *Préfet de police c/ Diagola*, req. n° 210.367, Rec., 340, *AJDA*, 2000, n° 10, p. 787, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *D.*, 2000, IR, p. 236, *Dr. adm.*, 2000, n° 11, p. 24, *RFDA*, 2001, n° 5, p. 1021, concl. P. FOMBEUR. Voir R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 581.

³²²¹ Sur ce point, voir, plus haut, p. 541, n° 686 et p. 825, n° 1079.

³²²² Outre les jugements de condamnation, il en va également ainsi pour les décisions de rejet d'un recours en annulation. En revanche, les annulations prononcées par le juge de cassation produisent bien un effet *erga omnes*, dès lors que ce dernier statue sur une question relevant du contentieux de la légalité (J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 618, n° 1550) et alors même que certains auteurs ont pu estimer que le jugement de cassation ne bénéficiait que de l'autorité relative de chose jugée (É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, pp. 588-589 ; J. MASSOT, O. FOUQUET, J.-H. STAHL et M. GUYOMAR, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, 2001, 5^e éd., p. 304 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 640 ; cf., *contra*, CE, 30 septembre 2005, *Commune de Beausoleil*, préc. ; 23 novembre 2005, *M. et Mme Veber*, req. n° 279.968, Rec., T., p. 1032, *AJDA*, 2006, n° 6, p. 335, *BJDU*, 2006, n° 4, p. 299, concl. C. DEVYS). Sur l'ensemble de la question, voir J. CHARRET et S. DELIANCOURT, J. CHARRET et S. DELIANCOURT, « L'autorité de chose jugée s'attachant aux décisions rendues par le Conseil d'État en sa qualité de juge de cassation », *AJDA*, 2008, n° 11, p. 568, spéc. p. 572.

³²²³ La circonstance que la décision annulée leur ait profité ou préjudicié n'a ici aucune incidence (D. BAILLEUL, thèse préc., p. 323, n° 310 ; É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, pp. 573-574 ; J. de SOTO, thèse préc., p. 239, n° 327). Néanmoins, il va sans dire que l'effet de l'annulation d'une décision individuelle « *est variable selon la nature des droits que les tiers peuvent invoquer et la matière dans laquelle on se trouve* » (J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, p. 549, n° 344). Voir également, J. MOLINIÉ, thèse préc., p. 122.

³²²⁴ La circonstance que certaines conséquences de l'annulation, notamment pour ses bénéficiaires, ne soient tirées qu'à compter de la notification du jugement reste sans influence à cet égard, dès lors qu'il faut distinguer les effets de l'annulation des mesures d'exécution de la chose jugée en ce qui concerne les relations entre les parties (cf., Titre II, Chapitre II ; CE, 24 juin 1959, *Hamon*, Rec., p. 394 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 600 et 607). Par ex., le délai fixé par le juge à l'occasion du prononcé d'une annulation différée commence à courir à compter de la notification du jugement (pour des ex., cf. p. 175, note 107).

³²²⁵ É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, pp. 571-572.

de réglementation générale organisant la publicité du jugement d'annulation. Certes, il est procédé à la publication au journal officiel d'extraits des décisions d'annulation du Conseil d'État, mais celle-ci se limite aux décisions rendues par celui-là en premier et dernier ressort³²²⁶. Au demeurant, la haute juridiction n'est tenue par aucun délai impératif pour procéder à la publication³²²⁷.

887. En l'absence de cadre légal organisant l'observabilité de la norme d'annulation, il faut en revenir à la seule date affectée d'une certitude suffisante, celle de la lecture du jugement³²²⁸. Le jugement d'annulation présente ainsi la singularité de devenir observable au moment même où il est édicté. La consécration d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses est venue confirmée que la lecture du jugement constitue bien la « date-frontière ». Le jugement d'annulation dont les effets sur le passé ont été neutralisés devient, en principe, observable à la date de sa lecture³²²⁹. Il n'en va différemment que dans le cas exceptionnel où l'annulation prononcée est différée dans le temps. C'est alors à la date fixée³²³⁰ ou à l'expiration du délai³²³¹ prévu par le juge que le jugement devient observable.

À l'instar du jugement de condamnation, le jugement d'annulation n'entre pas pour autant en vigueur à compter de la date à laquelle il devient observable. En effet, le concept même d'annulation implique que le jugement la prononçant prenne effet au jour de l'édition de la décision supprimée. Autrement dit, c'est à cette dernière date que le jugement d'annulation devient applicable, qu'il entre rétroactivement en vigueur³²³².

888. Conclusion du I. À l'instar de toute norme, le processus d'entrée en vigueur de la norme juridictionnelle doit être analysé à partir des notions d'édition, d'observabilité et d'applicabilité selon une séquence logique fondamentale. Il en ressort que le jugement est susceptible de suivre deux séquences d'entrée en vigueur distinctes. Si le jugement est édicté à l'occasion de son prononcé, son observabilité se trouve dissociée dans le temps selon l'incidence qu'il est susceptible d'avoir sur l'ordonnement juridique. Se limitant aux relations *inter partes*, le jugement de condamnation ne devient observable qu'une fois qu'il aura été procédé à sa notification. Parce que sa portée dépasse le

³²²⁶ Suivant une instruction du Premier Ministre du 28 décembre 1973, relative à la publication au Journal officiel de la République française d'extraits de décisions du Conseil d'État, les décisions rendues postérieurement au 1^{er} janvier 1974 par le Conseil d'État statuant au contentieux en premier et dernier ressort et portant annulation, totale ou partielle, d'actes administratifs qui ont été publiés intégralement ou par extrait au Journal officiel, font l'objet d'une publication au Journal officiel (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1095, n° 1210 1°) ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 597 ; J. MOLINIÉ, thèse préc., pp. 123-126 ; B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 353, n° 304 ; J.-Y. VINCENT, « Remarques à propos de la publication au *Journal officiel* de certaines décisions d'annulation », *RDP*, 1974, n° 4, p. 1027).

³²²⁷ Rép. Min. n° 11419, *JO Sénat*, 3 août 1995, p. 1539.

³²²⁸ CE, 3 juillet 1998, *EARL Matrey*, préc. ; Sect., 8 juillet 1998, *Ministre du Budget*, req. n° 142.444, Rec., p. 306, *RDP*, 1998, n° 4, p. 1239, concl. T.-X. GIRARDOT (acte de dépense) ; Sect. 4 mars 1998, *Courtois Courtois, Tonru et Hoarau*, préc. (élection) ; CAA Lyon, 11 janvier 1999, *M. Deculty c/ Société Sofratol*, préc. ; 18 décembre 2009, *M. et Mme Abraham et autres c/ Commune de Bois-Guillaume*, req. n° 307.272 et 307.377, *BJDU*, 2009, n° 6, p. 464, concl. J.-P. THIELLAY, *Construct.-Urb.*, 2010, n° 3, p. 17, obs. P. CORNILLE, *RDI*, 2010, n° 5, p. 278, note P. SOLER-COUTEAUX (plan d'occupation des sols). Voir H. LEPETIT-COLLIN, thèse préc., p. 480, n° 627.

³²²⁹ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. ; 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, préc. ; 12 décembre 2007, *M. Sire*, préc. ; 5 mars 2008, *Société NRJ 12 et Société TF1*, préc. ; 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, préc. ; Sect., 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal et autres*, préc.

³²³⁰ Outre les ex. déjà cités, cf. CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, préc. ; 5 mars 2008, *Société TF1 et Société TMC et autres*, préc. ; 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne et autres*, préc. ; 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies*, préc.

³²³¹ CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, préc. ; 11 juillet 2008, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques (SIMAVELEC)*, préc. ; Sect., 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal et autres*, préc. Sur l'ensemble de ces points, voir pp. 544-545, n° 690-992.

³²³² Sur ce point, cf., plus haut, p. 264, n° 336-337.

cercle des parties et qu'il affecte directement l'ordonnement juridique, le jugement d'annulation devient, de son côté, observable dès son prononcé.

Au-delà de ces différences remarquables dans le processus de leur entrée en vigueur, les deux sortes de jugements n'entrent pas nécessairement en vigueur à compter de la date à laquelle ils deviennent respectivement observables. La date d'applicabilité – seule date à retenir pour désigner le moment de son entrée en vigueur – de la norme juridictionnelle est, en principe, anticipée de plein droit pour le jugement d'annulation, mais ne l'est qu'en partie s'agissant du jugement de condamnation.

De la même façon que pour la décision juridictionnelle, l'analyse de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle suppose, au préalable, de fixer la « date-frontière » qui servira de point de repère pour son identification. Or, le mode de formulation spécifique de la jurisprudence empêche de déterminer avec exactitude cette « date-frontière ». L'application de la séquence logique du processus d'entrée en vigueur à la norme jurisprudentielle ne permet de réduire qu'en partie l'incertitude pesant sur la datation de la jurisprudence.

II – LES INCERTITUDES DE L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA REGLE JURISPRUDENTIELLE

889. De la même manière que pour la décision juridictionnelle, la normativité de la jurisprudence ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Aussi un long débat a-t-il séparé la doctrine sur la question de l'admission d'un pouvoir créateur de règles de droit dans le chef du juge. Comme on a tenté de le montrer, il est possible de répondre positivement à cette question, mais au prix de la prise en compte d'un certain nombre d'éléments d'ordre pratique, dont la posture adoptée récemment par le juge lui-même³²³³. Même reconnue dans son principe, la normativité de la jurisprudence présente des caractéristiques particulières, parmi lesquelles son mode de formulation. Énoncée à l'occasion d'un litige, la règle jurisprudentielle est contenue dans le jugement qui en fait application. De ce fait, la recherche de sa date d'entrée en vigueur restant des plus mal aisée. C'est dire que les difficultés de datation de la règle jurisprudentielle nouvelle rendent son entrée en vigueur incertaine.

890. La première incertitude tient à l'identification de la règle jurisprudentielle elle-même. Comme on a pu le voir plus tôt, la connaissance de l'apparition ou de la modification de la règle jurisprudentielle est parfois aléatoire, ce qui rend malaisée sa datation. Bien qu'elles restent extérieures au problème de l'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle, ces difficultés n'en exercent pas moins une incidence sur lui. Sans doute convient-il dorénavant de nuancer leur portée en raison du perfectionnement progressif qu'a connu la formulation de la règle jurisprudentielle, notamment avec la pratique des avis rendus sur une question de droit et celle des décisions de principe faisant ostensiblement œuvre normative³²³⁴.

891. La seconde incertitude tient à l'absence d'autonomie de l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel. La règle jurisprudentielle n'est pas posée pour elle-même par un organe qui a été institué à cette fin³²³⁵, mais à l'occasion et pour le besoin de trancher un litige concret. La spécificité du mode de formulation de la jurisprudence nouvelle emporte une double conséquence pour l'étude du processus d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle.

³²³³ Sur ce point, cf., plus haut, p. 311 et s., n° 397 et s.

³²³⁴ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 337 et s., n° 426 et s.

³²³⁵ P. AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, n° 1, p. 15.

D'une part, aucune procédure officielle d'entrée en vigueur n'a été prescrite pour la règle jurisprudentielle. La règle jurisprudentielle n'émanant pas d'un organe officiellement habilité à l'édicter, cette constatation n'a rien que de logique. L'absence de régime d'entrée en vigueur a néanmoins pour conséquence de priver la règle jurisprudentielle des garanties qu'offre sa mise en place. De manière générale, la finalité d'un tel régime est de permettre de fixer avec certitude la « date-frontière » qui marque la création de la norme³²³⁶. Pour la règle de droit plus spécialement, la mise en place d'un régime d'entrée en vigueur répond, de surcroît, à une exigence fondamentale de sécurité juridique. La règle de droit, en raison de sa généralité, doit nécessairement faire l'objet d'une publicité officielle avant d'être appliquée à ses destinataires³²³⁷. Il en découle que la règle jurisprudentielle se trouve techniquement dépossédée des moyens propres à garantir à la fois la certitude du droit applicable et l'observation préalable de la norme générale par ses destinataires³²³⁸. Bien qu'il puisse être déploré, cet écueil s'explique par la nature du pouvoir normatif reconnu au juge, subsidiaire par rapport à sa fonction juridictionnelle³²³⁹.

D'autre part et corrélativement, la création de la règle jurisprudentielle n'est pas dissociable de la décision qui en fait application. La règle jurisprudentielle n'est pas posée pour elle-même mais à l'occasion et dans le but d'édicter une décision. Pour cette raison, l'instant créateur de la règle jurisprudentielle est, par définition, difficilement détachable de celui du jugement. Contenue dans le jugement pour le besoin duquel elle a été formulée, la règle jurisprudentielle ne connaît pas de régime d'entrée en vigueur autonome par rapport à lui. Par suite, il n'existe qu'une seule technique de formulation de la règle de droit par le juge³²⁴⁰ et celle-ci passe par le jugement.

892. Partant de ce double constat, l'étude du processus d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle s'avère des plus incertaine. Bien que l'admission de la normativité de la jurisprudence autorise à lui appliquer la séquence logique du processus d'entrée en vigueur de la norme juridique, il faut se résoudre à l'impossibilité de déterminer, avec précision et dans tous les cas, la date d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle nouvelle³²⁴¹. Au mieux, l'analyse aboutit à regarder la règle jurisprudentielle comme édictée et rendue observable au même moment que la décision qui en fait application. Toutefois, elle ne permet pas de fixer la date d'applicabilité de la règle jurisprudentielle. Toutefois, il convient de remarquer que la mise en place d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle a permis d'apporter d'utiles précisions, sans pour autant lever toutes les difficultés.

³²³⁶ C. GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Paris, Sirey, 1955, p. 199, n° 154 ; A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », préc., p. 295, n° 28.

³²³⁷ Sur ce point, voir N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, rapp. préc., pp. 17-18.

³²³⁸ Comme le remarquait J. Rivero, « *la faiblesse de la jurisprudence, c'est l'absence de publicité* » (J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », préc., pp. 17-18). Voir, dans le même sens, J. HÉRON, « L'infériorité technique de la règle jurisprudentielle », préc., p. 1087, n° 9 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 296, n° 29.

³²³⁹ On pourrait penser le problème de l'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle résolu par l'organisation d'un régime d'entrée en vigueur distinct de celui du jugement et proche de celui existant pour les règles écrites. Une telle solution doit néanmoins être repoussée. Outre le fait qu'elle conduirait à une dissociation formelle – et même temporelle dans certains cas – de l'entrée en vigueur de la jurisprudence par rapport à celle du jugement, la prescription d'un régime d'entrée en vigueur autonome altérerait la nature même de la règle jurisprudentielle en dissociant création et application du droit par le juge (cf., dans le même sens, O. SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, préc., p. 77, n° 86). À cet égard, il faut regarder l'entrée en vigueur non-rétroactive de la règle jurisprudentielle par suite de la mise en œuvre par le juge de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence nouvelle comme devant relever nécessairement de l'exception (cf., plus haut, p. 597, n° 673).

³²⁴⁰ Voir, notamment, J. RIVERO, art. préc., p. 16 ; O. SALVAT, thèse préc., p. 77, n° 86.

³²⁴¹ Cf., dans le même sens, les interrogations exprimées par C. LANDAIS et F. LENICA, chr. sur CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, préc., p. 799.

893. La règle jurisprudentielle est édictée et appliquée à l'occasion d'une seule et même décision. Elle reçoit donc la même date d'édition que le jugement qui en fait application, laquelle correspond au prononcé de ce dernier. Pour désigner la date de création de la règle nouvelle, la doctrine se réfère systématiquement à celle de la décision qui la porte, du moins lorsqu'il n'existe aucune difficulté dans son identification. Bien qu'étant la seule envisageable, cette manière de voir n'est pas tout à fait exacte. Ce que la date du jugement rend possible, c'est la datation de la première application³²⁴² de la règle jurisprudentielle. La logique exige, en effet, que la création de la règle de droit précède, ne serait-ce qu'un instant, son application. La notion d'édition correspondant au moment logique de création de la norme, il faut en déduire que l'édition de la règle jurisprudentielle est nécessairement antérieure à celle du jugement qui en fait application pour la première fois.

En conséquence de l'impossibilité d'isoler toute autre date d'édition pour la règle jurisprudentielle, la conclusion qui s'impose est que celle-ci ne peut s'exprimer qu'en termes de probabilité³²⁴³. Bien que conforme à la logique, une telle différenciation s'avère proprement impraticable. Faute de mieux, il faut donc se contenter de la simultanéité de l'édition de la règle avec celle de sa première décision d'application. En présence de difficultés dans la localisation temporelle de la règle jurisprudentielle ou de sa modification, la détermination de la date d'édition de la règle jurisprudentielle résulte de la désignation conventionnelle³²⁴⁴ d'une décision juridictionnelle. Elle sera alors réputée avoir consacré la solution nouvelle et servira de « date-frontière » pour l'application de la règle jurisprudentielle.

894. De la même façon, la règle jurisprudentielle ne peut être connue par ses destinataires qu'à travers le prononcé ou la notification du jugement qui en fait application. Se limitant à un cercle restreint de personnes qui n'est que rarement dépassé³²⁴⁵, la publicité donnée au jugement reste, en tout état de cause, inadaptée à la règle jurisprudentielle. Ayant une portée générale³²⁴⁶, la règle nouvelle doit, comme il vient d'être rappelé, recevoir « une publicité suffisante pour que l'on puisse raisonnablement présumer qu'elle est connue des sujets de droit »³²⁴⁷. Certes, la diffusion assez large de la solution nouvelle par les recueils de jurisprudence, les revues juridiques, les bases de données spécialisées, ainsi que par l'Internet vient compenser, en partie, cette insuffisance³²⁴⁸. Toutefois, son caractère empirique et

³²⁴² J. HÉRON, art. préc., p. 1088, n° 12.

³²⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, préc., p. 280, n° 142 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 290, n° 24 ; H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, préc., p. 57, n° 54 ; G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », préc., p. 267.

³²⁴⁴ Le choix peut résulter d'un consensus doctrinal ou d'indications contenues dans les conclusions d'un commissaire du gouvernement. C'est à un même résultat que parviennent, au demeurant, les auteurs qui n'admettent l'existence d'une jurisprudence que lorsque plusieurs décisions ont été rendues dans le même sens. Une fois la solution nouvelle confirmée, un choix est opéré pour déterminer la décision « significative », c'est-à-dire celle par laquelle aura été initié le nouveau mouvement jurisprudentiel. Elle jouera alors le rôle de « date-frontière ». Bien souvent, elle correspond à la date de la première décision consacrant explicitement la solution nouvelle, même si parfois il ne s'agit pas de la décision originelle (J.-L. BERGEL, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », préc., p. 1061 ; J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », préc., p. 440, n° 37 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. I, p. 319 ; P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », préc., p. 19 ; Y. GAUDEMET, thèse préc., p. 214 ; J. MOREAU, *op. cit.*, p. 512, n° 394).

³²⁴⁵ Cf., plus haut, p. 684 et s., n° 883 et s. Voir également, M. CHRÉTIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle : leur formation, leurs caractères*, thèse Lille, impr. de L. Danel, 1936, p. 111 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 5, n° 6 ; J. ROCHE, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », préc., p. 539.

³²⁴⁶ J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, « Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », préc., p. 452 ; N. MOLFESSIS (dir.), *rapp. préc.*, p. 17 ; D. de BÉCHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », préc., p. 5.

³²⁴⁷ J. PETIT, art. préc., p. 11. Voir également, J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, *loc. cit.* ; A. HERVIEU, art. préc., p. 259, n° 2.

³²⁴⁸ On songe, en particulier, à la pratique récente des communiqués de presse diffusés sur le site Internet du Conseil d'État.

subjectif ne la résout aucunement³²⁴⁹. L'observabilité de la règle jurisprudentielle ne saurait donc dépendre de la publicité qui en est faite, comme c'est le cas pour les règles écrites, mais doit être à nouveau déterminée en fonction de celle du jugement qui en fait application. Or, comme on l'a également vu, cette date est susceptible de varier selon les effets du jugement. La généralité de la règle nouvellement édictée s'oppose, à l'évidence, à ce que la notification du jugement puisse servir à la détermination du moment à compter duquel ses destinataires devront se conformer à elle. Il faut ici encore s'en remettre à la seule date certaine, celle de l'édiction supposée de la règle jurisprudentielle, c'est-à-dire le jour du prononcé du premier jugement qui en fait application, laquelle correspond donc également à la date à laquelle la règle nouvelle devient observable.

895. La date d'entrée en vigueur de la règle de droit correspondant au moment où elle devient applicable aux faits entrant dans son champ d'application, c'est par rapport à la survenance de ces derniers que son action dans le temps peut être circonscrite. La date d'applicabilité de la règle ne peut être déterminée qu'en recherchant la date du premier fait correspondant à son présumé. Manifestant la première application de la règle nouvelle, la date du jugement à l'occasion duquel la solution nouvelle a été dégagée reste indifférente à l'appréciation de l'application dans le temps de la règle jurisprudentielle. Il est même tout à fait rare que le fait primitif correspondant au présumé de la règle jurisprudentielle soit celui-là même qui a donné lieu audit jugement. Il lui est, le plus souvent, bien antérieur. En tout état de cause, il ne saurait lui être postérieur. Le pouvoir normatif du juge étant finalisé par la recherche de la solution du litige qui lui est soumis, il lui est interdit de dépasser le cadre défini par ce dernier.

La conséquence directe qui doit en être tirée est qu'il lui est impossible de délimiter le domaine d'application dans le temps de la règle qu'il édicte. Le juge est incapable de fixer la date d'entrée en vigueur de la norme qu'il a lui-même posée. Il ne saurait ainsi fixer une date quelconque de prise d'effet de la règle nouvelle ou désigner d'autres faits ou actes que ceux se rapportant à l'affaire qui lui est soumise dans ce même but. Le juge n'est maître ni du moment où il édicte la norme, ni de celui auquel celle-ci prend effet. Il en résulte que le champ d'application de la règle nouvellement posée est le plus large. En d'autres termes, la norme jurisprudentielle est applicable à l'ensemble des faits entrant dans son présumé sans qu'il y ait lieu de distinguer selon le moment de leur survenance. Elle touche donc aussi bien les faits qui se sont produits antérieurement que ceux qui sont intervenus postérieurement à son édicte. De cette indétermination fondamentale, il découle que la date d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle est marquée d'une irréductible incertitude, si ce n'est qu'elle remonte dans le passé à une date indéfinie.

896. Cette analyse a été remise en cause, au moins partiellement, par la mise en place d'un pouvoir exceptionnel de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence. Lorsqu'elle est mise en œuvre, cette nouvelle prérogative prétorienne permet au juge de délimiter lui-même le champ d'application temporel de la règle nouvelle. Par exemple, dans sa décision *Société Tropic Travaux Signalisation*, le Conseil d'État, après avoir créé une nouvelle catégorie de recours contentieux de pleine juridiction en offrant la possibilité à certaines catégories de tiers de contester directement la validité d'un contrat administratif, en a précisé dans le même temps les modalités d'application³²⁵⁰. La haute juridiction

³²⁴⁹ Voir, en ce sens, J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, *eod. loc.* ; F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, préc., p. 164 ; J. HÉRON, art. préc., p. 1087 ; A. HERVIEU, art. préc., p. 296, n° 30.

³²⁵⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

administrative a ainsi prescrit que le nouveau recours ne pourrait être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à la date de lecture de sa décision.

Ce faisant, le juge administratif suprême a, pour la première fois, fixé expressément et indépendamment des faits de l'espèce, la date d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle nouvelle. La portée de cette solution ne doit pas être surestimée, en raison du caractère exceptionnel de la modulation dans le temps des effets d'une jurisprudence nouvelle. Néanmoins, elle comporte un double enseignement pour les questions ici examinées. D'une part, elle apporte une utile précision pour l'étude de l'entrée en vigueur d'une règle prétorienne nouvelle, en ce qu'elle confirme que, dans l'esprit du juge, la « date-frontière » à retenir pour rendre observable et applicable la jurisprudence nouvelle, est bien celle du prononcé du jugement qui la porte. D'autre part, le principe reste celui de l'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle nouvelle à une date antérieure à celle à laquelle elle a été édictée. Seulement, il peut en aller autrement, puisque désormais la rétroactivité essentielle de la jurisprudence disparaît au profit d'une rétroactivité de principe.

897. Conclusion du II. L'officialisation progressive du pouvoir normatif jurisprudentiel permet d'appliquer à la règle jurisprudentielle les instruments d'analyse utilisés pour identifier la rétroactivité des règles écrites. Toutefois, il faut bien admettre que leur utilité se trouve partiellement compromise, notamment par les difficultés de datation de la jurisprudence³²⁵¹. L'étude du processus d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle met en évidence les liens étroits qui unissent la création et l'application du droit par le juge. Contenue dans le jugement, la règle jurisprudentielle est, par convention, édictée et rendue observable avec lui. Toutefois, la règle jurisprudentielle dépasse à la fois le litige et le jugement à l'occasion duquel elle a été formulée, si bien que ce dernier permet, au mieux, de connaître la première application qui est faite de la règle nouvelle, mais en aucune façon la date à laquelle celle-ci devient applicable.

En effet, le juge demeure, sauf exception, incapable de délimiter le champ d'application temporel de la règle jurisprudentielle, notamment en lui attribuant une date d'entrée en vigueur. Il en découle deux conséquences. D'un côté, en l'absence de date d'effet fixée directement par l'autorité normative, c'est la réalisation des faits et des actes qui entrent dans son présupposé qui commande son applicabilité. Par définition, ceux-ci se sont nécessairement produits antérieurement à la formulation de la règle nouvelle. De l'autre, en l'absence de restriction de son domaine d'application, la règle jurisprudentielle est applicable à toutes les situations sujettes à litige, indépendamment de la date où elles se sont formées. En d'autres termes, la date d'applicabilité de la règle jurisprudentielle est indéfiniment reportée dans le passé. Impossible à dater, la jurisprudence nouvelle est censée avoir toujours existé. Certes, la consécration d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle contribue à réduire les difficultés de datation de la norme prétorienne, mais le caractère exceptionnel de sa mise en œuvre limite fortement sa portée. Au total, la date d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle demeure affectée d'une incertitude irréductible.

*

898. Conclusion du paragraphe 3 et de la Section 2. L'entrée en vigueur de la norme juridique suit un processus logique fondamental qu'il est possible de décomposer en une succession d'étapes. Le

³²⁵¹ Il est bien évidemment que les doutes recouvrant la notion même de jurisprudence, tels les diverses significations qui lui sont données ou les difficultés de définition du revêtement de jurisprudence, constituent des obstacles également redoutables.

rattachement de chacune de ces étapes aux divers éléments qui composent le régime d'entrée en vigueur propre à chaque catégorie d'actes juridiques facilite grandement l'identification de leur rétroactivité. En effet, cette opération permet, d'abord, de fixer concrètement la « date-frontière » qui va servir de point de comparaison pour déterminer s'il y a ou non rétroactivité. En tant que telle, elle constitue un préalable incontournable pour l'appréciation de l'effet sur le passé de la norme juridique. Cette opération renseigne, ensuite, sur la survenance éventuelle d'une inversion dans le déroulement normal du processus d'entrée en vigueur de la norme juridique, établissant par là que cette dernière étend ses effets sur le passé de l'ordonnancement juridique.

Néanmoins, cette opération rencontre de nombreuses difficultés en pratique. D'un côté, la diversité et la complexité des régimes d'entrée en vigueur, comme c'est le cas par exemple pour les actes administratifs unilatéraux, aboutit à identifier de nombreuses « date-frontière », ce qui complique d'autant la localisation de la rétroactivité. De l'autre, l'opération de rattachement peut s'avérer incertaine en l'absence d'organisation d'un régime d'entrée en vigueur, comme en atteste le cas de la décision de justice. Certes, la consécration d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de celle-ci a contribué à préciser plusieurs des éléments de son insertion dans l'ordonnancement juridique, sans pour autant lever entièrement le voile sur cette question, en particulier s'agissant de la règle jurisprudentielle.

Au total, il ressort de l'étude des régimes d'entrée en vigueur des normes juridiques une grande hétérogénéité qui accentue considérablement la relativité de la notion de rétroactivité.

* *
*

899. Conclusion du Chapitre I. La notion de rétroactivité présente une relativité fondamentale en ce qu'elle ne peut être appréhendée autrement qu'en fixant au préalable une « date-frontière » permettant de séparer le passé du présent. C'est, en effet, par rapport à ce point de repère temporel qu'il sera alors possible de déterminer, par comparaison, si un effet de droit a été anticipé dans le temps. Cet instant correspond lui-même au point de départ des effets de la norme juridique, c'est-à-dire à la date de son entrée en vigueur.

Comprise comme le processus par lequel une norme juridique est insérée dans l'ordonnancement juridique puis « activée », l'entrée en vigueur permet d'établir les termes de la comparaison dont dépend la notion de rétroactivité. D'un côté, l'analyse des différentes étapes de l'entrée en vigueur de la norme juridique fournit le premier point de repère, la « date frontière » à partir de laquelle le mécanisme d'anticipation que comporte la rétroactivité pourra être apprécié. Pour les normes écrites, cette « date-frontière » correspond à la date légale de leur entrée en application. De l'autre, l'étude de la séquence logique que suit la mise en vigueur de la norme juridique sert également à déceler les anomalies que provoque la rétroactivité dans son déroulement. La norme rétroactive se caractérise par une inversion dans la survenance des étapes qui aboutissent à l'entrée en vigueur. Cette dissociation détermine le second terme de la comparaison. La norme rétroactive est « activée » avant que le processus d'entrée en vigueur ne parvienne à son terme. En d'autres termes, la date d'entrée en vigueur effective de la norme juridique se trouve anticipée dans le temps par rapport à l'instant logique où elle aurait dû s'insérer dans l'ordonnancement juridique.

Le traitement théorique de la notion d'entrée en vigueur facilite la compréhension du mécanisme suivant lequel la rétroactivité opère. Quel que soit le régime d'entrée en vigueur organisé pour insérer une norme juridique donnée dans l'ordonnement juridique, il est possible de rattacher chaque étape de la procédure à un des éléments du processus logique de mise en vigueur des normes juridiques et, partant, d'isoler l'effet rétroactif en procédant à une comparaison des différents instants où ces différentes étapes se sont concrètement réalisées.

Néanmoins, il faut bien reconnaître que cette clarification ne réduit qu'en partie les difficultés pratiques rencontrées dans l'identification de la rétroactivité. En effet, la diversité des régimes d'entrée en vigueur des normes juridiques conduit à multiplier les « dates-frontières » dont il faut tenir compte. Ces variations accentuent encore davantage la relativité de la notion de rétroactivité. Le cas des actes administratifs unilatéraux est, de ce point de vue, particulièrement révélateur. La multitude des solutions rend quelque peu aléatoire l'appréciation de l'effet sur le passé des normes administratives. Plus largement, elle porte préjudice à l'intelligibilité du droit et, partant, à la sécurité juridique du citoyen et de l'administré. Mieux vaut cependant la multitude que l'incertitude. C'est pourtant ce qui ressort de la recherche de la date d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle. La tentative de fixer avec précision la « date-frontière » de la jurisprudence apparaît quelque peu vaine, dès lors que la date d'effet de la jurisprudence nouvelle est, sauf exception, frappée d'une incertitude irréductible. Pour regrettable qu'elle soit, cette conclusion n'empêche pas d'attester de la rétroactivité de principe de la règle jurisprudentielle. Comme on l'a montré plus haut, le mode particulier de formation de la jurisprudence, qui fait coïncider création et application du droit, conduit à présumer la prise d'effet anticipée de la règle jurisprudentielle.

Même si elle constitue l'élément central de la définition de la rétroactivité, la « datation » de l'effet de la norme juridique ne suffit pas à rendre compte de la complexité de la notion. Pour saisir pleinement cette dernière, il convient de prendre également en considération la nature de la norme juridique impliquée dans le processus de rétroaction.

CHAPITRE II : LE CONTENU VARIABLE DE LA NOTION DE RETROACTIVITE

900. Délimitation de l'objet du chapitre. L'analyse de la rétroactivité ne repose pas uniquement sur l'étude de la notion d'entrée en vigueur des normes juridiques. Elle suppose également de prendre en compte le mode d'action temporel de la norme impliquée dans le processus de rétroaction. En effet, les normes juridiques n'agissent pas toutes de la même façon dans le temps.

901. Une partie de la doctrine de droit privé, suivie en cela par des auteurs de droit public, considère qu'il convient d'appréhender l'effet dans le temps des normes juridiques en tenant compte de leur structure³²⁵². L'analyse structurale des normes juridiques conduit à distinguer entre deux catégories de normes, dont le mode d'action dans le temps diffère fondamentalement.

Partant du constat que les normes juridiques n'ont pas toutes le même contenu normatif, ces auteurs ont démontré que ce dernier a une incidence directe sur la manière d'appréhender leur action dans le temps. Plus précisément, les caractéristiques spécifiques que présentent chaque catégorie de normes leur confère une structure singulière, laquelle exerce, à son tour, une influence déterminante sur la façon dont elles agissent dans le temps. Le point de départ de l'analyse structurale de la norme juridique est, en lui-même, assez classique, dès lors qu'il consiste à prendre en considération le champ d'application des normes juridiques. Tandis que certaines possèdent un champ d'application impersonnel, d'autres ont, au contraire, un champ d'application personnel. Il en découle la distinction, souvent pratiquée, entre normes générales et abstraites et normes individuelles et concrètes³²⁵³. À ces caractères distinctifs correspondent deux structures particulières. Les « normes-règles » adoptent une structure hypothétique et abstraite, tandis que celle des « normes-décisions » est catégorique et concrète.

902. Selon sa structure, chaque catégorie de normes dispose d'un mode d'action dans le temps qui lui est propre et dont il faut tenir compte dans l'analyse de la rétroactivité. La « norme-décision » se borne à commander la production d'un effet de droit, si bien que son effet dans le temps doit être apprécié par rapport à l'instant où celle-ci se déclenche. En d'autres termes, la seule prise en considération de la date d'entrée en vigueur de la « norme-décision » suffit pour déterminer si elle produit un effet rétroactif. Si la « norme-décision » est rendue applicable à une date antérieure à celle à laquelle elle devient observable, il y aura rétroactivité. En revanche, l'action dans le temps de la « norme-règle » est plus complexe. La « norme-règle » présuppose un certain nombre de conditions à laquelle elle attache un effet de droit. Tant que celles-là ne sont pas réunies, celui-ci ne peut se déclencher. Il s'ensuit que c'est au moment où les différents éléments du présupposé de la règle de droit se sont tous produits qu'il faut

³²⁵² P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 13, n° 22 ; J. HÉRON, art. préc., p. 299, n° 30 ; P. MAYER, thèse préc., p. 55, n° 80. Ces analyses sont progressivement reprises par la doctrine de droit public. Voir, en ce sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 32, n° 48 ; J. PETIT, thèse préc., p. 110, n° 225.

³²⁵³ Outre les références citées à la note précédente, voir J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 57 ; R. CAPITANT, *L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928 ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Cours de doctorat, 1949-1950, p. 300 et s. ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 139 et *Théorie générale des normes*, préc., p. 9 ; H. MOTULSKY, thèse préc., p. 18, n° 16. Voir, dans le même sens, quoique suivant une approche un peu différente, J.-M. RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 73, 1966, p. 5 et s. : si l'auteur s'appuie également sur le champ d'application, c'est en termes d'acte juridique qu'il raisonne.

se placer pour apprécier son effet dans le temps. Or, certains de ces éléments peuvent très bien s'inscrire dans la durée, ce qui est de nature à empêcher, dans certaines hypothèses, de qualifier de rétroactive une règle de droit qui affecte des situations nées dans le passé. Contrairement à ce qui se passe pour la « norme-décision », la connaissance de la date d'entrée en vigueur s'avère parfois insuffisante pour identifier la rétroactivité de la « norme-règle ». Ainsi, l'analyse des effets sur le passé de la règle de droit doit également tenir compte de la position temporelle des éléments qui en forment le présupposé, ainsi que de la portion qu'ils occupent dans la durée.

903. Au bénéfice de ce qui précède, il faut considérer que la notion de rétroactivité dispose d'un contenu qui varie en fonction de la nature de la norme juridique impliquée. En présence d'une « norme-décision », la rétroactivité résulte exclusivement de l'anticipation de l'entrée en vigueur de la norme juridique. De ce point de vue, l'action sur le passé de la « norme-décision » est uniforme. En présence d'une « norme-règle », la rétroactivité dépend également de la nature temporelle de la situation régie par la norme juridique. En raison de la diversité de ces situations, l'action sur le passé de la « norme-règle » varie dans son intensité.

904. Plan du chapitre. L'analyse normative de la rétroactivité présente une nature objective qui permet d'adopter une approche unitaire du second élément de la notion. S'intéressant aux caractéristiques techniques de la norme juridique, elle reste relativement indifférente à l'organe qui l'a émise ou à la place qu'elle occupe dans la hiérarchie des normes. Il s'ensuit que, contrairement au premier élément de définition de la rétroactivité, il n'y a pas lieu de distinguer selon l'autorité normative qui a édicté la norme pour déterminer si son effet s'étend au passé. C'est donc en fonction de la structure de la norme impliquée dans le processus de rétroaction, que la notion de rétroactivité peut être envisagée. Ainsi, la rétroactivité à intensité variable des « normes-règles » (section 1) s'oppose à la rétroactivité monovalente des « normes-décisions » (section 2).

Section 1 : La rétroactivité à intensité variable des « normes-règles »

905. Introduction et plan. La règle de droit possède certaines caractéristiques qui lui sont propres et dont la réunion lui confère une structure particulière. Or, cette structure exerce une influence sur la manière dont la norme juridique agit dans le temps. Parce qu'elle présuppose abstraitement un ensemble d'éléments dont la réalisation conditionne le déclenchement de son effet, la « norme-règle » adopte un mode d'action dans le temps qui revêt un certain degré de complexité. En effet, l'appréciation de l'effet dans le temps de la règle de droit dépend de la dimension temporelle des éléments qui forment son présupposé. Tantôt ces éléments se réalisent instantanément, tantôt ils s'inscrivent dans la durée. La règle de droit peut également se référer à un certain nombre d'évènements qui se sont déjà partiellement produits au moment où elle est rendue observable. Selon les cas de figure, l'effet dans le temps de la règle nouvelle est susceptible de recevoir une qualification différente. En d'autres termes, l'effet dans le temps de la règle de droit est susceptible de varier en fonction des situations juridiques que celle-ci entend régir et, en particulier, du rapport au temps qu'elles entretiennent elles-mêmes. Cela signifie qu'alors même qu'elle affecte indéniablement le passé des situations juridiques, la règle de droit ne sera pas systématiquement regardée comme rétroactive.

Les variations que connaît l'action dans le temps de la règle de droit expliquent que la connaissance de la date d'entrée en vigueur de celle-ci ne suffise pas toujours pour conclure à sa rétroactivité. Il est parfois nécessaire de préciser également le champ d'application de la norme juridique pour établir qu'elle rétroagit. Dans nombre de cas, cette difficulté n'apparaît pas avec évidence car les deux éléments sont logiquement indissociables³²⁵⁴. Anticiper la mise en vigueur d'une règle de droit, c'est nécessairement lui permettre de régir des faits ou des actes antérieurs à la date normale de son entrée en vigueur³²⁵⁵. Dans le silence de l'autorité normative sur l'effet dans le temps de la règle nouvelle, il devient nécessaire de montrer que le champ d'application de cette dernière empiète sur le passé. La prise en compte de la dimension temporelle des éléments formant son présupposé permet de prendre la mesure de son emprise sur le passé. En fonction de la position dans la chronologie des faits et des actes régis par la règle nouvelle et de la portion qu'ils occupent dans la durée, il est possible d'établir que son champ d'application a été étendu au passé. Il suffit que l'ensemble des faits et des actes entrant dans le présupposé de la règle nouvelle se soient entièrement réalisés au moment où celle-ci devient observable, pour qu'il y ait rétroactivité.

Après avoir pris la mesure de la complexité du mode d'action dans le temps de la « norme-règle » (§ 1), on montrera que celle-ci conduit à distinguer différents degrés dans son action sur le passé (§ 2).

§ 1 : Le mode d'action dans le temps de la « norme-règle »

906. D'un point de vue normatif, la structure de la norme juridique a une incidence directe sur la manière dont elle agit dans le temps. S'agissant plus spécialement de la règle de droit, on sait qu'elle se

³²⁵⁴ Conseil d'État, rapp. préc., p. 21 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 201, n° 272 ; J. PETIT, p. 363, n° 750 ; B. SEILLER, art. préc., p. 1467.

³²⁵⁵ J. PETIT, thèse préc., p. 227, n° 485.

distingue des autres catégories de normes juridiques par ses caractères abstrait et hypothétique³²⁵⁶. Ces caractères confèrent à la « norme-règle » une structure singulière, dont la prise en compte permet de mieux appréhender son mode d'action dans le temps.

907. Les caractéristiques propres à la « norme-règle » étant bien connues, on se bornera à les rappeler brièvement. D'abord, l'abstraction peut se définir comme l'« *action de l'esprit qui considère séparément ce qui n'est pas séparé ou même séparable dans la réalité* »³²⁵⁷. Après avoir isolé le caractère auquel doit répondre le sujet de la norme, il faut, pour qu'il y ait abstraction, ne plus considérer que lui³²⁵⁸. Non seulement le sujet de la règle de droit est désigné par le caractère qu'il doit présenter, mais ce caractère doit être envisagé au regard des effets juridiques à produire. Un lien logique est ainsi établi entre, d'une part, le sujet de la norme désigné par son caractère et l'effet de droit prévu par la norme. C'est ainsi que l'abstraction de la « norme-règle » commande, en partie, sa généralité³²⁵⁹. Cette dernière « *s'applique à toute une catégorie d'individus, tous les individus se trouvant dans certaines conditions déterminées* »³²⁶⁰. Les sujets de droit ne sont pas individuellement désignés, mais abstraitement considérés par leur qualité, par le caractère qu'il présente au regard de la norme³²⁶¹. À cet égard, il est indifférent qu'un seul individu remplisse les conditions posées par la norme ou que ce soit, même si cela reste rare, l'ensemble de la communauté nationale³²⁶². Le caractère hypothétique de la « norme-règle » est la conséquence directe de son caractère abstrait. L'effet de droit prévu par la norme ne se réalise que dans l'hypothèse où le sujet de droit présente le ou les caractères requis³²⁶³.

908. La combinaison de ces deux caractères fait la spécificité de la structure de la règle de droit³²⁶⁴. La règle de droit attache un effet de droit à une hypothèse présumée. Il est possible de distinguer deux éléments : l'hypothèse ou présumé et l'effet de droit³²⁶⁵. La règle est ainsi constituée, d'un côté, d'une proposition conditionnelle qui détermine la situation de fait ou de droit dont la réalisation entraînera l'application de la règle et, de l'autre, d'une proposition affirmative ou négative qui consiste dans la conséquence que la règle attache à la réalisation des conditions présumées. L'énoncé de la règle de droit ne se limite pas à la simple juxtaposition d'une hypothèse et d'un effet de droit. Il existe un lien de

³²⁵⁶ P. MAYER, thèse préc., p. 36, n° 50. Voir également, P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1951, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 24.

³²⁵⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., p. 7. Voir également, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, 2^e éd., 2006.

³²⁵⁸ P. MAYER, thèse préc., p. 38, n° 54. Cela n'interdit pas que certains des éléments visés soient considérés de façon concrète, telle une date (*ibid.*, p. 40, n° 56).

³²⁵⁹ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, nouvelle édition, 1969, p. 92, n° 79 ; H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », in *Mélanges R. CARRÉ DE MALBERG*, Paris, Sirey, 1933, p. 135, spéc. p. 151 ; P. MAYER, thèse préc., p. 36, n° 51.

³²⁶⁰ R. CAPITANT, *L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, pp. 58-59. Pour une autre conception selon laquelle la généralité caractérise uniquement le fait que la règle soit applicable à l'ensemble des personnes vivant sous l'empire du droit français, cf. H. DUPEYROUX, art. préc., p. 135.

³²⁶¹ En cela, la généralité de la norme se rapproche de son caractère abstrait, dès lors qu'elle désigne « l'absence [...] d'une détermination de l'espèce ou de l'individu à qui elle doit s'appliquer » (H. DUPEYROUX, art. préc., p. 151).

³²⁶² Si les deux notions sont attachées au caractère retenu par la norme, il suffit que ce caractère ait été choisi indépendamment de la personnalité du sujet pour que la norme soit générale. L'abstraction requiert en plus qu'il ait été choisi en fonction de certains effets à produire (P. MAYER, thèse préc., p. 41, n° 58). Pour certains auteurs, la généralité ne correspond ainsi qu'au premier niveau de l'abstraction (J. HÉRON, *op. cit.*, p. 55, n° 57).

³²⁶³ P. MAYER, thèse préc., p. 42, n° 59 ; H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 140-141.

³²⁶⁴ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 55 ; C. du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Paris-Neuchâtel, éd. Delachaux et Niestlé, 4^e éd., 1967, p. 89, n° 112

³²⁶⁵ J. DABIN, *op. cit.*, pp. 73-74, n° 60 ; C. du PASQUIER, *op. cit.*, pp. 91-92, n° 113-114 (lequel distingue le dispositif du fait juridique) ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 14, n° 11 ; P. MAYER, thèse préc., p. 43, n° 60 ; H. MOTULSKY, thèse préc., p. 18, n° 16.

causalité de la première avec le second. Il consiste soit en une relation d'imputation, soit en une relation de non-imputation ou d'indépendance³²⁶⁶.

La nature d'une norme n'étant pas fonction de la qualité de son auteur, toute autorité normative est susceptible d'édicter des « normes-règles ». Il est traditionnel de rattacher à cette catégorie de normes la loi, de même que le règlement administratif. En revanche, comme on l'a vu, un tel rattachement ne s'impose avec la force de l'évidence s'agissant des principes jurisprudentiels dégagés par le juge. L'analyse normative de la jurisprudence n'est pas aisée, en raison de son mode particulier de formation. Il est, en effet, nécessaire de reconstruire la rationalité de la norme jurisprudentielle pour faire apparaître les éléments constitutifs de la règle de droit et, partant, d'en isoler la structure. Ce détour permet néanmoins d'attester, à plus forte raison depuis que le juge a officialisé l'exercice de son pouvoir normatif, que la règle jurisprudentielle est bien susceptible d'un même traitement que les autres prescriptions abstraites et hypothétiques³²⁶⁷.

909. Compte tenu de ses éléments constitutifs, la « norme-règle » dispose d'un mode d'action dans le temps qui lui est propre et qui présente deux caractéristiques.

D'abord, la « norme-règle » établit un lien d'imputation permanent entre les faits et actes qu'elle entend régir et l'effet de droit qu'elle prévoit. Cela signifie que, tant que la règle existe, les premiers peuvent survenir à tout moment et, dès lors qu'ils présentent les caractères requis, déclencher l'effet de droit correspondant. Ce lien perdure tant que la règle n'est pas abrogée³²⁶⁸.

Ensuite, parce que les actes et les faits sont abstraitement appréhendés par la « norme-règles », ils ne peuvent, par définition, être connus à l'avance, ce qui emporte deux conséquences. D'un côté, en tant que la « norme-règle » *présuppose* la survenance d'évènements auxquels vont être attachées des conséquences de droit, celle-là doit logiquement *préexister* à ceux-ci. Ce n'est que dans le cas où la règle de droit produit un effet rétroactif, que cette succession logique se trouve rompue³²⁶⁹. De l'autre, la règle s'adresse à des sujets de droit qui ne peuvent pas être dénombrés. C'est dire que les destinataires de la règle de droit se trouvent placés dans un cercle « ouvert », que le champ d'application de la règle est impersonnel. En conséquence, l'analyse de son action dans le temps ne peut être menée en recherchant ses destinataires, mais en s'intéressant aux éléments qui en forment le présupposé et, plus précisément, au moment où ils se sont concrètement réalisés. En effet, l'effet de droit prévu par la « norme-règle » ne peut se déclencher qu'une fois que sont remplies les différentes conditions posées par l'autorité normative. En d'autres termes, déterminer le moment où les secondes ont toutes été satisfaites, c'est isoler l'instant où le premier se produit. L'analyse de l'action dans le temps de la règle de droit revient donc à rechercher la position temporelle des *faits* entrant dans son présupposé. Or, il se trouve que certains d'entre eux ne surviennent pas de façon instantanée et éphémère. La règle de droit peut très bien subordonner l'effet droit qu'elle prévoit à la condition que les éléments qui en forment le présupposé s'inscrivent dans la durée. En d'autres termes, l'analyse des effets dans le temps de la règle de droit doit également tenir compte de la dimension temporelle des *faits* entrant dans son présupposé³²⁷⁰. Compte tenu de ces deux éléments, il s'ensuit que la recherche de la date d'entrée en

³²⁶⁶ P. MAYER, thèse préc., p. 46 et s., n° 64 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 114, n° 233.

³²⁶⁷ Sur l'ensemble de ces points, cf. p. 310 et s., n° 393 et s.

³²⁶⁸ H. LE BERRE, thèse préc., p. 28, n° 24 ; P. MAYER, thèse préc., p. 46, n° 62.

³²⁶⁹ Cf., plus haut, p. 629, n° 815.

³²⁷⁰ P. FLEURY-LE GROS, *loc. cit.* ; P.-A. CÔTÉ, « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps », préc., p. 209 ; J. PETIT, thèse préc., p. 108, n° 218 et s.

vigueur de la règle de droit ne suffit pas toujours à déterminer si elle produit un effet rétroactif. En effet, la nature durable d'un élément de son présumé peut s'opposer à une telle qualification

Au bénéfice de ce qui précède, il faut considérer que le mode d'action dans le temps de la « norme-règle » n'est pas uniforme. Il varie selon le moment où l'effet de droit prévu par elle se déclenche et suivant la nature de la situation juridique qu'elle entend régir.

910. Là encore, la rétroactivité présente une particularité par rapport aux autres modes d'action dans le temps de la norme juridique. En effet, dès lors que l'autorité normative entend régir le passé, c'est-à-dire une période de temps révolue au moment de l'édition de la norme juridique, elle s'adresse, par définition, à un cercle « fermé » de sujets de droit. Ses destinataires étant tous susceptibles d'être identifiés, cela signifie que la règle rétroactive perd le caractère abstrait qui la caractérise d'ordinaire. Son champ d'application n'est plus impersonnel. De même, les actes ou faits qui sont normalement présumés *a priori* par l'autorité normative se sont également tous produits au moment où celle-ci édicte la règle nouvelle. Il s'ensuit que la règle rétroactive est pareillement dépossédée de son caractère hypothétique³²⁷¹. La rétroactivité entraîne une altération de la nature de la « norme-règle », pour la transformer, au moins pour ce qui concerne le passé, en un faisceau de « normes-décisions », c'est-à-dire en une série de prescriptions catégoriques et concrètes. Or, comme on le verra, l'action dans le temps de la « norme-décision » diffère de celle de la « norme-règle ». Contrairement à cette dernière, la connaissance de la date d'entrée en vigueur de la « norme décision » suffit, à elle seule, à identifier sa rétroactivité³²⁷².

Il serait alors tentant de déduire de la dénaturation que subit la règle de droit du fait de sa rétroactivité que son effet sur le passé doit être analysé de la même façon que celui de la « norme-décision ». Une telle solution aurait le mérite d'unifier l'appréhension de l'action sur le passé des normes juridiques, en même temps qu'elle la simplifierait grandement. Cependant, cette approche doit être repoussée, car elle s'avère, en réalité, impraticable. L'action de la règle de droit est rarement exclusive dans le temps, ce qui signifie que l'ensemble de ses effets, passés comme immédiats ou futurs, sont issus d'un même présumé. Il s'ensuit que pour séparer les premiers des deux autres, il faut toujours tenir compte des éléments qui forment le présumé de la règle de droit³²⁷³. Seule la « lecture » de ce présumé permet de savoir si l'autorité normative a entendu doter la règle de droit d'un effet rétroactif. En d'autres termes, la transformation de la règle en décision induite par sa rétroactivité ne réduit aucunement les difficultés attachées à la délimitation de son champ d'application, notamment dans le temps. Il s'ensuit que pour le circonscrire, il faut invariablement partir de la détermination de la position et de la nature des faits et actes que la « norme-règle » entend régir, nonobstant la mutation normative qu'elle a subi du fait de sa rétroactivité. Or, la variété des situations saisies par la règle de droit diversifie grandement son action sur le passé. C'est dire qu'il existe plusieurs degrés de rétroactivité de la « norme-règle ».

³²⁷¹ Sur l'ensemble de ces points, cf. P. FLEURY-LEGROS, thèse préc., p. 82, n° 180 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 54, n° 55.

³²⁷² Cf., plus bas, p. 756 et s., n° 975 et s.

³²⁷³ Ces difficultés apparaissent en présence d'hypothèses complexes de « dispersion » des éléments formant le présumé de la « norme-règle ». Cf., plus bas, p. 728 et s., n° 943 et s. et, dans le même sens, P. FLEURY-LEGROS, thèse préc., p. 140 et s., n° 298 et s.

§ 2 : Les degrés de rétroactivité de la « norme-règle »

911. L'action dans le temps de la règle de droit n'étant pas uniforme, l'appréciation de son incidence sur le passé ne repose pas exclusivement sur la connaissance de la date d'entrée en vigueur de la règle nouvelle. L'analyse de la rétroactivité de la « norme-règle » requiert également de circonscrire son champ d'application temporel.

La seule prise en compte de la « date-frontière » et, par comparaison, de la date d'entrée en vigueur anticipée de la « norme-règle » ne suffisent pas toujours pour appréhender, dans toute sa complexité, l'action sur le passé de la règle de droit. Elles permettent seulement de savoir qu'un changement de règles intervient et à quel moment il s'opère. C'est dire que la datation de l'effet de la « norme-règle » permet de savoir à quel moment le conflit entre la règle nouvelle et la règle ancienne est susceptible de se poser, mais elle reste impuissante, dans de nombreux cas, à fournir sa solution. C'est que le présupposé de la « norme-règle » peut contenir des éléments qui sont dispersés dans le temps ou qui s'inscrivent dans la durée, dimensions que la simple recherche de coordonnées chronologiques ne peut saisir. Il devient alors difficile de distinguer entre les différents modes d'action temporelle de la « norme-règle » qui affecte, d'une manière ou d'une autre, le passé. Il en va ainsi, en particulier, de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat. Dans ce dernier cas, on sait que la règle d'effet immédiat peut s'appliquer à une partie du passé de l'ordonnement juridique sans pour autant être qualifiée de rétroactive. De ce qui précède, il découle deux conséquences pour l'analyse de la rétroactivité de la « norme-règle ».

D'abord, la recherche de la date de mise en vigueur anticipée de la règle nouvelle suffit ne constitue pas un moyen infaillible pour établir sa rétroactivité. Certes, il existe un lien entre l'anticipation de l'effet dans le temps de la règle de droit et l'extension de son champ d'application au passé. Ainsi, lorsqu'il est établi que l'autorité normative a entendu procéder à la première, il existe une forte présomption qu'elle a voulu opérer la seconde. En d'autres termes, la connaissance de la date d'entrée en vigueur de la « norme-règle » constitue, le plus souvent, le révélateur de sa rétroactivité. Aussi faut-il considérer qu'elle est le premier élément de définition de la rétroactivité de la « norme-règle ». Pourvu que l'applicabilité de la règle de droit ait été anticipé dans le temps par rapport à son édicton ou son observabilité, il peut y avoir rétroactivité. Néanmoins, ce critère ne suffit pas, à lui seul, à isoler l'effet rétroactif de la « norme-règle ».

Ensuite et corrélativement, l'analyse de la rétroactivité de la « norme-règle » doit être complétée par un autre critère afin de rendre en compte des différentes manières dont celle-ci agit sur le passé. C'est à partir de l'examen du présupposé de la « norme-règle » que ce second élément de définition de la rétroactivité peut être dégagé. L'action sur le passé de la règle de droit doit être appréciée en fonction de la position temporelle des faits et actes correspondant à son présupposé, ainsi que de la portion qu'ils occupent dans la durée. C'est dire qu'il est nécessaire de prendre en considération la dimension temporelle du présupposé de la « norme-règle » en vue de mesurer son emprise sur le passé. Plus précisément, il s'agit de déterminer si la règle nouvelle s'oppose, pour la période antérieure à son observabilité, au processus d'application enclenché sur le fondement de la règle ancienne, à raison des faits et actes que l'une et l'autre intègrent dans leur présupposé. En d'autres termes, la règle nouvelle ne rétroagit que si elle entend régir des situations qui se sont construites dans le passé, sous l'empire de la

règle ancienne. En ce sens, la règle nouvelle doit, pour rétroagir, porter atteinte à une « situation antérieurement constituée ».

La notion de rétroactivité comporte, en ce qui concerne les « normes-règles » deux éléments. D'un côté, l'applicabilité anticipée de la norme juridique constitue le révélateur de sa rétroactivité (I). De l'autre, l'atteinte à une situation antérieurement constituée permet d'isoler l'effet rétroactif parmi les autres modes d'action dans le temps de la « norme-règle » qui peuvent également avoir une incidence sur le passé. Ce critère établit également que l'incidence de la règle rétroactive sur la situation juridique qu'elle vient modifier *ex post facto* n'est pas elle-même uniforme. Il permet ainsi d'évaluer les différents degrés de rétroactivité de la règle de droit (II).

I – L'APPLICABILITE ANTICIPEE DE LA REGLE DE DROIT, REVELATEUR DE SA RETROACTIVITE

912. Bien qu'elle ne suffise pas toujours pour conclure à l'effet rétroactif de la règle nouvelle, la connaissance de sa date d'entrée en vigueur demeure néanmoins l'indicateur principal pour caractériser la volonté de l'autorité normative de lui conférer un tel effet. Dès lors qu'est réalisée la mise en vigueur anticipée de la règle de droit, il y a une forte présomption que celle-ci produit un effet rétroactif. Comme on l'a vu, la rétroactivité consiste à réaliser l'anticipation de l'applicabilité de la norme juridique par rapport à celle de son observabilité et/ou de son édicition. Par suite, du moment qu'il est acquis que la date d'applicabilité de la règle de droit précède dans la chronologie l'un ou l'autre de ces deux moments, il peut y avoir rétroactivité.

Sur cette question, l'action dans le temps de la règle jurisprudentielle présente, comme on l'a vu, une spécificité liée à son mode de formulation. Sauf dans les cas où le juge fait exceptionnellement usage de son pouvoir de modulation, la règle jurisprudentielle nouvelle s'applique automatiquement à l'ensemble des situations sujettes à litige, indifféremment de la date à laquelle elles sont nées. Cela signifie que le présupposé de la règle prétorienne comprend des éléments qui se sont, par définition, produits à un moment nécessairement antérieur à la date à laquelle a été édictée³²⁷⁴. Par suite, l'applicabilité de la règle prétorienne est anticipée de plein droit à la date de réalisation des actes ou des faits juridiques qui entrent dans son présupposé.

Pour les règles écrites, l'anticipation de l'applicabilité de la règle nouvelle peut être réalisée par différents moyens. Comme on l'a vu plus tôt à propos de la loi, l'autorité normative peut opérer la mise en vigueur anticipée de la « norme-règle », soit en lui attribuant une date d'effet qui se situe dans le passé (A), soit en désignant dans son présupposé des faits ou actes survenus dans le passé (B).

A/ La fixation d'une date d'entrée en vigueur anticipée de la « norme-règle »

913. La rétroactivité de la règle de droit peut résulter de l'attribution par l'autorité normative d'une date d'effet anticipée. Pour les règles écrites, cela signifie qu'il peut y avoir rétroactivité chaque fois que la recherche de la date d'effet d'un texte conduit à fixer cette date à un moment antérieur à celle qui résulte de l'application du régime gouvernant l'entrée en vigueur de ce même texte.

³²⁷⁴ Cf., plus haut, p. 335 et s., n° 425 et s.

La jurisprudence administrative se fonde principalement sur la datation de l'effet de droit pour identifier la rétroactivité d'un règlement ou d'une loi. Il faut comprendre par là que l'applicabilité anticipée de la règle administrative ou législative a longtemps constitué, pour le juge, le critère privilégié de sa rétroactivité.

S'agissant de la loi, on se reportera utilement aux développements déjà consacrés plus tôt à cette question³²⁷⁵.

S'agissant de la règle administrative, cette manière d'appréhender la rétroactivité constitue une spécificité qui résulte de la soumission des règlements administratifs au principe de non-rétroactivité, auquel correspond l'adage « *on ne réglemente pas pour le passé* »³²⁷⁶. La jurisprudence administrative en tire comme conséquence l'impossibilité pour l'autorité administrative de fixer une date d'effet du règlement antérieure à celle de sa publication³²⁷⁷. Du fait de l'attraction exercée par ce principe, le juge ne prend pas toujours le soin de préciser les termes de la comparaison à laquelle il se livre pour déterminer si un texte réglementaire a étendu ses effets au passé. En effet, le juge se borne, le plus souvent, à constater l'antériorité de la date d'effet du règlement sans préciser la date de référence à laquelle celle-ci se rapporte³²⁷⁸.

Malgré quelques imprécisions et variations terminologiques, il est peu douteux que le juge administratif s'estime en présence d'un texte rétroactif dans les cas où le règlement fixe une date d'effet antérieure à celle qui résulte des textes régissant sa date d'entrée en application³²⁷⁹. Ainsi le Conseil d'État a-t-il sanctionné, au titre de la violation du principe de non-rétroactivité, des règlements prévoyant leur entrée en vigueur à une date antérieure à celle de leur publication³²⁸⁰ et, *a fortiori*, à celle de leur édicition³²⁸¹. Il en va évidemment de même lorsque le règlement prend comme date d'entrée en vigueur celle d'un texte antérieur³²⁸². En tout état de cause, les variations dans la formulation des

³²⁷⁵ Cf., plus haut, p. 57 et s., n° 86 et s. et p. 634, n° 822.

³²⁷⁶ P. DARESTE, *Les voies de recours contre les actes de puissance publique*, Paris, éd. A. Challamel, 1914, p. 32 ; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 233, § 47. Cf., également, TESSIER concl. sur CE, 17 mai 1907, *Le Bigot*, Rec., p. 460.

³²⁷⁷ Que l'autorité normative fixe une date catégorique d'entrée en vigueur anticipée du règlement (CE, 17 janvier 1934, *Cottrelle*, préc. ; Sect., 22 février 1957, *Caudron et Pomiro*, préc. ; 11 mars 1966, *Dame Gastinel*, préc.).

³²⁷⁸ CE, Ass., 2 mars 1947, *Sieur Devouge et Comité d'études corporatif et interprofessionnel des viandes*, Rec., p. 171 ; 7 mai 1948, *Confédération générale du commerce et de l'industrie de l'Algérie*, Rec., p. 202 ; 10 juin 1949, *Rousseau et Mallet*, Rec., p. 283 ; 19 mai 1950, *Sieur Hontebeyrie*, Rec., p. 300 ; 27 mai 1957, *Société Roger Villemillot*, Rec., p. 352 ; Ass. plén., 31 octobre 1958, *Sieur Vergne*, Rec., p. 516, *RPDA*, 1958, n° 402 ; 26 février 1960, *Syndicat autonome des métaux de la région parisienne et autres*, req. n° 24.195, Rec., p. 157 ; 31 janvier 1962, *Sieur Deschamps*, req. n° 50.296, Rec., p. 74 ; Sect., 10 juin 1966, *Sieur Pelon et autres*, req. n° 63.563, Rec., p. 384, *AJDA*, 1966, n° 9, p. 492, concl. J.-M. GALABERT ; Sect., 23 février 1968, *Michel et comité de défense des contrôleurs principaux des PTT*, req. n° 65.169, Rec., p. 132 ; Sect., 1^{er} mars 1974, *Sieur Cozette et autres*, req. n° 84.169 et 85.270, Rec., p. 159, *Rev. adm.*, 1974, p. 339, concl. DONDOUX ; 26 avril 1974, *Bertrand*, req. n° 86.452, Rec., T., p. 843 ; Sect. 7 mars 1975, *Sieur Lejuez et autres*, req. n° 93.232, Rec., p. 181 ; Sect., 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique et autres*, préc. ; 25 mai 1988, *Portais*, req. n° 65.787, Rec., p. 605. On retrouve une même tendance en présence de la loi (CE, Sect., 20 juin 1952, *Sieur Bastide et autres*, préc. ; J. PETIT, thèse préc., p. 94, n° 188).

³²⁷⁹ CE, 17 février 1954, *Compagnie centrale d'éclairage par le gaz Lebon*, Rec., p. 104 ; Ass., 15 juillet 1954, *Société des aciéries et forges de Saint François*, Rec., p. 482, S., 1954, III, p. 104, *RPDA*, 1954, p. 205 concl. LAURENT. Pour des positions doctrinales rejoignant cette manière de voir, cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 1147, n° 1336 ; J. PETIT, thèse préc., p. 110, n° 224 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, préc., t. II, p. 162 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 159, n° 261.

³²⁸⁰ CE, 6 février 2004, *Syndicat Sud Travail et Syndicat CFDT-Syntef*, req. n° 242.169 et 242.230, Rec., T., p. 745, *AJDA*, 2004, n° 18, p. 986, note M.-C. de MONTECLERC, *JCP A*, 2005, n° 20, p. 672, D. JEAN-PIERRE ; 11 janvier 2006, *Syndicat national CGT-ANPE*, req. n° 273.665, Rec., T., p. 713, *BJCL*, 2006, n° 4, p. 279, concl. J.-H. STAHL et obs. B. POUJADE ; 26 mars 2008, *Union Syndicale Autonome Justice (USAJ)*, préc.

³²⁸¹ CE, 14 février 1951, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et de transformateurs de lait*, préc. ; 13 mai 1988, *M. Henri Louet*, req. n° 70.873, Rec., T., p. 606 ; Sect., 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique et autres*, req. n° 55.751, 55.752, 55.754 et 55.757, Rec., p. 158, *AJDA*, 1986, n° 7-8, p. 421, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE, *Dr. Soc.*, 1986, p. 725, concl. J. MASSOT ; 10 janvier 2007, *Syndicat national CGT du ministère des affaires étrangères*, req. n° 274.873, Rec., T., p. 920.

³²⁸² CE, 18 mai 1966, *Ballereau*, préc.

décisions qui retiennent l'antériorité tantôt de la date d'entrée en vigueur³²⁸³, tantôt celle de l'applicabilité³²⁸⁴ ou de la prise d'effet³²⁸⁵ du règlement par rapport à celle de sa publication ne sauraient avoir d'autres conséquences que purement lexicales, compte tenu de ce que toutes renvoient au même concept, celui d'applicabilité³²⁸⁶. S'écartant de ces principes, on rappellera l'exception troublante des lois de pays de Polynésie française dont la rétroactivité doit être appréciée non par rapport à leur date de publication, mais par rapport au moment de leur édicton³²⁸⁷.

Lorsque l'entrée en vigueur du règlement est soumise à des conditions particulières, c'est naturellement par rapport à la date de leur réalisation que l'antériorité de l'entrée en vigueur du règlement est appréciée par le juge. Ainsi, selon une jurisprudence constante, le règlement qui fixe sa date d'effet à une date antérieure à celle de sa transmission³²⁸⁸ ou de son approbation³²⁸⁹ est entaché de rétroactivité. Dans le même ordre d'idées, l'application prématurée d'un règlement, alors que les mesures complémentaires qui conditionnent son entrée en vigueur n'ont pas été prises³²⁹⁰, doit être considérée comme rétroactive³²⁹¹. En particulier, est rétroactif le texte inapplicable par lui-même qui prévoit, par une disposition spéciale, qu'il entrera en vigueur à la date de sa publication, mais dont les mesures d'application interviennent postérieurement à cette date³²⁹².

³²⁸³ CE, 10 mai 1889, *Pierrard, Câtillon et autres*, préc. ; 17 novembre 1943, *Établissements Tiflex*, préc. ; Ass., 16 juin 1944, *Société immobilière de Cannes et autres*, Rec., p. 175 ; Ass., 2 mars 1947, *Sieur Devouge et Comité d'études corporatif et interprofessionnel des viandes*, préc. ; 26 novembre 1948, *Sieur Gratacarp et Société Courbaize et Gratacarp*, Rec., p. 445 ; 8 juillet 1949, *SA "Les carburants français pour gazogènes"*, préc. ; Sect., 11 janvier 1952, *Époux Lesueur et autres*, préc. ; 22 janvier 1954, *Spampinato*, Rec., p. 41 ; 31 janvier 1958, *Sieur Vally*, Rec., p. 58 ; 8 octobre 1958, *C.E.N.P.A. et autres*, Rec., p. 472 ; 17 novembre 1971, *Sieur Isman et Dubuis*, préc. ; Sect., 22 juillet 1977, *Dame Veuve Menestret*, préc. ; Ass., 8 juin 1979, *Confédération générale des planteurs de betterave*, préc. ; 26 février 1988, *Fédération nationale des producteurs de lait*, préc..

³²⁸⁴ CE, 11 juillet 1939, *Manès*, Rec., p. 465 ; Ass., 26 octobre 1945, *Société Bazaine Publicité*, Rec., p. 211 ; 28 février 1947, *Ville de Lisieux*, Rec., p. 83, S., 1947, III, p. 60 ; 31 juillet 1948, *Chambre syndicale du livre du département de Constantine*, préc. ; 25 février 1949, *Société civile de l'école de Gerson*, préc. ; 16 mars 1949, *SA d'alimentation L'Épargne*, Rec., p. 125 ; Ass. 8 juillet 1949, *Delacommune et autres*, préc. ; 4 mars 1965, *Mercier*, préc. (sol. impl.) ; 3 octobre 1969, *Ministre de l'Intérieur c/ Jeannot*, préc. (sol. impl.). Cf., également, *a contrario*, CE, Sect., 2 avril 1965, *Fédération des associations de fonctionnaires, agents et ouvriers de l'État et des services publics, des anciens combattants et victimes des deux guerres*, req. n° 32.395, Rec., p. 217 ; 25 janvier 1984, *Robert Dumont*, req. n° 22.294, *Dr. adm.*, 1984, n° 66.

³²⁸⁵ CE, 10 juin 1949, *Rousseau et Mallet*, Rec., p. 283 ; 19 mai 1950, *Sieur Hontebeyrie*, préc. ; 20 décembre 1950, *Demoiselle Coulaud, sieur Anترنت et autres*, Rec., p. 627 ; Sect., 29 juin 1951, *Confédération nationale des locataires et des usagers du gaz et d'électricité de France et autres*, Rec., p. 382 (sol. impl.) ; 6 janvier 1954, *Syndicat national des transporteurs aériens*, Rec., T., p. 906, *RDP*, 1954, n° 3, p. 560, chr. L. MURACCIOLE ; 31 janvier 1962, *Sieur Deschamps*, préc. ; Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, req. n° 57.706, Rec., p. 241, *AJDA*, 1964, p. 680, chr. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET et 1965, I, p. 38, note V. SILVERA ; Ass., 14 mai 1965, *Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence*, préc. ; 30 juin 1965, *Gaillard*, préc. ; 18 mai 1966, *Ballereau*, req. n° 63.487, Rec., p. 334 ; Sect., 10 juin 1966, *Sieur Pelon et autres*, préc. ; 22 octobre 1980, *Boudan*, req. n° 22.040, Rec., T., p. 591 ; 1^{er} décembre 1999, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, préc. Cf. également, *a contrario*, CE, 6 janvier 1971, *SA de gérance des vêtements Abdon et Fils*, req. n° 69.141, *Dr. adm.*, 1971, n° 2, p. 1.

³²⁸⁶ Cf., plus haut, p. 629, n° 815 et p. 634, n° 823.

³²⁸⁷ La date d'entrée en vigueur des « lois du pays » polynésiennes est fixée à celle de leur promulgation, à l'exception toutefois de celles comportant des mesures fiscales (CE, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, préc. ; 5 décembre 2008, *Flosse et autres*, préc.). Pour ces dernières, la rétroactivité doit être appréciée par rapport à la date d'entrée en vigueur, telle qu'elle est fixée par l'art. 145 de la Loi organique du 27 février 2004 citée plus haut, soit le 1^{er} janvier de l'année suivant la première discussion du budget (cf., en ce sens, J. BOUCHER, concl. sur CE, 5 décembre 2008, *Flosse et autres*, préc.).

³²⁸⁸ CE, 30 avril 1997, *Commune d'Alfortville*, req. n° 115.288 ; 25 juin 2003, *Commune des Contamines-Montjoie*, préc. Voir F.-P. BÉNOIT, fasc. 4523, préc., p. 5, n° 37 et fasc. 4533, préc., p. 28, n° 186.

³²⁸⁹ CE, Sect., 19 mars 1965, *Jean-Louis, Sévère et Caraman*, préc. ; 13 mars 1981, *Fédération CGT-FO des employés et cadres et autres*, préc.

³²⁹⁰ CE, 23 décembre 1943, *Ratié*, Rec., p. 305 ; 19 décembre 1947, *Conseil du collège départemental du Vaucluse*, Rec., p. 485 ; 28 juin 1968, *Cassignol*, préc. (sol. impl.) ; 20 mai 1996, *Syndicat Union des personnels de surveillance, d'encadrement pénitentiaire et postulants*, préc. Voir J.-M. AUBY, art. préc., pp. 16-17 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 105, n° 86 ; J. PETIT, thèse préc., p. 106, n° 215.

³²⁹¹ Avant cette date, ni l'un ni les autres ne sont en vigueur. Faire application du règlement avant l'intervention des mesures nécessaires à son entrée en vigueur, c'est nécessairement lui faire produire des effets à une date à laquelle il ne peut en produire et, par suite, lui donner un effet rétroactif.

³²⁹² CE, 26 mars 2008, *Union Syndicale Autonome Justice (USAJ)*, préc.

Il n'y a guère lieu d'insister sur la question de la désignation d'une date d'effet anticipée de la règle jurisprudentielle. En raison de son mode particulier de formulation, la datation de l'effet de la jurisprudence nouvelle ne peut, la plupart du temps, pas être déterminée avec précision. Ce constat doit être nuancé à l'aune de l'instauration du pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle, dès lors que ce dernier permet notamment au juge de conférer à celle-ci une date d'entrée en vigueur. Cependant, il paraît douteux que le juge se reconnaisse la faculté de fixer cette date à un moment antérieur à la formulation de la règle nouvelle³²⁹³.

Le choix d'une date d'entrée en vigueur par l'autorité normative n'est pas le seul moyen de procéder à l'anticipation de l'effet de la « norme-règle ». Un résultat équivalent peut être obtenu en faisant reposer le présupposé de la règle de droit sur des éléments appartenant au passé.

B/ La désignation dans le présupposé de la « norme-règle » d'éléments du passé

914. L'autorité normative peut également procéder à la mise en vigueur anticipée de la « norme-règle » en désignant dans son présupposé des faits ou des actes qui sont intervenus dans le passé. Cette hypothèse est plus complexe, dès lors qu'il faut distinguer entre la simple prise en compte du passé par la règle de droit de la modification de celui-là réalisé au moyen de l'édiction de celle-ci.

À la double condition que, d'une part, les éléments appartenant au passé figurent dans le présupposé de la « norme-règle » et que, d'autre part, ces mêmes éléments se sont entièrement produits dans le passé ou au cours d'une période dont le point de départ doit être également fixé dans le passé, il y pourra y avoir rétroactivité. Ainsi, la désignation d'une période passée (1) ou d'éléments d'actes ou de faits juridiques passés (2) dans le présupposé de la règle de droit signifie l'anticipation de l'entrée en vigueur de la seconde au moment de la survenance des premiers.

1°) La désignation d'une période passée dans le présupposé de la « norme-règle »

915. La mention d'une période de référence située dans le passé signifie que l'autorité normative a entendu prendre en considération la réalisation d'un ensemble de faits ou d'actes juridiques en vue de déterminer son champ d'application temporel. Néanmoins, comme on l'a vu à propos de la loi, l'autorité normative peut tenir compte de certaines situations nées dans le passé sans pour autant produire par là un effet rétroactif³²⁹⁴. En d'autres termes, la référence à une période passée ne commande pas *ipso facto* le champ d'application temporel de la règle nouvelle. Ce n'est que si un lien entre eux est établi que le

³²⁹³ Sur ces différents points, cf. p. 610, n° 783.

³²⁹⁴ Cf., plus haut, p. 59 et s., n° 89 et s. Cf., par ex., CE, 6 mai 1949, *Société Bourgeois et Cie*, Rec., p. 206 ; 29 avril 1957, *Dame Blonde*, Rec., T., p. 931 ; Ass. Plén., 9 juin 1961, *Martin*, req. n° 50.882, Rec., p. 382, *AJDA*, 1961, p. 705, obs. V. SILVERA ; 18 mars 1964, *Dihn-Van-Tran*, req. n° 5.082, Rec., p. 187 ; TC, 28 février 1966, *Manufacture des tabacs de Tonneins c/ Teulie*, req. n° 1878, Rec., T., p. 899, *AJDA*, 1966, n° 9, p. 512, obs. V. SILVERA. Cf., par ex., concernant des règlements administratifs, CE, 23 septembre 1987, *Société SAGEM*, req. n° 46.882, Rec., p. 287, *AJDA*, 1987, n° 10, p. 587, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE, *Dr. soc.*, 1988, p. 193, concl. J. de CLAUSADE, *JCP G*, 1988, II, 21052, note WALTON ; Ass., 9 novembre 1988, *Fourcade et autres*, req. n° 75.506, 75.973, 76.074, 76.083 et 76.085, Rec., p. 399, *AJDA*, 1989, n° 3, p. 173, concl. M. de SAINT-PULGENT et p. 184, note R. ROUQUETTE, *RFDA*, 1989, n° 5, p. 738, note C. LOUIT, *DF*, 1989, comm. 359 ; Sect., 17 janvier 1992, *SCI du Château-Coutet et autres*, req. n° 90.309, 90.310, 90.490, 90.498 et 90.499, Rec., p. 21, *AJDA*, 1992, n° 6, p. 438, note M. HECQUARD-THÉRON, *RFDA*, 1992, n° 2, p. 241, concl. M. de SAINT-PULGENT ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc. Sur cette question, voir P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 222, n° 548 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 97, n° 132 ; J. MOREAU, *op. cit.*, p. 233, n° 168 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 367 ; J. PETIT, thèse préc., p. 408, n° 845 ; J. PUISOYE, art. préc., p. 47.

caractère passé de la période de référence aura une incidence sur le moment de l'entrée en vigueur de la règle nouvelle.

916. Cette liaison peut être établie en prenant en considération l'élément constitutif de la règle de droit qui se trouve être concerné par la période de référence visée par l'autorité normative³²⁹⁵. Suivant l'analyse structurale des normes juridiques, selon que le choix de la période de référence concerne le présupposé ou l'effet de droit de la « norme-règle ». Or, suivant l'élément auquel se rapporte le choix de la période de référence par l'autorité normative, l'effet dans le temps produit par la règle de droit ne sera pas le même.

Lorsqu'elle figure dans le présupposé de la « norme-règle », la période de référence détermine directement le champ d'application dans le temps de la règle de droit³²⁹⁶. Si la période de référence s'est entièrement réalisée dans le passé, cela signifie que l'autorité normative a entendu régir des faits ou des actes qui sont tous survenus à un moment antérieur à l'observabilité de la règle nouvelle³²⁹⁷. Il n'en ira autrement que dans le cas où le choix de la période de référence traduit, en réalité, la volonté de l'autorité normative de saisir un fait durable³²⁹⁸. En d'autres termes, les faits visés dans la période de référence ne constituent pas la condition véritable de l'application de la règle de droit, mais servent seulement à démontrer son existence³²⁹⁹.

En revanche, si la période de référence sert à définir l'effet de droit prévu par la règle de droit, elle reste sans incidence sur son application dans le temps. En effet, comme on le verra, l'appréciation du champ d'application temporel de la règle de droit ne saurait reposer sur le moment où elle produit son effet, mais sur celui auquel se réalisent les faits ou les actes juridiques qu'elle entend régir.

Ce n'est pourtant pas la solution retenue jusqu'ici par une partie de la doctrine³³⁰⁰, de même que par le juge dans certains arrêts³³⁰¹. L'une comme l'autre apprécie l'action sur le passé de la règle de droit par rapport au point de départ de son effet. Pourvu que l'effet de droit déterminé en fonction de la période de référence ait commencé à se produire dans le passé, il sera conclu à la rétroactivité de la règle

³²⁹⁵ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 97, n° 131 ; J. PETIT, thèse préc., p. 410, n° 849. À la suite de ces auteurs, il convient de dissiper le doute introduit par une partie de la doctrine qui met sur un même plan la question de l'antériorité des motifs de fait d'un acte et celle de l'incidence de la règle de droit sur une situation passée (P. DELVOLVÉ, *loc. cit.* ; J. PUISOYE, art. préc., p. 47). Bien qu'ils rassemblent les données ayant présidé à l'édiction de la règle nouvelle, les motifs de fait contiennent des éléments extérieurs à elle, tandis que la période de référence se rattache à ses éléments constitutifs.

³²⁹⁶ P.-A. CÔTÉ, art. préc., p. 219 ; J. PETIT, thèse préc., p. 412, n° 853.

³²⁹⁷ Cf., par ex., CE, Sect., 28 octobre 1949, *Mouette*, Rec., p. 442 ; 13 juillet 1967, *Dame veuve Gas*, req. n° 71.505, Rec., p. 338 ; 31 mai 1968, *Tedeschi*, req. n° 72.177, Rec., p. 351.

³²⁹⁸ Sur cette question, cf., plus bas, p. 733 et s., n° 952 et s. ; CE, Sect., 25 juin 1982, *Raveau et autres*, req. n° 16.636, Rec., p. 247, *AJDA*, 1983, n° 1, p. 28, obs. S. SALON ; 4 novembre 1960, *Faivre et autres*, req. n° 42.064 et 42.323, Rec., p. 587 ; 24 juillet 1981, *Mignot et autres*, req. n° 17.554, 17.556 et 18.090, Rec., p. 314.

³²⁹⁹ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 100, n° 136 ; J. PETIT, *loc. cit.* Il en va ainsi, par ex., des règles relatives aux conditions de séjour des étrangers en France tenant compte des condamnations antérieurement subies pour la détermination des conditions de leur éventuelle expulsion (CE, 20 janvier 1988, *Ministre de l'intérieur c/ Elfenzi*, req. n° 87.036, Rec., p. 17, *AJDA*, 1988, p. 49, concl. C. VIGOUROUX, *JCP G*, 1988, II, 21178, obs. C. S.).

³³⁰⁰ J.-M. AUBY, art. préc., p. 5 et s. ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 129 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 39 et s. ; D. LABETOULLE, concl. sur CE, 9 novembre 1979, *Union nationale du commerce en gros des fruits et légumes*, préc., p. 417 ; B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revilod et autres*, préc., p. 398 ; C. MAUGÜÉ concl. sur CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Mme Lipietz et autres*, req. n° 194.658 et 196.116, Rec., p. 37, *RFDA*, 1999, n° 2, p. 357.

³³⁰¹ CE, Sect., 7 novembre 1952, *Houillères du bassin du Nord et du Pas-de-Calais*, Rec., p. 501 ; Sect., 14 février 1958, *Chamley et Perret*, Rec., p. 99, *RDP*, 1958, n° 5, p. 991, concl. M. LONG ; Ass., 9 mai 1958, *Fédération des syndicats de policiers de France et d'Outre-Mer (CFTC)*, Rec., p. 267 ; 22 décembre 1976, *Union patronale de la Polynésie française et du Syndicat des importateurs négociants et commerçants détaillants de la Polynésie française*, req. n° 95.796, Rec., p. 570 ; 23 septembre 1987, *Société SAGEM*, préc., p. 228 ; 12 juin 1992, *Mme Gilli*, req. n° 90.246, Rec., p. 228.

de droit³³⁰². En revanche, si la prise en compte de la période de référence conduit à fixer le point de départ de l'effet de droit dans le futur, la qualification de rétroactivité sera repoussée³³⁰³. Si la première branche de la solution s'avère exacte³³⁰⁴, quoique reposant sur un raisonnement critiquable, la seconde conduit à considérer comme non rétroactives les règles de droit faisant produire, uniquement pour le futur, de nouveaux effets à des faits passés³³⁰⁵. Or, comme on le verra, la rétrospectivité de la loi doit être rattachée à la solution de rétroactivité, du moins lorsqu'elle affecte des faits ou des actes juridiques intervenus antérieurement à la date de son observabilité³³⁰⁶.

Au bénéfice de ce qui précède, il faut donc considérer que la prise en considération par l'autorité normative d'une période de référence n'exerce d'influence sur la détermination du moment de son entrée en vigueur, et donc sur l'appréciation de sa rétroactivité, que si elle constitue un élément du présupposé de la règle de droit. Il en va de même lorsqu'elle renvoie à des éléments de fait ou de droit appartenant au passé.

2°) La désignation d'actes ou de faits juridiques passés dans le présupposé de la « norme-règle »

917. L'entrée en vigueur anticipée de la règle de droit peut résulter de la prise en compte dans son présupposé d'actes ou de faits juridiques dont la réalisation s'est produite dans le passé.

Lorsque l'autorité normative renvoie à un acte juridique édicté antérieurement à son édicition ou son observabilité, c'est qu'elle entend faire coïncider l'entrée en vigueur du texte nouveau avec celle du texte de référence. Il suffira alors au juge de déterminer la date d'entrée en vigueur du second pour connaître celle du premier³³⁰⁷. Il va sans dire que la nature de l'acte désigné – ou son auteur – reste ici sans aucune incidence sur la détermination du moment de l'entrée en vigueur de la règle nouvelle. Ainsi, l'autorité normative peut renvoyer à un acte juridique antérieurement adopté par une autre autorité ou intégrer à son présupposé un ensemble de faits ou d'actes juridiques dont l'intervention précède dans la chronologie l'édicition de la règle nouvelle³³⁰⁸. Le fait que la règle nouvelle entende régir des actes juridiques déjà en vigueur signifie qu'elle entre elle-même en vigueur au moment où ils ont été pris.

Dans le cas où la règle de droit se réfère dans son présupposé à un ou plusieurs faits juridiques survenus dans le passé, cela signifie qu'elle détermine son champ d'application en fonction d'événements connus à l'avance. L'entrée en vigueur de la règle nouvelle sera alors anticipée au moment où les faits visés se sont réalisés³³⁰⁹.

³³⁰² CE, 17 décembre 1969, *Dame Boggio-Sola et Galanaud*, préc. ; Sect., 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique et autres, Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique et autres*, req. n° 55.751, 55.752, 55.754 et 55.757, Rec., p. 158, *AJDA*, 1986, n° 7-8, p. 421, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFFRE, *Dr. Soc.*, 1986, p. 725, concl. J. MASSOT ; C.Const., déc. n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, préc., cons. 19.

³³⁰³ CE, 9 novembre 1979, *Union nationale du commerce en gros des fruits et légumes*, préc. ; 12 juin 1992, *Mme Gilli*, préc. ; 24 mai 2000, *Conseil supérieur de l'administration de biens (CSAB) et autres*, req. n° 204.657, *RJF*, 2000, n° 7/8, comm. 976.

³³⁰⁴ En effet, le fait que l'effet de droit se soit déclenché dans le passé signifie que l'ensemble des faits dont il dépend se sont, par hypothèse, tous produits à un moment encore antérieur. Il y a bien rétroactivité, dès lors que le présupposé de la règle s'est entièrement réalisé dans le passé.

³³⁰⁵ Outre les ex. déjà cités, voir CE, 4 mai 1955, *Hurtrel*, Rec., p. 223 ; 24 avril 1959, *Grosley et autres*, Rec., p. 265 ; Sect., 19 juin 1959, *Villard et autres*, Rec., p. 373, concl. G. BRAIBANT.

³³⁰⁶ Sur l'ensemble de la question, cf., plus bas, p. 740 et s., n° 959 et s. Voir également, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 99, n° 134 et p. 244, n° 316 ; J. PETIT, thèse préc., p. 415, n° 854.

³³⁰⁷ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 77, n° 103.

³³⁰⁸ Cf., par ex., CE, Sect., 14 juin 1946, *Sieur Van den Veegaete*, préc. ; 23 octobre 1974, *Sieur Thami ben Mohamed*, préc.

³³⁰⁹ Pour des ex., cf., plus haut, p. 59 et s., n° 89 et s.

On retrouve cet élément dans la jurisprudence administrative relative à la sanction du respect du principe de non-rétroactivité. L'autorité administrative ne peut légalement régir tout fait, acte, ou opération³³¹⁰ antérieurs à la date d'observabilité du texte qu'elle édicte³³¹¹. Ainsi, le simple fait qu'un règlement administratif fixe ou modifie, en cours d'année, le tarif d'un prix³³¹² ou d'une redevance³³¹³ pour des consommations antérieures à sa publication suffit à attester de son effet rétroactif.

Les développements qui précèdent ont permis de montrer que la rétroactivité consiste à anticiper le moment de l'entrée en vigueur de la règle de droit par rapport à celui auquel elle aurait normalement dû l'être. L'identification de la rétroactivité consiste alors à rechercher si l'autorité normative a entendu procéder à la mise en vigueur anticipée de la norme, soit en fixant, par une disposition expresse, sa date d'entrée en vigueur, soit en délimitant, de manière explicite, son champ d'application dans le temps. Dans un cas comme dans l'autre, la connaissance de la date d'entrée en vigueur de la règle suffit à mettre en exergue sa rétroactivité. Dans le silence de la règle sur son application dans le temps, la recherche de son entrée en vigueur anticipée ne suffit pas. Il est encore nécessaire de circonscrire son champ d'application en recourant à de critères supplémentaires.

³³¹⁰ Qu'il s'agisse de la réalisation de travaux ou d'un raccordement aux réseaux. On retrouve ici les deux tendances de la jurisprudence évoquée plus haut. Rarement, le juge reproche au règlement de régir des opérations antérieures à son entrée en vigueur (cf. *a contrario*, CE, 30 avril 2003, *Union nationale des industries de carrières et des matériaux de construction (UNICEM) et autres*, req. n° 244.139, Rec., p. 191, *AJDA*, 2003, n° 28, p. 1508, note P.-L. FRIER, *BJDU*, 2003, n° 5, p. 344, concl. M.-H. MITJAVILLE, *Dr. adm.*, 2003, n° 8, p. 17, note M. BAZEX et S. BLAZY, *JCP A*, 2003, n° 22, p. 710, note J. MOREAU). Plus souvent, il se réfère à l'antériorité des opérations auxquelles le règlement se déclare applicable par rapport à la date de sa publication (CE, 23 juillet 1947, *Sieur Brossette et autres*, req. n° 77.453, Rec., p. 332 ; 23 décembre 1949, *Société Comptoir de l'industrie cotonnière et autres*, req. n° 89.566, Rec., p. 567, *RJPUF*, 1950, p. 79, note C.A.C. ; Sect., 10 février 1950, *Syndicat patronal et artisanal de l'habillement de Pau et autres*, req. n° 1.264, Rec., p. 105 ; CAA Bordeaux, 11 juin 1991, *Société Négofta Investissements et autres*, req. n° 89BX00371, *DF*, 1991, comm. 1276) ou, *a fortiori*, à celle de son édicte (CE, 24 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'organismes d'habitations à loyer modéré et autres*, req. n° 116.489, Rec., p. 191).

³³¹¹ Il en va ainsi toutes les fois que le règlement prétend s'appliquer à une période antérieure à la date à laquelle il devient observable (cf., par ex., CE, 17 janvier 1934, *Cottrelle*, préc. ; 14 février 1951, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et de transformateurs de lait (3^e esp.)*, Rec., p. 89 ; 7 novembre 1969, *Cerutti et autres*, req. n° 74.180, Rec., p. 478 ; 17 décembre 1969, *Dames Boggio-Sola et Galanaud*, req. n° 74.566, Rec., p. 587 ; 6 mai 1970, *Khrissate et autres*, req. n° 77.228-77.229, 77.232, 77.236, 77.247-77.248, 7.258-77.259 et 77.269, Rec., p. 299 ; 28 juillet 1989, *Commune de Villeneuve-d'Ascq*, req. n° 76.097 ; 30 novembre 1994, *Commune de Buire-Courcelles*, req. n° 105.155 ; 23 mars 2005, *Mme Smart et autres*, req. n° 261.252, 261.253, 261.941 à 261.943, Rec., T., p. 723 ; 28 juillet 1995, *Communauté urbaine de Lyon*, req. n° 142.146, Rec., T. p. 642). Toutefois, il convient de réserver le cas dans lequel l'acte en cause se borne à prendre en compte une période de référence passée, sans que celle-ci détermine le champ d'application de la règle qu'il édicte (cf., plus haut, p. 32, n° 27, ainsi que les références citées ; et dans le même sens, G. BRAIBANT, concl. sur CE, Sect., 19 juin 1959, *Villard et autres*, Rec., p. 373 ; J. PETIT, thèse préc., p. 410, n° 850 ; J. MOREAU, *Droit administratif*, préc., p. 233, n° 168 ; pour une illustration, voir CE, Ass. Plén., 9 juin 1961, *Martin*, req. n° 50.882, Rec., p. 382, *AJDA*, 1961, p. 705, obs. V. SILVERA ; 23 septembre 1987, *Société SAGEM*, req. n° 46.682, Rec., p. 287, *AJDA*, 1987, n° 10, p. 587, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE, *Dr. soc.*, 1988, p. 193, concl. de CLAUSADE, *JCP G*, 1988, II, 21052, note WALTON).

³³¹² Cf., par ex., la fixation rétroactive du prix du gaz (CE, 7 janvier 1949, *Joire et autres*, Rec., p. 2) ou de l'électricité (CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, préc. ; Sect., 2 juin 1972, *Syndicat national de la production autonome d'électricité (SNAPRADEL) et Société "Les forces motrices de la Frasse"*, req. n° 73.839 et 73.918, Rec., p. 409, *CJEG*, 1972, p. 241, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE), de fruits et légumes (CE, 9 novembre 1979, *Union nationale du commerce en gros des fruits et légumes*, préc. ; 1^{er} mars 1985, *Rieffel*, req. n° 40.322, Rec., p. 65), ou d'un séjour dans un établissement de soins et de cure (CE, Ass., 14 mai 1965, *Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence*, préc.).

³³¹³ CE, Ass., 9 janvier 1931, *de la Rochefoucault d'Estissac*, Rec., p. 9 ; 28 février 1947, *Ville de Lisieux*, préc. ; 10 novembre 1950, *Société beurrière de la Somme*, Rec., p. 542 ; 9 juin 1958, *Société Costa*, Rec., p. 325. Cf., par ex., concernant le montant de la redevance pour distribution d'eau potable (CE, 18 mars 1988, *Ville de Poggio-Mezzana*, préc. ; 11 juin 1993, *Commune de Rai*, préc. ; 19 avril 2000, *Commune de la Bresse*, préc. ; 25 juin 2003, *Commune des Contamines-Montjoie*, préc.), de la redevance d'archéologie préventive (CE, 30 avril 2003, *Union nationale des industries de carrières et des matériaux de construction (UNICEM) et autres*, préc.), de la redevance due par les médecins hospitaliers exerçant à temps plein une activité libérale dans un hôpital public (CE, 8 juillet 1994, *Conseil national de l'ordre des médecins*, req. n° 146.674), de la redevance sanitaire d'abattage (CE, Sect., 23 février 1994, *Société Voillet et frères*, préc.) ou de la taxe de pacage du bétail (CE, 9 novembre 1992, *Commune de Fort-du-Plasne c/ Thouverez*, préc.).

II – L'ATTEINTE A UNE SITUATION CONSTITUEE, CRITERE D'EVALUATION DU DEGRE DE RETROACTIVITE DE LA REGLE DE DROIT

918. Pour qu'il y ait rétroactivité, il faut que la règle de droit ait été rendue applicable pour le passé et qu'elle affecte un fait, un acte ou un effet juridique du passé³³¹⁴. Cela suppose de circonscrire son champ d'application en prenant en considération la position temporelle des faits et des actes que la « norme-règle » a vocation à régir³³¹⁵. Pour le droit transitoire, la rétroactivité *stricto sensu* implique une modification substantielle de l'état du droit antérieur, laquelle intervient à l'occasion d'un changement de règles³³¹⁶. Plus précisément, cela signifie que la règle rétroactive entend remettre en cause le passé d'une situation juridique donnée, tel qu'il s'est construit sous l'empire de la règle précédente. En quelque sorte, le champ d'application de la règle nouvelle empiète sur celui de la règle ancienne³³¹⁷. Ce faisant, la « norme-règle » rétroactive attache un nouvel effet de droit aux faits passés, tout en supprimant celui qui leur était attaché jusque là par la règle ancienne. La rétroactivité de la règle nouvelle porte ainsi atteinte à l'application de la règle ancienne aux faits passés et ce, de différentes manières.

Selon la définition retenue par M. Petit, « *il y a rétroactivité non seulement lorsqu'une règle anéantit ou modifie l'effet antérieurement produit en application d'une règle ancienne, mais également lorsqu'elle prétend faire produire à un fait antérieur un effet qu'il n'a pas produit selon le droit en vigueur au moment de sa survenance* »³³¹⁸. D'un point de vue normatif, il y a rétroactivité, selon la définition retenue par M. Fleury-Le Gros, toutes les fois où « *une norme a pour objet de s'opposer à l'application d'une conséquence de droit à la réalisation d'un fait passé ou d'attacher une conséquence de droit à la réalisation d'un fait passé* »³³¹⁹. Suivant ces définitions, ce changement peut revêtir deux formes. D'un côté, une règle nouvelle vient remettre en cause les conséquences de l'application de la règle ancienne à des faits passés. Dans cette hypothèse, la « norme-règle » ne peut, sans rétroagir, atteindre des faits et des actes auxquels il a été imputé un effet de droit par la règle ancienne. De l'autre côté, une règle vient attacher des conséquences nouvelles à des faits et des actes passés, alors même qu'ils ne sont régis par aucune norme antérieure³³²⁰. Ce cas de figure appelle quelques précisions, car il renvoie à la question plus générale de l'existence de lacunes dans l'ordre juridique³³²¹. En l'absence de toute règle, les faits et actes ne peuvent, *a priori*, donner naissance à une situation juridique quelconque. Si un fait ou un acte passé n'a entraîné aucun effet juridique, c'est parce qu'il n'existait aucune règle

³³¹⁴ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 21, n° 40 et 41.

³³¹⁵ Sur ce point, cf., plus haut, p. 701, n° 909.

³³¹⁶ Sur cette notion, voir L. BACH, fasc. préc., p. 5, n° 10 ; J. HÉRON, art. préc., p. 281, n° 6 ; J. PETIT, thèse préc., p. 12, n° 26.

³³¹⁷ Toutefois, une partie de la doctrine récuse l'idée qu'une norme puisse avoir un champ d'application à géométrie variable. Ainsi, P. Fleury-Le Gros considère que la norme rétroactive est, en réalité, constituée d'au moins deux normes, l'une dont le champ d'application se limite au passé, l'autre qui a pour seul objet de régir le futur. C'est là une des conséquences de l'anomalie normative générée par la rétroactivité (P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 82, n° 179). Quelle que soit la position adoptée sur cette question, elle reste sans conséquence, la norme rétroactive étant appliquée par préférence à la norme ancienne.

³³¹⁸ J. PETIT, thèse préc., p. 124, n° 251.

³³¹⁹ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., pp. 122-124, n° 274 à 278.

³³²⁰ Sur cette question, cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 123, n° 169 ; J. HÉRON, art. préc., p. 281, n° 6 ; J. PETIT, thèse préc. p. 123, n° 251 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., pp. 325-348, n° 603 à 658. Pour une position contraire, cf. L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 260, § 21.

³³²¹ Sur cette question, voir J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Archiv. phil dr.*, t. 8, Le dépassement du droit, 1963, p. 55 ; H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 155, n° 136 ; C. du PASQUIER, *op. cit.*, p. 199, n° 213 ; C. PERELMAN, (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, 1968.

établissant une relation d'imputation entre eux. En réalité, si la rétroactivité implique, par définition, une modification substantielle de l'état du droit antérieur, il faut considérer, en toute logique, qu'elle porte atteinte à l'application d'une règle préexistante consacrant cet état du droit³³²². Son présupposé est alors exactement contraire à la règle nouvelle et elle prend la forme d'une règle permissive formulée de manière implicite³³²³. Le silence des sources du droit donne ainsi naissance à une règle implicite de non imputation³³²⁴, laquelle est remise en cause par la règle rétroactive qui statue en sens contraire³³²⁵.

919. Quelle que soit la forme qu'elle revêt, la rétroactivité de la « norme-règle » implique la remise en cause d'un état du droit antérieurement fixé, d'une situation passée. C'est au travers du processus d'application du droit que l'incidence de la règle rétroactive sur l'ordonnement juridique préexistant peut être mise en lumière³³²⁶. Le processus d'application du droit débute avec le déclenchement d'un effet juridique par suite de la réalisation des conditions dont une règle de droit fait dépendre la production de cet effet. Dès lors qu'il a commencé, ce processus entraîne « l'individualisation » de l'effet de droit³³²⁷ prévu par la règle. Ce faisant, il donne naissance à une situation juridique dite « constituée », par rapport à laquelle se définit en partie la rétroactivité de la règle de droit. On oppose classiquement à la notion de situation constituée celle de situation en cours³³²⁸, laquelle commande la définition de l'effet immédiat³³²⁹. La notion de situation en cours renvoie à la situation dans laquelle les

³³²² Cf., par ex., H. SAVOIE, concl. sur CE, Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, préc., p. 410 : le commissaire du gouvernement déduit de l'absence, à la date du litige, dans le droit français des concessions de règle imposant une mise en concurrence préalable et des mesures de publicité lors de la passation d'une concession de travaux, la pleine liberté du concédant s'agissant du choix du concessionnaire. En l'espèce, cette situation s'avérait incompatible avec l'obligation communautaire de transposer la directive « travaux », le délai de transposition ayant été largement dépassé au moment des faits.

³³²³ Selon la doctrine classique, le droit en vigueur à chaque instant dans une société donnée est complet, car il est possible, à partir des différentes règles qui le composent, de tirer des principes implicites plus généraux permettant de résoudre tous les cas susceptibles de se présenter. La doctrine classique exprime l'absence de lacunes dans le droit à travers le principe selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit est permis » (cf., en ce sens, R. CAPITANT, thèse préc., p. 79 ; J. DABIN, *op. cit.*, p. 97, n° 83 ; R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Londres, Duckworth, 1978, p. 35 ; F. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 193 ; H. KELSEN, *op. cit.*, p. 22, 57 et 329 ; J.-E.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 72). Par suite, lorsque le Droit ne statue explicitement rien, il édicte implicitement une règle permissive (J. PETIT, thèse préc., p. 278, n° 578). On peut rapprocher cette idée, sans pour autant y trouver un fondement quelconque, de l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Pour une analyse critique, cf. P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : Essai de phénoménologie juridique*, Paris, LGDJ, 1964, p. 193, « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *Arch. phil. dr.*, t. 33, 1988, p. 283 et, dans une version complétée, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Caen, Centre de publications de l'Université de Caen, 1990, n° 17, p. 121. Sur les normes permissives, cf. C. BARTHE-GAY, « Les normes permissives en droit administratif français », *RRJ*, 2004, n° 1, p. 233.

³³²⁴ En l'absence de principe juridique général explicitement édicté en ce sens, le fondement de cette explication de l'absence de lacunes en droit doit être recherché dans l'idéologie libérale (J. PETIT, thèse préc., p. 124, n° 224). Sur la notion de règle de non imputation, voir P.-A. CÔTÉ, « Contribution à la théorie de la rétroactivité des lois », *Rev. Barreau Canadien*, 1989, pp. 79-80 ; J. HÉRON, « Existe-t-il des règles de non imputation ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à G. CORNU*, Paris, PUF, 1994, p. 217 ; P. MAYER, thèse préc., p. 69, n° 102. Sur cette question, voir également, p. 839, note 3834.

³³²⁵ En tout état de cause, cette analyse trouve sa limite pratique dans l'encadrement des compétences des pouvoirs publics, lesquels n'ont de pouvoirs que si une règle explicite le prévoit (J. DABIN, *loc. cit.* ; P. AMSELEK, art. préc., p. 289). Il en va également ainsi pour le droit pénal, régi par le principe de légalité des délits et des peines issu de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (H. BATTIFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 134).

³³²⁶ De ce point de vue, il faut distinguer le processus de la rétroactivité de ses conséquences substantielles (P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 157, n° 347). L'auteur met ainsi en cause la définition de la rétroactivité retenue par L. Bach, laquelle repose sur l'effet que produit la loi à l'égard des actes et des conduites humaines adoptées avant sa publication. Ainsi, la loi nouvelle sera rétroactive si elle aboutit à les déclarer irréguliers alors qu'ils étaient réguliers sous l'empire de la loi ancienne – et inversement – ou si la loi nouvelle conduit à une sanction différente de celle établie par la loi ancienne (E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », préc., p. 432, n° 33, « Contribution à l'étude de la notion de rétroactivité de la loi », préc., p. 55 et « Conflits de lois dans le temps », fasc. préc., p. 25, n° 146).

³³²⁷ Selon la définition posée par J. Petit dans sa thèse (J. PETIT, thèse préc., p. 120, n° 246). Sur la confrontation de la notion avec des notions voisines, notamment celles de situation subjective et de droit acquis, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 125 et s., n° 253 et s.

³³²⁸ Sur cette distinction, voir p. 19 et s., n° 28 et s. ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. I, préc., p. 147, n° 83 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 182, n° 404 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, pp. 312-313. Pour une référence explicite à cette distinction, voir, s'agissant d'un décret, CE, 19 décembre 2007, *Fédération française des véhicules d'époque et autres*, req. n° 289.708.

³³²⁹ L'effet immédiat consiste à appliquer la loi nouvelle à la fois aux situations en cours et aux situations à naître (R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, pp. 1149-1150, n° 1336 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 199, n° 266 ; J. HÉRON, art. préc., p. 305, n° 41 ; J. PETIT, thèse

conditions d'application de la règle de droit ne sont pas encore toutes remplies, empêchant la production – et *a fortiori* l'individualisation – de l'effet de droit. La distinction entre situation constituée et situation en cours permet de reconnaître, bien que de manière relative, l'effet rétroactif de la loi. Cependant, la frontière à tracer entre ces deux notions n'est pas toujours évidente dans la mesure où elle repose sur l'identification du moment constitutif de la situation. Or, ce dernier est éminemment contingent et résulte parfois d'un choix opéré entre plusieurs solutions également valables.

De manière générale, les conditions de constitution de la situation juridique peuvent être déterminées en prenant en compte la dimension temporelle des faits régis par la règle nouvelle. La classification qui en découle doit tenir compte à la fois de leur position dans le temps et de « *la portion qu'ils occupent dans la durée* »³³³⁰. Le premier élément permet de distinguer les faits instantanés dont la réalisation est rassemblée en un moment unique, des faits successifs, dont la survenance est dispersée dans le temps (A). La prise en considération de la durée dans la règle de droit conduit à séparer les faits instantanés des faits continus, dont la réalisation suppose un temps plus ou moins long (B).

A/ L'atteinte à une situation constituée en présence de faits instantanés

920. Lorsque la règle nouvelle entend régir des faits instantanés, son champ d'application temporel est déterminé directement par la position dans la chronologie des faits correspondant à son présupposé. De tels faits n'occupant qu'un instant dans la durée, leur simple réalisation entraîne la production de l'effet prévu par la règle de droit. Pourvu qu'ils se soient tous produits avant que la loi nouvelle ait été rendue observable, celle-ci ne pourra les saisir sans porter atteinte à une situation constituée (1). En revanche, dans le cas où les faits correspondant au présupposé de la règle de droit se sont produits pour partie à un moment antérieur à la date d'observabilité de la loi nouvelle et pour partie postérieurement, la solution sera, en principe, inverse. Le processus d'application de la loi ancienne n'ayant pas débuté, la situation passée saisie par la loi nouvelle n'est pas entièrement constituée (2).

1°) L'atteinte à une situation constituée en l'absence de dispersion de faits

921. Le contexte d'absence de dispersion de faits signifie que tous les faits correspondant au présupposé de la règle ancienne se sont produits antérieurement à la date d'observabilité de la loi nouvelle³³³¹. Le sujet de droit a déjà rempli toutes les conditions décrites dans le présupposé de la règle ancienne avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle³³³². Le processus d'application du droit ayant commencé, il devrait normalement se poursuivre malgré l'intervention de la loi nouvelle.

Cette situation ne présente guère de difficulté, dès lors qu'elle ne concerne que des faits momentanés. Une loi est entachée de rétroactivité si elle s'applique à une situation déjà entièrement

préc., p. 377, n° 780 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 292, n° 62). Les auteurs se réfèrent parfois à la notion d'application générale de la loi nouvelle, sans qu'il y ait une différence autre que purement lexicale (E.-L. BACH, art. préc., respectivement p. 430, n° 30 et p. 19, n° 111 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 191, n° 427 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 82, n° 89 ; O. NÉGRIN, thèse préc., p. 355).

³³³⁰ P.-A. CÔTÉ, « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps », préc., pp. 209-211 ; J. DEPREZ, thèse préc., t. I, p. 44, n° 40 ; J. PETIT, thèse préc., p. 149, n° 311. Voir également, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 202, n° 44 et p. 294, n° 63. ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 337, n° 633.

³³³¹ L. BACH, fasc. préc., p. 30, n° 171 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 199, n° 267 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 49 et s. n° 96 et s. ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 28 et s., n° 23 et s.

³³³² Relève également de cette situation le cas dans lequel le sujet de droit n'aurait rempli aucune des conditions du présupposé de la règle ancienne au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

constituée³³³³ dans le passé. Soit la loi attache une conséquence de droit à la réalisation d'un fait unique et instantané, soit elle attache une conséquence de droit à la réalisation de plusieurs faits concomitants³³³⁴. Dans un cas comme dans l'autre, les conditions du présumé de la règle ne peuvent, en effet, être remplies qu'en un instant unique. En conséquence, la situation juridique se trouve définitivement constituée dès l'instant où le ou les faits se seront réalisés.

Autrement dit, la situation est constituée dès que la loi devient observable. Dans pareille situation, la position temporelle du ou des faits visés dans le présumé de la règle détermine directement son champ d'application. Si cette position est chronologiquement antérieure à la date d'observabilité de la loi nouvelle, il y aura rétroactivité. L'applicabilité anticipée de la loi nouvelle aux faits passés emporte nécessairement la remise en cause de la situation instantanément constituée par l'application de la loi ancienne. Du point de vue du sujet de droit, la loi rétroactive aura alors pour effet, soit de traiter comme régulière la réalisation d'un fait pourtant irrégulière selon la loi ancienne ou inversement, soit de sanctionner différemment la réalisation de ce fait³³³⁵.

L'apparente simplicité de ce cas de figure ne doit pas masquer la difficulté, dans certains cas, d'identifier le moment constitutif de la situation juridique³³³⁶. Celui-ci diffère selon la nature et le contenu des éléments du présumé de la règle³³³⁷. À cet égard, il faut distinguer selon que la règle nouvelle régit un ensemble de faits (a) ou un acte juridique (b)³³³⁸.

a - L'atteinte au fait générateur d'une situation constituée

922. La constitution de la situation juridique a lieu par suite de la simple réalisation des faits correspondant au présumé de la « norme-règle ». Un seul événement entraîne l'application de la règle de droit. Le fait générateur de la situation constituée consiste en une opération unique qui épuise immédiatement ses effets³³³⁹. En principe, le moment constitutif correspond à l'instant où la condition figurant dans le présumé de la règle est remplie par son destinataire (α). Néanmoins, l'autorité normative peut désigner d'autorité un autre point de référence dans la chronologie comme moment constitutif de la situation juridique. Ainsi, cette dernière sera réputée constituée à une autre date que celle à laquelle le sujet de droit remplit les conditions nécessaires à l'application de la règle de droit (β).

α) L'incidence de la règle nouvelle sur les situations constituées par suite de la réalisation des faits instantanés correspondant à son présumé

³³³³ CE, Avis, 16 février 2004, *Association familiale Les papillons blancs de Denain et environs*, préc. ; 1^{er} octobre 2004, *Mme Mazzoni*, préc. ; 9 mai 2005, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Commune de Thionville*, req. n° 271.038, Rec., T., p. 584, *BJCL*, 2005, n° 7, p. 490, concl. F. SÉNERS, *JCP CTI*, 2005, n° 7-8, p. 24, obs. L. ERSTEIN, *RLCT*, 2005, n° 4, p. 27, obs. E. GLASER ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc. ; 16 juin 2008, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et association syndicale des spécialistes en orthopédie dento-faciale*, préc.

³³³⁴ Sur cette distinction, voir P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 46, n° 91.

³³³⁵ Selon la distinction établie par le Doyen E.-L. Bach, puis reprise par P. Fleury-Le Gros (E.-L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », préc., p. 429, n° 29 et « Conflits de lois dans le temps », fasc. préc., p. 19 et s., n° 110 et s. ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 123, n° 274).

³³³⁶ Sur cette difficulté, voir P. AUVRET, art. préc., p. 80 et s. ; E.-L. BACH, art. préc., p. 419, n° 13 et fasc. préc., p. 19, n° 109 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 234, n° 305 et p. 246, n° 317 ; J. PETIT, *loc. cit.* ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 342, n° 642.

³³³⁷ Sur cette distinction et sur le constat que la doctrine de droit public a tendance à privilégier le rôle de la décision administrative dans la constitution des situations juridiques, cf. J. PETIT, *eod. loc.*

³³³⁸ Y. AGUILA, concl. sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc., p. 463 ; B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revillod et autres*, préc., p. 398 ; M. GUYOMAR, concl. sur CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc. Voir également, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *loc. cit.*

³³³⁹ P. AUVRET, art. préc., p. 80 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 220, n° 296 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 46, n° 91 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 394, n° 754.

923. Quelques exemples pris respectivement dans le domaine du droit de la responsabilité, de celui des pensions civiles, du droit répressif et du droit au recours permettront d'apprécier la rétroactivité de la règle nouvelle en présence de situations constituées de manière instantanée.

924. En matière de responsabilité, la survenance d'un dommage suffit à faire naître le droit à indemnisation. C'est dire que la situation de la victime est constituée au jour de l'accomplissement du fait dommageable³³⁴⁰. Par conséquent, la règle nouvelle ne peut, sans rétroactivité, modifier les conditions de l'indemnisation³³⁴¹ ou la qualité de personne responsable³³⁴² si le fait dommageable s'est produit antérieurement à la date à laquelle elle devient observable.

Il en a été longtemps de même pour le tiers-payeur dont la situation était appréciée en fonction de celle de la victime. À l'instar de cette dernière, la situation du tiers-payeur était considérée comme constituée à la date de réalisation du dommage. Sur ce point, la jurisprudence administrative se trouvait en opposition avec celle des tribunaux judiciaires, davantage fidèle aux principes régissant la subrogation. En matière de subrogation, la situation du subrogé est constituée au jour du paiement de l'indemnité, dès lors que ce dernier a pour seul effet de transférer la créance du subrogeant³³⁴³. C'est à cette conception que s'est finalement rangé le Conseil d'État en retenant la date du paiement de l'indemnité pour apprécier les droits du tiers-payant à l'égard des tiers responsables du dommage³³⁴⁴. Il s'ensuit que la rétroactivité de la règle nouvelle sera patente si elle entend modifier les conditions d'indemnisation de ceux des tiers-payeur dont l'indemnité a déjà été payée au moment où la norme devient observable.

Lorsque c'est la jurisprudence qui fixe les principes applicables, comme c'est souvent le cas en matière de responsabilité administrative, les éléments formant le présupposé de la règle se sont, par hypothèse, déjà produits au moment où le juge intervient³³⁴⁵. En raison du mode de formulation particulier de la jurisprudence qui associe création et application du droit, le juge substitue une règle nouvelle à celle qui a été appliquée – ou qui aurait dû l'être – au moment de l'accomplissement du fait

³³⁴⁰ CE, Sect., 24 octobre 2008, *M. Pietri*, req. n° 301.851, Rec., p. 359, *JCP A*, 2009, n° 38, p. 46, note C. PAILLARD.

³³⁴¹ CE, 19 juin 1896, *Dame veuve Chirat*, Rec., p. 511 ; 1^{er} février 1963, *Distillerie de Magnac-Laval*, req. n° 35.856, Rec., p. 62, *AJDA*, 1963, II, p. 286 ; Sect., 21 mai 1965, *Jouliat*, préc. (sol. impl.) ; Sect., 1^{er} juillet 1966, *Avignon*, préc. ; 14 décembre 1984, *Gauchon*, req. n° 37.382, Rec., T., p. 735, *D.*, 1986, *IR*, p. 261, obs. F. MODERNE et P. BON ; 7 février 1986, *Consorts Carbonneaux*, préc. ; TC, 21 décembre 1987, *SARL Hazeaux*, req. n° 02.510, Rec., p. 455 ; CE, Sect., 27 juillet 1990, *Consorts Bridet, Cattelin, Patrico*, req. n° 57.978 et 58.621 à 58.624 et 80.632, Rec., p. 230, concl. M. FORNACCIARI, *AJDA*, 1990, n° 12, p. 897, obs. G. DARCY, *Quot. jur.*, 12 février 1991, n° 19, p. 2, note M.-C. ROUAULT, *RFDA*, 1991, n° 1, p. 141, note P. BON.

³³⁴² TC, 21 décembre 1987, *SARL Hazeaux*, préc. ; CE, Sect. 29 mars 2000, *Assistance-publique-Hôpitaux de Paris c/ Consorts Jacquié*, req. n° 195.662, *D.*, 2000, n° 26, p. 563, note A. BOURREL, *Gaz. Pal.*, 17 décembre 2000, n° 352, p. 34, note P. VILLENEUVE, *JCP G*, 2000, n° 29, p. 1438, note A. DERRIEN, *LPA*, 21 septembre 2001, n° 190, p. 13, note M. FOULETIER, *RDSS*, 2001, n° 1, p. 77, note S. PUGEAULT, *RFDA*, 2000, n° 4, p. 850, concl. D. CHAUVVAUX, *RRJ*, 2001, n° 4, p. 2133, note C. LAUCCI ; 15 janvier 2001, *Assistance-publique-Hôpitaux de Paris*, req. n° 208.958, Rec., p. 15, *CFP*, juin 2001, p. 32, obs. M. GUYOMAR, *LPA*, 15 juin 2001, n° 119, p. 18, note A. LAQUIÈZE, *RFDA*, 2001, n° 1, p. 139, concl. D. CHAUVVAUX ; 27 février 2002, *Assistance publique de Marseille et Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles*, req. n° 184.009 et 184.306, Rec., p. 63.

³³⁴³ Art. 1249 et s. du Code civil. Cf., respectivement, CE, Sect., 1^{er} juillet 1966, *Avignon*, req. n° 60.114, Rec., p. 436 ; Cass. Com., 14 décembre 1965, Bull. III, n° 647 ; Civ. 3^{ème}, 5 février 1985, *Société La Providence c/ Syndicat coopératif des copropriétaires de l'immeuble sis à Asnières*, pourv. n° 83-15.080, Bull. Civ. III, n° 22, p. 15. Pour une décision isolée allant dans le même sens, CE, 5 février 1969, *Crédit du Nord*, req. n° 73.050, Rec., p. 7.

³³⁴⁴ CE, Sect., Avis, 4 juin 2007, *Lagier et Consorts Guignon*, préc. (sol. impl.) ; 5 mars 2008, *Caisse primaire d'assurance-maladie (CPAM) de Seine-Saint-Denis*, req. n° 272.447, Rec., p. 95, *AJDA*, 2008, n° 17, p. 941, concl. J.-P. THIELLAY, *Gaz. Pal.*, 2 avril 2008, n° 93-94, p. 8, note C. BERNFELD et F. BIBAL, *RFDA*, 2008, n° 3, p. 620 ; cf. également Cass. Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, *Agent judiciaire du Trésor c/ Mme Bereziat*, pourv. n° 03-12.644, Bull. Civ. II, n° 344, p. 292.

³³⁴⁵ On peut remarquer que les faits entrant dans son champ d'application sont, au premier chef, ceux-là même qui ont donné lieu au litige à l'occasion duquel le juge l'a énoncée. Cela ne signifie pas que ce sont les seuls.

dommageable. Le fait générateur de la situation s'étant réalisé antérieurement à l'édition de la règle jurisprudentielle nouvelle, il y a bien atteinte à une situation antérieurement constituée³³⁴⁶.

925. En matière de pensions, la sortie définitive du service entraîne instantanément l'ouverture du droit à pension de retraite reconnu au fonctionnaire³³⁴⁷. En d'autres, elle fait naître une créance au profit d'un fonctionnaire déterminé, dont le montant correspond à celui de la pension. Selon un principe général résultant d'une jurisprudence constante, les droits à pension doivent être appréciés en vertu de la législation en vigueur à la date à laquelle ils s'ouvrent, c'est-à-dire au moment où les fonctionnaires sont admis à faire valoir leurs droits à la retraite. En effet, la réalisation des conditions d'obtention du droit à pension se produit au moment où celui-ci quitte la fonction publique³³⁴⁸. De ce qui précède, il résulte que la situation du fonctionnaire se trouve instantanément constituée à cette date³³⁴⁹. Par suite, la règle nouvelle ne peut, sans rétroagir, modifier les conditions d'existence ou de liquidation du droit à pension, si son ouverture est antérieure à la date à laquelle ladite elle devient observable³³⁵⁰.

Un même raisonnement peut être suivi pour le droit à majoration de pension. Celui-ci est constitué, non à la date d'ouverture du droit à pension mais à celle à laquelle les conditions légales de son obtention sont remplies. Dès lors que le droit à majoration est ouvert, la situation est instantanément constituée³³⁵¹. À compter de cette date, l'autorité normative ne peut venir modifier les règles qui lui sont applicables pour la période antérieure à la date d'observabilité de la règle nouvelle.

926. L'application dans le temps des règles répressives de fond suit la même logique et se détermine, en principe, par rapport à la date de commission de l'infraction³³⁵². Si l'infraction est instantanée³³⁵³, sa

³³⁴⁶ Sur ce point, cf., plus haut, p. 311 et s., n° 396 et s.

³³⁴⁷ CE, 15 juillet 1931, *Poncet*, Rec., p. 770 ; 20 avril 1951, *Guazzelli*, Rec., p. 208 ; Avis, 5 février 1952 ; 10 novembre 1976, *Rolland*, req. n° 01.894, Rec., p. 483) Sur ce point, cf. P. CARCELLE et G. MAS, « Les "droits acquis" en matière de pensions », *Rev. adm.*, 1954, p. 390 ; J. PETIT, thèse préc., p. 136, n° 281.

³³⁴⁸ En général, ce moment correspond à la date de cessation de l'activité (CE, 4 août 1905, *Sieur Gêneau*, Rec., p. 761, S., 1907, III, p. 107 ; 15 décembre 1905, *Sieur Lemaire*, Rec., p. 945 ; 12 juillet 1911, *Lucas*, Rec., p. 827, S., 1914, III, p. 49 ; 17 juin 1914, *Sicres*, Rec., p. 709 ; 20 mars 1926, *Lacoste*, req. n° 88.145, T. décen., t. IV, p. 440 ; 20 juillet 1927, *Sieur Trouilloud*, Rec., p. 814 ; 26 mars 1930, *Sabatier*, Rec., p. 345 ; 10 décembre 1930, *Sieur de Courte*, Rec., p. 1048 ; Sect., 24 juillet 1931, *Snevel*, Rec., p. 860 ; 6 janvier 1932, *Rochemulat*, Rec., p. 10 ; 13 mars 1947, *Dame Girod*, Rec., p. 107 ; 29 novembre 1951, *Sieur Berriche*, Rec., p. 560 ; 19 novembre 1959, *Sieur Robin*, Rec., p. 514) et, plus précisément, de celle de la radiation des cadres (CE, 4 février 1916, *Sieur Morillon*, Rec., p. 125 ; 25 juillet 1929, *Pasquini*, Rec., p. 865 ; 29 juillet 1947, *Ducos*, Rec., p. 372 et *Camus*, Rec., p. 373 ; 3 novembre 1954, *Sieur Mohamed Ould Bahous*, Rec., p. 568 ; 17 novembre 1972, *Sieur Poinard*, req. n° 85.062, Rec., p. 738) quelle qu'en soit la cause (R. CHAPUS, *op. cit.*, t. II, p. 323, n° 371 2°). Sur cette question, voir J. PETIT, thèse préc., pp. 135-136, n° 281-282.

³³⁴⁹ CE, 30 janvier 1981, *Mourgues*, req. n° 16.261 ; 18 février 1994, *Goeldner*, req. n° 123.659.

³³⁵⁰ CE, 7 août 1891, *Veuve Leroux*, Rec., p. 607, S., 1893, III, p. 101 ; 26 janvier 1906, *Dame Vincent*, Rec., p. 78 ; 6 janvier 1926, *Dame Veuve Babin et autres*, Rec., p. 16, *DH*, 1926, p. 103 ; 4 août 1927, *Aujas*, Rec., p. 956 ; 25 juillet 1928, *Gaby*, Rec., p. 947 ; 26 mars 1930, *Sieur Sabatier*, préc. ; 3 décembre 1930, *Pergaud*, Rec., p. 1016 ; 10 décembre 1930, *Sieur de Courte*, préc. ; 24 juin 1931, *Susini*, Rec., p. 674 ; 3 novembre 1954, *Sieur Mohamed Ould Bahous*, préc. ; 4 octobre 1968, *Sieur Brigueur*, req. n° 60.201, Rec., p. 477. Pour un ex. récent, voir CE, 6 mars 2008, *Caisse des dépôts et consignations*, req. n° 286.002.

³³⁵¹ (CE, Sect., 25 mai 1962, *Dame Veuve Duhaill*, req. n° 48.334, Rec., p. 347 ; 30 octobre 1972, *Kenniche*, req. n° 80.519, Rec., p. 660 ; 10 novembre 1976, *Rolland*, préc. ; 16 février 1977, *Burdin*, req. n° 02.440, Rec., p. 93). Il en irait différemment si une disposition rattachait le droit à majoration à l'acquisition du droit à pension (CE, 11 octobre 1967, *Profit*, req. n° 68.834, Rec., p. 364 ; 8 mai 1968, *Dame veuve Lucien*, req. n° 71.387, Rec., p. 294 ; 17 décembre 1969, *Dame veuve Lesure*, req. n° 75.040, Rec., p. 592 ; 23 février 1972, *Dame Veuve Pauthier*, req. n° 83.533, Rec., p. 165 ; 10 avril 1974, *Dame Veuve Mouray*, req. n° 89.408, Rec., T., p. 1077 ; 20 juin 1975, *Poutrel*, req. n° 95.065, Rec., T., p. 1164 ; 23 juillet 1976, *Boillot*, req. n° 98.970, Rec., T., p. 1024 ; 27 octobre 1976, *Gimenes*, req. n° 00.607, Rec., p. 446 ; 11 janvier 1985, *Rodriguez*, req. n° 56.395, Rec., T., p. 705). La situation serait constituée pour l'un et l'autre de ces droits au jour de l'ouverture du droit à pension.

³³⁵² J. CARBAJO, thèse préc., p. 120 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, préc., p. 343, n° 253 ; J. MOURGEON, *La répression administrative*, préc., p. 346, n° 244 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 171, n° 203. Voir C.Const., déc. n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, préc., cons. 7 et 12 ; déc. n° 86-215 DC, 3 septembre 1986, préc., cons. 23 ; déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, préc., cons. 25 ; déc. n° 93-334 DC, 20 janvier 1994, préc., cons. 14 ; déc. n° 96-387 DC, 21 janvier 1997, préc., cons. 21 ; déc. n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, préc., cons. 23 ; déc. n° 2008-562 DC, 21 février 2008, préc., cons. 6.

commission s'exécute en un bref moment, si bien que le présupposé de la règle se réalise tout entier à cet instant. Dès lors, une loi, ou plus rarement un règlement, créant ou modifiant une règle d'incrimination³³⁵⁴ ou de pénalité³³⁵⁵ ne peut s'appliquer, sans rétroactivité, aux infractions instantanées commises à une date antérieure à celle de son observabilité.

927. En matière de droit au recours, la situation juridique du requérant est constituée instantanément au jour de l'introduction du recours. C'est à cette date que doit être appréciée l'action dans le temps des règles qui affectent la substance du droit au recours. Ainsi en va-t-il des règles relatives aux conditions et aux formes d'exercice de ce droit, qui ne sont autres que les règles de recevabilité³³⁵⁶. Ces règles sont immédiatement applicables à l'ensemble des recours en voie d'introduction, mais ne sauraient régir, sans rétroactivité, les recours déjà déposés au moment où la règle nouvelle devient observable³³⁵⁷.

928. On pourrait ainsi multiplier les exemples dans le domaine de la fonction publique³³⁵⁸, ou, plus spécialement, en matière d'action en récupération d'aides sociales³³⁵⁹. Dans l'ensemble de ces situations,

³³⁵³ Il en va différemment lorsque l'infraction présente un caractère successif ou continu (J. MOURGEON, thèse préc., p. 345, n° 243 ; cf., plus bas, p. 66, note 303).

³³⁵⁴ CE, 8 avril 1847, *Compagnie du chemin de fer de Paris à Rouen*, Rec., p. 180 ; 13 mai 1881, *Brissy*, préc. ; 6 février 1946, *Crosa*, Rec., p. 42 ; 9 décembre 1949, *Maneby*, Rec., p. 535 (sol. *a contrario*) ; Ass., 15 juillet 1954, *Société des aciéries et forges de Saint François*, req. n° 4.190, Rec., p. 482, S., 1954, III, 104, *RPDA*, 1954, p. 205, concl. LAURENT ; C. Const., déc. n° 96-387 DC, 21 janvier 1997, préc. Cette solution ne concerne pas uniquement les règles d'incrimination directe, mais également les dispositions qui remplissent une fonction incriminante indirecte (cf., plus haut, p. 461, n° 371 ; J. PETIT, thèse préc., p. 48 et s., n° 99 et s.).

³³⁵⁵ CE, Sect., 27 mai 1932, *Chaufrein*, Rec., p. 514 ; 8 novembre 1999, *Guïton*, req. n° 191.630, Rec., T., p. 1000 (sanction disciplinaire) ; 8 décembre 1944, *Secrétaire d'État aux communications*, Rec., p. 321 (contravention de grande voirie) ; Plén., 30 mars 1987, *Ministre du Budget c/ Société La Rabelaisienne*, req. n° 74.410, Rec., T., p. 665, *DF*, 1987, comm. 919, concl. O. FOUQUET, *RJF*, 1987, n° 7, p. 261, chr. M.-L. CHAMPAGNE ; Sect., 11 décembre 1987, *SCI Rudel*, préc. (pénalités fiscales) ; 25 octobre 2002, *Vii*, req. n° 239.884 et 239.885, Rec., p. 354, *Dr. adm.*, 2003, n° 62, note C. MAUGÜÉ (incapacité électorale) ; Sect., 19 mai 1948, *Société des laminoirs Saint-Victor*, Rec., p. 220 ; 15 mars 1961, *SA des dragages de Saint-Georges*, req. n° 49.886, Rec., p. 184 ; Sect., 29 janvier 1982, *SA Allumettière française, SA Feudor-France et SARL Coopérative de distribution d'articles manufacturés*, req. n° 13.660, 13.713 et 13.720 (trois esp.), Rec., p. 38, *AJDA*, 1982, n° 5, p. 361, chr. F. TIBERGHEN et B. LASSERRE ; 24 mars 1982, *Société Legrand*, req. n° 15.967, Rec., T., p. 544, *AJDA*, 1982, n° 5, p. 361, chr. F. TIBERGHEN et B. LASSERRE ; 27 avril 1983, *Société Arthur Martin*, req. n° 23.485, Rec., p. 164 (infractions en matière économique) ; 13 février 1959, *Quesnel*, Rec., T., p. 1074 ; 13 juin 1990, *Schneider*, req. n° 74.010, Rec., T., p. 931 ; Sect., 4 février 2000, *Établissement public pour l'aménagement de la région de La Défense (EPAD)*, req. n° 202.981, Rec., p. 31, *Dr. adm.*, 2000, n° 3, p. 32, *RJF*, 2000, n° 4, comm. 495, concl. C. BERGEAL, *RFDA*, 2000, n° 2, p. 474 (amende pour recours abusif).

³³⁵⁶ Cf., par ex., CE, 6 octobre 1941, *Dame de Wulliod*, Rec., T., p. 267 ; 29 févr 1956, *Sieur Gaillard*, Rec., p. 97 ; Sect., 29 décembre 2000, *Caisses primaires d'assurance-maladie (CPAM) de Grenoble, de l'Ain, de la Vienne et de Lyon c/ Robin*, req. n° 188.378, 188.381 et 188.391, Rec., p. 671, *RFDA*, 2002, n° 2, p. 372, concl. A.-F. ROUL (conditions relatives au requérant) ; 22 juin 1906, *Dame de l'Aigle*, Rec., p. 545 ; Sect., Avis, 28 septembre 1994, *Préfet de l'Aube c/ SARL Gueritte*, req. n° 158.163, Rec., p. 414, *RFDA*, 1995, n° 6, p. 1108, concl. R. ABRAHAM (conditions relatives à la forme de la saisine) ; 8 février 1967, *Société générale d'Achat du Bon marché*, req. n° 62.470, Rec., p. 58 (conditions relatives à la procédure de saisine). Voir J. PETIT, thèse préc., p. 470, n° 959.

³³⁵⁷ Les règles jurisprudentielles dégagées en la matière fournissent quelques illustrations. Voir CE, 1^{er} juin 1906, *Alcindor*, Rec., p. 516 ; Sect. 13 décembre 2006, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, req. n° 264.115, Rec., p. 556, *AJDA*, 2007, n° 7, p. 367, chr. F. LENICA et J. BOUCHEZ, *Environnement*, 2007, n° 2, p. 22, note P. TROUILLY, *RFDA*, 2007, n° 1, p. 26, concl. C. VEROT ; Sect., 3 octobre 2008, *Roche*, req. n° 291.928, Rec., p. 339, *AJDA*, 2009, n° 3, p. 167, note N. GABAYET, *BJDU*, 2008, n° 5, p. 350, concl. C. DE SALINS et p. 363, obs. J.-C. BONICHOT, *Dr. adm.*, 2008, n° 12, p. 49, note F. MELLERAY, *RDI*, 2008, n° 11, p. 567, note P. SOLER-COUTEAUX, *RFDA*, 2008, n° 6, p. 1268 : ouverture du recours en cassation aux seules personnes ayant la qualité de partie à l'instance ; Avis, 19 novembre 2008, *Société Sahelac et Mme Danielle Juventin*, préc. : dispense de l'obligation de notification des recours exigée par l'art. R. 600-1 du Code de l'urbanisme en l'absence de mention de cette obligation dans l'affichage sur le terrain du permis de construire contesté.

³³⁵⁸ L'entrée dans la fonction publique résulte également d'un fait instantané, l'acte de nomination. Ainsi la loi nouvelle remettant en cause le titre d'accès à la fonction publique ou modifiant les conditions de cet accès ne peut s'appliquer, sans rétroactivité, aux agents déjà en fonctions (CE, 20 mai 1887, *Henri d'Orléans, Duc d'Aumale et autres c/ Ministre de la Guerre* (1^{ère} esp.), Rec., p. 409, concl. R. MARGUERIE ; 9 mai 1947, *Fabre*, Rec., p. 187 ; 5 février 1954, *Garnier*, Rec., p. 75 ; 9 mai 1973, *Grand*, req. n° 85.067, Rec., p. 340). Parallèlement, les règles relatives à la cessation des fonctions ne peuvent toucher, sans rétroagir, les personnes qui sont déjà sorties de fonctions (CE, 15 juillet 1931, *Dame Delmotte*, Rec., p. 767 ; 4 novembre 1946, *Mathieu*, Rec., p. 252 ; 28 novembre 1947, *Meyer*, Rec., p. 447 ; 27 janvier 1950, *Alfred*, Rec., p. 59 ; 19 novembre 1955, *Pergaud*, Rec., p. 540 ; 4 octobre 1968, *Bigueur*, req. n° 60.201, Rec., p. 477 ; 10 juillet 1970, *Antri Bouzar Tameur Ben Mostefâ*, req. n° 76.266, Rec., p. 479 ; 30 septembre 1994, *Mme Jones-Davies*, req. n° 92.292, Rec., T., p. 978). Dans le même ordre d'idées, le droit aux congés payés ou à l'indemnité compensatrice de congés payés est constitué au jour où le salarié est admis à en jouir ou à s'en prévaloir (CE, 13 mai 1987, *Syndicat national de la petite et moyenne industrie* req. n° 42.383, Rec., T., p. 574). S'il a été ouvert antérieurement à l'observabilité de la loi

l'appréciation de l'action sur le passé de la règle nouvelle repose sur l'instant où le fait générateur de la situation régie s'est produit. Sa survenance étant instantanée, la qualification de l'effet dans le temps de la règle nouvelle résulte directement de la comparaison entre, d'une part, la date d'observabilité de la règle nouvelle et, d'autre part, la date à laquelle le fait générateur s'est réalisé.

Il arrive cependant que la situation juridique ne se constitue pas à la date à laquelle les éléments qui forment le contenu du présupposé de la « norme-règle » sont tous réunis, mais à une date désignée par l'autorité normative.

β) L'incidence de la règle nouvelle sur les situations constituées par suite de la réalisation d'un fait générateur artificiel

929. Dans certains cas, la situation juridique sera réputée constituée à une autre date que celle de la réalisation des faits qui en conditionnent la naissance³³⁶⁰. La situation constituée résulte alors d'une date conventionnelle, et nécessairement artificielle, désignée par l'autorité normative ou choisie par le juge. Cela est particulièrement vrai pour la matière fiscale. En principe, les règles d'assiette et de taux ne peuvent, sans rétroagir, s'appliquer à un fait générateur qui serait antérieur à leur date d'observabilité³³⁶¹. S'il ne fait donc aucun doute que la situation fiscale du contribuable est constituée au

nouvelle, celle-ci ne pourra l'atteindre sans rétroagir. Le même raisonnement peut être tenu s'agissant de la nouvelle bonification indiciaire (CE, 14 décembre 1998, *Frère*, préc.). Voir J.-M. AUBY, art. préc., p. 32 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 129 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 41.

³³⁵⁹ Le droit de récupération reconnu à la collectivité publique débitrice d'une allocation d'aide sociale sur le chef du légataire ou du donataire du bénéficiaire se trouve constitué par la réalisation des conditions légales faisant acquérir cette qualité à l'une ou l'autre de ces personnes. Par ex., en cas de récupération sur succession, le droit naît au jour du décès du bénéficiaire de l'aide sociale (CE, Sect., 4 février 2000, *Département de la Haute-Garonne*, préc. ; 21 février 2000, *Mme Couteau*, préc. ; 1^{er} octobre 2004, *Mme Mazzoni*, préc. ; Sect., 19 novembre 2004, *Ramond*, req. n° 249.358, Rec., p. 430, et Sect., 19 novembre 2004, *Roche*, req. n° 254.797, Rec., p. 443, *AJDA*, 2005, n° 4, p. 194, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *BJCL*, 2005, n° 3, p. 158, concl. C. DEVYS, *JCP N*, 2005, n° 6, p. 276, note C. DEVYS et n° 13, p. 676, concl. C. DEVYS, *RDSS*, 2005, n° 1, p. 89, concl. C. DEVYS ; 11 avril 2005, *M. Audemard d'Alançon*, req. n° 262.332, Rec., T., p. 734, *AJDA*, 2005, n° 37, p. 2082, note H. RIHAL, *BJCL*, 2005, n° 6, p. 381, concl. C. DEVYS et obs. B. POUJADE ; 9 septembre 2007, *Mme Derbez c/ Ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports*, req. n° 278.165).

³³⁶⁰ Cf. par ex., les règles régissant le permis de conduire à points. La perte des points doit être déterminée selon les règles en vigueur non pas au jour de la commission de l'infraction mais à la date à laquelle sa réalité a été établie (CE, 8 décembre 1995, *Meyet*, req. n° 144.696, Rec., T., p. 643 ; TA Orléans, 22 novembre 2007, *Nziengue*, req. n° 0603960, *AJDA*, 2008, n° 9, p. 486).

³³⁶¹ CE, Ass., 9 juillet 1931, *de La Rochefoucault d'Estissac*, Rec., p. 9 ; Ass., 26 octobre 1945, *Société Bazaine Publicité*, préc. ; Ass., 16 mars 1956, *Sieur Garrigou*, préc. ; Sect., 10 mai 1963, *Ministre des Finances c/ Société Berger et Cie*, req. n° 51.329, Rec., p. 284 ; 14 mai 1965, *Secrétaire d'État aux Finances et Ministre des Finances et des Affaires économiques c/ Jacquier*, Rec., p. 278, *RDP*, 1966, n° 1, p. 164, concl. M. LAVONDÈS ; 5 janvier 1979, *Association nationale de la meunerie française*, préc. ; 25 mars 1983, *Dejaeghere*, req. n° 36.286, Rec., T. p. 534 ; 9 octobre 1992, *Union patronale Rhône-Alpes (UPRA)*, préc. ; 9 novembre 1992, *Commune de Fort-de-Plasne c/ Thouverez*, préc. ; 2 mars 1994, *Syndicat national des viviers et station d'épuration d'huîtres, moules et coquillages*, préc.

moment de la réalisation du fait générateur³³⁶² de l'imposition³³⁶³, celui-ci ne répond pas toujours à la réalité des faits qui forment la matière imposable³³⁶⁴.

930. De fait, lorsque le fait générateur est déterminé en relation directe avec une opération instantanée, son identification ne soulève pas de difficultés particulières. Le champ d'application de la règle est, le plus souvent, directement déterminé par l'opération ponctuelle visée³³⁶⁵. Par suite, une règle fiscale ne pourrait, sans rétroagir, modifier l'assiette et le taux d'un impôt frappant une opération instantanée, si celle-ci s'est réalisée antérieurement à la date à laquelle la norme devient observable³³⁶⁶.

931. En revanche, pour d'autres impôts, la détermination du fait générateur n'entretient pas nécessairement un lien direct avec les opérations qui composent la matière imposable. C'est le cas lorsque la base d'imposition est formée d'un ensemble complexe d'éléments. La situation du contribuable résulte, le plus souvent, de faits successifs s'étalant sur une longue période. Aucun de ces faits n'étant déterminant à lui seul, il est nécessaire de fixer une date de référence, une « date-frontière », à laquelle la situation sera réputée constituée. De là le caractère artificiel, et nécessairement instantané,

³³⁶² Celle-ci marque la naissance de l'obligation fiscale (J. PETIT, thèse préc., p. 123, n° 250 ; G. MORANGE, « Le fait générateur dans le mécanisme juridique de naissance de la créance d'impôt », *RDP*, 1943, n° 4, p. 319). Par principe, en matière de contributions publiques, la situation est juridiquement constituée à la date à laquelle les textes indiquent que la créance publique est constatée.

³³⁶³ D. LABETOULLE, concl. sur CE, Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique et autre*, req. n° 54.300 et 54.467, Rec., p. 258, *AJDA*, 1984, n° 10, p. 627, spéc. p. 629 ; B. LASSERRE, concl. sur CE, 31 octobre 1986, *Chambre syndicale des Pharmaciens de la Loire et al.*, req. n° 46.694, Rec., p. 250, *RFDA*, 1987, n° 4, p. 549. Cf. également, CE, 2 mai 1941, *Sieur Bourgerol* (3^e esp.), Rec., p. 77 ; Sect., 20 juillet 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Société X.*, req. n° 74.031, Rec., p. 552, *DF*, 1972, n° 50, comm. 1817, concl. M. DELMAS-MARSALET. Voir, en ce sens, A. BERTRAND, *La rétroactivité en droit fiscal*, thèse préc., p. 30 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 76 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 234, n° 306 ; G. JÈZE, « Le fait générateur de l'impôt », préc., p. 618 ; A. KERREST, « La rétroactivité de la loi fiscale », préc., p. 156 ; M. LIÉBERT-CHAMPAGNE, « Application des lois fiscales dans le temps », préc., p. 558 ; D. MALINGRE, « L'application dans le temps des lois relatives à l'assiette de l'impôt », préc., p. 72 ; J. MÉRIC, « L'application dans le temps des lois de procédure en matière fiscale », préc., p. 132 ; J. PETIT, thèse préc., p. 122, n° 250.

³³⁶⁴ G. GEST, « L'application de la loi fiscale dans le temps : les différentes formes de la rétroactivité », in *La rétroactivité de la loi fiscale face au principe de sécurité juridique*, *DF*, 1996, n° hors-série, p. 10 ; A. KERREST, art. préc., p. 159 ; F. LEMAIRE, « Actualité du principe de rétroactivité de la loi fiscale. À propos de la proposition de loi organique du 26 octobre 1998 », préc., p. 186 ; M. LIÉBERT-CHAMPAGNE, art. préc.

³³⁶⁵ En matière d'impôts directs, la réalisation d'une opération instantanée ou la délivrance d'une autorisation constituent parfois le fait générateur de l'impôt. En matière d'urbanisme, l'opération de raccordement au réseau constituait, dans le régime antérieur à la loi SRU, le fait générateur de certaines contributions aux dépenses d'équipements publics (CE, 11 février 1972, *Société Savio et Cie*, req. n° 80.350, Rec., p. 131 ; 28 mars 1973, *Commune de Saint-Étienne-de-Tinée*, req. n° 83.873, Rec., p. 255 ; 24 juin 1985, *Commune de Marseillan c/ SCI Bora-Bora et autres*, req. n° 33.855, 33.889 et 33.890, Rec., T., p. 574 ; 4 novembre 1988, *Commune de Macornay c/ Vincent*, req. n° 56.904, Rec., T., p. 664, *Dr. adm.*, 1988, n° 632), tandis que l'ancienne participation pour dépassement du coefficient d'occupation des sols (CE, 21 décembre 2001, *SCI Le Complexe*, préc.), aujourd'hui abrogée, avait pour fait générateur la délivrance même de l'autorisation. Désormais, l'ensemble des taxes et participations d'urbanisme, telles la taxe locale d'équipement (art. L. 332-6 et L. 332-6-1 du Code de l'urbanisme ; CE, 16 octobre 1974, *Sieur Pic*, préc. ; 14 janvier 1976, *Filluzeau*, req. n° 97.966, Rec., p. 35 ; 18 mai 1977, *SA "Transports Raisch"*, req. n° 03.543, Rec., p. 224, *DF*, 1977, n° 27, comm. 1055, concl. RIVIÈRE) ont pour fait générateur la délivrance de l'autorisation de construire ou d'utiliser le sol. En matière d'impôts indirects, lorsque la TVA frappe la livraison ou l'achat de biens meubles corporels, le fait générateur correspond au transfert de la propriété des biens (CE, 31 octobre 1990, *Société Clichés-Union*, req. n° 87.441, Rec. T., p. 748, *DF*, 1991, n° 13, p. 598, concl. M.-D. HAGELSTEEN ; 5 juin 2002, *SA Charrier*, req. n° 204.741, Rec., T., p. 706, *BDCF*, 2002, n° 8-9, p. 27, concl. J. COURTIAL). Pour d'autres ex., cf. J. PETIT, thèse préc., p. 420, n° 865.

³³⁶⁶ Qu'il s'agisse de créer un nouvel impôt (CE, 11 février 1927, *Baraton* (1^{ère} esp.), Rec., p. 184 ; Plén., 23 juin 1986, *Rubin*, req. n° 60.250, Rec., p. 170, *GAJF* n° 3, *DF*, 1986, n° 46, comm. 2019, concl. M.-A. LATOURNERIE, *RJF*, 1986, n° 8/9, comm. 494 ; 2 mars 1994, *Syndicat national des viviers et station d'épuration d'huitres, moules et coquillages*, préc. ; 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes et autres*, préc.), d'en fixer les éléments constitutifs (CE, 6 juin 1958, *Fédération nationale de l'industrie hôtelière et autres*, Rec., p. 313, *RPDA*, 1958, p. 121, concl. M. LONG ; 16 octobre 1974, *Sieur Pic*, préc. ; 7 janvier 1976, *Commune de Bischheim c/ Atzenhoffer*, req. n° 95.800, Rec., p. 8, *DF*, 1976, n° 28, comm. 961, concl. M.-A. LATOURNERIE) ou de le supprimer (CE, 14 juin 1941, *Société Thibault et fils*, Rec., p. 114 ; Sect., 10 mai 1963, *Ministre des Finances c/ Société Berger et Cie*, préc.). Voir également, D. MALINGRE, art. préc., p. 71 ; M. LIÉBERT-CHAMPAGNE, *loc. cit.*

du fait constitutif. Les exemples de l'impôt sur le revenu³³⁶⁷ et de l'impôt sur les sociétés³³⁶⁸ sont, à cet égard, bien connus. Le fait générateur de l'un comme de l'autre survient à la fin de la période de référence³³⁶⁹ et la situation du contribuable est réputée constituée à cette date³³⁷⁰. Par suite, la règle fiscale de fond n'est rétroactive que si elle se déclare applicable aux périodes d'impositions closes à la date où elle devient observable³³⁷¹. En matière d'impôt sur le revenu, il en irait ainsi dans le cas où la loi de finances pour une année donnée ne deviendrait observable que postérieurement au 31 décembre de l'année en cours³³⁷². Quand bien même une telle situation a pu se produire par le passé, les lois de finances fixent désormais elles-mêmes leur date d'applicabilité au jour de clôture de la période de référence³³⁷³.

932. C'est ainsi également que pour apprécier l'application dans le temps des règles relatives aux sanctions fiscales, le juge a pu retenir, non pas la date de réalisation du fait incriminé³³⁷⁴, mais

³³⁶⁷ CE, 21 février 1953, req. n° 18.177, Rec., p. 93 ; 8 janvier 1959, *Union de la propriété bâtie de France*, Rec., p. 13 ; Ass., 5 janvier 1962, *Sieur X...*, req. n° 46.798, Rec., p. 7, *JCP G*, 1962, II, 12567, concl. POUSSIÈRE ; 12 mars 1969, *Sieur X*, req. n° 75.340, Rec., p. 151 ; 17 octobre 1984, *Parez*, req. n° 40.377, Rec., T., p. 599 ; Plén., 18 mars 1988, *Ministre du Budget c/ Firino-Martell*, req. n° 73.693 et 73.694, Rec., p. 126, *DF*, 1988, n° 41, p. 1159, concl. B. MARTIN-LAPRADE, *RJF*, 1988, n° 5, p. 303, chr. M. LIEBERT-CHAMPAGNE.

³³⁶⁸ CE, Ass., 16 mars 1956, *Sieur Garrigou*, préc. ; 14 avril 1956, *Secrétaire d'État aux Finances et aux Affaires économiques c/ Société Y...*, Rec., p. 156 ; 15 novembre 1957, *Caisse de prévoyance de X...*, Rec., p. 618.

³³⁶⁹ Elle correspond, pour les exemples retenus, à la période au cours de laquelle les revenus imposables ont été réalisés. Par le jeu du principe de l'annualité, celle-ci correspond, en principe à l'année de réalisation des revenus (CE, 12 mars 1969, *Sieur X...*, préc.). Pour l'impôt sur les sociétés, le fait générateur survient à la date de clôture de l'exercice (art. 36 et s. et 209 et s. du CGI ; CE, 15 novembre 1957, *Caisse de prévoyance de X*, Rec., p. 618 ; 27 juin 2008, *Société d'Exploitation des Sources Roxane*, req. n° 276.848, Rec., T., p. 663, *BDCF*, 2008, n° 11, p. 48 et *RDF*, 2008, n° 38, p. 16, concl. L. OLLÉON), tandis que pour l'impôt sur le revenu, il correspond à la fin de l'année d'imposition, laquelle coïncide, pour les ménages, avec celle de l'année civile (art. 12 du même code). En revanche, pour les revenus des sociétés soumises à l'impôt sur le revenu la période de réalisation est celle de l'exercice (CE, Ass., 5 janvier 1962, *Sieur X...*, préc. ; Plén., 18 mars 1988, *Ministre de l'Économie, des Finances et du Budget c/ Firino-Martell*, préc.).

³³⁷⁰ Soit au 31 décembre de l'année d'imposition pour l'impôt sur le revenu et à la date de clôture de l'exercice pour l'impôt sur les sociétés. Cf., notamment, O. FOUQUET, « Les lois fiscales rétroactives », préc., p. 140 ; S. VERCLYTTTE, « Application de la loi fiscale dans le temps : une décennie riche d'évolutions », préc., p. 459.

³³⁷¹ CE, 14 avril 1956, *Secrétaire d'État aux Finances et aux Affaires économiques c/ Société Y...*, préc. ; 19 juin 1958, req. n° 14.679, Rec., p. 371 ; Ass., 16 mars 1956, *Garrigou*, préc. Cf. également, pour le régime antérieur au décret n° 48-1986 du 9 décembre 1948, portant réforme fiscale des impôts directs, des impôts indirects, des droits d'enregistrements et des droits de mutation (JORF du 1^{er} janvier 1949, p. 60), CE, 7 janvier 1927, *Sieur X* (3^e esp.), Rec., p. 23 ; 3 juin 1932, *Sieur X* (6^e esp.), Rec., p. 543 ; 2 novembre 1938, *Sieur X...* (4^e esp.), Rec., p. 813 ; 29 avril 1944, *Sieur X...*, Rec., p. 126 ; 19 décembre 1953, *X...*, S., 1954, III, p. 106. Cf., plus récemment, CE, 6 janvier 1993, *Richet*, req. n° 90.013, Rec., T., p. 743, *RJF*, 1992, n° 8-9, comm. 1196 (bénéfices agricoles) et, par analogie, CE, 5 janvier 1945, *Caisse primaire d'assurances sociales « La Famille-capitalisation » et autre*, Rec., p. 6 ; Sect., 21 octobre 1960, *Union syndicale des producteurs de sucre et de rhum de l'île de La Réunion*, req. n° 28.171, Rec., p. 550 ; 17 avril 1992, *Association "La vache à lait qui refuse de se faire traire" et autre*, req. n° 117.604, Rec., T., p. 721, *RJF*, 1992, n° 11, p. 942 ; C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, préc., cons. 2 et 7 ; CE, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, préc. ; 16 juin 2008, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et association syndicale des spécialistes en orthopédie dento-faciale*, préc. (prélèvements sociaux).

³³⁷² Sous l'empire du décret du 5 novembre 1870 cité plus haut, cela signifiait que la loi de finances n'avait pu être publiée avant le 30 décembre, ce qui, par effet des délais alors en vigueur, empêchait son entrée en vigueur avant l'expiration de la période de référence. Cf., par ex., les lois de finances pour 1929 (CE, Ass., 5 janvier 1934, *Bodard, S.*, 1934.3.52), pour 1976 (Loi n° 75-1278 du 30 décembre 1975, JORF du 31 décembre 1975 p. 13564) et pour 1980 (Loi n° 80-30 du 18 janvier 1980, JORF du 19 janvier 1980, p. 147). Dans le cas de la loi de finances pour 1976, l'intervention d'un texte rendant certaines de ses dispositions rétroactivement applicables au 31 décembre 1975 (art. 8-I de la loi n° 76-539 du 22 juin 1976, de finances rectificative pour 1976, JORF du 23 juin 1976, p. 3739) a été nécessaire.

³³⁷³ Depuis la loi de finances pour 1980 citée plus haut, l'art. 1^{er} de chaque loi de finances comporte une disposition rendant celle-ci applicable à l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année en cours et des années suivantes, ainsi qu'à l'impôt dû par les sociétés sur leurs résultats des exercices clos à compter du 31 décembre de l'année en cours. La date d'entrée en vigueur des autres dispositions fiscales est, quant à elle, fixée au 1^{er} janvier de l'année suivante.

³³⁷⁴ Voir, cependant, CE, Sect., 12 mai 1928, *Sieur X...*, Rec., p. 613. La date de commission de l'infraction est néanmoins restée, selon une jurisprudence constante, le point de référence pour déterminer la loi applicable à toutes les pénalités dont le montant n'est pas proportionnel à celui des droits dus au principal, que celui-ci soit fixe ou qu'il soit déterminé dans les limites d'un minimum et d'un maximum (CE, Plén., 30 mars 1987, *Ministre du Budget c/ Société La Rabelaisienne*, préc. ; 16 novembre 1988, *Société bordelaise de radioguidage "O.K. Service" et Ministre du Budget*, req. n° 75.420 et 77.533, Rec., T., p. 756, *DF*, 1989, n° 9, p. 337, concl. O. FOUQUET ; 26 juillet 1991, *SARL "Double V-Miss D"*, req. n° 115.494, Rec., T., p. 823, *DF*, 1991, n° 50, p. 1260, *RJF*, 1991, n° 1302 ; Plén., 31 juillet 1992, *Société Sodame*, req. n° 82.802, Rec., p. 323, *DF*, 1992, n° 4, p. 202, *RJF*, 1992, n° 8-9, p. 669,

successivement la date du prononcé de la pénalité³³⁷⁵, puis la date du fait générateur de l'imposition³³⁷⁶, avant de revenir à la solution que commandait la logique³³⁷⁷.

933. Les difficultés d'identification du fait générateur ne sont parfois qu'apparentes. Certains impôts frappent un état continu³³⁷⁸, mais se voient désigner, par les textes, un fait générateur unique³³⁷⁹. Résultant d'un fait continu, la situation fiscale est constituée artificiellement à la date de la réalisation d'un fait instantané. Pour les impôts directs locaux³³⁸⁰, de même que pour l'impôt de solidarité sur la fortune³³⁸¹, l'obligation fiscale découle, par le jeu du principe d'annualité, de la constatation à une date donnée, le 1^{er} janvier de l'année d'imposition³³⁸², de l'existence de l'état continu imposable. Dès lors, la loi nouvelle ne peut, sans rétroagir, s'appliquer au fait générateur instantané si elle devient observable à une date postérieure – ici, au 1^{er} janvier de l'année au titre de laquelle l'impôt est dû – à sa réalisation³³⁸³.

b - L'atteinte à l'acte juridique déjà édicté

934. Il est communément admis que la validité de l'acte juridique s'apprécie au jour de sa formation³³⁸⁴. La règle applicable dans le temps est donc celle en vigueur à la date de l'édition de l'acte juridique. Toutefois, comme on l'a vu à propos de la loi, l'application dans le temps des règles de droit régissant les actes juridiques obéit au principe d'indépendance du fond et de la forme³³⁸⁵. Alors même

concl. O. FOUQUET ; 30 mars 1994, *SARL "Le Provence"*, req. 115.230, Rec., p. 170 ; 28 juin 1996, *SARL "Résidence Neptune Gestion"*, req. n° 142.355, *DF*, 1996, n° 1140). Sur ce point, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 183, n° 382.

³³⁷⁵ CE, 9 novembre 1960, *Société Comptoir T...*, req. n° 47.753, Rec., p. 165, *DF*, 1960, comm. 577 et 1961, n° 4, p. 15, concl. POUSSIÈRE.

³³⁷⁶ La sanction était alors regardée comme un accessoire de l'impôt (J. PETIT, thèse préc., p. 180, n° 374). Voir, en ce sens, CE, 26 mai 1970, *Sieur X... et Ministre des Finances*, req. n° 74.849 et 75.712, Rec., p. 353, *DF*, 1970, n° 811 ; 26 mai 1970, *Société Grasse-Arôme*, req. n° 76.193 et 76.394, Rec., p. 354 ; 18 décembre 1970 *Ministre des Finances c/ Blondin*, req. n° 72.163 et 74.043, Rec., p. 781 ; 30 juin 1971, *Dame Veuve Brault*, req. n° 77.252 et 77.630, Rec., p. 494 ; 10 mai 1972, *Société centrale d'achats des spécialités de l'habillement et de la nouveauté*, req. n° 78.418, Rec., p. 354 ; 18 octobre 1972, *Société Établissements Labrut*, req. n° 77.854, Rec., p. 641 ; Sect., 5 octobre 1973, *Société X...*, req. n° 82.836, Rec., p. 546, *DF*, 1974, n° 3, p. 36, concl. D. MANDELKERN ; 11 décembre 1974, *SA Didier*, req. n° 88.718, Rec., p. 626, *DF*, 1975, n° 14-15, comm. 542, concl. LATOURNERIE.

³³⁷⁷ Désormais, le juge retient la date du fait générateur de la pénalité, quelle que soit sa nature, pour déterminer la loi applicable. La loi applicable est celle en vigueur au jour de la déclaration (CE, 27 mai 1983, *SA Nergico-France*, req. n° 30.442, Rec., T., p. 669, *RJF*, 1983, n° 893 ; 27 février 1998, *Ministre de l'économie et des finances c/ Vanadia*, préc.) ou de l'expiration du délai imparti pour le versement de l'impôt par la mise en demeure (CE, 20 mars 1991, *Abiven*, req. n° 76.639 ; 6 novembre 1995, *Krupa*, req. n° 132.338, Rec., T., p. 743 ; 10 novembre 2000, *Tossounian*, préc.).

³³⁷⁸ Sur la notion, cf., plus loin, p. 736, n° 956.

³³⁷⁹ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 237, n° 308 ; J. PETIT, thèse préc., p. 400, n° 830.

³³⁸⁰ Les taxes foncières sur les propriétés bâties et non bâties reposent sur la propriété d'un bien immobilier (art. 1380 du CGI) ; la taxe d'habitation sur l'occupation d'un logement (art. 1407 du même code) ; et la taxe professionnelle sur l'exercice d'une profession (art. 1447 du CGI) au cours de l'année d'imposition.

³³⁸¹ En vertu des dispositions de l'art. 885 E du CGI, l'assiette de l'ISF est formée de l'ensemble des biens, droits et valeurs qui, au jour du fait générateur de l'impôt, forment le patrimoine du contribuable (J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *Droit fiscal*, préc., p. 438, n° 569 ; M. COLLET, *Droit fiscal*, préc., p. 303, n° 531).

³³⁸² Art. 885 E du CGI pour l'ISF ; art. 1415 du CGI pour les taxes foncières et d'habitation ; art. 1447 du même code pour la taxe professionnelle.

³³⁸³ CE, Sect., 27 avril 1945, *Société Force et Lumière électriques (Forclum)*, Rec., p. 83. Voir, en ce sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 237, n° 308 ; D. MALINGRE, art. préc., p. 70 ; J. PETIT, thèse préc., p. 401, n° 831 et les références jurisprudentielles citées.

³³⁸⁴ J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », préc., p. 318, n° 65.

³³⁸⁵ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 222, n° 298 ; B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revilod et autres*, préc. ; M. GUYOMAR, concl. sur CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc., p. 12 ; J. PETIT, thèse préc., p. 173, n° 364 ; et, de manière moins nette, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, pp. 241-242, n° 1136. Voir également, pour le droit pénal, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, t. I, p. 337, n° 249 ; J. PRADEL, *loc. cit.* Pour une position contraire partant de la maxime *tempus regit actum*, voir L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », préc., p. 455.

que ces deux catégories de règles déterminent la validité de l'acte juridique, les situations régies ne sont pas les mêmes.

Les règles de fond sont celles qui régissent la légalité interne de l'acte juridique, c'est-à-dire ses motifs de droit et de fait, son dispositif, ainsi que son but³³⁸⁶. Elles touchent aux effets juridiques « substantiels » de l'acte juridique. Autrement dit, les règles de fond se rapportent aux conséquences que l'acte juridique doit déduire de la réalisation du présupposé de la norme. Elles régissent l'application qui est faite de la règle de droit au moyen de l'acte juridique. Par conséquent, le champ d'application de la règle de fond se rapporte, non à l'acte lui-même, mais aux faits correspondant à son présupposé et dont la réalisation entraîne son application. Partant, son action dans le temps doit, en principe, être déterminée par rapport à la position temporelle des faits qu'elle a pour objet de régir. Or, il se peut que la date de leur réalisation ne coïncide pas avec celle de l'édiction de l'acte (α).

À l'inverse, les règles de forme régissent la légalité externe de l'acte juridique. En d'autres termes, elles déterminent les modalités de son adoption. Ici, le fait régi n'est autre que l'acte lui-même. Il s'ensuit que la loi applicable est celle en vigueur au jour de son adoption (β).

α) L'incidence des règles de fond sur le contenu de l'effet de droit concrétisé par l'acte juridique

935. Une règle de fond ne peut, sans rétroagir, remettre en cause un acte juridique édicté antérieurement à sa date d'observabilité. La raison en est que l'objet même de l'acte juridique est de reconnaître ou de préciser le contenu de l'effet de droit prévu par la « norme-règle ». En d'autres termes, l'acte juridique constate ou déclenche la constitution de la situation juridique. Dans les deux cas, modifier les règles régissant la légalité interne de l'acte juridique, c'est remettre en cause la situation juridique à laquelle il se rapporte.

Dans la grande majorité des cas, c'est en effet à la date d'édiction de l'acte qu'il faut se référer pour connaître la règle de fond applicable³³⁸⁷. Néanmoins, il convient de préciser que ce n'est qu'en tant qu'il déclenche l'effet de droit prévu par la règle et non en lui-même que l'acte doit être ici considéré³³⁸⁸. En achevant la concrétisation de la règle de droit, l'acte juridique forme une des

³³⁸⁶ J. PETIT, thèse préc., p. 168, n° 353.

³³⁸⁷ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 243, n° 1138 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 223, n° 298 ; J. PETIT, thèse préc., p. 169, n° 355. Voir CE, 30 mai 1951, *Azzet Alameddine*, Rec., T., p. 652 ; 26 octobre 1955, *Société et Sieur Arrault*, Rec., p. 500, *AJDA*, 1956, II, p. 22, chr. M. LONG ; 8 novembre 1957, *Schnepf*, Rec., p. 589 ; Sect., 8 mars 1963, *Ministre de l'Agriculture c/ Pradel*, préc. ; Sect., 9 octobre 1964, *Commissaire du gouvernement près la Commission régionale des dommages de guerre de Colmar c/ Époux Claudel*, req. n° 4.929, Rec., p. 460 ; 25 février 1976, *Ministre des transports c/ Commune de Pluguffan et autres*, req. n° 96.503, Rec., p. 112 ; 14 avril 1976, *SA Sumaco-Conforama*, req. n° 97.455, Rec., p. 200 (sol. impl.) ; 18 mars 1983, *Époux Bettinger*, préc. ; 2 octobre 1987, *Époux Manceau*, req. n° 77.715, Rec., p. 301 ; Sect., 27 mai 1994, *Société Franck-Alexandre*, préc. (sol. impl.) ; 4 octobre 1999, *Territoire de la Polynésie française*, req. n° 086.481, Rec., T., p. 618 ; 11 décembre 2000, *Communauté de communes du pays d'Issoudun*, req. n° 214.900, Rec., p. 606 ; 9 mai 2005, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Commune de Thionville*, req. n° 271.038, Rec., T., p., 584, *BJCL*, 2005, n° 7, p. 490, concl. F. SÉNERS, *JCP CTI*, 2005, n° 7-8, p. 24, obs. L. ERSTEIN, *RLCT*, 2005, n° 4, p. 27, obs. E. GLASER. Ce principe est également applicable à la procédure administrative non contentieuse (pour les recours administratifs de droit commun, voir CE, 28 mars 1958, *Conseil national de l'ordre des médecins*, req. n° 41.076, Rec., p. 207 ; Sect., 16 juillet 1990, *Clinique "Les Martinets"*, préc. ; pour les recours administratifs obligatoires, cf. CE, Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, préc.), sauf lorsqu'une décision créatrice de droits est mise en cause. Dans ce dernier cas, c'est la date d'édiction de la décision initiale qui détermine la règle de fond applicable (CE, 26 février 1969, *Duflocq*, req. n° 72.426, Rec., p. 119 ; 12 mars 1980, *Ministre du Travail c/ Syndicat des travailleurs de la métallurgie toulousaine*, préc. ; 29 avril 1987, *Société Kassbohrer France*, préc.). Cette exception ne vaut cependant que pour les recours administratifs de droit commun (CE, Sect., 6 juillet 1990, *Clinique "Les Martinets"*, préc.). Sur ces questions, voir J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français*, préc. ; Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, étude préc., p. 55.

³³⁸⁸ Si l'acte était en lui-même pris comme point de référence pour déterminer l'application dans le temps de la règle de fond, cela reviendrait à admettre que toute situation juridique ne pourrait se constituer sans qu'intervienne une décision administrative statuant

conditions de déclenchement de l'effet de droit qu'elle a prévu. Par suite, la situation ne peut se constituer qu'à raison de l'adoption définitive de l'acte. Le moment constitutif de la situation coïncide avec la date d'édiction de la décision unilatérale³³⁸⁹ ou celle de la conclusion du contrat³³⁹⁰. La règle nouvelle ne peut s'appliquer, sans rétroactivité, si cette date est antérieure à sa date d'observabilité³³⁹¹. À l'inverse, tant que la procédure d'élaboration de l'acte n'est pas achevée, la règle nouvelle s'applique immédiatement, sans qu'il y ait atteinte à une situation constituée³³⁹².

S'agissant spécialement de la règle jurisprudentielle, cela signifie que la nouvelle règle de fond dégagée à l'occasion d'un litige rétroagira nécessairement, dès lors qu'elle sera appliquée à l'ensemble des actes soumis à litige, dont l'édiction précède, par hypothèse, la saisine du juge³³⁹³.

936. Au contraire, lorsque l'acte juridique ne fait que constater l'imputation de l'effet de droit prévu par la règle, sa légalité interne s'apprécie, non pas au jour de son édiction, mais par rapport au moment constitutif de la situation à laquelle il se rapporte³³⁹⁴. En effet, le lien entre l'édiction de l'acte et le déclenchement de l'effet de droit se trouve rompu chaque fois que ce dernier se rapporte à des faits survenus avant et indépendamment de lui. L'édiction de l'acte ne détermine plus l'application de la règle de fond et il faut tout naturellement en revenir à la date de réalisation des faits qu'elle régit pour connaître le moment constitutif de la situation juridique.

Par exception, le droit applicable aux décisions administratives fixant le montant des dommages-intérêts destinés à réparer un préjudice³³⁹⁵ ou prononçant une sanction³³⁹⁶ s'apprécie par rapport à la date de réalisation des faits correspondant au présupposé de la « norme-règle ». Dès lors que ceux-là se sont produits antérieurement à la date d'observabilité de celle-ci, la règle nouvelle ne pourra modifier la règle ancienne sans porter atteinte par là à une situation constituée. Le même raisonnement peut être appliqué

en ce sens. D'un point de vue normatif, cela reviendrait à insérer dans le présupposé de toute règle de droit public l'exigence d'une telle intervention (sur ce point, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 150, n° 314 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 152, n° 169 et s.).

³³⁸⁹ CE, 22 mars 1944, *Sieur Layec*, Rec., p. 97.

³³⁹⁰ CE, Section des travaux publics, Avis, 29 septembre 1997, n° 360.332, *EDCE*, 1998, n° 49, p. 206 ; Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, préc. ; Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, req. n° 159.496 et 159.508, Rec., p. 59, *RFDA*, 1998, n° 2, p. 421, concl. C. BERGÉAL ; 12 novembre 2001, *SARL SO.CA.OR*, préc.

³³⁹¹ Par ex., une loi constitutionnelle ou organique ne peut s'appliquer, sans rétroactivité, à une loi ordinaire définitivement adoptée (C.Const., déc., n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, préc., cons. 6).

³³⁹² C'est le cas pour les décisions administratives prises sur demande à l'administration lorsqu'elles sont encore en cours d'instruction au moment du changement de règle (CE, 26 janvier 1964, *Le Corno*, req. n° 5.138, Rec., p. 45 ; 28 avril 1965, *Dame Veuve Geffroy*, req. n° 60.381, Rec., p. 252 ; Sect., 8 juillet 1966, *Nguyen Kim Hai*, req. n° 66.232, Rec., p. 457 ; 2 octobre 1968, *Hucleux*, préc. ; Sect., 7 mars 1975, *Commune de Bordères-sur-l'Échez*, préc. ; 7 avril 1976, *Ministre de l'équipement c/ Dame Courtet*, préc. ; 23 mai 1980, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, req. n° 13.433, Rec., p. 238 ; 19 février 1982, *Association de sauvegarde de la dune de Thoulars*, req. n° 19.440, Rec., T., p. 683 ; 18 mars 1983, *Époux Bettinger*, préc. ; 20 janvier 1989, *Ernandes*, req. n° 94.476, Rec., T., p. 808 ; pour un ex. récent en matière d'équipement commercial, cf. l'art. 3 du décret n° 2008-1212 du 24 novembre 2008, relatif à l'aménagement commercial, JORF n° 274 du 25 novembre 2008, p. 17921). Il en va également ainsi lorsque le délai de formation d'une décision implicite court encore au moment où la règle nouvelle entre en vigueur (CE, 28 juillet 1989, *Mme Biscay*, req. n° 93.722, Rec., p. 167). Néanmoins, la jurisprudence n'est pas toujours cohérente et, dans certains cas, la situation sera constituée, non pas à la date d'édiction de la décision, mais au jour du dépôt de la demande ou de la déclaration (CE, 5 mai 1976, *Association S.O.S. Montmorency*, préc. ; 28 octobre 1987, *Communauté urbaine de Lille*, req. n° 59.116, Rec., p. 329 ; 27 mai 1991, *Ministre de l'Agriculture et de la Forêt c/ Grandjean*, préc. (sol. impl.) ; 30 décembre 1996, *Mme Randjbar*, préc. ; 12 octobre 2005, *Ponniah, épouse Sathiskumar*, préc.).

³³⁹³ Cf., par ex., CE, 29 mars 1901, *Casanova*, préc. ; Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, préc. ; Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, préc. ; Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc. (acte de création d'un service public sur un marché).

³³⁹⁴ Sur cette distinction, cf. J. PETIT, thèse préc., p. 167, n° 352. Pour une approche différente reprenant la théorie des droits acquis, voir S. LASVIGNES, « Droit transitoire et sécurité juridique ou comment un nouveau principe peut raviver d'anciennes questions », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de D. LABETOUILLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 559, spéc. p. 568.

³³⁹⁵ CE, 5 mai 1950, *Clémencelle*, Rec., p. 265 ; Sect., 24 février 1961, *Goujon*, req. n° 35.560, Rec., p. 143 ; 6 décembre 1961, *Repoux*, req. n° 45.592 et 48.793, Rec., p. 682 ; 7 février 1986, *Consorts Carbonneaux*, préc.

³³⁹⁶ CE, Sect., 12 mai 1928, *Sieur X...*, Rec., p. 613 (pénalité fiscale). Par la suite, la jurisprudence n'a pas toujours été ferme sur ce point, retenant parfois la date du prononcé de la sanction comme moment constitutif de la situation juridique (CE, 9 novembre 1960, *Société Comptoir T...*, Rec., p. 615, *DF*, 1960, comm. 577 et 1961, n° 4, p. 15, concl. POUSSIÈRE).

non seulement à l'ensemble des actes administratifs se rapportant à un état du droit préexistant³³⁹⁷, mais également aux décisions juridictionnelles.

937. Lorsqu'il est le saisi, le juge administratif doit, en principe, se prononcer au regard de la règle de droit en vigueur au jour des faits ayant entraîné la constitution de la situation dont il a à connaître³³⁹⁸. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le principe selon lequel le juge doit apprécier la légalité d'une décision administrative au regard des textes en vigueur au jour de son édicton³³⁹⁹. Valable pour le contentieux de l'excès de pouvoir, le principe n'est que très partiellement transposable à la matière de plein contentieux³⁴⁰⁰. En raison du pouvoir dont il dispose de refaire l'acte, le juge de plein contentieux doit, en principe, faire application des textes en vigueur à la date de son jugement³⁴⁰¹.

Si les règles de forme et de procédure sont applicables également au jour de l'édition de l'acte, la situation régie n'est pas la même. Dans ce cas de figure c'est l'acte lui-même qui est l'élément constitutif du présumé de la « norme-règle ».

β) L'incidence des règles de forme sur l'acte juridique déjà édicté

938. La légalité externe d'un acte juridique s'apprécie au jour de son édicton³⁴⁰², quelle que soit la date à laquelle les faits sur lesquels il statue se sont produits. Cela signifie que la situation procédurale est constituée avec l'édition de l'acte juridique³⁴⁰³. Il s'ensuit que les règles de forme et de procédure ne sont pas, en principe, applicables aux décisions adoptées antérieurement à leur date d'observabilité.

³³⁹⁷ Parmi de nombreux ex., on citera les décisions allouant aux fonctionnaires leur traitement ou de concession de pension, les décisions statuant sur l'ouverture d'une action en récupération d'allocation d'aide sociale (CE, Sect., 4 février 2000, *Département de la Haute-Garonne*, préc. ; 21 février 2000, *Mme Couteau*, préc.) ou encore les actes d'imposition (J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *op. cit.*, p. 129, n° 134). Comme le remarque M. Petit, tous ces actes « se rapportent à une situation constituée, comme suite de certains faits d'après une règle de droit, avant et donc indépendamment de leur édicton. Le principe de l'applicabilité du droit en vigueur au moment de la constitution de la situation juridique conduit alors, nécessairement, à écarter celui d'après lequel la légalité interne d'une décision administrative s'apprécie au jour de sa signature » (J. PETIT, thèse préc., pp. 167-168, n° 352).

³³⁹⁸ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 224, n° 298. Une partie de la doctrine rattache l'obligation faite au juge de faire application du droit en vigueur lors de la réalisation des faits sur lesquels il doit statuer à la nature déclarative du jugement. Au contraire, lorsque le jugement est constitutif, c'est la loi en vigueur au jour où il statue que le juge doit appliquer. Par suite, la loi de fond nouvelle est applicable aux instances en cours (T. BONNEAU, thèse préc., p. 119, n° 144 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, préc., p. 130, n° 107 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 245, § 22 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 195, n° 171 ; G. JÈZE, *op. cit.*, t. I, p. 67 ; L. MAZEAUD, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », préc., p. 17 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 225-227, n° 50 et « De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours », préc., p. 513 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La loi nouvelle et le litige », préc., p. 487, n° 14). Cette analyse procède d'une confusion. La question de la détermination de la loi applicable se rapporte non au fait du juge, mais à celui des parties (C. EISENMANN, *op. cit.*, 1958-1959, pp. 233-234 ; J. HÉRON, « Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », préc., p. 962, n° 2 et *op. cit.*, p. 155 et s., n° 173 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 151, n° 317). De plus, une telle analyse n'est valable que dans l'hypothèse où les faits objet du litige n'ont entraîné la constitution d'aucune situation juridique. En tout état de cause, elle est inapplicable au recours en cassation (J. GEORGEL, fasc. préc., p. 5, n° 34). Sur la distinction entre jugements constitutifs et jugements déclaratifs, cf. plus haut, p. 261, n° 333.

³³⁹⁹ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *loc. cit.* ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 226, n° 249. Voir CE, Sect., 22 juillet 1949, *Société des automobiles Berliet*, préc. ; 20 décembre 1967, *Ministre de l'Intérieur c/ Fabre-Luce*, préc. ; 2 octobre 1968, *Huileux*, préc. ; Sect., 14 novembre 1969, *Houdebert*, préc. ; 6 mars 1989, *Société de bourse JFA Buisson c/ Chambre de compensation des instruments financiers de Paris (CCIFP)*, préc. ; Sect., 27 mai 1994, *Braun-Ortega et Buisson*, préc.

³⁴⁰⁰ La raison en est donnée par J. Petit, « le juge ne doit statuer en fonction du droit en vigueur au jour où il se prononce que dans les cas où l'autorité administrative elle-même devait faire application des textes en vigueur au moment de sa décision. Or, ce n'est précisément pas le cas lorsque cette décision se rapporte à une situation antérieurement constituée » (J. PETIT, thèse préc., p. 172, n° 361). Cf., en ce sens, CE, 31 mai 1947, *Élections municipales de Bégnane*, Rec., p. 237 ; 14 novembre 1951, *Élections cantonales de Marchiennes*, Rec., p. 529 ; 28 avril 1978, *Élections municipales des Mureaux (Yvelines)*, req. n° 08.891, Rec., p. 198.

³⁴⁰¹ CE, Ass. 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, préc. Voir Conseil d'État, étude préc.

³⁴⁰² CE, 5 mai 1972, *Sieur Guillebaud*, req. n° 77.803, Rec., p. 340 ; Ass., 9 novembre 1973, *Marot et autres*, req. n° 85.229, Rec., p. 627 ; 2 octobre 1981, *Société agricole foncière solognote*, req. n° 20.835, Rec., p. 353 ; 24 novembre 1982, *Association S.O.S.-Défense et autres*, préc. ; Sect., 4 mai 1984, *Ministre des transports c/ Association des défense des intérêts des propriétaires de Taillefer et du Chatelard*, préc. ; 13 novembre 1991, *SARL "Établissements Gérard"*, req. n° 78.989, *RJF*, 1992, n° 1, n° 91 (sol. impl.) ; 3 février 1992, *Commune de Soulom*, préc.

³⁴⁰³ J. PETIT, thèse préc., p. 433, n° 889.

Ainsi, une règle de forme ne peut, sans rétroagir, modifier les conditions d'élaboration d'un acte juridique³⁴⁰⁴, dès lors que sa date d'édiction est antérieure à celle de l'observabilité de la règle nouvelle. L'adoption de l'acte a, en effet, entraîné la constitution de la situation procédurale. À l'inverse, en tant qu'elles portent sur l'acte lui-même, les règles relatives à la procédure administrative non contentieuse peuvent modifier, avec effet immédiat, les conditions d'édiction des actes encore en cours d'élaboration au moment où elles deviennent observables³⁴⁰⁵.

939. Le même raisonnement peut être tenu en matière de procédure contentieuse. Les règles qui créent, modifient ou suppriment un recours administratif obligatoire³⁴⁰⁶ ou juridictionnel³⁴⁰⁷ ne sauraient s'appliquer sans rétroactivité aux décisions administratives édictées antérieurement à leur date d'observabilité.

Par exemple, lorsque le juge formule une règle de forme ou de procédure nouvelle à l'occasion d'un litige, celle-ci porte nécessairement sur les décisions déjà édictées qui font l'objet d'une contestation ou qui sont encore susceptible d'être attaquées. Ainsi, la légalité externe de l'acte litigieux ou les possibilités de le contester vont être appréciées par rapport à une règle qui n'existait pas au moment de la constitution de la situation procédurale. Pour reprendre l'exemple de l'affaire *Louis*, c'est ainsi que le Conseil d'État a, en étendant l'obligation d'introduire un recours administratif préalable à peine d'irrecevabilité du recours contentieux à toute personne intéressée, même si elle n'est pas au nombre de celles qui sont limitativement énumérées par les dispositions législatives ou réglementaires instituant ledit recours, imposé rétroactivement le respect d'une règle de procédure nouvelle³⁴⁰⁸. Observable à compter de la lecture du jugement à l'occasion de laquelle elle a été édictée, la règle jurisprudentielle nouvelle est rendue applicable, sauf exception, aux procédures engagées contre les décisions déjà édictées. Par suite, la règle jurisprudentielle nouvelle modifie bien une situation

³⁴⁰⁴ Qu'il s'agisse des règles de compétence (CE, 23 décembre 1941, *Société "La brasserie de Vézélie Moreau et Cie*, Rec., p. 240 ; Sect., 28 juin 1946, *Société "Le Polo" et autres*, Rec., p. 184 ; 23 mai 1980, *Centre obstétrico-pédiatrique du Tertre-Rouge*, req. n° 02.083, Rec., p. 244 ; Sect., 11 décembre 1998, *Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Angeli*, préc.), de procédure (CE, 9 août 1889, *Ville de Lyon (fabrique de Sainte-Blandine)*, Rec., p. 962, DP, 1891, III, p. 29 ; 20 février 1920, *Durand*, Rec., p. 192 ; 24 octobre 1934, *Ragaru*, Rec., p. 945 ; Sect., 26 juillet 1946, req. n° 81.170, Rec., p. 217 ; 17 mars 1976, *Centre hospitalier de Corbie c/ Étienne*, req. n° 96.301, Rec., p. 158 ; 20 mars 1981, *CHS de Saint-Paul*, req. n° 15.427, Rec., p. 152 ; Sect., 18 avril 1986, *Société des mines de potasse d'Alsace*, req. n° 53.934, Rec., p. 115 ; Sect., 11 décembre 1998, *Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Angeli*, préc. ; Avis, 16 février 2004, *Association familiale Les papillons blancs de Denain et environs*, préc.), de forme (CE, Sect., 15 juin 1945, *Société "Radio Normandie"*, Rec., p. 125 ; 2 octobre 1968, *Hucleux*, préc. ; 7 avril 1976, *Ministre de l'Équipement c/ Dame Courtet*, préc. ; Avis, 16 février 2004, *Association familiale Les papillons blancs de Denain et environs*, préc.).

³⁴⁰⁵ Il est ici fait application du principe de l'application immédiate des lois de procédure aux procédures en cours (CE, 14 mai 1920, *Dhoste*, Rec., p. 471 ; Sect., 11 mars 1932, *Tastet*, Rec., p. 293 ; Sect., 7 mars 1975, *Commune de Bordères-sur-l'Échez*, préc.). Les formalités entièrement accomplies au moment où la loi de procédure devient observable et qui n'ont pas été effectuées conformément à la règle nouvelle devront, le cas échéant, être recommencées, sans qu'il y ait là rétroactivité (CE, 8 juillet 1919, *Koudja Bach*, Rec., p. 636, 20 février 1920, *Durand*, préc. ; Sect., 11 mars 1932, *Tastet*, préc. ; 17 juillet 1937, *Danis*, Rec., p. 707 ; 30 janvier 1970, *Syndicat avicole des Alpes-Maritimes et autres*, req. n° 76.067, 76.119 et 76.140, Rec., p. 66 ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc.). Il en va différemment des lois de procédure administrative non contentieuse intervenant en matière répressive pour lesquelles le principe est inverse (CE, Sect., 17 novembre 2006, *Société CNP Assurances c/ Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM)*, préc.). Sur ce principe, cf., plus haut, p. 72, n° 105.

³⁴⁰⁶ CE, 29 juillet 1994, *Étoile sportive aiglons briviste (E.S.A. Brive Club de football)*, req. n° 115.642, Rec., T., p. 773 et *Eydelie*, req. n° 155.104, Rec., T., p. 861 ; 27 janvier 1997, *Comité départemental du Vaucluse de la fédération française de pétanque et jeu provençal*, req. n° 141.182, Rec., T., p. 667 (sol. impl.), *AJDA*, 1997, n° 4, p. 387, concl. R. ABRAHAM (création d'une obligation de conciliation préalable). Cf. Conseil d'État, étude préc., p. 56 ; J. PETIT, thèse préc., p. 472, n° 964.

³⁴⁰⁷ CE, 13 juillet 2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, préc. (modification des conditions de recevabilité d'un recours contentieux) : « *considérant qu'une disposition nouvelle qui affecte la substance du droit de former un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative est, en l'absence de dispositions expresses contraires, applicable aux recours formés contre les décisions intervenues après son entrée en vigueur, alors même que ces dernières statuent sur des demandes présentées antérieurement à cette entrée en vigueur* ». Cf., dans le même sens, CE, 13 juin 1953, *Racine*, Rec., p. 285 ; Sect., 10 février 1995, *M. Albert Riehl et Commune de Coudekerque-Branche*, préc. (deux esp.).

³⁴⁰⁸ CE, 28 septembre 2005, *Louis*, préc. Sur cette affaire, voir p. 327, n° 414.

procédurale antérieurement constituée et produit, par là, un effet rétroactif. Ce raisonnement est extensible à l'ensemble des cas dans lesquels une voie de recours est créée³⁴⁰⁹ ou sa nature modifiée³⁴¹⁰ par voie jurisprudentielle, nonobstant la mise en œuvre du pouvoir exceptionnel de modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne en cas de risque d'atteinte au droit au recours.

Plus largement, les dispositions textuelles instituant ou supprimant une voie de recours ne peuvent s'appliquer, sauf rétroactivité, aux jugements rendus antérieurement à leur date d'observabilité³⁴¹¹.

940. La solution retenue en matière de droit au recours n'est pas différente pour les règles relatives à la compétence juridictionnelle³⁴¹² et, de manière générale, au jugement lui-même³⁴¹³. À l'inverse, les règles régissant la régularité procédurale du jugement³⁴¹⁴ ne produisent qu'un simple effet immédiat à l'égard des jugements encore en cours d'élaboration au moment où elles deviennent observables.

Ce raisonnement conduit, par exemple, à apprécier l'action dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle non par rapport à la date de survenance des actes sur lesquels le juge statue, mais par rapport au jour où ce dernier rend sa décision³⁴¹⁵. Quand bien même son applicabilité est anticipée dans le temps, la règle jurisprudentielle nouvelle ne produit pas nécessairement un effet rétroactif. Ainsi, les règles régissant la forme³⁴¹⁶ et les effets du jugement, ainsi que les pouvoirs du

³⁴⁰⁹ CE, 4 août 1905, *Martin*, préc. (recours contre les actes détachables d'un contrat) ; Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, préc. (action récursoire de l'administration contre l'agent fautif en cas de cumul de fautes) ; Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, préc. (recours pour excès de pouvoir contre un contrat de recrutement d'un agent public). Il en va de même de la création d'un nouveau cas d'ouverture d'un recours contentieux (cf., s'agissant du recours pour excès de pouvoir, CE, 24 juillet 1903, *Guibal*, Rec., p. 351 ; 24 juillet 1903, *Commune de Massat*, Rec., p. 556 ; 7 août 1903, *Chabot et autres*, Rec., p. 619, S., 1904, III, p. 1, note M. HAURIOU ; 24 décembre 1920, *Julien*, Rec., p. 1138), dès lors qu'elle touche à l'existence même du droit au recours.

³⁴¹⁰ Voir, par ex., en matière de sanctions administratives, CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, préc.

³⁴¹¹ CE, 2 décembre 1898, *Ministre de la Guerre c/ Sieur Naguila*, Rec., p. 748, S., 1901, III, p. 37 ; 6 avril 1900, *Fréty* (1^{ère} esp.), Rec., p. 267, S., 1902, III, p. 72 ; Sect., 13 novembre 1959, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement et ministre des anciens combattants et victimes de la guerre c/ Bacqué*, préc. ; 25 novembre 1959, *Secrétaire d'Etat aux travaux publics c/ Holt*, préc. ; Sect., 28 octobre 1960, *Hucher*, préc. ; 11 mars 1964, *Sieur Gillot et Demoiselle Demarescaux*, préc. ; 11 mars 1966, req. n° 65.498, *DF*, 1966, n° 20-21, p. 519 ; 8 décembre 1967, *Boireau*, req. n° 65.902, Rec., p. 479 ; 7 mars 2000, *Mme Leroy*, préc.

³⁴¹² CE, 28 mars 1924, *Delanay*, Rec., p. 353 ; 7 mars 1947, *Harang*, Rec., p. 102 ; Sect., 29 juin 1951, *Compagnie générale transatlantique*, Rec., p. 378 ; 30 mars 1955, *Sieur Pluchart*, préc. ; 22 février 1956, *Secrétaire d'Etat aux forces armées c/ Sieur Vergely*, Rec., p. 86 ; 14 novembre 1956, *Commune de Crottoy*, Rec., p. 431 ; Sect., 7 décembre 1956, *Dame Delecluse-Dufresne*, Rec., p. 466 ; 6 février 1959, *Sieur Fumasoli*, Rec., p. 93 ; 17 février 1965, *Société C...* req. n° 60.664, Rec., p. 111 ; 13 mars 1974, *Ville de Nice*, req. n° 80.129 et 89.819, Rec., p. 175 ; TC, 7 octobre 1991, *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS) de l'académie de Nancy-Metz*, préc. ; 29 juillet 1994, *Étoile sportive aiglons briviste (E.S.A. Brive Club de football)*, préc. ; 27 janvier 1997, *Comité départemental du Vaucluse de la fédération française de pétanque et jeu provençal*, préc. ; TC, 17 décembre 2007, *Société Lixxbail c/ Etat*, préc.

³⁴¹³ Qu'il s'agisse de la forme du jugement (CE, 2 novembre 1966, *Société Poléna*, req. n° 65.445, Rec., p. 576 ; 12 mars 1969, *Société X...*, req. n° 69.511, Rec., T., p. 789 ; 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable (SIAEP) de Saint-Martin-de-Ré, la Flotte-en-Ré et Sainte-Marie-en-Ré et autre*, préc.), de ses effets (CE, 25 novembre 1994, *Leducq*, préc. ; 5 décembre 1994, *Syndicat viticole de Pessac-Léognan et autres*, préc. ; Sect., Avis, 28 juillet 1995, *Consorts Alsina et SA Plâtres Lambert Production*, préc.) ou aux pouvoirs et obligations du juge (CE, 6 janvier 1989, *Lovera*, req. n° 90.766, Rec., p. 3, *D.*, 1990, SC, p. 31, note F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Gaz. Pal.*, 9-10 février 1990, n° 40-41, p. 3, concl. S. DAËL, *Rev. adm.*, 1989, p. 32, note P. TERNEYRE ; 31 mars 1989, *Société Campenon-Bernard BTP*, req. n° 97.397, Rec., T., p. 847 ; 17 avril 1989, *SARL "Provincia"*, req. n° 89.490, Rec., T., p. 847 ; Sect., 8 février 1991, *Association "Capitale nationale de l'âge de l'illumination"*, préc. ; 7 avril 1995, *Grekos*, req. n° 95.123, Rec., p. 159, *AJDA*, 1995, n° 2, p. 115, chr. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUUX, *RFDA*, 1996, n° 1, p. 43, étude F. MODERNE ; Sect., 5 mai 1995, *Société "Coopérative maritime Bidassoa" et autres*, préc. ; Ass., 26 mai 1995, *Etna et Ministre des Départements et Territoires d'Outre-Mer et Préfet de la Guadeloupe et Etna*, préc. ; 28 mai 2001, *Commune de Bohars et SARL Minoteries France*, préc. ; 30 novembre 2007, *Ville de Marseille*, préc.). Cf., en ce sens, J. HÉRON, art. préc., p. 315, n° 59 ; J. PETIT, thèse préc., p. 465, n° 950 et s.

³⁴¹⁴ Il s'agit ni plus ni moins que des règles de forme et de procédure relatives à l'instance, c'est-à-dire celles qui concernent le déroulement de l'instruction et le rendu du jugement (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 769, n° 840 ; J. PETIT, thèse préc., p. 456, n° 929).

³⁴¹⁵ Sur ce point, voir J. PETIT, thèse préc., p. 465, n° 950.

³⁴¹⁶ Il s'agit des règles régissant la composition de la formation de jugement (CE, 20 juin 1913, *Téry*, Rec., p. 736, concl. CORNEILLE, S., 1920, III, p. 13 ; Sect., 12 décembre 1958, *Banque alsacienne privée*, Rec., p. 637, *AJDA*, 1959, II, p. 24, concl. G. BRAIBANT ; Sect., 23 janvier 1959, *Derambure*, Rec., p. 68, concl. G. BRAIBANT ; Sect., 1^{er} décembre 1972, *Fouche*, req. n° 84.644, Rec., p. 708), le délibéré (CE, 17 novembre 1922, *Légillon*, Rec., p. 849), la motivation (CE, Sect., 1^{er} mars 1935, *Platon*,

juge³⁴¹⁷, s'appliquent sans rétroactivité à l'ensemble des litiges en cours au moment où elles sont formulées³⁴¹⁸. Faute pour le juge d'avoir rendu sa décision au moment de l'édiction de la règle jurisprudentielle nouvelle, la situation procédurale n'est pas constituée et la jurisprudence nouvelle ne produira à son égard qu'un effet immédiat. À l'inverse, une règle jurisprudentielle de forme ou de procédure ne peut, sans rétroagir, modifier les conditions d'élaboration d'un acte juridictionnel, dès lors que la date d'édiction du second est antérieure à la date d'observabilité de la première. En d'autres termes, la règle nouvelle s'applique immédiatement à toutes les procédures en cours, mais ne sera rétroactive qu'à la condition d'affecter les jugements déjà rendus.

941. Enfin, il convient de relever que, de la même façon que précédemment, la date de réalisation du fait constitutif de la situation procédurale peut se voir désigner par l'autorité normative une date différente de celle de la réalisation des faits régis par la règle nouvelle. Le législateur, voire même le juge, peut expressément désigner un autre point de référence dans la chronologie pour apprécier l'effet dans le temps de la règle de procédure nouvelle. C'est ce qui s'est produit en matière fiscale. Le Conseil d'État a pu considérer que l'effet dans le temps des lois de procédure devait s'apprécier, non par rapport à la date d'édiction de l'acte juridique concerné comme c'était le cas initialement³⁴¹⁹, mais par rapport à celle du fait générateur de l'imposition. Ce faisant, le juge de l'impôt a provisoirement soumis les règles fiscales de forme au régime applicable aux règles fiscales de fond, au motif de leur connexité avec ces dernières. Seules les règles régissant la procédure de recouvrement échappaient à ce régime dérogatoire et continuaient de suivre le régime général de la procédure administrative non contentieuse³⁴²⁰. Ce n'est qu'en 1983 que la Haute juridiction est revenue aux solutions classiquement admises en matière de lois

Rec., p. 270, *DH*, p. 336 ; Sect., 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, req. n° 76.453, Rec., p. 224, *Dr. adm.*, 1972, n° 147 ; 29 novembre 1979, *Landsmann*, req. n° 15.690, Rec., p. 431, *D.*, 1980, IR, p. 117, obs. P. DELVOLVÉ ; 25 novembre 1994, *Ville de Nanterre*, req. n° 119.553, Rec., T., p. 1151, *D.*, 1996, SC, p. 51, obs. P. BON et P. TERNEYRE ; 9 février 2004, *Préfet de police c/ Afif Chaouche*, req. n° 254.913, Rec., T., p. 727, *AJDA*, 2004, n° 20, p. 1103), la rédaction et le contenu du jugement (CE, Sect., 28 janvier 1938, *Ville de Moulins*, Rec., p. 96 ; Ass., 1^{er} juin 1956, *Ville de Nîmes c/ Pabion*, préc. ; 14 novembre 1962, *Wettel*, req. n° 50.881, Rec., T., p. 1072 ; 13 juillet 1963, *Cassel*, Rec., p. 467 ; 2 décembre 1977, *Comité de défense des contribuables de Saint-André*, req. n° 95.595, Rec., p. 476 ; 15 juin 1987, *Grezes*, req. n° 71.212, Rec., T., p. 807, *Dr. adm.*, 1987, n° 455 ; 14 octobre 1987, *SARL Egoitza*, req. n° 48.195, Rec., T., p. 887 ; 30 juin 1993, *CPAM de la région dieppoise*, req. n° 90.559, Rec., p. 188 ; 29 juillet 1994, *Brizard*, req. n° 144.883, Rec., T., p. 1126 ; 23 août 2006, *Estil*, req. n° 279.780, Rec., T., p. 905 ; 27 septembre 2006, *Sakaroviitch c/ Conseil supérieur de l'ordre des vétérinaires*, req. n° 281.690, *AJDA*, 2006, p. 2198), ainsi que son prononcé (CE, Sect., 13 novembre 1985, *Prempeh*, req. n° 56.853, Rec., T., p. 677, *D.*, 1986, IR, p. 283, obs. P. WAQUET et F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; 7 février 1994, *Inthavong*, req. n° 135.105, Rec., T., p. 1126) et sa notification (CE, 8 novembre 1961, *Jéramec*, Rec., p. 635, *D.*, 1961, p. 774, concl. G. BRAIBANT ; Sect., 11 juillet 1988, *SCI "I, rue de la Fraternité"*, req. n° 52.639, Rec., p. 296 ; 19 janvier 1998, *SARL "Armement frigorifique martiniquais"*, req. n° 165.164, Rec., T., p. 1132, *Dr. adm.*, 1998, n° 5, p. 26, obs. M. C., *LPA*, 10 juin 1998, n° 69, p. 16, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA).

³⁴¹⁷ À titre d'ex., il peut être fait mention, notamment, du pouvoir de procéder à des substitutions de base légale (CE, 20 novembre 1942, *Vally*, Rec., p. 326, *DC*, 1944, p. 29, note M. WALINE ; Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi*, préc.) ou de motifs même en l'absence de compétence liée (CE, Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, préc.), ainsi que de celui de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc.).

³⁴¹⁸ Pour un ex. récent, voir CE, 9 juin 2004, *Lefebvre*, req. n° 222.069, Rec., p. 248, *JCP A*, 2004, n° 27, p. 903, note J. MOREAU ; CAA Douai, 25 mai 2004, *Commune de Vred*, req. n° 01DA00264, Rec., p. 493 ; CAA Lyon, 9 mai 2006, *Centre hospitalier universitaire de Grenoble*, req. n° 01LY01986 ; 12 avril 2007, *Lobraico c/ Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, req. n° 03LY01834, Rec., T., p. 1039 (mise en œuvre de nouvelles conditions d'exercice du pouvoir de substitution des motifs). Sur les principes applicables aux règles de forme et de procédure, voir, s'agissant de la loi, p. 72 et s., n° 106 et s.

³⁴¹⁹ CE, Sect., 2 juin 1876, *Société de Commentry-Fourchambault*, Rec., p. 512, *D.*, 1876, III, p. 90 ; 23 juin 1876, *Compagnie des forges de Châtillon et de Commentry*, Rec., p. 600 ; 17 novembre 1876, *Compagnie houillère de Bessèges*, Rec., p. 824 ; 15 janvier 1932 (1^{ère} esp.), Rec., p. 53 ; 15 février 1932 (7^e esp.), Rec., p. 152.

³⁴²⁰ Sur le premier point, voir CE, Sect., 12 juillet 1932, Rec., p. 707, *S.*, 1932, 3, p. 105, note P. de FONT-RÉAULX ; 18 juin 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Sieur X.*, req. n° 80.764, Rec., p. 456 ; 3 novembre 1972, *Sieur X.*, Rec., p. 698 ; 24 janvier 1973, *Sieur X.*, req. n° 81.288, Rec., p. 67 ; 14 juin 1982, *Sieur X.*, req. n° 26.994, *RJF*, 1982, n° 853. Sur le second point, CE, 28 janvier 1935, (2^e esp.), Rec., p. 114.

de forme et de procédure³⁴²¹. Depuis lors, cet alignement sur le régime général a été consolidé par le législateur lui-même³⁴²².

942. Conclusion du 1. La brièveté du fait ou de l'acte régi par la règle nouvelle exclut que l'un ou l'autre puisse se situer de part et d'autre de sa date d'observabilité. La question de la rétroactivité est résolue en tenant simplement compte de sa position dans le temps³⁴²³. Un tel raisonnement est, en tout état de cause, transposable au cas dans lequel la règle nouvelle affecterait, cette fois, l'effet juridique instantané attaché par la règle ancienne à la réalisation d'un fait ou l'édition d'un acte juridique³⁴²⁴. Il n'en va pas de même lorsque le présumé de la règle se réfère à des faits successifs.

2°) L'atteinte à une situation constituée en présence d'une dispersion de faits

943. Cette hypothèse est plus complexe, dès lors qu'elle met en jeu des faits successifs. Elle correspond aux cas dans lesquels la loi attache une conséquence de droit à la réalisation de plusieurs conditions qui peuvent être remplies à des dates différentes. Selon l'expression du Doyen Roubier, on est alors en présence d'une « *situation juridique à formation successive* »³⁴²⁵, en ce sens que l'effet de droit prévu par la règle est déclenché par la réalisation de plusieurs faits successifs. Par exemple, nombre d'actes administratifs connaissent une procédure d'élaboration complexe et composée de plusieurs étapes³⁴²⁶.

Les modifications de l'ordonnancement juridique opérées par la « norme-règle » rétroactive se déroulent alors dans un contexte de « dispersion des faits »³⁴²⁷. Celui-ci se caractérise par le fait qu'à la date d'observabilité de la « norme-règle », un sujet de droit a déjà rempli une partie des conditions posées par la règle nouvelle, mais la ou les autres conditions ne pourront être remplies qu'après cette date. La situation est toujours en cours de formation et le processus d'application du droit n'a pas encore commencé. Le présumé de la règle ancienne ne s'étant pas entièrement réalisé au moment où la règle nouvelle devient observable, celle-ci peut saisir des faits passés sans être regardée comme produisant un effet rétroactif.

³⁴²¹ CE, Plén., 14 janvier 1983, *Mme X.*, req. n° 28.077, Rec., p. 4, *DF*, 1983, n° 24, p. 838, concl. P. LÉGER, *RJF*, 1983, comm. 448, p. 148, chr. P.-F. RACINE ; 11 juillet 1983, *Ministre du Budget c/ M. X.*, req. n° 37.879, Rec., T., p. 669 ; 14 avril 1986, *SARL "Entreprise Botta et fils"*, req. n° 60.710, Rec., T., p. 493, *DF*, 1986, comm. 1978 ; 1^{er} octobre 1986, *Fillacier*, req. n° 49.362, Rec., T., p. 463 ; 27 avril 1987, *Blaize*, req. n° 47.063, Rec., T., p. 665 ; 3 juin 1987, *Dokhan*, req. n° 66.744, *RJF*, 1987, n° 7, n° 843 ; 25 mai 1988, *Société Fournier Ship*, req. n° 57.930, Rec., T., p. 709 ; 23 novembre 1988, *Donsimoni et Ministre du Budget*, req. n° 54.576 et 55.409, Rec., T., p. 715 ; 31 mai 2000, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement c/ Crépin*, req. n° 198.438, Rec., T., p. 1285, *BDCF*, 2000, n° 7/8, p. 32 et *RDF*, 2001, n° 8, p. 352, concl. G. GOULARD, *RJF*, 2000, n° 7-8, p. 617.

³⁴²² Art. 108 de la loi n° 92-1376 du 30 décembre 1992, de finances pour 1993, *JORF* n° 304 du 31 décembre 1992, p. 18058), puis codifiée à l'art. L. 284 LPF. Sur l'ensemble de ces points, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 228, n° 301 ; J. MÉRIC, « L'application dans le temps des lois de procédure en matière fiscale », préc., pp. 132-136 ; J. PETIT, thèse préc., p. 173, n° 362 et p. 444, n° 909.

³⁴²³ P.-A. CÔTÉ, art. préc. p. 213.

³⁴²⁴ Cf., par ex., les contrats à exécution instantanée, CE, 9 novembre 1979, *Union nationale du commerce en gros des fruits et légumes*, préc.

³⁴²⁵ J. PETIT, thèse préc., p. 415, n° 854 et s. ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 294, n° 63.

³⁴²⁶ Que la procédure exige l'accomplissement de plusieurs formalités (information, consultation, enquête, concertation, etc...) et/ou l'intervention d'actes intermédiaires (avis, approbation, autorisation, etc...). Pour les actes administratifs unilatéraux, cf., par ex., P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 154, n° 345 ; R. HOSTIOU, thèse préc., p. 15 et s. ; B. SEILLER, « Acte administratif (II – Régime) », fasc. préc. p. 14, n° 80 et s. Pour les contrats, cf. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 471, n° 404 ; L. RICHER, *op. cit.*, p. 131, n° 225.

³⁴²⁷ L. BACH, « Conflits de lois dans le temps », fasc. préc., p. 30, n° 171 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., pp. 46-47, n° 92 à 94 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 84, n° 91 et s.

On peut légitimement se poser la question de savoir si la situation de dispersion de faits, telle qu'on vient de la décrire, peut survenir à l'occasion d'un changement de règle jurisprudentielle ou de la formulation d'une règle entièrement nouvelle. Du lien indissociable entre création et application du droit par le juge, il découle que la règle jurisprudentielle nouvelle est toujours édictée à l'occasion d'un litige relatif à l'application de la règle ancienne. Cela signifie que l'ensemble des éléments correspondant au présumé de la règle nouvelle se sont déjà réalisés au moment de son édicte. La substitution de la seconde à la première empêche même la survenance d'une situation de dispersion de faits dans le temps. C'est là une des conséquences de la fiction consistant à regarder la règle jurisprudentielle nouvelle comme étant entrée en vigueur à une date indéfinie dans le passé. Néanmoins, la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence a, ici encore, changé la donne, si bien que l'hypothèse d'une dispersion de faits est désormais envisageable.

En situation de dispersion de faits, la solution de rétroactivité est donc naturellement écartée pour caractériser l'action dans le temps de la règle nouvelle, au profit d'un simple effet immédiat (a). Si une telle solution se justifie par le souci de ne pas considérer toute norme produisant des effets sur le passé comme rétroactive, elle conduit à exclure de son champ d'application certaines hypothèses de rétroactivité partielle (b).

a - L'absence d'atteinte à une situation constituée en présence d'une dispersion de faits

944. La situation juridique est en cours de constitution au moment où la règle nouvelle est rendue observable, et celle-là peut venir régir celle-ci sans qu'il y ait rétroactivité.

Par exemple, le fait qu'une loi de forme ou de procédure se déclare applicable aux « procédures en cours »³⁴²⁸ signifie qu'elle entend régir les situations procédurales qui n'ont pas été constituées³⁴²⁹ à la date de sa publication.

³⁴²⁸ L. BACH, fasc. préc., p. 65, n° 406. Cf., parmi de nombreux ex., les lois de transfert de compétence d'une juridiction à une autre applicables aux instances en cours à la date de leur promulgation (transfert des affaires pendantes devant la juridiction des soins gratuits aux juridictions des pensions par l'art. 8 de la loi n° 2008-492 du 26 mai 2008, relative aux emplois réservés et portant dispositions diverses relatives à la défense, JORF n° 122 du 27 mai 2008, p. 8538 ; transfert des procédures en cours devant le tribunal des forces armées de Paris au tribunal aux armées de Paris par l'art. 64 de la loi n° 99-929 du 10 novembre 1999, portant réforme du code de justice militaire et du code de procédure pénale, JORF n° 262 du 11 novembre 1999, p. 16799) ou modifie les règles applicables par le juge pour les procédures en cours au jour de leur entrée en vigueur (modification des règles applicables à la procédure de traitement des situations de surendettement par l'art. 99 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JORF n° 175 du 31 juillet 1998 p. 11679 ; application des règles en matière de conciliation et de médiation judiciaires aux procédures en cours par l'art. 33 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n° 34 du 9 février 1995, p. 2175 ; application pure et simple ou adaptée des règles du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique aux procédures en cours dans le territoire de la Polynésie française par l'art. 66 de la loi n° 93-1 du 4 janvier 1993, portant dispositions diverses relatives aux départements d'outre-mer, aux territoires d'outre-mer et aux collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon, JORF n° 3 du 4 janvier 1993 p. 202).

³⁴²⁹ Voir, selon une jurisprudence constante, CE, 2 avril 1852, *Mestre*, Rec., p. 72, S., 1852, II, p. 476 ; 14 mai 1920, *Dhoste*, préc. ; 5 août 1921, *Discher*, Rec., p. 815, RDP, 1921, p. 532, concl. CORNEILLE ; Sect., 11 mars 1932, *Tastet*, préc. ; Sect., 7 janvier 1949, *Société provençale des constructions navales*, Rec., p. 6, D., 1949, J., p. 367, note J. G. ; Ass. 4 janvier 1957, *Lamborot*, Rec., p. 12, AJDA, 1957, p. 108, concl. CHARDEAU ; Ass., 5 juillet 1985, *Confédération nationale du travail et autres*, req. n° 21.893, Rec., p. 217, *Gaz. Pal.*, 1985, 2, p. 742, note S. GUINCHARD et MOUSSA, JCP G, 1985, II, 20478, concl. JEANNENEY ; Sect., 5 juin 1987, *Fontaine*, req. n° 54.964, Rec., p. 197, concl. M. de SAINT-PULGENT ; Sect., 6 juillet 1990, *Compagnie des diamantaires d'Anvers et Delcourt*, req. n° 62.716, 77.723 et 84.309, Rec., p. 206, AJDA, 1990, n° 12, p. 907, obs. L. RICHER, CJEG, 1990, p. 380, concl. de la VILLERPIÈRE, RFDA, 1991, n° 2, p. 293, note F. LLORENS ; Sect., Avis, 15 octobre 1993, *Consorts Jezequel et Vallée*, req. n° 148.888 et 148.889, Rec., p. 280, D., 1994, SC, p. 359, obs. P. BON et P. TERNEYRE, RFDA, 1994, n° 3, p. 553, concl. P. FRYDMAN ; Sect., Avis, 28 juillet 1995, *Kilou*, préc. ; Sect., 10 juin 1996, *Élections cantonales de Toulon (3^{ème} canton)*, préc. ; TC, 12 mai 1997, *Mme Gillot*, req. n° 03.012, Rec., p. 529 ; CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Époux Draon*, préc. ; 30 avril 2003, *Caisse primaire d'assurance-maladie du Havre*, req. n° 213.702, Rec., T., p. 646 ; 24 février 2006, *M. et Mme Levenez*, préc. ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc. Voir également J. PETIT, thèse préc., pp. 468-469, n° 955 et les arrêts cités.

Il en va de même des lois de forme qui se déclarent applicables aux actes administratifs en cours de formation à cette même date³⁴³⁰.

945. Dans les deux cas, la « norme-règle » régit un ensemble de faits indissociables ou d'actes imbriqués survenus pour partie avant et pour partie après sa date d'observabilité³⁴³¹. L'analyse classique conduit à rejeter l'idée de rétroactivité car la règle nouvelle régit une situation en cours³⁴³². Une telle position repose, le plus souvent, sur la prise en compte des faits dans leur ensemble. En effet, seule la réalisation du dernier d'entre eux déclenche l'application de la règle de droit et, par suite, la constitution de la situation. Toute autre manière d'appréhender le problème amène à tenter de hiérarchiser entre les différents faits générateurs de la situation³⁴³³. Or, comme le remarque M. Petit, toute « tentative d'établir une hiérarchie entre les éléments générateurs d'une situation juridique – en distinguant ceux qui ont à cet égard une valeur particulière –, paraît essentiellement vaine. Par hypothèse, lorsque la formation d'une situation juridique dépend de plusieurs faits successifs, chacun de ceux-ci a la même valeur au point de vue de sa formation : chacun y est nécessaire et aucun, à lui seul, n'y suffit »³⁴³⁴.

946. Néanmoins, cet auteur a montré que l'interprète se trouve, en réalité, en face d'une alternative³⁴³⁵ entre une représentation synthétique, laquelle vient d'être présentée, et une représentation analytique de la situation régie par la loi nouvelle, laquelle isole chaque élément de la procédure³⁴³⁶. En vertu de cette deuxième conception, la règle applicable est celle à la date d'accomplissement de chacun des éléments constitutifs de la procédure et non plus à celle de la réalisation du dernier d'entre eux. Chaque phase de la procédure devient alors un fait instantané dont la position temporelle détermine directement le champ d'application de la règle nouvelle. Alors que les règles fiscales de fond relatives à certains impôts directs offrent une illustration de la première conception³⁴³⁷, les actes de procédure administrative répressive³⁴³⁸, ainsi qu'une partie des actes de procédure contentieuse³⁴³⁹ se rattachent, au

³⁴³⁰ Que la procédure fasse intervenir plusieurs formalités, plusieurs personnes ou plusieurs actes, la loi applicable est celle du jour de l'adoption de la décision finale. Cette conception est, au demeurant, parfaitement en accord avec le régime contentieux des actes intermédiaires intervenant au cours d'une procédure complexe. N'ayant pas d'autres effets que celui de rendre possible l'édition de la décision finale, ces actes sont ne sont pas considérés en eux-mêmes par la jurisprudence (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Sect., 13 décembre 1991, *Société "Appareils spéciaux échangeurs de température" (ASET)*, préc., *RJF*, 1992, n° 1, pp. 20-21). Simples mesures préparatoires, ils restent insusceptibles de contestation immédiate. Leur illégalité ne pourra éventuellement être soulevée qu'à l'occasion du recours dirigé contre l'acte final (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 600, n° 678). Cf., par ex., en matière d'élaboration d'un plan d'occupation des sols, CE, Sect., 19 décembre 1980, *Association pour la protection de la nature de la région de Damgan et autre*, req. n° 17.661, Rec., p. 487, *D.*, 1981, J., p. 404, concl. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1981, p. 82, chr., M. PINAULT et M.-A. FEFFER, *Quot. jur.*, 17 décembre 1981, note F. MODERNE ; 13 juin 1986, *Consorts Bo*, req. n° 58.812, Rec., T., p. 753, *CJEG*, 1987, p. 770. Pour d'autres ex., cf. J. PETIT, thèse préc., p. 436, n° 894 et s.

³⁴³¹ J. HÉRON, *op. cit.*, p. 148, n° 167 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 139, n° 297 et s.

³⁴³² G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 221, n° 297 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 294, n° 63 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 398, n° 766 ; A. WERNER, art. préc., p. 760.

³⁴³³ Cf., par ex., O. NÉGRIN, thèse préc., p. 131 et 417 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 294, n° 63.

³⁴³⁴ J. PETIT, thèse préc., p. 417, n° 856.

³⁴³⁵ J. PETIT, *loc. cit.*

³⁴³⁶ Cf., en ce sens, J. MÉRIC, art. préc., p. 133.

³⁴³⁷ Voir, plus haut, p. 718 et s., n° 929 et s.

³⁴³⁸ S'agissant de l'édition de sanctions administratives, la règle de procédure nouvelle est inapplicable aux actes de procédure déjà intervenus ou moment où elle devient observable, à l'exception de ceux qui ont été irrégulièrement accomplis sous l'empire du régime antérieur. Par suite, la loi nouvelle ne pourra imposer, sans rétroagir, de reprendre les actes régulièrement intervenus sous l'empire de la règle ancienne, alors même qu'ils ne sont pas conformes à la règle nouvelle (CE, Sect., 17 novembre 2006, *Société CNP Assurances c/ Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM)*, préc.).

³⁴³⁹ De la même manière qu'en matière de prononcé de sanctions administratives et plus largement en procédure pénale (L. BACH, fasc. préc., p. 66, n° 409 et 411), une loi de procédure qui impose, en matière contentieuse, de refaire des actes déjà accomplis sera rétroactive (CE, Sect., 13 décembre 1991, *Société "Appareils spéciaux échangeurs de température" (ASET)*, préc. ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc.). Outre les exemples déjà cités à la note 259, voir l'ex. des lois relatives à l'instruction (cf., en matière d'expertise, CE, 25 février 1887, *Redier* (1^{er} esp.), Rec., p. 172 ; 26 novembre 1898, *Sieur Philip* (2^e esp.), Rec., p. 744 ; 26 mai 1900, *Mehier frères* (2^e esp.), Rec., p. 373 ; 1^{er} juillet 1936, *Hinstin*, Rec., p. 768 ; 5 janvier 1972, req. n° 80.132, Rec., T., p. 1030). Les règles relatives au débat contradictoire se partagent, quant à elles, entre les deux tendances et témoignent des hésitations du juge (CE, Ass., 28 mars 1947, *Société des Chaux et ciments Lafarge*, Rec., p. 139 ; 12 décembre 1969, *Société X.*, req. n° 75.364,

moins en partie, à la seconde. Il reste qu'il est évidemment loisible à l'autorité normative d'isoler elle-même un élément constitutif de la procédure dont la réalisation constituera la « date-frontière » à prendre en compte pour déterminer le champ d'application dans le temps de la règle nouvelle en situation de dispersion de faits. En désignant elle-même un fait instantané, l'autorité normative fixe une date permettant de faire le partage entre, d'un côté, les procédures en cours au moment où la règle nouvelle est rendue observable et qui seront régies par cette dernière et, de l'autre, celles qui resteront gouvernées par la règle ancienne³⁴⁴⁰.

947. Quelle que soit la branche de l'alternative, la solution de rétroactivité semble *a priori* à écarter dans les situations de dispersion de faits. De deux choses l'une : soit la règle nouvelle n'est pas encore applicable parce que le dernier fait correspondant à son présumé ne s'est pas encore produit (représentation synthétique), soit la règle nouvelle régit, en réalité, une situation instantanée (représentation analytique), et donc non dispersée. Pourtant, il est possible de considérer que, dans des cas particuliers, la règle nouvelle puisse rétroagir, sans nécessairement porter atteinte à une situation antérieurement constituée.

b - La rétroactivité partielle de la règle nouvelle malgré l'absence d'atteinte à une situation constituée

948. Le contexte de dispersion dans le temps des éléments du présumé de la règle de droit conduit l'analyse classique à repousser l'idée de rétroactivité, dès lors que l'ensemble des conditions d'application de la règle ancienne ne sont pas réunies au moment où la règle nouvelle devient observable. La situation juridique est toujours en cours de constitution au moment du changement de règle. Bien que ce raisonnement reste valable dans la grande majorité des cas, la prise en compte, de manière isolée, de l'objet de la règle nouvelle peut amener, comme l'a fort bien mis en lumière M. Fleury-Le Gros³⁴⁴¹, à une solution différente. Lorsque la règle nouvelle a pour objet de régir uniquement des éléments du présumé de la règle ancienne qui se sont réalisés antérieurement à la date à laquelle elle devient observable, il faut considérer qu'elle rétroagit partiellement.

La situation ici envisagée est la suivante. Soit une règle de droit dont le présumé contient trois conditions. L'effet de droit qu'elle prévoit ne se produira qu'à compter du moment où elles seront toutes satisfaites. Or, il peut advenir qu'une règle nouvelle vienne supprimer la dernière condition du présumé de la règle ancienne, alors que les deux premières ont déjà été remplies. Si la règle nouvelle prévoit son entrée en vigueur anticipée, par exemple en se déclarant applicable aux faits déjà survenus

Rec., p. 598 ; 8 avril 1970, *Ministre des Finances c/ Sieur X.*, req. n° 70.023, Rec., p. 230 ; Ass., 21 décembre 1990, *Élections municipales de Mundolsheim*, req. n° 112.221, Rec., 379, *Quot. jur.*, 2 mai 1991, p. 6, note B. MALIGNER ; 18 octobre 1993, *Zirah*, req. n° 118.586, Rec., T., p. 593 : les règles applicables à la communication des pièces et des mémoires sont celles en vigueur à la date du jugement).

³⁴⁴⁰ Le régime procédural de la révision des anciens plans d'occupation des sols fournit un exemple du choix de la méthode analytique par le législateur. En effet, c'est la délibération du conseil municipal arrêtant le projet de plan d'occupation des sols, alors même que la procédure s'achève avec son approbation et sa publication, qui détermine, selon la date à laquelle elle est intervenue, les règles applicables à la procédure de révision. Si le projet de révision a été arrêté à une date antérieure à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbain, c'est la régime procédural ancien qui sera applicable, pourvu que l'approbation intervienne dans un délai d'un an à compter de ladite entrée en vigueur (art. L. 123-19 du Code de l'urbanisme ; CAA Marseille, 12 avril 2007, *Commune de Cagnes-sur-Mer*, req. n° 04MA01237, Rec., T., p. 671). C'est la même méthode qui a été adoptée pour fixer les règles applicables aux procédures de passation des délégations de service public en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin » (JORF n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588). Le régime ancien reste applicable aux procédures pour lesquelles l'attributaire de la délégation était déjà pressenti au moment de la publication de la loi (art. 47, al. 2 de la loi Sapin ; CE, Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly et autres*, préc.).

³⁴⁴¹ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 135, n° 291 et s.

au moment où elle devient observable, cela signifie qu'elle entend régir les faits correspondant aux deux premiers éléments du présumé de la règle ancienne, lesquels forment également celui de la règle nouvelle. Par définition, les faits correspondant au présumé de la règle nouvelle se sont donc entièrement produits dans le passé. L'effet de droit prévu par la loi nouvelle sera déclenché dans le passé, alors même que le processus d'application de la règle ancienne n'a pas encore débuté. En d'autres termes, la règle nouvelle produira un effet rétroactif, sans pour autant remettre en cause une situation antérieurement constituée.

949. La règle nouvelle prétend ainsi faire produire à un fait antérieur un effet qu'il n'a pas produit selon le droit en vigueur au moment de sa survenance. De ce point de vue, il y a donc bien rétroactivité. Bien que rarement rencontrée, la rétroactivité de la « norme-règle » par son objet n'est pas une pure hypothèse d'école³⁴⁴². On peut envisager, à titre d'exemple, le cas d'une règle supprimant pour les actes en cours d'élaboration le dernier élément de la procédure applicable, tel l'obligation de recueillir un avis ou de consulter un organisme.

Bien que recouvrant un cas particulier, l'analyse de la « norme-règle » affectant uniquement les éléments passés d'une situation en cours, permet de mettre en exergue un cas de rétroactivité en l'absence d'atteinte à une situation constituée. Au sens de la définition retenue, il s'agit ici d'une rétroactivité partielle dont l'existence constitue la limite de l'efficacité du critère tiré de l'atteinte à une situation constituée.

950. Conclusion du I. Nonobstant les difficultés d'identification de la nature de la règle de droit et du moment constitutif de la situation régie, la qualification de l'effet dans le temps de la règle nouvelle peut directement se déduire, en présence de faits instantanés, de la position que ceux-ci occupent dans la chronologie. L'analyse se complique davantage en présence de faits durables, dès lors qu'il faut non seulement prendre en compte leur position temporelle, mais également la portion qu'ils occupent dans la durée.

B/ L'atteinte à une situation constituée en présence de faits durables

951. Cette question renvoie à celle, plus large, de la présence du temps³⁴⁴³ dans la règle de droit. Cette présence peut être décelée, suivant l'analyse structurale de la règle de droit, soit dans son présumé, soit dans l'effet qu'elle prévoit. Dans le premier cas, la règle attache un effet de droit à un fait à condition qu'il dure dans le temps. Dans le second, la réalisation des éléments de son présumé déclenche un effet de droit qui va s'étendre dans le temps. Du point de vue de l'analyse du champ d'application de la règle nouvelle, ces deux situations, bien qu'*a priori* différentes, doivent recevoir le même traitement. Le fait continu régi par la règle ancienne ou l'effet durable prévue par elle forme tous deux un des éléments du présumé de la règle nouvelle. Dans un cas comme dans l'autre, la règle nouvelle entend régir une situation continue. Or, de manière générale, la présence du temps dans la règle

³⁴⁴² En matière répressive, l'exemple des lois d'incrimination d'infractions complexes ou d'habitude est souvent cité (P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 127, n° 280 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 304, n° 373 ; F. DESPORTES et F. LE GUNÉHEC, *Droit pénal général*, préc., p. 277, n° 327 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 468, n° 91).

³⁴⁴³ Sur cette question, voir P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à P. KAYSER*, t. II, PUAM, 1979, p. 1 ; J. HÉRON, art. préc., p. 322, n° 70 et *op. cit.*, p. 81, n° 88 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 251, n° 574.

de droit empêche de voir un effet rétroactif dans l'application anticipée de la règle nouvelle à une situation continue (1).

Néanmoins, la circonstance que la règle nouvelle modifie l'effet durable prévu par la règle ancienne introduit un élément de complexité dans l'analyse de son application dans le temps. En effet, modifier un effet de droit revient à changer la conséquence qu'avait attachée la règle ancienne à la réalisation des faits correspondants à son présumé. Bien que se rapportant à l'effet de la règle ancienne, la règle nouvelle entend, en réalité, régir des faits ou des actes passés en vue de leur faire produire de nouveaux effets. Pour apprécier l'incidence de la règle nouvelle modifiant un effet durable, il faut donc se reporter à la date de survenance des faits ou d'édition des actes dont la réalisation a déclenché sa production. Ainsi, l'effet de la règle nouvelle modifiant un effet durable ayant commencé à se réaliser dans le passé doit être apprécié en prenant en considération à la fois la position temporelle des faits qui l'ont déclenché et la portion qu'ils occupent dans la durée. Seule peut être qualifiée de rétroactive la règle qui modifie l'effet durable attaché par la règle ancienne à la survenance de faits instantanés (2).

1°) L'atteinte à une situation juridique issue de faits durables

L'autorité normative peut avoir choisi d'imputer un effet de droit à un fait à la condition que celui-ci dure. Au sein du genre des faits durables³⁴⁴⁴, il convient de distinguer deux espèces. La durée du fait peut être déterminée par la règle elle-même dans son présumé, au moyen notamment d'une règle de délai. Au contraire, la règle peut prendre en considération un fait durable dans son présumé, tel la détention d'un patrimoine ou la qualité d'usager d'un service public, sans tenir compte, en tant que telle, de sa durée. Si, dans un cas comme dans l'autre, la durée constitue bien un élément de la condition figurant dans le présumé de la règle de droit, la question de la rétroactivité ne se pose pas tout à fait dans les mêmes termes s'agissant des règles régissant des faits à durée définie (a) que pour celles qui saisissent des faits à durée indéfinie (b)³⁴⁴⁵.

a - Le cas des faits à durée définie

952. Lorsque la durée du fait régi par la règle de droit est définie dans la condition posée dans son présumé, c'est que la règle en cause comporte un délai dont l'écoulement complet est hypothétique³⁴⁴⁶. Le délai forme alors une des conditions de réalisation de l'effet de droit et détermine directement son champ d'application. Ainsi en est-il des lois comportant une prescription, une déchéance ou une forclusion.

953. Ce « délai-condition » ou « délai de fond » ne doit pas être confondu avec le « délai-terme », lequel doit être rattaché à l'effet juridique de la règle de droit³⁴⁴⁷. Le « délai-terme » ne fait que désigner

³⁴⁴⁴ Compris comme ceux dont les effets se renouvellent constamment (C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 195, n° 350). Selon la formule de P. Roubier, on est en face d'« un état de fait continu » ou, plus précisément, d'une « situation juridique à formation continue » (P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 294, n° 63).

³⁴⁴⁵ Selon la distinction établie par P.-A. CÔTÉ, art. préc., p. 219. Voir également, C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 337, n° 633.

³⁴⁴⁶ À l'instar de la condition, il est un événement futur et incertain. Sur ce point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 225, n° 300 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 131, n° 146 ; J. PETIT, thèse préc., p. 380, n° 787.

³⁴⁴⁷ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 225, note 149 ; J. HÉRON, art. préc., p. 422, n° 71 et *op. cit.*, p. 131, n° 146 ; J. PETIT, *loc. cit.*

le moment auquel la réalisation du présumé de la règle entraînera la production de l'effet de droit. Assimilé à un terme, il prend naturellement place dans l'effet de droit prévu par la règle. Par exemple, si une loi prévoit que le titulaire d'un droit de préemption ayant commis, dans son exercice, une illégalité aboutissant à l'annulation ou la déclaration d'illégalité par la juridiction administrative de la décision de préemption, ne peut exercer son droit à nouveau sur le bien en cause – à la condition toutefois que le transfert de propriété n'ait pas eu lieu – pendant un délai d'un an à compter de la décision juridictionnelle devenue définitive³⁴⁴⁸, ce délai constitue un « délai-terme ». Il en découle que la loi comportant un tel délai ne peut pas s'appliquer aux faits survenus antérieurement à son observabilité, compte tenu de ce qu'elle porte sur un présumé qui s'est déjà entièrement réalisé. La loi qui abrégerait un « délai-terme » n'aurait ainsi aucune incidence sur les délais en cours, dès lors qu'elle ne serait applicable qu'aux faits survenus postérieurement à la date à laquelle elle deviendrait observable. Il en irait tout autrement si la loi remettait en cause ou réouvrait, même pour l'avenir, les délais-termes déjà expirés.

954. À l'inverse, lorsque la règle de droit fixe un « délai-condition », il faut considérer que tant que le fait durable existe – ici tant que le délai court –, le principe est celui de l'effet immédiat de la règle nouvelle. Celle-ci peut s'appliquer au fait durable ayant commencé à exister avant sa date d'observabilité sans qu'il y ait rétroactivité. La situation juridique étant continue, elle est encore en cours au moment de l'entrée en vigueur de la norme nouvelle. Du moment où le fait durable a cessé d'exister, la règle nouvelle ne peut le toucher pour la période antérieure à celle de son observabilité, sans porter atteinte à une situation constituée.

Ainsi, l'expiration du « délai-condition » entraînant la production de l'effet de droit qui y est attaché, la situation juridique se trouve constituée à cette date³⁴⁴⁹. Il s'ensuit que la règle nouvelle ne peut, sans rétroactivité, rouvrir³⁴⁵⁰ le délai de fond prévu par la règle ancienne ou en modifier la durée³⁴⁵¹, dès lors que celui-ci est entièrement écoulé. Tout le présumé de la règle ancienne s'est, en effet, réalisé avant que la norme nouvelle devienne observable. À l'inverse, tant que le délai n'est pas expiré ou s'il est interrompu³⁴⁵², c'est le principe de l'effet immédiat de la règle nouvelle qui doit être retenu lorsque celle-ci a pour effet son allongement³⁴⁵³ ou sa suppression³⁴⁵⁴.

³⁴⁴⁸ Art. L. 213-8 du Code de l'urbanisme. Sur ce point voir J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, préc., p. 158, n° 311 ; H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, préc., p. 881, n° 812.

³⁴⁴⁹ Cf., par ex., les conséquences de l'expiration du délai d'exercice du droit de reprise en matière fiscale, CE, 19 novembre 1934, *Ministre des finances c/ Cie des forges de Châtillon, Commeny et Neuves-Maisons*, Rec., p. 1070 ; 10 décembre 1934, *Sieur Natan*, Rec., p. 1169 ; 21 janvier 1935, *Cie des mines d'Ouasta*, Rec., p. 71 ; 28 juin 1937, *Dame X*, (5^e esp.), Rec. p. 638 ; 21 avril 1947, *Sieur X*, Rec., p. 152 ; 9 juillet 1956, *Sieur X...*, req., n° 14.353, Rec., p. 312 ; 13 octobre 1976, *Sieur X*, req. n° 91.178, Rec., T., p. 832, *DF*, 1976, n° 52, comm. 1985. Voir J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *op. cit.*, p.170, n° 180 ; J. MÉRIC, art. préc., p. 139.

³⁴⁵⁰ CE, 5 novembre 1948, *Sieur Temporel*, préc. ; 10 janvier 1994, *Valladier*, req. 99.619, Rec., T., p. 747.

³⁴⁵¹ Qu'il s'agisse de l'abréger (CE, 7 novembre 1979, *SCI de l'Orée du Bois*, préc. ; 9 février 2001, *Société Westco Trading Corporation*, préc.) ou de l'allonger (CE, 10 janvier 1994, *Capdeville*, req. n° 127.246, Rec., T., p. 1165 ; sur l'allongement de quatre à dix ans du délai de prescription des créances des établissements publics de santé en matière de responsabilité médicale, voir CE, Avis, 19 mars 2003, *M. et Mme Haddad c/ Centre hospitalier de Tourcoing*, req. n° 251.980, Rec., p. 133, *RDP*, 2003, n° 3, p. 831, chr. E. LANDROS-FOURNALÈS ; 27 juin 2005, *Consorts Rougier*, req. n° 261.574, Rec., T., p. 815, *AJDA*, 2005, n° 41, p. 2301, concl. D. CHAUVAUX ; 1^{er} mars 2006, *Centre hospitalier de Saulieu*, req. n° 263.117, Rec., T., p. 800 ; sur la remise en cause de la prescription du droit de reprise de l'administration fiscale par les dispositions de l'article 86 de la loi n° 84-1208 du 29 décembre 1984, JORF du 30 décembre 1984, p. 4060, voir CE, 5 mars 1997, *Société "Compagnie de Saint-Gobain"*, préc. ; 21 avril 1997, *Colombeau*, préc. ; 5 mai 1999, *SARL Vayfer*, req. n° 196.441, *RJF*, 1999, n° 6, p. 479).

³⁴⁵² Sur ce point, voir CE, 1^{er} avril 1960, *Société L.*, req. n° 46.249, Rec., p. 254 ; 26 octobre 1962, *Société Sadilek*, req. n° 52.307, Rec., p. 576 ; 16 avril 1969, *Société A.*, req. n° 68.662, Rec., p. 195 ; CAA Paris, 29 octobre 1992, *Keslassy*, req. n° 90PA00427, *RJF*, 1993, n° 1, p. 62.

³⁴⁵³ CE, 24 mars 1971, *SCI de "l'Étang de Berre" et de la Méditerranée*, req. n° 77.883, Rec., p. 238 ; 5 décembre 1984, *Régie nationale des usines Renault*, req. n° 23.380, Rec., p. 395, *AJDA*, 1985, n° 3, p. 165, obs. J. CHAPUISAT ; 27 mai 1988, *Société Fréval-Sibon et Fils*, req. n° 49.515, *RJF*, 1988, n° 7, comm. 862. Il en va de même lorsque la loi nouvelle retarde l'ouverture du

Les effets dans le temps d'une règle instituant un délai nouveau³⁴⁵⁵ ou abrégant un délai qui n'est pas encore expiré³⁴⁵⁶ dépendent, quant à eux, de la computation du nouveau délai³⁴⁵⁷. De manière générale, l'application du délai nouveau ou du délai abrégé institué par la règle nouvelle entraîne l'expiration prématurée du délai en cours prévu par la règle ancienne³⁴⁵⁸. Dans ce cas de figure, la règle nouvelle produira un effet rétroactif toutes les fois où le délai en cours est modifié de telle façon à ce qu'il se trouve expiré par le jeu du nouveau délai au moment où la norme devient observable³⁴⁵⁹. Comme le relève M. Petit, cela revient à attacher « à un fait entièrement situé dans le passé [...] un effet qu'il ne comportait pas en vertu du droit en vigueur au moment où le délai a commencé de courir »³⁴⁶⁰.

Un exemple topique est celui de la désormais célèbre affaire *Ternon*, dans laquelle le Conseil d'État a procédé à l'abrégement rétroactif du délai dont dispose l'autorité administrative pour retirer, au motif de leur illégalité, les décisions individuelles explicites créatrices de droits susceptibles d'être acquis³⁴⁶¹. En l'espèce, les modifications apportées au délai de retrait portaient à la fois sur son point de départ et sur sa durée. Selon l'ordre jurisprudentiel antérieur, le délai de retrait était de deux mois à compter de la notification de la décision³⁴⁶². La solution nouvelle avance le point de départ du délai de retrait à la date d'édition de la décision, soit sa signature, en même temps qu'elle porte la durée du délai de deux à quatre mois. En apparence, la règle nouvelle procède à un double allongement du délai de retrait. Toutefois, il résultait également de la jurisprudence antérieure qu'en l'absence de publicité donnée à l'acte – un tel défaut empêchant alors les délais de recours de courir à l'égard des tiers –, l'Administration pouvait légalement, même si aucun recours n'avait été exercé par un tiers intéressé,

délai (CE, Sect., 4 juin 1982, *Ministre de l'Environnement et du Cadre de vie c/ Junique et Richioud*, req. n° 23.675, Rec., p. 198, *AJDA*, 1982, n° 11, p. 654, concl. B. STIRN, *JCP G*, 1983, II, 19978, note F. MODERNE).

³⁴⁵⁴ La suppression du délai entraîne alors son allongement indéfini (CE, 19 mai 1961, *Société forestière de l'Est*, req. n° 5.027, Rec., p. 336 ; 5 décembre 1969, *Moulay Driss Ben Allal*, req. n° 75.980, Rec., p. 562).

³⁴⁵⁵ Il faut comprendre par là que l'absence de délai équivalait à un délai à durée indéfinie, perpétuel. Cf. CE, 15 novembre 1912, *Rey*, Rec., p. 1041 ; Sect., 28 janvier 1955, *Consorts Robert et Bernard*, Rec., p. 54, concl. F. GRÉVISSE, *RPDA*, 1955, p. 64, n° 114 ; Sect., 5 décembre 1958, *Carné c/ Ville de Neuilly-sur-Seine*, Rec., p. 612 ; Ass. 30 janvier 1959, *Metge*, préc. ; Ass., 10 juillet 1981, *Syndicat "Union pour la promotion des professions comptables libérales" et autres*, req. n° 11.065, 11.777 et 11.785, Rec., p. 308 ; 20 juillet 1988, *Association pour la sauvegarde de la ville d'Enghien-les-Bains et de ses abords*, req. n° 41.873, *Dr. adm.*, 1988, n° 536 ; 26 mars 1993, *Mlle Gontier*, req. n° 105.153, Rec., p. 80, *RFDA* 1993, n° 3, p. 630, obs. P. TERNEYRE ; 29 décembre 1997, *Mme Taabani*, req. n° 156.639, Rec., p. 651, *Dr. adm.*, 1998, n° 3, p. 16, note D. PIVETEAU.

³⁴⁵⁶ CE, 7 novembre 1979, *SCI de l'Orée du Bois*, préc. ; 10 mars 1986, *Société Sobrefim*, req. n° 50.987, Rec., p. 68, *DF*, 1988, comm. 1140 ; 22 juillet 1994, *Blot*, req. n° 118.988, *DF*, 1994, n° 48, p. 1733, *RJF*, 1994, n° 10, p. 635 ; 9 février 2001, *Société Westco Trading Corporation*, préc.

³⁴⁵⁷ TC, 19 janvier 1976, *Trésor public c/ Deschamps et autres*, req. n° 02.015, Rec., T., p. 804. Sur cette question, voir J. HÉRON, art. préc., p. 326 et s., n° 79 et s. et *op. cit.*, pp. 134-135, n° 149 ; J. PETIT, thèse préc., p. 382 et s., n° 793 et s. ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 300, n° 64.

³⁴⁵⁸ Voir, par ex., CE, Sect., 27 octobre 2006, *Département du Morbihan et autres*, req. n° 246.931, 247.011, 247.071 et 247.076, Rec., p. 437, concl. E. PRADA BORDENAVE, *AJDA*, 2006, n° 43, p. 2389, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *RDP*, 2007, n° 2, p. 628, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2007, n° 4, p. 835, étude F. DIEU (effet interruptif de la prescription quadriennale des dettes des personnes publiques du fait du dépôt d'une plainte contre X) ; Sect., 6 mars 2009, *M. Coulibaly*, préc. (délai d'abrogation des décisions explicites créatrices de droits susceptibles d'être acquis). Voir également, en matière de délai d'exercice des recours contentieux, CE, 15 janvier 1975, *Honnet*, req. n° 89.274, Rec., p. 22 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 316 ; J. PETIT, thèse préc., p. 561, n° 1136.

³⁴⁵⁹ À l'inverse, la règle nouvelle abrégant un délai en cours s'applique immédiatement si la date résultant du décompte du délai nouveau à partir de l'entrée en vigueur de la règle est postérieure à la date d'expiration du délai ancien en cours (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 226, n° 300).

³⁴⁶⁰ J. PETIT, thèse préc., p. 383, n° 794.

³⁴⁶¹ CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, préc. ; 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, préc.

³⁴⁶² En effet, le délai de retrait était alors « couplé » avec le délai de recours contentieux (CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, req. n° 74.010, Rec., p. 790, *RDP*, 1922, n° 5, p. 552, concl. R. RIVET, S., 1925, III, p. 9, note M. HAURIOU). Il convient de préciser que le retrait était encore possible en cours d'instance. Alors même que les délais étaient expirés, l'Administration disposait de la faculté de retirer la décision illégale dans le cas où un recours contentieux avait été formé et tant que le juge ne s'était pas prononcé.

rapporter d'office et à tout moment la décision illégale³⁴⁶³. En mettant fin au « couplage » du délai de retrait avec celui du recours contentieux, la haute juridiction administrative pose, en réalité, une règle abrégant le délai fixé par la jurisprudence précédente. À un délai à durée indéfinie se substitue un délai à durée définie. Qu'elle ait ou non fait l'objet de mesures de publicité, la décision illégale ne peut désormais être retirée que dans les quatre mois suivant son édicition. En l'espèce, la règle nouvelle édictée en 2001 se substitue à la règle issue de la jurisprudence *Ville de Bagneux* de 1966, laquelle se trouvait être la règle applicable à la date d'intervention du retrait, soit le 25 mars 1988. Ce faisant, la règle de 2001 a eu pour effet d'abrégier un délai indéfini qui avait commencé à courir à compter de la décision initiale illégale, notifiée en 1983. Alors que l'application de la jurisprudence *Ville de Bagneux* aurait conduit à reconnaître, en 2001, que le délai était en cours en 1988 et que le retrait était, par suite, régulièrement intervenu à cette date, il se trouvait rétroactivement expiré à cette même date du fait de l'entrée en vigueur de la nouvelle règle de délai rendue observable le 26 octobre 2001.

955. Pourtant, ce n'est pas exactement la solution retenue par le droit positif. En vertu de la jurisprudence, le délai nouveau prévu par un texte est immédiatement applicable aux délais anciens en cours, mais il ne peut courir qu'à compter de l'entrée en vigueur de la règle nouvelle³⁴⁶⁴. En application de ce principe, le juge estime qu'il se trouve en face d'un texte rétroactif, dès lors que celui-ci a fixé le point de départ du délai nouveau à une date antérieure à celle de sa publication. En toute rigueur, il aurait fallu limiter la solution de rétroactivité au cas dans lequel le délai ancien en cours se trouve, par le jeu du raccourcissement de délai, expiré à la date d'observabilité de la norme nouvelle. Selon M. Petit, cette simplification reste conforme à la sécurité juridique dans la mesure où elle permet de protéger les justiciables contre l'institution d'un délai faisant expirer le délai ancien en cours immédiatement après l'entrée en vigueur de la règle nouvelle³⁴⁶⁵.

b - Le cas des faits à durée indéfinie

956. Lorsque la règle nouvelle vise, dans son présupposé, des faits durables sans prendre en considération leur durée, c'est qu'elle entend régir une situation présentant une certaine permanence, ou selon l'expression ici empruntée au Doyen Roubier, « *un état de fait continu* »³⁴⁶⁶. Ainsi, la règle nouvelle dont le présupposé se réalise dans un fait durable sera applicable du simple fait que ce dernier existe un instant entre le moment de son entrée en application et celui de son abrogation. Il n'y a pas lieu de prendre en considération la durée de ce fait ou le moment où il a commencé ou cessé de se produire³⁴⁶⁷. Tant que le fait durable existe, la situation à laquelle il a donné naissance par effet de la règle ancienne est en cours. Le principe est donc le même que précédemment. La règle nouvelle s'applique immédiatement à tous les faits durables en cours au moment où elle devient observable. En revanche, elle ne peut atteindre, sans rétroagir par là, les faits durables qui avaient cessé d'exister à sa date d'observabilité.

³⁴⁶³ Une telle solution avait, au demeurant, sa logique. Le défaut de publicité empêchant l'expiration des délais de recours, la décision illégale ne pouvait être réputée avoir acquis un caractère définitif (CE, Ass., 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, req. n° 55.283, Rec., p. 303, *RDJ*, 1967, n° 2, p. 339, concl. G. BRAIBANT, *AJDA*, 1966, II, p. 485, chr. J.-P. PUISSOCHET et J.-P. LECAT).

³⁴⁶⁴ CE, 6 avril 1998, *Tirilly*, req. n° 147.642, Rec., T., p. 722, *DF*, 1998, n° 37, p. 1100, concl. G. GOULARD, *RJF*, 1998, n° 6, p. 459, chr. S. VERCLYTTTE ; 9 février 2001, *Société Westco Trading Corporation*, préc.

³⁴⁶⁵ Voir, en ce sens, J. PETIT, thèse préc., p. 389, n° 806.

³⁴⁶⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 294, n° 63.

³⁴⁶⁷ P.-A. CÔTÉ, art. préc., p. 215 ; J. PETIT, thèse préc., p. 393, n° 815.

957. Lorsque le fait durable fait partie du présumé de la règle³⁴⁶⁸, la solution de principe s'applique. La règle nouvelle ne pourra, sans rétroagir, être rendu applicable à un fait durable, si celui-ci n'existe plus au moment où celle-là devient observable.

Certaines règles répressives de fond se réfèrent parfois, dans leur présumé, à des infractions continues³⁴⁶⁹, dont la matière des contraventions de grande voirie fournit, en droit public, quelques exemples³⁴⁷⁰. La loi nouvelle, qu'elle crée ou modifie une règle d'incrimination ou de pénalité, peut s'appliquer, sans rétroactivité, à un état qu'elle juge délictueux, quand bien même celui-ci aurait commencé à se produire dans le passé, s'il existe encore au moment où elle devient observable, voire persiste au-delà³⁴⁷¹.

La même logique peut être suivie, en matière d'installations classées, pour les règles applicables aux immeubles présentant un risque particulier au jour de l'entrée en vigueur de la règle nouvelle, lors même qu'il aurait été créé dans le passé³⁴⁷². La solution est également transposable aux règles applicables aux impositions dont le fait générateur est un état continu³⁴⁷³, tel la détention d'un capital, d'un bien ou l'exercice d'une activité. En l'absence de date de référence à laquelle la situation du contribuable est appréciée au regard de l'assiette de l'imposition, le fait générateur est ici continu. La règle nouvelle peut immédiatement saisir cet état continu, lors même que ce dernier existait avant qu'elle devienne observable, sans qu'il y ait rétroactivité³⁴⁷⁴.

³⁴⁶⁸ Qu'il soit pris en compte directement et pour lui-même ou indirectement, en tant qu'il dénote un état antérieur, le fait durable est la condition de l'effet de droit attaché à la règle (J. CARBAJO, thèse préc., p. 110 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 397, n° 824 et p. 412, n° 852 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 352).

³⁴⁶⁹ L'infraction est, en effet, constituée par une action ou une omission qui dure un certain temps pendant lequel la volonté coupable persiste. Tant que la volonté coupable persiste, l'infraction perdure (J. MOURGEON, thèse préc., p. 347, n° 245 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 300, n° 366 ; Cass. Ch. réunies, 9 novembre 1852, *Rev. crit. Lég. Jurisp.*, 1877, note O. LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT).

³⁴⁷⁰ Voir, par ex., CE, 18 août 1944, *Consorts Harambourg*, Rec., p. 238 ; 3 mars 1958, *Dlle Pitié*, Rec., p. 142 ; 7 novembre 1973, *Paoli*, req. n° 84.081, Rec., p. 620 ; 12 mai 1976, *Époux Leduc*, req. n° 85.271, Rec., p. 252 ; 19 mai 1976, *Société foncière et maritime de Bormes-les-Mimosas*, req. n° 96.119, Rec., p. 265 ; CAA Paris, 26 décembre 1995, *Krylyschin*, req. n° 95PA01518, Rec., T., p. 783 (occupation sans droit d'une parcelle du domaine public) ; Sect., 13 mai 1970, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Pardo et Garcia*, req. n° 70.933, Rec., p. 332 ; 27 juin 1973, *Société Delom et Cie*, req. n° 82.254, Rec., p. 446 (abandon de navire). Pour d'autres ex., cf. R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 709 et s. En dehors de la matière des contraventions de grande voirie, on peut également citer le recel ou le port illégal de décoration (J. PETIT, thèse préc., p. 406, n° 843 ; CE, 26 janvier 1877, *Vincent*, Rec., p. 107, *DP*, 1877, III, p. 38 ; 6 février 1946, *Aimé*, Rec., p. 44), la détention illicite de stocks (J. MOURGEON, thèse préc., p. 347, n° 245), la mise à disposition illégale de locaux et d'installations (CE, Sect., 7 juillet 1972, *Sieur Arene*, req. n° 83.556, Rec., p. 521) ou, plus récemment, la cotation abusive de soins dispensés aux assurés sociaux (CE, 3 juin 1983, *Rialland*, req. n° 24.031, Rec., p. 232 ; 10 janvier 1994, *M. Capdeville*, préc.).

³⁴⁷¹ CE, Sect., 22 décembre 1950, *Villa*, Rec., p. 634.

³⁴⁷² CE, 24 mars 1978, *Société La Quinoléine et ses dérivés*, req. n° 01.291, Rec., p. 156 ; 16 novembre 1998, *Ministre de l'Environnement c/ SA Compagnie des bases lubrifiantes*, req. n° 182.816, Rec., p. 411, *BDEI*, 1999, n° 4, p. 23, concl. A. SEBAN, *Droit de l'environnement*, 1999, n° 67, p. 6, note G. FONTBONNE ; 10 janvier 2005, *Société Sofiservice*, req. n° 252.307, Rec., p. 13, *JCP A*, 2005, n° 9, p. 440, note G. PELLISSIER, *RFDA*, 2005, n° 2, p. 449, note P. TERNEYRE ; Ass., 8 juillet 2005, *Société Alusuisse Lonza France*, req. n° 247.976, Rec., p. 311, concl. M. GUYOMAR, *AJDA*, 2005, n° 33, p. 1829, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *D.*, 2005, n° 44, p. 3075, note B. QUIRINY, *Dr. adm.*, 2005, n° 10, p. 21, *JCP A*, 2006, n° 1014, étude D. KOKOROKO, *RFDA*, 2005, n° 5, p. 1075, note P. TERNEYRE, *RJEP*, 2005, n° 625, p. 397, concl. M. GUYOMAR. Cf., dans le même sens, pour la mise en œuvre des règlements de police en matière sanitaire, CE, 5 juin 1908, *Marc et Chambre syndicale des propriétés immobilières de la ville de Paris*, Rec., p. 611, *S.*, 1909, III, p. 113, concl. TEISSIER et note M. HAURIUO ; 15 janvier 1909, *Vial, Guillotel et autres*, Rec., p. 30 ; 21 mai 1909, *Gay et Chambre syndicale des propriétaires de Marseille*, Rec., p. 513 ; 3 juin 1910, *Auger*, Rec., p. 427 ; 24 février 1911, *Mathieu et association des propriétaires et locataires de la ville de Reims*, Rec., p. 231 ; 13 décembre 1911, *Boucher-Baurain*, Rec., p. 1179 ; 13 mars 1914, *Tenand* (1^{ère} esp.), Rec., p. 338 ; 24 décembre 1915, *Serve*, Rec., p. 368 ; 17 mars 1932, *Badle*, Rec., p. 326 ; 22 juillet 1932, *Abric*, Rec., p. 765 ; 7 novembre 1934, *Association des propriétaires algériens*, Rec., p. 1013 ; 4 août 1944, *Association des propriétaires du Département du Maine-et-Loire*, Rec., p. 222 ; ou de sécurité publique, CE, 18 février 1956, *Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris*, Rec., p. 159 ; 25 janvier 1984, *Robert Dumont*, req. n° 22.294, *Dr. adm.*, 1984, n° 66 ; Sect., 26 octobre 1984, *SCI du Chemin Vert*, req. n° 43.618, Rec., p. 343, *JCP G*, 1985, II, 20424, concl. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE. Sur cette question, voir S. LASVIGNES, art. préc., p. 565.

³⁴⁷³ CE, 18 mai 1906, *Société civile des immeubles de Sens* (9^e esp.), Rec., p. 438 ; Sect., 22 décembre 1950, *Comptoir national d'escompte*, Rec., p. 632, *D.*, 1951, J., p. 634, note G. MORANGE ; 24 mai 2000, *Conseil supérieur de l'administration des biens et autres*, req. n° 204.657, *RJF*, 2000, n° 7/8, comm. 976. Voir J. PETIT, thèse préc., p. 394, n° 819.

³⁴⁷⁴ CE, 23 juin 1922, *Chaumartin* (6^e esp.), Rec., p. 548 ; 2 mars 1923, *Chaumartin* (10^e esp.), Rec., p. 213 ; 19 avril 1929, *Bochet* (6^e esp.), Rec., p. 400. Voir D. MALINGRE, art. préc., p. 72.

Un dernier exemple bien connu est celui des dommages permanents en matière de travaux publics³⁴⁷⁵. Lorsque le juge modifie les conditions d'indemnisation de dommages présentant un caractère continu, la règle jurisprudentielle nouvelle sera d'application immédiate, et non rétroactive, toutes les fois où le dommage se produit encore au moment de la lecture du jugement à l'occasion duquel ladite règle a été énoncée.

958. À l'inverse, lorsque le fait durable ne fait pas partie du présupposé de la règle, mais se rattache à son effet, la solution de la rétroactivité doit être écartée. Ainsi, la simple référence à des faits ou des actes passés ne rend pas rétroactive la règle de droit, dès lors que, comme on a déjà eu l'occasion de le voir plus tôt, la période de référence ne détermine pas son champ d'application³⁴⁷⁶. Il en va tout différemment lorsque la loi prend en considération, dans son présupposé, une période de référence passée en vue de lui attacher des conséquences nouvelles³⁴⁷⁷. Par là, elle entend modifier pour l'avenir une situation antérieurement constituée, ce qui constitue une forme de rétroactivité.

Une même analyse peut être menée à l'égard de la loi nouvelle modifiant un effet juridique durable issu d'un fait continu.

2°) L'atteinte à une situation constituée en présence d'un effet juridique durable

959. La « norme-règle » attache à la survenance d'un fait ou à l'édition d'un acte des effets juridiques durables³⁴⁷⁸. Par effet juridique durable, il faut entendre celui qui va se réaliser pendant une certaine durée. Au moment où la règle nouvelle devient observable, l'effet de droit est encore présent dans le temps, il continue de se réaliser³⁴⁷⁹. Les pensions de retraite des fonctionnaires, les effets

³⁴⁷⁵ Sur la notion de dommage permanent, voir J.-B. AUBY, J.-M. AUBY, P. BON et P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public, 6^e éd., 2011, p. 430, n° 567 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 2001, 15^e éd., p. 665, n° 814 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 13^e éd., 2008, p. 553, n° 1152 ; P. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, Paris, Sirey, coll. Université, 9^e éd., 2009, p. 440. Cf., par ex., CE, 18 juillet 1928, *Commune de Corbières*, Rec., p. 923 ; 10 janvier 1969, *Office de radiotélévision française et Consorts Villars-Rebeyrat*, req. n° 64.685, Rec., p. 19 ; 10 janvier 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Sieur Derbey*, req. n° 83.314, Rec., p. 32, *JCP G*, 1973, II, 17576, note J.-M. MARCHAND ; 15 novembre 1978, *Ministre de l'Éducation c/ Dame Gardy*, req. n° 9.238, Rec., T., p. 964 ; 7 novembre 1986, *EDF c/ Époux Aujoulat*, req. n° 50.436, Rec., p. 254 ; 20 octobre 1987, *EDF c/ Mme Spire*, n° 68.894, Rec., p. 302, *AJDA*, 1988, n° 3, p. 239, obs. X. PRÉTOT, *CJEG*, 1987, n° 428, p. 898, concl. E. GUILLAUME et note D. DELPIROU ; 29 décembre 1989, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble 17 quai Saint-Michel (Paris V) et autres*, req. n° 50.672, Rec., T., p. 981 ; 22 mars 1991, *Gabriel Rivat*, req. n° 71.176, Rec., T., p. 1179, *Dr. adm.*, 1991, n° 5, p. 15. Le caractère continu d'un dommage n'empêche pas que la règle applicable soit celle du jour où il a commencé à se produire (cf. l'ex. les règles de délai concernant la prescription quadriennale en cas de dommages permanents ou périodiques, CE, 1^{er} octobre 1965, *Consorts Bidaud*, req. n° 60.557, Rec., p. 479 ; 10 mars 1972, *Consorts Couzinet*, req. n° 78.595, Rec., p. 201 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 43).

³⁴⁷⁶ Cf., plus haut, p. 707, n° 915.

³⁴⁷⁷ La jurisprudence témoigne d'une certaine confusion, dès lors que le juge semble prendre en considération la date d'effet de la disposition pour apprécier son action dans le temps. Cf., par ex., CE, Ass. Plén., 9 juin 1961, *Martin*, préc. ; 2 mars 1977, *Ministre d'État, Ministre de l'Intérieur c/ Digeon*, préc. Comp. CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette, Mme Lipietz et autres*, préc. Pour un même constat, cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 98, n° 133 et p. 238, n° 310 ; J. PETIT, thèse préc., p. 194, n° 403 et p. 412, n° 853.

³⁴⁷⁸ L'effet de droit doit être ici entendu comme le droit qu'une norme confère, ou bien l'obligation qu'elle impose, c'est-à-dire l'effet substantiel produit (P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 252, n° 576). Sur la question de la détermination du caractère durable de l'effet de droit, voir P.-A. CÔTÉ, art. préc., p. 210 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 256, n° 585 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 102, n° 111 ; J. PETIT, thèse préc., p. 195, n° 406.

³⁴⁷⁹ Il est indifférent que cette présence résulte ou non de l'action de la norme. Au sein du genre de l'effet durable, il faut, en effet, distinguer entre l'effet fragmenté et l'effet durable *stricto sensu*. Dans le premier cas, la « norme-règle » confère, une fois pour toutes, un droit unique et qui perdure, de manière autonome, dans le patrimoine de son destinataire. Le temps est un élément interne à l'effet de droit et sa durée de vie est, par conséquent, indépendante de l'action de la norme. L'exonération fiscale accordée pour plusieurs années en est un bon exemple. Dans le second cas, le sujet de droit doit remplir constamment une ou plusieurs conditions du présupposé de la « norme-règle » pour bénéficier du droit correspondant. Tant que les conditions sont remplies, la norme réitère, seconde après seconde, l'octroi du droit ou la soumission à l'obligation. L'effet est ici « fragmenté », au sens où il est constitué d'une succession de droits ou d'obligations instantanés et dépourvus de durabilité. L'action, en apparence constante, de la norme peut être, en réalité, séquencée en autant d'instantanés identifiables. Le temps n'est pas une composante de l'effet, mais est assuré par un mécanisme externe à lui. Sa pérennité dépend de l'action de la norme ou de son destinataire. L'exemple topique est celui des activités

individuels attachés aux actes administratifs unilatéraux ou encore, ceux des contrats à exécution successive³⁴⁸⁰ en fournissent quelques exemples. Nés dans le passé, ces effets se prolongent dans le présent.

Il ne fait aucun doute que serait rétroactive une règle de droit qui reviendrait, pour la période antérieure à son observabilité, sur les effets juridiques durables³⁴⁸¹ que la règle ancienne a pu attacher à des faits ou des actes passés. Au contraire, la qualification de l'effet dans le temps d'une « norme-règle » qui ne modifierait que pour l'avenir les effets juridiques durables produits par la règle ancienne suscite des difficultés d'analyse redoutables³⁴⁸² qui tiennent à ce que l'on se situe à la frontière entre effet immédiat et effet rétroactif³⁴⁸³. D'un côté, la règle nouvelle régit des faits ou des actes antérieurs à sa date d'observabilité. D'un point de vue technique, il y a donc bien rétroactivité en tant que la règle s'applique à une situation constituée, son présupposé s'étant entièrement produit. De l'autre, la règle nouvelle ne fait produire aux faits et actes passés que des effets *ad futurum*. Elle modifie l'effet juridique de la règle ancienne au cours de son déroulement et uniquement pour l'avenir. De ce point de vue, il n'y aurait qu'un simple effet immédiat, en l'absence de conséquence sur le passé de la situation constituée.

La modification pour l'avenir d'une situation antérieurement constituée se présente bien comme une situation hybride qui combine une partie des critères des solutions traditionnelles – effet immédiat ou effet rétroactif –, sans répondre exactement à l'une ou à l'autre. Cette ambivalence ne manque pas de diviser la doctrine³⁴⁸⁴ et de provoquer des hésitations en jurisprudence³⁴⁸⁵. Plutôt que de trancher en faveur de l'une ou l'autre des solutions existantes, une partie de la doctrine a préféré recourir à une notion autonome, celle de « rétrospectivité »³⁴⁸⁶ pour surmonter ces difficultés.

soumises à autorisation. Dans un cas comme dans l'autre, le simple fait qu'il existe un effet de droit qui occupe une portion de la durée, quel que soit le mécanisme qui assure son existence prolongée, suffit pour le qualifier de « durable » (sur l'ensemble de la question, cf. P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 259 et s., n° 593 et s.).

³⁴⁸⁰ Ne produisant qu'un effet juridique instantané, les contrats à exécution instantanée sont naturellement exclus. La réalisation de l'effet de droit instantané détermine directement le champ d'application de la loi nouvelle. Celle-ci ne peut régir l'effet instantané qui est survenu antérieurement à la date à laquelle elle devient observable (CE, 9 novembre 1979, *Union nationale du commerce en gros des fruits et légumes*, préc. (sol. impl.).

³⁴⁸¹ Qu'il s'agisse pour la règle nouvelle de leur attacher un effet de droit dont ils étaient dépourvus selon la législation ou la réglementation applicable au moment de leur survenance, de modifier ou de mettre fin à l'effet de droit qu'ils avaient déclenché sous l'empire de la règle ancienne.

³⁴⁸² C. EISENMANN, *op. cit.*, 1958-1959, p. 239 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 238, n° 310 ; J. PETIT, thèse préc., p. 202, n° 425.

³⁴⁸³ Sur les différentes analyses possibles du problème, cf. J.-M. AUBY, art. préc., p. 24 ; J. PETIT, thèse préc., p. 193, n° 400.

³⁴⁸⁴ Celle-ci se partage entre les tenants de l'effet immédiat (J.-M. AUBY, art. préc., p. 20 ; T. BONNEAU, thèse préc., p. 57, n° 61 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 109 ; F. DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne*, préc., p. 107 ; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, préc., p. 94 ; F. LEMAIRE, « Actualité du principe de rétroactivité de la loi fiscale. À propos de la proposition de loi organique du 26 octobre 1998 », préc., p. 186 ; M. LETOURNEUR, art. préc., p. 41 ; R. MUZELLE, thèse préc., p. 404 ; T. RENOUX, art. préc., p. 357 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 204, n° 45) et ceux de l'effet rétroactif (L. BACH, fasc. préc., p. 28, n° 159 ; P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 168 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 239, § 22 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 240, n° 312 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 283, n° 652 ; G. JÈZE, *op. cit.*, t. I, préc., p. 121). Pour un exposé des diverses positions doctrinales, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., pp. 239-242, n° 311-314 ; J. PETIT, thèse préc., p. 197 et s., n° 412 et s.

³⁴⁸⁵ Pour un exposé des solutions jurisprudentielles qui retiennent tantôt la rétroactivité, tantôt l'effet immédiat, voire ne prennent aucunement partie sur la qualification, cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 242 et s., n° 315 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 202 et s., n° 405 et s.

³⁴⁸⁶ G. Grasmann en donne la définition suivante : la loi nouvelle produit son effet pour le futur à l'égard des situations constituées dans le passé et qui se prolongent dans l'avenir. (G. GRASMANN, art. préc., p. 1019, n° 2). La loi rétrospective attache ainsi de nouvelles conséquences pour l'avenir à un état durable né dans le passé. Pour D. Driedger, la loi rétrospective est celle qui attache de nouvelles conséquences à un événement qui s'est produit avant son édicton (cité par P.-A. CÔTÉ, « La crise du droit transitoire canadien », in *Mélanges L.-P. PIGEON*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, p. 183. Sur cette notion, voir également L. BACH, fasc. préc., p. 28, n° 158 ; F. DOUET, « Les lois fiscales rétrospectives », préc., p. 5 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 238 et s., n° 310 et s. ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 247 et s., n° 567 et s. ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 96 et s., n° 103 et s., spéc. p. 107, n° 117 ; T. RENOUX, rapp. préc., p. 359.

Il semble pourtant qu'il faille s'en tenir aux solutions classiques. En effet, il convient de rappeler que l'analyse de l'action dans le temps des « normes-règles » doit se rapporter à la date de réalisation des faits correspondants à son présumé. C'est le champ d'application de la règle de droit qui détermine son action dans le temps et non son effet. Prendre comme référence la date de réalisation de l'effet de droit pour déterminer cette action serait, comme le remarquait J. Héron, « *faire dépendre la question de la solution. Lorsque se produit un conflit de lois dans le temps, on se demande si, compte tenu des faits qui se sont produits, tel effet en résultera ou n'en résultera pas. Lorsque la question est posée, le résultat n'est pas encore connu : on ne peut donc pas s'appuyer sur le résultat, c'est-à-dire sur l'effet concret, pour déterminer la loi applicable* »³⁴⁸⁷. Il n'est donc pas pertinent de se référer à la date de réalisation de l'effet de droit³⁴⁸⁸ pour déterminer l'action dans le temps d'une « norme-règle » modifiant pour l'avenir une situation constituée³⁴⁸⁹ et en conclure par là qu'elle ne serait pas rétroactive. À l'inverse, toute règle modifiant pour le futur l'effet de droit attaché à la réalisation de faits antérieurs ne produit pas systématiquement un effet rétroactif. Alors même qu'une partie des faits régis par la règle ancienne est antérieure à la règle nouvelle, celle-ci peut leur faire produire de nouveaux effets, sans qu'il y ait rétroactivité. C'est là l'essence même de l'effet immédiat.

Si le fait que la règle nouvelle emporte des conséquences sur la durée de l'effet juridique de la règle ancienne doit rester indifférent pour l'analyse de son application dans le temps, la nature des faits régis par la « norme-règle », de même qu'elle permet d'opérer le partage entre rétroactivité et effet immédiat, détermine la solution au problème de la rétroactivité. Il faut comprendre par là qu'il n'y a pas une différence de nature, mais simplement de degré, entre la rétroactivité et les deux autres solutions. La rétroactivité n'est pas un concept irréductible aux deux autres solutions³⁴⁹⁰, mais plutôt une forme particulière de chacune d'entre elles.

La distinction à retenir est celle qui repose sur la nature des faits dont est issue la situation juridique³⁴⁹¹. Plus précisément, il faut distinguer les cas dans lesquels l'effet de droit durable est attaché à un fait générateur unique (a) de ceux dans lesquels il résulte d'un état continu (b).

a - L'atteinte à un effet juridique durable attaché à un fait instantané

960. La « norme-règle » attache à la survenance d'un fait instantané un effet de droit qui a vocation à durer³⁴⁹². La norme ayant produit son effet une fois pour toutes, la durée de vie de ce dernier s'en

³⁴⁸⁷ J. HÉRON, art. préc., pp. 287-288, n° 17. Cf., dans le même sens, É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 96.

³⁴⁸⁸ C'est pourtant ce que fait la doctrine publiciste majoritaire. Voir J.-M. AUBY, art. préc., p. 23 et 32 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 57 et 109 ; B. JEANNEAU, *loc. cit.* ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 207 ; M. LETOURNEUR, *loc. cit.* Certaines solutions jurisprudentielles sont révélatrices de cette même tendance, cf. CE, 26 novembre 1948, *Société Gratacap et autre*, Rec., p. 445 ; 6 février 1957, *Syndicat national des éditeurs*, Rec., p. 91 ; 13 octobre 1967, *Association nationale pour la défense de la qualité française*, req. n° 66.173, Rec., p. 366 ; Sect., 11 décembre 1970, *Société des Établissements Sonauto et autres*, préc. Sur la distinction entre le champ d'application et les conséquences substantielles de la règle de droit, cf. P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 121, n° 270.

³⁴⁸⁹ J. HÉRON, art. préc., p. 326, note 127 ; J. PETIT, thèse préc., p. 218, n° 465. Sur les hésitations du juge à choisir entre ces deux angles d'analyse, cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 241, n° 313 ; CE, 9 janvier 1970, *Chambre syndicale des mines de fer de France et autres*, Rec., p. 18.

³⁴⁹⁰ Voir, dans le même sens, P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 281 et s., n° 646 et s.

³⁴⁹¹ J. PETIT, thèse préc., p. 219, n° 467.

³⁴⁹² Cette situation doit être distinguée de celle dans laquelle le destinataire peut se prévaloir du droit ou doit se soumettre à l'obligation prévue par la norme de manière périodique. Ainsi, le droit à exonération reconnu au contribuable par la loi s'exerce une fois par an, au moment du recouvrement de l'impôt. De même, certains impôts, tels l'ISF ou les impôts directs locaux, frappent les facultés contributives inhérentes à un état continu une fois par an (J. PETIT, thèse préc., p. 400, n° 831). La fréquence potentielle ou réelle d'utilisation du droit ou de l'obligation au cours de cette période reste indifférente pour l'analyse des effets de la loi

détache. Ainsi du droit à pension qui, une fois constitué, donne lieu à des versements mensuels ou de l'exonération fiscale, lorsqu'elle est consentie pour plusieurs années. Le processus d'application du droit est déclenché par l'action unique de la norme. Alors que la constitution de la situation est instantanée, sa réalisation va s'étendre sur une certaine période de temps.

L'application dans le temps de la règle rétrospective doit être appréciée par rapport à la date des faits qu'elle régit, sans considération de ses effets. Si tous les faits correspondant au présumé de la règle ancienne se sont réalisés antérieurement à la date d'observabilité de la règle nouvelle, celle-ci ne pourra, sans rétroactivité, modifier, même pour le futur, la situation ainsi constituée. La règle rétrospective s'opposerait alors à ce que la conséquence de droit attachée à la réalisation d'un fait passé par la règle ancienne soit appliquée³⁴⁹³. Alors même que seuls les effets futurs de la situation née dans le passé sont touchés, le processus d'application du droit a débuté³⁴⁹⁴ et ne saurait, sans rétroactivité, être remis en cause.

Suivant ce raisonnement, le juge considère, en matière de pensions de retraite, comme rétroactif un texte modifiant les règles de constitution ou de liquidation applicables aux agents admis à la retraite antérieurement à sa date d'observabilité, alors même que celle-ci ne comporterait aucune conséquence pécuniaire pour le passé³⁴⁹⁵. Il n'en va pas différemment lorsque la situation est issue d'un acte juridique³⁴⁹⁶. Lorsqu'un texte réglemente une activité, il ne saurait en modifier, même pour l'avenir, les conditions d'accès sans rétroagir³⁴⁹⁷. Dans un cas comme dans l'autre, le droit à pension ou le droit d'entreprendre une activité sont des faits ponctuels dont la survenance a instantanément entraîné la constitution de la situation. Dès lors, la règle nouvelle ne peut, sans rétroactivité, les atteindre pour leur faire produire de nouveaux effets, ne serait-ce *qu'ad futurum*, s'ils se sont réalisés antérieurement à son observabilité.

rétrospective sur les effets juridiques durables. Sur ce point, cf. P.-A. CÔTÉ, « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps », préc., p. 219 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 258, n° 589.

³⁴⁹³ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 282, n° 648.

³⁴⁹⁴ Comme l'a fort justement analysé le Doyen Bach, le législateur peut très bien prescrire aux tribunaux, postérieurement à l'observabilité de la loi nouvelle, d'appliquer telle norme et elle seulement, à des actes ou situations antérieurs (E.-L. BACH, fasc. préc., p. 416, note 22). Techniquement, il y a bien alors rétroactivité et le fait que les actes ou situations affectés par elle. Voir, dans le même sens, P.-A. CÔTÉ, « La crise du droit transitoire canadien », préc., p. 183 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 240, note 231.

³⁴⁹⁵ CE, 5 février 1962, *Ministre des Finances c/ Cristofol*, req. n° 49.024, Rec., T., p. 1049. Voir également, CE, Sect., 14 février 1930, *Dame veuve Perrot*, Rec., p. 190 ; 11 mars 1936, *Ministre des Pensions c/ Dame veuve Oberlin*, Rec., T., p. 1408 (droits à pension des veuves de guerre) ; CE, 30 novembre 1910, *Sieur Hervé*, Rec., p. 853 ; 4 décembre 1912, *Despujols*, Rec., p. 1146 ; 5 mars 1913, *Sammani*, Rec., p. 318 (cumul de pensions entre elles). Dans le même sens, CE, Sect., 16 avril 1937, *Clauss*, Rec., p. 397 ; 11 juillet 1958, *Dame veuve Hanus*, Rec., p. 433 ; 8 février 1960, *Dame veuve Rey*, req. n° 38.639, Rec., p. 95 ; 18 janvier 1967, *Dame veuve Hénaff*, req. n° 63.541, Rec., p. 20. Cf., *a contrario*, CE, 11 juin 1969, *Demoiselle Husson et autres*, req. n° 68.537, Rec., p. 298, *AJDA*, 1970, n° 1, p. 53, obs. V. SILVERA ; 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, req. n° 265.120, Rec., T., p. 712, *AJDA*, 2005, n° 40, p. 2233, note L. BURGORGUE-LARSEN.

³⁴⁹⁶ Ainsi, l'acquisition de la qualité d'usager d'un service public, d'agent public ou du droit d'exercer une activité suppose l'édiction d'une décision administrative unilatérale (J. PETIT, thèse préc., p. 397, n° 824).

³⁴⁹⁷ Qu'il s'agisse de modifier les conditions matérielles (CE, 1^{er} juillet 1949, *Époux Picard*, Rec., p. 316) ou juridiques d'accès à une profession (CE, 17 juin 1927, *Union des sociétés coopératives de Sevigny-Challerange, S.*, 1928, III, p. 102 ; 16 février 1962, *Drillon*, req. n° 44.212, Rec., p. 108 ; 23 décembre 1964, *Ministre de l'Industrie c/ Burlot*, req. n° 62.024, Rec., p. 655 ; 14 décembre 1966, *de Fligue*, req. n° 59.145, Rec., p. 658, *AJDA*, 1967, II, p. 351 ; Ass. 3 mars 1967, *Ministre de la Construction c/ Société Behr-Manning et Société des Abrasifs Norton*, req. n° 66.406 et 66.449, Rec., p. 105, *AJDA*, 1967, n° 6, p. 348, note G. LIET-VEAUX et n° 10, p. 528, concl. J. FOURNIER, *RDP*, 1967, p. 980, note M. WALINE) ou d'en ajouter de nouvelles (CE, 8 août 1882, *Leblanc et Lebée c/ Cie du gaz de Saint-Quentin*, Rec., p. 786, concl. O. LEVAVASSEUR DE PRÉCOURT, *DP*, 1884, III, p. 27 : circulaire réglementant les conditions d'autorisation de l'exploitation des usines à gaz). La situation n'est pas différente lorsque la loi vient réglementer pour la première fois une activité dont l'exercice n'était jusqu'alors subordonné à aucun titre juridique (CE, 2 juillet 1812, *Gros-Jean*, Rec., p. 353 ; 28 janvier 1887, *Pral frères*, Rec., p. 87, *D.*, 1888, III, p. 54 ; 16 juin 1899, *Nessi*, Rec., p. 432 ; 17 août 1945, *Trépout*, Rec., p. 181 ; 4 mars 1964, *Société nouvelle des établissements Bébélange*, req. n° 57.080, Rec., p. 158). Voir, en sens contraire, CE, Ass., 22 janvier 1943, *Société artisanale de la boulangerie et pâtisserie de Lyon*, Rec., p. 14 ; Sect., 28 avril 1961, *Ministre des transports c/ SARL Berthélémy*, req. n° 42.303, Rec., p. 268.

La même logique se retrouve dans les règles régissant l'accès aux emplois publics, lesquelles sont inapplicables, sans rétroactivité, aux nominations antérieurement prononcées³⁴⁹⁸. La qualité d'agent public ne peut être remise en cause par une loi postérieure, quand bien même celle-ci n'aurait d'effet que pour l'avenir³⁴⁹⁹. Dans le même ordre d'idées, il faudrait considérer comme rétroactive la règle nouvelle qui remettrait en cause, même *ad futurum*, la qualité de partie à un contrat ou, plus généralement, affecterait les conditions de validité d'un acte administratif³⁵⁰⁰.

Au contraire, lorsque la règle nouvelle modifie pour l'avenir l'effet juridique durable attaché par la loi ancienne à un fait continu, son effet ne peut être qualifié de rétroactif.

b - L'atteinte à un effet juridique durable attaché à un fait continu

La question de l'application dans le temps d'une « norme-règle » affectant un effet juridique durable ne se pose pas tout à fait dans les mêmes termes selon que celui-ci résulte d'un fait durable (α) ou à l'édition d'un acte (β). En effet, les effets des premiers sont entièrement déterminés par la règle de droit, tandis que les seconds peuvent déterminer eux-mêmes une partie des effets qu'ils produisent.

α) L'incidence de la loi rétrospective sur les faits continus

961. En présence de faits continus, la règle rétrospective ne produit, en principe, qu'un effet immédiat³⁵⁰¹. Si les faits continus existent toujours au moment où la règle nouvelle devient observable, elle pourra modifier pour l'avenir l'effet de droit qui leur était jusque là attaché, sans qu'il y ait rétroactivité. En effet, l'actualité des faits régis par la règle nouvelle, non la date future de ses effets, conduit à repousser l'idée de rétroactivité³⁵⁰². Ce n'est que dans l'éventualité où le fait durable aurait cessé d'exister au moment où la règle rétrospective devient observable que celle-ci ne pourrait, sans rétroactivité, lui faire produire de nouveaux effets, même pour l'avenir³⁵⁰³.

Pour reprendre l'exemple des pensions de retraite, la qualité de pensionné qui constitue l'effet de droit attaché à la règle régissant la constitution du droit à pension peut prendre place parmi les conditions du présumé d'autres règles, telles celles qui fixent les droits et obligations qui lui sont attachés. La qualité de pensionné n'est alors qu'une des conditions du présumé de ces règles, dont

³⁴⁹⁸ CE, 20 mai 1887, *Henri d'Orléans, Duc d'Aumale et autres c/ Ministre de la Guerre* (1^{ère} esp.), préc. ; 9 mai 1947, *Fabre*, Rec., p. 187 ; 5 février 1954, *Garnier*, Rec., p. 75 ; 9 mai 1973, *Grand*, req. n° 85.067, Rec., p. 340. Ainsi, les textes imposant aux agents publics une obligation de servir l'État pendant une certaine durée ne peuvent, sans rétroagir, s'appliquer aux agents ayant été nommés ou ayant cessé leurs fonctions antérieurement à leur publication (CE, 24 mars 1978, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Dlle Menassé*, req. n° 05.140, Rec., T., p. 848 ; 7 décembre 1979, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Delarue*, req. n° 05.577, Rec., T. p. 616, *AJDA*, 1980, n° 10, p. 549, obs. P. LANDON ; 10 février 1995, *Maixandeu*, req. n° 140.670, Rec., p. 64, *AJFP*, 2005, n° 3, p. 128, étude D. BAILLEUL ; 15 juin 2001, *Castagne*, req. n° 215.014, Rec., T., p. 842 (sol. impl.) ; 28 décembre 2001, *Van de Walle*, req. n° 231.155, Rec., T., p. 822, *Dr. adm.*, 2002, n° 4, p. 2, obs. D. PIVETEAU).

³⁴⁹⁹ Une loi instituant de nouvelles conditions d'accès à la fonction publique ne peut, sans rétroagir, s'appliquer aux personnes qui y ont déjà accédé (CE, 7 décembre 1917, *Barre*, Rec., p. 801 ; 6 août 1928, *Marchetti*, Rec., p. 1070 ; 28 mars 1958, *Leréec*, Rec., p. 205 ; 9 janvier 1959, *L'Henoret*, Rec., p. 34 ; Sect., 19 mars 1965, *Sévère et Caraman*, préc. ; Sect. 10 décembre 1965, *Territoires de Comores*, req. n° 60.232, Rec., p. 679).

³⁵⁰⁰ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 245, n° 316.

³⁵⁰¹ Sauf survie de la loi ancienne (cf., notamment, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 308, n° 395 ; J. PETIT, thèse préc., p. 479, n° 978).

³⁵⁰² J. HÉRON, art. préc., pp. 287-288, n° 17 et 315, n° 60 ; J. PETIT, thèse préc., p. 222, n° 474.

³⁵⁰³ G. MORANGE, note sur CE, Sect., 22 décembre 1950, *Comptoir national d'escompte*, préc., *D.*, 1951, J., p. 634, spéc. p. 635 ; J. PETIT, thèse préc., p. 394, n° 819.

l'application dépend d'autres conditions. Par exemple, les règles affectant le régime de la pension³⁵⁰⁴, notamment les modalités de revalorisation de son montant³⁵⁰⁵, peuvent s'appliquer aux pensionnés dont les droits se sont ouverts antérieurement à la date à laquelle elle devient observable et, par là, modifier les effets futurs attachés à cette qualité, sans être entaché d'aucune rétroactivité³⁵⁰⁶.

962. Un même raisonnement peut être suivi s'agissant de la qualité d'agent public ou d'usager du service public. L'une ou l'autre ne forme qu'une des conditions du présumé des règles relatives aux droits et obligations de l'agent ou de l'usager. On comprend alors que les règles statutaires portent sur les effets liés à l'appartenance à l'un ou l'autre de ces états durables³⁵⁰⁷ et qu'elles sont applicables à l'ensemble des agents en fonctions au jour de la réalisation des autres conditions³⁵⁰⁸. Ainsi, l'interdiction

³⁵⁰⁴ Il en va ainsi, par ex., des lois dites de « cristallisation » de pensions qui ont transformé en indemnités viagères et personnelles les pensions de retraite et d'invalidité des anciens combattants ressortissant des territoires sous souveraineté ou protectorat français. Le système ainsi conçu affectait non la liquidation initiale de la prestation de retraite, mais se bornait à déconnecter celle-ci de l'évolution du point de traitement d'activité valable pour les agents publics français (J. COURTIAL, concl. sur CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Diop*, req. n° 212.179, Rec., p. 605, *RFDA*, 2002, n° 3, p. 573). Dès lors, ces lois ont pu modifier avec effet immédiat le régime applicable aux prestations dues aux intéressés, alors même que leurs droits à prestation étaient déjà ouverts au moment de leur publication.

³⁵⁰⁵ Suivant cette logique, les lois de « cristallisation » ont pu être remises en cause devant le juge des pensions, au motif que les modalités de calcul du montant des indemnités viagères et personnelles, ainsi que leur évolution, lesquelles étaient établies en fonction d'un critère de nationalité, étaient incompatibles avec le principe de non-discrimination protégé avec la Convention européenne, dès lors que leur versement constituait une violation continue de celle-ci (CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Diop*, préc. ; 6 février 2002, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Défense c/ Mme Doukouré* req. n° 216.172, Rec., T., p. 722 ; 7 juillet 2004, *Tahar Henderi* req. n° 246.277, Rec., T., p. 696). Sur l'ensemble de ces questions, voir E. AUBIN, « Les pensions de retraite et la rétroactivité », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de J.-F. LACHAUME*, Paris, Dalloz, 2007, p. 17 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 243, n° 315 ; J. PETIT, thèse préc., p. 223, n° 476. Depuis lors, au critère de nationalité incriminé s'est substitué un critère de résidence (CE, Sect., 18 juillet 2006, *GISTI*, préc. et Sect., Avis, 18 juillet 2006, *Ka*, préc. ; 13 décembre 2006, *Ministre de la Défense c/ Diop*, req. n° 286.073, Rec., T., p. 794, *AJFP*, 2007, n° 2, p. 88).

³⁵⁰⁶ Il n'en va pas différemment des lois instaurant ou modifiant un droit à majoration de pension, étant entendu que à la date d'ouverture du droit à majoration que celui-ci doit être apprécié et non à celle de l'ouverture du droit à pension. Cf., dans le même sens, en matière de cumul de pensions avec un revenu d'activité, C.Const., déc. n° 85-200 DC, 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, cons. 5, Rec., p. 9, *RDSS*, 1986, p. 347, note X. PRÉTOT ; CE, 12 décembre 1941, *Debauchez*, Rec., p. 215). On peut raisonner de la même façon s'agissant du droit à une pension de réversion des ayants-cause du pensionné décédé. C'est en effet le décès du mari qui constitue le fait acquisitif du droit à pension de réversion (J. PETIT, thèse préc., p. 203, n° 430 ; CE, 7 août 1891, *Veuve Leroux*, préc. ; Sect., 14 février 1930, *Dame veuve Perrot*, Rec., p. 190 ; 11 mars 1936, *Ministre des pensions c/ Dame veuve Oberlin*, Rec., T., p. 1408). Dans l'affaire des « cristallisations » de pensions, les personnes qui ont été privées de pensions de réversion du fait des lois de cristallisation ne peuvent prétendre à en bénéficier ou à la revalorisation de leur montant qu'à condition que leurs droits se soient ouverts antérieurement à la date d'entrée en vigueur des lois contestées (CE, Sect., 7 février 2008, *Mme Rabha Baomar*, préc.).

³⁵⁰⁷ Bien que l'acquisition de ces qualités suppose l'intervention d'une décision individuelle, telle la nomination de l'agent ou l'investiture de l'usager (J. PETIT, thèse préc., p. 397, n° 824), ce fait instantané a donné naissance à un état continu dont les effets sont régis par les règles statutaires (J. CARBAJO, thèse préc., p. 112). Celles-ci doivent être entendues, selon M. Éveillard, comme « régissant les conditions d'exercice de l'activité » (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 247, n° 317). Cf., en ce sens, CE, 17 mars 1911, *Blanchet*, Rec., p. 322 ; 4 février 1949, *Battitini*, Rec., T., p. 624 ; 11 janvier 1956, *Bernard et Longin*, Rec., p. 11 ; 23 mars 1960, *Larcher*, req. n° 42.549 et 42.550, Rec., p. 217 ; 21 mars 1962, *Diacono*, req. n° 51.024, Rec., p. 199 ; 29 juin 1977, *Taugain*, req. 03.802, Rec., T., p. 770, *DF*, 1977, comm. 1702 ; 18 février 1994, *Association générale des étudiants de sciences politiques (UNEF)*, préc. ; 27 juin 1994, *Bonvallet*, préc.

³⁵⁰⁸ En matière de traitement, en vertu de la règle du service fait (art. 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, dite "Loi Le Pors", JORF du 14 juillet 1983, p. 2174), une modification des règles de rémunération est applicable à l'ensemble des agents en fonctions pour la partie du service qui n'a pas encore été exécutée (CE, 1^{er} juillet 1921, *Bouvier et autres*, Rec., p. 654 et *Association des trésoriers généraux et des receveurs des finances*, Rec., p. 660). À l'inverse, elle ne peut affecter, sans rétroagir par là, les sommes sur lesquelles les fonctionnaires ont acquis, du fait de l'accomplissement du service, un droit à créance (CE, 2 août 1918, *Sieurs Giraud, Chailand et autres*, Rec., p. 803 ; 1^{er} août 1924, *Sieur Mattéi*, Rec., p. 773 ; 1^{er} août 1924, *Sieur de Beauchamp*, Rec., p. 773 ; Sect., 21 octobre 1938, *Joseph Gabriel et autres*, Rec., p. 784 ; 4 février 1949, *Villaret*, Rec., p. 52 ; 29 juillet 1994, *Fédération des professeurs français résidant à l'étranger*, req. n° 147.467, 148.217, 148.226, 148.243 et 148.362, Rec., T., p. 773, *Dr. adm.*, 1994, n° 10, p. 3, obs. D. KESSLER ; 25 avril 2007, *Ministre des Transports de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer c/ Couegnat*, préc. et, du même jour, *Ministre des Transports de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer c/ Hébert et Brosson*, préc.). Sur l'ensemble de la question, voir P. AMSELEK, « Une institution financière en clair-obscur : la règle du service fait », préc., p. 434 ; J.-M. AUBY, art. préc., p. 36 ; J. PETIT, thèse préc., pp. 397-398, n° 826.

de cumul d'activités³⁵⁰⁹ faite aux agents publics s'applique, sans rétroactivité, à l'ensemble des personnes qui possèdent cette qualité à la date à laquelle la règle qui l'institue ou la modifie, devient observable³⁵¹⁰. Il en découle qu'une règle nouvelle peut modifier pour l'avenir, les conditions d'exercice de fonctions des agents sans qu'il y ait rétroactivité³⁵¹¹.

Il est de l'essence même de la règle de droit de pouvoir modifier pour l'avenir une situation en cours au jour de son entrée en vigueur, alors même que les faits régis lui seraient antérieurs. *A priori*, il semble raisonnable de considérer que cette analyse est pleinement transposable à la situation dans laquelle la loi nouvelle affecte les actes juridiques en cours d'effet. Or, celle-ci n'est que partiellement reçue en droit positif.

β) L'incidence de la loi rétrospective sur les actes juridiques en cours d'effet

963. S'il est un domaine dans lequel la frontière entre effet rétroactif et effet immédiat est des plus incertaine et les solutions des moins assurées, c'est bien celui de l'incidence des textes modifiant pour l'avenir les effets durables des actes administratifs. Outre la question de la portée du principe d'intangibilité de leurs effets³⁵¹², l'analyse connaît une difficulté supplémentaire tenant à ce qu'à la différence des faits juridiques, les effets des actes juridiques ne sont pas toujours entièrement déterminés par des règles extérieures. Le plus souvent, l'acte détermine lui-même tout ou partie de ses effets³⁵¹³.

Lorsque ses effets sont entièrement déterminés par des règles extérieures, c'est que l'acte se borne à déclencher l'effet de droit prévu par le présumé de la « norme-règle »³⁵¹⁴. *Mutatis mutandis*, la question de l'incidence de la règle nouvelle à l'égard des effets qu'ils produisent est la même que pour

³⁵⁰⁹ Cette règle veut que, du moment où il est nommé en cette qualité, l'agent public ne peut, en principe, exercer d'autre emploi, public (art. 7 et 9 du décret-loi du 29 octobre 1936, JORF du 31 octobre 1936, p. 11360) ou privé (pour les fonctionnaires, art. 25-I de la loi du 13 juillet 1983 préc. ; pour les agents non titulaires de droit public, l'art. 1^{er} du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007, JORF n° 103 du 3 mai 2007, texte n° 41). Voir également, CE, Avis, 9 février 1949, *Rev. adm.*, 1963, p. 375 ; 1^{er} juillet 1960, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Syndicat des masseurs-kinésithérapeutes des Basses-Pyrénées*, req. n° 40.450, Rec., p. 448 ; 15 décembre 2000, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mme Guichard*, req. n° 148.080, Rec., p. 627, *JCP E*, 2001, n° 19, p. 792, étude A. JACQUEMONT).

³⁵¹⁰ Ainsi, les situations de cumul existant avant cette date ne peuvent perdurer au-delà (CE, Sect., 5 mars 1943, *Sieurs Legrelle et Pichon*, Rec., p. 60). Cf., suivant le même raisonnement, CE, 3 novembre 1951, *Sieur Rey*, Rec., p. 545 (droits à majoration d'ancienneté).

³⁵¹¹ CE, 4 mars 1953, *Syndicat national des ingénieurs et cadres sur contrat de la direction des études et fabrications d'armement et autres et autres*, Rec., T., p. 703. Qu'il s'agisse, par ex., de réglementer la durée du travail (CE, Ass., 1^{er} juin 1973, *Syndicat national du personnel navigant commercial*, req. n° 84.223, Rec., p. 388, *AJDA*, 1974, n° 3, p. 143, *JCP G*, 1974, II, 17779, concl. G. VUGHT ; sur la modification en cours d'année du service d'un enseignant, CE, 29 juillet 1994, *Fédération des professeurs français résidant à l'étranger*, préc.), les conditions de rémunération (CE, 14 octobre 1983, *Zarka*, req. n° 17.501, Rec., T., p. 600 ; 31 octobre 1984, *Hennequin*, req. n° 43.755, Rec., T., p. 654 ; 6 novembre 1987, *Mme Ravey et Mme Messant*, req. n° 47.690 et 47.691, Rec., T., p. 797 ; 25 mai 1992, *Union fédérale équipement CFDT et autres*, req. n° 91.389, 91.692, 91.724 et 94.618, Rec., T., p. 1059, *AJDA*, 1992, n° 10, p. 690, obs. P. LETOURNEUR ; 11 octobre 1995, *Institut géographique national (IGN)*, req. n° 142.644, Rec., T., p. 620), le système d'évaluation et de notation (CE, 5 juin 2002, *Guittard*, req. n° 242.901, Rec., T., p. 785 et *Compte*, req. n° 216.921, Rec., T., p. 788, *CFP*, janvier 2003, p. 31 et 35, obs. M. GUYOMAR, *JCP G*, 2002, n° 40, p. 1729, chr. C. BOITEAU), l'avancement (CE, 25 novembre 1983, *Parlarrieu*, req. n° 42.455, Rec., T., p. 812 ; 9 mars 2007, *M. Le Gars et Mme Laval*, req. n° 290.542, Rec., T., p. 670), les congés, la discipline, la cessation de fonctions (CE, 2 avril 1971, *Pachoud*, req. n° 79.240, Rec., p. 271 ; 4 février 1983, *Syndicat national CGC des médecins de médecine préventive du personnel des hôpitaux*, req. n° 27.942, Rec., p. 43 et *Association des médecins du travail de l'Assistance Publique à Paris et autre*, req. n° 28.285 et 28.311, Rec., p. 39, *Dr. san. et soc.*, 1983, p. 721, note P. CHAUMETTE), ou de déterminer le régime de leur retraite (CE, Sect., 12 mars 1965, *Syndicat national des médecins et dentistes conseils de la Sécurité sociale CGC et autres*, req. n° 57.904 et 58.907, Rec., p. 167). Voir J. CABAJO, thèse préc., p. 113 ; J. PETIT, thèse préc., p. 397, n° 824 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 646, n° 818.

³⁵¹² Cf., p. 487 et s., n° 617 et s.

³⁵¹³ J. CABAJO, thèse préc., p. 109 et s. ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 248, n° 318 ; J. HÉRON, art. préc., p. 319, n° 65 et *op. cit.*, p. 126, n° 139 (impl.) ; J. PETIT, thèse préc., p. 196, n° 409.

³⁵¹⁴ Il constitue alors un « acte-condition » (R. BONNARD, *op. cit.*, p. 32 ; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 328, § 31 ; G. JÈZE, *op. cit.*, t. I, p. 25 et s.).

ceux attachés aux faits juridiques et doit, par suite, se voir appliquer un traitement identique³⁵¹⁵. Comme le synthétise remarquablement M. Éveillard, « l'acte – fait instantané – donne naissance à un fait durable, l'exécution de l'acte »³⁵¹⁶. Autrement dit, l'édition de l'acte unilatéral ou la conclusion du contrat donne naissance un état continu, celui de bénéficiaire des effets durables d'un acte unilatéral³⁵¹⁷ ou d'un contrat³⁵¹⁸. Ainsi, les règles qui fixent pour l'avenir les droits et obligations attachés à la qualité de partie à un contrat³⁵¹⁹ ou de bénéficiaire d'un acte administratif s'appliquent à l'ensemble de ceux les possédant au jour où elles deviennent observables, quand bien même ces droits et obligations seraient nés antérieurement à cette date. C'est notamment le cas des modifications apportées aux droits et obligations des agents contractuels de droit public de l'administration, eu égard à la situation légale et réglementaire dans laquelle ils se trouvent³⁵²⁰. Du strict point de vue du droit transitoire, la règle nouvelle peut modifier *ad futurum* les effets durables attachés par la règle ancienne aux actes juridiques formés sous son empire, sans qu'il y ait rétroactivité. Il n'en va pas autrement, dans le cas où l'acte

³⁵¹⁵ Cf., plus haut, p. 721 et s., n° 934 et s. et les ex. cités en matière d'actes unilatéraux. En matière contractuelle, sont concernées les conventions à effets réglementaires que l'on peut qualifier « d'actes réglementaires à élaboration contractuelle » (Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapp. préc., Vol. 1, p. 157 et s.). Une telle convention ne produit pas d'effet de droit par elle-même, mais se borne à déclencher l'application d'un régime établi par une règle de droit préexistante (cf., en ce sens, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 74 et s., n° 49 et s. ; P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », préc., p. 339). Cf., par ex., les conventions de transfert ou de mise à disposition de services conclues entre l'État et les départements ou les EPCI dans le cadre de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, dite "Loi Defferre" (JORF du 3 mars 1982, p. 730 ; CE, Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, req. n° 57.000 et 60.384, Rec., p. 105, *AJDA*, 1989, n° 5, p. 315, chr. E. HONORAT et E. BAPTISTE, *Rev. adm.*, 1989, p. 341, note P. TERNEYRE, *RFDA*, 1989, n° 3, p. 466, concl. M. FORNACCIARI ; 17 octobre 2007, *Département de Haute-Garonne*, req. n° 290.258, Rec., T., p. 901, *BJCL*, 2007, n° 11, p. 816, concl. F. SÉNERS, *Dr. adm.*, 2007, n° 11, p. 20, *RLCT*, 2008, n° 32, p. 20, note A. NOURY) ou encore, dans le domaine social, les conventions passées entre la puissance publique et les professions médicales ou les organismes de sécurité sociale (Pour des ex., cf. Conseil d'État, rapport préc., Vol. 1, p. 41 et s. et, plus bas, p. 657, note 3020).

³⁵¹⁶ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 246, n° 316.

³⁵¹⁷ CE, 8 août 1882, *Leblanc et Lebee c/ Cie du gaz de Saint-Quentin*, préc. ; Sect., 3 janvier 1947, *Hospices civils de Chambéry, Thonon et Saint-Jean-de-Maurienne*, Rec., p. 6. Qu'il s'agisse de la modification des droits et obligations de l'occupant temporaire du domaine public (CE, 27 avril 1987, *Berder et Société atlantique de mariculture (SATMAR)*, req. n° 50.792 et 50.865, *Dr. adm.*, 1987, n° 6, p. 1), des propriétaires lotis (CE, Sect., 23 décembre 1970, *Mroczek*, req. n° 79.657, Rec., p. 797, *D.*, 1971, J., p. 398, note G. LIET-VEAUX), du bénéficiaire d'une autorisation d'exercer une profession réglementée, d'élèves préparant un diplôme (CE, Sect. 23 décembre 1988, *Aitelhadj et Boutboul*, préc.).

³⁵¹⁸ De même que l'investiture de l'utilisateur du service public ou la nomination de l'agent public permettent l'acquisition de l'une ou l'autre de ces qualités, la conclusion du contrat permet d'acquérir celle de contractant. L'existence d'un contrat valable forme alors une des conditions du présumé des règles relatives aux droits et obligations de certaines catégories de contractants, c'est-à-dire aux effets du contrat (J.-M. AUBY, art. préc., p. 24 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 646, n° 818 ; J. PETIT, thèse préc., p. 220, n° 470). J. Petit cite également l'exemple des règles applicables en matière de responsabilité contractuelle dont l'application est soumise à la double condition de l'existence d'un contrat valablement conclu et de la méconnaissance dommageable d'une obligation découlant de ce même contrat.

³⁵¹⁹ Tel est le cas des modifications apportées aux conditions d'exercice d'une activité soumise à autorisation, alors même que son organisation s'appuie sur un contrat (CE, 9 octobre 2002, *Fédération de l'hospitalisation privée*, req. n° 237.158, Rec., T., p. 606).

³⁵²⁰ Cf., par ex., l'art. 15 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (JORF n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12183) : transformation, sous certaines conditions, de plein droit des contrats d'agents non titulaires de la fonction publique territoriale à durée déterminée en cours à la date de la publication de la loi en contrats à durée indéterminée. Voir également, CE, 2 mars 1949, *Syndicat national du personnel civil des services des contrôles techniques*, Rec., p. 102 ; 14 mars 1951, *Paraire*, Rec., p. 157 ; Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, préc. ; 11 mai 1977, *Syndicat national du personnel navigant de l'aéronautique*, req. n° 98.974, Rec., p. 208, *JCP G*, 1978, II, 18930, note J. DUFAU ; 7 décembre 1979, *Syndicat général de l'Éducation nationale (SGEN-CFDT)*, req. n° 05.632, Rec., T., p. 594 ; 4 février 1983, *Syndicat national CGC des médecins de médecine préventive du personnel des hôpitaux*, préc. ; 11 octobre 1995, *Institut géographique national (IGN)*, préc. ; 5 juin 2002, *Guittard*, préc. ; 9 août 2006, *M. Queste c/ Ministère de la Défense*, préc.). Il en va de même pour les agents contractuels des services publics soumis au droit privé (CE, 4 mars 1953, *Syndicat national des ingénieurs et cadres sur contrat de la direction des études et fabrications d'armement et autres*, Rec., T., p. 703 ; Sect., 12 mars 1965, *Syndicat national des médecins et dentistes conseils de la Sécurité sociale*, préc. ; Sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, req. n° 64.975, Rec., p. 150, *AJDA*, 1968, n° 4, p. 225, chr. J. MASSOT et J.-L. DEWOST et p. 245 ; 2 avril 1971, *Pachoud*, préc. ; Ass., 1^{er} juin 1973, *Syndicat national du personnel navigant commercial*, préc.).

définit lui-même une partie de ses effets, s'agissant des effets qui ont été déterminés par la règle de droit ancienne³⁵²¹. Régissant une situation continue, la règle nouvelle ne produit qu'un effet immédiat³⁵²².

964. Le même raisonnement peut être tenu à l'égard des effets propres de l'acte juridique, à ceci près que c'est la norme contenue dans ce dernier qui entre en conflit avec la règle nouvelle³⁵²³. Au moment où celle-ci devient observable, la règle nouvelle régit un état continu dont l'actualité interdit de la considérer comme rétroactive. En matière contractuelle, la jurisprudence a longtemps paru, sur ce point, hésiter entre la solution de l'effet immédiat³⁵²⁴ et celle de la rétroactivité³⁵²⁵. Le Conseil d'État a récemment tranché, dans un considérant de principe, en faveur de la seconde branche de l'alternative en jugeant « *qu'une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par là même un caractère rétroactif* »³⁵²⁶. En l'espèce, le décret du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie des commissaires aux comptes³⁵²⁷, imposait à la profession de nouvelles obligations dans l'exercice de ses missions et consistant principalement en une prohibition renforcée des conflits d'intérêts, ainsi qu'une stricte interdiction de cumul des fonctions de contrôle et de conseil, assorties de sanctions rigoureuses. Son entrée en vigueur immédiate, le 18 novembre 2005, signifiait son application aux situations contractuelles en cours. Ce faisant, elle provoquait un véritable bouleversement de l'économie générale des contrats en cours, compte tenu de ce qu'elle remettait en cause pour l'avenir les clauses contraires à la nouvelle séparation des fonctions. La règle nouvelle modifiait pour l'avenir les droits et obligations nées de contrats conclus antérieurement à la date de son observabilité, sans remettre en cause ni leur

³⁵²¹ En matière contractuelle, cela concerne les actes présentant une nature mixte (sur cette notion, voir Y. MADIOT, thèse préc., p. 153, n° 233 et p. 233, n° 406) du fait de l'incorporation en leur sein de clauses réglementaires (CE, 29 avril 1981, *Établissements Fine Frères*, req. n° 13.209, Rec., p. 201 ; Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, préc.) ayant pour objet, le plus souvent, de fixer les règles d'utilisation du service ou de l'ouvrage public par les tiers, telles celles contenues dans les cahiers des charges des délégations de service public, des contrats d'affermage ou d'occupation temporaire d'une dépendance du domaine public (J. CARBAJO, thèse préc., p. 133 et s. ; Conseil d'État, rapport préc., Vol. 1, p. 156 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 645, n° 817 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *loc. cit.* ; J. PETIT, thèse préc., p. 506 et s., n° 1023 et s.). Pour les actes unilatéraux, cf., plus haut, p. 721 et s., n° 934 et s. ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 109 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 524, n° 1066.

³⁵²² On doit toutefois réserver, en matière contractuelle, le cas particulier des effets des contrats de droit privé. Le principe d'intangibilité s'étend non seulement à leurs clauses, mais également à leur construction légale (J. PETIT, thèse préc., p. 501, n° 1016).

³⁵²³ Voir, en ce sens, Y. AGUILA, concl. sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc., p. 471 ; J. PETIT, thèse préc., p. 221, n° 471.

³⁵²⁴ CE, 28 avril 1947, *Cie réunionnais O. Ratineau et fils*, Rec., p. 83 ; 20 janvier 1967, *Sieur Carmaran et Amicale des agents généraux du Phénix*, req. n° 65.874, Rec., p. 21 ; 6 janvier 1971, *SA de gérance des vêtements Abdon et Fils*, préc. ; Sect., 2 juin 1972, *Syndicat national de la production autonome d'électricité (SNAPRADEL) et Société "Les forces motrices de la Frasse"*, req. n° 73.839 et 73.918, Rec., p. 409, *CJEG*, 1972, p. 241, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE ; Ass., 18 octobre 1974, *Dame Veuve Rodet et autres*, préc. ; 27 mai 1998, *Pellegrin*, req. n° 157.808, Rec., T., p. 720 ; 9 octobre 2002, *Fédération de l'hospitalisation privée*, préc. Cf., dans le même sens, les concl. de G. VUGHT sur CE, Sect., 29 janvier 1971, *Sieurs Emery, Barbier et Union des propriétaires de la Sarthe*, préc., p. 410. Pour un exposé, cf. J. MARTIN, *Les sources du droit privé du droit des contrats administratifs*, préc., p. 310, n° 583 ; J. PETIT, thèse préc., p. 202 et s., n° 425 et s.

³⁵²⁵ CE, 28 février 1947, Sect., 9 juillet 1948, *Syndicat national des courtiers d'assurance et autre*, Rec., p. 316 ; 30 janvier 1953, *Ville de Lyon*, Rec., p. 71 ; 7 janvier 1955, *Vallot-Vernon*, Rec., p. 8 ; Ass., 14 mai 1965, *Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence*, préc. ; 3 mai 1972, *Syndicat des propriétaires fonciers de Nouvelle-Calédonie et Nething*, req. n° 82.691, Rec., p. 329 ; 7 décembre 1973, *Le Couteur et Sloan*, req. n° 80.357, Rec., p. 705 ; Ass., 18 octobre 1974, *Dame veuve Rodet et autres*, préc. ; 11 mai 1979, *Roy*, req. n° 06.057 et 06.058, Rec., p. 209 ; 21 novembre 1979, *Ville de Ligny-en-Barrois c/ Juteau*, req. n° 09.622, Rec., T., p. 796 ; 6 février 1981, *Delattre*, req. n° 06.730 et 06.731, Rec., p. 49, *Gaz. Pal.*, 1981, n° 163-164, note P. de BELOT et J. LEGRAND (sol. impl.) ; Sect., 3 novembre 1997, *Société Inter-marbres*, req. n° 165.260, Rec., p. 393 (sol. impl.), *CJEG*, 1997, n° 538, p. 441, concl. J.-H. STAHL, *RDP*, 1998, n° 1, p. 256, note Y. GAUDEMET, *RFDA*, 1997, n° 6, p. 1226, concl. J.-H. STAHL. Cf., dans le même sens, les concl. de B. GENEVOIS sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revillod et autres*, préc., p. 400 et de Y. AGUILA sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, préc., p. 471.

³⁵²⁶ CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc.

³⁵²⁷ Décret n° 2005-1412 (JORF n° 267 du 17 novembre 2005, p. 17925), abrogé depuis par l'article 3-V du décret n° 2007-431 du 25 mars 2007, relatif à la partie réglementaire du code de commerce (JORF n° 73 du 27 mars 2007, p. 5648).

validité *ab initio*, ni même les effets qu'ils avaient pu produire dans le passé³⁵²⁸. Au regard des solutions proposées par le droit transitoire, il n'y avait donc pas, à proprement parler, rétroactivité³⁵²⁹. En effet, le fait que les effets des contrats privés – seuls en cause ici – soient, selon une jurisprudence constante tant du juge administratif³⁵³⁰ que du juge judiciaire³⁵³¹, régis par le droit en vigueur à la date de leur conclusion signifie seulement que la règle nouvelle demeure inapplicable à leur égard³⁵³². La protection de l'autonomie de la volonté des parties et de la force obligatoire du contrat³⁵³³ se manifeste par l'application du principe de survie de la loi ancienne, auquel ne peut faire échec celui de l'effet immédiat de la loi nouvelle³⁵³⁴. L'application de ces deux principes aurait pu conduire le juge à la même solution, sans recourir à la notion de rétroactivité³⁵³⁵.

Ce faisant, la solution dégagée par la haute juridiction administrative exprime une certaine conception de la rétroactivité qui fait primer la prise en compte des effets substantiels de la règle nouvelle – la remise en cause des droits tirés du contrat par les parties³⁵³⁶ – sur ses effets dans le

³⁵²⁸ CE, Sect., 11 décembre 1970, *Société des Établissements Sonauto et autres*, préc. (sol. impl.). Une telle remise en cause aurait révélé la rétroactivité de la loi nouvelle, de la même manière que si elle s'était déclarée applicable aux contrats ayant épuisé leurs effets (CE, 25 janvier 1952, *Ville de Clermont-Ferrand*, Rec., p. 56).

³⁵²⁹ Cf. les démonstrations de L. BACH, fasc. préc., p. 28, n° 161, C. EISENMANN, *op. cit.*, 1958-1959, pp. 239-240 et de J. PETIT, thèse préc., p. 221, n° 473 et p. 483 et s., n° 892 et s. Il reste que traditionnellement la simple remise cause pour l'avenir des contrats en cours par la loi nouvelle est considérée comme une forme de rétroactivité (Y. AGUILA, concl. préc., p. 471).

³⁵³⁰ CE, Ass., 14 mai 1965, *Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence*, préc. ; 1^{er} mars 1967, *SA des Établissements Petit-Jean*, préc. ; Sect., 29 janvier 1971, *Sieurs Emery, Barbier et Union des propriétaires de la Sarthe*, préc. ; 3 mai 1972, *Syndicat des propriétaires fonciers de Nouvelle-Calédonie et Nething*, préc. ; 11 mai 1979, *Roy*, préc. ; 9 novembre 1979, *Union nationale du commerce en gros des fruits et légumes*, préc. (sol. impl.). Certaines décisions se contentent de déclarer illégal tout règlement qui porterait atteinte aux clauses d'un contrat privé sans se prononcer sur leur application dans le temps (CE, 28 mai 1910, *Société "l'Équitable des États-Unis"*, Rec., p. 423, S., 1912, III, p. 148 ; Sect., 9 juillet 1948, *Syndicat national des courtiers d'assurance et autre*, préc. ; 20 mai 1966, *Hautbois*, req. n° 60.220, Rec., p. 346 ; 10 décembre 1975, *Seigneur*, req. n° 98.353, Rec., p. 346 ; 23 juin 1976, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Coopérative de céréales des régions de Saint-Sauveur, Etas et Toucy et autres*, req. n° 98.857 et 98.858, Rec., p. 324 ; 12 juin 1987, *Union fédérale des consommateurs*, req. n° 60.129, Rec., T., p. 609). Voir J.-M. AUBY, art. préc., p. 34 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 381 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 142 et s.

³⁵³¹ Cass. Civ., 5 mars 1834, S., p. 597 ; 7 juin 1901, D., 1902, I, p. 105 ; 22 avril 1929, DH, 1929, p. 281 ; Ch. réun., 13 janvier 1932, D., 1932, I, p. 18, rapp. PILON ; Civ., 22 avril 1947, JCP, 1947, II, 3752 ; Soc., 20 mars 1952, D., 1952, p. 453 ; Com., 28 décembre 1953, D., 1954, p. 190, Gaz. Pal., 1954, I, p. 141 ; Civ. 1^{ère}, 29 avril 1960, D., 1960, p. 429 ; Civ. 3^{ème}, 20 juin 1968, D., 1968, p. 749, note LESAGE-CATEL, JCP, 1969, II, 15938, note BOCCARA ; Civ. 3^{ème}, 21 janvier 1971, JCP, 1971, II, 16776, note P. LEVEL ; Com., 15 décembre 1975, *SARL Hy Bergerat-Monnoyeur c/ Société Locapel*, pourv. n° 74-11.882, Bull. Civ. IV, n° 301, p. 249 ; 15 novembre 1976, *Société Lomico c/ Syndic du règement judiciaire de Gosse*, pourv. n° 75-11.598, Bull. Civ. IV, n° 284, p. 238 ; 18 décembre 1978, *Société Vorwek-France*, pourv. n° 77-13.472, Bull. Civ. IV, n° 31, p. 260 ; Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2006, *SA GAN*, pourv. n° 05-12.411, Bull. Civ. II, n° 204, p. 195, Gaz. Pal., 4 mai 2007, n° 124, p. 35, note X. LEDUCQ. Pour un exposé, cf. L. BACH, fasc. préc., p. 92, n° 560 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 380 et s., n° 77 et s.

³⁵³² De manière générale, la règle de survie de la loi ancienne veut que les situations en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeurent, par dérogation au principe de l'effet immédiat, régies par le droit antérieur (J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 147, n° 83 ; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 200 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 318, n° 407 ; J. PETIT, thèse préc., p. 483 et s., n° 982 et s. ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 11, n° 3).

³⁵³³ Sur cette question, cf., plus haut, p. 67 et s., n° 101 et s. ; J. MARTIN, thèse préc., p. 303 et s., n° 566 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 519 et s., n° 1054 et s.

³⁵³⁴ Voir, en ce sens, L. BACH, fasc. préc., p. 29, n° 161 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 248, n° 318 ; J. PETIT, thèse préc., p. 483 et s., n° 892 et s. Le Conseil constitutionnel en a même déduit un principe général du droit interdisant à un acte administratif d'affecter les contrats en cours en l'absence d'habilitation législative (C.Const., déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004, préc., cons. 92).

³⁵³⁵ Cf., dans le même sens, F. MODERNE, note sous CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc., RFDA, 2006, n° 2, p. 483, pp. 492-493 ; S. LASVIGNES, art. préc., p. 562. De manière générale, le juge continue de raisonner à partir du principe de non-rétroactivité pour résoudre la question de l'effet de la règle nouvelle sur les situations contractuelles en cours (Outre la jurisprudence déjà citée, voir encore récemment, CE, 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, req. n° 310.146, Rec., p. 341, JCP A, 2009, n° 1-2, p. 34, note J.-M. PONTIER, RFDA, 2009, n° 1, p. 132, note A. ILIOPOULOU et A. JAURÉGUIBERRY, RJEP, 2009, n° 660, p. 25, concl. C. VEROT).

³⁵³⁶ Au demeurant, c'est bien sur le fondement de la théorie des droits acquis que raisonne la Cour de Cassation en cette matière (Cass. Civ., 20 juin 1888, D., 1889, I, p. 26 ; 26 avril 1892, S., 1892, I, p. 304 ; 7 juin 1901, D., 1902, I, p. 105 ; Com., 21 octobre 1963, *Société Faïence et poteries de Provence c/ Platon*, pourv. n° 59-11.905, Bull. Civ. III, n° 426 ; Civ. 1^{ère}, 29 janvier 1985, *Compagnie ad'assurances Via IARD c/ Consorts Billiet, Grognet, Compagnie d'assurances La Lutèce, CPAM Savoie*, pourv. n° 83-15.849, Bull. Civ. I, n° 37, p. 35 ; voir également, p. 18, n° 26 ; L. BACH, fasc. préc., p. 19, n° 108 ; T. BONNEAU, thèse préc., p. 169 et s., n° 188 et s.). Cette conception subjective de la rétroactivité (P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 135) se retrouve également en matière de droit au recours et offre, de la même manière qu'en matière contractuelle, une alternative valable à celle de l'effet immédiat (cf. C.

temps³⁵³⁷. On ne peut manquer d'y voir un certain attachement de la part du juge administratif à la théorie des droits acquis en matière contractuelle. Il reste que la portée de cette solution semble devoir, en l'état actuel de la jurisprudence, se cantonner au domaine des contrats privés, eu égard à la réserve expresse faite par le Conseil d'État des règles générales applicables aux contrats administratifs³⁵³⁸. En effet, les dispositions réglementaires et législatives d'ordre public peuvent s'appliquer immédiatement aux contrats administratifs en cours, sans revêtir par là un caractère rétroactif³⁵³⁹.

De la même manière, alors que les actes unilatéraux créateurs de droits bénéficient de ce même principe de survie de la loi ancienne³⁵⁴⁰, leurs effets propres sont susceptibles d'être modifiés pour l'avenir par une réglementation nouvelle pour un motif d'intérêt général, sans qu'il faille y voir autre chose qu'un simple effet immédiat³⁵⁴¹.

965. Conclusion du 2 et du B. La nature durable de la situation régie par la règle de droit empêche de qualifier de rétroactifs les changements susceptibles de l'affecter au cours de son existence. En revanche, la présence du temps dans l'effet de droit prévu par la règle ne s'oppose pas à une telle qualification. L'action dans le temps de la règle de droit devant s'apprécier par rapport aux faits et aux actes qu'elle entend régir, celle-ci ne peut faire produire de nouveaux effets à des faits ou des actes passés sans revêtir par là un caractère rétroactif. Seulement, ce qui perturbe l'analyse, c'est l'actualité

HEUMANN, concl. sur CE, Sect., 13 novembre 1959, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement et ministre des anciens combattants et victimes de la guerre c/ Bacqué*, préc., D., 1960, J., p. 332 ; S. LASVIGNES, concl. sur CE, Sect., 5 mai 1995, *Société "Coopérative maritime Bidassoa" et autres*, préc., p. 250).

³⁵³⁷ Sur cette distinction et sur l'indifférence de l'effet substantiel de la règle dans l'analyse du processus de la rétroactivité, voir P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 121, n° 270.

³⁵³⁸ Sur le contenu de ces règles, voir É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, préc., p. 292.

³⁵³⁹ Cette différence de solution est expliquée à partir du principe de mutabilité gouvernant le contrat administratif, eu égard aux impératifs du service public auquel celui-ci doit répondre. Voir, en ce sens, J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Sect. 13 décembre 1991, *Société "Appareils échangeurs de température" (ASET)*, préc., p. 17 ; J.-M. AUBY, art. préc., p. 53 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 312 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 648, n° 821 ; P.-Y. GAHDOUN, thèse préc., p. 190, n° 214 ; É. GEFFRAY, concl. préc., p. 291 ; B. GENEVOIS, « Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois », préc., p. 243 ; P. LÉGER, concl. sur CE, Plén., 14 janvier 1983, *Mme X*, req. n° 28.077, Rec., p. 4, *DF*, 1983, n° 24, p. 838, spéc. p. 842 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 381 ; J. PETIT, thèse préc., p. 519, n° 1053 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 398, n° 79 ; B. STIRN, concl. sur CE, Sect., 4 juin 1982, *Ministre de l'Environnement et du Cadre de vie c/ Junique et Richioud*, préc., p. 654. Cf., parmi de nombreux ex., CE, Sect., 14 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, préc. ; 11 mai 1977, *Syndicat national du personnel navigant de l'aéronautique*, préc. ; Sect., 25 mai 1979, *Mme Rabut*, req. n° 06.436 et 06.437, Rec., p. 231 ; 16 octobre 1989, *Mlle Dijon*, req. n° 71.885, Rec., T., p. 764 ; Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, préc. Pour une solution contraire, voir cependant CE, 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, préc.

³⁵⁴⁰ Le principe de la survie de la loi ancienne se limite, en effet, à la protection des effets des actes administratifs unilatéraux créateurs de droits susceptibles d'être acquis (CE, Ass., 3 mars 1967, *Ministre de la Construction c/ Société Behr-Manning et société des Abrasifs Norton*, préc. ; Sect., 26 juillet 1982, *Le Roy*, req. n° 23.604, Rec., p. 316, *JCP G*, 1982, II, 19892, concl. Y. ROBINEAU, note G. LIET-VEAUX, *AJDA*, 1983, n° 1, p. 48, obs. J. CHAPUISAT, *CJEG*, 1982, p. 403, note J.-P. PAPIN). Sur les différentes conceptions de la notion de droits acquis, cf. plus haut, p. 487, n° 618. Son champ d'application correspond à celui du principe d'immutabilité que la doctrine reconnaît à cette catégorie d'actes (J. CARBAJO, thèse préc., p. 127 ; B. JEANNEAU, thèse préc., p. 199 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 366 ; R. MUZELLE, thèse préc., p. 390 ; A. WERNER, art. préc., p. 757), sans que l'on doive pour autant confondre les deux principes (G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 660, n° 834 ; J. PETIT, thèse préc., p. 529, n° 1076).

³⁵⁴¹ CE, 6 mai 1949, *Société Bourgeois et Cie*, préc. ; 4 juillet 1958, *Graff*, Rec., p. 404, *RDP*, 1959, n° 2, p. 315, concl. M. LONG ; 3 octobre 1973, *Fédération nationale des syndicats départementaux et des unions régionales des médecins électroradiologistes qualifiés et autres*, req. n° 89.249, Rec., p. 545 ; 13 juillet 1979, *Ministre de la culture et de la communication c/ SA Le comptoir français du film*, req. n° 13.167, Rec., p. 322, *Gaz. Pal.*, 1981, I, p. 321, concl. B. GENEVOIS ; Sect., 1^{er} février 1980, *Rigal*, req. n° 08.048, Rec., p. 64, *AJDA*, 1980, n° 11, p. 609, concl. A. BACQUET ; 27 avril 1987, *Berder et Société atlantique de mariculture (SATMAR)*, préc. ; 19 mars 1993, *Ministre des affaires sociales et de l'intégration c/ Institut Pasteur de la Guadeloupe*, req. n° 134.268, Rec., T., p. 592 ; 17 octobre 1997, *Doujon*, req. n° 182.963, Rec., p. 366, *AJFP*, 1998, n° 2, p. 11, obs. J. MEKHANTAR, *Dr. adm.*, 1998, n° 1, p. 21, note R. SCHWARTZ. Il en va également des règles relatives à l'extinction de ces actes (CE, Sect., 28 janvier 1955, *Consorts Robert et Bernard*, Rec., p. 54, concl. F. GRÉVISSE, *RPDA*, 1955, p. 64, n° 114 ; Sect., 10 mars 1967, *Cottarre*, req. n° 63.015, Rec., p. 111, *RTDSS*, 1967, p. 162, concl. Y. GALMOT ; 31 janvier 1990, *Société SOFIP et Cie "La Bâtie-Neuve" c/ Commune de La Bâtie-Neuve*, req. n° 86.414, *LPA*, 25 janvier 1991, n° 11, p. 10, chr. A. HOLLEAUX.

des conséquences attachées aux situations passées³⁵⁴². De ce point de vue, si la rétroactivité est bien une forme de rétroactivité, il faut constater qu'il s'agit là d'une « rétroactivité tempérée »³⁵⁴³. S'il y a bien rétroactivité, il faut néanmoins admettre que les effets de la loi rétrospective sont plus limités³⁵⁴⁴ que ceux de la loi rétroactive proprement dite. Les différentes nuances dans l'action sur le passé de la règle de droit conduit à distinguer la rétroactivité *stricto sensu* de la rétroactivité au sens large³⁵⁴⁵.

966. Conclusion du paragraphe 2. La règle rétroactive se définit comme celle qui comporte un présupposé dont tous les éléments se sont entièrement produits antérieurement à la date à laquelle elle devient observable. Il est indifférent, pour l'analyse de son action dans le temps, que la règle nouvelle leur attache des effets pour le passé ou simplement pour l'avenir. Dès lors que la survenance des faits ou des actes passés a enclenché le processus d'application du droit, la situation juridique est constituée et la règle nouvelle ne peut ultérieurement saisir celle-ci sans remettre en cause celui-là. La qualification de l'application dans le temps de la règle de droit dépend donc étroitement de l'analyse de son présupposé.

Or, il s'agit d'une question d'interprétation qui suppose bien souvent un choix de la part du juge³⁵⁴⁶, si bien que c'est en réalité l'identification de la nature de l'élément constitutif de la situation qui constitue la difficulté principale de la définition de la rétroactivité de la « norme-règle ». Si l'on peut regretter la sophistication extrême des éléments d'appréciation des situations juridiques, elle semble néanmoins inéluctable. La grande variété des règles de droit empêche, par définition, la construction d'un modèle d'une parfaite géométrie. Particulièrement saillantes en droit transitoire, ces difficultés sont inhérentes au problème plus large de l'analyse du contenu de toute règle de droit. Dans cette perspective, il semble rien moins que logique de laisser au juge une certaine marge d'appréciation dans le choix à opérer entre plusieurs solutions également valables. Ainsi, une règle d'âge peut être regardée tantôt comme une condition d'accès à l'exercice d'une activité, tantôt comme une condition de maintien dans l'activité. Les différents intérêts en cause détermineront, au moins en partie, l'identification de la situation affectée par le nouveau régime. Il convient donc de garder à l'esprit que la construction d'un système explicatif de l'application de la règle de droit dans le temps comporte nécessairement une part de subjectivité.

*

967. Conclusion de la Section 1. Il a pu être montré que l'analyse de l'action sur le passé de la « norme-règle » présente un certain degré de complexité. En général, la recherche de la date d'entrée en vigueur de la règle de droit suffit à isoler sa rétroactivité, notamment lorsque l'autorité normative fixe une date déterminée ou entend régir des éléments appartenant au passé. Si l'applicabilité de la « norme-

³⁵⁴² Pour certains auteurs, ce constat conduit, dans certains cas, à assimiler les situations juridiques constituées dans le passé et qui se prolongent dans l'avenir à des situations en cours. Voir, en ce sens, GRASMANN, art. préc., p. 1019, n° 2 ; J. HÉRON, art. préc., p. 287, n° 17 et 316, n° 61 ; J. PETIT, thèse préc., p. 215, n° 458.

³⁵⁴³ La formule est de P. ROUBIER (*op. cit.*, p. 290, n° 62). Au passage, on peut signaler qu'en langue anglaise, les termes « rétrospectif » et « rétroactif » sont interchangeable (P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 167). Cf., dans le même sens, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., p. 131 ; G. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. Critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1893, n° 7, p. 444 et n° 8, p. 492.

³⁵⁴⁴ Voir, en ce sens L. BACH, fasc. préc., p. 28, n° 159 ; P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 168 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 284, n° 652.

³⁵⁴⁵ P. DELVOLVÉ, « Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », préc., p. 355 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 207.

³⁵⁴⁶ Sur les difficultés d'analyse des situations juridiques, voir L. BACH, fasc. préc., p. 30, n° 171 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., pp. 248-249, n° 319 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 82, n° 89 ; R. MOULIN, art. préc., pp. 248-251 ; J. PETIT, thèse préc., p. 224, n° 479 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 325, n° 606.

règle » a été anticipée par rapport à son édicition ou son observabilité, il peut y avoir rétroactivité. Toutefois, la détermination de la date d'entrée en vigueur anticipée de la règle de droit ne dissout pas totalement le problème de l'identification de la rétroactivité.

En l'absence de volonté clairement exprimée de l'autorité normative de procéder à la délimitation du champ d'application temporel de la règle nouvelle, il est nécessaire de recourir à un double critère en vue de déterminer si celle-ci a entendu régir des situations passées. En partant de l'analyse du présupposé de la règle de droit, il faut alors prendre en compte, d'une part, la nature temporelle des éléments formant son contenu – la portion de la durée qu'ils occupent – et, d'autre part, la position dans la chronologie de ces mêmes éléments – antérieure ou postérieure à la date d'observabilité de la « norme-règle » –, pour apprécier son action sur le passé. Pourvu que les faits ou les actes correspondant au présupposé de la règle de droit se soient entièrement réalisés avant qu'elle devienne observable, il y aura rétroactivité. En d'autres termes, il n'y a de rétroactivité de la « norme-règle » qu'en cas d'atteinte à une situation juridique antérieurement constituée.

L'analyse de l'action sur le passé de la « norme-règle » a également révélé une gradation dans le processus de la rétroactivité³⁵⁴⁷. C'est dire que l'effet sur le passé de la règle de droit est à intensité variable. Alors qu'il reste relativement indifférent à la question de l'identification de la rétroactivité, le moment de la réalisation de l'effet de droit prévu par la « norme-règle » constitue le critère de mesure de cette intensité. À côté de la rétroactivité au sens strict, laquelle implique la production d'un effet dans le passé, on peut isoler une rétroactivité tempérée, caractérisée par l'actualité des effets prévus par la règle nouvelle. Cette dernière correspond en partie à la notion de rétrospectivité, dont il a été montré qu'elle recouvre des hypothèses de rétroactivité.

À la différence de la « norme-règle », l'appréciation de l'action sur le passé de la « norme-décision » requiert seulement de déterminer à quel moment l'effet de droit commence à se produire. Au polymorphisme de la rétroactivité de l'une s'oppose la monovalence de la rétroactivité de l'autre.

³⁵⁴⁷ Voir, dans le même sens, L. BACH, « Contribution à l'étude de la notion de rétroactivité de la loi », préc., p. 53, note 19 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préc., p. 136 et 454 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 286 et s., n° 62 et s.

Section 2 : La rétroactivité monovalente des « normes-décisions »

968. Introduction et plan. La « norme-décision » présente des caractéristiques intrinsèques qui lui confèrent une structure particulière. Cette structure détermine le mode d'action dans le temps de la « norme-décision ».

Contrairement à la « norme-règle », le contenu de la « norme-décision » se résume à un seul élément. La « norme-décision » se contente de commander le déclenchement de l'effet de droit qu'elle prévoit pour un ensemble d'éléments qu'elle désigne concrètement et dont la survenance est certaine. Partant, l'appréciation de son effet dans le temps repose exclusivement sur l'identification du moment à compter duquel la norme juridique commence à développer son effet. C'est dire que la date d'entrée en vigueur de la « norme-décision » commande directement la qualification de son effet *ratione temporis*. Pourvu qu'il soit démontré que ce dernier a été anticipé dans le temps, il y aura rétroactivité de la « norme-décision ».

Telle qu'elle se présente, l'analyse de l'action dans le temps de la « norme-décision » ne dépend pas, contrairement à ce qui se passe pour la « norme-règle », de la nature des situations qu'elle touche ou de leur dimension temporelle. Seule la connaissance du moment où se réalise l'effet de droit importe pour apprécier la rétroactivité de la « norme-décision ». Il s'ensuit que l'effet sur le passé de la « norme-décision » présente un double trait distinctif. D'un côté, sa définition comporte un élément unique. La « norme-décision » rétroactive est celle dont l'applicabilité est anticipée dans le temps, à l'exclusion de la prise en compte de tout autre élément. Le report dans le temps de l'effet de la norme juridique constitue le critère unique de la rétroactivité de la « norme-décision ». De l'autre, le mode d'action sur le passé de la « norme-décision » se caractérise par son uniformité. Quelle que soit l'autorité qui l'a prescrite ou la situation qu'elle affecte, la « norme-décision » rétroactive agit de la même façon sur le passé. C'est dire que l'emprise de la « norme-décision » sur le passé de l'ordonnancement ne connaît aucune variation dans son intensité.

La monovalence de la rétroactivité de la « norme-décision » tranche ainsi nettement par rapport aux différentes formes de rétroactivité qu'est susceptible de revêtir la « norme-règle ».

Après avoir rappelé le mode d'action dans le temps de la « norme-décision » (§ 1), on s'attachera à montrer l'uniformité de son action sur le passé (§ 2).

§ 1 : Analyse du mode d'action dans le temps de la « norme-décision »

969. D'un point de vue normatif, le mode d'action dans le temps des décisions, c'est-à-dire des normes catégoriques et concrètes, ne peut être apprécié suivant la même analyse que celle menée à propos des règles de droit, c'est-à-dire des normes hypothétiques et abstraites. À la différence de ce qui se passe pour la « norme-règle », l'application de la conséquence de droit contenue dans la « norme-décision » n'est pas conditionnée par la survenance hypothétique de faits ou d'actes de conduite devant présenter certains caractères, mais par la désignation concrète de faits ou d'actes considérés en eux-mêmes. Autrement dit, la « norme-décision » saisit un fait ou un acte déjà réalisé et ordonne que lui soit

affecté un effet de droit. C'est là une conséquence directe des caractères catégorique et concret qui caractérisent la « norme-décision » et qui en singularisent la structure.

970. La « norme-décision » se présente comme « *un ordre à l'état pur* »³⁵⁴⁸, en ce sens qu'elle impose la production ou la non-production d'un effet de droit à un ensemble de faits ou d'actes considérés pour eux-mêmes. Elle présente deux caractères distincts. Norme catégorique, la « norme-décision » ne voit pas son action subordonnée à la réalisation d'une hypothèse. Son objet n'est pas de définir abstraitement un type de fait auquel sera attachée une conséquence de droit, mais d'attribuer cette conséquence à un fait ou un acte juridique. Norme concrète, la « norme-décision » envisage les faits et les actes en eux-mêmes, alors que la « norme-règle » ne s'intéresse qu'aux caractères qu'ils doivent présenter abstraitement. À la différence du fait ou de l'acte saisi par le présupposé de la « norme-règle », le fait ou l'acte visé par la « norme-décision » n'est pas intégré à la norme. Celui-là reste une donnée extérieure à celle-ci. C'est dire que la « norme-décision » n'envisage pas, comme le fait la « norme-règle », de manière hypothétique les faits et actes auxquels elle sera applicable, mais désigne, de manière concrète, ceux auxquels elle va être appliquée, et eux seuls. *Telle* conséquence de droit sera imputée à *tel* fait ou *tel* acte auquel l'autorité normative s'est référée. Du point de vue de sa structure, cela signifie que la « norme-décision » ne comporte pas de présupposé³⁵⁴⁹.

La nature d'une norme n'étant pas fonction de la qualité de son auteur, toute autorité normative est susceptible d'édicter des « normes-décisions ». Il est traditionnel de rattacher à cette catégorie de normes les actes administratifs unilatéraux non réglementaires³⁵⁵⁰. Toutefois, le domaine de la « norme-décision » ne se limite pas à l'acte administratif et concerne également la loi et la décision juridictionnelle.

Lorsque la loi ne pose aucune règle de droit, il faut également considérer que le législateur a entendu édicter une « norme-décision ». Le fait qu'une loi puisse contenir des normes individuelles et concrètes demeure, cependant, contesté en doctrine³⁵⁵¹. Il suffit d'évoquer la pratique des lois individuelles sous la III^e République, de même que celle des validations législatives et des lois de dispense pour montrer que la loi peut être porteuse de prescriptions catégoriques et concrètes³⁵⁵².

Pour le jugement, c'est la notion d'application du droit qui fait généralement obstacle à l'admission à la fois du caractère normatif de la fonction juridictionnelle et, par conséquent, de

³⁵⁴⁸ P. MAYER, thèse préc., p. 51, n° 72. Cf., dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 32, n° 48 ; J. HÉRON, *op. cit.*, p. 14, n° 11 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 104, n° 231 ; J. PETIT, *loc. cit.*

³⁵⁴⁹ Sur les caractéristiques de la décision et la notion de norme individuelle, cf. C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 217 et p. 407 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 27, n° 53 ; J. HÉRON, art. préc., p. 299, n° 30 et *op. cit.*, pp. 55-57, n° 57-59 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 139 et *Théorie générale des normes*, préc., p. 9 ; P. MAYER, thèse préc., p. 48, n° 68 et « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 679 ; J. PETIT, thèse préc., p. 217, n° 463 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 400, n° 768.

³⁵⁵⁰ Cf., notamment, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 32, n° 47.

³⁵⁵¹ Voir notamment, H. DUPEYROUX, art. préc., p. 135 ; P. MAYER, thèse préc., p. 56, n° 83. La plupart du temps, les auteurs qui contestent l'existence des normes individuelles d'origine législative sont ceux-là même qui réduisent la notion de norme juridique à la seule règle de droit (cf., notamment, P. AMSELEK, « Norme et loi », *arch. phil. dr.*, 1980, t. 25, p. 80, spéc. p. 89 ; O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », préc., p. 221). Pour une position favorable à l'admission des normes individuelles d'origine législative, voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 88 et *Théorie générale des normes*, préc., p. 9.

³⁵⁵² Sur le cas des lois individuelles, voir B. MATHIEU, *Les « validations » législatives*, préc., pp. 174-176. Sur le cas des lois de dispense, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 17, n° 5. Abstraites en apparence, les lois de validation ou d'amnistie contiennent en réalité des normes concrètes et ressortissent, de ce fait, de la catégorie des décisions (P. MAYER, thèse préc., p. 40, n° 56 et p. 50, n° 71 ; J. PETIT, thèse préc., p. 19, n° 42). Voir, dans le même sens, C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., pp. 400-401, n° 769.

l'existence de « normes-décisions » d'origine juridictionnelle³⁵⁵³. Sur le premier point, il a déjà été montré que le jugement implique incontestablement un processus normatif³⁵⁵⁴. Partant de là, il est aisé de démontrer que la norme juridictionnelle satisfait à la définition de la « norme-décision ».

Le jugement consiste à établir la qualité du rapport d'adéquation entre les faits allégués et la norme de référence du contrôle juridictionnel. En affirmant qu'il existe un lien soit d'imputation, soit d'exclusion entre le présupposé de la règle de droit et le cas litigieux, le juge va concrétiser cette règle³⁵⁵⁵. Une fois que le juge a établi la règle hypothétique et abstraite qui devait être appliquée au moment de la survenance des faits litigieux, puis qu'il a vérifié la correspondance entre ces derniers et le présupposé de la règle de droit, il commande alors que l'effet de droit prévu par la première soit attribué aux seconds. Ce faisant, il rétablit ce qui aurait dû se produire si le processus d'application de la règle de droit s'était déroulé sans obstacle. À partir de la certitude portant sur les deux éléments permettant l'application de la règle de droit aux faits litigieux, le juge édicte une décision dont l'objet est de lever l'obstacle créé par la contestation. Dans son aspect catégorique, la décision juridictionnelle ordonne que l'effet attaché au nouvel état du droit concrétisé soit appliqué aux personnes qu'elle désigne nommément³⁵⁵⁶.

971. Pour déterminer son champ d'application de la « norme-décision », l'autorité normative peut, soit fixer une date d'effet déterminée, soit identifier de manière nominative ses destinataires, soit recourir à un « *procédé commode de désignation* »³⁵⁵⁷, c'est-à-dire se référer à certains caractères appartenant concrètement aux faits et actes visés, et à eux seuls. Lorsque ses destinataires sont nombreux, l'autorité normative peut regrouper les décisions en un seul instrument. La décision collective s'analyse alors de deux manières. Soit elle désigne tous ses destinataires et constitue une série de décisions individuelles. Les exemples des tableaux d'avancement de fonctionnaires ou les arrêtés ministériels fixant la composition d'une commission en sont des exemples classiques. Soit, en l'absence de connaissance de l'ensemble de ses destinataires, elle se réfère à des faits ou des actes sans tenir compte du nombre de ses destinataires. Les lois d'amnistie ou de dispense en constituent un bon exemple³⁵⁵⁸. Quelle que soit la manière de procéder choisie par l'autorité normative, ce mode de désignation interdit de séparer le caractère retenu dans la norme des faits ou des actes qui le possèdent.

972. De la structure particulière de la « norme-décision », il découle une double spécificité de son mode d'action dans le temps.

D'abord, la « norme-décision » n'établit pas, contrairement à la « norme-règle », de lien d'imputation permanent entre les faits et actes qu'elle vise et l'effet de droit qu'elle leur attache. La

³⁵⁵³ Sur cette question, voir, outre les références citées p. 305, notes 1418 et 1419, P. COMANDUCCI, « Quelques problèmes conceptuels concernant l'application du droit », préc., p. 315.

³⁵⁵⁴ Cf., plus haut, p. 256 et s., n° 326 et s.

³⁵⁵⁵ L. BACH, « Jurisprudence », fasc. préc., p. 9, n° 57 ; C. BLÉRY, thèse préc., p. 72 et s., n° 97 et s. ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *op. cit.*, p. 88, n° 124. Voir également, P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 25, n° 48 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 328.

³⁵⁵⁶ C. BLÉRY, thèse préc., p. 94, n° 134 ; J. HÉRON, « L'application des jugements dans le temps », in P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, préc., p. 245, n° 13 ; P. MAYER, thèse préc., p. 49, n° 69 ; F. OST, « La vie de la loi, l'usure du temps. Le droit transitoire des modifications jurisprudentielles », in S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, préc., pp. 104-105.

³⁵⁵⁷ P. MAYER, thèse préc., p. 39, n° 55. Cf., dans le même sens, P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 101, n° 225.

³⁵⁵⁸ Elle devient alors une décision collective « à l'état pur », car inscrite en un faisceau de décisions. Sur ces différents points, cf., respectivement, J. HÉRON, *op. cit.*, p. 58, n° 59 ; P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 103, n° 228.

« norme-décision » vise une situation déterminée, à un moment donné. Cette absence de permanence explique qu'il ne peut y avoir aucun conflit dans le temps entre plusieurs décisions qui se succèdent³⁵⁵⁹.

Ensuite, parce qu'ils sont désignés pour eux-mêmes par la « norme-décision », les actes et faits entrant dans son champ d'application sont tous connus à l'avance. Chronologiquement, ceux-ci se sont donc tous réalisés avant l'édiction de celle-là. Par exemple, la décision de sanction disciplinaire prise à l'encontre du fonctionnaire ayant commis une faute prend en considération des faits antérieurs à elle. Son objet même est de réprimer *tel* comportement adopté par *tel* agent, lequel s'est nécessairement produit avant son prononcé.

Il en résulte également que la « norme-décision » s'adresse à des sujets de droit se trouvant nécessairement dans un cercle fermé. Son champ d'application est constitué de destinataires dénombrables. Le champ d'application personnel de la « norme-décision » s'oppose ainsi au champ d'application impersonnel de la « norme-règle ». Cela ne veut pas dire que tous les destinataires de la « norme-décision » soient nécessairement connus au jour de l'entrée en vigueur de la décision, mais qu'ils sont au moins susceptibles de l'être³⁵⁶⁰.

Du point de vue de son action dans le temps, cela signifie que la « norme-décision » ne doit pas, d'un point de vue logique, obligatoirement préexister à la réalisation des faits ou des actes de conduite qu'elle a pour objet de régir, comme c'est le cas pour la « norme-règle », C'est même tout le contraire. Le mode d'action de la « norme-décision » exige qu'elle leur soit nécessairement postérieure³⁵⁶¹. Les faits et les actes s'étant concrètement tous réalisés antérieurement à son édicition, la « norme-décision » produit son effet à leur égard dès l'instant où elle devient observable³⁵⁶² ou à l'issue du délai qu'elle prévoit³⁵⁶³. Au contraire de la « norme-règle », l'application dans le temps de la « norme-décision » ne dépend donc pas de la nature des faits ou actes visés ou de leur position temporelle – elle est nécessairement déjà connue –, mais doit plutôt s'apprécier par rapport aux effets qui en forment le contenu.

Le recours à la notion de situation juridiquement constituée s'avère donc inutile, en l'absence d'indéterminabilité du champ d'application de la « norme-décision ». Par hypothèse, les destinataires de la norme sont, comme on l'a dit, déjà connus. Il s'ensuit que l'identification de la rétroactivité de la décision est directement commandée par la détermination de la date à laquelle son effet se réalise³⁵⁶⁴. Nonobstant la circonstance que les faits et actes auxquels la « norme-décision » se rapporte lui sont extérieurs, si l'on devait appréhender son action dans le temps de la même manière que celle de la « norme-règle », c'est-à-dire en prenant en considération la position temporelle des faits ou des actes que

³⁵⁵⁹ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 28, n° 53 ; J. HÉRON, *loc. cit.* ; J. PETIT, thèse préc., p. 17, n° 40. Contrairement à la « norme-règle », la « norme-décision » est une norme exclusive, en ce qu'elle annule ou abroge toutes les autres normes concurrentes au moment où elle devient observable. C'est ainsi qu'il ne peut y avoir de conflit dans le temps entre plusieurs décisions (J. HÉRON, art. préc., p. 326, note 127).

³⁵⁶⁰ P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 13, n° 23 ; J. HÉRON, *eod. loc.* Les éventuelles difficultés rencontrées dans la délimitation du champ d'application de la « norme-décision » ne pourraient venir que de la circonstance que certains faits ou actes n'aient pas été portés à la connaissance de son auteur (P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., pp. 101-103, n° 224-229). En d'autres termes, l'indéterminabilité partielle du champ d'application de la « norme-décision » ne résulte pas de ses caractéristiques mêmes, mais des imperfections du procédé de création du droit.

³⁵⁶¹ Pour reprendre la formule du Doyen Héron, le champ d'application de la « norme-décision » « est, par hypothèse, déterminé rétroactivement » (J. HÉRON, art. préc., p. 326, note 127). Dans le même sens, voir P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 104, n° 231 ; J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français*, préc., p. 141 ; J. PETIT, thèse préc., p. 216, n° 462). Il semble peut-être plus exact de dire que le champ d'application de la « norme-décision » est déterminé *rétrospectivement*, dès lors que cette notion n'implique pas nécessairement que la norme développe son effet dans le passé.

³⁵⁶² P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 41, n° 87 ; J. MAYER, thèse préc., p. 51, n° 72 ; J. PETIT, *loc. cit.*

³⁵⁶³ Il s'agit ici d'un « délai-terme », car rattaché à l'effet de droit de la norme. Sur cette notion, cf., plus haut, p. 733, n° 953.

³⁵⁶⁴ G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 33, n° 49 ; J. HÉRON, art. préc., p. 326, note 127 ; J. PETIT, thèse préc., p. 18, n° 40.

la norme entend régir par rapport à la date de son observabilité, on serait conduit à conclure que les « normes-décisions » sont toutes rétroactives³⁵⁶⁵.

L'exemple du jugement déclaratif est, sur ce point, particulièrement éclairant. D'un point de vue normatif, le juge édicte une « norme-décision » par laquelle il ordonne que *tel* état du droit soit appliqué à *tels* faits ou *tels* actes que les parties ont soumis à son appréciation. Ceux-ci précédant nécessairement l'intervention du juge dans la chronologie, il est tentant d'en inférer que les effets du jugement déclaratif remontent automatiquement à l'époque où les faits ou les actes litigieux sont intervenus³⁵⁶⁶. Toutefois, comme on l'a vu, l'action dans le temps du jugement déclaratif n'a pas l'homogénéité que cette présentation laisserait, à première vue, croire. Ce qui perturbe l'analyse, ce sont les modalités particulières du contrôle effectué par le juge, lequel se transporte dans le passé pour déterminer la règle de droit qui devait être appliquée et vérifier si a été correctement appliquée. Or, comme on a tenté de le montrer, le réexamen du passé auquel se livre le juge n'implique pas nécessairement que les effets de sa décision entraînent invariablement une modification du passé de l'ordonnancement juridique. Seule la prise en compte du pouvoir que le juge met en œuvre à l'occasion du règlement du litige permet de faire le départ entre la rétroactivité et la non-rétroactivité du jugement déclaratif³⁵⁶⁷.

Il est vrai que l'appréciation de l'action dans le temps de la « norme-décision » n'est pas toujours aisée en pratique, comme en témoignent les différentes positions adoptées par le juge administratif sur la question des effets dans le temps du permis de construire délivré après le commencement des travaux montrent. Tandis que certaines décisions estiment qu'un permis de construire peut autoriser des travaux ayant déjà débuté sans produire par là un effet rétroactif, d'autres décisions témoignent d'une tendance inverse³⁵⁶⁸.

973. Au bénéfice de ce qui précède, il faut donc considérer que la qualification de l'effet dans le temps de la « norme-décision » dépend directement de la position temporelle de l'effet substantiel qu'elle produit. Selon que cet effet se réalise antérieurement ou postérieurement par rapport à la date d'observabilité de la norme, la « norme-décision » produira un effet rétroactif, immédiat ou « postactif ». Ainsi, l'anticipation de l'applicabilité de la norme par rapport au moment où elle devient observable suffit, à elle seule, à conférer un effet rétroactif à la « norme-décision ».

§ 2 : L'uniformité de l'action sur le passé de la « norme-décision »

974. La question des effets sur le passé de la « norme-décision » doit être résolue en tenant exclusivement compte de la date à laquelle elle commence à produire son effet. Contrairement à ce qui se passe pour la « norme-règle », la seule connaissance de la date d'entrée en vigueur de la « norme-décision » suffit, dans tous les cas, pour conclure à sa rétroactivité. Pourvu que la date d'applicabilité de

³⁵⁶⁵ J. PETIT, *ead. loc.*

³⁵⁶⁶ Cf., notamment, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 33, n° 52.

³⁵⁶⁷ Sur l'ensemble de cette question, cf., plus haut, p. 262 et s., n° 335 et s. Voir également, F. OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », préc., p. 91 et *Le temps du droit*, préc., pp. 143-163.

³⁵⁶⁸ Comp. CE, 18 juin 1969, *Époux Mercier et Époux Couty*, req. n° 73.425 et 73.426, Rec., T., p. 986 ; 14 avril 1972, *Époux Lafleur*, req. n° 77.462, Rec., p. 289 avec CE, Sect., 27 avril 1988, *SCI du Tertre Saint-Anne*, req. n° 64.277, Rec., p. 169, *JCP G*, 1988, II, 21150, note G. DEBOUY.

la « norme-décision » précède dans la chronologie la date de son édicition ou de son observabilité, il y aura rétroactivité.

L'applicabilité anticipée de la « norme-décision » constitue le critère unique d'appréciation de sa rétroactivité (I). Il en découle une uniformité de l'action sur le passé de la « norme-décision », dont il peut être attesté à travers quelques applications pratiques (II).

I – L'APPLICABILITE ANTICIPEE DE LA « NORME-DECISION », CRITERE UNIQUE DE SA RETROACTIVITE

975. La rétroactivité – ou plus exactement la rétrospectivité – étant de l'essence même de la « norme-décision », celle-là peut être appréciée sans recourir à la fiction de préexistence de la norme juridique par rapport aux faits et actes régis qui caractérise l'analyse de la rétroactivité des « normes-règles »³⁵⁶⁹. Néanmoins, la rétroactivité de la « norme-décision » comporte la même atteinte logique au processus de mise en vigueur des normes juridiques, en ce qu'un effet de droit va se produire avant sa cause. Or, un acte juridique doit, pour s'appliquer, être rendu applicable. *Mutatis mutandis*, anticiper la prise d'effet d'un acte juridique donné, c'est nécessairement le mettre en vigueur à une date antérieure à celle à laquelle il aurait normalement dû l'être³⁵⁷⁰. S'il n'y a aucune fiction à rendre applicable une « norme-décision » à des faits ou des actes qui la précèdent dans la chronologie, il n'en reste pas moins que la rétroactivité qui lui est conférée par là, crée une rupture par inversion dans la séquence logique de son entrée en vigueur.

Telle qu'elle se présente, la rétroactivité de la « norme-décision » pose, avant tout, une question de datation. En effet, la connaissance de la date à laquelle la « norme-décision » entre effectivement en vigueur suffit pour savoir si son auteur a entendu lui conférer un effet rétroactif. Concrètement, il s'agit de procéder à une comparaison entre la date résultant du jeu normal du régime d'entrée en vigueur d'une norme juridique donnée, laquelle correspond le plus souvent à celle de son observabilité, et celle à compter de laquelle elle commence à produire ses effets³⁵⁷¹. Nonobstant la pluralité des régimes d'entrée en vigueur que connaissent les normes juridiques, on peut dire que la rétroactivité des « normes-décisions » présente une forme unique et invariable, ce qui les distingue nettement des « normes-règles ».

Quelques exemples permettront de confirmer la différence qui oppose les premières aux secondes dans l'appréciation de leur action sur le passé.

II – APPLICATIONS PRATIQUES

976. L'analyse des effets dans le temps de la norme juridique repose sur la prise en compte de la structure que lui confère sa nature. Elle demeure donc largement indifférente de l'auteur de la norme ou

³⁵⁶⁹ Cf., plus haut, p. 631, n° 818. Voir également, P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 103, n° 230 ; J. PETIT, thèse préc., p. 217, n° 463.

³⁵⁷⁰ De la même manière que précédemment, il faut repousser, au nom de la logique, le raisonnement consistant à considérer qu'un acte puisse produire des effets antérieurement à son entrée en vigueur (cf., par ex., CE, 2 octobre 1996, *Département du Val-d'Oise*, req. n° 154.161 ; TA Lille, 28 avril 1998, *Mme Blanchinet c/ Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord*, req. n° 94-2722, Rec., T., p. 722). Cf., plus haut, p. 630, n° 817.

³⁵⁷¹ Les éventuelles difficultés résident dans l'identification de l'une ou l'autre de ces dates. Voir, en ce sens, CE, 23 juin 1971, *Roty*, req. n° 76.969, Rec., p. 474 (publication au Journal Officiel ne faisant pas apparaître la date d'effet d'un arrêté de nomination rétroactif).

du rang que cette dernière occupe dans la hiérarchie des normes. Qu'elles soient prescrites par le législateur, l'autorité administrative ou le juge, les « normes-décisions », c'est-à-dire les prescriptions catégoriques et concrètes, rétroagissent toutes de la même façon. L'identification de la rétroactivité repose exclusivement sur la recherche de date d'applicabilité de la « norme-décision ». S'il en ressort que le commencement des effets de la norme a été anticipé par rapport au moment où elle a été édictée ou rendue observable, il y aura invariablement rétroactivité. Quelle que soit la manière dont est opérée la rétroaction de la « norme-décision », son action sur le passé demeure la même. Tantôt, la rétroactivité de la « norme-décision » résulte de la fixation d'une date d'effet anticipé ou de la désignation de situations ou d'actes accomplis dans le passé (A). Tantôt, elle découle directement de l'objet même de la « norme-décision » (B). Quelques exemples permettront d'illustrer ces deux aspects.

A/ La rétroactivité de la « norme-décision » résultant de l'attribution d'une date d'effet anticipée

977. La question de la rétroactivité des « normes-décisions » est résolue concrètement en recherchant la date de prise d'effet de la norme juridique, puis en la comparant avec celle qui résulte du jeu normal du régime d'entrée en vigueur correspondant à la catégorie à laquelle elle appartient. Précisément, si la date d'applicabilité de la « norme-décision » est antérieure à celle de son observabilité ou, *a fortiori*, à celle de son édictation, celle-ci doit être regardée comme rétroactive. De l'anticipation de leur effet dans le temps résulte directement la rétroactivité des prescriptions catégoriques et concrètes. L'exemple des actes administratifs permettra d'illustrer ce point.

978. En matière d'actes administratifs unilatéraux, ce raisonnement paraît être reçu en droit positif et semble tout à fait conforme au principe de non-rétroactivité des actes administratifs, tel que le conçoit le juge administratif.

Certes, la question de l'antériorité est parfois éludée par le juge, ce dernier se contentant de déduire la rétroactivité d'un acte individuel, par exemple, de la date de sa prise d'effet³⁵⁷². Néanmoins, dans la grande majorité des cas, le juge prend le soin, lorsqu'il se trouve face à un acte administratif non-réglementaire prévoyant sa prise d'effet anticipée, de procéder explicitement à la comparaison en se référant à chacun de ses termes. Le juge déduit alors la rétroactivité de l'acte administratif du constat que celui-ci a pris effet à une date antérieure à celle de sa notification³⁵⁷³, de sa publication lorsque celle-ci est obligatoire³⁵⁷⁴, ou de sa signature³⁵⁷⁵. Cette manière de procéder se rattache, de manière assez

³⁵⁷² CE, 6 février 1985, *Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et de la recherche c/ Mme Macciocchi*, req. n° 41.010, Rec., p. 24, *Dr. adm.*, 1985, n° 147.

³⁵⁷³ Cf., parmi de nombreux ex., CE, 31 janvier 1951, *Guillou*, préc. ; 14 novembre 1952, *Delle Hursul et autres*, Rec., p. 513 ; 11 janvier 1956, *Renard et Longin*, Rec., p. 11 ; 25 juin 1958, *Lemenager*, Rec., p. 380 ; 3 novembre 1961, *Sidet*, req. n° 52.175, Rec., T., p. 919 ; Sect., 3 novembre 1978, *Dame Lamothe-Lemaire*, req. n° 03.129, Rec., p. 411 ; Sect., 14 novembre 1980, *Mlle Montalibet*, préc. ; 9 octobre 1981, *Beherec*, req. n° 18.649, Rec., p. 358 ; 16 mars 1984, *Laurent-Massot*, préc. ; 28 octobre 1988, *Mlle Gallien*, préc. ; 12 février 1990, *Patoureau*, req. n° 62.011, Rec., T., p. 848 ; 3 mai 2006, *M. Mantin*, préc. Il en va de même lorsque la prise d'effet anticipée de la décision résulte d'un retard dans sa notification (CE, 21 juin 1944, *Bec*, Rec., p. 117 ; 25 février 1949, *Roncin*, Rec., p. 92).

³⁵⁷⁴ Cf., par ex., les nominations de fonctionnaires par décret du Président de la République (CE, 20 juillet 1951, *Ducommun*, Rec., p. 422 ; 6 février 1985, *Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et de la recherche c/ Mme Macciocchi*, préc.) ou du Premier Ministre (CE, 10 février 1965, *Pontillon*, préc. ; 23 juin 1971, *Roty*, préc. ; 20 mai 1988, *Syndicat national des cadres hospitaliers F.O.*, req. n° 62.614, Rec., p. 197), ou par arrêté ministériel (CE, 10 octobre 1990, *M. Duchêne*, req. n° 102.512), ainsi que les autorisations d'usage de fréquences de radiodiffusion (CE, 27 septembre 1991, *SARL "Société Diffusion Rhône-Alpes"*, préc. ; 14 juin 1993, *Association Radio Musique à Lyon*, req. n° 111.044, Rec., T., p. 1004).

³⁵⁷⁵ CE, 23 juin 1971, *Roty*, préc. (sol. impl.) ; 3 novembre 1972, *Elizabeth*, req. n° 80.542, Rec., p. 693 ; Sect., 7 mars 1975, *Sieur Lejeuz et autres*, préc. (sol. impl.) ; 22 janvier 1982, *Mme Monteno-André*, req. n° 24.399, Rec., T., p. 630 ; 13 mai 1988, *M. Henri*

évidente, à la mise en œuvre du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, lequel interdit à la décision administrative d'entrer en vigueur à une date antérieure à l'une ou l'autre de ces dates³⁵⁷⁶. Il faut comprendre par là que la décision administrative ne peut, en principe, se donner une date d'entrée en vigueur anticipée par rapport à celle à laquelle elle aurait normalement dû entrer en vigueur³⁵⁷⁷.

Ainsi, toute décision administrative qui produit des effets pour une période antérieure à celle de son intervention doit être regardée comme rétroactive. Tel est le cas, par exemple, de la nomination d'un professeur associé pour une année universitaire achevée plusieurs années avant l'intervention du décret la prononçant. Il en va de même des décisions d'application d'un règlement antérieurement pris qui fixent leur date d'effet au jour de l'entrée en vigueur de ce dernier³⁵⁷⁸. En revanche, il convient de rappeler que la simple prise en compte de faits passés par la décision n'équivaut pas à sa rétroactivité³⁵⁷⁹.

Dans le même ordre d'idées, les autorisations délivrées sur demande faite à l'administration qui prennent effet à une date antérieure à celle de leur édicition ou à la publicité dont elles font éventuellement l'objet produisent indubitablement un effet rétroactif³⁵⁸⁰. Il en va de même, dans le domaine de la fonction publique, de la nomination d'un fonctionnaire³⁵⁸¹ ou de la sanction disciplinaire prise à son encontre³⁵⁸², lorsqu'elles prennent effet à une date antérieure à celle de leur édicition ou de leur publicité. Le même raisonnement peut être tenu, plus largement, pour l'ensemble des décisions individuelles relatives à la carrière de l'agent³⁵⁸³. On pourrait multiplier, à loisir, les exemples³⁵⁸⁴. La solution est évidemment extensible à l'ensemble des décisions « pluri-individuelles » ou collectives³⁵⁸⁵.

Louet, préc. ; 10 février 1995, *Royer et Magnat*, req. n° 78.545 et 78.546, Rec., T., p. 642. Sur l'ensemble de la question, voir encore récemment, B. SEILLER, art. préc., p. 1468.

³⁵⁷⁶ Sur le sens et la portée de ce principe, cf. p. 44 et s., n° 597 et s. Pour une formulation particulièrement claire, voir CE, 9 octobre 1981, *Beherec*, préc. ; 28 octobre 1988, *Mlle Gallien*, préc.

³⁵⁷⁷ Par ex., la décision de licenciement d'un agent contractuel ne peut prendre effet qu'au terme de la période de préavis prévue par le contrat. Le licenciement qui prend effet à une date postérieure à celle de sa notification, mais antérieure à la fin du préavis, doit être considéré comme rétroactif (CE, 2 octobre 1992, *M. X.*, req. n° 110.372), en tant qu'il méconnaît la date à laquelle il aurait normalement dû entrer en vigueur. Il en va de même des nominations prenant effet avant l'ouverture de la vacance de l'emploi qu'elles ont pour objet de combler (CE, 20 mai 1988, *Syndicat national des cadres hospitaliers F.O.*, préc.).

³⁵⁷⁸ Sur le premier point, cf. CE, 6 février 1985, *Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et de la recherche c/ Mme Macciocchi*, préc. Pour un autre ex. : arrêté mettant fin à la période probatoire d'un enseignant auxiliaire à la suite de son échec à un examen pratique à une date antérieure à celle à laquelle les épreuves se sont déroulé (CE, 28 juillet 1993, *Mme Hanot*, req. n° 81.137, Rec., T., p. 592). Sur le second point, voir CE, 24 janvier 1996, *Ministre de l'Éducation Nationale c/ M. Suberchico*, req. n° 95.049. Pour d'autres ex., cf. CE, 11 janvier 1956, *Renard et Longin*, préc. ; 10 février 1995, *Royer et Magnat*, préc. ; 17 mars 2004, *Hogard*, préc.

³⁵⁷⁹ Voir O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 93, n° 77.

³⁵⁸⁰ CE, 22 mars 1967, *Baudrand*, Req. n° 69.276, Rec. p. 146. Voir également l'ex. des autorisations d'occupation temporaire du domaine public, CE, 27 septembre 1991, *S.A.R.L. "Société Diffusion Rhône-Alpes"*, préc. ; 14 juin 1993, *Association Radio Musique à Lyon*, préc. (autorisation d'émettre) ou celui des autorisations de mise en vente sur le marché de produits pharmaceutiques (CE, Section sociale, Avis, 17 mars 1992, n° 351.573, *EDCE*, 1992, n° 44, p. 445).

³⁵⁸¹ Cf., par ex., la nomination d'un professeur par décret à une date antérieure à celle de sa signature (CE, 11 juillet 1988, *Melki*, req. n° 50.022) ou d'un directeur régional des postes par arrêté ministériel à une date antérieure à celle de sa publication (CE, 10 octobre 1990, *Duchêne*, préc.). Voir également, CE, 3 novembre 1972, *Elizabeth*, préc. ; 10 février 1995, *Royer et Magnat*, préc. (nomination d'un agent contractuel). Dans le même ordre d'idées, une nomination intervenant sur demande ne saurait, sans rétroagir, prendre effet à la date de la demande (CE, 13 mai 1988, *M. Henri Louet*, préc.).

³⁵⁸² Cf., par ex., s'agissant de la suspension (CE, 29 janvier 1988, *Moine*, req. n° 58.152, Rec., T., p. 869), de la révocation (CE, 31 janvier 1951, *Guillou*, préc. ; 6 mars 1987, *M. Arnaud*, req. n° 51.513), ou du déplacement d'office (CE, 8 juin 1990, *M. Rondeau*, req. n° 76.541) d'un fonctionnaire.

³⁵⁸³ La décision prononçant le détachement (CE, 18 mars 1994, *Mlle Rouhier*, req. n° 130.055) ou accordant un congé (CE, 22 mars 1967, *Baudrand*, préc. ; 12 juin 1970, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Dahan*, req. n° 77.792, Rec., p. 393), attribuant une nouvelle affectation (CE, 16 janvier 1991, *Chabert*, req. n° 82.116) ou procédant au reclassement (CE, Sect., 18 février 1966, *Molina*, req. n° 64.914, Rec., p. 125 ; 21 avril 1967, *Mervelet*, req. n° 66.458, Rec., p. 172 ; Sect., 7 mars 1975, *Sieur Lejuez et autres*, préc. ; 22 janvier 1982, *Mme Monteno-André*, préc. ; 13 novembre 1992, *Centre hospitalier régional de Nancy et autres*, req. n° 124.356 à 124.362, Rec., T., p. 721 ; 27 janvier 1989, *Ministre d'État, Ministre de l'Économie, des Finances et du Budget c/ Manera*, req. n° 61.722) ou au changement de cadre (CE, 13 juillet 1966, *Ministre des Armées c/ Sieur Dubouchet*, req. n° 60.987, Rec., p. 465) du fonctionnaire ne peut prendre effet, sans rétroagir, à une date antérieure à celle de sa notification. Il en va de même pour les décisions concernant les conditions d'exercice des fonctions (CE, 3 mars 1978, *Commune de Blye*, req. n° 04.091), la

Lorsque l'entrée en vigueur de la décision administrative est soumise à des conditions particulières, c'est naturellement par rapport à la date de leur réalisation que l'antériorité de l'entrée en vigueur de la décision doit être appréciée. Ainsi, la décision administrative qui fixe sa date d'effet à une date antérieure à celle de sa transmission³⁵⁸⁶ ou de son approbation doit être regardée comme rétroactive.

979. Un raisonnement analogue est mené par le juge s'agissant des contrats administratifs. La rétroactivité du contrat est caractérisée par sa prise d'effet anticipée. La date d'applicabilité du contrat constitue le point de repère pour déterminer si ce dernier produit des effets dans le passé. Par principe, il faudrait considérer qu'elle correspond à la date de conclusion du contrat, date à laquelle la norme est à la fois édictée et rendue observable. Or, le régime d'entrée en vigueur du contrat administratif n'est pas uniforme. La date d'entrée en vigueur du contrat peut, par exception, être celle de sa notification ou de sa transmission. La rétroactivité ne peut alors s'apprécier que relativement à la « date-frontière » déterminée pour chaque catégorie de contrat³⁵⁸⁷.

Pour les contrats écrits, de même que pour les contrats soumis à approbation³⁵⁸⁸, c'est la signature qui constitue, en l'absence de textes particuliers, la date-frontière³⁵⁸⁹. Dès lors que le contrat produit des effets antérieurs à celle-ci, il rétroagira. La rétroactivité peut ainsi résulter d'une clause contractuelle prévoyant que le contrat prendra effet à une date antérieure à sa signature³⁵⁹⁰ ou produira

rémunération ou la cessation des fonctions, qu'il s'agisse de mettre fin aux fonctions exercées sur un emploi à la discrétion du gouvernement (CE, 10 février 1965, *Pontillon*, préc.), de décharger un fonctionnaire de ses fonctions (CE, 3 novembre 1961, *Sidet*, préc.) ; de le mettre à la retraite (CE, 28 octobre 1988, *Mlle Gallien*, préc.), de le radier des cadres (CE, 4 décembre 1974, *Centre départemental de pneumo-phtisiologie de Tattone*, req. n° 88.398, Rec., T., p. 1037 ; 9 octobre 1981, *Beherec*, préc.), ou au contraire de le maintenir provisoirement en activité (CE, 11 juin 1958, *Syndicat du personnel des affaires étrangères*, Rec., T., p. 808 ; 17 mars 2004, *Hogard*, préc.), ou encore de licencier un agent contractuel (CE, Sect., 30 septembre 1988, *Commune de Nemours c/ Mme Marquis*, préc. ; 12 février 1990, *Patoureau*, préc.). Voir également, en matière de rémunération des fonctionnaires, fixant le nombre de journées annuelles à retenir pour le calcul de l'allocation forfaitaire de frais de tournées pour l'année en cours qui prend effet à une date antérieure à sa notification aux bénéficiaires (CE, 8 juillet 1992, *Ministre d'État, Ministre de l'Économie, des Finances et du Budget c/ Mme Cassan et M. Labbat*, req. n° 105.285). Cf., dans le même sens, CE, 23 décembre 1987, *Ceccaldi*, req. n° 65.521 (révision rétroactive du taux de l'allocation temporaire d'invalidité).

³⁵⁸⁴ Les mêmes solutions se retrouvent dans les domaines les plus divers. Voir, par ex., CE, 5 février 1975, *Ministre de l'Éducation Nationale c/ Sieur Gladel*, req. n° 90.890, Rec., p. 91 ; CAA de Paris, 31 octobre 1995, *Département de la Martinique*, req. n° 94PA01161, Rec., T., p. 854 (prolongation rétroactive d'une période de stage) ; CE, Sect., 3 novembre 1978, *Dame Lamothe-Lemaire*, préc. (décision mettant fin avec effet rétroactif à une exonération fiscale) ; Sect., 25 mars 1983, *Conseil de la région parisienne des experts-comptables et comptables agréés*, req. n° 08.699, Rec., p. 137, concl. M. FRANC (radiation du tableau de l'ordre des experts-comptables rétroagissant à la date de la demande de radiation) ; 23 juin 1993, *Société industrielle de constructions et réparations (SICER)*, req. n° 111.569 (retrait rétroactif d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public) ; 14 octobre 1994, *Guérin*, req. n° 88.929, Rec., T., p. 772 (inscription avec effet rétroactif sur la liste des demandeurs emploi) ; CAA Paris, 26 janvier 1999, *Mlle Grange*, req. n° 97PA01918 (prorogation rétroactive d'un délai-terme).

³⁵⁸⁵ Selon l'expression de R. Chapus (R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 526, n° 698). Pour des ex., cf. CE, 12 décembre 1969, *Association interministérielle des secrétaires administratifs d'administration centrale*, req. n° 72.444, Rec., T., p. 726 ; 7 janvier 1989, *Ministre d'État, Ministre de l'Économie, des Finances et du Budget c/ Manera*, préc. Sur la notion de décision collective, cf., plus haut, p. 753, n° 941.

³⁵⁸⁶ CE, Sect., 30 septembre 1988, *Commune de Nemours c/ Mme Marquis*, préc. (licenciement d'un agent contractuel) ; 20 juin 1990, *Préfet des Ardennes*, req. n° 111.445 (décision pécuniaire) ; 23 mars 1994, *Commune de Saint-Romain-en-Viennois*, req. n° 129.378 (révocation d'un fonctionnaire territorial) ; 10 mai 1996, *Syndicat mixte pour la formation des maires et des élus locaux et M. Muscat*, req. n° 122.751 (promotion d'un fonctionnaire antérieure à l'intervention de la loi du 28 novembre 1990 déjà citée).

³⁵⁸⁷ Sur l'ensemble de la question voir L. GROS, « La rétroactivité du contrat public », préc., pp. 260-262.

³⁵⁸⁸ Voir, plus haut, p. 676, n° 875. Cf., également, CE, 9 décembre 1994, *Assemblée des présidents des conseils généraux de France*, préc. ; 18 mars 1998, *Union nationale des associations familiales (UNAF) et autres*, préc.

³⁵⁸⁹ CE, 11 juillet 1988, *SA HLM Travail et propriété*, préc. ; Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicale FO des travailleurs des postes et télécommunications*, préc..

³⁵⁹⁰ CE, 2 avril 1971, *Sieur Tlatli Salah Eddine*, préc. ; Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste FO des travailleurs des postes et télécommunications*, préc. ; 21 novembre 2007, *Société IBM-France*, préc. Cf., par analogie, CE, 9 février 1994, *Ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace*, préc. Cf., *a contrario*, CE, 11 juillet 1988, *SA HLM Travail et propriété*, préc. Voir, s'agissant des contrats des collectivités territoriales non soumis à l'obligation de transmission, CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, préc. ; 14 mars 1997, *Département des Alpes-Maritimes*, préc. ; CAA Lyon, Plén., 16 octobre 1998, *Département de l'Isère*, préc.

des effets à l'égard d'un acte antérieur³⁵⁹¹. Ce dernier cas correspond, notamment, à l'intervention d'un avenant ayant pour objet de permettre, *a posteriori*, la poursuite de l'exécution du contrat initial³⁵⁹² ou la prolongation des délais contractuels³⁵⁹³. Le contrat peut encore, de manière implicite, anticiper son exécution en procédant à la ratification des mesures d'exécution antérieures à sa conclusion³⁵⁹⁴.

De la même façon, un contrat soumis à l'obligation de transmission sera considéré comme rétroactif, dès lors qu'il prévoit son entrée en application à une date antérieure à celle de sa transmission³⁵⁹⁵. C'est finalement le cas des marchés publics qui prévoient leur mise à exécution à une date antérieure à celle de leur notification et, *a fortiori*, à leur conclusion³⁵⁹⁶. Comme il a été vu précédemment, il est nécessaire de distinguer l'anticipation des effets du contrat de la simple référence à des faits passés.

En dehors de la volonté de l'autorité normative d'anticiper dans le temps l'effet de la « norme-décision », la rétroactivité de cette dernière peut directement découler de son objet même

B/ La rétroactivité de la « norme-décision » découlant de son objet

980. L'anticipation *ratione temporis* des effets de la « norme-décision » peut également découler de son objet même. Comme il a pu être montré plus tôt, chaque autorité normative est susceptible de prescrire des normes dont l'action est exclusivement orientée vers le passé. Ainsi en va-t-il, par exemple, des normes ayant pour objet l'annulation ou la confirmation d'actes juridiques antérieurs.

981. La norme d'annulation opère instantanément la destruction d'une norme qui la précède nécessairement dans la chronologie. Elle ordonne de manière catégorique la suppression de l'ordonnement juridique de *telle* norme qu'elle désigne³⁵⁹⁷ et de l'ensemble des effets que celle-ci a pu produire, ainsi que la sienne propre³⁵⁹⁸. D'un point de vue normatif, la décision d'annulation commande, selon les cas, la rupture du lien d'imputation entre le présumé de la « norme-règle » annulée et les actes et faits correspondants, soit la suppression de l'effet de droit qui leur était attribué par la « norme-décision » annulée³⁵⁹⁹.

Aussi n'est-il aucunement besoin de vérifier concrètement que l'applicabilité de la « norme-décision » a été anticipée dans le temps par rapport à la « date-frontière ». L'annulation emporte, par son

³⁵⁹¹ Cf., par ex., l'accord intervenu entre l'État et une entreprise privée déclarant nul et de nul effet un contrat de concession qu'ils avaient antérieurement conclu (CE, Ass., 16 avril 1986, *Roujansky*, préc.).

³⁵⁹² CE, 13 juin 1997, *Commune d'Aulnay-sous-Bois*, préc. ; CAA Paris, 18 janvier 2005, *Région Île-de-France*, préc.

³⁵⁹³ CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (A.R.E.A.)*, préc.

³⁵⁹⁴ Il en va ainsi d'une clause d'un marché qui confère le caractère d'un acompte versé au titre dudit marché à la somme correspondant à l'étude menée en vertu d'une lettre de commande émise antérieurement à sa conclusion. Dans la mesure où cette étude n'était pas distincte dudit marché, elle a eu nécessairement pour effet d'anticiper son commencement d'exécution (CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, préc.).

³⁵⁹⁵ Voir, par ex., un marché notifié et mis à exécution avant sa transmission (CE, 27 avril 1987, *Commissaire de la République des Côtes-du-Nord c/ OPHLM Côtes-du-Nord et Société Socea-Balency*, préc.). Toutefois, cette rétroactivité est rendue impossible, sauf motif d'intérêt général, en raison de la nature de l'obligation de transmission (cf., en ce sens, CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, préc. ; 2 octobre 2002, *M. Gross*, préc. ; 14 mai 2008, *Époux Daviet c/ Ville d'Annecy*, préc.).

³⁵⁹⁶ CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, préc. ; 8 avril 1998, *Préfet de l'Aube*, préc.

³⁵⁹⁷ La norme d'annulation constitue une « norme instrumentale », en ce sens qu'elle régit une autre norme et non directement la situation d'un sujet de droit. Elle consiste à supprimer la norme visée, en la privant de sa force obligatoire. « Désactionnée », la norme quitte l'ordonnement juridique (P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 64, n° 130 et p. 90, n° 199).

³⁵⁹⁸ Sur l'ensemble de ces points, cf., plus haut, p. 119 et s., n° 168 et s. Voir également, C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 420.

³⁵⁹⁹ Selon le nombre de ses destinataires, la décision d'annulation aura un caractère individuel ou collectif. C'est une décision collective qui commandera, par ex., la disparition *ab initio* d'un règlement administratif. Sur la notion de décision collective, voir P. FLEURY-LE GROS, thèse préc., p. 101, n° 224 ; P. MAYER, thèse préc., p. 50, n° 71.

objet même, exclusion de la norme de l'ordonnancement juridique, et suppression de ses effets, pour le passé comme pour l'avenir. Le constat de l'effet rétroactif de la décision d'annulation relève de l'évidence même. L'exemple du jugement d'annulation est particulièrement révélateur.

On sait que la question des effets sur le passé du jugement se résout en prenant en considération, non la date à laquelle les éléments du litige sont appréciés par le juge, mais le moment auquel la norme juridictionnelle prend effet³⁶⁰⁰. Or, rares sont les décisions où le juge administratif prend le soin de préciser la date à laquelle débute l'effet du jugement. En matière d'annulation par exemple, le juge se contente de désigner le ou les actes litigieux, une fois leur illégalité établie, qui sont annulés. On trouve cependant quelques décisions dans lesquelles le juge administratif s'attache à préciser la portée dans le temps de son jugement d'annulation, en particulier lorsque ce dernier fait suite à une première annulation. Ainsi, « *par une décision rendue le 15 novembre 1995, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a annulé le jugement susmentionné du 11 décembre 1990 par lequel le tribunal administratif avait prononcé l'annulation de l'arrêté du 4 juillet 1989 et jugé que cet arrêté avait légalement révoqué Mme Douce de la Salle à compter du 5 juillet 1989 ; qu'en raison de l'effet rétroactif qui s'attache à cette décision contentieuse, Mme Douce de la Salle devait être regardée comme déjà révoquée lorsque la nouvelle sanction de révocation lui a été infligée par l'arrêté du 2 janvier 1992, lequel doit ainsi être réputé n'avoir jamais produit d'effets juridiques* »³⁶⁰¹. En d'autres termes, l'annulation en appel du jugement de première instance prend effet au moment même où ce dernier a lui-même pris effet, c'est-à-dire au jour où la décision litigieuse a été édictée. Il en découle que cette même décision a pu valablement produire son propre effet, ce qui prive, par suite, de tout effet les décisions ultérieures réitérant la mesure initiale.

D'un point de vue normatif, le jugement d'annulation devient donc applicable au jour de l'édition de la norme qu'il désigne. Or, cette date précède nécessairement dans la chronologie celle à laquelle le jugement d'annulation a été lui-même prononcé, étant entendu que cet instant correspond au moment où la norme juridictionnelle est simultanément édictée et rendu observable³⁶⁰². Cette manière de décrire l'action sur le passé de la norme d'annulation ne se limite pas aux seules décisions adoptées par le juge, elle vaut plus largement pour l'ensemble des décisions de retrait prises par l'autorité administrative, de même que pour les rares lois votées par le Parlement qui ont un tel objet³⁶⁰³.

982. Il n'en va pas différemment en matière de consolidation rétroactive d'actes ou de situations juridiques préexistantes. On raisonnera ici à partir de l'exemple des lois de validation. La plupart du temps, le législateur ne prend pas le soin de préciser la date d'effet de la validation qu'il prononce. Il lui suffit d'indiquer précisément les actes ou les catégories d'actes dont il entend faire bénéficier de l'effet validant pour fixer le champ d'application temporel de la loi. La désignation par l'autorité normative d'actes juridiques qui sont, au moins en partie, intervenus dans le passé suffit à faire produire un effet rétroactif à la « norme-décision ». Du fait de son objet même, la loi de validation produit son effet à compter de la date d'édition des actes qu'elle vise. Or, cette date précède nécessairement dans la

³⁶⁰⁰ Cf. p. 263 et s., n° 335 et s.

³⁶⁰¹ CE, 25 février 1998, *Mme Douce de la Salle*, préc.

³⁶⁰² Cf., plus haut, p. 682, n° 880.

³⁶⁰³ Cf., respectivement, p. 119 et s., n° 215 et s. et p. 168 et s., n° 280 et s.

chronologie le vote et la publication de la loi, c'est-à-dire l'édition et l'observabilité de la norme prescrite par le législateur³⁶⁰⁴.

983. Conclusion du paragraphe 2. Les quelques exemples qui viennent d'être évoqués confirment l'absence de complexité de l'appréciation de l'effet sur le passé de la « norme-décision ». L'identification de la rétroactivité des prescriptions catégoriques et concrètes est exclusivement une question de datation de l'effet qui forme leur contenu. Quel que soit le procédé employé par l'autorité normative, l'effet rétroactif de la « norme-décision » se déduit simplement de la comparaison de la « date-frontière » avec celle de l'entrée en vigueur concrète de la « norme-décision ». Parfois, cette recherche apparaît superfétatoire, la rétroactivité découlant de l'objet même de la « norme-décision ». Pour ces dernières, les éventuelles difficultés rencontrées dans l'identification de la rétroactivité tiennent non pas à la datation de l'effet de droit, son anticipation dans le temps étant toujours vérifiée, mais dans la détermination de l'objet de la mesure. Comme on l'a vu plus tôt, cet objet, en dépit de certaines formules employées par l'autorité normative, peut n'impliquer qu'en apparence une modification du passé de l'ordonnement juridique³⁶⁰⁵.

*

984. Conclusion de la section 2. L'homogénéité des solutions dégagées en matière de rétroactivité des prescriptions catégoriques et concrètes s'explique par le mode d'action uniforme de la « norme-décision » dans le temps. En effet, le champ d'application de la « norme-décision » étant directement déterminé par la désignation concrète des faits et actes auxquels elle se rapporte, l'analyse de son effet dans le temps ne présente guère de complexité. Une fois surmontée la difficulté attachée à la datation de l'entrée en vigueur de la norme juridique, la simple comparaison de la « date-frontière », laquelle correspond à l'observabilité de la « norme-décision », et de la date d'entrée en vigueur effective de celle-ci, entendue comme celle à compter de laquelle la norme devient applicable, suffit pour isoler l'effet rétroactif.

À la différence de l'analyse de la rétroactivité de la « norme-règle », la dimension temporelle des situations ou des effets affectés par la norme nouvelle reste indifférente à la qualification de l'action dans le temps de la « norme-décision ». Ainsi, il importe peu que l'une ou l'autre présente un caractère durable ou instantané. Seul compte la datation de l'effet de la norme nouvelle. Par exemple, en présence d'un effet juridique durable, la question de l'incidence de la « norme-décision » nouvelle est résolue simplement en prenant en considération la date de commencement des nouveaux effets³⁶⁰⁶. Il n'y aura rétroactivité que si la décision nouvelle modifie ou remet en cause l'effet en cours à compter d'une date antérieure à celle à laquelle elle devient observable.

³⁶⁰⁴ Sur ces différents points, voir p. 96 et s., n° 140 et s.

³⁶⁰⁵ Sur ces différents points, voir p. 49 et s., n° 74 et s.

³⁶⁰⁶ Au contraire, s'agissant des « normes-règles », cette question présente, comme on l'a vu, une complexité particulière. La raison de cette différence réside dans le fait que seul l'effet prévu par la norme ancienne est affecté par la décision nouvelle. Ainsi, la question de l'éventuel maintien des effets nés antérieurement à l'intervention de la décision nouvelle, par symétrie avec le problème de la survie de la règle ancienne, est résolue directement par la prise en compte de sa date d'entrée en vigueur. Si les effets passés sont maintenus, c'est tout simplement parce que la prise d'effet de la décision nouvelle a été différée dans le temps. Sur ces différents points, voir notamment J. PETIT, thèse préc., p. 479, n° 978 ; J.-M. AUBY, art. préc., p. 52.

985. Conclusion du Chapitre II. L'analyse structurale des normes juridiques met en relief une *summa divisio* rendant compte des différents modes d'application du droit dans le temps. L'analyse de la notion de rétroactivité ne repose pas sur les mêmes principes selon qu'est impliquée une « norme-décision » ou une « norme-règle ». Alors que la « norme-décision » dispose d'un mode d'action uniforme sur le passé, la « norme-règle » l'affecte de diverses manières et selon une intensité variable.

986. On rechercherait en vain dans la jurisprudence des éléments attestant que le juge se livre à une telle analyse. Le plus souvent, ce dernier se contente de constater l'anticipation de l'effet de la norme juridique par rapport à sa date normale d'entrée en vigueur pour en déduire qu'elle développe un effet rétroactif. En ce qui concerne l'appréciation de l'effet sur le passé des « normes-décisions », cette manière d'appréhender la rétroactivité doit être tenue pour équivalente à l'analyse proposée. La recherche de la date d'entrée en vigueur effective de la norme juridique suffit à caractériser sa rétroactivité.

987. En revanche, en ce qui concerne l'appréciation de l'effet sur le passé des « normes-règles », le recours à d'autres critères que celui de l'anticipation dans le temps de l'effet de la règle nouvelle ne s'impose pas avec la force de l'évidence.

Jusqu'à une période récente, la jurisprudence s'appuyait sur le seul constat de l'anticipation de l'entrée en vigueur de la loi ou du règlement administratif pour conclure à sa rétroactivité³⁶⁰⁷. Bien que cette tendance puisse s'expliquer par le lien logique existant entre mise en vigueur anticipée et champ d'application de la règle de droit, elle ne permettait pas de résoudre, comme on a pu le montrer, toutes les difficultés. Cependant, il ne pouvait guère être attesté que le juge recourait, en cas d'hésitation sur le champ d'application de la règle nouvelle, à la notion de situation constituée pour évaluer son incidence sur le passé. Tout au plus quelques décisions montraient-elles que le juge administratif n'ignorait pas totalement la notion, mais son utilisation demeurait, au mieux, implicite en jurisprudence³⁶⁰⁸.

Progressivement influencée par les idées du Doyen Roubier³⁶⁰⁹, la jurisprudence semble désormais avoir fait sienne la théorie de droit transitoire dont ce dernier a posé les fondations, en se référant expressément à la notion de situation constituée pour identifier la rétroactivité de la règle de droit³⁶¹⁰.

³⁶⁰⁷ J. PETIT, thèse préc., p. 94, n° 188.

³⁶⁰⁸ Cf., en ce sens, J. PETIT, thèse préc., pp. 122-124, n° 250-252. Dans sa thèse, l'auteur ne relève dans la jurisprudence antérieure que trois arrêts dans lesquels il est fait référence de manière explicite à cette notion. Cf., s'agissant d'actes réglementaires, CE, 29 juillet 1994, *Fédération des professeurs français résidant à l'étranger*, préc. ; Sect., 11 décembre 1998, *Ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice c/ Angeli*, préc. ; 21 février 2000, *Mme Couteau*, préc.).

³⁶⁰⁹ Pour des ex. de référence explicite, voir Y. AGUILA, concl. sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, préc., p. 463 ; É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, préc., p. 292 ; B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revilod et autres*, préc., p. 398 ; M. GUYOMAR, concl. sur CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc., p. 6.

³⁶¹⁰ CE, 8 juillet 1998, *M. Meissonnier*, req. n° 164.657, Rec., T., p. 703, *RJF*, 2001, n° 8/9, p. 703, note J. MAÏA, *Quot. jur.*, 1999, n° 79, p. 5, note D. DAVOUST ; 28 décembre 2001, *Van de Walle*, req. n° 231.155, Rec., T., p. 822, *Dr. adm.*, 2002, n° 4, p. 2, obs. D. PIVETEAU ; 30 juin 2003, *Caisse nationale des barreaux français*, req. n° 242.493, Rec., T., p. 641 ; 13 février 2004, *Caisse autonome de retraite des médecins de France*, req. n° 255.297, Rec., p. 72 ; Avis, 16 février 2004, *Association familiale Les papillons blancs de Denain et environs*, préc. ; 1^{er} octobre 2004, *Mme Mazzoni*, préc. ; Sect., 19 novembre 2004, *Ramond*, préc. et Sect., 19 novembre 2004, *Roche*, préc. ; 11 avril 2005, *M. Audemard d'Alañon*, préc. ; 9 mai 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Commune de Thionville*, préc. ; Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc. ; 9 septembre 2007, *Mme Derbez c/ Ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports*, préc. ; 9 novembre 2007, *M. Arzoumanian*, req. n° 273.951 ; 17 mars 2008, *Fédération Interco CFDT*, req. n° 300.326 ; 13 juillet 2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, préc. Il en va de

Récemment, le Conseil d'État a même rattaché, dans un considérant de principe, l'absence d'atteinte à une situation juridiquement constituée aux exigences tirées du principe de non-rétroactivité des actes administratifs³⁶¹¹. Il s'ensuit que l'on peut raisonnablement estimer qu'en adoptant cette solution, la haute juridiction a repris à son compte la dualité des critères de définition de la rétroactivité de la règle de droit proposée par la doctrine. Néanmoins, il paraît pour le moins aventureux d'en conclure que, ce faisant, le juge irait jusqu'à recourir à l'analyse structurale des normes juridiques. Loin s'en faut. En témoignent les différences persistantes entre les résultats obtenus à l'aide de cette méthode d'analyse et les solutions retenues par la jurisprudence, notamment en ce qui concerne l'incidence de la règle nouvelle sur les situations contractuelles en cours.

Il n'en reste pas moins que l'analyse des situations juridiques affectées par la règle nouvelle apparaît incontournable, en l'absence de volonté clairement exprimée de la part de l'autorité normative, pour établir avec certitude sa rétroactivité.

988. Dans le même ordre d'idées, on pourrait douter de l'utilité de recourir à la notion de situation constituée pour apprécier l'effet sur le passé de la règle jurisprudentielle. Le caractère automatique de la mise en vigueur anticipée de la règle jurisprudentielle implique qu'elle atteigne, en principe, des situations antérieurement constituées³⁶¹². De fait, une partie de la doctrine se satisfait de cette corrélation pour déduire que la rétroactivité est inhérente à la jurisprudence³⁶¹³. La règle jurisprudentielle nouvelle serait systématiquement rétroactive. Il convient de rappeler que l'analyse des effets dans le temps de la règle de droit reste, d'un point de vue technique, indifférente à la qualité de l'autorité qui l'a édictée ou à son mode de formulation³⁶¹⁴. Partant, ce problème doit être résolu suivant les principes qui gouvernent l'action temporelle de la « norme-règle ». L'analyse de la situation juridique affectée par la règle nouvellement posée par le juge montre que la rétroactivité n'est pas l'unique solution à donner au problème de son application dans le temps. Il a ainsi pu être montré qu'en dépit de sa prise d'effet anticipée, la règle jurisprudentielle nouvelle est susceptible, dans certaines hypothèses, de produire un

même pour la notion de situation en cours (CE, 10 janvier 2005, *Société Sofiservice*, req. n° 252.307, req. n° 252.307, Rec., p. 13, *JCP A*, 2005, n° 9, p. 440, note G. PELLISSIER, *RFDA*, 2005, n° 2, p. 449, note P. TERNEYRE).

³⁶¹¹ CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc. ; 16 juin 2008, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et association syndicale des spécialistes en orthopédie dento-faciale*, préc. : « Considérant que, si l'exercice du pouvoir réglementaire implique, pour son détenteur, la possibilité de modifier à tout moment les normes qu'il définit sans que les personnes auxquelles sont, le cas échéant, imposées de nouvelles contraintes puissent invoquer un droit au maintien de la réglementation existante, c'est sous réserve du respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs, qui exclut que les nouvelles dispositions s'appliquent à des situations juridiquement constituées avant l'entrée en vigueur de ces dispositions ». Il convient ici de rappeler que le juge administratif prend en considération, implicitement mais nécessairement, la date normale d'entrée en vigueur de la disposition nouvelle. Cf., également, CE, 17 décembre 2008, *Société civile d'exploitation agricole (SCEA) Domaine des Baumard*, req. n° 308.924.

³⁶¹² Anticiper la mise en vigueur d'une règle de droit, c'est nécessairement lui permettre de régir des faits antérieurs à la date normale de son entrée en vigueur.

³⁶¹³ Comme le relève M. Le Berre à propos des revirements de jurisprudence, lorsque le juge modifie un principe qu'il a antérieurement posé, « le nouveau principe s'appliquant à des situations constituées antérieurement à son apparition, il y a rétroactivité » (H. LE BERRE, thèse préc., p. 349 et s., n° 235 et s.). Voir également, G.-X. BOURIN, « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal ? », préc., p. 2 ; P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », préc., pp. 366-367 ; D. LINOTTE, art. préc., p. 633 ; C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », préc., p. 9 ; J. RIVERO, art. préc., p. 15.

³⁶¹⁴ Ainsi, la circonstance que la règle jurisprudentielle soit édictée exclusivement à l'occasion du jugement ne doit pas conduire à considérer, comme l'avait estimé M. Hervieu, sa rétroactivité comme « indépendante de la date à laquelle [les faits qu'elle régit] se sont produits : elle dépend de la date à laquelle ils sont jugés » (A. HERVIEU, art. préc., p. 294, n° 27). Ce serait confondre le rôle de création du droit joué par le juge avec la fonction qu'il exerce en tant qu'organe d'application du droit. En effet, la question de la date à laquelle la règle nouvelle devient applicable (création du droit) doit être dissociée de celle du moment où elle recevra effectivement application (application du droit). La réponse à apporter à la première question dépend exclusivement de la réalisation des éléments du présupposé de la règle et reste, de ce fait, indépendante de la date du jugement. En revanche, la seconde question est bien résolue en tenant compte de cette date. La règle jurisprudentielle sera sanctionnée à l'occasion du jugement. Cette distinction apparaît plus nettement dans le cas d'une modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence.

simple effet immédiat. En présence de faits instantanés, il semble bien que la règle jurisprudentielle produisent, par principe, un effet rétroactif. En revanche, en présence de faits continus, la rétroactivité doit être repoussée au profit d'un simple effet immédiat, mais seulement dans le cas où le premier existerait toujours au moment où la seconde devient observable.

Au bénéfice de ce qui précède, il faut donc considérer que le mode de formulation particulier de la règle jurisprudentielle conduit à présumer sa rétroactivité, dès lors que son applicabilité est indéfiniment reportée dans le passé. Il s'agit néanmoins d'une présomption simple. L'analyse de l'action dans le temps de la « norme-règle » d'origine jurisprudentielle doit également prendre en compte la position chronologique des faits et actes entrant dans son présupposé, ainsi que la portion qu'ils occupent dans la durée. En présence d'une règle jurisprudentielle, cette analyse présente une particularité tenant à ce que les situations régies par la règle nouvelle précèdent, au moins en partie, dans le temps l'édiction de la règle nouvelle.

Plus largement, l'existence de quelques hypothèses, certes rares, dans lesquelles la rétroactivité n'est pas la solution à donner à la question de l'effet dans le temps de la jurisprudence nouvelle remet en cause l'idée que la rétroactivité serait consubstantielle à la règle prétorienne. Cette idée reçue est, en tout état de cause, définitivement battue en brèche par la faculté dont dispose désormais le juge de priver la règle nouvelle de tout effet sur le passé. À cet égard, l'essor du pouvoir de modulation des effets dans le temps des règles jurisprudentielles contribuera, sans nul doute, au développement d'une théorie des conflits de jurisprudence dans le temps et, par suite, à l'enrichissement des solutions susceptibles d'être dégagées en la matière. Non seulement les hypothèses d'effet immédiat se multiplieront, mais on peut également envisager que le juge consacre une « survie de la jurisprudence ancienne » dans les cas où le point de départ des effets de la règle nouvelle sera reporté dans l'avenir. Il n'en reste pas moins que la rétroactivité demeure la solution de principe pour décrire les effets temporels de la règle jurisprudentielle. Cependant, elle n'est – et n'a toujours été – qu'une solution parmi d'autres.

Au total, le recours à l'analyse structurale permet de réaliser une certaine unité dans l'appréciation des effets sur le passé des normes juridiques, ce qui facilite la compréhension générale de la notion de rétroactivité.

Conclusion du Titre I

989. Le concept de rétroactivité est susceptible de recevoir une définition unique. Il s'agit de la technique par laquelle il est procédé à la mise en vigueur anticipée d'une norme juridique dans le temps. La détermination de la date d'entrée en vigueur constitue donc l'enjeu principal de l'identification de la rétroactivité. Toutefois, la recherche de la date d'entrée en vigueur de la norme juridique ne suffit pas toujours à caractériser son action sur le passé lorsqu'elle revêt les caractères d'une « norme-règle ». Pour cette dernière, il est nécessaire de recourir à la notion de situation constituée pour isoler l'effet rétroactif par rapport aux autres modes d'action dans le temps de la règle de droit.

990. D'ordinaire, la norme juridique est mise en vigueur de manière progressive, suivant une séquence logique fondamentale. La norme est édictée par l'autorité publique, puis rendue observable à ses destinataires, pour enfin devenir applicable aux faits et actes entrant dans son champ d'application. Or, la rétroaction opère une inversion dans l'ordre ainsi défini, en renvoyant dans le passé la dernière étape de l'« activation » de la norme. La norme rétroactive est celle qui est rendue applicable à un moment antérieur à celui auquel elle est édictée ou devient observable. En procédant par comparaison, il est alors possible de *repérer* la rétroactivité de la norme.

À cette relativité essentielle, la rétroactivité résultant de la comparaison de plusieurs points de repère dans le temps, s'ajoute celle de l'identification de la « date-frontière » qui permet de procéder à ladite comparaison. Si elle correspond à un instant logique unique, l'entrée en vigueur de la norme juridique suit des régimes nombreux et divers, ce qui rend complexe sa datation. L'étude de ces régimes a montré, à nouveau, qu'il existe des différences importantes selon l'autorité publique qui recourt à la rétroactivité. Tandis que le régime de l'entrée en vigueur de la loi présente une certaine homogénéité, c'est la dispersion des « date-frontière » qui marque l'acte administratif. L'incertitude règne sur l'entrée en vigueur de la décision de justice, en l'absence d'organisation d'un régime pour elle. Si l'on peut tracer les contours de l'entrée en vigueur de la norme juridictionnelle en tenant compte de son champ d'application, il en va différemment de la règle jurisprudentielle. En dehors des hypothèses dans lesquelles le juge fait usage de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence nouvelle, l'incertitude affectant la date d'entrée en vigueur de cette dernière apparaît irréductible. La multitude des dates d'entrée en vigueur de la norme juridique qui en résulte constitue le second élément de relativité de la notion de rétroactivité.

991. L'analyse du processus d'entrée en vigueur de la norme juridique ne constitue qu'un des deux piliers sur lesquels repose la notion de rétroactivité. Le second critère réside dans l'étude de la structure même de la norme. À la structure hypothétique et abstraite de la « norme-règle » s'oppose la structure catégorique et concrète de la « norme-décision ». La *summa divisio* ainsi dégagée peut être utilisée pour rendre compte des différents modes d'action des normes dans le temps. Alors que l'incidence sur le passé de la « norme-règle » est appréciée par rapport au moment où les faits et actes entrant dans son présumé se produisent, celle de la « norme-décision » est déterminée en fonction de l'instant auquel l'effet qu'elle contient se réalise. Il s'ensuit que la rétroactivité ne peut être appréhendée de la même manière pour l'une et pour l'autre.

Pour la « norme-décision », la rétroactivité se déduit de la simple comparaison de sa date d'observabilité avec celle de son applicabilité. Dès lors que l'effet de la « norme-décision » se réalise à un moment antérieur à celui auquel il aurait dû se produire, il y aura rétroactivité.

En revanche, pour la « norme-règle », la comparaison ne permet pas de dissocier complètement la rétroactivité d'un autre mode d'action de la norme dans le temps, l'effet immédiat. Il est alors nécessaire de recourir à un critère supplémentaire pour faire le départ entre les deux solutions. C'est seulement lorsqu'une « norme-règle » entend s'opposer au processus d'application d'une autre « norme-règle » engagé dans le passé, qu'il y aura rétroactivité. La « norme-règle » ancienne ayant commencé à produire son effet par suite de la réalisation des faits correspondant à son présupposé, elle a donné naissance à une situation constituée à laquelle la « norme-règle » nouvelle vient porter atteinte. En d'autres termes, la « norme-règle » rétroagit toutes les fois où son champ d'application inclut un présupposé entièrement réalisé à la date de son observabilité. Néanmoins, l'appréciation des effets dans le temps de la « norme-règle » reste cependant délicate, en raison de la grande variété des règles juridiques et des situations qu'elles ont pour objet de régir. L'analyse de l'action sur le passé de la règle de droit reste ainsi tributaire des données concrètes, dès lors que les situations mises en causes par le procédé de la rétroactivité peuvent, dans certains cas, faire l'objet de représentations temporelles également valables.

De ce qui précède, il ressort que la rétroactivité de la « norme-règle » comporte plusieurs degrés. À la rétroactivité *stricto sensu*, on peut adjoindre une rétroactivité tempérée, en fonction du moment où se réalise l'effet prévu par la règle rétroactive. On peut alors estimer que l'effet sur le passé de la « norme-règle » est à intensité variable. À l'inverse, l'action sur le passé des « normes-décisions » comporte une certaine uniformité. Du moment que son effet a été anticipé par rapport à la date à laquelle elle devient observable, il y aura rétroactivité *stricto sensu* de la « norme-décision ». Alors même qu'elle présente une unité conceptuelle, la rétroactivité demeure une notion à contenu variable.

992. On pourrait, non sans raison, reprocher au système proposé d'être emprunt d'une complexité certaine, voire même de revêtir, à certains égards, un caractère sibyllin. Certains auteurs n'ont-ils pas proposé d'abandonner purement et simplement la notion de rétroactivité, parce que source d'une trop grande incertitude ?³⁶¹⁵ Il est permis de leur répondre que la représentation de l'action des normes dans le temps est elle-même complexe. Le droit ne se réduit pas à quelques instants créateurs, aussi brefs qu'éphémères. Bien au contraire, ce sont la progressivité dans sa création et la durée dans son application qui le caractérisent. Si l'on peut déplorer que l'appréhension de la relation du temps à la norme juridique – et bien plus encore celle du passé avec le présent – nécessite un lourd appareil conceptuel, ces complications sont apparues comme un mal nécessaire à une meilleure compréhension générale du concept de rétroactivité.

L'unité constatée, d'un point de vue théorique, à l'égard du concept de rétroactivité se retrouve dans les fonctions qu'elle est appelée à remplir. Il existe plusieurs manières pour l'autorité normative d'agir sur le passé de l'ordonnement juridique, mais il s'agit, à chaque fois, pour elle de procéder au présent au retraitement juridique d'un certain nombre d'effets de droit survenus au cours d'une période du passé déterminée.

³⁶¹⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, préc., 1958-1959, p. 232 ; R. MOULIN, « Pour une simplification du contentieux économique : en finir avec le principe de non-rétroactivité des actes administratifs », préc., p. 257.

TITRE II : LES FONCTIONS TRANSVERSALES DE LA **RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC**

993. Objet du titre. Quelle que soit l'autorité publique qui y recourt, la rétroactivité offre invariablement un cadre normatif au sein duquel les effets du passé sont retraités au présent. Au moyen de ce procédé, l'autorité normative peut réaliser trois types d'opérations différents qui constituent autant de fonctions transversales de la rétroactivité en droit public.

994. Introduction et délimitation de l'objet du titre. En réalisant la mise en vigueur anticipée de la norme juridique, la rétroactivité ouvre une « fenêtre » sur le passé et autorise par là la révision des situations juridiques antérieurement formées. La rétroactivité procure un cadre normatif au sein duquel les effets du passé vont pouvoir être modifiés dans un sens déterminé. Ce faisant, la rétroactivité permet à l'autorité normative de réaliser un certain nombre d'opérations visant à changer le passé de l'ordonnement juridique en vue d'obtenir un certain résultat. C'est dire que la rétroactivité constitue le moyen par lequel un ou plusieurs effets survenus au cours d'une période antérieure se verront attribuer une signification différente par l'autorité normative. Quelle que soit l'opération réalisée ou le but poursuivi, il s'agit invariablement pour celle-ci de retraiter au présent les effets du passé, ce en quoi consiste la rétroactivité.

Ce qui fait la spécificité de la rétroactivité par rapport à d'autres techniques juridiques, c'est qu'elle porte sur le temps lui-même. La rétroactivité sert à faire qu'un ou plusieurs effets de droit se soient déclenchés de manière anticipée dans le temps, indifféremment de leur contenu. Pour recourir à une représentation intellectuelle, on peut dire que la rétroactivité constitue un « vecteur temporel » à travers lequel transitent un ou plusieurs effets de droit en direction du passé. Qu'il y ait un ou plusieurs effets qui « voyagent » en même temps, cela est indifférent. De même, le contenu de ses effets importe peu pour déterminer le rôle joué par la rétroactivité. Ce que rend possible cette dernière, c'est la révision au présent de ce qui s'est produit antérieurement. La fonction de la rétroactivité consiste donc à permettre la réouverture d'une portion de la durée qui précède nécessairement l'intervention de l'autorité normative. En d'autres termes, le rôle de la rétroactivité est de permettre la modification de ce qui s'est produit au cours de cette période de temps du passé qui sépare le début des effets retraités de l'instant où l'autorité normative procède à cette opération. Parce qu'elle court entre un moment appartenant au passé et le présent, on peut qualifier cette période de « période intermédiaire ». Ainsi précisée, la fonction de la rétroactivité est d'autoriser le retraitement au présent d'un ou plusieurs effets de droit produits au cours de la période intermédiaire.

995. Comme on l'a vu précédemment, les multiples emplois que connaît le procédé en droit positif atteste de son utilité, autant que de la diversité des intérêts qu'elle sert. Le nombre important des manifestations de la rétroactivité en droit public, dont la raison d'être n'est pas toujours justifiée ou explicitée, n'empêche pas d'analyser, de manière positive, les fonctions assurées par la technique dans

l'ordre juridique français. Cette entreprise requiert, au préalable, de lever un certain nombre de difficultés.

D'abord, il convient de rejeter l'idée que la rétroactivité résulterait de la « nature des choses »³⁶¹⁶. Par exemple, il est parfois avancé que la loi de validation ou les normes d'annulation produiraient naturellement un effet rétroactif. Si la rétroactivité constitue bien un attribut habituellement attaché à ces deux instruments normatifs, il n'existe pas de lien consubstantiel entre la première et les seconds. De fait, il est parfois recouru au concept d'annulation sans que cela signifie pour autant la remise en cause des effets pour le passé de la norme annulée. Ainsi en va-t-il, notamment, des jugements d'annulation dont les effets sont modulés *ratione temporis*. De la même façon, la validation législative peut très bien ne valoir que pour l'avenir³⁶¹⁷. On ne saurait donc admettre qu'il existerait une rétroactivité résultant de la « nature des choses ». Le retraitement normatif du passé doit, au contraire, toujours être conçu comme un moyen au service d'une fin³⁶¹⁸. Il en découle que les fonctions assurées par la rétroactivité répondent nécessairement à un besoin déterminé, de même qu'elles poursuivent un objectif précis.

Ensuite et corrélativement, il convient de dissocier les finalités de l'instrument normatif lui-même de celles qui sont recherchées en procédant au retraitement des effets du passé. En d'autres termes, les fonctions de la rétroactivité ne se confondent pas avec celles de la norme juridique à laquelle elle est attachée. Par exemple, la norme interprétative remplit une fonction clarificatrice du sens et de la portée d'un texte préexistant, ce qui contribue, plus largement, à renforcer la sécurité juridique des sujets de droit³⁶¹⁹. La rétroactivité qui lui est associée assure une fonction différente, consistant à mettre en adéquation le sens et la portée du texte interprété avec ceux que vient de lui attribuer la norme interprétative. La fonction de la rétroactivité vient appuyer la fonction principale de la norme interprétative, en garantissant son effectivité temporelle. Bien que secondaire, le rôle joué par la rétroactivité se distingue néanmoins nettement de celui tenu par la technique interprétative.

Enfin, on ne saurait, de la même manière, assimiler complètement la fonction de la rétroactivité avec les fondements sur lesquels elle repose. Certes, il faut partir du constat que ces deux éléments sont souvent corrélés. La rétroactivité des annulations contentieuses et administratives est, par exemple, justifiée par la sauvegarde du principe de légalité. La fonction que la rétroactivité est amenée à remplir est, de fait, intimement liée à ce principe, dès lors que le retraitement normatif du passé permet d'effacer les conséquences de l'irrégularité antérieurement commise. De même, la rétroactivité de la loi de validation participe de la sécurité juridique en écartant la menace d'une annulation juridictionnelle pesant sur un acte irrégulier, dont les conséquences se révéleraient particulièrement déstabilisatrices pour un grand nombre de situations juridiques. Néanmoins, le fondement de la rétroactivité n'est pas toujours révélateur du rôle que celle-ci est amenée à jouer. Par exemple, la rétroactivité administrative découle parfois d'une habilitation donnée par une autorité publique qui n'est pas elle-même soumise au

³⁶¹⁶ Cf., par ex., R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008, p. 1109, n° 1220 2° ; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, éd. Rousseau, 1948, p. 331, n° 242 ; É. SOTO-KLOSS, *L'application dans le temps des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1968, p. 100 et s., spéc. p. 101.

³⁶¹⁷ Sur ce point, voir p. 97, n° 140.

³⁶¹⁸ Cf., dans le même sens, J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, t. I, thèse dactyl., Rennes, 1953, p. 65 ; J.-F. LAFaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 87, 2009, p. 46, n° 45 : l'auteur raisonne à partir du concept de nullité.

³⁶¹⁹ Voir, en ce sens, G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 62, 2007, p. 139, n° 192.

principe de non-rétroactivité. La circonstance que la rétroactivité soit fondée sur une règle supérieure n'éclaire en rien l'intérêt qu'elle sert. Du reste, la diversité des intérêts publics susceptibles de légitimer le recours à la rétroactivité par les autorités publiques aboutirait à multiplier d'autant le nombre des fonctions qu'elle serait amenée à remplir.

C'est dire que, suivant la distinction opérée par M. Timsit entre les notions de « fonction-fin » et de « fonction-objet »³⁶²⁰, la seconde doit être préférée à la première pour extraire les différents rôles que joue la rétroactivité au sein de l'ordre juridique.

996. De ce qui précède, il découle que les fonctions de la rétroactivité en droit public doivent être dégagées en prenant en compte l'objet³⁶²¹ de l'opération menée par l'autorité normative et qui consiste invariablement à retraiter les effets produits dans le passé. Plus précisément et parce que la rétroactivité pose avant tout un cadre temporel à l'intérieur duquel le passé peut être repris, ces fonctions peuvent être définies à partir de l'incidence de l'action menée par l'autorité normative sur la période intermédiaire. L'autorité publique va, au moyen de la rétroactivité et suivant diverses modalités, réviser ce qui s'est produit au cours de cette période, en vue de parvenir à un certain résultat. La rétroactivité autorise donc l'autorité normative à réaliser plusieurs types d'opérations, à l'issue desquelles une nouvelle signification sera attribuée au passé à partir du présent.

Partant de cette idée, la rétroactivité remplit trois fonctions différentes et communes à l'ensemble des autorités publiques. D'abord, le retraitement normatif de la période intermédiaire peut poursuivre l'unification des effets juridiques survenus dans le passé. Il s'agit pour l'autorité normative de créer ou de recréer une certaine unité d'application du droit dans le temps. Ensuite, la période antérieure peut être révisée en vue de corriger, dans l'un ou l'autre de ces éléments, le passé de l'ordonnement juridique. Cette opération consiste principalement à résoudre un problème de contrariété de celui-ci avec la règle de droit. Elle aura alors pour but de remettre le premier dans une situation de « non-contrariété » avec la seconde. Enfin, la rétroactivité peut permettre à l'autorité normative de stabiliser les effets produits au cours de la période intermédiaire. Il s'agit alors de réaliser la consolidation du droit appliqué au cours de cette période ou de garantir la continuité de sa mise en œuvre.

Dans toutes ces situations, la rétroactivité offre un cadre normatif à l'intérieur duquel l'autorité normative va pouvoir accomplir un certain nombre d'opérations en vue de parvenir à un résultat déterminé. Dès lors que la rétroactivité constitue le support de ces opérations, il est tout à fait possible que plusieurs résultats soient simultanément obtenus. Par exemple, la correction d'une irrégularité peut également déboucher sur la consolidation du droit appliqué pour la période intermédiaire. De la même façon, les opérations menées dans le cadre de la réouverture du passé ne sont pas elles-mêmes univoques, si bien qu'il faut reconnaître qu'il n'existe pas une étanchéité parfaite séparant les différentes fonctions de la rétroactivité. Par exemple, l'unification des effets produits au cours de la période antérieure participe, d'une certaine façon, à la continuité du droit appliqué pour cette même période. Il

³⁶²⁰ Suivant cet auteur, la fonction désigne « l'accomplissement ou la manifestation d'une activité ». La « fonction-fin » correspond à la finalité qui anime l'action, c'est-à-dire le but de l'activité, tandis que la « fonction-objet » renvoie au résultat immédiat de l'action, c'est-à-dire au produit de l'activité (G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 54, 1963, pp. 10-11).

³⁶²¹ La « fonction-objet » se définit plus précisément comme le « moyen d'obtenir un résultat donné ». Elle se rapporte donc à un moyen juridique mis au service d'une fin juridique ou non juridique (G. TIMSIT, thèse préc., p. 12).

n'en reste pas moins que c'est toujours le même moyen qui est utilisé par l'autorité normative pour réaliser ces diverses opérations ou pour arriver à ces résultats.

997. Justification du plan. Plutôt que de s'intéresser à l'objet de l'opération que permet d'accomplir la rétroactivité, on aurait pu s'interroger sur les causes du retraitement du passé ou sur ses conséquences.

Les fonctions de la rétroactivité se définissent forcément par rapport à un antérieur, une situation préexistante. Si l'autorité normative entend revenir sur le passé, c'est qu'un événement anormal s'y est produit. La rétroactivité constitue alors le remède choisi pour traiter le mal précédemment commis. Ses fonctions correspondraient aux différentes solutions pouvant être apportées aux anomalies constatées dans l'application du droit. S'il est indéniable que, bien souvent, il y a une pathologie à l'origine de l'emploi de la rétroactivité, cette perspective apparaît cependant réductrice. La rétroactivité ne répond pas toujours à une finalité curative, en particulier lorsqu'est prescrite la rétroactivité d'une règle nouvelle. La rétroactivité peut assurer à cette occasion une fonction transitoire, dont l'objectif reste *a priori* indifférent à l'idée d'exercer une thérapeutique.

De même, on aurait pu prendre en considération comme critère l'ambivalence des conséquences qu'emporte la rétroactivité sur le contenu de l'ordonnement juridique pour définir sa fonction. En effet, la double dimension – destructive et constructive – de la rétroactivité est souvent soulignée par les auteurs³⁶²². Cependant, cette perspective n'est pas plus instructive que la précédente. Outre la circonstance qu'il est parfois difficile de dissocier ces deux dimensions, il arrive que la rétroactivité ne serve ni à ajouter, ni à retrancher un élément de l'ordonnement juridique.

Au total, la « fonction-objet » paraît le critère le plus efficient pour dégager les fonctions qu'est appelée à jouer, de manière transversale, la rétroactivité en droit public.

998. Plan du Titre. Il est possible de regrouper les manifestations de la rétroactivité autour de trois fonctions transversales. D'abord, la rétroactivité remplit une fonction d'unification des effets produits au cours de la période intermédiaire. Le retraitement normatif du passé permet d'uniformiser le droit antérieurement appliqué, en vue de rétablir sa cohérence ou de réaliser son unité (Chapitre I). Ensuite, la rétroactivité assure une fonction de correction des effets intervenus dans le passé. Il s'agit de mettre fin à une période d'illégalité en remplaçant l'ordonnement juridique dans une situation de « non-contrariété » avec la règle de droit initialement méconnue (Chapitre II). Enfin, la rétroactivité peut servir à stabiliser le droit antérieur. La révision de la période intermédiaire sera orientée vers la consolidation des effets qui s'y sont développés ou le rétablissement de la continuité de l'application du droit au cours de cette même période (Chapitre III).

³⁶²² Voir, en ce sens, C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, p. 421 ; J. DEPREZ, thèse préc., p. 95 ; O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Paris, LGDJ, 1954, p. 239, n° 211 ; P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Pedone, 1952, p. 153.

CHAPITRE I : LA FONCTION D'UNIFICATION DE LA RETROACTIVITE

999. Objet du chapitre. La première fonction de la rétroactivité la fait participer de la cohérence et de l'unité du droit. La rétroactivité est employée pour retraiter les effets survenus au cours d'une période donnée ayant débuté dans le passé, afin d'uniformiser le droit qui lui a été appliqué.

1000. Délimitation de l'objet du chapitre. Les rapports qu'entretiennent les autorités normatives avec le passé ne sont pas statiques. Dans leurs actions, celles-là sont constamment amenées à réévaluer celui-ci au présent. Il en découle un processus d'adaptation continue du droit³⁶²³, notamment dans sa dimension temporelle. Au titre de sa première fonction, la rétroactivité participe de cette dynamique en permettant de créer ou de recréer une certaine unité d'application du droit dans le temps. En d'autres termes, les effets du passé sont retraités, de telle à manière à obtenir l'unité ou la cohérence du droit applicable au cours de la période intermédiaire.

Le recours à la rétroactivité pour réaliser cette opération d'unification suppose, cependant, qu'il y ait eu, au cours de la période antérieure à l'intervention de l'autorité normative, une distorsion ou une variation dans l'application du droit qu'il convient de redresser. En d'autres termes, la norme rétroactive viendra refermer une période d'incertitude ou effacer un décalage qui s'est instauré dans l'application du droit au cours de la période intermédiaire. Les situations susceptibles de donner naissance à de telles discordances sont elles-mêmes variées. D'abord, elles peuvent porter sur le fond du droit ou sur son application dans le temps. Une malfaçon, une erreur ou une ambiguïté affectant le contenu de l'acte initial peut aboutir à ce que sa mise en œuvre connaisse, au cours du temps, des disparités. La synchronie peut également être rompue entre un acte et ses effets, ou entre une situation et le droit qui doit la gouverner, ou encore entre la nature d'un acte et le régime juridique auquel il doit être soumis. C'est dire que toute perturbation intervenue dans le processus d'application du droit peut recevoir un traitement normatif visant à rétablir *a posteriori* son unité et sa cohérence. Ensuite, si la discordance est le plus souvent involontaire de la part de l'autorité normative, celle-là peut tout aussi bien être organisée *a priori* par celle-ci. Dans ce dernier cas, une « parenthèse » s'ouvre alors pour une période de temps que la rétroactivité fera *in fine* disparaître. Enfin et plus rarement, le retraitement des effets du passé résultera d'une conciliation entre les divers intérêts en présence ou de la volonté de l'autorité normative d'accélérer les changements du droit applicable. La rétroactivité constituera, tour à tour, une forme de désaveu des choix opérés précédemment ou, au contraire, une forme de plébiscite de la solution nouvelle.

Quelles que soient les raisons qui ont abouti à ces discordances ou les formes qu'elles empruntent, le résultat obtenu au moyen de la rétroactivité reste le même. À l'issue de l'opération de retraitement des effets survenus dans le passé, une seule norme juridique sera réputée avoir gouverné la période antérieure à son intervention.

³⁶²³ C'est ainsi que la doctrine oppose souvent la fonction conservatrice du droit à son devoir d'adaptation, de renouvellement. C'est dire que le système juridique est simultanément traversé par des forces conservatrices et des forces réformatrices. Sur cette question, voir D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, éd. O. Jacob, 1997, p. 115 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 108 et s ; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 310, n^o 273 ; M. HAURIOU, *Aux sources du droit : Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933 réimpr. 1986, p. 79 ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, rééd. 1994, p. 86, n^o 31.

1001. Plan du chapitre. L'unification des effets juridiques développés au cours de la période intermédiaire peut être obtenue de deux façons différentes au moyen de la rétroactivité. Il peut s'agir pour l'autorité normative d'imposer une norme juridique nouvelle sur les normes antérieurement en vigueur. Le mécanisme de la mise en vigueur anticipée de la norme juridique que réalise la rétroactivité suffit à asseoir sa suprématie sur les normes précédemment applicables à une situation donnée, dès lors qu'il a pour conséquence d'étendre son champ d'application au passé. De ce fait, l'application de la norme ancienne est écartée au profit de celle de la norme nouvelle. En tant qu'elle assure cette hégémonie du droit nouveau sur le droit ancien, la rétroactivité assure ici une fonction transitoire. À ce titre, elle constitue le mode d'application du droit dans le temps qui privilégie la norme nouvelle par préférence à toute autre. (Section 1). Il peut également s'agir d'établir ou de rétablir une « concordance des temps » entre un état initial du droit et un état subséquent. L'état du droit ne correspond pas, pour une raison ou une autre, à ce qu'il aurait dû être pour la période intermédiaire. La rétroactivité met fin à la variation ou à la discordance constatée ou organisée qu'a connu l'application du droit (Section 2).

Section 1 : La priorité temporelle accordée à l'application du droit nouveau

1002. Introduction et plan. C'est d'abord en tant que solution du droit transitoire que la rétroactivité assure une fonction d'unification des effets produits au cours de la période intermédiaire. La rétroactivité constitue, avec l'effet immédiat, un mode d'application des normes juridiques dans le temps qui privilégie l'application de la norme nouvelle par rapport à celle de la norme ancienne. C'est donc nécessairement à l'occasion d'une opération de changement de normes que la rétroactivité est susceptible d'être mise en jeu, en vue de permettre la révision des conséquences juridiques survenues au cours de la période intermédiaire.

En réalisant l'entrée en vigueur anticipée de la norme juridique, la rétroactivité étend son champ d'application aux situations antérieurement constituées, c'est-à-dire aux faits et/ou actes juridiques qui, nés dans le passé, ont été soumis au respect du droit ancien jusqu'à l'intervention de la norme nouvelle. Ce faisant, la rétroactivité garantit l'hégémonie du droit nouveau pour la période intermédiaire, entendue comme celle allant de la date d'applicabilité anticipée de la norme nouvelle à celle à laquelle elle est devenue observable. C'est dire que la norme nouvelle sera appliquée aux situations juridiques qui se sont formées dans le passé par préférence à toute autre norme juridique applicable pour la période concernée. Les effets produits sous l'empire de la norme ancienne au cours de la période intermédiaire sont retraités, de telle manière à les remplacer par de nouveaux effets. À l'issue de cette opération, la norme nouvelle est réputée avoir été la seule à avoir gouverné les situations en cause pour la période précédant sa date d'observabilité.

En tant qu'elle permet de déterminer laquelle de la norme nouvelle ou de la norme ancienne s'appliquera à une série de faits et/ou actes donnés, la rétroactivité remplit une fonction transitoire. Au titre de cette fonction, la rétroactivité accorde la priorité temporelle à l'application du droit nouveau. Les normes juridiques n'agissant pas toutes de la même façon dans le temps, l'opération réalisée au moyen de la rétroactivité diffère selon la nature de la norme en cause.

En présence d'une règle de droit, il s'agit de résoudre, lors d'un changement de règles, le conflit temporel susceptible de survenir entre elles à l'égard des faits et actes formant leur présumé respectif. La rétroactivité conférée par l'autorité normative à la règle nouvelle tranche le conflit en faveur de l'application de cette dernière (§ 1).

En présence d'une prescription catégorique et concrète, il s'agit d'opérer la succession entre deux normes applicables à une même situation. En l'absence de conflit possible entre deux « normes-décisions » successivement édictées, la rétroactivité réalise la substitution pure et simple de la décision nouvelle à la décision ancienne (§ 2).

§ 1 : La primauté conférée à la règle nouvelle sur la règle ancienne

1003. En droit transitoire, la rétroactivité figure parmi les solutions privilégiant l'application de la règle nouvelle par rapport à celle de la règle ancienne. On peut même dire que le recours à la rétroactivité assure la suprématie de la règle nouvelle sur toute autre norme juridique en vigueur au moment où elle est rendue observable. Néanmoins, en raison de la remise en cause des effets juridiques

du passé qu'elle provoque, la rétroactivité constitue une solution dérogatoire par rapport aux règles générales de conflit³⁶²⁴. Aux dires de ses détracteurs, la rétroactivité apparaît même « *toujours et par principe* [comme] *une mauvaise solution* »³⁶²⁵. Le présupposé défavorable au choix de la rétroactivité comme solution à un conflit de lois dans le temps renforce encore davantage son caractère dérogatoire. Il ne saurait donc y avoir rétroactivité de la règle nouvelle qu'en présence d'une disposition expresse en ce sens et sous la réserve qu'elle poursuive un intérêt général particulièrement important. À ce principe, il est apporté une exception remarquable par la règle de la rétroactivité *in mitius*, principe à valeur constitutionnelle gouvernant l'action dans le temps de l'autorité normative en matière répressive. Comme on l'a vu précédemment, les règles répressives de fond plus douces rétroagissent de plein droit, même en l'absence de disposition transitoire expresse³⁶²⁶.

Au titre de sa fonction transitoire, la rétroactivité autorise, lorsqu'il y est recouru, l'application de la règle nouvelle au plus grand nombre possible de faits et/ou d'actes entrant dans son présupposé. L'élargissement du champ d'application de la règle nouvelle lui permet de saisir non seulement les agissements actuels et à venir, mais également ceux déjà accomplis dans le passé par les sujets de droit. Plus précisément, la règle rétroactive attache un nouvel effet de droit aux faits et/ou actes passés, tout en supprimant celui qui leur était attaché jusque là par la règle ancienne. Ce faisant, la règle rétroactive remet en cause les situations antérieurement constituées, ce qui n'est tolérable que si celle-là s'avère favorable à celles-ci ou si un intérêt général supérieur le commande.

Telle qu'elle se présente, la fonction transitoire de la rétroactivité est limitée dans son domaine, dès lors qu'elle présuppose une liberté de choix de la part de l'autorité normative. Or, l'autorité administrative, parce qu'elle est soumise au principe de non-rétroactivité, ne dispose pas d'une telle latitude. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence administrative témoigne d'une certaine tolérance à l'égard de la règle administrative favorable à ses destinataires. Il en va différemment du législateur, lequel est seul détenteur du pouvoir de rétroactivité, ainsi que, dans une moindre mesure, de la jurisprudence. Le juge s'étant récemment reconnu la faculté d'organiser, certes de manière exceptionnelle, un régime transitoire pour les principes nouveaux qu'il dégage à l'occasion du règlement d'un litige, il faut donc considérer que la rétroactivité constitue pour lui une solution parmi d'autres.

En assurant la plus grande efficacité à la règle nouvelle, la rétroactivité établit un nouvel équilibre entre situations passées et situations présentes ou à venir, favorable à l'intérêt général. Dans son premier versant, la rétroactivité accélère la mise en œuvre de la règle nouvelle répondant à un intérêt public supérieur (I), ce qui justifie que les inconvénients inhérents à ce choix soient purement et simplement ignorés. Dans son second versant, la rétroactivité garantit le bénéfice le plus large d'une règle nouvelle jugée plus favorable que la règle ancienne. Dans cette mesure, la perturbation occasionnée par le retraitement des effets du passé est largement compensée par le bénéfice retiré du régime nouveau (II). Dans un cas comme dans l'autre, la rétroactivité apparaît comme la solution adéquate pour atteindre le but d'intérêt général poursuivi par l'autorité normative.

³⁶²⁴ Cf., notamment, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 279, n° 352. On rappellera que la solution valable à défaut de disposition transitoire et dans le silence de l'autorité normative est celle de l'effet immédiat de la règle nouvelle.

³⁶²⁵ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et Théorie générale du droit, 1996, p. 63, n° 67.

³⁶²⁶ Sur ce point, voir p. 79 et s., n° 113 et s.

I – LA PREVALENCE D’UN INTERET PUBLIC SUPERIEUR ASSUREE AU MOYEN DE LA RETROACTIVITE

1004. La satisfaction d’un intérêt général particulièrement important est susceptible de justifier, voire de commander, la rétroactivité de la norme nouvelle. Il devient alors souhaitable, voire nécessaire, pour atteindre l’objectif poursuivi par l’autorité normative de donner la portée la plus large au texte édicté³⁶²⁷. C’est néanmoins au prix d’un sacrifice des situations antérieurement constituées que l’intérêt général s’imposera. Dans la conception volontariste de l’intérêt général, dont on sait qu’elle constitue « *la clef de voûte du droit public français* »³⁶²⁸, les intérêts privés, voire même certains intérêts publics considérés comme de moindre importance, doivent céder devant l’intérêt général, quand bien même ceux-là ont bénéficié d’une reconnaissance antérieure à celui-ci. La prééminence de l’intérêt public revêt alors une dimension temporelle. Les conséquences qu’emporte la rétroactivité de la norme nouvelle sur les intérêts précédemment protégés sont purement et simplement ignorées au nom d’un intérêt public supérieur.

1005. Les intérêts publics appelant un retraitement des effets du passé sont, par définition, des plus divers, de même qu’ils présentent un caractère essentiellement évolutif au gré des choix effectués par l’autorité normative. On peut néanmoins considérer que lorsque l’intérêt public en jeu est de nature constitutionnelle, le recours à la rétroactivité pour en assurer la protection ou la réalisation apparaît légitime. Tel a été le cas lors de la mise place, dans le cadre de la décentralisation, du contrôle administratif sur les actes des collectivités territoriales, dont on sait qu’il trouve un fondement constitutionnel dans les dispositions de l’alinéa 5 de l’article 72 de la Constitution de 1958. Afin de garantir la pleine efficacité du contrôle institué, le législateur a étendu son champ d’application aux actes des autorités locales édictés antérieurement à l’entrée en vigueur de la réforme du 2 mars 1982³⁶²⁹. Le préfet a donc pu, dans le délai de deux mois que lui a imparti le législateur, déférer au juge administratif tout acte émanant d’une autorité locale décentralisée, quel que soit le moment où ce dernier a été adopté.

Dans le même ordre d’idées, la nécessité d’assurer la continuité du service public, principe à valeur constitutionnelle, autorise, voire même contraint, l’autorité normative à recourir à la rétroactivité afin d’éviter toute rupture dans son fonctionnement. Seulement, la rétroactivité est principalement employée, à cette occasion, pour opérer la stabilisation soit du fonctionnement lui-même, soit des moyens qui lui sont nécessaires. La primauté n’est donnée à la règle nouvelle qu’en vue de consolider le fonctionnement du service public, ce qui justifie de renvoyer aux développements pertinents³⁶³⁰. De la même manière, le principe de légalité, ou désormais dans sa conception moderne de principe du respect

³⁶²⁷ Sur ce point, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 281, n° 356.

³⁶²⁸ Conseil d’État, *L’intérêt général*, Rapport public 1999, EDCE n° 50, Paris, La Documentation française, 1999.

³⁶²⁹ Sur le premier point, voir C.Const., déc. n° 82-137 DC, 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, cons. 4 à 7, Rec., p. 38, GDCC n° 15, AJDA, 1982, n° 5, p. 294 et p. 303, note J. BOULOUIS, RDP, 1982, n° 5, p. 1259, chr. L. FAVOREU, Rev. adm., 1982, p. 352, note R. ETIEN. Sur le second point, cf. l’al. 3 de l’art. 16 de la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982, modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d’exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales (JORF du 23 juillet 1982, p. 2347). Sur l’interprétation de cette disposition, voir CE, 26 octobre 1984, *Commune d’Heume*, req. n° 49.919, Rec. p. 341 ; 28 janvier 1987, *Mme Courtet*, req. n° 56.531, Rec., p. 17 ; 13 mars 1989, *Bonnet*, req. n° 74.265 et 74.468, Rec., p. 87.

³⁶³⁰ Sur ce point, cf. plus bas, p. 880 et s., n° 1149 et s. La jurisprudence administrative soumet, par exemple, l’application de la loi nouvelle aux contrats en cours à la nécessité d’assurer la continuité du service public (cf., en ce sens, É. GEFFRAY, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d’Olivet*, req. n° 271.737 et 271.782, Rec., p. 116, BCJP, 2009, n° 65, p. 287, spéc. p. 290).

du droit, est de nature à commander ou à motiver la rétroactivité de la norme nouvelle. La fonction spécifique de correction des irrégularités que celle-ci remplit à cette occasion justifie qu'il soit renvoyé aux développements qui y seront consacrés plus loin³⁶³¹.

1006. La rétroactivité peut être également sollicitée pour servir le principe d'égalité, soit pour remédier à une différence de traitement survenue dans le passé, soit pour établir une égalité de traitement entre les situations passées et les situations présentes et/ou à venir³⁶³².

Dans le premier cas, la rétroactivité conférée à la loi nouvelle permet de redresser une inégalité de traitement née dans le passé. C'est par exemple le cas en matière fiscale lorsqu'une irrégularité de pure forme affecte la procédure de recouvrement de l'impôt de certains contribuables, mais pas de tous. Il en résulte un « effet d'aubaine » pour une partie des contribuables, auquel le législateur entend mettre fin rétroactivement afin de rétablir l'égalité devant l'impôt. Dans cette situation particulière, on ne saurait admettre que certains contribuables puissent profiter d'une faille vénielle de la loi fiscale pour obtenir auprès du juge de l'impôt la décharge totale de leur imposition, alors que dans le même temps d'autres contribuables placés dans une même situation ne puissent en faire autant. Aux yeux de l'autorité normative, il y a là une discrimination au détriment des autres contribuables relevant de la même catégorie fiscale qu'il convient de redresser au moyen de la rétroactivité et ce, d'autant plus qu'elle est susceptible d'aboutir à la remise en cause de nombreuses impositions³⁶³³. Dans le même ordre d'idées, la rétroactivité de la loi peut réduire une différence de traitement, quand bien même celle-ci était auparavant justifiée par une différence de situation. C'est ainsi que le législateur a pu, sans méconnaître le principe d'égalité devant l'impôt, étendre rétroactivement le bénéfice d'une exonération fiscale à d'autres catégories de contribuables que celles initialement prévues³⁶³⁴.

Dans le second cas, l'identité existante entre les situations passées et les situations présentes et futures justifie que l'autorité normative les traite de la même manière. En d'autres termes, les unes ne se différencient des autres que par le moment de leur constitution. Or, on ne saurait invariablement considérer que l'écoulement du temps constitue une différence objective suffisante susceptible de fonder

³⁶³¹ Cf., plus bas, p. 811 et s., n° 1059 et s.

³⁶³² On n'ignore pas qu'à l'inverse, le législateur peut tout aussi bien introduire rétroactivement une discrimination, pourvu qu'elle soit justifiée au regard du principe d'égalité (C.Const., déc. n° 98-402 DC, 25 juin 1998, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 16, Rec., p. 269, *AJDA*, 1998, p. 701, note J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 2 décembre 1998, n° 144, p. 22, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDC*, 1998, p. 642, note A. ROUX et 1999, p. 340, note J. PINI). Voir également, B. MATHIEU, « La constitutionnalité des validations législatives : certitudes et incertitudes (à propos de la décision n° 88-250 DC du 29 décembre 1988) », *RFDA*, 1989, n° 5, p. 862, spéc. p. 865.

³⁶³³ J. BUISSON, « La portée de la loi fiscale dans le temps. Non-rétroactivité et droit fiscal », *RFDA*, 2002, n° 4, p. 786 ; J. TUROT, « Les lois fiscales rétroactives », *RJF*, 1990, n° 10, p. 655, spéc. p. 659. Cf., par ex., l'art. 21 de la loi n° 88-1193 du 29 décembre 1988, de finances rectificative pour 1988 (JORF du 30 décembre 1988, p. 16625), dont les dispositions précisent avec effet rétroactif les compétences respectives du représentant de l'État dans le département et des fonctionnaires de l'administration fiscale en matière d'établissement des rôles, d'avis de mise en recouvrement et de mises en demeure, et prononcent la validation des actes antérieurement accomplis qui sont entachés d'un vice d'incompétence. Sur cette loi, cf. B. MATHIEU, note sous C.Const., déc. n° 88-250 DC du 29 décembre 1988, préc. Pour un autre ex. dans le domaine fiscal, voir CE, 22 mai 2002, *SARL Berre station*, req. n° 231.105, Rec., T., p. 882, *RDF*, 2002, comm. 833, *RJF*, 2002, n° 967 ; dans le domaine social, voir C.Const., déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale*, cons. 5 à 7, Rec., p. 21, *D.*, 1995, SC, p. 293, obs. É. OLIVA, *LPA*, 29 mars 1995, n° 38, p. 7, chr. B. MATHIEU, *Pouvoirs*, 1994, n° 70, p. 219, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDC*, 1994, n° 19, p. 545, note P. GAÏA ; dans le domaine économique, CE, 19 janvier 2011, *EARL Schmittseppel et M. Noir*, req. n° 343.389, à ment. aux T. du Leb.

³⁶³⁴ C.Const., déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, cons. 18 à 22, Rec., p. 180, *AJJC*, 2001, p. 585, chr. E. OLIVA et L. DOMINGO, *D.*, 2002, J., p. 331, note J.-C. ZARKA et SC, p. 1954, obs. D. RIBES, *DF*, 2002, n° 8, p. 358, note L. PHILIP, *LPA*, 11 janvier 2002, n° 9, p. 4, note J.-É. SCHOETTL et 25 septembre 2002, n° 192, p. 4, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RDP*, 2002, n° 3, p. 639, chr. D. ROUSSEAU, *RFDC*, 2002, n° 49, p. 191, note L. PHILIP.

une différence de traitement³⁶³⁵. C'est donc en vue d'éviter une discrimination exclusivement d'ordre temporel que l'autorité normative recourt à la rétroactivité³⁶³⁶.

1007. Plus généralement, la nécessité de se conformer aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes est susceptible de justifier la rétroactivité de la loi nouvelle. Comme on l'a vu précédemment, la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, et en particulier la transposition des directives, peut conduire le législateur à édicter ou à autoriser l'adoption d'actes rétroactifs afin de combler le retard pris dans l'adoption des mesures de transposition³⁶³⁷. En revanche, le Conseil d'État n'a pas, pour l'heure, admis la licéité de la rétroactivité d'un décret de transposition d'une directive édicté postérieurement à l'expiration du délai de transposition, mais fixant sa date d'effet au terme du délai prévu par la directive. Le droit de l'Union européenne ne semble pourtant pas interdire la rétroactivité des mesures nationales prises pour sa mise en œuvre, pourvu que celles-ci ne compromettent pas l'application uniforme de celui-ci ou remettent en cause un principe général du droit, tel celui de confiance légitime³⁶³⁸. Aussi n'est-il pas totalement exclu, au regard de la valeur désormais constitutionnelle de l'exigence de transposition des directives européennes³⁶³⁹, qu'une telle rétroactivité soit acceptée, dès lors que l'autorité normative entend, en y recourant, se conformer à une exigence inhérente à la hiérarchie des normes.

1008. Il apparaît également admissible que la sauvegarde de l'une ou l'autre des composantes de l'ordre public³⁶⁴⁰, telles la santé publique ou la sécurité publique, puisse requérir de l'autorité normative d'assortir d'un effet rétroactif la règle nouvelle qu'elle édicte. La protection de l'ordre public ne tolérant aucun retard, l'autorité qui en a la charge se trouve débitrice d'une obligation de prendre toute mesure

³⁶³⁵ La discrimination temporelle n'est, en tout état de cause, envisageable qu'en l'absence de droit acquis au bénéfice du régime ancien. Cf., en ce sens, CE, 3 mars 1997, *Mme Baron et autres*, req., n° 179.022, 179.025 et 179.046, Rec., T., p. 665. Pour un autre ex., voir C.Const., déc. n° 87-229 DC, 22 juillet 1987, *Loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire*, cons. 12, Rec., p. 44, *AJJC*, 1989, p. 593, chr. B. GENEVOIS, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399, chr. L. FAVOREU.

³⁶³⁶ Sur ce point, voir G. ÈVEILLARD, thèse préc., p. 286, n° 361 et l'ex. cité de l'art. 108 de la loi n° 92-1376 du 30 décembre 1992, de finances pour 1993 (JORF n° 304 du 31 décembre 1992 p. 18058). Voir également, CE, Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, req. n° 140.032, Rec., p. 460, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 97, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD et p. 149, concl. C. BERGÉAL.

³⁶³⁷ Cf., par ex., l'art. 18 de la loi n° 94-678 du 8 août 1994, relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes (JORF n° 184 du 10 août 1994, p. 11655). Voir G. ÈVEILLARD, thèse préc., p. 304, n° 386.

³⁶³⁸ Sur le premier point, cf. CE, 1^{er} décembre 1999, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, req. n° 194.748, Rec., p. 376, *RFDA*, 2000, n° 1, p. 218. Sur le second point, cf., plus haut, p. 442 et s., n° 560 et s.

³⁶³⁹ Celle-ci est déduite des dispositions de l'art. 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 (C.Const., déc. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101, cons. 7, *AJDA*, 2004, n° 26, p. 1385, note P. CASSIA, n° 28, p. 1497, note M. VERPEAUX, p. 1534, note J. ARRIGHI DE CASANOVA, p. 1537, note M. GAUTIER et F. MELLERAY, et n° 35, p. 1937, note D. CHAMUSSY, *D.*, 2004, n° 25, p. 1739, note B. MATHIEU, *JCP G*, 2004, n° 29, p. 1332, note J.-C. ZARKA, *Dr. adm.*, 2004, n° 8-9, p. 27, note M. VERPEAUX, *LPA*, 18 juin 2004, n° 122, p. 10, note J.-É. SCHOETTL et 13-14 juillet 2004, n° 140-141, p. 3, note F. CHALTIEL, *RDP*, 2004, n° 4, p. 869, note H. OBERDORFF, p. 878, note J.-P. CAMBY, p. 889, note A. LEVADE et p. 912, note J. ROUX, *RFDA*, 2004, n° 4, p. 651, note B. GENEVOIS ; déc. n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec., p. 120, cons. 4, *GDCC* n° 33, *AJDA*, 2006, n° 44, p. 2438, note N. CHARBIT et 2007, n° 9, p. 473, note G. MARCOU, *Europe*, 2007, n° 2, p. 4, note J.-P. KOVAR, *JCP A*, 2007, n° 4, p. 30, note G. DRAGO, *LPA*, 7 décembre 2006 n° 244, p. 3 et 8 décembre 2006, n° 245, p. 16, note J.-É. SCHOETTL, *RFDA*, 2006, n° 6, p. 1163, note R. de BELLESCIZE, *RFDC*, 2007, n° 70, p. 313, note X. MAGNON, *RGDIP*, 2007, n° 4, p. 961, note L. AZOULAY.

³⁶⁴⁰ Le Conseil constitutionnel a fait de la sauvegarde de l'ordre public un objectif à valeur constitutionnelle (C.Const., déc. n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 5, Rec., p. 48, *Pouvoirs*, 1982, n° 23, p. 179, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Rev. adm.*, 1983, p. 36, note R. ETIEN, *RDP*, 1983, n° 2, p. 333, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 19, Rec. p. 224, *GDCC* n° 23, Rec., p. 224, *AJDA*, 1994, n° 2, p. 97, note C. TEITGEN-COLLY, *Dr. soc.*, 1994, n° 1, p. 69, note X. PRÉTOT et J.-J. DUPEYROUX, *LPA*, 9 septembre 1994, n° 108, p. 4, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Pouvoirs*, 1993, n° 68, p. 166, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1994, n° 4, p. 1165, note V. FABRE-ALIBERT, *RFDA*, 1993, n° 5, p. 871, note B. GENEVOIS, *RFDC*, 1993, n° 15, p. 583, chr. L. FAVOREU.

indispensable pour faire cesser un péril grave résultant d'une situation particulièrement dangereuse³⁶⁴¹. Aussi est-il tentant de considérer que l'autorité de police intervenant *ex post facto* par rapport à la survenance d'un tel péril puisse, et même doive, recourir à la rétroactivité pour traiter les conséquences qui en sont découlées, de telle manière à rétablir l'ordre public méconnu.

Certes, on peut s'interroger sur l'utilité de doter une mesure de police d'un effet rétroactif, dès lors que ce dernier se révélerait impuissant à réparer les conséquences principalement matérielles d'un désordre. En revanche, le recours à la rétroactivité en vue de faire prévaloir l'ordre public ne paraît pas totalement exclu lorsqu'est en cause une activité soumise à réglementation de police. De fait, il n'est pas rare de voir une réglementation de police s'appliquer aux autorisations antérieurement délivrées. Eu égard au caractère continu des activités en cause, l'effet produit par la norme nouvelle ne sera pas entièrement rétroactif, mais plutôt rétrospectif. En effet, les mesures de police adoptées en la matière se contentent, le plus souvent, de mettre fin pour l'avenir à des situations antérieurement constituées³⁶⁴². Ce n'est que dans des situations tout à fait exceptionnelles que l'autorité normative pourrait être amenée à prescrire une rétroactivité *stricto sensu* et remettre en cause, ce faisant, les effets pour le passé des autorisations antérieurement délivrées. En tout état de cause, il ne saurait en aller ainsi qu'en présence d'une nécessité impérieuse de parer à un trouble à l'ordre public³⁶⁴³.

1009. La rétroactivité de la règle nouvelle peut également poursuivre un but de sécurité juridique, notamment lorsque le législateur entend par là mettre fin à des divergences de jurisprudence³⁶⁴⁴. Par exemple, un tel objectif était recherché à l'occasion de l'adoption d'une loi modifiant rétroactivement la définition de l'assiette des cotisations sociales versées par les associés majoritaires des sociétés d'exercice libéral, de telle manière à éviter le développement de contestations dont l'aboutissement aurait pu entraîner des conséquences excessives financières préjudiciables à l'équilibre des régimes sociaux en cause³⁶⁴⁵.

1010. Enfin, l'intérêt public à sauvegarder au moyen de la rétroactivité consiste parfois à assurer l'efficacité de la règle de droit ou, plus largement, celle d'une politique publique. L'efficacité du système fiscal ne peut parfois être garantie qu'en faisant rétroagir la norme nouvelle. Dans une logique de normalisation des comportements du contribuable³⁶⁴⁶, il convient, en effet, de prévenir ou de corriger certains comportements déviants que la règle fiscale ne peut, par définition, empêcher. La protection des

³⁶⁴¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 734, n° 940 1°.

³⁶⁴² L'effet rétrospectif d'une règle nouvelle doit toutefois être regardé comme une forme de rétroactivité. Sur ce point, cf., plus haut, p. 738 et s., n° 959 et s., ainsi que les ex. cités. Pour un ex. en matière de police, voir l'art. 11 de la loi n° 2002-3 du 3 janvier 2002, relative à la sécurité des infrastructures et systèmes de transport, aux enquêtes techniques après événement de mer, accident ou incident de transport terrestre ou aérien et au stockage souterrain de gaz naturel, d'hydrocarbures et de produits chimiques (JORF du 4 janvier 2002, p. 215), dont les dispositions sont applicables aux infrastructures et système déjà achevés.

³⁶⁴³ Pour un ex., cf. CAA Nantes, 31 octobre 1996, *Bidar*, req. n° 96NT00006 (arrêté rétroactif d'expulsion d'un étranger justifié par une nécessité impérieuse pour la sécurité publique).

³⁶⁴⁴ C.Const., déc. n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale*, cons. 13 et 14, Rec., p. 21, D., 1995, somm., p. 293, obs. É. OLIVA, *LPA*, 29 mars 1995, n° 38, p. 7, chr. B. MATHIEU, *Pouvoirs*, 1994, n° 70, p. 219, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RFDC*, 1994, n° 19, p. 545, note P. GAÏA.

³⁶⁴⁵ Art. 22 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008, de financement de la sécurité sociale pour 2009 (JORF n° 294 du 18 décembre 2008, p. 19291). Sur les divergences jurisprudentielles antérieures, comp. Cass. Civ. 2^e, 1^{er} juillet 2003, pourv. n° 99-20.567; 15 mai 2008, *Lagravière c/ Caisse autonome de retraite des chirurgiens dentistes (CARCD)*, pourv. n° 06-21.741, Bull. Civ. II, n° 113 et CE, 14 novembre 2007, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral (ANSEL)*, req. n° 293.642, Rec., T., p. 1093, *RJS*, 2008, n° 4, p. 283, concl. A. COURRÈGES. Voir également, C.Const., déc. n° 2010-24 QPC du 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres*, cons. 7-8, *LPA*, 30 août 2010, n° 172, p. 3, note F. PERROTIN.

³⁶⁴⁶ Sur cette idée, voir J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *Droit fiscal*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 4^e éd., 2010, p. 193; M. COLLET, *Droit fiscal*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 2^e éd., 2009, p. 211, n° 369.

finances publiques exige alors de donner la portée la plus large à la norme nouvelle visant à préserver ou rétablir la normalité des comportements du contribuable. Il en va ainsi en matière de lutte contre la fraude ou l'évasion fiscale ou lorsqu'il s'agit d'éviter qu'une réforme fiscale soit privée de tout effet³⁶⁴⁷.

Dans le premier cas, la rétroactivité de la loi autorise le redressement du comportement de certains contribuables ayant éludé la loi fiscale antérieurement en vigueur, sous réserve toutefois de ne pas léser ceux qui ont agi de bonne foi³⁶⁴⁸.

Dans le second cas, celle-là empêche que ceux-ci adoptent un acte avant l'entrée en application d'un nouveau régime fiscal leur étant défavorable ou différent certaines opérations dans l'attente de l'intervention d'un régime plus favorable³⁶⁴⁹. Il n'est pas rare, en effet, que le contenu d'une réforme fiscale soit dévoilé à ses destinataires et ce, avant même son adoption, soit que le Gouvernement en ait fait officiellement l'annonce, soit qu'il en ait été publiquement débattu au Parlement. Or, la divulgation prématurée, volontaire ou non, de la réforme fiscale est susceptible d'engendrer des perturbations dans le comportement des contribuables, qu'elle leur soit favorable ou non³⁶⁵⁰. La fixation d'une date d'effet anticipée de la loi fiscale permet d'éviter ces comportements déviants, voire de les sanctionner le cas échéant, en soumettant au nouveau régime les actes accomplis au cours de la période séparant la divulgation de la réforme de son adoption définitive. Aussi la date d'entrée en vigueur de la loi fiscale peut-elle être avancée, selon les cas, à différents moments de la réforme, que la date choisie par l'autorité normative précède ou coïncide avec son adoption par le Parlement³⁶⁵¹. Eu égard aux spécificités de l'action dans le temps de la loi en matière fiscale, la règle nouvelle sera qualifiée tantôt de rétroactive, tantôt de rétrospective, selon que sa date d'entrée en vigueur est antérieure ou postérieure à celle de la réalisation du fait générateur de l'impôt. Quelle que soit la qualification retenue, l'incidence sur les situations antérieurement constituées de la loi nouvelle n'en demeure pas moins certaine³⁶⁵².

³⁶⁴⁷ Sur ces différents points, voir J. BUISSON, art. préc., p. 786 ; O. DEBAT, *La rétroactivité et le droit fiscal*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 18, 2006, p. 118, n° 148 ; F. LEMAIRE, « Actualité du principe de rétroactivité de la loi fiscale. À propos de la proposition de loi organique du 26 octobre 1998 », *RJF*, 1999, n° 3, p. 186 ; J. TUROT, art. préc., p. 659 et « Moins de laine ou moins de mouton ? À propos du colloque tenu au Sénat le 10 novembre 1995 sur "les lois fiscales rétroactives face au principe de sécurité juridique" », *DF*, 1996, n° 3, p. 107, spéc. p. 108.

³⁶⁴⁸ Pour des ex., voir C.Const, déc. n° 99-424 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, Rec., p. 156, *AJJC*, 1999, p. 615, chr. S. de CACQUERAY, *AJDA*, 2000, n° 1, p. 37, note J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 4 mai 2000, n° 89, p. 4, note É. DOUAT et 28 juillet 2000, n° 150, p. 27, chr. S. V. AIVAZZADEH-BARRÉ et M. VERPEAUX, *RDP*, 2000, n° 1, p. 9, note J. BUISSON, *RFDC*, 2000, n° 41, p. 132, chr. L. PHILIP, *RFFP*, 2001, n° 76, p. 261, note D. RIBES ; déc. n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et autres*, *Gaz. Pal.*, 10 décembre 2010, n° 344-345, p. 40, note B. TOULEMONDE et H. ZAPF, *RDF*, 2010, n° 41, p. 38, note F. MARTINET, *RJF*, 2010, n° 10, p. 769.

³⁶⁴⁹ Sur le premier cas de figure, cf. l'ex. de l'art. 107 de la loi n° 92-1376 du 30 décembre 1992, de finances pour 1993 (JORF n° 304 du 31 décembre 1992, p. 18058), dont les dispositions modifient l'art. 209 B du CGI à compter du 20 septembre 1992. Afin de lutter contre l'évasion fiscale, le nouveau régime dissuade les entreprises françaises de localiser leurs bénéficiaires dans un paradis fiscal en imposant les participations de 25 % ou plus qu'elles détiennent, directement ou indirectement, dans le capital de sociétés établies à l'étranger (sur cette loi, voir P. DIBOUT, « Rupture d'égalité ou rétroactivité de la loi fiscale. L'article 209 B réformé du CGI entre Charybde et Scylla », *DF*, 1994, n° 11, p. 473, spéc. p. 479). Même s'il s'agit là d'une loi fiscale rétrospective, on peut fort bien imaginer que le législateur soit conduit, pour un même motif, à intervenir postérieurement à la réalisation du fait générateur. Sur le second cas de figure, cf. l'ex. de l'art. 16 de la loi n° 91-1322 du 30 décembre 1991, de finances pour 1992 (JORF n° 394 du 31 décembre 1991, p. 17225), dont les dispositions prévoient que l'allègement des droits sur les cessions de fonds de commerce prend effet au 1^{er} octobre 1991 afin d'empêcher que les mutations concernées soient différées au 1^{er} janvier 1992. Sur ces ex., voir O. DEBAT, thèse préc., p. 119, n° 149 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 282, n° 357.

³⁶⁵⁰ Dans le cadre de la pratique gouvernementale du *fair announce*, la rétrospectivité ou la rétroactivité de la loi constitue le point d'orgue d'un processus en trois temps : annonce d'une modification du régime fiscal ; diffusion d'une instruction fiscale commentant le dispositif à venir ; ratification par la loi de la mesure gouvernementale.

³⁶⁵¹ Cf., par ex., art. 24 de la loi n° 82-1126 du 29 décembre 1982, de finances pour 1983 (JORF du 30 décembre 1983 p. 3923) : date du dépôt de l'amendement au Parlement ; art. 107 de la loi du 30 décembre 1992, préc. : date d'adoption du projet de loi en Conseil des Ministres. Sur l'ensemble de ces questions, voir A. BERTRAND, *La rétroactivité en droit fiscal*, thèse dactyl., Paris II, 1999, pp. 69-74 ; F. DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 280, 1997, p. 106, n° 170 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., pp. 283-285, n° 359 ; O. NÉGRIN, *L'application dans le temps des textes fiscaux*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1997, p. 127.

³⁶⁵² Cf., respectivement, plus haut, p. 88 et s., n° 128 et s. et p. 711 et s., n° 918 et s.

La pratique de la ratification législative d'une réforme divulguée par avance ne se limite plus exclusivement à la matière fiscale. Elle se rencontre désormais là où sont en jeu des intérêts économiques ou sociaux particulièrement forts³⁶⁵³. Connue de ses destinataires, la rétroactivité joue alors un rôle de levier permettant l'accélération de la mise en œuvre d'un intérêt général dirimant.

1011. On ne saurait cependant oublier que la rétroactivité n'est pas toujours mise au service d'un intérêt public supérieur. De simples considérations politiques amènent parfois le législateur à user du pouvoir qui est le sien de revenir sur les situations antérieurement constituées. La remise en cause de la légitimité des gouvernants précédents ou la réprobation d'une politique menée par la majorité sortante ont conduites, en période d'alternance politique, le législateur à faire *tabula rasa* de tout ou partie de l'œuvre normative antérieurement accomplie. Outre les exemples bien connus des lois rétroactives adoptées par le gouvernement de Vichy auxquelles ont succédé les ordonnances de rétablissement de la légalité républicaine édictées par le Gouvernement provisoire de la République française, on rappellera pour mémoire la majoration fiscale opérée de manière rétroactive en 1981 à l'initiative du gouvernement socialiste nouvellement en place ou, plus anciennement, l'interdiction faite aux membres des familles ayant régné sur la France d'exercer des fonctions militaires³⁶⁵⁴.

II – L'APPLICATION DU REGIME PLUS FAVORABLE PRIVILEGIEE AU MOYEN DE LA RETROACTIVITE

1012. Dans la mesure où la rétroactivité confère le champ d'application le plus large à la règle nouvelle, l'autorité normative peut y recourir pour faire bénéficier le plus grand nombre de ses destinataires d'un régime ou d'une mesure plus favorable que l'ancien(ne). Les objections ordinairement opposées à son emploi cèdent alors face aux bénéficiaires qui résulteront de sa mise en œuvre³⁶⁵⁵. Il semble, en effet, difficile de reprocher à la rétroactivité, lorsqu'elle est utilisée pour remplacer un régime ou une mesure jugé(e) injuste ou pour consacrer de nouveaux droits et libertés, de porter atteinte aux droits acquis ou de trahir la confiance qu'avaient les sujets de droit dans le régime antérieur et, par là, de ruiner l'État de droit. Il est des situations dans lesquelles la rétroactivité, loin d'être défavorable aux droits antérieurement reconnus à ses destinataires, sert au contraire à les renforcer ou à les enrichir. Il apparaît alors souhaitable de faire bénéficier le plus largement possible les sujets du droit du régime ou de la mesure plus favorable.

³⁶⁵³ Cf., par ex., l'art. 8 de la loi n° 95-881 du 4 août 1995, instituant le contrat initiative-emploi (JORF n° 181 du 5 août 1995, p. 11745 : date de prise d'effet de la loi coïncidant avec l'annonce gouvernementale faite le 1^{er} juillet 1995) ; art. 48-II de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003, portant réforme des retraites (JORF n° 193 du 22 août 2003, p. 14310 : application des nouvelles règles de bonification pour enfant résultant de la modification de l'art. L. 12-b du Code des pensions civiles et militaires de retraite à compter du 28 mai 2003, date d'adoption du projet de loi en Conseil des Ministres). Cf., par analogie, s'agissant d'un règlement communautaire, CE, Ass., 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autres*, req. n° 219.494, 221.021, 221.274, 221.275 et 221.421, Rec., p. 340, *Europe*, 2001, n° 10, p. 21, note P. CASSIA, *RFDA*, 2002, n° 1, p. 33, concl. F. SÉNERS et p. 43, note L. DUBOIS.

³⁶⁵⁴ Cf., respectivement, la loi du 22 juin 1886, d'exil des membres des familles ayant régné en France (JORF du 23 juin 1886, p. 2805 ; CE, 20 mai 1887, *Henri d'Orléans, Duc d'Aumale et autres c/ Ministre de la Guerre* (1^{ère} esp.), Rec., p. 409, concl. R. MARGUERIE) ; art. 2 de la loi du 17 juillet 1940, relative à l'accès aux emplois publics (JORF du 18 juillet 1940, p. 4537) ; art. 1^{er}, 8 et 9 de la loi n° 81-734 du 3 août 1981 de finances rectificative pour 1981 (JORF du 4 août 1981, p. 2126). Sur le rétablissement de la légalité républicaine, cf., plus haut, p. 121, n° 169. Pour d'autres ex., cf. A. KERREST, « La rétroactivité de la loi fiscale », *RFFP*, 1993, n° 42, p. 151, spéc. p. 159 ; G. EVEILLARD, thèse préc., p. 287, n° 362.

³⁶⁵⁵ Qu'il s'agisse de la méconnaissance de l'exigence essentielle de prévisibilité du droit et de la violation du principe du respect des situations définitivement acquises.

1013. La règle de la rétroactivité *in mitius* consacrée en matière répressive participe, au moins en partie, de cette idée. Dès lors que, d'une part, il a été constaté que la sévérité de la loi ancienne n'était plus socialement nécessaire et dans la mesure où, d'autre part, la loi nouvelle ne menace aucunement la liberté individuelle, tout en étant pleinement dans l'intérêt de ses destinataires, celle-là doit cesser d'être appliquée au profit de celle-ci³⁶⁵⁶. La rétroactivité garantit alors l'application la plus large de la règle jugée la mieux adaptée socialement.

1014. En dehors de la matière répressive, l'application du texte le plus favorable aux situations antérieurement constituées traduit également la volonté de l'autorité normative de lui conférer la portée la plus large, soit qu'il s'agisse de faire bénéficier des avantages reconnus par le régime nouveau au plus grand nombre de ses destinataires, soit qu'il s'agisse au contraire de corriger les inconvénients que la mise en œuvre du régime ancien a fait apparaître. Dans un cas comme dans l'autre, c'est dans un souci de « bonne législation » ou de « bonne administration » qu'il est recouru à la rétroactivité.

1015. En matière fiscale, le caractère favorable d'une réforme peut amener le législateur à décider son application rétroactive aux contribuables³⁶⁵⁷. L'anticipation de la prise d'effet de la réforme permet alors d'élargir le nombre des bénéficiaires de la mesure fiscale favorable. Ainsi, le législateur peut alléger la charge fiscale des contribuables en diminuant le taux d'imposition ou en introduisant une nouvelle exonération, alors même que leur situation est définitivement constituée du fait de la survenance du fait générateur de l'impôt. Par exemple, une loi de finances rectificative adoptée au cours de l'été 2002 a réduit de 5 % l'impôt sur le revenu dû au titre des revenus perçus au cours de l'année 2001³⁶⁵⁸. De la même manière, le législateur peut prévoir qu'une disposition fiscale de fond ne sera applicable pour la période antérieure à la réalisation du fait générateur de l'impôt que dans la stricte mesure où elle s'avère favorable aux contribuables³⁶⁵⁹.

1016. C'est un souci identique qui conduit, en droit de la fonction publique, le législateur à accorder rétroactivement de nouveaux avantages aux fonctionnaires ou à prévoir l'application anticipée d'un régime indemnitaire ou statutaire qui leur est plus favorable³⁶⁶⁰. Comme on a eu l'occasion de le relever précédemment, il existe même une certaine tolérance de la part du juge administratif vis-à-vis de la

³⁶⁵⁶ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 376, n° 468 et s.

³⁶⁵⁷ En 1994, le Conseil des Impôts estimait que 60 % des dispositions fiscales rétroactives étaient réputées favorables aux ménages contre seulement 35 % aux entreprises (cf. Conseil des Impôts, *Fiscalité et vie des entreprises*, t. I, Paris, Direction des Journaux Officiels, 1994, p. 355). L'inventaire dressé en 1999 par A. Bertrand dans sa thèse confirme cette tendance (A. BERTRAND, thèse préc., pp. 44-45), de même qu'un rapport remis en 2004 au Ministre de l'économie et des finances (B. GIBERT (dir.), *Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 67).

³⁶⁵⁸ Art. 1^{er} de la loi n° 2002-1050 du 6 août 2002, de finances rectificative pour 2002 (JORF du 8 août 2002, p. 13576). Pour un ex. d'exonération fiscale rétroactive, cf. l'art. 38-II de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, pour l'initiative économique (JORF n° 179 du 5 août 2003, p. 13449). Pour un ex. en matière d'impôt indirect, cf. l'art. 19-VI de la loi n° 83-1179 du 29 décembre 1983, de finances pour 1984 (JORF du 30 décembre 1983, p. 3799 ; diminution du taux majoré de la TVA).

³⁶⁵⁹ Cf., par ex., l'art. 36 de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998, de finances pour 1999 (JORF n° 303 du 31 décembre 1998, p. 2050) opérant une diminution conséquente du taux des droits d'enregistrements pour les donations et les donations-partages conclus entre le 1^{er} septembre 1998 et le 25 novembre 1998, sous réserve pour le contribuable de remplir une condition d'âge. Pour d'autres ex., cf. O. DEBAT, thèse préc., p. 114, n° 144.

³⁶⁶⁰ Cf., respectivement, l'art. 38 de la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989, portant diverses mesures d'ordre social (JORF du 14 janvier 1989, p. 542 : intégration directe dans la fonction publique d'agents d'établissements privés rachetés ou transformés en établissements publics depuis le début de l'année 1985) ; art. 68-IV de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002, de finances rectificative pour 2002 (JORF du 31 décembre 2002, p. 22070 : révision dans un sens plus favorable des règles de calcul des pensions de retraite de ressortissants de pays anciennement sous souveraineté française). Pour d'autres ex., cf. G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 289, n° 363.

rétroactivité de règlements administratifs favorables aux droits pécuniaires des agents publics³⁶⁶¹. Cette atteinte portée au principe de non-rétroactivité demeure tout à fait exceptionnelle en matière réglementaire.

1017. C'est également suivant un raisonnement analogue que certains auteurs ont tenté de défendre la rétroactivité de la règle jurisprudentielle. À la double critique de l'imprévisibilité de la règle prétorienne et de l'instabilité que son application rétroactive provoque³⁶⁶², ces auteurs opposent sa contribution présumée au progrès du droit³⁶⁶³. Il en va ainsi principalement lorsque le juge met fin aux errements d'une jurisprudence, comble les lacunes de la loi ou, plus largement, adapte les principes jurisprudentiels aux évolutions de la société³⁶⁶⁴. Dans l'une ou l'autre de ces situations, le principe nouvellement dégagé par le juge à l'occasion du règlement d'un litige est présumé meilleur que le précédent, si bien qu'il apparaît naturel d'en faire bénéficier le plus largement les justiciables. Compte tenu des modalités particulières de la formulation de la règle jurisprudentielle, la rétroactivité de la jurisprudence nouvelle plus favorable est même inévitable. Comme le remarquait le Doyen Rivero, le juge ne peut, dans le même mouvement, dégager une règle nouvelle plus favorable que la précédente et trancher le litige sur le fondement de la règle ancienne³⁶⁶⁵. Au fond, ce seraient davantage les conditions dans lesquelles interviennent l'évolution jurisprudentielle que le sens même de cette dernière qui feraient problème.

On ne saurait cependant ignorer la double limite de la fonction de la rétroactivité jurisprudentielle au service du progrès du droit. D'une part, la rétroactivité inhérente au changement de jurisprudence est relativement indifférente à son caractère favorable ou défavorable. Tout au plus peut-on avancer que la reconnaissance d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la jurisprudence contribue à restreindre les conséquences néfastes d'un changement de règle sur le droit au recours³⁶⁶⁶. D'autre part, tel ou tel progrès s'apprécie, au premier chef, à l'aune de l'intérêt général et non pas en fonction du bénéfice que pourrait en retirer l'une ou l'autre des parties au procès administratif. Ce n'est donc que dans une certaine conception des rapports entre la règle de droit public et ses destinataires témoignant d'un parti pris en faveur du particulier contre la puissance publique que l'on pourrait dire de la rétroactivité de la jurisprudence qu'elle assure la suprématie de la règle nouvelle plus favorable à celui-là au détriment de celui-ci.

³⁶⁶¹ Sur ce point, cf., plus haut, p. 202, n° 262. Cf., par ex., CAA Bordeaux, 6 novembre 1997, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mme Léglise*, req. n° 95BX00946.

³⁶⁶² H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 207, 1999, p. 353, n° 238 ; N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Paris, Litec, 2005, p. 14 et s. ; B. SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, n° 29, 2007, p. 21.

³⁶⁶³ Selon le Doyen Rivero, « toute modification apportée au droit repose sur un postulat implicite : la règle nouvelle est meilleure que celle qu'elle remplace [...] Le juge ne peut simultanément énoncer une règle qui dévalue, par définition, celle qu'il appliquait jusque là et trancher le litige, au nom de la non-rétroactivité, sur la base antérieure [...] La sécurité juridique se trouve ici nécessairement sacrifiée au progrès présumé du droit » (J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* n° 1968, n° 1, p. 15 spéc. p. 16). Cf., dans le même sens, E. LAFERRIÈRE, « Examen doctrinal de la délimitation du domaine public », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1871-1872, p. 353, spéc. p. 358 ; A. COURRÈGES et J.-H. STAHL, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA*, 2004, n° 3, p. 438, spéc. p. 452. Pour un exposé critique, voir H. LE BERRE, thèse préc., p. 379, n° 258 ; D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel », *AJDA*, 1980, n° 12, p. 632, spéc. p. 634 ; B. SEILLER, art. préc., pp. 17-18.

³⁶⁶⁴ Sur ces différents points, cf. H. LE BERRE, thèse préc., p. 362, n° 245 et les ex. cités. Pour d'autres ex., voir C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, Paris, LGDJ, 1982, p. 68 et s.

³⁶⁶⁵ Sur le premier point, cf., plus haut, p. 584, n° 743. Sur le second point, voir J. RIVERO, *loc. cit.*

³⁶⁶⁶ Sur ce point, voir p. 585 et s., n° 744 et s.

1018. C'est un même constat qui doit être fait s'agissant de la rétroactivité favorable prescrite par l'autorité normative. Au-delà de considérations de « bonne législation », on ne saurait admettre que le caractère plus favorable d'un texte puisse justifier à lui seul et de manière générale l'emploi de la rétroactivité.

D'abord, comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, l'appréciation de ce caractère est pour le moins subjective³⁶⁶⁷, en particulier lorsqu'il s'agit de concilier des intérêts contradictoires. La mise en balance de l'intérêt public avec les intérêts privés s'avère nécessairement défavorable à l'un ou aux autres selon l'équilibre établi lors de l'adoption de tel ou tel texte. Aussi un texte favorable pour certains peut-il s'avérer largement défavorable à d'autres.

Ensuite, ériger la rétroactivité favorable en solution de principe reviendrait à faire prévaloir sur la conception volontariste de l'intérêt général, une conception purement utilitariste. En effet, faire bénéficier systématiquement les sujets de droit qui ont agi dans le passé, et qui forment par définition un cercle clos, de tout texte présumé plus favorable que l'ancien aboutirait *in fine* à privilégier les intérêts de certains groupes d'individus par rapport à l'intérêt de chacun et de tous. Aussi l'autorité normative ne saurait-elle être fondée à se prévaloir du caractère favorable d'une disposition à laquelle elle confère une portée rétroactive que dans la stricte mesure où elle entend corriger ponctuellement les déséquilibres nés de l'application du régime précédent. Le rôle de la rétroactivité *in favorem* ne se justifie donc que dans une stricte logique de renforcement de la protection accordée à certains intérêts jugés supérieurs.

La fonction transitoire de la rétroactivité ne se limite pas à assurer la suprématie temporelle de la règle nouvelle. Elle joue un rôle identique pour les prescriptions catégoriques et concrètes.

§ 2 : La substitution de la décision nouvelle à la décision ancienne

1019. L'absence de conflit dans le temps entre les décisions successivement adoptées par une autorité normative³⁶⁶⁸ n'empêche pas la rétroactivité d'assurer, de la même manière que pour la règle de droit, la suprématie de la norme nouvelle sur toute autre norme antérieurement édictée. En effet, les prescriptions catégoriques et concrètes visent une situation « *particulière et unique* »³⁶⁶⁹ à laquelle elles affectent un effet de droit. Cela signifie qu'à une situation donnée, il ne peut se rapporter, à un instant donné, qu'une seule décision. Il s'ensuit qu'il ne peut exister aucun conflit dans le temps entre plusieurs décisions applicables à une même situation. Entre elles, il ne peut s'agir que d'une succession dans le temps. Aussi l'effet rétroactif conféré à la décision nouvelle emporte-t-il la substitution pure et simple de cette dernière à la décision qui s'appliquait précédemment à la situation juridique. L'effet de la décision nouvelle prévaudra sur tout autre effet antérieurement attaché à la situation à laquelle elle se rapporte.

³⁶⁶⁷ Cf., plus haut, p. 202, n° 264. Voir, dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 290, n° 366.

³⁶⁶⁸ Sur ce point, voir plus haut, p. 754, n° 972. Voir également, J. HÉRON « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTDCiv.*, 1985, p. 326, note 127 et *Principes du droit transitoire*, préc., p. 14, n° 11. Cf., dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 32, n° 48 ; P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 43, 2005, pp. 101-103, n° 224-229 ; P. MAYER, thèse préc., p. 51, n° 72 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 195, p. 18, n° 40 ; O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ*, 1994, n° 1, p. 221, spéc. p. 225.

³⁶⁶⁹ Cf. H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, 1979, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 9. Voir également les références citées à la note précédente.

En assurant la primauté de la décision nouvelle, la rétroactivité remplit donc une fonction identique à celle observée pour la règle de droit.

La substitution rétroactive d'une décision à celle qui la précédait dans la chronologie n'est pas plus recommandable, du point de vue de l'exigence de sécurité juridique, que la rétroactivité conférée à la règle de droit. Certes, la remise en cause du passé d'une situation juridique particulière et unique a des conséquences plus limitées sur l'ordre juridique que celle induite par la rétroactivité d'une règle de droit. Néanmoins, il ne faut pas sous-estimer les répercussions que celle-là peut avoir sur d'autres situations qui ont pu se constituer à la suite de la décision initiale. La modification d'un élément de l'ordonnement juridique, même minime, peut déclencher une « réaction en chaîne » qui n'est pas toujours maîtrisée.

1020. De la même manière que précédemment, la rétroactivité de la décision nouvelle prescrite par l'autorité normative n'est tolérable que si elle sert l'intérêt général ou si elle s'avère entièrement favorable à son destinataire.

1021. Alors qu'il n'est pas naturel pour la loi de prescrire des normes individuelles et concrètes, on sait que le procédé de la validation l'y conduit parfois en vue de protéger un intérêt public prééminent. C'est notamment le cas lorsqu'une disposition législative est rétroactivement substituée à un ou plusieurs actes administratifs non réglementaires menacés directement ou indirectement par une annulation contentieuse³⁶⁷⁰. En substituant totalement sa décision à une décision administrative antérieure, le législateur empêche, au nom de l'intérêt général, que soient remises en cause les situations juridiques constituées sur le fondement de cette dernière.

Par exemple, c'est au moyen d'une validation législative par substitution qu'a été directement et entièrement réglée la situation des candidats au concours d'entrée dans les écoles nationales vétérinaires pour 1998 au lieu et place des délibérations du jury ouvrant le concours et établissant la liste des candidats admis, dont la légalité était susceptible d'être remise en cause devant le juge administratif. Il a pu ainsi être remédié à la désorganisation des services de santé qui aurait résulté de la disparition d'une promotion entière d'élèves vétérinaires, laquelle n'aurait pu être compensée par la suite en raison des capacités d'accueil limitées des écoles³⁶⁷¹. Dès lors qu'il n'appartient pas au législateur de fixer les modalités d'organisation des concours administratifs, ni de se substituer aux jurys, la validation des résultats du concours constitue la solution propre à assurer la continuité de service public de la santé.

1022. En matière administrative, c'est principalement dans le cadre de l'exercice d'une compétence discrétionnaire qu'une autorité peut valablement opérer une substitution de décisions. Contrairement à ce qui se passe pour le législateur, ce n'est que dans des cas exceptionnels et strictement conditionnés que la rétroactivité administrative assure la suprématie temporelle de la décision nouvelle. Le caractère

³⁶⁷⁰ Sur les validations législatives par substitution, cf., plus haut, p. 102, n° 147. et les réf. cités. Pour des ex. anciens, CE, Ass., 3 février 1939, *Huilerie Griffiths et autres*, Rec., p. 56 ; 11 mai 1949, *Ligue des fonctionnaires pères et mères de famille nombreuse*, Rec., p. 208.

³⁶⁷¹ Art. 23 de la loi n° 99-5 du 6 janvier 1999, relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux (JORF n° 5 du 7 janvier 1999, p. 327). Sur cette loi, cf. le rapport de G. SARRE du 17 novembre 1998, *AN*, n° 1207, p. 17 et s. Voir également, CE, 3 novembre 1999, *Mlle Le Bris et Allary* (2 esp.), req. n° 199.399 et 201.140, Rec., T., p. 811 et 812. Sur cette idée, voir, J.-P. CAMBY, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *RDP*, 2000, n° 3, p. 611.

favorable d'une mesure ou la prévalence d'un intérêt public ne sauraient, à eux seuls et en toutes hypothèses, suffire à écarter l'application du principe de non-rétroactivité.

1023. Dans une première situation, il est recouru à la rétroactivité afin de réaliser un intérêt public. La rétroactivité est employée en vue d'assurer le respect du principe de légalité ou, plus prosaïquement, dans un souci de bonne administration. La décision nouvelle est considérée comme plus opportune ou davantage conforme à la légalité que l'ancienne, ce qui justifie que les effets de celle-là remplacent totalement ceux antérieurement produits par celle-ci. Le principe d'une substitution rétroactive de décisions administratives n'est cependant envisageable que si un texte le prévoit expressément.

En l'état actuel du droit positif, c'est exclusivement à l'occasion de l'institution d'un recours administratif spécial, notamment lorsqu'il est érigé en recours administratif préalable obligatoire, qu'un tel pouvoir peut être conféré à l'autorité administrative³⁶⁷². La raison d'être d'un tel mécanisme est à rechercher dans l'idée que la décision nouvelle est réputée meilleure que la précédente. En effet, comme le rappelait M. Bonichot, il ne faut pas concevoir le recours administratif préalable obligatoire « *comme le "pré-jugement" d'une affaire ou comme un "pré-contentieux", mais comme un processus administratif normal de réexamen d'une décision ou d'une position de l'administration* »³⁶⁷³. Afin de donner une plus grande souplesse à son action, que l'on sait être particulièrement complexe dans certains domaines, l'autorité administrative doit disposer d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de corriger les erreurs commises dans sa décision initiale ou les aspects de cette dernière qui sont apparus comme étant insatisfaisants. En d'autres termes, mieux vaut laisser toute latitude à l'administration pour effacer une « mauvaise décision » et en adopter une meilleure, plutôt que de saisir le juge³⁶⁷⁴. C'est donc en vue d'assurer une meilleure administration et/ou un plus grand respect de la légalité administrative que la rétroactivité de la décision nouvelle est ainsi autorisée. Dans cette configuration particulière, la disparition rétroactive de la décision initiale n'emporte, du reste, aucune conséquence néfaste pour l'ordonnancement juridique, puisqu'elle sera remplacée par une décision jugée plus opportune ou confortée dans sa légalité. Il n'en reste pas moins que cette procédure laisse planer une période d'incertitude sur la constitution de la situation juridique des personnes concernées. Toutefois, cet inconvénient se trouve largement compensé par l'économie d'un procès, dont le dénouement est encore plus long à venir³⁶⁷⁵.

1024. Paragraphe de renvoi. En dehors de cette hypothèse, la prévalence temporelle de la décision nouvelle sur les décisions antérieures peut s'avérer nécessaire pour assurer la continuité de l'action publique. Les mesures destinées à rétablir la continuité de la carrière d'un fonctionnaire participe, au moins partiellement, de cette logique. La décision régularisant la situation d'un fonctionnaire ou plaçant

³⁶⁷² Sur l'ensemble de la question et pour d'autres ex., cf., plus haut, p. 186 et s., n° 245 et s.

³⁶⁷³ J.-C. BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de D. LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 81, spéc. p. 86. Cette position est plus généralement celle exprimée par le Conseil d'État, pour lequel « *ces recours, destinés à permettre un réexamen effectif de ses décisions par l'administration, sur la base non seulement de considérations de droit mais aussi de considérations d'opportunité, ne sauraient être réduits à de simples procédures précontentieuses* » (Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2008, p. 11). Cf., dans le même sens, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008, p. 407, n° 498 3°.

³⁶⁷⁴ Cf., en ce sens, J.-C. BONICHOT, art. préc., p. 87 et 93 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2008, p. 204, n° 167.

³⁶⁷⁵ J.-C. BONICHOT, art. préc., p. 93. Cf., dans le même sens, B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 201, n° 164.

ce dernier dans une position conforme aux statuts réglementaires peut légalement se substituer, avec effet rétroactif, à une décision antérieurement prise. Néanmoins, la rétroactivité opère plus directement une stabilisation de la situation du fonctionnaire, ce qui justifie qu'il soit renvoyé aux développements pertinents³⁶⁷⁶.

1025. Dans une seconde situation, la rétroactivité de la décision nouvelle est décidée simplement parce qu'elle s'avère plus favorable pour la situation de son destinataire qu'une décision antérieure. Comme dans la situation précédente, la rétroactivité *in favorem* n'a lieu d'être en matière administrative que dans le cadre strict de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. S'il est recouru à la rétroactivité, c'est que l'autorité compétente estime que les avantages retirés des effets de la décision nouvelle excèdent de loin les inconvénients liés à la remise en cause du passé de la situation juridique visée.

La matière gracieuse, dont on sait qu'elle s'est développée et maintenue en marge de tout cadre juridique, constitue le domaine privilégié de cette rétroactivité *in favorem*. Les actes de bienveillance de l'Administration envers un administré ou l'un de ses agents constituent un « îlot » de pouvoir discrétionnaire³⁶⁷⁷, permettant à celle-ci de procéder, le cas échéant, à une substitution rétroactive de décisions. Les actes édictés à titre gracieux recouvrent totalement les effets antérieurement développés par les mesures moins favorables auxquelles ils viennent se succéder³⁶⁷⁸. C'est le cas lorsque, sur demande du destinataire d'une décision réglant sa situation, l'autorité administrative prononce son retrait rétroactif en vue de la remplacer par une mesure plus favorable, également dotée d'effet rétroactif³⁶⁷⁹. L'exemple topique est celui de la substitution d'une sanction plus favorable à celle initialement prononcée à l'encontre d'un agent public³⁶⁸⁰. Même en l'absence de décision préexistante, la rétroactivité de la décision édictée entièrement à l'avantage de son destinataire n'est pas illégale³⁶⁸¹. Dans un cas comme dans l'autre, la rétroactivité *in favorem* n'est, en tout état de cause, admissible qu'à

³⁶⁷⁶ Cf., plus bas, p. 887 et s., n° 1155 et s.

³⁶⁷⁷ Le Président Odent définit la décision purement gracieuse comme celle qui « *tout à la fois est discrétionnaire et accorde une faveur qu'aucun texte ne prévoit, ni n'organise* » (R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, t. I, p. 777). Sur ces différents points, voir également, P. GONOD, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP*, 1993, n° 5, p. 1351, spéc. p. 1358 et p. 1366 ; L. TALLINEAU, « Les tolérances administratives », *AJDA*, 1978, n° 1, p. 3 ; J.-M. WOEHLING, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 15 juin 2007, *Denance* », *Dr. adm.*, 2007, n° 11, p. 16, spéc. p. 17.

³⁶⁷⁸ CE, Sect., 9 mars 1962, *Douzans*, req. n° 49.097, Rec., p. 159 ; 25 mai 1966, *Giffard-Carlet*, req. n° 64.565, Rec., p. 363 ; 16 mai 1973, *Daguzan*, req. n° 86.741 (reconstitution à titre gracieux d'une carrière de fonctionnaire) ; 22 avril 1992, *Souchet*, req. n° 73.512 (retrait d'une sanction et réaffectation avec effet rétroactif d'un fonctionnaire) ; 24 juillet 1987, *Jean*, req. n° 54.325 (réintégration avec effet rétroactif d'un fonctionnaire prononcée à titre gracieux).

³⁶⁷⁹ Sur le principe de la substitution, voir CE, 9 janvier 1953, *Desfour*, Rec., p. 5 ; req. n° 91.338, Rec., p. 441, *AJDA*, 1974, I, p. 534, chr. M. FRANC et M. BOYON ; Sect., 29 novembre 1974, *Barras*, req. n° 90.324, Rec., p. 598, *RDP*, 1975, n° 4, p. 1121, note M. WALINE ; CAA Paris, 29 avril 1997, *Estaque*, req. n° 96PA00061, Rec., T., p. 660 ; CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, req. n° 197.018, Rec., p. 497, *GAJA* n° 107, *AJDA*, 2001, n° 12, p. 1034, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, et 2002, n° 10, p. 738, obs. Y. GAUDEMET, *BJDU*, 2001, n° 5, p. 353, concl. F. SÉNERS et obs. J.-C. BONICHOT, *Dr. adm.*, 2001, n° 12, p. 15, note MICHALLET, *LPA*, 2002, n° 31, p. 7, note F. CHALTIÉL, *RFDA*, 2002, n° 1, p. 77, concl. F. SÉNERS et p. 88, note P. DELVOLVÉ, *RGCT*, 2001, n° 20, p. 1183, note A. LAQUIÈZE ; Sect., 14 mars 2008, *M. Portalis*, req. n° 283.943, Rec., p. 100, concl. N. BOULOUIS, *AJDA*, 2008, n° 15, p. 800, chr. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, *Dr. adm.*, 2008, n° 5, p. 18, note F. MELLERAY, *JCP A*, 2008, n° 21, p. 37, note D. JEAN-PIERRE, *RDP*, 2009, n° 2, p. 507, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2008, n° 3, p. 482, concl. N. BOULOUIS et n° 5, p. 931, note B. SEILLER, *RLCT*, 2008, n° 35, p. 28, obs. E. GLASER. Pour un ex. récent, cf. CE, 29 octobre 2003, *Mme Meyer*, req. n° 241.235, Rec., T., p. 824 : retrait à la demande d'un fonctionnaire d'une décision de reclassement le concernant et reconstitution rétroactive de sa carrière sur la base de son ancien classement. Pour un autre ex., cf. CE, 9 avril 1999, *Saunier*, req. n° 146.126, Rec., p. 127, *Dr. adm.*, 1999, n° 10, p. 24, note G. GUGLIELMI (pension de retraite).

³⁶⁸⁰ CE, Ass., 19 novembre 1948, *Baffoux*, Rec., p. 435 ; 13 mai 1949, *Diehl*, Rec., p. 218 ; 1^{er} mars 1950, *Glon*, Rec., p. 135 ; Sect., 26 mai 1950, *Carrel*, Rec., p. 321 ; 24 janvier 1951, *Aubriot de la Palme*, *RDP*, 1951, p. 1140.

³⁶⁸¹ CE, 8 mars 1967, *Fourneaux*, req. n° 68.815 ; 6, juin 1969, *Stos*, req. n° 73.844, Rec., T., p. 900 (octroi rétroactif d'une pension de retraite à un fonctionnaire).

la triple condition de bénéficier entièrement à son destinataire, de ne pas porter atteinte aux droits des tiers et de ne pas revêtir un caractère fictif³⁶⁸².

On ne saurait contester l'utilité, du point de vue la pratique administrative, de cet ensemble de solutions, dès lors qu'il conserve à l'Administration une marge de manœuvre grâce à laquelle celle-ci peut adoucir ou accommoder l'application de la règle de droit. Néanmoins, son bien-fondé apparaît des plus fragile, dans la mesure où il repose essentiellement sur le refus, quelque peu contestable au regard du principe du respect du droit, de la part du juge administratif d'exercer son contrôle sur les décisions adoptées à titre gracieux³⁶⁸³. Ceci explique que la rétroactivité *in favorem* ne constitue pas, en tant que telle, une exception au principe de non-rétroactivité, mais une simple tolérance jurisprudentielle.

*

1026. Conclusion de la Section 1. Le premier versant de la fonction d'unification de la rétroactivité permet de préciser le rôle qu'elle peut jouer en droit transitoire. Anticiper dans le temps l'applicabilité de la norme nouvelle, c'est assurer la suprématie de celle-ci sur toute autre norme préexistante à l'égard des faits et/ou actes qu'elle désigne. En tant que solution apportée à un problème d'application du droit dans le temps, la rétroactivité découle nécessairement d'un choix opéré par l'autorité normative. Mise au service de l'intérêt général, la rétroactivité autorise la remise en cause du droit antérieurement appliqué au nom de divers intérêts, jugés meilleurs ou supérieurs aux précédents.

Compte tenu de la diversité des intérêts publics susceptibles de présider au retraitement normatif du passé, la fonction transitoire de la rétroactivité illustre l'ambivalence des rapports qu'elle entretient avec l'intérêt général. Comme souvent, ce dernier constitue à la fois une limite à l'action publique sur le passé de l'ordonnement juridique, comme on a pu le constater plus tôt, et une source de légitimation pour celle-ci³⁶⁸⁴.

Toutefois, le bien-fondé de la priorité temporelle accordée à la norme nouvelle ne repose pas exclusivement sur l'intérêt public. L'existence d'une rétroactivité *in favorem* montre que l'absence d'atteinte à la sécurité juridique suffit parfois à fonder l'extension au passé du champ de la norme nouvelle. C'est dire que le rôle de la rétroactivité n'est pas systématiquement de redresser un dérèglement normatif, mais peut tout aussi bien correspondre à une régulation temporelle des choix successivement opérés par l'autorité normative.

Unifier dans le temps le droit applicable ne signifie pas seulement établir une hiérarchie entre deux normes applicables à une même situation, il peut également s'agir d'uniformiser l'application du droit existant, de rétablir la « concordance des temps ».

³⁶⁸² Outre les références déjà cités, cf. CE, 4 mai 1949, *Maunier*, Rec., p. 196 ; Ass., 8 juillet 1949, *Delacommune et autres*, Rec., p. 346, *Dr. soc.*, 1949, p. 315, concl. B. CHENOT ; 23 décembre 1955, *Lecomte*, Rec., p. 605. Sur le dernier point, cf. CE, 5 mars 2009, *Maintrieu* req. n° 292.383, Rec., T., p. 859.

³⁶⁸³ CE, 27 juillet 1906, *Bernard*, Rec., p. 698 ; 19 décembre 1928, *Sieur Rueche*, Rec., p. 323 ; Sect., 19 janvier 1945, *Société des avions G. Voisin*, Rec., p. 19 ; 8 juin 1966, *de Meckenheim*, Rec., p. 380 ; 29 octobre 1971, *Sieur Chougab Rabah*, req. n° 81.625, Rec., p. 646 ; 16 mai 1980, *Chevry et autres*, req. n° 12.670, Rec., p. 227 ; 15 juin 2007, *Denance*, req. n° 285.441, *Dr. adm.*, 2007, n° 11, p. 6, étude J.-M. WOEHLING ; 18 février 2009, *Appietto*, req. n° 305.295, *AJDA*, 2009, n° 14, p. 791. Sur l'ensemble de la question, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 608, n° 686 1° ; P. GONOD, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP*, 1993, n° 5, p. 1351, spéc. p. 1367 ; I. de SILVA, concl. sur CE, 17 juillet 2009, *Gerbault*, req. n° 303.874, Rec., T., p. 880, *AJDA*, 2009, n° 42, p. 2361.

³⁶⁸⁴ Sur cette idée, voir D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 125, 1977, p. 27 ; G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 121, 2004, p. 8.

Section 2 : La concordance temporelle du droit applicable (r)établie

1027. Introduction et plan. La fonction d'unification de la rétroactivité correspond également à une mise en concordance d'un état initial et d'un état subséquent du droit applicable. Il ne s'agit plus de privilégier l'application du droit nouveau sur celle du droit ancien, mais de réaliser l'unité temporelle du droit en tenant compte de ce qui s'est passé ou aurait dû se passer au cours de la période intermédiaire.

Cette opération s'avère nécessaire chaque fois qu'il se produit un décalage ou une variation dans l'application du droit au cours de la période intermédiaire. En d'autres termes, l'état du droit ne correspond pas, pour une raison ou une autre, à ce qu'il aurait dû être pour la période concernée. Il en résulte une incohérence temporelle dans l'application du droit, à laquelle l'autorité normative entend remédier au moyen de la rétroactivité. Les effets qui ont été produits au cours de la période intermédiaire sont alors retraités en vue d'établir une correspondance avec un état antérieur du droit. À l'issue de cette opération, un seul droit est réputé avoir été appliqué au cours de la période concernée. Il s'agit donc de réaliser l'uniformisation du droit appliqué au cours d'une période donnée.

Le second versant de la fonction d'unification de la rétroactivité est principalement mis en œuvre dans deux situations distinctes. Tantôt il s'agit de donner ou de redonner une certaine cohérence au droit applicable, tantôt il est nécessaire de remettre le droit appliqué en adéquation avec ce qu'il aurait dû être dès le départ. Dans le premier cas de figure, la rétroactivité unifie l'action normative elle-même. Le retraitement des effets produits au cours de la période intermédiaire établit une cohérence dans l'application de la règle de droit. Il a pu un temps exister un décalage dans le régime juridique applicable à un acte ou une situation juridique. La rétroactivité vient alors remettre les seconds en accord avec le premier (§ 1). Dans le second cas de figure, la rétroactivité met en concordance un acte juridique avec l'effet de droit qui aurait dû lui être attaché *ab initio*. En d'autres termes, le retraitement normatif du passé vise à redresser une discordance dans la production d'un effet de droit pour la période intermédiaire. La rétroactivité permet alors de tirer les conséquences juridiques qui auraient pu ou dû être tirées dans le passé (§ 2).

Dans ces deux situations, la rétroactivité va permettre de retraiter au présent les conséquences qu'ont provoqué les différentes variations survenues au cours de la période intermédiaire, de telle manière à rétablir une certaine unité temporelle d'un régime ou d'une situation juridique. De cette opération, il résulte qu'un seul droit a été uniformément appliqué au cours de la période intermédiaire.

§ 1 : La cohérence redonnée *ratione temporis* au droit applicable

1028. Le retraitement normatif du passé peut, en premier lieu, permettre d'attribuer ou de redonner une certaine cohérence dans le temps au droit applicable au cours de la période intermédiaire. C'est dire que le retraitement des effets juridiques produits dans le passé vise à garantir ou rétablir l'unité d'action de l'autorité normative. En creux, cela signifie que la rétroactivité empêche de dissocier dans le temps l'application ou l'interprétation d'une règle de droit au cours d'une période donnée. L'unification temporelle ainsi réalisée par la rétroactivité peut porter sur différents éléments.

Tantôt il s'agira de réaliser l'unité du régime juridique applicable à un acte ou à une situation juridique pour une période déterminée. Cette idée est présente notamment en matière financière et fiscale à travers le principe de l'annualité. Par exemple, les règles de nature fiscale figurant dans la loi de finances votée en fin d'année sont applicables immédiatement aux opérations effectuées au cours de cette même année, alors même que les secondes ont été accomplies, en grande partie, antérieurement à l'intervention des premières³⁶⁸⁵. Suivant une logique similaire, la rétroactivité peut opérer *a posteriori* l'unification dans le temps d'un régime juridique applicable à un acte ou une situation juridique. Une certaine cohérence est alors établie, du point de vue du régime juridique, entre le présent et le passé de l'un ou de l'autre (I).

Tantôt l'opération de remise en cohérence porte sur la norme juridique elle-même. Il s'agit de remédier aux incohérences survenues au cours de la période intermédiaire dans son application de la règle de droit, du fait de l'obscurité ou de l'ambiguïté d'une ou plusieurs de ses dispositions. La rétroactivité permet le retraitement des effets produits au cours de la période intermédiaire par la règle, dont le sens et la portée ont été précisés par l'interprète, de telle manière à ce qu'elle soit désormais regardée comme ayant toujours eu une seule signification. Ce faisant, la rétroactivité réalise l'harmonisation de la signification du droit applicable pour la période intermédiaire (II).

I – L'UNITE DU REGIME JURIDIQUE REALISEE AU MOYEN DE LA RETROACTIVITE

1029. Dans certains cas, la rétroactivité apparaît nécessaire au maintien d'une certaine cohérence de l'action normative. La fonction d'unification de la rétroactivité permet à l'autorité normative de doter un acte ou une situation juridique d'un seul régime pour l'ensemble d'une période donnée. L'uniformisation du régime applicable à un acte juridique ou un ensemble d'opérations au moyen de la rétroactivité est réalisée dans deux situations distinctes.

Dans une première situation, un acte juridique a connu, un temps, un régime juridique qui n'était pas celui que sa nature commandait de lui appliquer. Il en est résulté un décalage entre l'un et l'autre que la rétroactivité vient « gommer » pour la période concernée (A).

Dans une seconde situation, le caractère indissociable de certaines opérations empêchent l'autorité normative de les traiter séparément d'un point de vue temporelle. Cette dimension particulière qu'est susceptible de revêtir la situation doit être prise en compte par l'autorité normative dans l'organisation du régime applicable dans le temps. Le recours à la rétroactivité peut apparaître nécessaire pour l'autorité normative en vue de rétablir l'unité temporelle du régime juridique régissant la situation en cause, chaque fois que celle-ci a été méconnue par celle-là (B).

Dans un cas comme dans l'autre, la rétroactivité réalise bien la cohérence de l'action normative en permettant l'unification des effets juridiques produits au cours de la période intermédiaire.

³⁶⁸⁵ Sur ce point, voir, plus haut, p. 80 et s., n° 115 et s., spéc. p. 88 et s., n° 128 et s.

A/ L'unité du régime applicable à un acte juridique

1030. Dans certaines hypothèses, la rétroactivité réalise l'unification du régime applicable à un acte juridique au cours d'une période déterminée. On retrouve cette idée en matière de ratification législative, lorsque cette dernière a été organisée par un texte. On raisonnera ici principalement à partir de l'exemple de la procédure de la législation déléguée prévue à l'article 38 de la Constitution de 1958. On peut également estimer que la rétroactivité joue un rôle identique en matière de régulation budgétaire.

1031. On sait que le législateur peut autoriser, sur le fondement de cette disposition, l'exécutif à intervenir dans les matières relevant de l'article 34 de la Constitution pour une durée déterminée. La loi d'habilitation ouvre alors une période au cours de laquelle des dispositions matériellement législatives seront adoptées par une autorité administrative. À la fin de la période, le législateur sera susceptible de reprendre à son compte les actes édictés par l'exécutif par le biais du mécanisme de la ratification. Entre ces deux moments, les ordonnances prises en vertu de l'habilitation législative demeurent des actes formellement administratifs et, en tant que tels, sont soumises au régime correspondant. Ce n'est qu'une fois qu'elles auront été explicitement ou implicitement ratifiées par le législateur que ce dernier se réappropriera, avec effet rétroactif, leur contenu. En d'autres termes, la ratification transforme rétroactivement l'ordonnance en acte de forme législative, ce qui a pour conséquence de modifier sa valeur et son régime juridique³⁶⁸⁶.

1032. La rétroactivité de la ratification va alors faire correspondre pour la période intermédiaire, comprise comme celle qui sépare l'édition de l'ordonnance de sa ratification par le législateur, la nature de l'acte avec le régime qui aurait normalement dû lui être appliqué, s'il n'avait pas été dérogé temporairement à l'ordre des compétences³⁶⁸⁷. La loi d'habilitation a ouvert une parenthèse à compter de laquelle ces éléments sont, pour un temps, dissociés. La loi de ratification referme cette parenthèse en les faisant à nouveau coïncider. La rétroactivité qui lui est attachée permet de considérer qu'ils n'ont jamais été séparés. En d'autres termes, les effets produits par l'ordonnance ratifiée au cours de la période intermédiaire vont être retraités de telle manière à rétablir l'ordre des compétences et, par là, une certaine cohérence de l'action normative. Jusqu'à la ratification, les effets de l'ordonnance ont été traités, à titre provisoire, comme ceux d'un acte administratif, alors même que son contenu est matériellement législatif. Après la ratification, le jeu de la rétroactivité impose de regarder ces mêmes effets comme ayant toujours été ceux d'un acte de valeur législative. Il s'ensuit qu'au moyen de la rétroactivité, il est opéré une unification du régime applicable à un acte juridique pour la période intermédiaire. Ce faisant, la rétroactivité empêche qu'un acte juridique connaisse, suivant les époques, plusieurs régimes juridiques. À ce double égard, la rétroactivité maintient une certaine cohérence

1033. C'est principalement à travers le régime contentieux de l'ordonnance que les conséquences de la rétroactivité unificatrice de la ratification peuvent être mesurées. Au cours de la période intermédiaire,

³⁶⁸⁶ Sur l'ensemble de ces points, voir, plus haut, p. 110, n° 157.

³⁶⁸⁷ D. COSTA, note sous CE, 23 octobre 2002, *Société "Laboratoires Juva Santé"*, *AJDA*, 2003, n° 1, p. 27, spéc. p. 28. Pour un ex, cf. CE, 27 mai 2002, *SA Transolver Service*, req. n° 227.338, Rec., p. 176, *D.*, 2002, n° 27, p. 2188, obs. A. LIENHARD, *RTDCiv.*, 2002, p. 592, obs. N. MOLFESSIS, *RTDCom.*, 2003, n° 2, p. 372, note A. MARTIN-SERF.

l'ordonnance, acte matériellement législatif mais formellement administratif, était justiciable du Conseil d'État. Par l'effet de la ratification, l'ordonnance ratifiée acquiert valeur législative et, en tant que telle, n'est plus susceptible de recours devant le juge administratif. Il s'ensuit que les recours contentieux introduits à son encontre antérieurement à la ratification perdent leur objet, dès lors que ces derniers sont désormais dirigés contre un acte auquel une forme législative a été attribuée dès son édicton. Le juge est alors amené à prononcer un non-lieu législatif pour toutes les instances pendantes au moment de la ratification³⁶⁸⁸.

1034. Dans une perspective similaire, la rétroactivité attachée à la ratification législative des décrets d'avance adoptés par le Gouvernement en cours d'exécution du budget permet de rétablir l'ordre naturel des compétences que l'urgence a conduit, un temps, à écarter. Le mécanisme de régulation budgétaire que constitue la pratique des décrets d'avance déroge aux règles de compétences réservant au seul législateur l'autorisation de la dépense publique. Or, en vertu du principe d'annualité, cette autorisation doit être unique et préalable à l'ouverture de l'exercice budgétaire. Néanmoins, les textes ont aménagé la possibilité pour l'exécutif de décider en cours d'exercice de dépenses supplémentaires non prévues par l'autorisation initiale, en cas d'urgence et à condition que leur montant total soit inférieur à un pour cent du total des crédits budgétaires³⁶⁸⁹. L'autorisation primitive est alors provisoirement modifiée, sous réserve d'une ratification ultérieurement opérée par la plus prochaine des lois de finances de l'exercice.

De la même manière que précédemment, la rétroactivité permet de faire correspondre, pour la période séparant l'édiction du décret d'avance de sa ratification par le Parlement, la nature de l'acte avec le régime juridique qui aurait dû lui être appliqué.

L'unité temporelle du régime applicable obtenue grâce au retraitement des effets produits au cours de la période intermédiaire peut également concerner des situations juridiques dont les différents éléments ne sauraient être dissociés.

B/ L'unité du régime applicable à un ensemble d'opérations indissociable

1035. Au titre de sa fonction d'unification, la rétroactivité peut également permettre d'uniformiser dans le temps le régime applicable à des activités ou à des opérations qui doivent nécessairement se dérouler à l'intérieur d'une période déterminée. En raison des conditions particulières dans lesquelles elle prend place, l'activité ou l'opération représente, d'un point de vue temporel, un ensemble indivisible, dont il doit être tenu compte lors de la fixation de son régime. C'est dire que l'élément temporel fait partie intégrante de la situation juridique qu'entend régir l'autorité normative. Lorsque

³⁶⁸⁸ CE, 7 février 1994, *Ghez*, req. n° 84.933, Rec., p. 55, *AJDA*, 1994, n° 5, p. 412, note G. J. GUGLIELMI, *Juris-PTT*, 1994, n° 38, p. 8, note Y. GAUDEMET ; 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*, req. n° 199.072, 199.135 et 199.761, Rec., p. 584, *AJDA*, 2000, n° 12, p. 985, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *Dr. adm.*, 2001, n° 3, p. 29, note C. MAUGÜÉ, *RFDA*, 2001, n° 2, p. 454, concl. C. MAUGÜÉ, *RRJ*, 2002, n° 2, p. 1083, note L. BENOIT ; 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, req. n° 269.814, Rec., p. 393, *AJDA*, 2004, n° 43, p. 2383, chr. C. LANDAIS et F. LENICA et 2005, n° 1, p. 16, étude D. LINOTTE, *BJCP*, 2005, n° 38, p. 65 et *RFDA*, 2004, n° 6, p. 1103, concl. D. CASAS, *Dr. adm.*, 2005, n° 1, p. 22, note A. MÉNÉMÉNIS. Voir également, C. BOYER-MÉRENTIER, thèse préc., pp. 212-213.

³⁶⁸⁹ Art. 13 de la loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances (JORF n° 177 du 2 août 2001, p. 12480). Sur cette question, voir, notamment, p. 85, n° 124 et p. 87, n° 126. Voir également, G. CHAMPAGNE, « la pratique des décrets d'avance sous la V^e République », *RDP*, 1983, n° 3, p. 983, spéc. p. 1013.

cette dernière viendra fixer les règles applicables, la réglementation nouvelle produira son effet pour l'ensemble de la période concernée.

Cela signifie que chaque fois qu'un décalage temporel survient entre le début de la période et l'édition de la règle qui l'organise, il s'avère alors nécessaire de recourir à la rétroactivité pour rétablir une concordance dans le temps entre le moment où l'opération ou l'activité en cause a commencé à se réaliser et le régime juridique qui lui est applicable.

1036. De manière tout à fait exceptionnelle, la rétroactivité de la loi est parfois rendue nécessaire en raison de la situation créée par les lenteurs de la procédure parlementaire d'adoption du budget ou des conséquences découlant de la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de finances. Parce que cette dernière est adoptée en toute fin d'année, un décalage temporel est susceptible de se produire entre l'entrée en vigueur de la loi de finances et le début de l'exercice budgétaire et fiscal qu'elle régit. Or, le principe d'annualité interdit les autorisations budgétaire et fiscale *infra annuelles*³⁶⁹⁰, marquant par là le caractère intangible, d'un point de vue temporel, de la période au cours de laquelle les opérations budgétaire et fiscale doivent se dérouler. Dès lors, la rétroactivité doit être sollicitée pour rétablir l'unité du régime juridique applicable à l'exercice budgétaire et fiscal rythmé par le principe d'annualité³⁶⁹¹.

1037. La rétroactivité est également amenée à jouer un rôle similaire, lorsqu'en raison du lien indissociable qui les unit, des activités ou opérations menées au cours d'une période déterminée doivent recevoir un traitement identique du point de vue du régime applicable. En cas de retard de l'autorité normative dans la réglementation de l'activité ou des opérations en cause par rapport au début de la période au sein de laquelle celles-ci doivent nécessairement s'insérer, un décalage s'instaure que seul le recours à la rétroactivité permettra d'effacer. Faute pour l'autorité normative de pouvoir réviser la portion de la période qui précède son intervention, on aboutirait à une situation de rupture d'égalité entre les personnes qui accomplissent les opérations ou exercent les activités formant un tout indissociable.

Comme on l'a vu précédemment, l'admission par la jurisprudence de la rétroactivité des règlements administratifs organisant les campagnes agricoles peut être expliquée suivant cette logique. Dès lors que chaque campagne constitue un ensemble indissociable, le règlement organisant la campagne de production peut valablement produire un effet rétroactif lorsqu'il intervient alors que celle-ci a déjà débuté. La rétroactivité ainsi prescrite permet de rétablir une unité temporelle du régime applicable pour toute la durée de la campagne, de telle manière à ce que toutes les opérations effectuées au cours de la période concernée soient soumises au respect d'une règle commune, indépendamment du stade auquel celle-ci est concrètement intervenue³⁶⁹². C'est dire que la fonction d'unification de la

³⁶⁹⁰ Sur ce point, voir G. ORSONI, *Science et législation financières*, Paris, Economica, coll. Corpus Droit public, 2005, p. 278, n° 278.

³⁶⁹¹ Pour des ex. en matière budgétaire, cf. la loi n° 62-1529 du 22 décembre 1962, portant loi de finances pour 1963 (1^{ère} partie : conditions générales de l'équilibre financier) (JORF du 25 décembre 1962, p. 12538) et loi n° 63-156 du 23 février 1963 portant loi de finances pour 1963 (2^{ème} partie : moyens des services et dispositions spéciales) (JORF du 24 février 1963, p. 1818) ; C.Const., déc. n° 79-110 DC, 24 décembre 1979, *Loi de finances pour 1980*, Rec., p. 36, *GDCC* n° 11, *AJDA*, 1980, n° 6, p. 356, note C. FRANCK, *D.*, 1980, J., p. 381, note L. HAMON, *RDP*, 1980, n° 5, p. 1373, chr. L. PHILIP ; en matière fiscale, CE, Ass., 5 janvier 1934, *Bodard, S.*, 1934, III, p. 52 ; art. 8-1 de la loi n° 76-539 du 22 juin 1976, de finances rectificative pour 1976 (JORF du 23 juin 1976, p. 3739) ; loi n° 80-30 du 18 janvier 1980 (JORF du 19 janvier 1980, p. 147). Sur l'ensemble de la question, voir F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, *La Constitution de la République française*, préc., pp. 1156-1157 ; É. DOUAT et X. BADIN, *Finances publiques*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 3^e éd., 2006, pp. 217-218.

³⁶⁹² CE, Ass., 8 juin 1979, *Confédération générale des planteurs de betterave*, req. n° 04.188, Rec., p. 269, *RJF*, 1979, n° 11, p. 393, *Rev. dr. rural*, 1981, n° 92, p. 8, p. 9, chr. J.-F. LACHAUME ; 26 février 1988, *Fédération nationale des producteurs de lait*, req. n° 65.387, Rec., p. 83 ; 31 octobre 1990, *Syndicat national des industriels de l'alimentation animale*, req. n° 92.091, Rec., p. 301, *DF*,

rétroactivité autorise l'autorité normative à tenir compte dans son action du caractère indivisible des faits et/ou des actes qu'elle entend régir³⁶⁹³.

Une même idée conduit la jurisprudence administrative à admettre la rétroactivité des règles gouvernant le service et la rémunération de certains personnels enseignants. Dès lors que les activités d'enseignement doivent avoir lieu suivant une périodicité particulière et dans la limite d'une durée maximale d'enseignement pour chaque période concernée, il doit être tenu compte du caractère indissociable de ces éléments dans la détermination des règles applicables. Dans l'éventualité où la réglementation interviendrait après le début de la période, il sera nécessaire de recourir à la rétroactivité en vue de garantir l'unité du régime applicable aux activités d'enseignement exercées au cours d'une même année scolaire³⁶⁹⁴.

L'incohérence temporelle que permet de dissoudre la rétroactivité ne résulte pas nécessairement d'une discordance entre un acte ou une situation juridique et le régime qui doit lui être appliqué. Elle peut être interne à l'acte juridique. L'opération d'unification portera alors sur la signification même de la norme juridique.

II – L'HARMONISATION DE LA SIGNIFICATION DU DROIT APPLICABLE OPEREE AU MOYEN DE LA RETROACTIVITE

1038. La rétroactivité des normes interprétatives remplit une fonction d'harmonisation de l'application dans le temps d'un texte préexistant, qu'une rédaction imparfaite a exposé à des incertitudes ou des controverses au cours de la période intermédiaire. L'interprétation constitue un moyen de refermer une période d'incertitude dans le droit en fixant le sens et la portée d'une disposition textuelle préexistante. Au cours de la période intermédiaire, entendue comme celle qui sépare l'entrée en vigueur de la disposition interprétée de l'édiction de la norme interprétative, la mise en œuvre de cette disposition a pu être source de difficultés pour les organes d'application du droit ou de controverses entre eux. L'effet de la norme interprétative remontant de plein droit au jour de l'entrée en vigueur du texte interprété, la période d'incertitude s'efface à la faveur de l'établissement d'une unité temporelle de signification de l'énoncé normatif visé.

Cette idée se retrouve dans la fiction d'incorporation de la norme interprétative à la norme interprétée héritée de la conception classique de l'interprétation, laquelle n'a pas totalement disparu en droit positif³⁶⁹⁵. L'identité d'objet unissant les deux normes induit une coïncidence de leur champ d'application temporel, ce qui explique la rétroactivité de plein droit attachée à la norme interprétative

1991, n° 39, p. 1344, concl. M.-D. HAGELSTEEN, *RJF*, 1990, n° 12, p. 815, chr. J. TUROT ; 19 juin 1992, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles (FDSEA) des Côtes-du-Nord*, req. n° 65.432 et 65.632, Rec., T., p. 695, *Rev. dr. rural*, 1992, p. 376, concl. M. POCHARD ; 2 octobre 1992, *FDSEA des Côtes-du-Nord*, req. n° 72.232, Rec., T., p. 734 ; 1^{er} octobre 1993, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles (FDSEA) des Côtes-du-Nord*, req. n° 95.249 ; 29 juillet 1994, *Comité national apicole de défense et de recours*, req. n° 120.779 ; 16 février 2001, *Association de protection d'après les lois européennes des récoltants, récoltants-manipulants, négociants, négociants-manipulants et courtiers en vins de Champagne*, req. n° 193.369, *RJF*, 2001, comm. 727 ; 11 février 2002, *Société d'armement à la pêche Jégo-Quéré et autres*, req. n° 220.569, 222.998 et 228.968, Rec., T., p. 893 ; 10 août 2005, *Syndicat régional des pisciculteurs du Massif central et Association de défense des intérêts des pisciculteurs (ADIP)*, req. n° 253.171 et 253.196, Rec., T., p. 1062, *Rev. dr. rural*, 2005, n° 337, p. 42, concl. Y. AGUILA.

³⁶⁹³ Voir, dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 294, n° 371.

³⁶⁹⁴ Cf., par ex., CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, req. n° 08.003, Rec., p. 41, *RD*, 1980, n° 2, p. 523, note M. WALINE.

³⁶⁹⁵ Sur ce point, cf., plus haut, p. 125, n° 174.

subséquente. Il s'ensuit que le sens ultérieurement donné au texte initial devient, comme dans la théorie classique, celui qui aurait dû dès le départ être le sien. En d'autres termes, la rétroactivité rétablit une concordance temporelle dans la signification d'un énoncé normatif : le sens et la portée qui sont désormais ceux du texte interprété sont également ceux qui auraient dû lui être attribués *ab initio*. C'est également cette même identité qui limite la portée novatrice de la norme interprétative et qui conduit à ne pas la regarder comme une norme entièrement nouvelle. De l'effet propre à la norme interprétative, il résulte donc qu'à compter du moment où cette dernière aura été rendue observable, telle signification devra être attachée à tel énoncé, par préférence à toute autre, comme s'il n'en avait jamais existé aucune autre.

Au moyen de la rétroactivité, l'autorité interprétative redresse une imperfection textuelle originelle – que la disposition en cause ait présenté une ambiguïté, des lacunes ou des antinomies –, de telle manière à ce que celle-ci soit réputée avoir été dépourvue *ab initio* de l'une ou des autres. À l'issue de cette opération, la signification accordée à la disposition en cause doit désormais être regardée comme étant la seule qui ait toujours prévalu. Ce faisant, la rétroactivité réalise, pour la période intermédiaire, l'uniformisation du sens et de la portée d'un énoncé normatif préexistant.

1039. La rétroactivité interprétative est amenée à remplir cette fonction d'harmonisation principalement dans deux situations. D'abord, l'autorité normative peut vouloir remédier à une période d'incertitude dans l'application du texte interprété qui a succédé à son adoption. Ensuite, elle peut entendre mettre fin à une période de controverses sur la signification et la portée d'un texte, en arbitrant entre les interprétations concurrentes qui ont été délivrées au cours de la période intermédiaire.

1040. Dans une première situation, l'interprète intervient *a posteriori* pour résoudre une difficulté que l'application d'une disposition a révélée, en effectuant un choix de signification parmi les différents sens possibles de l'énoncé qu'elle contient. L'écart temporel séparant l'intervention du texte initial de son interprétation correspond ainsi au délai nécessaire pour « décanter » le sens précis et/ou l'exacte portée qu'il revêt, ou pour dissiper l'obscurité ou l'ambiguïté qu'il recèle. La rétroactivité attachée à l'interprétation permet de « gommer » la période d'incertitude au cours de laquelle la disposition interprétée n'a pu recevoir qu'une application hésitante et sujette à variations. En cela, elle est un vecteur de sécurité juridique, dont les destinataires de la norme ont pu, un temps, être privés³⁶⁹⁶.

Cette finalité clarificatrice des normes applicables est celle généralement reconnue à l'interprétation produite par les organes d'application du droit. Au sein de la pluralité des interprètes, les tribunaux sont le siège privilégié de cette rétroactivité interprétative, ne serait-ce que parce qu'ils détiennent le « dernier mot » dans l'application du texte sujet à controverses. Si l'interprétation administrative y tient également une place importante en pratique, sa portée normative reste cependant limitée et, en tout état de cause, subordonnée à celle délivrée par le juge³⁶⁹⁷. Beaucoup plus rarement,

³⁶⁹⁶ Sur ce point, cf. P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, Paris, Dalloz et Sirey, 2^e éd., 1960, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 254, n^o 58.

³⁶⁹⁷ En effet, l'interprétation d'un texte délivrée par l'administration est toujours subordonnée et précaire, dès lors que c'est le juge, interprète légitime du droit, qui aura le dernier mot (sur ce point, voir J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, PUAM, 1995, p. 118 ; P. COMBEAU, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », *RFDA*, 2004, n^o 6, p. 1069, spéc. p. 1073 ; Y. GAUDEMET, « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », in P. AMSELEK (dir.), *op. cit.*, p. 205 ; cf., auparavant, J.-É.-M. PORTALIS, *Discours et rapports sur le code civil*, Presses universitaires de Caen, Bibliothèque de philosophie politique et

l'interprétation peut être l'œuvre de l'auteur du texte lui-même. De fait, lorsque celui-ci y procède, c'est pour consacrer une solution que la jurisprudence aurait pu elle-même adopter³⁶⁹⁸. Parce qu'elle est mise au service d'une meilleure application de la règle de droit, la rétroactivité de l'interprétation n'apparaît guère contestable. En « levant le voile » de l'ambiguïté pesant sur un texte donné, elle en assure une application uniforme et désormais univoque.

1041. Dans une seconde situation, l'interprète intervient, par voie d'autorité, pour arbitrer entre plusieurs significations concurrentes qui ont pu être données à la disposition en cause au cours de la période intermédiaire. L'interprète authentique entend y remédier en « *arrêtant la dérive des significations* »³⁶⁹⁹. Par exemple, c'est afin de corriger un oubli commis à l'occasion de la mise en place du régime de la taxe professionnelle unique (TPU) en 1999 que le législateur est venu, trois années plus tard, éclairer rétroactivement les modalités de calcul de l'attribution compensatoire versée aux communes à raison des pertes fiscales subies à l'occasion de la succession d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre à l'ancienne structure de coopération³⁷⁰⁰. Jusqu'à l'intervention de la loi interprétative, les dispositions régissant la TPU recelaient une ambiguïté en ce qu'elles ne précisaient pas si le calcul de la compensation financière devait ou non tenir compte des reversements partiels que les communes membres avaient effectués de façon contractuelle avant la mise en place du nouveau régime de taxe professionnelle. Il en résultait un conflit d'interprétation entre certains élus locaux et les services préfectoraux sur la lecture à retenir de l'article 1609 *nonies C* du CGI³⁷⁰¹, la méthode de calcul finalement choisie par l'assemblée délibérante de l'EPCI étant susceptible de faire varier considérablement le montant de la compensation versées aux communes membres. En interprétant cette disposition dans le sens d'une exclusion des fractions de taxe professionnelle antérieurement reversées par les communes du calcul de l'attribution compensatoire, le législateur a donc imposé une signification unique pour l'ensemble de la période intermédiaire de la norme applicable. Ce faisant, l'intervention de l'auteur du texte a mis un terme aux divergences entre les organes d'application du droit qu'ont occasionnées les difficultés de mise en œuvre du texte au cours de sa période d'application.

Il n'en va pas différemment lorsque le législateur entend combattre une jurisprudence qu'il estime, plus ou moins opportunément, contraire à l'esprit de la loi ou lorsque celui-là intervient pour

juridique, 2010, pp. 72-73). De surcroît, le juge n'est pas tenu par les qualifications données par le pouvoir réglementaire lui-même en matière d'interprétation de la loi ou d'un précédent règlement (cf., plus haut, p. 225, n° 290).

³⁶⁹⁸ Cf., en ce sens, P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 260-261, n° 58. Il en va ainsi, par ex., des lois de définition (CE, 30 juillet 1920, *Bonnefoy*, Rec., p. 776, D., 1920, III, p. 33, note E. BESSON ; 8 juin 1937, *Chambre des métiers du département des Deux-Sèvres*, Rec., p. 569 ; 30 juin 1944, *Chambre des métiers du Maine-et-Loire et Sieur Davy*, Rec., p. 187), des lois « rectificatives », dont l'objet est de supprimer une discordance entre la lettre d'une disposition et l'intention de l'auteur (CE, Sect., 7 janvier 1927, *Dame Bajoux* (6^e esp.), Rec., p. 39, S., 1927, III, p. 142, RDP, 1927, n° 3, p. 496, concl. R. RIVET et note G. JÈZE ; Sect. 5 mai 1950, *Sieur Mosconi*, Rec., p. 263) et, encore plus rarement, d'actes administratifs précisant le sens et la portée d'actes antérieurs (CE, 23 janvier 1925, *Fédération des mutilés du Maine-et-Loire*, Rec., p. 76 ; 24 novembre 1976, *Jason et autres*, req. n° 01.623, Rec., T., p. 721). Sur ces différents points, voir également J. PETIT, thèse préc., p. 303 et s., n° 623 et s.

³⁶⁹⁹ J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, préc., p. 115.

³⁷⁰⁰ Comp. la rédaction du 3^e du V de l'article 1609 *nonies C* du CGI issue de l'art. 86-II de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999, relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale (JORF n° 160 du 13 juillet 1999, p. 10361) avec celle enrichie par l'art. 51 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité (JORF du 28 février 2002, p. 3808). Sur le caractère interprétatif de la loi de 2002, cf. CE, 9 mai 2005, *Communauté de communes du bassin de Lons-le-Saunier*, req. n° 264.551, Rec., T., p. 724, BJCL, 2005, n° 7, p. 479, concl. F. SÉNERS, JCP CTI, 2005, n° 10, p. 31, note L. ERSTEIN, RDF, 2005, n° 30-35, p. 1316, RJF, 2005, n° 7, p. 8261.

³⁷⁰¹ Cf. F. SÉNERS, concl. sur CE, 9 mai 2005, *Communauté de communes du bassin de Lons-le-Saunier*, préc., BJCL, 2005, n° 7, p. 479, spéc. p. 480.

résoudre des divergences de jurisprudence survenues à l'occasion de l'application de celle-ci³⁷⁰². À l'inverse, le législateur peut tout aussi bien consacrer *a posteriori* l'interprétation donnée par les tribunaux d'une disposition³⁷⁰³. La rétroactivité interprétative joue, à cette occasion, le rôle de régulateur des rapports entre le législateur et le juge³⁷⁰⁴.

1042. Qu'elle émane de l'auteur du texte ou de l'organe d'application du droit, la rétroactivité de la norme interprétative emporte des conséquences non négligeables sur l'ordonnement juridique. L'opération d'unification de la signification et de la portée de la norme interprétée annihile toute autre interprétation émise au cours de la période intermédiaire. Dans cette mesure, elle est susceptible d'entraîner la remise en cause des situations constituées sur le fondement de l'interprétation ayant prévalu au cours de la période intermédiaire, dans ce qu'elles ont de contraire à la nouvelle interprétation.

Par exemple, l'adoption d'une loi interprétative a pour conséquence de rendre les actes et comportements réputés jusque-là conformes à l'ancienne interprétation de la loi initiale, irréguliers *ab initio*. De même, les textes faisant application de cette ancienne interprétation se trouvent privés de leur portée, en ce qu'ils ont de contraire à la nouvelle interprétation. À l'inverse, lorsque l'interprétation antérieure avait abouti à regarder ces mêmes actes et comportements comme irréguliers, la nouvelle interprétation leur confère rétroactivement un fondement légal³⁷⁰⁵. De surcroît, comme il a été souligné plus tôt, la loi interprétative s'applique, sauf disposition expresse contraire, à l'ensemble des procédures en cours au jour de sa publication. La jurisprudence judiciaire va même plus loin en admettant que la loi interprétative nouvelle puisse recevoir application même au stade de la cassation³⁷⁰⁶.

³⁷⁰² Sur ce point, plus haut, p. 123 et s., n° 170 et s., ainsi que les ex. cités. Sur cette question, voir J. BARTHÉLÉMY, « De l'interprétation des lois par le législateur : à propos de l'interprétation de l'article 9 § 2 de la loi du 9 décembre 1905 par la loi du 4 avril 1908 », *RDP*, 1908, n° 3, p. 456 ; L. DI QUAL, « Des actes interprétatifs publics non juridictionnels et de leur autorité à l'égard du juge », *D.*, 1964, chr., p. 37 ; L. DUGUIT, « La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois », *RDP*, 1910, n° 4, p. 764 ; J. LEMONTEY, « La Cour de cassation, la Constitution et l'application de la loi dans le temps en matière non répressive. L'application des principes constitutionnels par la Cour de cassation : lois interprétatives et lois de validation », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 147 ; P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges en l'honneur de R. SAVATIER*, Paris, Dalloz, 1965, p. 603 ; X. PRÉTOT, « Le législateur peut-il s'opposer rétroactivement à la jurisprudence ? ou de la disparition des lois interprétatives... », *RJS*, 2004, n° 5, p. 343. Pour d'autres ex., cf. CE, 5 mars 1986, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE)*, req. n° 42.502 et 42.504 à 42.508, Rec., T., p. 463 (sol. impl.) ; 30 mai 1980, *Ministre délégué à l'Économie et aux Finances c/ Société "Le grand casino d'Aix-les-Bains"*, req. n° 06.962, Rec., p. 250.

³⁷⁰³ CE, Sect., 8 février 1974, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles de l'Eure*, req. n° 85.809, Rec., p. 90, *JCP G*, 1974, II, 17820, note J.-M. MARCHAND. Sur ce point, voir J. PETIT, thèse préc., p. 302, n° 620.

³⁷⁰⁴ Comme le rappelait à nouveau Portalis, « Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence : il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger » (J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 72).

³⁷⁰⁵ Sur le premier point, voir Cass. Crim., 21 octobre 1943, Bull. Crim., n° 102 ; CE, 30 juin 1982, *SARL "C.O. Plan"*, req. n° 30.818 ; 5 mars 1997, *Société "Compagnie de Saint-Gobain"*, req. n° 126.166, Rec., T., p. 790, *BDCF*, 1997, n° 2, p. 71 et *DF*, 1997, n° 25, p. 839, concl. G. GOULARD, *RJF*, 1997, n° 4, p. 235 ; 14 novembre 1952, *Association des porteurs de valeurs de charbonnage*, Rec., p. 515. Sur le second point, voir CE, 8 mars 1967, *Leux*, req. n° 65.251, Rec., p. 107 ; 23 janvier 1980, *Sacrez*, req. n° 18.914, Rec., T., p. 591 ; 14 décembre 1983, *Commune de Brionne*, req. n° 36.897, Rec., p. 511, *CJEG*, 1984, p. 99, concl. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE ; 7 janvier 2000, *SA Wintherthur*, req. n° 186.924, Rec., T. p. 952, *BDCF*, 2000, n° 2, concl. G. BACHELIER, *RJF*, 2000, n° 2, p. 134. Sur l'ensemble de la question, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 141, n° 192 ; G. GEST, « Droit de reprise de l'administration et lois fiscales rétroactives », *RFC*, 1993, n° 245, p. 52.

³⁷⁰⁶ Sur cette question, ainsi que sur la position contraire du juge administratif et du Conseil constitutionnel, voir, plus haut, p. 128, n° 179. Cf., par ex., Cass. Req., 20 janvier 1920, *Parison c/ Époux Parison* (sol. *a contrario*), *D.*, 1921, I, p. 129, note A. ROUAST ; Soc., 19 juin 1963, *Dame Chantelouze c/ Époux Vouaux*, préc. ; 13 mai 1985, *Syndicat CGT et Société française Hæchts*, pourv. n° 84-60.728 et 84-60.860, Bull. Civ. V, n° 291, p. 208. Toutefois, l'application rétroactive de la loi interprétative n'est possible au stade de la cassation que sous la stricte réserve de ne pas porter atteinte aux droits reconnus par une décision de justice passée en force de chose jugée (Cass. Ass. Plén., 21 décembre 1990, *Directeur général des Impôts c/ Société Roval*, pourv. n° 88-15.744, Bull. AP n° 12, p. 23 *D.*, 1990, J., p. 305, concl. DONTENWILLE, *DF*, 1991, p. 614).

Il ne faut cependant pas surestimer les conséquences néfastes de la rétroactivité interprétative. Dans ce cas de figure, la rétroactivité de la disposition interprétative trouve néanmoins sa limite dans le respect dû à la chose définitivement jugée par les tribunaux³⁷⁰⁷.

L'opération d'unification réalisée au moyen de la rétroactivité ne permet pas seulement de résoudre les incohérences du droit applicable, elle sert également à rétablir la synchronie entre un acte juridique et ses effets.

§ 2 : La mise en adéquation du droit applicable avec un état antérieur

1043. Le retraitement normatif du passé peut servir à réaliser la mise en adéquation *ratione temporis* du droit applicable avec un état antérieur, qui aurait dû être le sien tout au long de la période intermédiaire. Il s'agit de faire correspondre le droit appliqué au cours de cette période avec le droit qui aurait dû ou aurait pu être appliqué *ab initio*. En d'autres termes, la rétroactivité permet de remédier à un décalage ou une discordance survenue au cours de cette période dans la production d'un effet de droit, soit que ce dernier n'ait pas été celui qui était prévu à l'origine, soit que son déclenchement ait été retardé, volontairement ou involontairement. En faisant coïncider le moment où l'effet de droit s'est concrètement produit avec un moment antérieur dans la chronologie, la rétroactivité réalise l'unification des effets intervenus au cours de la période intermédiaire, de telle manière à ce qu'une correspondance dans le temps soit établie entre un état antérieur et un état actuel du droit.

La rétroactivité est appelée à jouer ce rôle d'unification dans deux cas de figure distincts. D'un côté, elle autorise l'autorité normative à effacer un décalage temporel qui s'est établi entre le moment où un effet de droit devait se produire et l'instant où il est concrètement survenu. L'effet de droit ne s'est pas déclenché au moment où il aurait dû et il convient de remettre en adéquation la période intermédiaire avec ce qu'elle aurait dû être si l'effet de droit s'était immédiatement produit (I). De l'autre, c'est l'acte juridique qui ne correspond pas à ce qu'il devrait être, si bien que les effets qui en sont découlés diffèrent de ceux envisagés au départ. Il s'agit alors d'éliminer cette discordance en vue de rétablir les conséquences juridiques initialement prévues par l'autorité normative pour la période intermédiaire (II). Dans ces deux cas de figure, la rétroactivité permet de retraiter les effets survenus au cours de cette période, de telle manière à mettre en adéquation la situation actuelle avec ce qu'elle aurait dû être dès le départ.

³⁷⁰⁷ C'est là une des conséquences du principe d'interprétation stricte des lois interprétatives (sur ce point, cf., plus haut, p. 404, n° 509). Pour des ex., cf., outre les références citées à la note précédente, CE, 30 juillet 1920, *Bonnefoy*, Rec., p. 776, *D.*, 1920, III, p. 33, note E. BESSON ; Sect., 8 octobre 1965, *Richard*, req. n° 63.137, Rec., p. 500 ; 24 mai 1982, *SCI X...*, req. n° 36.730 et 35.190, *DF*, 1982, comm. 18175 ; 5 mars 1986, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE)*, req. n° 42.502 et 42.504 à 42.508, Rec., T., p. 463 (sol. impl.) ; C.Const., déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 23-24, Rec., p. 82, *Pouvoirs*, 1992, n° 60, p. 204, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1992, p. 50, chr. D. ROUSSEAU, *RFDC*, 1991, n° 8, p. 722, note L. PHILIP. Cf. également, art. 18-II de la loi n° 93-1353 du 30 décembre 1993, de finances rectificative pour 1993 (JORF du 31 décembre 1993, p. 18521 ; CE, Avis, 23 novembre 1998, *Société d'exploitation de la clinique Ker-Lena*, req. n° 197.839, Rec., p. 431, *BDCF*, 1998, n° 6, p. 46 et *RDF*, 1999, n° 12, p. 512, concl. G. GOULARD, *RJF*, 1998, n° 12, p. 935, chr. E. MIGNON ; 29 juin 2001, *SA Banque Sudameris*, req. n° 176.105, Rec., p. 315, *BDCF*, 2001, n° 10, p. 11, *RDF*, 2001, n° 49, p. 1619 et *RJF*, 2001, n° 10, p. 811, concl. G. GOULARD), art. 34-II de la loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001, de finances rectificative pour 2001 (JORF n° 302 du 29 décembre 2001, p. 21133).

I – LA NEUTRALISATION DU DECALAGE TEMPOREL INTERVENU DANS LE DECLENCHEMENT DE L'EFFET DE DROIT AU MOYEN DE LA RETROACTIVITE

1044. Au titre de sa fonction d'unification, la rétroactivité permet de neutraliser le décalage temporel qui a pu, un temps, s'instaurer entre le moment où un effet de droit aurait dû se produire et celui où il s'est effectivement déclenché. Plus précisément, un effet de droit ne s'est pas, pour une raison ou une autre, immédiatement produit, si bien qu'il convient de rétablir, pour le passé, une correspondance entre ce qu'a été l'état du droit avec ce qu'il aurait dû être le temps qu'a duré cette distorsion temporelle. La rétroactivité réalisera alors l'unification des effets de droit pour la période intermédiaire, de telle manière à mettre en adéquation l'état actuel du droit appliqué avec un état antérieur.

La fonction d'unification qu'assure la rétroactivité en permettant la correction d'un décalage temporel qui s'est antérieurement établi doit être nettement distinguée d'un autre aspect du phénomène, qui concerne la fonction de correction que la rétroactivité est appelée à remplir au service du principe du respect du droit. Dans certaines hypothèses, l'autorité normative intervient pour combler rétroactivement un vide juridique constitutif d'une illégalité³⁷⁰⁸. Dans ce dernier cas, l'autorité normative entend remédier à sa propre carence ou à la sanction de l'irrégularité de l'acte initial, en édictant un acte régulier dont les effets vont couvrir la période intermédiaire. Au moyen de la rétroactivité, on passe alors d'un état antérieur d'illégalité à un état actuel de légalité. D'une certaine façon, le droit est mis en concordance avec ce qu'il aurait dû être si la légalité avait été respectée *ab initio*.

Cependant, la situation envisagée ici est quelque peu différente, dès lors que la fonction qu'est appelée à assurer la rétroactivité, ne poursuit pas une logique de redressement de la légalité, mais de rectification d'une discordance temporelle qui a été constatée *a posteriori* ou provoquée *ex ante*. Il s'agit donc uniquement de rétablir la « concordance des temps », sans préjuger de la légalité de la situation concernée. Concrètement, on envisage ici que le déclenchement de l'effet de droit a été empêché jusqu'à ce qu'un acte juridique soit édicté ou qu'un événement se produise, si bien que lorsque l'un ou l'autre intervient, il faut mettre en accord la période intermédiaire avec ce qu'elle aurait dû être. Dans cette hypothèse, le décalage temporel n'est pas constitutif d'une illégalité, mais résulte bien d'un mécanisme juridique ou de circonstances de fait.

1045. C'est principalement en matière administrative que la rétroactivité est appelée à mettre *a posteriori* en adéquation une situation juridique avec un état du droit donné. Trois hypothèses doivent être distinguées. Dans le premier cas de figure, l'acte déclaratif ou reconnaissant permet l'application de la règle de droit à une situation de fait née antérieurement, à compter du moment même où elle s'est formée, effaçant par là le décalage qui est intervenu dans le passage du fait au droit. Dans un deuxième cas de figure, l'acte conditionnel organise *a priori* un décalage dans le temps du début ou de la fin de l'effet de droit qu'il prévoit. Ce décalage disparaîtra lorsque l'effet de droit se déclenchera concrètement à la suite de la réalisation de l'événement envisagé *ex ante*. Dans un dernier cas de figure, le temps que nécessite l'intervention de l'accord d'une autorité préalablement à l'entrée en vigueur d'un acte juridique crée un décalage entre le moment où ce dernier aurait normalement dû commencer à

³⁷⁰⁸ Cf., plus bas, p. 844 et s., n° 1103 et s.

développer ses effets et l'instant où ceux-ci débiteront concrètement. La rétroactivité de l'approbation permet de neutraliser ce décalage qui résulte de la complexité procédurale de l'action administrative.

1046. Cet aspect de la fonction d'unification de la rétroactivité concerne, d'abord, l'acte déclaratif. Tel est le cas lorsque l'autorité administrative se prononce sur une situation de fait préexistante pour déclarer qu'elle entre dans le champ d'application d'une règle de droit et qu'elle doit, par suite, se voir appliquer le régime juridique correspondant. En d'autres termes, il s'agit de tirer les conséquences *a posteriori* de ce qu'un sujet de droit remplissait, à un moment donné du passé, toutes les conditions pour que la règle de droit puisse lui être appliquée. L'édition d'un acte déclaratif ou reconnaissant établit alors le lien entre la situation de fait et la règle de droit applicable, ce qui permet le déclenchement de l'effet de droit prévu et ce, à compter du moment même où la première aurait dû être soumise au respect de la seconde³⁷⁰⁹. La rétroactivité réalise alors le retraitement de la période intermédiaire, de telle manière à ce que le décalage existant entre le moment où la situation est née et celui où l'effet de droit s'est concrètement produit, disparaisse. À l'issue de cette opération, l'effet de droit correspondant est réputé avoir été attaché *ab initio* à la situation en cause. C'est dire que désormais le passage du fait au droit doit être regardé comme s'étant réalisé à l'instant où il aurait dû spontanément intervenir. Ainsi, la situation de fait est mise en conformité, au moyen de la rétroactivité, avec le droit qui lui était applicable pour l'ensemble de la période intermédiaire.

Par exemple, dans une affaire dans laquelle un préfet avait, après avoir constaté un cumul irrégulier d'exploitations agricoles, prononcé la déchéance du droit de l'intéressé à exploiter, le Conseil d'État a admis la légalité de la rétroactivité de l'arrêté déclarant que cette déchéance prenait effet au jour de l'expiration du délai qui avait été laissé au requérant pour régulariser sa situation³⁷¹⁰. Faute pour l'exploitant de s'être conformé en temps utiles à la mise en demeure du préfet, la règle de déchéance devait donc le frapper. Il était néanmoins nécessaire que la déchéance soit formellement constatée pour que l'effet de droit prévu par celle-ci se déclenche. Il s'ensuit que la rétroactivité de l'acte déclarant la déchéance met en adéquation la situation du contrevenant, au regard de la règle de droit applicable, avec celle qui aurait dû être la sienne dès l'expiration du délai de régularisation.

Un autre exemple est celui des décisions d'exclusion du bénéfice du revenu de remplacement prises par le directeur départemental du travail et de l'emploi. Le maintien du droit à ce revenu est subordonné au respect par le demandeur d'emploi de l'obligation qui lui est faite d'accomplir des actes positifs de recherche d'emploi. Or, il se crée nécessairement un décalage entre le moment où le demandeur d'emploi ne satisfait pas à son obligation et le moment où l'autorité administrative constate formellement cette carence et tire les conséquences juridiques qui s'imposent. Ainsi, l'autorité compétente peut légalement faire débiter la période d'exclusion temporaire du bénéfice du revenu de remplacement au moment même où l'intéressé a fait défaut³⁷¹¹. Ce faisant, la décision d'exclusion met

³⁷⁰⁹ Sur cette question, voir p. 231 et s., n° 295 et s.

³⁷¹⁰ CE, 16 mars 1984, *Laurent-Massot*, req. n° 39.943 à 39.947, Rec., T., p. 489.

³⁷¹¹ CE, 28 décembre 1992, *Treviglio*, req. n° 116.494, Rec., T., p. 721. Pour un cas similaire concernant le versement d'une aide sociale, voir CE, 23 mars 2009, *Union départementale des associations familiales de la Dordogne*, req. n° 303.888, *AJDA*, 2009, n° 12, p. 626, *RDSS*, 2009, n° 3, p. 532, concl. A. COURRÈGES. Pour d'autres ex., cf. le cas des décrets d'assimilation en matière de pensions (CE, 3 janvier 1968, *Sieur Planel*, req. n° 69.158, Rec., p. 1 ; Sect., 17 mai 1968, *Sieur Devedeux*, req. n° 67.056, Rec., p. 315) et celui de la radiation des cadres de la fonction publique (CE, 2 mars 1949, *Rochet*, Rec., p. 100 ; 10 avril 1957, *Piollet*, Rec., p. 252 ; 17 juin 1960, *Dame Baudot*, req. n° 43.334, Rec., p. 405 ; Sect. de l'Intérieur, Avis, 11 janvier 1972, *AJDA*, 1973, n° 5, p. 263 ; 30 janvier 1974, *Ciavaldini*, req. n° 90.422, Rec., T., p. 843 ; 13 novembre 1987, *Mekies*, req. n° 53.068, Rec., T., p. 803, *RFDA*, 1988, n° 5, p. 803, concl. Y. ROBINEAU ; 22 avril 1992, *Fraday*, req. n° 99.671, Rec., T., p. 1077 ; Ass. gén., Sect. des

rétroactivement en accord la situation du demandeur d'emploi avec l'effet de la règle de droit sanctionnant le non-respect de son obligation. Il en découle que l'intéressé doit être regardé comme ayant été privé de son droit au revenu de remplacement pour toute la période du passé séparant sa carence de l'intervention de la décision du directeur départemental, ce qui peut signifier le remboursement des sommes éventuellement perçues au cours de ce laps de temps.

1047. C'est une fonction similaire que remplit, ensuite, la rétroactivité attachée au mécanisme de la condition. On sait que le droit administratif connaît de la condition sous la double forme de la condition résolutoire et de la condition suspensive³⁷¹². Dans un cas comme dans l'autre, le déclenchement d'un effet de droit est subordonné à la survenance un événement incertain. Il se produit donc nécessairement un décalage entre le moment où l'auteur de l'acte juridique affecté de la condition envisage cet événement et le moment où ce dernier se réalise concrètement. En autorisant le retraitement de la période séparant ces deux instants, la rétroactivité associée à la condition autorise la mise en concordance de la situation initiale avec celle qui résulte de la réalisation de l'événement envisagé.

Plus précisément, la condition commande, lorsqu'elle s'accomplit, le déclenchement de l'effet de droit dont elle est assortie. Celui-ci est alors réputé s'être produit au moment de l'édition de l'acte conditionnel. Il convient donc d'en tirer les conséquences juridiques pour la période précédant l'accomplissement de la condition. En présence d'une condition résolutoire, la rétroactivité autorise le retraitement de la période intermédiaire, de telle manière à effacer les effets produits par l'acte conditionnel. Par exemple, l'entreprise qui n'a pas réalisé les équipements publics prescrits par la décision d'octroi d'une aide publique se voit, en conséquence, rétroactivement privée de cette dernière. La rétroactivité de la condition résolutoire replace le bénéficiaire de la subvention dans la situation qui était la sienne un instant avant que l'autorité administrative décide de la lui attribuer³⁷¹³. En présence d'une condition suspensive, la rétroactivité substitue à la période au cours de laquelle l'acte conditionnel n'a produit aucun effet, en l'absence de survenance de l'événement envisagé, une période qui a vu l'acte développer son effet à compter de son édition. En d'autres termes, l'effet suspendu jusqu'à l'accomplissement de condition est réputé s'être produit à compter de l'édition de l'acte conditionnel et tout au long de la période précédant la survenance de l'événement l'ayant déclenché. Par exemple, l'entreprise qui a procédé aux investissements auxquels l'autorité administrative avait subordonnée l'attribution d'une subvention doit désormais être regardée comme ayant bénéficié de cette aide dès l'édition de l'acte conditionnel³⁷¹⁴.

Dans un cas comme dans l'autre, la rétroactivité attachée à la condition permet de retraiter la période intermédiaire, de telle manière à obtenir soit la production d'un effet de droit pour toute cette

Finances, Avis, 6 juillet 1994, n° 353.946 ; 21 avril 2000, *Guérin*, req. n° 197.388, Rec., T., p. 822 ; 17 juin 2005, *Époux Gleyo*, req. n° 215.761, Rec., T., p. 942, *RLCT*, 2005, n° 5, p. 28, note E. GLASER ; 17 novembre 2010, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*, req. n° 315.829, *AJDA*, 2010, n° 40, p. 2239). Sur ce dernier point, voir J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, préc., p. 312, n° 538 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 228 et s., n° 264 et s. ; L. LOMBART, « Typologie de la radiation des cadres de la fonction publique : les cas de pure constatation », *AJFP*, 2008, n° 5, p. 265 ; A. PLANTEY, *La fonction publique – Traité général*, Paris, Litec, 2001, 2^e éd., 349, n° 679.

³⁷¹² Cf., plus haut, p. 220 et s., n° 285 et s.

³⁷¹³ CE, 26 novembre 1993, *Ministre de l'Industrie et de l'Aménagement du territoire c/ Société industrielle française du tout terrain*, req. n° 103.579, Rec., T., p. 634, *Dr. adm.*, 1993, n° 12, p. 5.

³⁷¹⁴ CE, Sect., 10 mars 1967, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Société Samat et Cie*, req. n° 64.509, Rec., p. 113, *AJDA*, 1967, II, p. 280, concl. Y. GALMOT.

période, soit son éradication. À l'issue de cette opération, la situation antérieure est mise en concordance avec ce qui se serait passé si la condition s'était immédiatement accomplie.

1048. Enfin, on peut rapprocher des deux hypothèses précédentes le rôle joué par la rétroactivité en matière d'approbation. En effet, le déclenchement de l'effet de l'acte soumis à approbation étant subordonné à l'obtention de l'accord d'une autorité autre que son auteur, il se crée un décalage entre le moment où l'acte initial aurait normalement dû entrer en vigueur et celui auquel il sera en mesure de produire son effet en conséquence de son approbation. C'est la fonction de la rétroactivité que de « gommer » les conséquences temporelles de cet élément de complexité procédurale qu'est l'intervention de l'autorité titulaire du pouvoir d'approbation³⁷¹⁵. Une fois l'accord de cette dernière donné, le délai qu'a nécessité la prise de décision disparaît. Il sera même réputé n'avoir jamais existé. Par suite, l'acte approuvé doit désormais être regardé comme étant entré en vigueur à la date que son auteur avait initialement fixée³⁷¹⁶. En d'autres termes, la rétroactivité permet que les effets qui auraient dû se produire au cours de la période intermédiaire soient considérés comme s'étant développés tout au long de cette même période. C'est dire que la rétroactivité rend complètement transparente, d'un point de vue temporel, la procédure d'approbation, tout en permettant, dans le même temps, que soit respectée l'articulation des pouvoirs administratifs.

Au titre de sa fonction d'unification, la rétroactivité autorise également l'autorité normative à effacer une discordance dans les effets produits par un acte juridique en conséquence d'une erreur commise lors de son élaboration.

II – LA RECTIFICATION DES ERREURS ANTERIEUREMENT COMMISES AU MOYEN DE LA RETROACTIVITE

1049. Lorsqu'une erreur a été involontairement commise par une autorité normative, la rétroactivité peut être utilisée pour rétablir l'unité temporelle des effets produits par l'acte juridique édicté, en rétablissant le contenu qu'il aurait dû avoir dès le départ. Il s'agit donc d'établir, au moyen de la rétroactivité, une correspondance entre le présent d'un acte ou d'une situation juridique et son passé, sans préjuger de sa licéité. À l'issue de l'opération de rectification, le contenu de l'acte ou la situation juridique se présente tel qu'il devait être à l'origine, si bien qu'il doit désormais être traité comme étant le seul qui ait jamais existé. En permettant le rétablissement de cette correspondance entre le présent et le passé, la rétroactivité assure l'unité du contenu dans le temps d'un acte ou d'une situation juridique.

1050. L'opération de rectification rétroactive concerne généralement un acte antérieurement édicté dont il a été ultérieurement découvert que le contenu était affecté d'une erreur matérielle de fond. Le plus souvent, il est difficile, voire impossible, pour son auteur de modifier le contenu de l'acte entaché d'une telle erreur ou de lui substituer matériellement un autre acte. Il en résulte un décalage au moment

³⁷¹⁵ Sur cette question, voir p. 182 et s., n° 242 et s.

³⁷¹⁶ Voir, selon une jurisprudence constante, CE, 5 mars 1875, *Fabrique de Notre-Dame de Granville et de Saint-Paul c/ Hospice de Granville*, Rec., p. 207 ; 29 janvier 1932, *SA des tréfileries et laminoirs du Havre* (5^e esp.), Rec., p. 122 ; 14 juillet 1934, *Boitel*, Rec., p. 682 ; Sect., 2 novembre 1938, *Société Les petits-fils de François de Wendel* (2^e esp.), Rec., p. 815 ; 17 novembre 1943, *Établissements Tiflex*, Rec., p. 260.

de sa mise en œuvre, dès lors que ce n'est pas l'acte, dans sa véritable teneur, qui reçoit application. Afin de « rectifier » ce hiatus, une autre autorité vient, par la suite, corriger avec effet rétroactif l'erreur qui s'est glissée dans le dispositif de l'acte initial.

La rétroactivité autorise l'autorité qui réalise la rectification à rétablir une parfaite correspondance, dans le temps, du contenu de l'acte avec ce qu'il aurait dû être dès le départ. La particularité de cette opération de rectification est que l'acte rectificatif est réputé, à la manière d'une norme interprétative, « s'incorporer » à l'acte rectifié, si bien qu'à l'issue de cette opération, il faut considérer qu'il n'y a jamais eu qu'un seul acte. Si l'erreur a conduit à ce que l'acte qui en est affecté produise des effets non prévus à l'origine, ils seront retraités au moyen de la rétroactivité rectificative, de telle manière à correspondre à ceux qui auraient dû normalement résulter de la volonté initiale de l'autorité normative. Une fois la rectification achevée, l'acte doit désormais être appliqué comme s'il avait toujours eu la teneur rectifiée et produit les effets correspondants. C'est dire que la rétroactivité permet d'éviter que l'acte en cause ait une signification et une portée différentes selon les époques. Partant, elle assure un rôle d'unification des effets survenus au cours de la période intermédiaire par un acte juridique.

1051. Ce sont principalement l'autorité administrative et le juge qui sont amenés à recourir à la rectification rétroactive. D'abord, l'autorité administrative vient rétablir, au moyen d'un *erratum*, le sens initial d'un texte que le législateur, ou elle-même, a édicté. Ensuite, le juge redresse les erreurs commises à l'occasion du prononcé d'un jugement antérieur ou de l'édition d'une décision administrative préexistante. Dans ces deux hypothèses, la rétroactivité rectificative modifie le fond de l'acte, et partant les effets qu'il a produits au cours de la période intermédiaire, en vue de rétablir la volonté initiale de l'auteur de l'acte rectifié. Cet aspect permet d'isoler la fonction d'unification jouée ici par la rétroactivité, dès lors que le retraitement des effets opéré à cette occasion n'a pas pour objet de corriger la légalité de la décision rectifiée.

1052. D'abord, l'autorité administrative peut, au moyen d'un *erratum*, redresser rétroactivement les erreurs matérielles de fond commises lors de la transcription d'un texte administratif ou législatif en attente de publication³⁷¹⁷. Il s'agit de rétablir le sens initial d'un texte en lui conférant celui qu'il aurait dû avoir dès le départ, si une erreur n'était pas intervenue. Ce faisant, la rétroactivité rectificative permet de résoudre l'impossibilité de substituer matériellement le texte original au texte publié. Elle épargne à l'auteur du texte initial d'avoir à édicter un nouvel acte, dont le seul objet serait de modifier le précédent. Du reste, elle permet de faire l'économie d'une répétition de la procédure d'édition, dont on sait qu'elle est particulièrement lourde lorsque c'est une loi qui est concernée par la rectification. Surtout, elle supprime la discordance qui a, un temps, prévalu dans l'application qui a été faite du texte en cause au cours de la période précédant la rectification.

Le jeu de la rétroactivité fait que si deux textes successifs sont matériellement intervenus, il n'en existe juridiquement plus qu'un seul. En d'autres termes, le rectificatif « s'incorpore » au texte rectifié, de telle manière à ne faire qu'un avec lui. Cette « fusion » se concrétise notamment par le fait qu'il est attribué une date identique aux deux textes. Il s'ensuit qu'à l'issue de l'opération de rectification,

³⁷¹⁷ Cf., plus haut, p. 233 et s., n° 297 et s. Pour un ex. concernant un décret, voir CE, 16 janvier 2006, *Région Haute-Normandie*, req. n° 274.012 à 274.015 et 274.115, Rec., T., p. 699.

l'erreur matérielle de fond affectant le texte initial disparaît juridiquement, comme si elle n'avait jamais existé. Au moyen de la rétroactivité, le contenu du texte initial sera rétabli, dans la teneur qu'il aurait dû avoir *ab initio*. Corrélativement, ses effets sont retraités pour la période allant de sa propre publication à celle du rectificatif afin d'établir une correspondance avec les effets qu'ils auraient normalement dû entraîner. Au total, la rétroactivité du rectificatif assure la mise en conformité dans le temps du contenu du texte avec la volonté originelle de l'autorité normative qui l'a édicté.

1053. La réfection rétroactive correspond, ensuite, aux cas dans lesquels le juge entend remédier à l'impossibilité pour une juridiction, statuant en dernier ressort, de corriger les erreurs matérielles de fond qui se seraient glissées dans sa décision. Le dessaisissement d'office de la juridiction compétente, combiné à la protection accordée à la chose jugée, empêchent que le juge redresse rapidement et de lui-même le contenu erroné du jugement. Ce n'est qu'à l'issue de l'exercice d'un recours spécifique que l'erreur pourra être redressée³⁷¹⁸. La rétroactivité de la réfection permet alors au juge qui l'opère de rétablir *ab initio* et pour toute la période intermédiaire, entendue comme celle qui sépare l'édiction du jugement erroné de celle du jugement rectificatif, la teneur initiale du jugement rendu par le premier juge. Il s'agit de restituer, au moyen de la rétroactivité, la volonté originelle, ou réputée comme telle, du juge, de telle manière à ce que le contenu du jugement rectifié corresponde à celui qui aurait normalement dû être le sien si l'erreur n'avait pas été commise. À l'issue de cette opération, le jugement initial est réputé avoir toujours existé dans son contenu rectifié.

Cette idée est mise en avant par le commissaire du gouvernement Fratacci dans ses conclusions sur l'affaire *Conseil régional d'Aquitaine et Mme Lefèvre*, « *s'il y a matériellement deux arrêts, il n'en reste juridiquement, après rectification, qu'un seul. Ou, plus précisément, l'un, le second, n'est que le support de la rectification opérée rétroactivement sur l'autre, le premier. Il ne reste ainsi, au terme de la rectification, que la coquille du second arrêt – attestant de l'opération de rectification – alors que l'arrêt initial se trouve rétroactivement rectifié par incorporation du contenu du second. C'est de cette opération et du rapport entre les deux arrêts que rend clairement compte le libellé, si particulier, du dispositif des arrêts rectificatifs* »³⁷¹⁹. À cela s'ajoute que la rétroactivité de la rectification entraîne l'unification des effets du jugement rectifié pour l'ensemble de la période précédant la rectification. Si le dispositif erroné dont il était affecté a conduit à ce que l'acte initial développe des effets différents de ceux qui auraient dû en découler, les premiers seront remplacés par les seconds pour l'ensemble de la période intermédiaire.

Par exemple, en matière fiscale, une erreur de rédaction portant sur la période d'imposition pour laquelle le juge a prononcé la décharge de cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés et de différentes pénalités est susceptible de faire varier, tant dans leur étendue que dans leur montant, les droits du contribuable. La rectification du dispositif de la décision de justice par substitution des dates de début et de fin de la période pertinente rétablit *ab initio* la période d'imposition qu'a entendu viser le premier juge. Il s'ensuit que les droits au titre desquels la décharge a été initialement prononcée sont réputés être ceux procédant du jugement de rectification. Dans l'éventualité où ces droits auraient été

³⁷¹⁸ Sur cette question, voir p. 299 et s., n° 383 et s. Voir également, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 630, n° 1564-1° ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1348, n° 1497 ; D. POUYAUD, « Le recours en rectification d'erreur matérielle devant les juridictions administratives », *RFDA*, 1993, n° 4, p. 721.

³⁷¹⁹ S. FRATACCI, concl. sur CE, Sect., 23 juin 1995, *Conseil régional d'Aquitaine et Mme Lefèvre*, req. n° 126.546 et 145.649, Rec., p. 271, *RFDA*, 1996, n° 4, p. 491, spéc. pp. 496-497.

plus importants dans leur montant ou auraient couvert une période plus étendue que ceux résultant de du jugement initial, il y aura alors répétition des sommes versées par le contribuable en conséquence de l'intervention du jugement subséquent. On peut même ajouter que la décharge prononcée à l'issue de l'opération de rectification doit être regardée comme la seule ayant été décidée par les premiers juges³⁷²⁰.

Un autre exemple significatif concerne les ordonnances d'expropriation rendues par le juge judiciaire. Ce dernier devant statuer dans un délai relativement court, les erreurs sur le montant de l'indemnité ou sur la surface d'emprise de l'opération déclarée d'utilité publique sont fréquentes, si bien qu'il est nécessaire qu'un jugement rectificatif intervienne pour les redresser³⁷²¹. À l'issue de l'opération, l'ordonnance de rectification « se fonde » dans l'ordonnance rectifiée, de façon à unifier les effets que la première a produits au cours de la période intermédiaire et qu'elle aurait dû entraîner dès le départ.

1054. La fonction de mise en conformité du contenu d'un acte juridique avec la volonté initiale de son auteur qu'assure la rétroactivité rectificative trouve sa limite dans le respect de cette volonté. C'est dire que l'autorité qui opère le redressement de l'erreur matérielle ne saurait user de la rétroactivité rectificative pour innover par rapport à ce qu'a initialement décidé l'auteur de l'acte rectifié. La jurisprudence administrative, comme celle de son homologue judiciaire, sanctionnent rigoureusement les rectificatifs qui ajoutent ou retranchent au texte initial ou encore en modifient la signification³⁷²². C'est également en ce sens que se prononce, par exemple, le juge judiciaire en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique en rappelant que la faculté de rectifier l'ordonnance originelle est limitée par « l'interdiction absolue qui est faite au juge de restreindre, d'étendre ou de modifier les droits résultant pour les parties de cette décision »³⁷²³. L'acte corrigeant les erreurs de fond figurant dans l'acte rectifié ne peut servir à autre chose qu'à rétablir la volonté initiale de son auteur.

³⁷²⁰ Voir CAA Marseille, 24 janvier 2006, *SARL Exploitation des commerces de Thau*, req. n° 05MA01703 ; CE, 25 septembre 2006, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SARL Exploitation des commerces de Thau*, req. n° 291.847, Rec., T., p. 1042.

³⁷²¹ Cass. Soc., 6 mars 1958, Bull. Civ. IV, n° 344, p. 250 ; Civ. 3^e, 30 octobre 1964, Bull. Civ. III ; Civ. 3^e, 24 février 1993, *Commune de Piscop, AJDI*, 1994, p. 45, obs. A. B. Sur cette question, voir R. HOSTIOU et J.-F. STRUILLLOU, *Expropriation et préemption*, Paris, Lexis-Nexis, Litec, coll. Litec professionnels, 4^e éd., 2011, p. 146, n° 202 ; J. LEMASURIER, *Droit de l'expropriation*, Paris, Economica, 3^e éd., 2005, p. 280.

³⁷²² CE, Sect., 29 juin 1934, *Sieur Rennes*, Rec., p. 751 ; 25 avril 1941, *Sieur Benoît (Louis)*, Rec., p. 67 ; Sect., 10 novembre 1944, *Sieur Breton*, Rec., p. 287 ; 31 janvier 1945, *Sieurs Varlet, Citerne et Topin*, Rec., p. 23 ; Sect., 27 avril 1945, *Société de Force et Lumière électriques (Forclum)*, Rec., p. 83 ; 13 février 1948, *Syndicat national des statistiques*, Rec., p. 74 ; 5 novembre 1948, *Syndicat ovin de la Balagne*, Rec., p. 409 ; Ass. 27 décembre 1948, *Sieur Aublant*, Rec., p. 496 ; Ass., 2 février 1951, *Rosignol*, Rec., p. 66 ; 11 avril 1951, *Union nationale interprofessionnelle des oléagineux métropolitains*, Rec., p. 182 ; Sect., 25 juillet 1952, *Chambre syndicale des fabricants français de balais de paille de sorgo, Sieur Herbert et autres*, Rec., p. 393, S., 1953, III, p. 64 ; 17 juin 1955, *Dlle Iss*, Rec., T., p. 635 ; 2 octobre 1957, *Sieur l'Herbier*, Rec., p. 502 ; Ass. Plén., 10 octobre 1958, *Compagnie salinière de la Camargue*, Rec., p. 484 ; 25 novembre 1959, *SA des mines de Zaccar*, Rec., p. 620 ; 16 mars 1966, *Cartel d'action morale et sociale de l'Union féminine civique et sociale*, Rec., p. 211, *Dr. adm.*, 1966, n° 142, *JCP G*, 1967, III, 15057, concl. L. BERTRAND, *RGDIP*, 1966, p. 788, note C. ROUSSEAU ; Ass., 22 octobre 1971, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police nationale*, req. n° 62.980, Rec., p. 628, *Dr. adm.*, 1971, n° 322. Cf. également, Cass. Com., 5 avril 1960, *Blanchet c/ Société Charledave*, pourv. n° 59-13.428, Bull. Civ. III, n° 141, p. 127, *Gaz. Pal.*, 1960, 2, p. 77 ; Crim., 28 mai 1968, *Clauwaert*, Bull. Crim., n° 177, p. 428, *JCP G*, 1968, II, 15615, obs. anonymes. Sur les conditions de validité de l'*erratum*, voir pp. 233-234, n° 297. Voir également, J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, 2^e éd., rééd. Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2004, p. 748 ; J. CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 134, 1980, p. 95 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 293, n° 267 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 137, n° 190 ; M. FRÉJAVILLE, « La pratique des "errata" au Journal Officiel et la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés », *JCP G*, 1948, I, 677 ; A. GLEIZES, *La rectification des textes publiés au 'Journal Officiel'*, thèse dactyl., Paris, 1939, p. 149 ; G. JÉZE, « La promulgation des lois. IV - De la rectification des lois par voie d'*erratum* », *RDJ*, 1918, n° 3, p. 394 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 761 ; J. PETIT, thèse préc., p. 350, n° 732 ; H. PUGET, « L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France », *Rev. adm.*, 1963, n° 94, p. 327, spéc. p. 339 ; H. PUGET et J.-C. SÉCHÉ, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *Rev. adm.*, 1959, n° 69, p. 239, spéc. p. 248.

³⁷²³ Cf., par ex., Cass. Civ. 3^e, 17 juin 1980, *Époux X.*, pourv. n° 79-70.468, Bull. Civ. III, n° 120.

1055. Néanmoins, la frontière entre le redressement d'une erreur matérielle de fond affectant le contenu d'un acte juridique et la réfection de sa légalité est parfois difficile à établir. Du point de vue de la fonction assurée par la rétroactivité, ces deux opérations ne se confondent pas. En effet, la logique d'unification poursuivie par la rétroactivité rectificative permet de la distinguer d'autres opérations de correction qui portent, elles, directement sur la légalité de l'acte juridique. On raisonnera ici principalement à partir d'une comparaison entre réfection et réformation juridictionnelle.

La rectification juridictionnelle rétablit ce qui a été jugé, sans aller jusqu'à la révision du procès lui-même. À l'opposé, les voies exceptionnelles de rétractation, spécialement le recours en révision, qui autorisent le juge à substituer sa propre décision à celle de la juridiction dont le jugement est révisé³⁷²⁴. Le point de départ est pourtant, dans les deux cas, identique, ou presque. Il s'agit de remédier à l'impossibilité pour le juge, du fait de son dessaisissement d'office, de redresser les erreurs qu'il a pu commettre à l'occasion de sa décision. Dans le cadre du recours en révision, le juge a pu être induit en erreur par la production d'une pièce fautive ou par la rétention d'une pièce décisive par l'une ou l'autre des parties. Il s'agit alors de rétablir, avec effet rétroactif, ce qu'aurait dû être le résultat du procès s'il avait normalement suivi son cours³⁷²⁵. Toutefois, l'opération que permet de réaliser la rétroactivité dans le cadre du recours en révision diffère fondamentalement de celle qu'elle autorise en matière de rectification.

D'abord, le jugement révisé n'est pas maintenu dans l'ordonnancement juridique, il est déclaré nul et non avenu³⁷²⁶. À l'inverse, il ne s'agit pas pour le jugement de rectification de remplacer rétroactivement le jugement rectifié, mais de modifier directement son contenu. Ensuite, dans le cadre du recours en révision, le juge règle à nouveau et entièrement le litige, ce qui peut conduire à une solution différente de celle précédemment retenue, tandis que la rectification opère dans un contexte de droit inchangé.

Ainsi, si la rectification et la révision ont en commun la correction d'une erreur antérieurement commise, elles n'emportent pas les mêmes effets sur le passé de l'ordonnancement juridique, non plus qu'elles ne poursuivent le même objectif. Parce qu'elle rétablit ce qui aurait dû être jugé conformément à la règle de droit, la rétroactivité du jugement de révision doit donc être rattachée à la fonction de correction qu'elle est appelée à jouer au service du principe de légalité.

*

1056. Conclusion de la Section 2. Dans son second versant, la fonction d'unification de la rétroactivité comporte une double facette.

D'un côté, elle rend compte des différentes manières d'aménager dans le temps le pouvoir normatif par dissociation d'un ou de plusieurs de ses éléments. Qu'elle porte sur la compétence elle-même ou simplement sur les effets attachés à la norme juridique, cette dissociation est provisoire et temporaire. La rétroactivité permet de refermer cette parenthèse en rétablissant la synchronie qui a été, un temps, méconnue par l'autorité normative.

³⁷²⁴ Cf., plus haut, p. 289, n° 376.

³⁷²⁵ J.-C. BONICHOT, concl. sur CE, Sect., 5 avril 1996, *Treiber*, req. n° 93.234, Rec., p. 122, *LPA*, 14 juin 1996, n° 72, p. 13.

³⁷²⁶ CE, 16 janvier 1931, *Lanoë*, Rec., p. 72, *S.*, 1931, III, p. 33, note P. LAROQUE ; 11 janvier 1935, *Commune de Drusenheim*, Rec., p. 37 ; Sect., 5 décembre 1975, *Murawa*, req. n° 93.814, Rec., p. 634 ; Sect., 5 avril 1996, *Treiber*, préc., concl. J.-C. BONICHOT préc., *GACA* n° 21, *Dr. adm.*, 1996, n° 7, p. 25, *EDCE*, 1997, n° 48, p. 138, *RFDA*, 1996, n° 3, p. 618.

De l'autre, la fonction d'unification de la rétroactivité comporte un aspect curatif, permettant à l'autorité normative de redresser des erreurs entachant l'acte initial ou de remédier aux différentes incertitudes et incohérences que son application a pu connaître à raison, soit de l'imprécision ou de l'obscurité de ses dispositions, soit d'un retard dans leur adoption.

Dans toutes ces hypothèses, le retraitement normatif de la période intermédiaire réalise l'unification temporelle du droit applicable, en rétablissant la concordance des temps entre un état initial et un état subséquent. À l'issue de cette opération, l'un ou l'autre est réputé avoir toujours été le seul à avoir existé au cours de la période intermédiaire.

* *
*

1057. Conclusion du Chapitre I. Au titre de sa première fonction, la rétroactivité permet le retraitement des effets produits au cours d'une période antérieure en vue d'obtenir l'unification du droit qui y a été appliqué. À l'issue de cette opération, un seul régime, une seule signification normative, ou une seule norme juridique gouverne l'ensemble de la période intermédiaire. Telle qu'elle se présente, la fonction d'unification de la rétroactivité met en jeu deux types d'opérations différentes.

D'abord, la fonction d'unification de la rétroactivité illustre la temporalisation dont peut faire l'objet le pouvoir normatif. D'un côté, la rétroactivité constitue une modalité de mise en œuvre du pouvoir normatif dans le temps. À cet égard, la rétroactivité joue deux rôles distincts. Elle assure un rang prioritaire à la norme nouvelle dans le processus d'application du droit par rapport aux autres normes en vigueur. Les effets de la norme rétroactive recouvriront ceux précédemment produits. Bien qu'il ait matériellement gouverné la période intermédiaire, le régime ancien disparaît juridiquement à la faveur d'un régime nouveau. En tant que modalité d'application dans le temps de la norme juridique, la rétroactivité intervient également lorsqu'un décalage est organisé par l'autorité normative dans la production des effets de la norme juridique. Lorsque l'effet prévu se déclenche, la rétroactivité le transporte au moment décidé par l'autorité normative, comme s'il s'était produit à cet instant *ab initio*. L'exemple le plus significatif de cet aspect est fourni par les conditions résolutoire et suspensive dont peuvent être assorties les actes juridiques. De l'autre, c'est le pouvoir normatif lui-même qui est temporalisé. Les différents éléments qui le composent sont disjoints pour un temps, pour ensuite être à nouveau réunis au moyen de la rétroactivité. Cette dernière rétablit alors l'unité temporelle du pouvoir normatif. C'est principalement la compétence de l'autorité normative qui est le sujet de cette « parenthèse » que vient refermer la rétroactivité, comme l'illustre la pratique de la législation déléguée. Dans un cas comme dans l'autre, le retraitement de la période intermédiaire efface juridiquement ce qui s'est produit pour laisser la place à un état du droit unifié ou réunifié.

Ensuite, la fonction d'unification de la rétroactivité comporte indéniablement une dimension correctrice d'un pouvoir normatif mal exercé à l'origine. L'autorité normative veille alors à « rectifier le tir » en redressant d'elle-même la malfaçon survenue à l'occasion de la mise en œuvre de son pouvoir. Qu'il s'agisse de rectifier des erreurs matérielles ou de rétablir le sens et la portée d'une disposition, le résultat obtenu est la suppression des variations qu'a pu connaître l'application de la norme juridique sous sa forme initiale. Là encore, le droit se trouve, à nouveau, unifié pour la période intermédiaire.

Cependant, ce dernier aspect de la fonction d'unification de la rétroactivité ne porte pas directement sur la régularité du droit appliqué au cours de la période intermédiaire. Elle ne se confond donc pas avec l'opération que facilite la rétroactivité au titre de sa fonction de correction des irrégularités antérieurement commises.

CHAPITRE II : LA FONCTION DE CORRECTION DE LA RETROACTIVITE

1058. Objet du chapitre. La fonction prédominante de la rétroactivité en droit public est, sans nul doute, celle qui la fait directement participer au principe cardinal selon lequel les autorités publiques doivent, dans leur action, se conformer à la règle de droit. La rétroactivité est utilisée pour retraiter les effets survenus au cours de la période d'illégalité afin de remettre l'ordonnement juridique dans une situation de « non-contrariété » avec la règle de droit.

1059. Introduction et délimitation de l'objet du chapitre. Dans la conception moderne de l'« État de droit »³⁷²⁷, l'exigence du respect du droit est source à la fois de limitation et de légitimation du pouvoir de l'État. Ce n'est, en effet, que pour autant que les autorités publiques auront respecté les règles de droit régissant leur action que cette action pourra être regardée comme légitime. Dans cette perspective, l'exigence du respect du droit se présente également comme la condition première de la garantie des droits et libertés du citoyen. La Cour européenne des droits de l'homme estime ainsi que le principe de *prééminence du droit* constitue « *un des principes fondamentaux de la société démocratique* »³⁷²⁸. En droit français, c'est à travers le principe de *légalité*, consacré en matière administrative, que cette exigence s'est d'abord exprimée³⁷²⁹. L'épanouissement progressif de la notion d'État de droit a, par la suite, placé l'exigence du respect du droit parmi les principes fondamentaux s'imposant à l'ensemble des autorités publiques³⁷³⁰.

Parce que le principe de légalité touche à la garantie des droits et libertés, toute méconnaissance du premier par la puissance publique ne saurait être tolérée, sauf à ruiner la seconde et à faire resurgir l'arbitraire. Aussi apparaît-il essentiel que toute violation de la règle de droit par une autorité publique soit sanctionnée ou, à tout le moins, corrigée. On peut même ajouter que toute trace d'une atteinte quelconque au principe de légalité doit être systématiquement et totalement effacée de l'ordonnement juridique. S'il en allait autrement, l'existence même de l'État de droit se trouverait compromise. Or, par hypothèse, il existe nécessairement un décalage temporel entre le moment où la règle de droit a été violée et celui auquel il y sera remédié.

De ce fait, la rétroactivité tient une place privilégiée parmi les différents mécanismes propres à assurer la correction des atteintes portées au principe de légalité par la puissance publique. Au moyen de la rétroactivité, les *corrections* nécessaires pourront être apportées au passé de l'ordre juridique, de telle manière à revenir à un état de « non-contrariété » avec la règle de droit transgressée. En permettant de

³⁷²⁷ Sur la réception par la doctrine publiciste française de la notion d'État de droit, voir R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, t. I, p. 231 et s., n° 79 et s., spéc. pp. 232-233 ; L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, rééd. Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 107, § IV ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 73 et s. Voir également J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Clefs/politique, 5^e éd., 2010, p. 23 ; D. TRUCHET, *Le droit public*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2010, pp. 71-73.

³⁷²⁸ CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A n° 18, § 34, *GACEDH* n° 26, *AFDI*, 1975, p. 330, obs. R. PELLOUX ; 24 avril 1990, *Kruslin c/ France*, req. n° 11801/85, série A, n° 176-A, § 30 à 36, *GACEDH* n° 5, *AFDI*, 1991, p. 607, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *D.*, 1990, chr., p. 187, note R. KOENIG-JOULIN et J., p. 353, note J. PRADEL, *JDI*, 1991, p. 786, obs. E. DECAUX, *RUDH*, 1990, p. 185, obs. G. COHEN-JONATHAN.

³⁷²⁹ Il n'est pas inutile de rappeler que la signification de ce principe a elle-même évolué, exprimant en premier lieu la soumission de l'Administration à la loi, pour ensuite être entendue comme l'obligation de se conformer au droit dans son ensemble.

³⁷³⁰ Voir, en ce sens, R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 7.

défaire, dans une certaine mesure, ce qui a été fait, la rétroactivité rend possible une *restitutio in integrum*, c'est-à-dire un rétablissement, aussi complet que possible, de la *légalité*³⁷³¹ méconnue. C'est dire que la rétroactivité constitue une garantie pour les sujets de droit que le respect du droit sera pleinement rétabli.

1060. Plan du chapitre. Au titre de la fonction *correctrice* qu'elle remplit au service du principe de la légalité, la rétroactivité est amenée à jouer un double rôle, à la fois négatif et positif. Dans son premier versant, la rétroactivité est utilisée pour éradiquer de l'ordonnement juridique l'acte qui est à l'origine de l'*illégalité*³⁷³¹, ainsi que l'ensemble de ses effets, de façon à ce qu'il soit réputé n'être jamais intervenu. L'ordonnement juridique est ainsi rétabli dans l'état qui était le sien un instant avant la commission de l'illégalité. La méconnaissance de l'exigence du respect du droit est ainsi corrigée de manière négative par la rétroactivité (Section 1). Dans son second versant, il est recouru à la rétroactivité pour redresser la *légalité*³⁷³¹ d'un acte ou d'une situation juridique, de telle manière à ce qu'il ou elle soit regardée comme ayant toujours été en accord avec la règle de droit. Il s'agit de faire retrouver à l'ordonnement juridique, par l'adoption d'actes positifs, l'état qui aurait dû être le sien si le principe de prééminence du droit avait été respecté dès l'origine. Dès lors, c'est à une correction positive de la méconnaissance de la légalité qu'il est procédé au moyen de la rétroactivité (Section 2).

³⁷³¹ Les termes « illégalité » et « légalité » seront entendus, dans les développements qui suivent, dans leur sens générique, comme caractérisant ce qui contraire ou non au droit positif dans son ensemble.

Section 1 : L'irrégularité effacée par le retour au droit antérieur

1061. Introduction et plan. C'est principalement à l'occasion de la sanction d'une irrégularité entachant un acte juridique que la rétroactivité est amenée à remplir une fonction correctrice au service du principe de *prééminence* du droit. En dépit de l'absence de théorie générale de celle-ci en droit public³⁷³², il ne paraît guère contestable qu'en cette matière, la *sanction*³⁷³³ normale de la contrariété d'un acte donné à la règle de droit débouche, d'une manière ou d'une autre, sur son anéantissement rétroactif³⁷³⁴. Bien plus qu'ailleurs, l'exigence du respect du droit s'impose dans toute sa rigueur à l'action des autorités publiques³⁷³⁵. En cas de non-respect de celle-là par celles-ci, l'acte irrégulier est purement et simplement éradiqué, de même que l'ensemble des conséquences qu'il a pu produire au cours de sa période d'application.

La sanction de l'irrégularité est donc généralement suivie d'une véritable remise en ordre de l'état du droit au moyen de la rétroactivité. Cette dernière y remplit une fonction de correction de l'ordonnement juridique par annihilation de ceux de ses éléments qui sont frappés d'illégalité. Plus précisément, les effets passés de l'acte sanctionné sont retraités au présent, de telle manière à ce que toute trace de l'existence des uns comme de l'autre soit effacée. L'objectif poursuivi par cette véritable opération d'*épuration* de l'ordonnement juridique est de rétablir l'état du droit précédant la commission de l'illégalité, comme si cette dernière n'avait jamais été perpétrée. Cette « rétroactivité destructive », selon l'heureuse formule de M. Dupeyroux³⁷³⁶, est mise en œuvre principalement à l'occasion de l'édiction d'une norme d'annulation intervenant à la suite du constat fait par une autorité publique qu'une norme préexistante est en situation de contrariété avec la règle de droit.

On pourrait opposer à cette manière de voir la circonstance que le but d'une annulation n'est pas, *prima facie*, de rétablir l'ordonnement juridique dans un état préexistant à l'édiction d'une norme juridique irrégulière. L'opération normative ici envisagée est, du moins en apparence, purement négative. Elle vise à supprimer *ab initio* de l'ordonnement juridique une norme juridique contraire à la règle de droit. Il paraît donc pour le moins osé d'avancer que la norme d'annulation implique, par son objet, une reconstruction du passé, dès lors que l'opération de suppression qu'elle réalise demeure indifférente du droit rétabli, sauf dans le cas où il peut être démontré que telle a bien été l'intention de l'autorité normative. Pourtant, comme l'a bien montré Eisenmann, la norme d'annulation emporte bien

³⁷³² Sur ce constat, voir notamment, J. BOULOUIS, « L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », in Travaux de l'association H. CAPITANT des amis de la culture juridique, *Inexistence, nullité et annullabilité des actes juridiques*, Journées de Turin du 4 au 7 juin 1962, t. 14, p. 771, n° 2 et p. 776, n° 14. Cf. également, s'agissant des actes administratifs unilatéraux, L. ALCINDOR, *Des différentes espèces de nullité des actes administratifs*, Paris, éd. M. Giard et E. Brière, 1912 ; J. de SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Paris, éd. R. Bernard, 1941 ; s'agissant des contrats administratifs, J.-F. LAFATX, thèse préc., p. 49, n° 48. Partant du droit privé, d'autres auteurs estiment qu'il existe bien une théorie des nullités en droit administratif, mais qu'elle est gouvernée par des règles propres à ce dernier (Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, Paris, LGDJ, 16^e éd., 2001, p. 573, n° 1224).

³⁷³³ Le terme de *sanction* est ici utilisé dans son sens le plus général, en tant qu'il désigne « toute mesure, même réparatrice, justifiée par la violation d'une obligation » préexistante (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., p. 933). Cette obligation n'est autre ici que celle de se conformer au Droit.

³⁷³⁴ Outre les références citées à la note 3732, voir Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 574, n° 1225.

³⁷³⁵ Comme le rappellent des membres de la juridiction administrative, « la disparition rétroactive d'un acte administratif illégal constitue, dans bien des cas, la sanction adéquate au principe de légalité, la seule à même de garantir que les justiciables seront rétablis dans leurs droits » (J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., p. 444).

³⁷³⁶ O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 239 et s., n° 211 et s.

des conséquences positives sur l'ordonnement juridique. Ainsi, « *supprimer des obligations et des droits, c'est tout autant fixer la condition des sujets de droit qu'en créer* »³⁷³⁷. Et l'auteur de continuer en remarquant que si, d'un point de vue statique, la norme d'annulation se contente de supprimer rétroactivement une norme juridique antérieure, elle a également, d'un point de vue dynamique, une portée positive, en ce qu'elle remet en vigueur le droit immédiatement en vigueur à l'édiction de la norme annulée. Cette conception dynamique de l'ordonnement juridique permet de rendre compte de la double logique que comporte la « rétroactivité destructive » de la norme d'annulation.

S'il est fréquent que l'autorité administrative et le juge ordinaire prononcent l'annulation rétroactive d'un acte juridique antérieur au motif de son irrégularité, il est beaucoup plus exceptionnel que le législateur entreprenne une telle action. Même si on ne saurait exclure que la loi rétroactive poursuive un objectif de sanction d'une irrégularité antérieurement commise, la rareté des annulations prononcées par le législateur, ainsi que le contexte particulier dans lequel de telles lois sont historiquement intervenues³⁷³⁸, conduisent à considérer que la « rétroactivité destructive » joue un rôle résiduel en matière législative. On doit remarquer que cette question est appelée à connaître un certain renouveau avec l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par la réforme constitutionnelle de 2008. Outre la circonstance que les décisions d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel sont susceptibles d'avoir des effets équivalents à ceux d'une annulation, le législateur pourrait lui-même être appelé à édicter des lois rétroactives en vue de tirer toutes les conséquences de la chose jugée par le Conseil³⁷³⁹. Néanmoins, il faut constater, d'une part, que la logique d'un rétablissement rétroactif du *statu quo ante* apparaît largement étrangère au système mis en place en 2008, lequel privilégie la sortie de vigueur non rétroactive de la loi inconstitutionnelle et, d'autre part, un manque de recul sur les conséquences à tirer pour le passé des décisions d'inconstitutionnalité rendues dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Au bénéfice de ce qui précède, on raisonnera donc principalement à partir des exemples d'annulations prononcées par l'autorité administrative et son juge pour mettre en lumière la fonction de correction que joue la rétroactivité à cette occasion.

Au titre de sa fonction de correction, la rétroactivité de l'annulation assure la destruction des effets qu'un acte juridique irrégulier a pu développer au cours de la période séparant son édicition du prononcé de la sanction de son illégalité. En d'autres termes, les conséquences que l'acte annulé a produits au cours de la période intermédiaire sont annihilées, de telle manière à replacer l'ordonnement juridique dans la situation qui était la sienne un instant avant la commission de l'illégalité. La rétroactivité permet ainsi d'obtenir l'effacement de l'irrégularité par le retour au droit

³⁷³⁷ C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 421. Voir, dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., pp. 128-129, n° 179-180 ; G. JÈZE, « Du retrait des actes juridiques. Dans quelle mesure peut-il être touché aux actes juridiques et leurs effets peuvent-ils être modifiés ? » », *RDP*, 1913, n° 2, p. 225 et *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, Paris, Marcel Giard, 3^e éd., 1925, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 108 ; C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 188, 1997, pp. 394-395, n° 757.

³⁷³⁸ Sur l'ensemble de ces points, voir, p. 119 et s., n° 168 et s. Sur le constat de la rareté des annulations législatives, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 127, n° 176 et p. 286, n° 360 ; C. YANNAKOPOULOS, thèse préc., p. 421, note 127. Le plus souvent, les lois d'annulation se rencontrent principalement lors de périodes troublées. Un exemple bien connu est celui de l'œuvre de rétablissement de la légalité républicaine menée en 1944 et 1945 par le Gouvernement provisoire de la République française (sur cette question, voir p. 121, n° 169 ; outre les ex. déjà cités à cette occasion, cf. CE Ass., 1^{er} décembre 1950, *Carbonnier et autres*, Rec., p. 591).

³⁷³⁹ Sur ces différents points, cf. plus haut, p. 146, n° 199 et p. 147, n° 201.

antérieur. En règle générale, l'annulation de l'acte irrégulier suffit, à elle seule, à remettre les choses en l'état où elle se trouvaient avant son intervention, à rétablir le *statu quo ante* (§ 1). Toutefois, cette opération doit parfois être complétée par une « rétroactivité destructive » dérivée de la première, en vue de parvenir à un rétablissement aussi complet que possible de l'état du droit antérieur au début de la période d'illégalité. Le retour au *statu quo ante* est alors parachevé par la destruction rétroactive des actes-conséquences de l'acte annulé (§ 2).

§ 1 : Le rétablissement du *statu quo ante* obtenu par l'anéantissement rétroactif des effets de l'acte irrégulier

1062. Comme on l'a vu, il existe plusieurs sortes de sanction de l'irrégularité de l'acte de droit public, auxquelles un effet rétroactif est attaché. L'annulation, l'inexistence et la nullité ont en commun d'emporter la suppression rétroactive de l'ensemble des effets qu'a développés l'acte juridique dont il a été établi au préalable qu'il était entaché d'un vice. Dans cette mesure, ces sanctions participent toutes d'une même logique consistant à tirer les conséquences de l'illégalité commise en éliminant les conséquences que cette dernière a pu entraîner au cours de la période précédant le prononcé de la sanction. C'est là le rôle joué par la rétroactivité, au titre de sa fonction de correction, que de permettre l'anéantissement des effets de l'acte irrégulier pour l'ensemble de la période intermédiaire, entendue comme celle allant du moment où il a été édicté au moment où son irrégularité a été sanctionnée par l'autorité publique.

Par suite, si l'on raisonnera principalement à partir de la notion d'annulation, les développements qui suivent valent également pour les autres types de sanctions assorties d'un effet rétroactif, dès lors qu'elles aboutissent toutes à un même résultat du point de vue temporel.

L'annulation d'un acte juridique irrégulier prononcée par l'autorité administrative ou le juge pose le principe d'une *restitutio in integrum* de la légalité, c'est-à-dire d'un retour à un « état de légalité » que l'acte irrégulier est venu remettre en cause. L'ordonnement juridique doit être rétabli dans l'état qui était le sien un instant avant la commission de l'illégalité sanctionnée. Suivant cette logique, le retour au *statu quo ante* requiert la destruction rétroactive de l'ensemble des effets que l'acte annulé a produits au cours de sa période d'application. Cette opération de correction de l'ordonnement juridique par élimination de ses éléments invalides comporte deux facettes. Dans tous les cas, l'annulation juridictionnelle entraîne l'annihilation des effets de l'acte irrégulier (I). Dans certains cas, l'opération de destruction aboutit, par le jeu naturel de la rétroactivité, à la remise en vigueur de plein droit des décisions précédant l'intervention de l'acte dont l'illégalité est sanctionnée (II).

I – L'ANNIHILATION RETROACTIVE DES EFFETS DE L'ACTE IRREGULIER

1063. La « rétroactivité destructive » permet à l'autorité normative de réaliser l'annihilation des effets de l'acte irrégulier pour la période intermédiaire. Il s'agit de *purifier* l'ordonnement juridique afin de revenir à un état de légalité qu'il n'aurait jamais dû quitter. Au moyen de la rétroactivité, les *corrections*

nécessaires pourront être apportées au passé de l'ordonnancement juridique, de telle manière à supprimer tous les conséquences qu'a pu avoir l'illégalité, le temps qu'elle a sévi.

La fonction de correction de la rétroactivité par suppression des effets de l'acte irrégulier se manifeste à travers le pouvoir d'annulation que détiennent respectivement l'autorité administrative (B) et son juge (A). Du reste, il faut rappeler qu'il a toujours existé un fort lien de parenté entre eux, le pouvoir d'annulation du juge découlant de celui initialement reconnu à l'administration active³⁷⁴⁰. Ce lien se retrouve dans la logique de rétablissement du *statu quo ante* que poursuit la rétroactivité de l'annulation de la décision administrative, qu'elle soit prononcée par l'un ou par l'autre. La fonction de correction que remplit la rétroactivité de l'annulation est également présente en matière contractuelle, lorsque l'annulation du contrat est, à raison de son irrégularité, prononcée par le juge ou décidée par les parties. Il en va de même, enfin, s'agissant de l'annulation du jugement irrégulier par la juridiction supérieure.

Dans l'ensemble de ces hypothèses, la « rétroactivité destructive » assure l'effacement des conséquences de l'irrégularité pour la période intermédiaire.

A/ La rétroactivité destructive des annulations prononcées par le juge administratif

1064. Suivant la logique de la rétroactivité de l'annulation contentieuse, l'ordonnancement juridique doit être rétabli dans l'état qui était le sien un instant avant la commission de l'illégalité sanctionnée. L'annulation juridictionnelle d'une décision administrative irrégulière pose le principe d'une *restitutio in integrum* de la légalité, c'est-à-dire d'un retour à un état de légalité que l'acte irrégulier a momentanément interrompu³⁷⁴¹. Ce rétablissement du *statu quo ante* de l'ordonnancement juridique implique, dans un premier temps, la destruction rétroactive des effets que l'acte irrégulier a pu produire au cours de la période intermédiaire. Au titre de sa fonction de correction, la rétroactivité permet le retraitement des effets survenus durant cette période, de telle manière à obtenir l'effacement de toute trace de l'illégalité perpétrée.

La fonction de correction par destruction des conséquences de l'illégalité que joue la rétroactivité des annulations prononcées par le juge administratif est identique, que ce dernier statue sur une décision administrative (1), un contrat (2) ou un jugement (3).

1°) L'annihilation des effets de l'acte administratif irrégulier

1065. L'annulation juridictionnelle commande, en principe, l'effacement rétroactif des effets de l'illégalité administrative sanctionnée³⁷⁴². Dans sa pureté logique, la sentence d'annulation provoque,

³⁷⁴⁰ Comme le rappelait justement J. Massot, le juge administratif est « sur ce point le continuateur direct du Monarque, Roi ou Empereur. De son origine ambiguë, le juge administratif a hérité des pouvoirs qui l'apparentent à l'administration active [...] Étant à l'origine un acte administratif du souverain, pris sur simple proposition du Conseil d'État, l'annulation pour excès de pouvoir s'apparentait étroitement au retrait d'un acte administratif par son auteur » (J. MASSOT, « Portée et conséquence de l'annulation par le juge d'un acte administratif », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 111, spéc. pp. 111-113).

³⁷⁴¹ J.-J. ISRAËL, thèse préc., pp. 15-16.

³⁷⁴² Par ex., l'annulation d'un arrêté d'expulsion entraîne la disparition rétroactive de l'interdiction de présence sur le territoire (CE, Sect., 4 novembre 1994, *Al Joujo*, req. n° 136.240, Rec., p. 492, *AJDA*, 1995, n° 3, p. 231, concl. R. ABRAHAM, *LPA*, 19 juillet 1995, p. 35, note F. PRIET, *D.*, 1995, SC, p. 175, obs. F. JULIEN-LAFFERRIÈRE). Sur cette question, voir F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, coll. du Centre de Recherches Administratives, 2010, p. 194 et s., spéc. p. 198 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 239, n° 211 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, p. 418 ; P. WEIL, thèse préc., p. 137.

d'un « trait de plume », l'anéantissement rétroactif de l'acte irrégulier, ainsi que de tous les effets, directs ou indirects, que ce dernier a pu produire depuis son entrée en vigueur. En principe mais rarement en pratique, cette rétroactivité propre à l'annulation contentieuse suffit par elle-même à rétablir le *statu quo ante*.

1066. L'hypothèse la plus évidente est celle dans laquelle l'acte administratif n'a reçu aucun commencement d'exécution ou, plus largement, n'a pas encore produit un quelconque effet³⁷⁴³. Il en va ainsi principalement des règlements illégaux dont les mesures d'exécution ne sont pas encore intervenues au moment où le juge statue. En revanche, il est beaucoup plus rare qu'une décision non réglementaire n'ait produit aucun effet à cette même date³⁷⁴⁴. Quoi qu'il en soit, l'annulation juridictionnelle assure ici par elle-même l'annihilation parfaite de l'acte illégal. Il en va de même de l'annulation d'une décision initiale qui, tout en ayant développé des effets propres, n'a pas servi de fondement ou donné suite à l'édition d'actes subséquents au moment où le juge prononce la sentence d'annulation. Cette dernière suffit au rétablissement du *statu quo ante* et le retrait éventuellement prononcé ultérieurement par l'autorité administrative compétente présente un caractère purement superfétatoire³⁷⁴⁵. Dans les cas de figure qui viennent d'être évoqués, la rétroactivité propre à l'annulation contentieuse suffit à apporter les corrections nécessaires pour rétablir l'ordre juridique dans son état préexistant à l'illégalité. Cependant, dès lors que l'acte annulé a donné lieu à l'édition d'*actes-conséquences*, la rétroactivité de l'annulation juridictionnelle ne suffit plus, à elle seule, à éradiquer toutes les traces laissées par l'illégalité. Il est alors nécessaire de compléter cette rétroactivité destructive par l'édition d'autres actes négatifs, eux-mêmes dotés d'un effet rétroactif, en vue de parfaire l'opération de correction de la légalité³⁷⁴⁶.

1067. Même lorsqu'elle suffit à elle seule à la *restitutio in integrum*, la rétroactivité « destructive » de l'annulation contentieuse se montre parfois impuissante à effacer les *blessures* occasionnées à l'ordonnement juridique par la commission de l'illégalité³⁷⁴⁷. Radicale dans ses implications logiques, la rétroactivité de l'annulation est limitée dans ses conséquences pratiques. Ce paradoxe de la rétroactivité est mis, à nouveau, en lumière par M. Chapus : « *La rétroactivité a sa logique ; mais elle tend à faire prévaloir une fiction sur la réalité. Aussi, il faut s'attendre à ce que, dans certaines hypothèses, sa logique fléchisse devant des réalités ou des données juridiques dont on estime qu'elles ne sauraient être méconnues* »³⁷⁴⁸. La réalité, notamment celle de l'écoulement du temps, empêche parfois que l'opération de destruction juridique puisse être, partiellement ou totalement, accomplie. En effet, l'acte annulé a pu développer certains effets, matériels ou juridiques, dans le passé – voire l'ensemble de

³⁷⁴³ J. MASSOT, art. préc., p. 116.

³⁷⁴⁴ Cette affirmation doit certainement être nuancée depuis la réforme des procédures d'urgence.

³⁷⁴⁵ CE, 28 janvier 1972, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Association pour l'intérêt de la résidence à Écully et Sieur Ceyte*, req. n° 81.569, Rec., p. 96, RDP, 1972, p. 1531, note M. WALINE.

³⁷⁴⁶ Cf., plus bas, p. 829 et s., n° 1082 et s.

³⁷⁴⁷ On aura reconnu ici la réflexion formulée par G. Jèze à propos du retrait de tout acte juridique et qui est tout à fait transposable à l'annulation contentieuse d'un acte irrégulier : « *il n'est pas possible juridiquement de supprimer, 'pour le passé', les effets qu'a produits régulièrement un acte juridique régulier. Cela n'est pas plus possible que de supprimer dans le passé les effets d'un acte matériel, de le faire considérer comme s'il n'avait jamais été accompli. Il est impossible d'affirmer qu'est non avenue la blessure occasionnée par un coup de couteau reçu à un individu ; il n'est pas davantage possible d'affirmer qu'est non avenue l'effet juridique qu'a produit un acte juridique. Tout ce qui est juridiquement possible, c'est d'accomplir des 'actes juridiques nouveaux' appropriés, choisis de manière à 'créer', à 'appliquer', des situations juridiques de nature à remettre, 'autant que possible', les choses en l'état* » (G. JÈZE, « Du retrait des actes juridiques », préc., pp. 227-228 et *op. cit.*, t. I, p. 117).

³⁷⁴⁸ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1136, n° 1256.

ses effets –, si bien qu'il n'est pas toujours possible de procéder à leur destruction complète. La rétroactivité autorisant seulement le retraitement juridique du passé au présent, les conséquences matérielles découlant de l'application de la décision illégale au cours de la période intermédiaire échappent à l'emprise de l'annulation juridictionnelle³⁷⁴⁹. Comme le rappelait lumineusement le Doyen Rivero : « *Les atteintes au droit ne présenteraient, pour son règne, qu'une importance minimale si le juge pouvait, par sa décision souveraine, les effacer, et rétablir l'ordre légal. Sans doute, ce rétablissement demeure enfermé, par la nature des choses, dans certaines limites : il est exclu que l'ordre légal restauré reproduise dans tous ces traits l'ordre perturbé par l'acte illicite ; le juge ne peut ressusciter les morts, ni faire que la manifestation illégalement interdite trois ans plus tôt se soit déroulée ; l'atteinte au droit est vengée, le trouble dans les faits subsiste* »³⁷⁵⁰.

1068. Même dans le champ de la rétroactivité de l'annulation, la suppression des effets juridiques qu'a produits la décision sanctionnée dans le passé ne s'étend qu'à ceux d'entre eux qui sont encore susceptibles d'être remis en cause au présent. La rétroactivité de l'annulation contentieuse se heurte alors à la réalité de la consolidation des situations illégales. Ainsi, l'annulation d'un règlement ne s'étend pas à celles de ses mesures d'exécution qui sont devenues définitives, faute d'avoir été contestées en temps utile³⁷⁵¹. De manière générale, il n'en va pas différemment pour les décisions créatrices de droits dont le processus d'acquisition est parvenu à son terme à un moment antérieur au prononcé du jugement³⁷⁵². Enfin, l'annulation contentieuse se révèle être purement platonique lorsqu'elle intervient alors que la décision a été entièrement exécutée, ce qui rend proprement inutile sa rétroactivité³⁷⁵³.

³⁷⁴⁹ M. KELLERSHOHN, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Bordeaux, Impr. Y. Cadoret, 1915, p. 68 ; J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Études juridiques offertes à L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, Paris, Librairie Dalloz, 1964, p. 457, spéc. p. 462. Il peut notamment s'agir des constructions ou démolitions achevées bien avant la saisine du juge (CE, 21 juin 1968, *Dame Spiaggerri et demoiselle Courtois*, req. n° 68.458, Rec., p. 380 ; 5 janvier 1979, *Dames Robinet et Flandres*, req. n° 03.173, Rec., T., p. 928, D., 1979, IR, p. 413, obs. H. CHARLES ; 19 janvier 1979, *Hurdebourg et Ministre de l'Équipement et de l'Aménagement du territoire*, req. n° 10.185 et 10.233, Rec., p. 20, Dr. adm., 1979, n° 86), des réunions et manifestations devant se dérouler à une date déterminée illégalement interdites par l'autorité de police (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, req. n° 17.413 et 17.520, Rec., p. 541, S., 1934, III, p. 1, concl. MICHEL, note A. MESTRE, D., 1933, III, p. 354, concl. MICHEL), ou des exclusions temporaires et de courte durée prononcées à l'encontre d'un agent ou d'un professionnel (CE, 28 juillet 1995, *Seror*, req. n° 84.178, Rec., T., p. 716). Pour d'autres ex., voir J. MASSOT, art. préc., pp. 117-118.

³⁷⁵⁰ J. RIVERO, art. préc., pp. 470-471.

³⁷⁵¹ CE, 3 décembre 1954, *Caussidéry*, Rec., p. 640, D., 1955, J., p. 201, note P. WEIL ; Ass., 10 décembre 1954, *Cru et autres*, Rec., p. 659, D., 1955, J., p. 198, concl. A. JACOMET, note P. WEIL ; Sect., 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, req. n° 45.570, Rec., p. 245, concl. J.-F. HENRY. Cf. également, G. BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE*, 1961, n° 15, p. 53, spéc. p. 57.

³⁷⁵² CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan et Société Strasbourg FM*, req. n° 170.341 et 134.766, Rec., p. 346 et 355, concl. V. PÉCRESSE, *AJDA*, 1997, n° 12, p. 952, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, *LPA*, 20 février 1998, n° 22, p. 6, note G. PELLISSIER, *CFP*, 1997, n° 163, p. 22, *RFDA*, 1998, n° 1, p. 21, concl. V. PÉCRESSE. Voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1130, n° 1248. Sur ces questions, ainsi que sur les autres limites à la rétroactivité des annulations contentieuses, voir p. 515 et s., n° 651 et s.

³⁷⁵³ CE, 10 juin 1936, *Dame Lachazette*, Rec., p. 629 ; 12 janvier 1938, *Pellissier*, Rec., p. 12 ; 31 mai 1938, *Dame Veuve Still*, Rec., p. 494 ; 13 mai 1964, *Société Milk Bar Richelieu*, Rec., p. 902 ; 4 juin 1982, *Association des administrateurs civils du ministère des affaires sociales*, req. n° 18.811. Sur cette question, voir J.-B. AUBY, « Le juge administratif face à la décision entièrement exécutée », *Dr. adm.*, 2000, n° 6, repères, p. 2 ; G. BRAIBANT, art. préc., p. 59 ; P. WEIL, thèse préc., p. 212 et s.

2°) L'anéantissement des effets du contrat administratif irrégulier

1069. C'est une fonction identique que remplit la rétroactivité à l'occasion du prononcé d'un jugement déclarant nul ou annulant un contrat administratif irrégulier. Au bénéfice de l'évolution qu'a connue la notion de nullité dans le contentieux contractuel³⁷⁵⁴, il n'existe plus qu'une différence de vocabulaire qui sépare le jugement de nullité du jugement d'annulation du contrat. En tout état de cause, le jugement d'invalidité du contrat emporte, comme tout jugement d'annulation, l'anéantissement rétroactif de tous les effets qu'a pu produire le contrat sanctionné au cours de la période intermédiaire³⁷⁵⁵. La rétroactivité y joue un rôle de correction de l'irrégularité entachant le contrat en permettant la suppression, pour le passé comme pour l'avenir, de ses effets. Toutefois, la logique du rétablissement du *statu quo ante* que poursuit la rétroactivité de l'annulation juridictionnelle est ici adaptée à la nature particulière des rapports juridiques nés du contrat administratif. En raison de la jeunesse du contentieux de l'annulation du contrat administratif devant le juge de plein contentieux, il sera principalement raisonné par analogie avec les conséquences produites par un jugement constatant la nullité du contrat administratif.

1070. La « rétroactivité destructive » qui découle de tout jugement d'annulation entraîne, dans le cas d'un contrat, à la fois la disparition du lien contractuel et l'obligation corrélative pour les parties de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat sanctionné.

La disparition rétroactive du lien contractuel signifie que les droits et obligations que le contrat a provisoirement pu faire naître entre les parties sont effacées *ab initio* et ce, même dans le cas où le contrat a été entièrement exécuté au moment de l'intervention du jugement d'annulation. Les effets du contrat étant rétroactivement annihilés, les parties se trouvent dans l'impossibilité de se prévaloir, de quelque manière que ce soit, des stipulations contractuelles pour en demander l'exécution ou la sanction au juge³⁷⁵⁶. De la même façon, le contrat déchu ne peut plus régler les rapports financiers entre les parties, non plus qu'il ne peut servir de support à l'engagement d'éventuelles responsabilités de l'une ou de l'autre d'entre elles³⁷⁵⁷. Enfin, la déclaration de nullité ou l'annulation du contrat est susceptible

³⁷⁵⁴ Cf., plus haut, p. 275 et s., n° 347 et s.

³⁷⁵⁵ Sur cette question, voir E. GLASER, concl. sur CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304.802, Rec., p., 509, *BJCP*, 2010, n° 69, p. 138, spéc. pp. 143-144 ; C. GUETTIER, « L'anéantissement du contrat administratif », *RDC*, 2008, n° 1, p. 81 ; V. HAÏM, « Fin des marchés publics », *J.-Cl. adm.*, fasc. 653, 2000, p. 9, n° 51 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. I, Paris, LGDJ, 1983, p. 575, n° 547 ; F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », *CJEG*, 2002, n° 592, p. 571 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 158, 1991, p. 483, n° 803 ; L. THIBAUT, *Les effets de la nullité des contrats administratifs*, Thèse, Paris, 1955.

³⁷⁵⁶ Sur l'ensemble de ces points, cf., CE, 9 juillet 1937, *Commune d'Arzon*, Rec., p. 680, *AJDA*, 1972, p. 245 ; 27 octobre 1947, *Société Bongrand et Dupin*, Rec., p. 344 ; 21 octobre 1949, *Ministre du Travail c/ Entreprise Berp*, Rec., p. 432, *D.*, 1950, J., p. 76, note M. WALINE ; 30 octobre 1953, *Carrère*, Rec., p. 463 ; 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies*, req. n° 47.355 et 47.851, Rec., p. 473, *AJDA*, 1961, II, p. 548, concl. P. NICOLĀY, *RDP*, 1962, n° 3, p. 535, note M. WALINE ; 26 février 1964, *Entreprise Louis Segrette et Ministre des travaux publics et des transports c/ Entreprise Segrette*, req. n° 57.043 et 60.655, Rec., p. 146, *AJDA*, 1964, II, p. 494, concl. M. COMBARNOUS et obs. J. MONTMERLE ; Sect., 26 mars 1965, *Moulinet*, req. n° 59.049, Rec., p. 209 ; 8 novembre 1968, *Commune de Licq-Atherey*, req. n° 89.009, Rec., p. 546 ; 11 février 1972, *OPHLM du Calvados*, req. n° 79.402 et 79.495, Rec., p. 135, *AJDA*, 1972, n° 4, p. 245, concl. G. GUILLAUME ; Sect., 20 octobre 2000, *Société CitéCable Est, Société CitéCable Est*, req. n° 196.553, Rec., p. 457, *BJDCP*, 2001, n° 14, p. 54, concl. H. SAVOIE et obs. P. TERNEYRE, *CJEG*, 2001, n° 572, p. 21 et *RFDA*, 2001, n° 2, p. 359, concl. H. SAVOIE, *CMP*, 2001, n° 1, p. 25, note J.-P. PIETRI, *Dr. adm.*, 2001, n° 3, p. 12, note F. SABIANI ; 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, req. n° 248.950, Rec., p. 501, *BJDCP*, 2004, n° 33 p. 136 et *RJEP*, 2004, n° 609, p. 246, concl. D. PIVETEAU, *AJDA*, 2004, p. 394, obs. J.-D. DREYFUS, *Dr. adm.*, 2004, n° 4, p. 20, note A. MÉNÉMÉNIS.

³⁷⁵⁷ Sur le premier point, cf., s'agissant des prix contractuels (CE, 18 décembre 1987, *Administration générale de l'Assistance Publique à Paris c/ M. Levron*, req. n° 57.303, *RDP*, 1988, n° 5, p. 1416, obs. F. LLORENS), des pénalités de retard (CE, 19 avril 1974, *Société Entreprise Louis Segrette*, req. n° 82.518, Rec., T., p. 1052, *AJDA*, 1974, n° 9, p. 453, note M. P.) ou des créances

d'entraîner la nullité *en cascade* des contrats conclu sur la base du contrat initial³⁷⁵⁸, de même qu'elle prive de fondement les mesures d'exécution intervenues au cours de la période intermédiaire.

L'annulation du contrat irrégulier fait, par ailleurs, obligation aux parties, dans le cas où celui-ci a connu un commencement d'exécution, de remettre les choses en l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de leur engagement. Tout comme la déclaration de nullité avant elle, l'annulation entraîne des conséquences patrimoniales importantes dans le chef des parties au contrat administratif. Le rétablissement du *statu quo ante* au contrat administratif irrégulier passe, en principe, par un ensemble de *restitutions* des prestations accomplies respectivement par les parties, ainsi que par le remboursement des sommes perçues à cette occasion³⁷⁵⁹. Or, il n'est pas toujours dans l'intérêt général que les prestations accomplies lors de l'exécution matérielle du contrat soient restituées à la personne publique, dès lors que celles-ci ont, certes irrégulièrement mais de manière incontestable, répondu à celui-là au cours de la période intermédiaire.

De la spécificité des rapports de droit impliquée par la nature publique du contrat, il découle que la liquidation du passé des rapports *inter partes* doit répondre au souci de « concilier les droits de [la personne publique] et les principes généraux d'équité »³⁷⁶⁰. Il s'ensuit qu'à la reconstitution matérielle de la situation préexistante à la passation du contrat annulé est préféré un dénouement financier des rapports entre les parties sur le fondement de la répétition de l'indu³⁷⁶¹. Il s'agit alors de résoudre les conséquences financières de la nullité du contrat sur un terrain quasi contractuel. Le cocontractant devra rechercher la responsabilité sans faute de la personne publique sur le fondement de l'enrichissement sans cause³⁷⁶². À ce titre, il pourra réclamer le remboursement de celles des dépenses qui ont été utiles à la personne publique envers laquelle il s'était engagé, mais dans la limite que ce remboursement ne dépasse pas la rémunération à laquelle il aurait eu droit en application des stipulations du contrat³⁷⁶³.

ayant leur fondement dans le contrat (CAA Marseille, 30 avril 2003, *Compagnie générale de stationnement*, req. n° 99MA01946). Sur le second point, voir quant à l'impossibilité pour les parties de rechercher leur responsabilité contractuelle respective (CE, Sect., 29 janvier 1982, *Martin*, req. n° 19.926, Rec., p. 44 ; CAA Nancy, 4 mai 2000, *Commune de Saint-Lupicin*, req. n° 95NC02047, *BJDCP*, 2000, n° 12, p. 326, concl. P. VINCENT ; CAA Marseille, 26 juin 2003, *Compagnie générale de stationnement c/ Ville de Toulon*, req. n° 99MA01920), de demander la réparation du préjudice causé par la résiliation d'un contrat nul (CE, 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, req. n° 00.063, Rec., p. 226 ; CAA Bordeaux, 28 avril 1997, *Commune d'Alès*, req. n° 96BX01843, Rec., T., p. 933), voire de faire jouer la garantie décennale (CE, Sect., 29 janvier 1982, *Martin*, préc.).

³⁷⁵⁸ CE, 24 novembre 2008, *Société Sogea Sud*, req. n° 291.607, Rec., T., p. 810, *RDI*, 2009, n° 2, p. 11, obs. R. NOGUELLOU.

³⁷⁵⁹ Sur l'ensemble de ces points, voir CE, 20 juillet 1857, *Broutta* ; 12 novembre 1958, *Compagnie des messageries maritimes*, Rec., p. 428 ; 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies*, préc. ; 26 février 1964, *Entreprise Louis Segrette et Ministre des travaux publics et des transports c/ Entreprise Segrette*, préc. ; 13 juillet 1968, *Stoskopf*, req. n° 70.932, Rec., p. 460.

³⁷⁶⁰ R. RIVET, concl. sur CE, 25 novembre 1921, *Savonneries Henri Olive*, Rec., p. 977, *RDP*, 1922, n° 1, p. 107, spéc. p. 113.

³⁷⁶¹ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Droit public, 2003, p. 132, n° 117 : l'auteur y voit un emprunt de la jurisprudence administrative au droit civil et, en particulier, aux art. 1376 à 1381 du Code civil. Voir, en ce sens, CE, 25 novembre 1921, *Savonneries Henri Olive*, préc., *RDP*, 1922, n° 1, p. 107, concl. R. RIVET, note G. JÈZE ; E. GLASER, concl. préc., p. 143 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 576, n° 548 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 485, n° 806 et « Contentieux des contrats administratifs. Formation du contrat », *J.-Cl. adm.*, fasc. 1126, 1997, p. 9, n° 44.

³⁷⁶² CE, 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, préc. ; 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*, req. n° 144.029, Rec., p. 431, *AJDA*, 1996, n° 6, p. 448, note V. HAÏM, *D.*, 1996, SC, p. 319, obs. P. TERNEYRE (marchés publics) ; Sect., 20 octobre 2000, *Société CitéCable Est*, préc. ; 16 novembre 2005, *Auguste et commune de Nogent-sur-Marne*, req. n° 262.360 et 263.709, Rec., p. 507, *BJDCP*, 2006, n° 45, p. 128, concl. D. CASAS, *CMP*, 2006, n° 2, p. 23, note F. LLORENS, *JCP A*, 2006, n° 7, p. 228, note F. LINDITCH, *RDP*, 2006, n° 2, p. 487, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2006, n° 1, p. 184, note P. TERNEYRE, *RJEP*, 2006, n° 629, p. 119, note C. GUETTIER (délégations de service public).

³⁷⁶³ Outre les références déjà citées, voir CE, 7 avril 2004, *Commune de Cabourg*, req. n° 239.000, Rec., p. 163, *BJDCP*, 2004, n° 36, p. 376, concl. G. GOULARD, *CMP*, 2004, n° 6, p. 19, note G. ECKERT, *Dr. adm.*, 2004, n° 8-9, p. 24, note A. MÉNÉMÉNIS, *RDC*, 2005, n° 3, p. 843, note P. BRUNET, *RFDA*, 2004, n° 3, p. 628, note P. TERNEYRE. Les restitutions opérées suite au constat de la nullité ou à l'annulation du contrat n'empêchent pas le cocontractant de rechercher éventuellement la responsabilité de la personne publique à raison des fautes qu'elle aura pu commettre, dans la limite toutefois que l'indemnité obtenue ne lui assure pas une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée (CE, 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, préc. ; Sect., 20 octobre 2000, *Société CitéCable Est*, préc. ; 22 février 2008, *Schmeltz et Orselli*, req. n° 286.174, Rec., p. 58,

Symétriquement, la personne publique sera également fondée à demander, sur le fondement de la répétition de l'indu, le remboursement des sommes qu'elle a versées en exécution du contrat déclaré nul ou annulé³⁷⁶⁴.

3°) L'éradication des effets du jugement irrégulier

1071. *A priori*, le rôle joué par la « rétroactivité destructive » de l'annulation dans les rapports de juge à juge paraît plus modeste. Comme on l'a vu plus haut, les effets de l'annulation d'un jugement irrégulier prononcée, en appel ou en cassation, par les juridictions supérieures affectent, en premier lieu, le déroulement de l'instance. Le jugement sanctionné étant réputé n'être jamais intervenu, l'instance reprend automatiquement soit devant le premier juge, soit devant la juridiction supérieur en cas d'évocation de l'affaire par ce dernier³⁷⁶⁵. Toutefois, les conséquences de l'annulation d'un jugement irrégulier ne se limitent pas à la sphère contentieuse. Elles affectent également le passé de l'ordonnement juridique. La rétroactivité de l'annulation du jugement irrégulier peut donc être amenée à remplir une fonction de correction de l'ordonnement juridique par destruction des conséquences juridiques qu'a pu avoir le jugement annulé au cours de la période intermédiaire. C'est dire que, de la même manière que précédemment, la rétroactivité de l'annulation poursuit la même logique de rétablissement du *statu quo ante* à la commission de l'illégalité.

Néanmoins, la « rétroactivité destructive » n'est pas toujours susceptible d'être mise en œuvre à l'occasion de l'annulation d'un jugement irrégulier. En effet, comme on a pu le constater précédemment, selon la solution donnée au litige par le jugement entaché d'irrégularité, la portée sur le passé du jugement d'annulation prononcé en appel ou en cassation sera différente³⁷⁶⁶. Deux hypothèses doivent être envisagées.

1072. Dans un premier cas de figure, le jugement d'annulation rendu par la juridiction supérieure fait suite à un arrêt de rejet rendu en premier ressort. La rétroactivité du second jugement entraînera la suppression de l'effet du premier jugement. Ce dernier ayant permis le maintien dans l'ordonnement juridique de la décision contestée, le jugement d'annulation sera susceptible de remettre en cause, pour toute la période qu'aura duré l'instance, l'effet du premier jugement. En d'autres termes, les choses sont remises en l'état, comme si ce dernier n'était jamais intervenu. Du point de vue de la décision administrative litigieuse, cela signifie que le jugement d'annulation efface toutes les conséquences du jugement de première instance. Dans l'éventualité où la juridiction supérieure aura parallèlement établi l'illégalité de cette décision, sa décision produira alors les mêmes effets qu'un arrêt initial d'annulation.

Il en va de même dans le cas où le juge de cassation intervient à la suite d'un arrêt d'appel confirmatif d'une première annulation. La période qui s'étend du début du procès à la décision de cassation est entièrement recouvert par l'effet rétroactif de cette dernière. Les deux jugements

concl. D. CASAS, *AJDA*, 2008, n° 20, p. 1102, note L. MARCOVICI, *BJCP*, 2008, n° 58, p. 183, concl. D. CASAS, *RFDA*, 2008, n° 2, p. 405).

³⁷⁶⁴ CE, 26 septembre 2007, *Office public départemental des HLM du Gard*, req. n° 259.809 et 263.586, Rec., T., p. 942, *AJDA*, 2008, n° 11, p. 575, chr. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, *BJCL*, 2007, n° 11, p. 801 et *BJCP*, 2007, n° 55, p. 462, concl. N. BOULOUIS ; 22 février 2008, *Schmeltz et Orsellì*, préc. Sur l'ensemble de ces questions, voir A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 577, n° 549 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 7^e éd., 2010, pp. 208-209, n° 379 et s.

³⁷⁶⁵ Sur l'ensemble de ces points, voir, plus haut, p. 277, n° 357.

³⁷⁶⁶ Cf., plus haut, p. 278 et s., n° 358 et s.

successivement rendus par les juges du fond, ainsi que les effets qu'ils ont comporté pour la période intermédiaire, seront effacés *ab initio*.

1073. En revanche, dans une seconde hypothèse, la rétroactivité n'est appelée à jouer aucun rôle destructeur. Tel est le cas lorsque le jugement d'annulation de la juridiction supérieure confirme la première annulation prononcée par la juridiction inférieure. Cette confirmation reste sans incidence sur les effets que l'annulation initiale a entraînés sur l'ordonnement juridique, si ce n'est que l'annihilation rétroactive des effets de la décision irrégulière pour la période intermédiaire se trouve par là confortée. Il en va de même dans le cas où trois annulations se sont succédé au cours du procès. La rétroactivité supprimant les effets du jugement du précédent, on en arrive à une confirmation par le juge de cassation de l'annulation prononcée, à l'origine, par le premier juge.

Le pouvoir d'annulation des actes juridiques irréguliers n'est pas l'apanage du juge en matière administrative, l'autorité administrative est également amenée à prononcer de telles annulations, au titre de la mission qui est la sienne d'assurer le respect du principe de légalité. Partant, la rétroactivité remplit une fonction similaire à la précédente.

B/ La rétroactivité destructive des annulations décidées par l'autorité administrative

1074. En matière administrative, la rétroactivité remplit une fonction de correction par destruction des effets produits par un acte juridique irrégulier au cours de la période intermédiaire en deux occasions. D'un côté, la « rétroactivité destructive » peut être mise en jeu à l'occasion du prononcé d'un retrait pour illégalité de la décision administrative. De l'autre, les parties au contrat administratif semblent pouvoir décider, de leur propre chef, de résoudre un contrat nul. Dans les deux cas, l'acte juridique irrégulier, ainsi que ses effets, disparaissent, *ab initio*, si bien que la situation précédant la violation de la règle de droit se trouve rétablie au moyen de la rétroactivité.

1075. Les effets de l'annulation décidée par l'auteur de l'acte administratif ou son supérieur hiérarchique ne s'éloignent pas de ceux d'une annulation prononcée par le juge administratif lui-même³⁷⁶⁷. Pour la doctrine, comme pour le juge, il existe même une équivalence certaine entre l'annulation par voie administrative³⁷⁶⁸ et l'annulation par voie juridictionnelle³⁷⁶⁸, tant du point de vue de leur objet que de leurs effets. *Mutatis mutandis*, la rétroactivité remplit, à l'occasion du prononcé d'un retrait pour illégalité, une fonction de correction similaire à celle qu'elle assure en cas d'annulation

³⁷⁶⁷ L'une comme l'autre se caractérisent par leur effet rétroactif. Pour des références explicites à l'effet rétroactif du retrait en jurisprudence, voir CE, Ass., 18 mars 1949, *Langrogne*, Rec., p. 136 ; 19 avril 2000, *Borusz*, req. n° 207.469, Rec., p. 157, *GACA* n° 45, *D.*, 2000, IR, p. 147, *Dr. adm.*, 2000, n° 6, p. 3, obs. J.-B. AUBY et p. 19. Sur cette question, voir, plus haut, p. 213 et s., n° 278 et s.

³⁷⁶⁸ Pour un même constat, voir Y. ANDRÉ, *Le retrait des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1943, p. 15 et 134 ; J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français. Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 185, 1996, p. 349 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 179 ; F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2003, p. 144 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 250, n° 220 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 958, n° 1386 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 596 ; M. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Paris-Athènes, Sirey, 1954, p. 236, § 47 et p. 293, § 62 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, p. 310 ; M. WALINE, note sous CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, in *Notes d'arrêts*, Vol. I, Paris, Dalloz, 2004, n° 135, p. 698, spéc. p. 700. Pour une formulation explicite de cette équivalence, voir CE, 24 février 1926, *Mijouan*, Rec., p. 205 ; TA Lyon, 13 novembre 2008, *Labit*, req. n° 0702592, *AJDA*, 2009, n° 6, p. 333 : retrait équivalant à une annulation ; CE, 12 mai 1950, *Lecarre*, Rec., p. 680 : annulation qui « dans les circonstances de l'affaire vaut retrait ».

contentieuse. Toutefois, comme le remarquait M. Benoît à propos de l'annulation administrative, « *contentieuse par ses conditions de mise en œuvre et ses limites, elle reste administrative par l'autorité qui l'exerce et ses effets* »³⁷⁶⁹. La nature administrative de l'annulation l'empêche ainsi d'être assimilée totalement quant à ses conséquences à l'annulation juridictionnelle. Cette remarque est d'autant plus pertinente que leurs régimes respectifs connaissent un éloignement progressif dans la période récente³⁷⁷⁰. Néanmoins, elle reste sans incidence sur le rôle tenu par la rétroactivité dans l'opération d'annulation.

Dès lors que l'annulation administrative est considérée comme un *succédané* de l'annulation contentieuse³⁷⁷¹, son prononcé emporte l'anéantissement de l'acte sanctionné, ainsi que de l'ensemble de ses effets. Il est ainsi acquis que le retrait régulier d'un acte administratif entraîne sa disparition rétroactive³⁷⁷² de l'ordonnement juridique. Non seulement l'acte retiré est réputé n'être jamais intervenu³⁷⁷³, mais les effets qu'il a pu produire au cours de la période intermédiaire doivent également être tenus pour anéantis. Plus précisément, il s'agit de retraiter au présent les effets survenus entre le moment de l'édition de l'acte retiré et celui où la décision de retrait devient observable, de telle manière à obtenir l'effacement de toute trace de l'illégalité commise. À l'issue de cette opération, les effets de l'acte irrégulier sont désormais réputés n'être jamais intervenus et l'ordonnement juridique retrouve l'état qui était le sien avant le début de la période d'illégalité.

1076. Dans le même ordre d'idées, les parties à un contrat administratif peuvent, certes dans des cas tout à fait exceptionnels, décider d'annuler les effets de leur engagement, en raison de la découverte d'un vice entachant celui-là de nullité. Suivant l'adage bien connu, « *quod nullum est nullum producit effectum* ». Un contrat nul ne peut faire naître de droits, ni d'obligations entre les parties et doit être regardé comme n'ayant jamais été conclu, quand bien même il aurait été entièrement exécuté. Il s'ensuit qu'à la suite du constat de sa nullité, le contrat disparaît *ab initio*, ainsi que l'ensemble des effets qu'il a produits au cours de la période intermédiaire. La « rétroactivité destructive » dissout alors les rapports juridiques entre les parties, comme s'ils n'avaient jamais été noués. Plus précisément, les effets qu'a provisoirement développés le contrat nul vont être retraités, de telle manière à rétablir les choses en l'état dans lequel elles se trouvaient immédiatement avant la conclusion de l'acte contraire à la règle de droit.

La disparition rétroactive du contrat suppose de rétablir le *statu quo ante* avant l'échange des consentements, dont il a été établi au préalable qu'il était vicié. L'opération de suppression, au moyen de la rétroactivité, débouche sur un ensemble de restitutions, de manière à liquider définitivement le passé des rapports *inter partes*. Concrètement, les parties devront restituer les prestations déjà effectuées, si une restitution matérielle est possible, de même qu'elles seront tenues de rembourser les sommes

³⁷⁶⁹ F.-P. BÉNOÏT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 569, n° 996. Pour une discussion, voir M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 249, § 51 : l'éminent auteur raisonne cependant à partir de la notion de chose jugée.

³⁷⁷⁰ Sur ce point, cf., plus haut, p. 492, n° 621.

³⁷⁷¹ Selon l'heureuse expression de Laubadère (A. de LAUBADÈRE *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 2^e éd., 1957, pp. 180-181, n° 341), qui a été maintenue dans les éditions suivantes de son traité (cf., en dernier lieu, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 658, n° 1386).

³⁷⁷² Outre les références citées p. 822, note 3767, voir, pour une formulation explicite, CE, Sect., 6 février 1948, *Dlles Mollet et Salvan*, Rec., p. 62, *Gaz. Pal.*, 1948, I, p. 181, concl. B. CHENOT, S., 1948, III, p. 66. Cf. également, A. GERVAIS, chr. sous CE, 4 juin 1948, *Dame de Sèze*, Rec., p. 250, *RDP*, 1948, n° 3, p. 480, spéc. p. 486.

³⁷⁷³ Comme le rappelait le Président Labetoulle, « *la décision retirée est réputée n'être jamais intervenue* » (D. LABETOULLE, concl. sur CE, Sect., 5 mai 1984 *Époux Poissonnier*, req. n° 15.391, Rec., p. 162, *AJDA*, 1984, n° 9, p. 511). Cf., dans le même sens, CE, Sect., 18 décembre 1953, *Welter*, req. n° 16.322, Rec., p. 564 ; Sect., 2 juin 1967, *Ministre des Armées c/ Fradet*, req. n° 65.726, Rec., p. 234 ; 10 octobre 1990, *Époux Alarcon*, req. n° 86.379 et 86.380, Rec., T., p. 1039 ; CAA Paris, 23 novembre 1999, *M. et Mme Nossen*, req. n° 96PA02795. Voir également, R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 598.

perçues au titre de l'exécution du contrat annulé³⁷⁷⁴. La « rétroactivité destructive » de l'annulation conventionnelle opère donc de la même façon que lorsqu'elle découle d'une décision juridictionnelle³⁷⁷⁵. Ainsi, il n'est plus possible pour les parties de se prévaloir du contrat, non plus qu'elles ne peuvent régler leurs rapports financiers et indemnitaires sur son fondement.

La « rétroactivité destructive » ayant annihilé tous les effets produits par le contrat, les parties sont réputées n'avoir jamais contracté. Ce faisant, la violation de la règle de droit commise à l'occasion de la conclusion du contrat disparaît également, ce qui a pour conséquence de rétablir l'ordonnement juridique dans l'état de légalité qu'il n'aurait jamais dû quitter.

La rétroactivité mise au service de l'exigence du respect du droit n'entraîne pas uniquement des conséquences négatives sur l'ordonnement juridique. Dans certains cas, l'opération de destruction que réalise la rétroactivité de l'annulation aboutit à la remise en vigueur du droit antérieur à la commission de l'illégalité.

II – LA REMISE EN VIGUEUR EVENTUELLE DU DROIT ANTERIEUR A L'ACTE IRREGULIER

1077. La « rétroactivité destructive » de l'annulation, qu'elle soit administrative ou juridictionnelle, est susceptible d'entraîner des conséquences positives sur le passé de l'ordonnement juridique. En ordonnant l'effacement rétroactif de l'illégalité administrative et de ses conséquences, la norme d'annulation *rétablit* l'ordre juridique dans l'état où il se trouvait un instant avant l'édiction de la norme juridique contraire à la règle de droit³⁷⁷⁶. Les normes qui étaient en vigueur à ce moment précis se trouvent automatiquement *ressuscitées*. La correction *négative* apportée à l'ordonnement juridique produit par elle-même une conséquence *positive*. En d'autres termes, la rétroactivité de l'annulation est susceptible d'entraîner, de façon mécanique, la *remise en vigueur* de celles des décisions que l'acte irrégulier annulé a remplacées, modifiées ou supprimées et ce, à compter de la date même à laquelle celui-là était lui-même entré en vigueur. Mieux encore, celles-ci sont réputées n'avoir jamais cessé de produire leurs effets au cours de la période intermédiaire. Tout se passe comme si l'ordre juridique n'avait jamais quitté l'état de régularité qui était le sien sous l'empire des normes juridiques antérieurement en vigueur, cet état ayant perduré jusqu'au présent.

Si la remise en vigueur du droit antérieur à l'édiction de l'acte irrégulier constitue une conséquence logique de la « rétroactivité destructive », elle ne se produit pas de manière systématique. Cette éventualité se vérifie que l'on soit en présence d'une annulation d'origine juridictionnelle ou administrative ou que l'annulation concerne une décision administrative ou un jugement.

1078. L'annulation contentieuse d'une décision administrative se borne, en imposant de remettre les choses « en l'état » où elles étaient avant la commission de l'illégalité, à provoquer le *retour* du passé au présent. Il convient de préciser cette idée. Ce que la rétroactivité de l'annulation autorise, c'est la *reprise* du passé au présent et non sa reconstitution, laquelle ne saurait être opérée sans recourir à une fiction. L'irréversibilité de l'écoulement du temps est une réalité qui ne saurait être ignorée, si bien que le retour

³⁷⁷⁴ Sur cette question, voir p. 247, n° 312.

³⁷⁷⁵ Cf., plus haut, p. 819, n° 1069.

³⁷⁷⁶ Sur cette idée, voir M. KELLERHSHOHN, thèse préc., p. 59 ; S. DAËL, concl. sur CE ; Avis, 28 juillet 1995, *Consorts Alsina et SA Plâtres Lambert Production*, req. n° 169.480, Rec., p. 318, *BJDU*, 1995, n° 4, p. 270, spéc. p. 279.

au passé commandé par la logique de la rétroactivité doit se réaliser aux conditions et dans les limites du présent. En d'autres termes, il ne s'agit pas de reconstruire le passé qui aurait dû être, le temps qu'a duré l'illégalité, mais de permettre que ce qui était légalement possible de faire dans ce passé le soit à nouveau dans le présent. La correction du passé au présent au moyen de la rétroactivité s'effectue alors en fonction des potentialités offertes par celui-ci.

L'exemple de l'annulation d'une décision de refus permettra de le montrer. En pareille hypothèse, l'annulation a pour effet de replacer le demandeur dans la situation dans laquelle il se trouvait un instant avant que le refus illégal lui ait été opposé par l'autorité compétente. Il en découle qu'au jour du prononcé de l'annulation du refus illégal, la demande de l'administré redevient pendante et l'autorité administrative devra, en exécution de la chose jugée procéder une nouvelle fois à son examen³⁷⁷⁷. En d'autres termes, la rétroactivité de l'annulation fait renaître la situation préexistante à la décision, mais pas davantage. Elle ne saurait entraîner, du moins en principe, l'acceptation de la demande sollicitée³⁷⁷⁸, pas plus que la résurrection de la réglementation applicable au jour de l'édition de la décision annulée, dans l'éventualité où celle-ci aurait fait l'objet de modification au cours de la période intermédiaire³⁷⁷⁹. Étant réalisée au présent, l'opération de correction de l'ordonnement juridique présente nécessairement une certaine actualité.

Il en va ainsi, par exemple, de l'annulation du refus d'abroger une disposition réglementaire illégale, laquelle emporte comme conséquence l'obligation pour l'autorité compétente de procéder à son abrogation et non à son retrait rétroactif au jour du refus. En revanche, l'annulation n'implique pas son remplacement par une nouvelle disposition³⁷⁸⁰. L'absence de retour au droit antérieur en conséquence de l'annulation contentieuse se vérifie également pour l'ensemble des décisions prises sur demande, quelle que soit leur forme, ainsi que plus généralement celles que l'autorité administrative n'est pas tenue de prendre³⁷⁸¹. Le raisonnement est identique même dans l'hypothèse où la décision annulée est intervenue, de manière implicite, à l'issue de l'écoulement d'un délai³⁷⁸².

³⁷⁷⁷ CE, 2 octobre 1987, *Époux Manceau*, req. n° 77.715, Rec., p. 301 ; 18 février 1994, *Syndicat des pharmaciens du Puy-de-Dôme et Conseil régional de l'ordre des pharmaciens*, req. n° 124.961, Rec., p. 89, *JCP G*, 1994, IV, 1076, obs. M.-C. ROUAULT ; 22 juillet 1994, *Alberto*, req. n° 151.331, Rec., T., p. 972 ; 29 juillet 1998, *Société Radio Pholie*, req. n° 125.291, Rec., T., p. 1113 ; 5 avril 2002, *Edelson*, req. n° 219.829, Rec., T., p. 887 ; 17 mars 2004, *SARL Loisirs 2000 et SA Cinémas Forum*, req. n° 227.000, Rec., T., p. 839, *BJCL*, 2004, n° 6, p. 402, concl. A.-F. ROUL ; 4 avril 2005, *Préfet du Bas-Rhin c/ Guebgoub*, req. n° 257.981, Rec., T., p. 1056, *Dr. adm.*, 2005, n° 6, p. 28, note E. GLASER ; 5 septembre 2008, *Société Sorelait*, req. n° 303.992, Rec., p. 319 *Dr. soc.*, 2008, n° 12, p. 1251, concl. Y. STRUILLLOU, *JCP S*, 2009, n° 21-22, p. 43, note A. NOURY, *RFDA*, 2008, n° 6, p. 1280 ; 24 octobre 2008, *Société Vortex*, req. n° 304.549, Rec., p. 356, *RFDA*, 2008, n° 6, p. 1278.

³⁷⁷⁸ CE, 30 novembre 1906, *Rage Roblot* (9^e esp.), Rec., p. 862, concl. J. ROMIEU ; 29 juillet 1998, *Société Radio Pholie*, préc. ; 5 avril 2002, *Edelson*, préc. ; 26 mars 2004, *Tabet*, req. n° 242.238, Rec., T., p. 839 ; 27 octobre 2008, *Ministre de la Santé et des Solidarités c/ SELARL Pharmacie du Hamois*, req. n° 300.789, *AJDA*, 2008, n° 38, p. 2097. Voir également, M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 88.

³⁷⁷⁹ Au contraire, en cas d'annulation d'une décision de refus, il sera procédé au nouvel examen de la demande au regard de la situation de droit et de fait existante au moment de l'édition de la nouvelle décision (CE, 14 mai 1997, *Delaunay*, req. n° 176.806 et 180.269, Rec., T., p. 1017, *Dr. adm.*, 1997, n° 8-9, p. 15, note R. SCHWARTZ ; 1^{er} avril 1998, *Mme Tournerie*, req. n° 169.484, Rec., T., p. 1113 ; 12 juin 1998, *Robert*, req. n° 157.776, Rec., p. 232, *CFP*, 1998, n° 171, p. 32, concl. D. CHAUVAUX, *Dr. adm.*, 1998, n° 12, p. 22, note D. CHAUVAUX ; 19 juin 1998, *Département des Bouches-du-Rhône et Bernardini*, req. n° 191.314 et 192.210, Rec., T., p. 1113, *Dr. adm.*, 1998, n° 10, p. 19, note L. TOUVET ; 27 mars 2009, *M. Benarab et Mme Kias*, req. n° 286.886, Rec., p. 108, *AJDA*, 2009, n° 20, p. 1102, concl. J. BOUCHER, *RFDA*, 2009, n° 3, p. 630). Pour d'autres ex., voir J. MASSOT, art. préc., p. 118 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1120, n° 1237 2°.

³⁷⁸⁰ Sur cette question voir, J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, note préc., pp. 442-443. Cf. également, CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, req. n° 74.052, Rec., p. 44, *GAJA* n° 90, *AJDA*, 1989, n° 6, p. 387, note O. FOUQUET, *RFDA*, 1989, n° 3, p. 391, concl. N. CHAHID-NOURAI et p. 422, note O. BEAUD et L. DUBOUIS, *RTDE*, 1989, p. 509, note J. VERGÈS ; 4 février 2000, *Syndicat général de l'éducation nationale (SGEN-CFDI) de la Savoie*, req. n° 184.340, Rec., T., p. 1175 ; 27 juillet 2001, *Titran*, req. n° 222.509, Rec. p. 441, *AJDA*, 2001, n° 12, p. 1046, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *RRJ*, 2003, n° 2, p. 1513, note F. BLANCO.

³⁷⁸¹ Sur les premières, voir CE, Sect., 25 janvier 1963, *Caro*, req. n° 56.694, Rec., p. 51. Sur les secondes, voir CE, Sect., 21 février 1958, *Société nouvelle des Établissements Gaumont*, Rec., p. 124, *S.*, 1958, p. 281, concl. B. JOUVIN ; Sect., 25 janvier 1980,

1079. En revanche, la correction apportée à l'ordonnancement juridique par la « rétroactivité destructive » de l'annulation contentieuse débouche sur la remise en vigueur du droit antérieur, lorsque celui-ci était fixé dans un sens déterminé au moment de l'édition de la décision annulée. Il en va ainsi principalement lorsque celle-ci a succédé pour l'avenir ou avec effet rétroactif à une décision antérieure.

Dans le premier cas, l'annulation de l'effet abrogatif ou modificatif prescrit par la norme nouvelle invalide entraîne la remise en vigueur des effets de la norme ancienne et ce, à compter de la date d'entrée en vigueur de la première. Il s'ensuit que la norme ancienne revit au jour de sa modification ou de son abrogation. Ainsi, l'annulation³⁷⁸³ ou, dans certains cas, la déclaration d'illégalité³⁷⁸⁴ d'un règlement qui avait abrogé ou modifié la réglementation antérieure emporte la remise en vigueur de ses dispositions non seulement pour l'avenir mais également pour le passé, sans qu'aucun texte exprès n'ait à intervenir³⁷⁸⁵.

Un exemple particulièrement éclairant est celui des conséquences de la déclaration d'illégalité ou de l'annulation d'un règlement local d'urbanisme³⁷⁸⁶. L'une ou l'autre entraîne la remise en vigueur de plein droit de la réglementation immédiatement antérieure, à la seule condition que cette dernière puisse être légalement appliquée³⁷⁸⁷. De la même manière, l'annulation juridictionnelle de la délibération fixant le taux annuel d'une taxe locale emporte la résurrection du taux valable pour l'année précédente et, par conséquent, son application à l'année en cours³⁷⁸⁸. La remise en vigueur, avec effet

Gadagia et autres, req. n° 14.260 à 14.265, Rec., p. 44, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE, *AJDA*, 1980, n° 5, p. 307 et p. 283, chr. Y. ROBINEAU et M.-A. FEFFER, *D.*, 1980, J., p. 270, note G. PEISER. Sur ce point, voir M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 56.

³⁷⁸² S'agissant des décisions implicites de rejet, voir CE, Sect., 4 février 1955, *Rodde*, Rec., p. 72 ; 10 mai 1995, *Ministre de la Santé et de l'Action humanitaire c/ Clinique Saint-Germain*, req. n° 137.340, Rec., T., p. 988. S'agissant des décisions implicites d'acceptation, cf. CE, Sect., 7 décembre 1973, *Entreprise J. Fayolle et fils*, req. n° 88.106, Rec., p. 703 et *Ministre de l'Agriculture et du Développement rural c/ Société civile agricole de Nigritelles*, req. n° 88.252 et 91.237, Rec., T., p. 699, *AJDA*, 1974, n° 2, p. 81, chr. M. FRANC et M. BOYON et p. 86, note B. GENEVOIS, *D.*, 1974, J., p. 156, note G. LIET-VEAUX, *Gaz. Pal.*, 1974, 1, p. 134, note J. MEGRET ; 18 janvier 1974, *Ministre de l'Aménagement du Territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Société foncière Biarritz-Anglet*, req. n° 88.665, Rec., p. 38. C'est au regard de la situation de fait et de droit actuelle que l'Administration devra statuer dans le nouveau délai imparti (CE, Sect., 10 avril 1964, *Clinique du Chablais*, req. n° 58.478, Rec., p. 215 ; 3 décembre 1975, *Compagnie pour l'équipement, le financement et la construction et Établissement particulier des filles de la Charité de Saint-Vincent de Paul à Orsay*, req. n° 96.028, Rec., p. 612).

³⁷⁸³ CE, Ass., 13 juillet 1963, *Syndicat national des ingénieurs-conseils inspecteurs du contrôle de la prévention et assimilés et autres*, req. n° 56.222, Rec., p. 429, *Dr. soc.*, 1963, p. 629, concl. NICOLAÏ ; 24 mars 1965, *Bonnetblanc*, req. n° 62.133, Rec., T., p. 1034 ; 18 janvier 1967, *Ville de Châteaudun*, req. n° 58.460, Rec., T., p. 691, *AJDA*, 1967, n° 5, p. 299, obs. V. SILVERA ; Ass., 12 mai 1967, *Ministre des Armées c/ de Corbier*, req. n° 62.920, Rec., p. 211, *Rev. adm.*, 1968, p. 168, concl. G. BRAIBANT.

³⁷⁸⁴ CE, Sect., 6 décembre 1972, *Ville de Bourges c/ Dame Plagne*, req. n° 80.837, Rec., p. 617. Cf., plus haut, p. 541, note 2530.

³⁷⁸⁵ CE, 24 mars 1965, *Bonnetblanc*, préc. ; 22 avril 1966, *Subileau*, req. n° 64.687, Rec., p. 284 ; Ass., Avis, 10 janvier 2008, n° 380.902, *EDCE*, 2009, n° 60, p. 293, *RDP*, 2009, n° 5, p. 1299, note D. CHAUVVAUX.

³⁷⁸⁶ Art. L. 121-8 du Code de l'urbanisme. Voir également, CE, Ass., 15 février 1980, *Association pour la protection du site du vieux Pornichet*, req. n° 08.596, Rec., p. 84, *AJDA*, 1980, n° 5, p. 291, chr. Y. ROBINEAU et M.-A. FEFFER, *D.*, 1980, IR, p. 532, obs. H. CHARLES, *JCP G*, 1980, 19375, concl. B. GENEVOIS et note G. LIET-VEAUX ; 25 novembre 1991, *Commune de Saint-Palais-sur-Mer c/ Association des amis de la Pointe de Nauzan et autres*, req. n° 78.606, Rec., p. 405, Sur l'ensemble de ces questions et l'évolution fluctuante de la jurisprudence, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1112, n° 1225 ; J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat Droit public/privé, 8^e éd., 2008, p. 151, n° 301 ; H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, 6^e éd., 2008, p. 783, n° 805).

³⁷⁸⁷ Cela signifie tout à la fois que son application doit être encore possible (cf., concernant la règle de caducité des anciens plans d'occupation des sols, CE, 29 décembre 1995, *Commune de Fontvieille*, req. n° 99.833, Rec., p. 484, *Dr. adm.*, 1996, n° 2, p. 32) et qu'elle ne constitue pas elle-même une illégalité (CE, Avis, 9 mai 2005, *Marangio*, req. n° 277.280, Rec., p. 195, *BJDU*, 2005, n° 3, p. 162, concl. E. GLASER et obs. J.-C. BONICHOT, *JCP A*, 2005, n° 26, p. 1040, note P. BILLET, *RFDA*, 2005, n° 4, p. 901, note P. TERNEYRE et n° 5, p. 1024, concl. E. GLASER). Sur cette question, voir, outre les références déjà citées, P. BOULISSET et S. ZARLI, « Les conséquences de l'annulation du PLU ou du POS pour la commune », *AJDA*, 2011, n° 19, p. 1060.

³⁷⁸⁸ CE, Sect., 6 octobre 1972, *Ville de Bourges c/ Dame Plagne*, préc. ; CAA Lyon, Plén., 5 avril 1993, *Société Rossi Frères*, req. n° 91LY00389, Rec., T. p. 720, *DF*, 1993, n° 49, p. 1942, concl. D. RICHER ; CE, 26 juin 1996, *SARL Rossi Frères*, req. n° 148.711, Rec., p. 249 ; 6 août 2008, *Association Vent de colère*, req. n° 297.723, *AJDA*, 2008, n° 38, p. 2117, note B. BAUT-FERRARÈSE et n° 42, p. 2315, chr. P.-A. JEANNENEY, *JCP A*, 2008, n° 42-43, p. 25, note P. BILLET ; 30 mars 2009, *Communauté*

rétroactif, du droit antérieur intervient également à la suite de l'annulation d'une décision non réglementaire ayant modifié ou supprimé une décision antérieure. Par exemple, l'annulation contentieuse d'un arrêté d'expulsion illégal ayant implicitement abrogé un titre de séjour entraîne la remise en vigueur de ce dernier au jour de son abrogation³⁷⁸⁹.

Dans le second cas, l'annulation juridictionnelle de la norme rétroactive emporte la résurrection de la norme antérieure, non pas à la date d'entrée en vigueur de la première, mais à la sienne propre. C'est là la conséquence de la suppression rétroactive des effets d'une norme produisant elle-même un effet rétroactif. Ainsi, l'annulation du retrait d'une décision administrative emporte sa remise en vigueur³⁷⁹⁰, non pas à compter de la date du retrait, mais de sa propre date d'entrée en vigueur³⁷⁹¹. Il n'en va pas différemment dans le cas où l'autorité administrative avait valablement adopté une décision se substituant rétroactivement à la décision initiale. D'une certaine manière, la « contre-rétroactivité » découlant de l'annulation contentieuse recouvre totalement la rétroactivité de la décision administrative illégale³⁷⁹².

1080. Il en va de même en matière d'annulation administrative. La « rétroactivité destructive » de l'annulation décidée par l'autorité administrative emporte parfois la résurrection de la décision à laquelle l'acte retiré avait succédé et ce, sans qu'il soit nécessaire qu'une quelconque décision intervienne en ce sens. Toutefois, cette remise en vigueur de plein droit du droit antérieur n'est pas systématique. Il va de soi que lorsque la décision retirée était une décision initiale, il ne peut y avoir résurrection du droit antérieur. En revanche, il peut advenir parfois que, quand bien même il existe un règle ou une décision

d'agglomération Angers Loire métropole, req. n° 301.219, Rec., T., p. 708, *AJDA*, 2009, n° 13, p. 681 et n° 44, p. 2443, chr. P.-A. JEANNENAY, *BDCF*, 2009, n° 6, p. 35, concl. E. GEFFRAY, *JCP A*, 2009, n° 22, p. 29 et *RDF*, 2009, n° 23, p. 28, note L. ERSTEIN, *RJF*, 2009, n° 6, p. 508. Pour d'autres ex., voir CE, 30 avril 1997, *Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et Confédération nationale des syndicats dentaires*, req. n° 178.105 et 178.861, Rec., p. 183, *Dr. adm.*, 1997, n° 11, p. 21, note C. MAUGÛÉ.

³⁷⁸⁹ À la condition toutefois que le titre de séjour ait été en cours de validité au moment de son abrogation par l'arrêté d'expulsion annulé (CE, Sect., 4 novembre 1994, *Al Joujo*, préc. ; 15 janvier 1996, *Guedili et autres*, req. n° 149.390 et 154.622, Rec., T., p. 1112 ; CAA Lyon, 1^{er} avril 1999, *Kilic*, req. n° 98LY02313, Rec., p. 508). Pour d'autres ex., voir CE, 30 novembre 1900, *Viaud*, *S.*, 1903, III, p. 23 ; 7 avril 1948, *Demoiselle Gouy*, Rec., T., p. 587, *RDP*, 1948, p. 608 ; 5 janvier 1979, *Ripoll*, req. n° 08.000, Rec., p. 6 (annulation de la révocation ou de la suspension d'un fonctionnaire) ; 18 janvier 1967, *Ville de Châteaudun*, préc. (annulation d'une décision de mise à la retraite) ; 16 février 1994, *Ministre de la Solidarité c/ Polyclinique Saint-Pierre*, req. n° 119.544, Rec., T., p. 1133, *D.*, 1995, SC, p. 237, obs. F. THIRIEZ, *Dr. adm.*, 1994, n° 5, p. 15, obs. R. ABRAHAM, *RFDA*, 1994, p. 1551, concl. R. ABRAHAM (remise en vigueur d'une décision de retrait).

³⁷⁹⁰ CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Réville*, Rec., p. 246, *Gaz. Pal.*, 1949, 2, p. 34, concl. R. ODENT, *D.*, 1950, p. 95, note L. ROLLAND, *Rev. adm.*, 1949, p. 372, note G. LIET-VEAUX, *S.*, 1949, III, p. 81, note DELPECH ; 29 janvier 1993 *Comité de sauvegarde du cadre de vie de l'Agrippin*, req. n° 100.450 ; 9 juin 1999, *Roveyaz*, req. n° 169.158, Rec., T., p. 1076 ; 6 avril 2007, *Chabran et autres*, req. n° 296.493, Rec., T., p. 1028, *BJDU*, 2007, n° 2, p. 153, concl. M. GUYOMAR, *Construct.-Urb.*, 2007, n° 5, p. 28, note G. GODFRIN, *Procédures*, 2007, n° 6, p. 31, obs. S. DEYGAS, *RDI*, 2007, n° 4, p. 463, note P. SOLER-COUTEAUX (annulation du retrait d'un permis de construire) ; 3 juillet 1998, *EARL Matrey*, req. n° 170.390, Rec., T. p. 676, *Dr. adm.*, 1998, n° 8-9, p. 13, obs. L. TOUVET. (annulation du retrait d'une autorisation de transfert de quantités de référence laitière). Sur cette question, voir G. BRAIBANT, art. préc., p. 55 ; C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, pp. 418-419. Il en va de même en cas de déclaration d'illégalité du retrait (CE, 28 octobre 1987, *SA "Hirigoyen"*, req. n° 35.232, *RJF*, 1987, n° 12, p. 651, *DF*, 1988, n° 28, p. 1458, concl. LE ROY ; 16 décembre 1991, *Lallemand*, req. n° 82.230, *RJF*, 1992, n° 2, n° 248 : déclaration d'illégalité du retrait d'un agrément fiscal).

³⁷⁹¹ Comme le souligne justement le commissaire du gouvernement Guyomar à propos des conséquences de l'annulation du retrait illégal d'un permis de construire, « c'est la conséquence logique de l'intervention successive de deux événements rétroactifs : d'abord le retrait qui fait disparaître le permis 'ab initio' [...] puis l'annulation contentieuse qui fait que ce retrait est également censé n'avoir jamais existé. [...] Le permis ne revit pas à compter de la date du retrait. Il est réputé avoir toujours vécu » (M. GUYOMAR, concl. sur CE, 6 avril 2007, *Chabran et autres*, préc., *BJDU*, 2007, n° 2, p. 153, spéc. p. 154). Ainsi, si les travaux ont été entrepris en dépit du retrait, la remise en vigueur du permis aura notamment pour conséquence de purger l'illégalité résultant de l'édification d'une construction sans autorisation préalable.

³⁷⁹² Ce qui justifie qu'il soit fait interdiction à l'Administration de prendre une décision se substituant à la décision initiale (CE, Sect., 21 janvier 1977, *Moisand*, req. n° 87.656, Rec., p. 34).

antérieure, la remise en vigueur s'avère impossible, soit que la norme ressuscitée a épuisé ses effets au moment de l'édiction de la norme annulée, soit que ceux-ci ont pris fin avant que le retrait n'ait été prononcé³⁷⁹³.

1081. C'est également une conséquence identique que produit la « rétroactivité destructive » résultant d'un jugement annulant un précédent jugement d'annulation. Cette « annulation sur annulation » emporte, de manière mécanique, la remise en vigueur rétroactive de la décision administrative contestée. De la même manière qu'en mathématique, deux signes « moins » valent un signe « plus », si deux annulations rétroactives se succèdent, la conséquence logique est que la décision administrative concernée redevienne applicable et ce, à compter du jour même où celle-ci a pris elle-même effet. En effet, la première annulation a commandé l'annihilation rétroactive des effets de la décision contestée en vue de rétablir le *statu quo ante*. La seconde annulation poursuit elle-même un objectif identique, mais à l'égard du jugement d'annulation. Le jugement annulé étant réputé n'être jamais intervenu, il convient de rétablir l'ordonnement juridique dans l'état où il se trouvait avant que les premiers juges rendent leur décision. Or, à cette date, la décision administrative, déclarée irrégulière à tort, était en vigueur et produisait ses effets. Par conséquent, le rétablissement du *statu quo ante* requiert alors de ressusciter les effets qu'avait entraînés la décision litigieuse avant leur effacement provisoire. Du fait de la « rétroactivité destructive » attachée à la seconde annulation, la décision doit, de surcroît, être regardée comme n'ayant jamais cessé d'exister et de produire ses effets³⁷⁹⁴.

Toutefois, le rétablissement du *statu quo ante* à la première annulation au moyen de la rétroactivité n'est pas toujours possible, voire même conduit à des situations inextricables. Par exemple, dans le cas où une décision, dont la durée de validité est limitée dans le temps, a été annulée une première fois, puis remise rétroactivement en vigueur par l'effet d'une annulation sur annulation ultérieurement intervenue, le délai durant lequel la décision doit recevoir application peut, au moment où son bénéficiaire doit tirer les conséquences du prononcé de la seconde annulation, se trouver expiré. La décision est, au présent, devenue caduque par l'écoulement du délai interrompu dans le passé par la première annulation, puis ressuscité pour le passé par la seconde annulation. Les rétroactivités successives, bien que nécessaires au rétablissement de la légalité, aboutissent à une solution largement défavorable au justiciable, à telle enseigne que le juge y a, au cas d'espèce, purement et simplement renoncé, en estimant que le délai de validité de la décision est prorogé à compter du prononcé du second jugement d'annulation³⁷⁹⁵. Dans le même ordre d'idées, l'annulation sur annulation a pour conséquence de remettre en vigueur une décision contre laquelle il n'est désormais plus possible d'exercer ni recours administratif, ni recours contentieux, les délais étant expirés au moment du prononcé de la seconde

³⁷⁹³ Dans ce cas particulier, la norme antérieure sera fictivement remise en vigueur pour la durée de validité restant à courir dans le passé. Cela signifie qu'il faudra tirer les conséquences au présent des effets que cette norme est censée avoir développés au cours de la période suivant l'édiction de la norme annulée.

³⁷⁹⁴ J. DEPRESZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, t. I, préc., p. 168 ; L. DEREPAZ, concl. sur CE, 21 juillet 2009, *Maïa*, req. n° 307.540, Rec., T., p. 983, *BJDU*, 2009, n° 5, p. 387, spéc. p. 388. Outre cette décision, relative à un acte réglementaire, cf. également, CE, 26 janvier 1979, *SCI "Le Maréchal"*, req. n° 05.746 et 05.747, Rec., T., p. 843 ; 30 septembre 2005, *Commune de Beausoleil*, req. n° 258.873, Rec., p. 410, concl. S. VERCLYTTTE, *AJDA*, 2005, n° 44, p. 2450, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *BDCF*, 2005, n° 12, p. 64, *BJDU*, 2005, n° 6, p. 431 et *JCP*, 2005, II, 10175, concl. S. VERCLYTTTE, *Gaz. Pal.*, 12 mars 2006, n° 71, p. 21, note J.-L. PISSALOUX, *JCP CTI*, 2005, n° 12, p. 22, note L. ERSTEIN (acte non-réglementaire). Par ailleurs, la remise en vigueur rétroactive de la décision a pour conséquence de priver de tout effet les décisions intervenues à la suite de la première annulation (CE, 25 février 1998, *Mme Douce de la Salle*, req. n° 150.355, Rec., T., p. 1106), lesquelles devront être rétroactivement retirées en exécution de la chose jugée par l'autorité compétente (CAA Paris, 25 juillet 1997, *Compagnie guadeloupéenne de transports scolaires et autres*, req. n° 95PA03535, Rec., T., p. 1018).

³⁷⁹⁵ CAA Nantes, 16 octobre 2007, *M. Daniel*, req. n° 06NT01922, Rec., T., p. 1028, *AJDA*, 2008, n° 13, p. 684, note D. ARTUS.

annulation³⁷⁹⁶. C'est dire que le mécanisme de la rétroactivité doit céder devant la réalité de l'écoulement du temps, ce qui est de nature à limiter parfois la fonction qu'elle est amenée à remplir au service du rétablissement de la légalité.

Il arrive également que l'anéantissement des effets de l'acte irrégulier pour la période intermédiaire ne permette pas, à lui seul, d'atteindre le retour au *statu quo ante*. La « rétroactivité destructive » initiale doit alors être complétée par une « rétroactivité destructive » dérivée, afin de parachever l'opération d'éradication des conséquences de l'illégalité que commande le rétablissement du respect du droit.

§ 2 : Le rétablissement du *statu quo ante* parachevé par la destruction rétroactive des actes-conséquences de l'acte irrégulier

1082. L'anéantissement rétroactif de la décision irrégulière et de ses effets propres ne suffit pas toujours, à elle seule, à effacer les blessures que son édicition a occasionnées à l'ordonnement juridique. En pratique, les situations dans lesquelles l'annulation prononcée par le juge administratif ou l'Administration suffit à revenir au *statu quo ante* apparaissent même comme relevant plutôt de l'exception. Dans la grande majorité des cas, l'acte irrégulier a connu une période d'application plus ou moins longue, au cours de laquelle il a pu donner lieu à l'édition d'actes subséquents. Aussi n'est-il pas rare que le juge ou l'administration doive tirer les conséquences de l'annulation juridictionnelle ou administrative de l'acte initial sur la légalité des actes qui entretiennent un lien étroit avec celui-ci. Outre l'annulation de l'acte originel, il s'avère nécessaire d'apporter des corrections supplémentaires à l'ordonnement juridique afin de parachever l'opération de destruction de l'illégalité. De nouvelles annulations seront prononcées en vue d'éliminer les « actes-conséquences » de l'acte sanctionné³⁷⁹⁷ qui ont été contaminés par l'illégalité originelle.

L'annulation de la décision initiale génère alors une rétroactivité destructive « en cascade », tant administrative que juridictionnelle, en vue de rétablir l'ordonnement juridique dans l'état de « non-contrariété » à la règle de droit qui était le sien avant la commission de l'illégalité. La « rétroactivité destructive » au service du principe de légalité est susceptible d'être indifféremment mise en œuvre à la suite d'une annulation contentieuse (I) ou d'un retrait administratif (II).

³⁷⁹⁶ Cf., par analogie, CE, 16 février 1994, *Ministre de la Solidarité c/ Polyclinique Saint-Pierre*, préc.

³⁷⁹⁷ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 271, n° 348.

I – LA RETROACTIVITE DESTRUCTIVE EN CONSEQUENCE D'UN JUGEMENT D'ANNULATION

1083. Dans la plupart des cas, l'annulation contentieuse de l'acte irrégulier ne suffit pas à elle seule à remettre les choses en l'état où elles étaient un instant avant la commission de l'illégalité. Il s'avère alors nécessaire de parfaire la *restitutio in integrum* au moyen d'une nouvelle rétroactivité destructive, dérivée de la première. Au cours de sa période d'application provisoire, l'acte irrégulier a donné lieu à l'édition d'autres actes dont le sort est étroitement lié au sien. En raison de ce lien particulier, l'illégalité de la décision initiale va s'étendre à ses « actes-conséquences »³⁷⁹⁸. Il s'ensuit que l'anéantissement de la décision initiale résultant de son annulation contentieuse va affecter rétroactivement la validité des décisions ultérieures. Afin de parachever le rétablissement du *statu quo ante*, il est alors procédé à la destruction rétroactive des « actes-conséquences » de la décision annulée, tantôt par la voie juridictionnelle (A), tantôt par la voie administrative (B). Le maintien des premiers dans l'ordonnement juridique en dépit de l'annulation de la seconde signifierait, en effet, la survivance de certaines des conséquences de l'illégalité.

A/ La rétroactivité destructive des annulations par voie de conséquence prononcées par le juge administratif

1084. C'est au moyen de la technique de l'annulation par voie de conséquence que le juge va tenter d'éradiquer rétroactivement l'ensemble des conséquences de la décision dont il vient de sanctionner l'illégalité. Ainsi, l'annulation juridictionnelle d'une décision administrative entraîne, par voie de conséquence, celle de ses « actes-conséquences », sans que le juge n'ait à se prononcer sur leur légalité, pourvu que ces derniers aient été contestés en temps utiles³⁷⁹⁹. La jurisprudence administrative distingue deux situations dans lesquelles, l'illégalité de la décision initiale emportant celle de la décision adoptée à sa suite, il y a lieu à annulation par voie de conséquence. Tel que l'a synthétisé M. Chapus, « *il en va ainsi, d'abord quand la seconde décision procède exclusivement de la décision initiale, qui est sa seule raison d'être [...] une autre hypothèse est celle où la mesure seconde, sans être un acte d'application de la première, intervient dans des conditions telles qu'elle s'enchaîne à elle et en est indissociable* »³⁸⁰⁰. Dans sa thèse, M. Weil a dégagé trois types de lien unissant l'acte initial à ses « actes-conséquences »³⁸⁰¹ et qui permettent d'affiner la distinction jurisprudentielle³⁸⁰².

³⁷⁹⁸ Sur ces différents points, cf., plus haut, p. 270, n° 348.

³⁷⁹⁹ R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 298 ; P. WEIL, thèse préc., p. 181. Peu importe que le juge ait été saisi de conclusions jointes à celles dirigées à l'encontre de l'acte initial ou d'un recours exercé contre l'acte-conséquence (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1131, n° 1251). Dans tous les cas, l'annulation par voie de conséquence constitue un moyen d'ordre public qu'il appartient au juge de soulever d'office le (CE, 22 mars 1961, *Simonet*, req. n° 51.333, Rec., p. 211 ; 8 juillet 1998, *Section de commune d'Antilly*, req. n° 157.028, Rec., T., p. 1121 ; 28 juillet 1999, *Ministre de l'Intérieur c/ Lainé*, req. n° 195.572, Rec., p. 270, *Dr. adm.*, 1999, n° 10, p. 22, note J.-H. STAHL, *RFDA*, 1999, n° 5, p. 1118).

³⁸⁰⁰ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1132, n° 1252 et p. 1134, n° 1253.

³⁸⁰¹ P. WEIL, thèse préc., p. 185 et s.

³⁸⁰² Pour une classification différente, reposant sur le lien de dépendance objective ou subjective existant entre les deux actes, voir J. GOURDOU, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse dactyl., Pau, 1996.

L'hypothèse la plus fréquente est celle dans laquelle il existe un lien de subordination entre eux. Dans la grande majorité des cas, l'acte second constitue une mesure d'application de l'acte initial. Un exemple bien connu est celui de l'annulation contentieuse d'un règlement, laquelle entraîne, par voie de conséquence, l'annulation des actes pris pour son application ou édictés sur son fondement, qu'ils aient eux-mêmes un caractère réglementaire³⁸⁰³ ou non³⁸⁰⁴. Leur application peut néanmoins être maintenue s'il résulte de leur confrontation avec la réglementation éventuellement remise en vigueur par l'effet rétroactif de l'annulation juridictionnelle qu'elles auraient pu être légalement prises sous son empire³⁸⁰⁵.

La mise à mort rétroactive peut également survenir lorsqu'un rapport de causalité unit deux décisions qui se suivent dans la chronologie, soit que l'une est l'application de l'autre, soit que les deux forment un enchaînement indissociable. L'acte premier entraîne l'acte second dans sa chute rétroactive. Il en va ainsi lorsque les deux actes forment un tout indivisible³⁸⁰⁶, ou lorsque l'acte initial constitue le « motif déterminant » de l'acte subséquent³⁸⁰⁷, ou encore lorsque le premier a créé la possibilité d'existence du second³⁸⁰⁸. Ce dernier cas de figure trouve une illustration particulièrement révélatrice dans le contentieux des autorisations d'urbanisme délivrées sous l'empire d'un règlement d'occupation des sols illégal. Alors même que la plupart d'entre elles ne constituent pas des actes d'application du document d'urbanisme, leur annulation par voie de conséquence était prononcée lorsqu'elles s'avéraient être indissociables des dispositions illégales de ce dernier. Dans un souci de sécurisation du droit à construire, cette solution a été récemment abandonnée en cas d'octroi de l'autorisation, tandis qu'elle reste valable dans l'hypothèse d'un refus³⁸⁰⁹.

³⁸⁰³ CE, Ass., 1^{er} avril 1949, *Chaveneau et autres*, Rec., p. 161 ; Ass., 13 mai 1949, *Bourgoin*, Rec., p. 214 ; Sect., 13 décembre 1963, *Office national interprofessionnel des céréales*, req. n° 52.051, Rec., p. 621, *RDP*, 1964, n° 5, p. 1003, note M. WALINE ; 18 décembre 1968, *Durand et Barbero*, req. n° 74.615 et 74.760, Rec., p. 657 ; Sect., 22 décembre 1978, *SA Publimentre*, req. n° 10.607, Rec., p. 529 ; 13 novembre 1987, *Syndicat national des transporteurs aériens*, req. n° 57.562 et 57.563, Rec., p. 355, *RFDA*, 1987, p. 1011 ; 2 mai 1990, *Barbier*, req. n° 85.614 et 90.096, Rec., T., p. 825, *RDP*, 1991, n° 3, p. 876 ; 10 novembre 1999, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, req. n° 196.834 et 199.214, Rec., T., p. 965, *Dr. adm.*, 2000, n° 2, p. 29, note C. M.

³⁸⁰⁴ CE, 7 août 1897, *Cousin*, Rec., p. 636 ; Ass., 21 janvier 1944, *Sieurs Darmon, Siboun et Bansoussan*, Rec., p. 22 ; 28 mai 1948, *Deschamps et autres*, Rec., p. 237, *RDP*, 1948, p. 627 ; 21 juin 1972, *Conseil des parents d'élèves des écoles publiques de la Mission Universitaire et Culturelle française (MUC) au Maroc et sieur Schultz*, req. n° 77.480 et 77.637, Rec., p. 458 ; 16 mars 1988, *Lasry*, req. n° 62.730, Rec., p. 122 ; 13 janvier 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs de l'administration*, req. n° 145.384 et 146.855, Rec., p. 23. Voir R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 601 ; M. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 59 ; J. de SOTO, thèse préc., p. 248, n° 341 ; P. WEIL, thèse préc., p. 185.

³⁸⁰⁵ CE, Sect., Avis, 28 juillet 1995, *Consorts Alsina et SA Plâtres Lambert Production*, req. n° 169.480 et 139.725, Rec., p. 318 et 336, *AJDA*, 1995, n° 10, p. 696, chr. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, *BJDU*, 1995, n° 4, p. 270, concl. S. DAËL et obs. L. TOUVET, *Dr. adm.*, 1995, n° 10, p. 23 et n° 11, p. 29, *RFDA*, 1996, n° 1, p. 118, concl. S. DAËL.

³⁸⁰⁶ CE, 28 février 1934, *Delmas*, Rec., p. 278 ; Sect., 8 avril 1938, *Botton*, Rec., p. 364, *DP*, 1939, III, p. 40 (nominations constituant les éléments d'une permutation).

³⁸⁰⁷ P. WEIL, thèse préc., p. 196. Voir, en ce sens, CE, 17 mai 1934, *Lehanneur*, req. n° 24.425, Rec., p. 571 (mise en disponibilité motivée par une remise à disposition auprès de son service d'origine) ; Ass., 28 juin 1946, *Terracher*, Rec., p. 185, *S.*, 1946, III, p. 49 ; 21 mars 1986, *Kalck*, req. n° 31.535, 32.530, 37.356, 38.903, 42.152 et 45.558, Rec., p. 77, *AJDA*, 1986, p. 449, concl. S. DAËL (tableau d'avancement arrêté au vu d'un précédent tableau annulé).

³⁸⁰⁸ Dans ce dernier cas, le lien de causalité a tendance à se distendre, si bien que l'annulation par voie de conséquence n'est pas forcément prononcée par le juge administratif. Pour des ex., voir, en matière contractuelle, CE, 8 juin 2005, *Tomaselli et Commune de Ramatuelle*, req. n° 255.987 et 256.200, Rec., T., p. 875 ; en matière électorale, CE, 26 février 1947, *Constantini*, Rec., p. 80 ; Ass. 21 décembre 1990, *Élections municipales de Mundolsheim*, req. n° 112.221, Rec., 379, *Quot. jur.*, 2 mai 1991, p. 6, note B. MALIGNER ; en matière fiscale, CE, 30 mars 2009, *Communauté d'agglomération Angers Loire métropole*, préc.

³⁸⁰⁹ Sur la jurisprudence antérieure, voir A. COURRÈGES, concl. sur CE, Sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, req. n° 297.227, 297.229 et 297.230, Rec., p. 41, *BJDU*, 2007, n° 6, p. 459, spéc. p. 461 ; CE, Sect., 12 décembre 1986, *Société Gepro*, req. n° 54.701, Rec., p. 282, *AJDA*, 1987, n° 4, p. 275, concl. C. VIGOUROUX, *CJEG*, 1987, p. 518, note D. DELPIROU, *LPA*, 29 avril 1988, p. 15, note J. MORAND-DEVILLER ; 28 juillet 2000, *Commune de Port-Vendres*, req. n° 198.318, Rec., p. 361, *Construct.-Urb.*, 2000, n° 11, p. 24, note P. BENOIT-CATTIN, *BJDU*, 2000, n° 4, p. 218, concl. S. AUSTRY. Sur la nouvelle solution, comp. CE, 16 novembre 2009, *Société Les résidences de Cavalière*, req. n° 308.623 et 308.624, Rec., T., p. 916, *AJDA*, 2010, n° 8, p. 454 et *BJDU*, 2009, n° 6, p. 452, concl. A. COURRÈGES, *Construct.-Urb.*, 2010, n° 2, p. 17, note G. GODFRIN, *Gaz. Pal.*, 30 décembre 2009, n° 364-365, p. 7, étude M. SÉNO, *JCP A*, 2010, n° 5, p. 27, obs. M.-C. ROUAULT, *RDI*, 2010, n° 2, p. 115, note P. SOLER-COUTEAUX et CE, 30 décembre 2009, *Commune du Cannet des Maures*, req. n° 319.942, Rec., T., p. 911, *BJDU*, 2010, n° 1, p. 16,

Enfin, la fatalité de la rétroactivité destructive peut s'abattre sur celles des décisions qui se trouvent dans un rapport d'intégration avec l'acte illégal. Il en va principalement ainsi dans les cas où l'acte initial et l'acte subséquent font partie d'une même opération juridique³⁸¹⁰. L'annulation de l'acte initiant l'opération ou qui en constitue l'élément essentiel emporte celle des actes pris ultérieurement en vue de sa réalisation, qu'ils fassent ou non partie intégrante d'une même procédure³⁸¹¹.

Le parachèvement de l'opération de destruction réalisée au moyen de la rétroactivité peut également être effectué par l'autorité administrative au titre de son obligation de tirer toutes les conséquences de la chose jugée.

B/ La rétroactivité destructive des annulations prononcées par l'autorité administrative en exécution de la chose jugée

1085. Au titre de l'obligation qui est la sienne d'exécuter pleinement la chose jugée, l'autorité administrative doit également prendre, en conséquence d'une annulation contentieuse, toutes les mesures qui s'imposent pour rétablir le *statu quo ante* à l'édiction de la décision irrégulière³⁸¹². Lorsque le jugement d'annulation n'y suffit pas à lui seul, le principe de légalité exige de l'autorité administrative qu'elle prenne toutes les mesures propres à parachever l'effacement, pour le présent comme pour le passé, des effets de la décision annulée. La rétroactivité des mesures administratives prises en exécution de la chose jugée vient parfaire la « rétroactivité destructive » de l'annulation contentieuse.

1086. Les effets propres à l'annulation contentieuse de la décision initiale doivent donc être complétés, le cas échéant, par le retrait obligatoire des « actes-conséquences » qui l'ont suivie. Ainsi, l'annulation juridictionnelle d'un règlement implique, en principe, l'annulation administrative obligatoire des décisions réglementaires ou individuelles édictées pour son application ou adoptées sur son fondement. Pour ces dernières, l'annulation par voie de conséquence n'est cependant envisageable que pour autant qu'elles ne sont pas devenues définitives, faute d'avoir été contestées dans le délai de recours contentieux³⁸¹³. À l'inverse, l'autorité administrative compétente est tenue, en conséquence de

concl. A. COURRÈGES, *Constuct.-Urb.*, 2010, n° 2, p. 17, note G. GODFRIN, *RDI*, 2010, n° 4, p. 224, note P. SOLER-COUTEAUX.

³⁸¹⁰ En droit de l'urbanisme, l'annulation contentieuse de la décision arrêtant le projet du plan local d'urbanisme entraîne celle de la décision qui l'approuve (cf., pour des ex. concernant les anciens plans d'occupation des sols, CE, 24 juillet 1987, *Commissaire de la République de la Gironde c/ Commune de Génissac*, req. n° 71.321, Rec., p. 271 ; 28 avril 1993, *Consorts Bo*, req. n° 74.648, Rec., p. 143, *Dr. adm.*, 1993, n° 7, p. 21). Il en va de même, en application de la théorie des opérations complexes, des actes formant la phase administrative de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (CE, 12 janvier 1972, *Consorts Geerssen*, req. n° 82.035 et 82.036, *Dr. adm.*, 1979, n° 63 ; 15 mai 1981, *Virey et autres*, req. n° 11.548, Rec., p. 223). Voir G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP*, 1913, n° 2, p. 294, spéc. p. 324 ; P. WEIL, thèse préc., p. 199 et s., spéc. p. 208.

³⁸¹¹ Cf. l'ex. des conséquences de l'annulation de l'acte créant une zone d'aménagement concerté sur les actes visant à permettre la réalisation de la zone, tels le programme d'aménagement d'ensemble ou les déclarations d'utilité publique (CE, 23 décembre 1994, *Commune de Poisat et Ministre de l'Intérieur*, Rec., T., p. 1244 ; 18 février 1998, *SA GRC Emin*, req. n° 126.326, *BJDU*, 1998, n° 3, p. 182, concl. J.-D. COMBREXELLE). Voir H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, 6^e éd., 2008, p. 878, n° 808. Pour d'autres ex., cf., en matière de procédure de sanction disciplinaire, CE, 26 juin 2009, *Centre intercommunal d'action sociale de Lezay*, req. n° 311.068, *AJDA*, 2009, n° 31, p. 1735 ; en matière de concours, CE, 13 mars 1987, *Dufourg*, req. n° 64.561, Rec., p. 96 ; 2 mai 1990, *Barbier*, préc. ; Sect., 3 novembre 1995, *Mme Velluet*, req. n° 82.096, Rec., p. 389, *AJDA*, 1996, n° 3, p. 215, concl. R. SCHWARTZ, *CJF*, févr. 1996, p. 8, note M.-C. GAUTHIER, *D.*, 1996, J., p. 433, note V. TCHEN, *Dr. adm.*, 1995, n° 12, p. 15, obs. R. SCHWARTZ, *EDCE*, 1996, n° 48, p. 351, *RFDA*, 1996, n° 1, p. 158.

³⁸¹² Sur cette question, voir p. 176 et s., n° 234 et s.

³⁸¹³ CE, 3 décembre 1954, *Sieur Caussidéry*, préc. ; Sect., 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, préc. ; Sect., 13 décembre 1963, *Office national interprofessionnel des céréales*, préc. (sol. impl.). Voir F. BLANCO, thèse préc., p. 213 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 252 ; R.

l'annulation par le juge d'une décision non réglementaire initiale de retirer les décisions consécutives qui entretiennent un lien étroit avec elle. Dans certains cas, le retrait en exécution de la chose jugée doit intervenir, quand bien même les décisions subséquentes ont acquis un caractère définitif. Cette solution largement dérogoratoire au droit commun du retrait repose sur la primauté de l'autorité de chose jugée sur les droits administratifs définitivement acquis³⁸¹⁴.

Toutefois, l'administration est, à la suite du juge, condamnée à « *osciller constamment entre la logique de la fiction et les exigences de la réalité* »³⁸¹⁵. Aussi la rétroactivité destructive commandée par le principe de légalité doit-elle être conciliée avec l'exigence de sécurité juridique. Le principe de stabilité des situations juridiques oblige l'autorité administrative à tenir compte de la réalité des situations administratives qui ont pu se constituer au cours de la période intermédiaire – entendue comme celle séparant l'édition de la décision illégale de son annulation juridictionnelle – et qui sont devenues définitives au moment où elle intervient en exécution de la chose jugée. L'arbitrage entre ces deux impératifs a longtemps été en faveur du premier d'entre eux et, par conséquent, d'une large acceptation de la correction rétroactive. Cependant, cet équilibre jurisprudentiel s'est progressivement modifié dans un sens davantage favorable au second de ces impératifs, réduisant par là le champ de la rétroactivité correctrice.

Le droit de la fonction publique offre, à cet égard, les exemples les plus édifiants. L'annulation contentieuse d'une décision défavorable à l'agent qui en est le destinataire ôte tout caractère définitif aux décisions ultérieures le concernant. Par suite, l'autorité compétente a l'obligation de les rapporter, nonobstant leur caractère définitif³⁸¹⁶. Il est, en revanche, fait obstacle à la remise en cause rétroactive des décisions subséquentes à la décision défavorable et bénéficiant à des tiers, dès lors que les premières, qui ont fait naître des droits acquis au profit des seconds, sont devenues définitives³⁸¹⁷. Ce n'est que dans les rares hypothèses où l'agent a droit à retrouver le poste même qu'il occupait initialement que le retrait obligatoire de la nomination de son successeur découle directement de la chose jugée³⁸¹⁸. Les mêmes nuances se retrouvent lorsque la décision annulée était favorable à la

MUZELLEC, *Le principe d'intangibilité des actes administratifs unilatéraux*, thèse dactyl., Rennes I, 1971, p. 369 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 601.

³⁸¹⁴ CE, 17 février 1960, *Secrétaire d'État à l'Agriculture c/ Goussard*, req. n° 42.658, Rec., p. 114 ; 21 janvier 1966, *Maccario*, req. n° 65.193, Rec., p. 48 ; Sect., 2 février 1968, *Clerc*, req. n° 69.780, Rec., p. 85. Sur ce point, voir O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 263 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 893 ; R. MUZELLEC, thèse préc., p. 354 et p. 376 ; J.-Y. VINCENT, « Acte administratif : Application dans le temps », *J.-Cl. adm.*, fasc. 108-30, 2005, p. 20, n° 107 ; P. WEIL, thèse préc., p. 188.

³⁸¹⁵ G. BRAIBANT, art. préc., p. 65.

³⁸¹⁶ CE, Sect., 20 janvier 1939, *Hollender*, Rec., p. 20 ; Ass., 28 juin 1946, *Terracher*, préc. ; Sect., 6 juin 1952, *Pourcher*, Rec., p. 297, concl. F. GAZIER ; 14 octobre 1960, *Guichon*, req. n° 49.446 et 49.662, Rec., p. 539 ; 21 janvier 1966, *Sieur Maccario*, préc. Il en va autrement en l'absence de lien établi entre la décision annulée et une mesure ultérieure défavorable à la carrière de l'agent (CE, Sect., 25 octobre 1963, *Dlle Corbière*, req. n° 50.481, Rec., p. 510, *AJDA*, 1963, n° 11, p. 622, chr. FOURRÉ et M. PUYBASSET, *RDP*, 1964, n° 3, p. 677, note M. WALINE ; 18 juillet 2008, *Stilinovic*, req. n° 304.962, Rec., p. 306, *AJDA*, 2008, n° 27, p. 1463 et n° 33, p. 1906, concl. Y. AGUILA, *AJFP*, 2009, n° 3, p. 137, note R. FONTIER). Cf. contra, CE, Sect., 3 décembre 1948, *Charrier*, Rec., p. 450 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 606 ; CAA Nantes, 7 mai 1997, *Office public d'HLM de la ville de Saumur*, req. n° 95NT00887, Rec., T., p. 916.

³⁸¹⁷ Cf. l'arrêt de principe, CE, Sect. 16 octobre 1959, *Guille*, Rec., p. 316. Sur l'ensemble de la question, voir G. BRAIBANT, art. préc., pp. 57-58 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1128, n° 1242 2° ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., pp. 346-347 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr sous CE, Sect., 8 avril 2009, *Chambre de métiers et de l'artisanat de la Moselle*, req. n° 289.314, Rec., p. 138, *AJDA*, 2009, n° 15, p. 822, spéc. pp. 822-823 ; R. SCHWARTZ, concl. sur CE, Sect., 3 novembre 1995, *Mme Velluet*, préc., *AJDA*, 1996, n° 3, p. 215, spéc. p. 217-218.

³⁸¹⁸ L'administration doit, par exception, procéder au retrait des nominations intervenues à la suite de l'éviction d'un magistrat du siège (CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Réville*, préc. ; 26 octobre 1960, *Corvisy*, Rec., T., p. 1044, *RDP*, 1961, n° 1, p. 185, chr. R. DRAGO) ou d'un agent occupant un emploi unique (CE, Sect., 6 février 1948, *Dlles Mollet et Salvan*, préc. ; 1^{er} décembre 1961, *Bréart de Boisanger*, req. n° 51.481, Rec., p. 676 ; Sect., 8 avril 2009, *Chambre de métiers et de l'artisanat de la Moselle*, req. n° 289.314, Rec., p. 138, *AJDA*, 2009, n° 15, p. 822, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *Dr. adm.*, 2009, n° 7, p. 31, note F. MELLERAY, *RFDA*, 2009, n° 3, p. 619). Il en va également de même si aucun emploi identique à celui occupé par l'agent avant son éviction n'est vacant (CE, 10 novembre 1967, *Ministre de l'Éducation Nationale c/ Delle Rabdeau*, req. n° 69.473, Rec., p. 424,

carrière de l'agent. En cas d'annulation d'une décision, individuelle ou collective, favorable à la carrière d'un ou plusieurs agents relevant d'un même corps ou à l'entrée dans la fonction publique de candidats à un concours, le principe a longtemps été celui de l'absence de restriction à la rétroactivité destructive découlant de la chose jugée. Ainsi, l'annulation d'un concours, d'une liste d'aptitude, d'un tableau d'avancement ou plus simplement d'une nomination exigeait de l'administration de réviser rétroactivement les situations des personnes concernées par ces actes et, le cas échéant, de procéder au retrait des décisions de nomination, d'avancement ou de titularisation intervenues consécutivement et ce, même si elles n'avaient pas été contestées en temps utile³⁸¹⁹. Cette solution obéissait alors à la stricte logique de l'annulation, laquelle fait primer le plein rétablissement de la légalité sur la protection de la stabilité des situations juridiques³⁸²⁰.

Cependant, lorsque l'annulation d'une décision était prononcée, elle aboutissait, en pratique, à des situations inextricables – l'annulation intervenant parfois plusieurs années après la nomination des agents concernés – et dont la résolution passait fréquemment par l'intervention d'une validation législative des décisions intervenues consécutivement à l'acte support annulé³⁸²¹. Ainsi, l'annulation contentieuse se trouvait, en réalité, souvent privée de toute effectivité. Afin d'y remédier, le Conseil d'État est revenu partiellement sur sa jurisprudence dans un sens plus favorable à la protection de la stabilité des situations juridiques et à une meilleure prise en compte des exigences de la réalité, en limitant le champ d'application de l'obligation de retrait en exécution de la chose jugée aux seules décisions subséquentes à une décision individuelle ou collective annulée qui ne sont pas encore devenues définitives³⁸²². En revanche, cette jurisprudence ne semble pas devoir remettre en cause l'obligation de l'autorité administrative de procéder au retrait de la décision de nomination du successeur de l'agent évincé, même devenue définitive, dans les cas où ce dernier a le droit de réintégrer son poste d'origine³⁸²³. Dans ce cas de figure, l'autorité de chose jugée continue de faire céder les droits acquis par le successeur et a imposé, dans toute sa rigueur, la rétroactivité *destructive* consécutive à la décision d'annulation.

1087. En dehors du cas des « actes-conséquences », la suppression rétroactive des actes liés à la décision non réglementaire initiale qui a été annulée peut être requise par la chose jugée lorsqu'il existe

AJDA, 1968, II, p. 410, note V. SILVERA) ou à la suite de l'annulation d'une décharge de fonctions ou d'un déplacement d'office (CE, Sect., 20 janvier 1939, *Hollender*, préc. ; 15 mars 1996, *Guigon*, req. n° 146.325, Rec., T., p. 1109).

³⁸¹⁹ CE, Sect., 4 février 1955, *Marcotte*, Rec., p. 70 ; Ass., 5 juin 1970, *Sieur Puisoye*, req. n° 71.650 et 72.036, Rec., p. 385, *AJDA*, 1970, n° 9, p. 489, chr. R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOULLE (tableaux d'avancement) ; 21 novembre 1962, *Pelbois*, req. n° 50.470, Rec., p. 624, *AJDA*, 1963, p. 295, note V. SILVERA (concours) ; 25 mai 1979, *Secrétaire d'État aux Universités et autres c/ Mme Toledano-Abitbol*, req. n° 04.056 et 04.286, Rec., p. 228, *D.*, 1979, IR, p. 387, obs. P. DELVOLVÉ, *RDP*, 1979, n° 5, p. 1517 (listes d'aptitude) ; Sect., 3 novembre 1995, *Mme Velluet*, préc. et les concl. préc. de R. SCHWARTZ (nomination). Sur l'ensemble de ces points, cf. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1129 et s., n° 1245 et s. ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 347 ; O. DORD, *Droit de la fonction publique*, Paris, Thémis droit, 1^{ère} éd., 2007, p. 331, n° 547 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, pp. 659-660, n° 1389 et t. V, pp. 218-219, n° 283 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 601 et s.

³⁸²⁰ R. SCHWARTZ, concl. préc., pp. 216-217.

³⁸²¹ Sur ce constat, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, préc., p. 204, n° 230 ; G. BRAIBANT, art. préc., pp. 63-64 ; J. MASSOT, art. préc., p. 125 ; V. PÉCRESSSE, concl. sur CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, *RFDA*, 1998, n° 1, p. 21, spéc. p. 28 ; *EDCE*, 1989, n° 41 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 46.

³⁸²² CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, req. n° 170.341, Rec., p. 346, concl. V. PÉCRESSSE, préc., *AJDA*, 1997, n° 12, p. 952, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, *CFP*, 1997, n° 163, p. 22, *CJF*, sept. 1998, n° 90, note M.-C. GAUTHIER, *Dr adm.*, 1997, n° 12, p. 22 ; *LPA*, 20 février 1998, n° 22, p. 6, note G. PELLISSIER (concours) ; 10 janvier 2007, *Grass et autres*, req. n° 297.864, Rec., p. 8, *Gaz. Pal.*, 11 juillet 2007, n° 192, p. 17, note P. GRAVELEAU (épreuve de classement à la sortie d'une grande école) ; 10 mars 2004, *Fabre*, req. n° 235.686, Rec., T. p. 732 (listes d'aptitude) ; 24 juillet 2009, *Orfeuill*, req. n° 303.870, Rec., T., p. 817 (tableaux d'avancement).

³⁸²³ Cf., plus haut, p. 833, n° 3818 ; CE, Sect., 8 avril 2009, *Chambre de métiers et de l'artisanat de la Moselle*, préc. et la chronique précitée de S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI sous cette décision, spéc. pp. 825-826.

« une connexité qui rend indivisible une série de situations »³⁸²⁴. Dans ce contexte, l'annulation d'une décision réglant une situation individuelle implique la révision des autres situations qui entretiennent un lien étroit avec elle et, le cas échéant, la remise en cause des décisions qui en sont le support, alors même que ces dernières n'ont elles-mêmes fait l'objet d'aucune contestation. Néanmoins, le retrait en exécution de la chose jugée ne s'impose que si les décisions connexes forment avec la décision initiale un ensemble indissociable et qu'une même illégalité les affectent³⁸²⁵.

C'est une même logique de rétablissement du *statu quo ante* qui gouverne « la rétroactivité destructive » qui doit parfois intervenir en conséquence d'une annulation prononcée par l'autorité administrative au motif de l'illégalité d'une décision préexistante.

II – LA RETROACTIVITE DESTRUCTIVE EN CONSEQUENCE D'UN RETRAIT ADMINISTRATIF

1088. Dès lors que l'annulation administrative pour illégalité se rapproche, par ses effets, d'une annulation juridictionnelle, les conséquences à en tirer pour le sort des « actes-conséquences » édictés à la suite ou sur le fondement de la décision annulée sont, *mutatis mutandis*, identiques. Le retrait rétroactif d'une décision administrative pour illégalité entraîne l'illégalité *ab initio* des décisions subséquentes qui entretiennent un lien étroit avec elle.

Comme on vient de le voir à propos des conséquences à tirer d'une annulation juridictionnelle, la disparition des « actes-conséquences » – et des effets qu'ils ont pu produire au cours de la période intermédiaire – par suite de l'annulation de l'acte initial, ne s'opère pas de plein droit, mais requiert une intervention positive et rétroactive de l'autorité administrative. En vue de procéder à la *restitutio in integrum* de la légalité commandée par le prononcé d'une annulation, l'autorité administrative est fondée à prononcer, en conséquence du retrait de la décision initiale, le retrait rétroactif des décisions édictées à sa suite, soit que celles-là constituent des mesures d'application de celle-ci, soit qu'il existe un lien de connexité unissant la première aux secondes³⁸²⁶. De la même manière que précédemment, la rétroactivité destructive commandée par le principe de légalité doit parfois céder devant la réalité de la stabilisation des situations juridiques.

1089. La rétroactivité de l'annulation administrative rend obligatoire le retrait, par voie de conséquence, des décisions qui entretiennent une relation étroite avec la décision retirée, soit qu'elles en sont la suite directe, soit que le sort de celles-là ne puisse être différent de celle-ci. En conséquence du retrait de la décision initiale, l'autorité compétente doit donc procéder, même en l'absence de demande

³⁸²⁴ R. MUZELLEC, thèse préc., p. 383 et s. ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 604. Sur cette idée, voir également Y. ANDRÉ, thèse préc., p. 126 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 249 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1130, n° 1249 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chr. préc., p. 824 ; P. WEIL, thèse préc., p. 130.

³⁸²⁵ CE, Sect., 26 janvier 1934, *Glon*, Rec., p. 135, *DH*, 1934, p. 136, *S.*, 1934, III, p. 47 ; Sect., 12 février 1937, *Bouhet*, Rec., p. 193 ; 13 novembre 1968, *Fédération des Postes et Télécommunications*, req. n° 74.539, Rec., T., p. 994 ; 14 mai 1980, *Ministre de l'Intérieur c/ Souarn*, req. n° 17.656, Rec., T., p. 843 ; Sect., 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM*, préc. On peut mentionner également l'hypothèse éphémère de l'art. 2 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, concernant les relations entre l'administration et les usagers (JORF du 3 décembre 1983, p. 3492), aujourd'hui abrogé, qui faisait obligation à l'autorité administrative, en conséquence de l'annulation d'un règlement par un jugement devenu définitif, de faire droit à toute demande de retrait d'une décision individuelle en procédant dans les cas où l'illégalité dudit règlement avait été reconnue à propos d'une décision ayant le même objet et fondée sur le même motif. Le retrait n'était toutefois possible que si la décision en cause n'avait créé aucun droit susceptible d'être acquis au profit des tiers (cf., sur ce point, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1131, n° 1250-3°). Sur la notion d'annulation par voie de connexité, voir R. MUZELLEC, thèse préc., p. 386 ; J. GOURDOU, thèse préc.

³⁸²⁶ Sur ces différents points, cf., p. 216 et s., n° 281 et s.

en ce sens, au retrait rétroactif des décisions subséquentes. Ainsi, l'annulation par la voie administrative d'un règlement justifie le retrait de celles des mesures prises pour son application qui ne créent aucun droit susceptible d'être acquis. Dans le cas où elles auraient fait naître de tels droits, le retrait ne doit, et même ne peut, être opéré que tant qu'elles ne sont pas devenues définitives³⁸²⁷. La solution n'est pas différente pour le retrait par voie de conséquence des décisions entretenant avec l'acte non-réglementaire retiré un lien de connexité suffisant³⁸²⁸. En tout état de cause, l'annulation de ces « actes-conséquences » ne sera possible que si elle satisfait aux conditions de délai et de forme auxquelles son exercice est soumis. Sur ce point, le régime de l'annulation administrative diffère de celui de l'annulation juridictionnelle, dès lors que l'autorité de chose jugée l'emporte, en cas de conflit, sur le caractère définitif d'une décision administrative³⁸²⁹.

1090. Bien que l'annulation administrative comporte, en règle générale, un effet absolu, la détermination des conséquences à en tirer doit néanmoins tenir compte, tout comme en matière d'annulation contentieuse, des exigences de la réalité. Malgré son prononcé, l'annulation n'efface pas complètement les conséquences que l'acte a pu produire dans le passé. Bien souvent même, certaines d'entre elles ne seront pas susceptibles d'être remises en cause. Alors que l'annulation commande un retour au droit immédiatement antérieur à l'édiction de l'acte condamné, ce dernier n'est pas toujours possible³⁸³⁰.

*

1091. Conclusion de la Section 1. Le premier versant de la fonction de correction de la rétroactivité au service du principe de légalité consiste à assurer l'élimination de l'ordonnement juridique de toute trace de la violation de la règle de droit antérieurement commise. Cette opération de correction par soustraction d'éléments non valides passe donc nécessairement par l'édiction d'une ou plusieurs normes d'annulation poursuivant cet objectif. Le résultat obtenu à l'issue de ces opérations successives de destruction est que l'ordre juridique se trouve à nouveau dans l'état qui était le sien un instant avant que la légalité ait été méconnue. Le rôle joué par la rétroactivité au sein du rétablissement du *statu quo ante* est d'ouvrir la période d'illégalité au retraitement par destruction des conséquences qui ont découlé de la violation de la règle de droit.

Le retraitement des effets survenus au cours de la période intermédiaire que réalise la « rétroactivité destructive » n'est pas lui-même univoque. Supprimer ce qui s'est produit au cours d'une période déterminée en vue de revenir à un état antérieur du droit aboutit parfois à faire revivre le droit antérieurement applicable. Une même opération normative est donc susceptible de déboucher à un résultat différent selon l'état qui était celui du droit un instant avant la commission de l'illégalité. Dans

³⁸²⁷ Sur le premier point, cf. CE, Ass., 26 février 1954, *Zwillinger*, Rec., p. 131 et, par analogie avec une annulation contentieuse, CE, Sect., 22 décembre 1978, *SA Publimentre*, préc. Sur le second point, cf., par analogie avec une annulation contentieuse, CE, 3 décembre 1954, *Caussidéry*, préc. ; Sect., 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, préc. Sur ces différents points, voir J. CARBAJO, thèse préc., p. 180 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 601 ; G. VLACHOS, art. préc., p. 421 ; M. WALINE, art. préc., p. 565. Pour une position contraire, voir P. WEIL, thèse préc., p. 188.

³⁸²⁸ Cf., par analogie avec une annulation contentieuse, CE, Sect., 6 février 1948, *Dlles Mollet et Salvan*, préc. Sur ce point, voir J. CARBAJO, *op. cit.*, p. 182 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 265, n° 239.

³⁸²⁹ Cf., plus haut, p. 833, n° 1086.

³⁸³⁰ Par symétrie avec l'annulation juridictionnelle, la règle du service fait ou la théorie du fonctionnaire de fait peuvent être opposées à la rétroactivité du retrait. Cf., par ex., CE, 13 novembre 2006, *France Télécom*, req. n° 270.536, Rec., T., p. 718 ; CAA Paris, 5 décembre 2006, *Baldanoff*, req. n° 04PA02604, *AJDA*, 2007, n° 1, p. 28, chr. P. TROUILLY (règle du service fait). Sur ces points, voir Y. ANDRÉ, thèse préc., p. 135. Sur ces limites à la rétroactivité en matière d'annulation pour excès de pouvoir, cf. p. 517 et s., n° 562 et s.

une première situation, l'ordonnement juridique revient uniquement à ce qu'il était par le jeu de la « rétroactivité destructive », la période intermédiaire n'étant modifiée que dans un sens négatif. Le laps de temps qui s'est écoulé entre l'édiction de l'acte irrégulier et son annihilation disparaît purement et simplement. Dans une seconde situation, l'opération de destruction réalisée au moyen de la « rétroactivité destructive » comporte une dimension dynamique. La correction négative de l'ordonnement juridique emporte également comme conséquence la modification positive de la période intermédiaire. Le droit antérieurement applicable est remis en vigueur à compter du moment même où la règle de droit a été transgressée. Il s'ensuit que la portion de la durée séparant la commission de l'illégalité de sa correction est modifiée de manière positive. La période d'illégalité est remplacée par une autre période, au cours de laquelle la norme antérieurement applicable a développé ses effets. Il y a là une véritable reconstruction de l'ordonnement juridique par la « rétroactivité destructive » qui n'est pas le résultat d'actes positifs, ce qui la différencie des autres formes de correction que la rétroactivité est susceptible de permettre d'apporter au service du rétablissement du respect de la légalité.

La logique de la rétroactivité au service du rétablissement du respect du droit ne doit pas être conçue comme un absolu. De fait, elle doit, au contraire, être conciliée avec les exigences de la réalité de l'écoulement du temps. Cela signifie, d'une part, que la « rétroactivité destructive » est parfois impuissante à effacer toutes les blessures faites au principe de légalité, le temps ayant fait son œuvre. Certains effets produits au cours de la période intermédiaire demeureront malgré l'opération de correction, dès lors qu'il est impossible de revenir sur eux. La « rétroactivité destructive » rencontre, d'autre part, une autre limite dans la conciliation opérée entre le principe de légalité et d'autres principes, en particulier celui de stabilité des situations juridiques. Certaines conséquences de l'opération de correction ne seront pas tirées, afin de tenir compte de la consolidation des situations juridiques au cours de la période intermédiaire. Cette volonté d'éviter que les conséquences radicales de la « rétroactivité destructive » aboutissent à une déstabilisation excessive des situations juridiques antérieurement constituées trouve une expression, en matière contentieuse, dans la mise en place d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps des annulations prononcées par le juge administratif. Comme on l'a vu, ce dernier peut exceptionnellement, au nom de l'exigence de sécurité juridique, renoncer, en écartant la rétroactivité de sa décision, à faire disparaître les effets produits par l'acte irrégulier au cours de la période intermédiaire³⁸³¹. La période d'illégalité précédant la sanction de l'illégalité sera donc laissée en l'état.

La fonction de correction de la rétroactivité au service du rétablissement de la légalité ne se borne pas à assurer l'effacement des conséquences de l'illégalité pour la période intermédiaire, elle comporte également une dimension positive. La rétroactivité peut également permettre de réaliser la réparation de l'illégalité en lui apportant des corrections positives.

³⁸³¹ Sur ce point, voir p. 527 et s., n° 667 et s.

Section 2 : L'irrégularité réparée par la reconstruction du droit intermédiaire

1092. Introduction et plan. La *restitutio in integrum* de la légalité appelle parfois une correction positive de l'ordonnancement juridique au moyen de la rétroactivité. Il s'agit de redresser les irrégularités antérieurement commises, de telle manière à faire retrouver à l'ordonnancement juridique l'état qui aurait été le sien si le principe de légalité avait été respecté dès l'origine. Pour y parvenir, il est procédé à une remise en ordre de l'état du droit pour toute la période au cours de laquelle l'illégalité a sévi. Plus précisément, il s'agit de reconstruire au présent ce qui aurait dû juridiquement se passer au cours de cette « période intermédiaire »³⁸³² si l'acte était régulièrement intervenu *ab initio*. Cette opération est réalisée par le biais de l'édiction d'actes nouveaux qui viendront rétroactivement réparer, directement ou indirectement, les illégalités préexistantes.

La rétroactivité remplit ici une fonction de correction de l'ordonnancement juridique par reconstruction de la légalité des actes et/ou des situations irréguliers pour la période intermédiaire. À l'issue de cette opération de *purification*, toute trace de l'illégalité se trouve *gommée* du passé de l'ordonnancement juridique. Renouvelé dans sa légalité, ce dernier se présente désormais tel qu'il aurait dû être si la règle de droit avait été correctement appliquée *ab initio* et tout au long de la période intermédiaire. En d'autres termes, l'ordonnancement juridique est rétroactivement rétabli dans « l'état de légalité » qu'il n'aurait jamais dû quitter.

Cette « rétroactivité constructive »³⁸³³ est mise au service du rétablissement de la légalité suivant deux modalités différentes. Dans une première situation, il s'agit de corriger, de manière positive, l'illégalité antérieurement commise en opérant une reconstruction du droit appliqué au cours de la période intermédiaire. En d'autres termes, des actes correctifs sont adoptés afin de replacer l'ordonnancement dans la situation qui aurait dû être la sienne tout au long de cette période si l'illégalité n'avait jamais été commise. À l'issue de cette opération, l'ordre juridique se trouve dans l'état qui devrait être actuellement le sien si l'exigence du respect du droit avait été respectée *ab initio* et tout au long de la portion de la durée que l'illégalité est venue perturber (§ 1).

Dans une seconde situation, un résultat équivalent au moyen de la rétroactivité, non plus en agissant sur le droit intermédiaire, mais en opérant directement la réparation du droit initial. Dans une perspective analogue de réparation des atteintes portées au principe de légalité, la rétroactivité peut être utilisée de manière curative pour purger de son irrégularité un acte ou une situation juridique initiale. En d'autres termes, il s'agit de rendre légal ce qui était jusque-là illégal par l'édiction d'un acte « salvateur ». À l'issue de la réparation du droit initial, l'ordonnancement juridique est purifié de l'illégalité pour la période intermédiaire (§ 2).

³⁸³² Entendue comme la portion de la durée allant de la commission de l'illégalité à sa réparation.

³⁸³³ Selon la distinction opérée par O. Dupeyroux (O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 239 et s., n° 211 et s.).

§ 1 : Le rétablissement rétroactif de la régularité du droit intermédiaire

1093. Dans son versant constructif, la rétroactivité correctrice connaît une certaine progressivité. La correction positive de l'illégalité suppose de replacer le droit appliqué au cours de la période intermédiaire dans un état de « non-contrariété » avec la règle qui a été méconnue à l'origine. Pour parvenir à ce résultat, il convient de reconstruire juridiquement la portion de la durée séparant la commission de l'illégalité de sa réparation. Au moyen de la rétroactivité, les *corrections* nécessaires sont apportées au passé de l'ordre juridique de telle manière à rétablir ce dernier dans une légalité pleinement retrouvée. À l'issue de l'opération de correction, l'ordre juridique se trouve dans l'état qui devrait être actuellement le sien si l'exigence du respect du droit avait été respectée *ab initio* et tout au long de la période intermédiaire.

C'est principalement en présence d'un vide juridique dont l'existence est susceptible de constituer une illégalité que la reconstruction juridique de la période intermédiaire au moyen de la rétroactivité s'avère nécessaire. En règle générale, l'édiction d'une décision régulière rétroagissant à la date à laquelle le vide juridique constitutif d'une illégalité s'est créé suffit à mettre l'ordre juridique à nouveau en accord avec l'exigence du respect du droit (I). Néanmoins, il faut parfois aller plus loin et reconstruire, dans son entier, la situation juridique affectée par l'illégalité (II).

I – LE COMPLEMENT RETROACTIF DU VIDE JURIDIQUE CONSTITUTIF D'UNE ILLEGALITE

1094. La création d'un vide juridique *stricto sensu* consiste dans l'absence d'une norme juridique dont l'édiction était obligatoire à un instant donné et/ou pour une période déterminée. La notion de vide juridique ne s'entend pas d'une simple absence quelconque de règle ou de décision à un moment donné. Il faut encore que la présence de telle règle ou de telle décision revête un caractère obligatoire³⁸³⁴. Faute pour l'autorité normative de satisfaire à l'obligation qui était la sienne d'édicter la norme au moment où elle aurait dû l'être, un vide juridique se crée. Que l'autorité normative n'ait pas agi ou qu'elle ait mal agi, sa défaillance est constitutive d'une illégalité qu'il faut alors réparer. Dans cette configuration, il n'existe pas d'autre moyen pour l'autorité publique de faire disparaître la situation contraire à l'exigence du respect du droit que celui d'édicter la norme requise en faisant partir ses effets à compter du moment où elle aurait dû intervenir. En d'autres termes, l'autorité publique est tenue de reconstruire la régularité

³⁸³⁴ La simple absence de norme ne détermine pas, à elle seule, l'existence d'un vide juridique (cf. la démonstration de J. PETIT, thèse préc., p. 277 et s., n° 575 et s., reprise par G. ÉVEILLARD, thèse préc., pp. 123-124, n° 169 et p. 302, n° 384). Dans un État libéral, c'est un principe de liberté totale qui s'impose en l'absence de norme écrite. Comme le soulignait Portalis : « *La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne prohibe pas. On regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu. Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure ?* » (J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, coll. des Publications du Centre de Philosophie du Droit, 1988, p. 72 ; cf., dans le même sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., pp. 123-124, n° 169 ; F. OST, *Le temps du droit*, préc., p. 44). Suivant ce principe fondamental, il existe une norme permissive là où aucune norme prohibitive n'a été édictée (outre les références déjà citées, voir H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 56-57 et p. 142 ; pour une position plus nuancée sur la question de l'absence de lacunes en droit, voir P. AMSELEK, « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *Arch. phil. dr.*, t. 33, 1988, p. 283, spéc. p. 290 ; P. MAYER, thèse préc., p. 76, n° 109). D'un point de vue normatif, cela signifie que l'absence apparente de norme résultant du silence de l'autorité normative masque l'existence d'une norme implicite de non-imputation à caractère permissif (J. HÉRON, « Existe-t-il des règles de non imputation ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à G. CORNU*, Paris, PUF, 1994, p. 217 ; J. PETIT, thèse préc., p. 124, n° 251).

du droit intermédiaire au moyen de la rétroactivité, dès lors qu'elle a manqué à son obligation d'agir à un instant donné et/ou pour une période déterminée. Toute autre solution que de recourir à la « rétroactivité constructive » aboutirait, en laissant persister une illégalité, à une correction incomplète de l'ordonnement juridique.

Le comblement rétroactif d'un vide juridique constitutif d'une illégalité est susceptible d'intervenir soit consécutivement à l'annulation d'une décision irrégulière (A), soit de manière préventive en cas de carence de l'autorité normative (B).

A/ Le comblement d'un vide juridique résultant de l'annulation d'un acte irrégulier

1095. La « rétroactivité constructive » ne constitue pas une conséquence naturelle de l'annulation d'une décision irrégulière, qu'elle soit prononcée par la voie administrative ou par la voie contentieuse. En règle générale, le rétablissement de la légalité méconnue est réalisé par le retour au *statu quo ante* à la commission de l'illégalité. Les effets de l'illégalité sont retirés au présent de telle manière à obtenir leur destruction pour la période intermédiaire. En d'autres termes, l'opération de correction de l'ordonnement juridique se borne, au moyen d'une « rétroactivité destructive », à recréer au présent les conditions du passé antérieur à la commission de l'illégalité. En revanche, le rétablissement de la légalité ne requiert pas, le plus souvent, de procéder à une reconstruction complète, et pour le moins fictive, de la période intermédiaire. Toutefois, l'anéantissement rétroactif d'un acte juridique est une opération particulièrement dévastatrice et dont la mise en œuvre peut aboutir, dans certains cas, au rétablissement d'une situation initiale elle-même entachée d'illégalité. De nouvelles corrections de l'ordre juridique au moyen de la rétroactivité sont alors requises pour parvenir à la *restitutio in integrum* de la légalité.

Tel est le cas lorsque la « rétroactivité destructive » qui procède de l'annulation administrative ou juridictionnelle de la décision irrégulière laisse, une fois mise en œuvre, un vide juridique dont l'existence même constitue une illégalité. Or, pareille situation ne survient que si deux conditions préalables sont réunies. Non seulement l'autorité normative doit avoir été, à la date où elle a décidé, débitrice d'une obligation initiale d'agir, mais elle doit encore avoir dans l'obligation d'agir à une date et/ou pour une période déterminée. En d'autres termes, la création d'un vide juridique, dont l'illégalité exige qu'il y soit remédié, résulte exclusivement de ce que l'autorité normative devait prendre telle décision à telle date et/ou pour telle période du passé³⁸³⁵.

1096. Il est généralement procédé au comblement de ce vide juridique par le remplacement rétroactif de la décision annulée. Une décision régulière dotée d'un effet rétroactif viendra se substituer à la décision initiale pour toute sa période d'application. Toute autre solution aboutirait, en laissant persister une illégalité pour la période intermédiaire, à compromettre l'objectif de *restitutio in integrum* de la légalité. La rétroactivité remplit ainsi, à l'occasion de cette correction positive de l'ordre juridique, une fonction de reconstruction de la période intermédiaire au service de la légalité. Ce faisant, la « rétroactivité constructive » met en accord la situation résultant de l'annulation avec l'exigence du respect du droit. L'ordre juridique se trouve à nouveau dans l'état de légalité qui aurait été le sien si une

³⁸³⁵ Sur ces différents points, J. PETIT, *loc. cit.*

décision légale avait été initialement prise. On peut même ajouter qu'à compter de cet instant, il est réputé n'avoir jamais quitté cet « état de légalité ».

Le rétablissement rétroactif de la régularité du droit intermédiaire s'effectue selon des conditions analogues suivant que l'annulation de la décision initiale ait été prononcée par le juge ou par l'autorité administrative. Bien que cette hypothèse demeure, pour l'heure, hypothétique, on ne saurait exclure que la rétroactivité de la loi puisse être appelée, à l'avenir, à remplir une fonction identique en vue de d'assurer l'effet utile d'une décision d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, tel qu'il se présente à l'issue de la réforme constitutionnelle de 2008, en vue de remédier à une inconstitutionnalité³⁸³⁶.

1097. Le remplacement rétroactif de la décision administrative annulée est nécessaire à la *restitutio in integrum* de la légalité que pour autant que l'autorité normative était, au moment de décider, dans une situation de compétence doublement liée. À cet instant, l'auteur de l'acte irrégulier était non seulement tenu de prendre une décision, mais encore de le faire à une date et/ou pour une période déterminée. Or, la « rétroactivité destructive » de l'annulation replace l'autorité administrative dans la situation qui était la sienne un instant avant qu'elle adopte la décision irrégulière. L'anéantissement de cette dernière crée alors un vide juridique, la décision qui aurait dû être prise à un moment donné du passé étant réputée n'être jamais intervenue. L'existence de ce vide juridique constitue bien une illégalité, puisqu'à la suite de l'annulation de la décision initiale, l'autorité administrative est toujours débitrice de l'obligation de décider à la date qui lui a été imposée dès l'origine. Le seul moyen pour l'autorité administrative d'atteindre la *restitutio in integrum* de la légalité consiste alors à combler le vide juridique laissé par l'annulation en procédant au remplacement rétroactif de la décision annulée. La « rétroactivité constructive » obéit à des conditions de mise en œuvre rigoureuses et se limite à ce qui est strictement nécessaire au rétablissement de la légalité doublement méconnue³⁸³⁷. Ce double aspect se vérifie que l'annulation ait été prononcée par la voie contentieuse ou par la voie administrative.

1098. Lorsque l'autorité administrative était tenue d'édicter un règlement en vertu de la loi ou pour en assurer l'application, sans qu'une date ou une période déterminée ait été fixée par le législateur, l'annulation contentieuse de ce règlement ne saurait avoir pour conséquence de rendre obligatoire, ou même de permettre, la rétroactivité du nouveau règlement³⁸³⁸. Il n'en va pas différemment lorsque l'administration a refusé ou a manqué de prendre une réglementation qu'elle avait l'obligation de mettre en place dans un délai déterminé ou, à défaut, dans un délai raisonnable³⁸³⁹. Dans ces deux situations, le vide juridique laissé par l'annulation ne constitue pas une illégalité en l'absence d'obligation d'agir à une date ou pour une période précisément déterminée. Ce n'est donc qu'à la condition que le législateur

³⁸³⁶ Sur cette question, voir p. 147, n° 201.

³⁸³⁷ Sur ce point, voir, plus haut, p. voir p. 178, n° 231. Voir également, F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 343 ; J. MASSOT, art. préc., p. 120 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 269 ; J. PETIT, thèse préc., p. 283, n° 585 ; P. WEIL, thèse préc., p. 52.

³⁸³⁸ Il peut alors en résulter un vide juridique pour la période intermédiaire, notamment lorsqu'il est impossible de revenir au régime antérieurement applicable (cf., par ex., CAA Versailles, 12 juin 2008, *Société France Télécom*, req. n° 06VE02675, *AJDA*, 2008, n° 26, p. 1425, chr. J. GRAND D'ESNON).

³⁸³⁹ En effet, l'existence d'un délai fixé par le législateur ou, à défaut, du délai raisonnable qui lui est généralement reconnu pour prendre les mesures nécessaires à l'application de la loi n'autorise pas pour autant le pouvoir réglementaire à faire rétroagir le texte d'application qu'il édicte au jour de l'expiration de l'un ou l'autre de ces délais. *Mutatis mutandis*, le juge semble considérer que la chose jugée n'exige pas davantage, à la suite de l'annulation du règlement d'application devant être pris avant une date donnée ou au cours d'un délai déterminé, ou du refus de le prendre, que le nouveau texte produise un effet rétroactif (cf., par ex., CE, 26 février 1988, *Commune de Bondoufle*, req. n° 62.016, Rec., p. 87, *AJDA*, 1988, n° 7-8, p. 433, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE). Sur ces différents points, voir P. WEIL, thèse préc., p. 155 et s. ; J. PETIT, thèse préc., p. 284, note 37.

ait lui-même désigné la date d'effet du règlement ou sa période d'application que l'auteur du texte annulé pourra – et même devra – le reprendre en lui faisant produire un effet rétroactif³⁸⁴⁰.

En dehors de cette hypothèse, le comblement rétroactif du vide juridique laissé par l'annulation contentieuse d'un règlement est requis lorsque, d'une part, l'autorité administrative était tenue d'édicter une réglementation pour une période déterminée et que, d'autre part, le retour à la réglementation antérieure s'avère impossible, soit parce que cette dernière avait elle-même une durée prédéterminée, soit qu'elle soit elle-même entachée d'illégalité³⁸⁴¹. En revanche, dès lors que la réglementation valable pour la période précédente peut être appliquée, la rétroactivité n'est plus justifiée par la nécessité de combler le vide juridique laissé par l'annulation contentieuse³⁸⁴².

1099. Le raisonnement est transposable aux cas d'annulation juridictionnelle d'une décision non réglementaire que l'autorité administrative avait l'obligation de prendre. Là encore, le remplacement avec effet rétroactif de la décision annulée ne s'impose que lorsque l'administration se trouvait initialement en situation de compétence doublement liée³⁸⁴³. Il en va ainsi lorsque, comme dans le cas précédent, la décision annulée était de celles que l'autorité administrative a l'obligation de prendre périodiquement à une date ou pour une période déterminée. Consécutivement à l'annulation de ces actes individuels ou collectifs, elle devra les refaire en leur conférant un effet rétroactif. Une telle configuration se rencontre également pour les décisions prises sur demande, dans les cas où l'administré avait droit non seulement à l'intervention de l'acte, mais également à un contenu déterminé. Dans ce cas de figure, le simple fait que le pétitionnaire remplisse toutes les conditions nécessaires au regard de la réglementation en vigueur pour obtenir la décision sollicitée suffit à lui conférer un droit à son édicition dans les délais textuellement prévus ou, à défaut, dans les délais de droit commun. L'autorité administrative se trouve ainsi liée non seulement quant au principe et au sens de sa décision, mais également quant à l'instant où elle doit intervenir. En cas d'annulation du refus opposé par l'autorité administrative à la demande, il y aura bien alors création d'un vide juridique qu'il faudra combler et le pétitionnaire aura droit à la *réfection* rétroactive de l'acte. Suivant la logique de la *restitutio in integrum*, la réfection consécutive à l'annulation de l'acte adopté en méconnaissance d'une compétence liée doit replacer l'intéressé non pas dans la situation qui serait la sienne aujourd'hui si la décision illégale n'était jamais intervenue, mais dans celle qui aurait été la sienne si la décision à laquelle il avait droit, avait été

³⁸⁴⁰ CE, 6 décembre 1972, *Sieur Porte*, req. n° 82.564, Rec., p. 791 ; 20 janvier 1988, *Syndicat des exploitants agricoles d'Arles et de Berre*, req. n° 59.984, Rec., p. 18 (sol. impl.) ; 12 avril 1991, *Fédération nationale des organismes de gestion des établissements de l'enseignement catholique (FNOGEC)*, req. n° 99.862 ; 9 avril 2004, *M. Escurat et autres*, req. n° 252.888, *BJCL*, 2004, n° 7, p. 476, concl. F. SÉNERS ; 10 juillet 2006, *Société Bouygues Télécom et Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS)*, req. 269.882, Rec., p. 330, *Gaz. Pal.*, 2007, n° 84, p. 52, note B. DU MARAIS = voir. Voir également, J. CARBAJO, thèse préc., p. 79 ; J.-M. AUBY, « L'obligation gouvernementale d'assurer, l'exécution des lois », *JCP G*, 1953, I, 1080.

³⁸⁴¹ CE, 20 janvier 1988, *Syndicat des exploitants agricoles d'Arles et de Berre*, préc. ; Sect., 23 février 1994, *Société Voillet et frères*, req. n° 129.402, Rec., p. 92, *DF*, 1994, n° 20, p. 841, concl. G. BACHELIER, *RJF*, 1994, n° 5, p. 286, chr. G. GOULARD ; 19 avril 2000, *Commune de la Bresse*, req. n° 157.920. Cf., s'agissant de la fixation rétroactive du tarif annuel d'un service public ou d'une redevance pour service rendu consécutivement à l'annulation du tarif initial, CAA Lyon, 25 avril 2002, *Société stéphanoise des eaux c/ Société Tartary et autres et Ville de Saint-Étienne c/ Société Tartary*, req. n° 97LY00743 et 97LY00756, *BJDCP*, 2002, n° 25, p. 439, concl. F. BOURRACHOT ; CE, 19 mars 2010, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes et autres (SCARA)*, préc. En revanche, la possibilité de continuer à appliquer la réglementation valable pour l'année précédente l'autorité compétente d'édicter une réglementation au cours de l'année création du vide juridique

³⁸⁴² CE, 26 juin 1996, *SARL Rossi Frères*, req. n° 148.711, Rec., p. 249. Il en va de même *a fortiori* lorsque l'autorité devient incompétente, du fait de l'annulation de la réglementation initiale, pour maintenir cette réglementation pour la période suivante (CE, 30 avril 1997, *Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et Confédération nationale des syndicats dentaires*, préc.).

³⁸⁴³ CE, 23 novembre 1949, *Gaulard*, Rec., p. 497 ; 19 décembre 1973, *SCI La Tour Blanche c/ Perrière*, req. n° 87.556, Rec., T., p. 885 (sol. *a contrario*) ; 25 septembre 1987, *Neugue*, req. n° 69.837.

légalement prise³⁸⁴⁴. Il en découle une triple obligation pour l'autorité qui doit refaire l'acte en exécution de la chose jugée. Non seulement elle devra accueillir la demande du pétitionnaire, mais encore elle devra refaire l'acte annulé conformément au droit applicable au moment de sa décision initiale³⁸⁴⁵. Enfin, la décision refaite prendra obligatoirement effet à cette même date³⁸⁴⁶. L'exécution d'un jugement annulant le refus opposé par l'administration à une demande d'autorisation alors que celle-là avait, en vertu des textes, compétence liée pour la délivrer, donne lieu à une rétroactivité *constructive* particulièrement contraignante pour l'autorité sanctionnée. On peut toutefois douter que cette rétroactivité soit toujours utile. Par exemple, le pétitionnaire d'une autorisation d'exercer une activité n'aura pu, au cours de la période intermédiaire, se livrer à ladite activité, si bien que la rétroactivité découlant de l'annulation du refus opposé par l'autorité compétente à sa demande n'aura, dans ce cas précis, que peu d'intérêt pratique.

1100. Ce qui a été dit à propos de la « rétroactivité constructive » faisant suite à une annulation juridictionnelle est également valable lorsque c'est l'administration elle-même qui prononce l'annulation pour illégalité de la décision. En principe, le retrait d'une décision administrative n'implique pas son remplacement rétroactif par une décision légale. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'autorité compétente était, au moment où elle a édicté la décision retirée, en situation de compétence doublement liée qu'il y a lieu de procéder à son remplacement. L'annulation administrative de la décision crée un vide juridique que l'autorité administrative a l'obligation de combler, sauf pour elle à commettre une nouvelle illégalité. Que l'autorité administrative ait été dans l'obligation de se prononcer à un instant donné ou pour une période déterminée ou de donner suite à la demande d'un administré qui avait droit non seulement à l'intervention de l'acte, mais également à un contenu déterminé³⁸⁴⁷, le rétablissement de la légalité exige de l'autorité compétente qu'elle émette une décision rétroactive en remplaçant de celle dont l'annulation a été prononcée.

1101. Afin de se conformer au principe de légalité, l'autorité compétente doit, en exécution de la chose jugée ou de la chose décidée, édicter la nouvelle décision en faisant partir ses effets à compter de la date

³⁸⁴⁴ R. ABRAHAM, concl. sur CE, Sect., 4 novembre 1994, *Al Joujo*, req. n° 136.240, Rec., p. 492, *AJDA*, 1995, n° 3, p. 231. Pour un ex. en matière de pension, cf. CE, 28 septembre 2011, *Ministre du Budget c/ Préaud*, req. n° 343.462, à ment au T. du Leb., *AJDA*, 2011, n° 33, p. 1872 : révision d'une pension pour tenir compte de la majoration prévue à l'art. L. 12-b du Code des pensions civiles et militaires dans sa version issue des dispositions de l'art. 48-II de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003, portant réforme des retraites, citée plus haut.

³⁸⁴⁵ En effet, la réglementation a pu changer au cours de la période intermédiaire, si bien que le demandeur peut ne plus remplir les conditions pour l'obtention de l'avantage sollicité au moment de la réfection de l'acte annulé. La jurisprudence reste cependant incertaine sur le point de savoir si l'autorité compétente doit se placer à la date d'édition de la décision annulée ou plutôt à celle à laquelle la demande a été faite. En effet, le juge tranche tantôt en faveur de l'une (CE, 26 janvier 1973, *Ministre de l'Agriculture c/ Schmidt*, req. n° 85.969, Rec., p. 74 ; 19 janvier 1977, *Société française des verreries mécaniques champenoises*, req. n° 85.477 (sol. impl.), *Dr. adm.*, 1977, n° 57 ; 7 avril 1978, *Consorts Ellegoet*, req. n° 03.832, Rec., p. 184 ; 8 février 1980, *Rellé*, req. n° 14.797, *Dr. adm.*, 1980, n° 82 ; Sect., 14 février 1997, *Colonna*, req. n° 111.648, Rec., p. 38, *AJDA*, 1997, n° 5, p. 426, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, *Dr. adm.*, 1997, comm. 176, p. 22, note M. CÉOARA, *RDP*, 1997, n° 5, p. 1449, concl. V. PÉCRESSSE, *RFDA*, 1997, p. 428), tantôt en faveur de l'autre (CE, 1^{er} octobre 1969, *Boutaud de la Combre*, req. n° 75.376, Rec., p. 410 ; Sect., 7 décembre 1979, *Ministre de la Défense c/ Amar*, req. n° 13.765, Rec., p. 455) de ces solutions, sans que ces variations soient justifiées, semble-t-il, par des considérations autres que d'opportunité. Le droit de l'urbanisme présente à nouveau une particularité. En cas d'annulation d'une décision de refus, l'autorité compétente ne peut rééditer son refus au motif que la réglementation a changé au cours de la période intermédiaire (cf. en ce sens, art. L. 600-2 du Code de l'urbanisme ; CE, 4 mars 2009, *Commune de Beaumettes*, req. n° 319.974, Rec., T., p. 989, *BJDU*, 2009, n° 4, p. 258, concl. J.-P. THIELLAY ; J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *op. cit.*, p. 157, n° 310 ; H. JACQUOT et F. PRIET, *op. cit.*, p. 878, n° 809). Sur ces questions, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1122, n° 1238-3°.

³⁸⁴⁶ J. CARBAJO, thèse préc., pp. 80-81.

³⁸⁴⁷ Sur l'ensemble de ces points, cf., plus haut, p. 217, n° 282. Pour un ex. récent, voir CE, 19 mars 2010, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes et autres*, préc. (acte réglementaire).

initialement requise par la règle de droit méconnue³⁸⁴⁸. De même, c'est conformément au droit en vigueur à la date de la décision annulée que la décision rétroactive se substituant à elle devra être prise³⁸⁴⁹. En revanche, la « rétroactivité constructive » ne saurait excéder ce qui est strictement nécessairement au comblement du vide juridique créé par l'annulation. Ainsi, la période d'application de la décision régulière ne saurait excéder, du côté du passé, celle de la décision annulée. De surcroît, la *réfection* rétroactive de l'ordre juridique doit tenir compte de la réalité des situations administratives qui ont pu se constituer au cours de la période intermédiaire et qui sont devenues définitives au moment où la nouvelle décision intervient³⁸⁵⁰.

1102. C'est une même logique que poursuit l'édiction par le législateur d'une loi rétroactive à la suite de la déclaration d'inconventionnalité d'une loi antérieure prononcée de la Cour de Justice. La loi nouvelle prendra alors effet à la date à laquelle le juge européen a constaté l'irrégularité du droit national au regard des exigences posées par le droit de l'Union européenne³⁸⁵¹. De manière symétrique, les effets sur le passé des décisions d'inconstitutionnalité rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité seraient également susceptibles de déboucher sur l'adoption d'une loi rétroactive conforme à la Constitution et ayant vocation à remplacer entièrement la loi déclarée inconstitutionnelle³⁸⁵².

La réédition de la décision sanctionnée n'est pas le seul aspect que peut revêtir la rétroactivité *constructive* découlant de la chose jugée ou d'un retrait. Cette dernière peut également commander la reconstitution des situations juridiques affectées par l'annulation contentieuse.

B/ Le comblement d'un vide juridique né de la carence de l'autorité normative

1103. La rétroactivité ne remplit pas toujours une fonction de correction positive de l'ordre juridique dans le prolongement d'une première rétroactivité résultant de la sanction d'une illégalité. Elle peut tout aussi bien être employée à titre préventif, dans un souci de la part de l'autorité publique de se conformer spontanément au principe de légalité. C'est principalement le cas lorsque celle-ci tente de remédier à une absence de texte, que ce dernier manque pour fonder des situations juridiques ou qu'il s'agisse de rattraper un retard pris dans son adoption³⁸⁵³. Dans un cas comme dans l'autre, l'absence de texte empêche la constitution de situations juridiques, voire même parfois la mise en œuvre d'autres textes. *A priori*, il apparaît parfaitement inadmissible que l'autorité normative puisse combler une lacune ou un retard quelconque en recourant à la rétroactivité, même dans le but de se conformer *ex post facto* à

³⁸⁴⁸ Sur l'ensemble de la question, voir p. 217, n° 282. Voir également, F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 343 ; J. MASSOT, art. préc., p. 120 ; P. LEWALLE, thèse préc., p. 269 ; J. PETIT, thèse préc., p. 283, n° 585 ; P. WEIL, thèse préc., p. 52.

³⁸⁴⁹ CE, 4 mars 1949, *Trèbes et autres*, Rec., p. 105, *Rev. adm.*, 1949, p. 262 ; 1^{er} juillet 1998, *Stockhausen*, req. n° 150.094, Rec., p. 263 (acte réglementaire). Voir également, J. PETIT, thèse préc., p. 572, n° 1162.

³⁸⁵⁰ P. WEIL, thèse préc., p. 38 et s., spéc. p. 54. C'est le cas par ex., en matière de tableaux d'avancement ou de listes d'aptitude, CE, Avis, 13 avril 1949, *Rev. adm.*, 1949, p. 213 (cité par P. WEIL, thèse préc., p. 165) ; 4 novembre 1960, *Faivre et autres*, req. n° 42.064 et 42.323, Rec., p. 587 ; 6 mai 1964, *Dame Gueydan et Sieur Kuntzmann*, req. n° 48.504, 50.586, 51.594, 53.180 et 51.890, Rec., p. 277. Sur les limites à la réfection rétroactive de ces actes en conséquence de leur annulation contentieuse, voir CE, 10 mars 2004, *Fabre*, préc. ; 24 juillet 2009, *Orfeuill*, préc.

³⁸⁵¹ Cf., par ex., l'art. 41-II de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, de finances rectificative pour 2004 (JORF n° 304 du 31 décembre 2004, p. 22522).

³⁸⁵² Sur ce point, voir, plus haut, p. 147, n° 201.

³⁸⁵³ Sur le premier cas, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 302, n° 384. Pour un ex., cf. CE, 14 mai 1954, *Sieur Fage*, Rec., p. 271. Sur le second cas, voir O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 162 et s., n° 141 et s. et les ex. cités.

l'exigence du respect du droit. En effet, pareil agissement revient à faire peser *in fine* les conséquences fâcheuses de la défaillance de l'autorité publique sur les sujets de droit. Or, la stricte observance du principe de légalité ne saurait prévaloir, en toutes hypothèses, sur le besoin élémentaire de sécurité et la garantie des droits. Aussi le recours à la « rétroactivité constructive » ne saurait-il être accepté pour réparer le désordre créé par la carence de l'autorité normative qu'en présence de circonstances exceptionnelles³⁸⁵⁴.

1104. La rétroactivité prescrite par l'autorité normative en vue de remédier à une absence de texte ou un retard dans son adoption apparaît justifiée uniquement lorsque l'un ou l'autre constitue une illégalité. Tel est le cas lorsque l'autorité normative se trouvait débitrice d'une obligation d'édicter un texte à une date et/ou pour une période déterminée, qu'elle s'est abstenue ou s'est trouvée empêchée de satisfaire. De cette défaillance il résulte la création d'un vide juridique constitutif d'une illégalité, faute pour l'autorité normative d'avoir agi en temps utile. Le seul moyen pour mettre à nouveau en accord la situation résultant de la carence de l'autorité normative avec l'exigence du respect du droit est de faire rétroagir le texte à la date où le vide juridique s'est constitué³⁸⁵⁵. La rétroactivité rétablit alors la régularité de la période intermédiaire, comme si l'autorité normative avait édicté le texte requis *ab initio*. De la même manière que lorsqu'elle succède à une annulation contentieuse, la correction positive de l'ordre juridique répond à l'exigence impérieuse de rétablir la légalité initialement méconnue.

1105. Il en va ainsi, par exemple, en matière d'application de la loi. Le vide juridique né du retard de l'autorité administrative à prendre les mesures d'application que la loi lui imposait de prendre à une date ou pour une période déterminée justifie qu'il soit recouru à la rétroactivité dans une logique de réparation de la légalité. Dans une telle situation, le juge administratif admet, en effet, que la mesure d'application puisse valablement rétroagir lorsqu'une date ou une période déterminée a été fixée par le législateur³⁸⁵⁶. Ce raisonnement est également transposable lorsqu'est en cause la mise en œuvre du droit de l'Union européenne et, en particulier, la transposition d'une directive européenne. La jurisprudence de la Cour de Justice semble reconnaître aux autorités nationales la faculté de recourir à la rétroactivité pour combler le vide juridique résultant de l'insuffisance ou de l'absence de transposition dans les délais impartis d'une directive³⁸⁵⁷. Dans ces deux cas de figure, il s'agit bien ici de permettre, au moyen de la rétroactivité, la réparation de la période intermédiaire, de telle manière à remédier à l'existence d'un vide juridique constitutif d'une illégalité.

La « rétroactivité constructive » adopte parfois une forme plus poussée. Ce n'est plus seulement le droit applicable qui fait l'objet d'une réparation en vue de rétablir la légalité, mais le droit appliqué,

³⁸⁵⁴ CE, 9 mai 1952, *Comité intersyndical du commerce des combustibles de Paris et de la région parisienne*, Rec., p. 247 (sol. *a contrario*).

³⁸⁵⁵ CE, 8 mars 1967, *Caisse régionale de sécurité sociale de Paris*, req. n° 66.363, Rec., p. 108. Cf., dans le même sens, J. CARBAJO, thèse préc., p. 77 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 167, n° 145 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 303, n° 384 ; J.-J. ISRAËL, thèse préc., p. 218 ; J. PETIT, thèse préc., p. 280, n° 582 ; É. SOTO-KLOSS, thèse préc., p. 198.

³⁸⁵⁶ CE, Sect., 12 janvier 1951, *Association professionnelle des banques*, Rec., p. 21, RDP, 1951, p. 895, note M. WALINE, JCP, 1951, II, n° 6251, note J. G. ; 13 mars 1964, *Dame Meilland*, Rec., p. 186 ; 12 juillet 1969, *SA des mines de bitume et d'asphaltes du centre et Société française des asphaltes*, req. n° 71.201 et 71.202, Rec., T., p. 725 ; Sect., 22 juillet 1977, *Dame Veuve Menestret*, req. n° 00.284, Rec., p. 341 ; 7 décembre 1984, *Bonnefond*, req. n° 50.339, Rec., p. 415 ; 3 octobre 1986, *Cettier*, req. n° 54.563, Rec., T., p. 382. En revanche, la rétroactivité de la mesure d'application de la loi n'est pas admise par le juge, dès lors que le législateur lui a laissé un délai (CE, Ass., 9 mai 1958, *Fédération des syndicats de polices de France et d'Outre-Mer (CFTC)*, Rec., p. 267). Sur cette question, voir, plus haut, pp. 171-172, n° 229-230 et J. CARBAJO, thèse préc., p. 77.

³⁸⁵⁷ Sur cette question, voir, plus haut, p. 164, n° 220.

c'est-à-dire la situation juridique elle-même, qui fait l'objet d'une reconstruction pour l'ensemble de la période intermédiaire.

II – LA RECONSTITUTION RETROACTIVE D'UNE SITUATION JURIDIQUE EN REPARATION DE L'ILLEGALITE

1106. La logique de la « rétroactivité constructive » au service du principe de légalité consiste à apporter les corrections positives à l'ordre juridique, de telle manière à le rétablir *ab initio* dans une situation de « non-contrariété » avec la règle de droit méconnue. Il s'agit donc de reconstruire la régularité de la période intermédiaire telle qu'elle aurait dû se présenter si l'illégalité n'avait pas été commise. En revanche, la logique poursuivie par le rétablissement du respect de la règle de droit ne requiert pas, *prima facie*, de l'autorité normative qu'elle se pose la question de savoir comment aurait pu évoluer, au cours de cette période, le contenu des situations juridiques touchées par l'illégalité. En d'autres termes, la « rétroactivité constructive » n'implique pas de reconstruire fictivement le cours qu'aurait dû suivre dans le temps les situations juridiques en cause si elles n'avaient pas été perturbées par l'illégalité.

1107. À ce principe, il est apporté une exception importante, et parfois spectaculaire, dans le contentieux de la fonction publique. En cette matière, l'annulation juridictionnelle d'une décision affectant la carrière d'un fonctionnaire impose, en principe, à l'administration de procéder à sa reconstitution rétroactive. Le cas échéant, cette reconstitution juridique du passé s'accompagne de la réintégration juridique de l'intéressé dans l'emploi qu'il occupait au moment de la commission de l'illégalité.

En exécution d'une décision d'annulation d'une mesure d'éviction d'un fonctionnaire ou, plus largement, défavorable à sa carrière, l'administration est débitrice d'une obligation de reconstituer rétroactivement cette carrière pour toute la période intermédiaire³⁸⁵⁸. La portée de cette obligation doit s'apprécier à la lumière du droit reconnu à tout fonctionnaire au déroulement normal de sa carrière. La rétroactivité de l'annulation contentieuse créant un vide juridique dans la carrière de l'agent, il devient nécessaire de le combler³⁸⁵⁹. L'agent doit être replacé non pas dans la situation où il se trouvait à la date d'édiction de la décision illégale, mais dans celle où il se trouverait actuellement si cette décision n'était pas intervenue et que sa carrière avait poursuivi son déroulement normal.

1108. La rétroactivité *constructive* découlant de la chose jugée se présente ici sous sa forme la plus poussée, dès lors qu'elle exige de l'administration de reconstituer fictivement ce qui aurait dû être la carrière de l'agent pour toute la période intermédiaire allant de la date de son éviction illégale jusqu'à celle de l'annulation. Pour y parvenir, elle doit avoir recours à un type de raisonnement particulier : le raisonnement en *uchronie*. Il s'agit, dans un premier temps, pour l'autorité administrative de rechercher

³⁸⁵⁸ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, préc. (fonctionnaires) ; 10 juillet 1996, *Chambre de commerce et d'industrie de Narbonne*, req. n° 140.855, Rec., p. 280 (agents contractuels) ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 81 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 1122, n° 1239 ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 346. Par ex., l'annulation d'une décision prise en matière de congés de maladie requiert de l'administration qu'elle reconstitue la carrière de l'agent concerné en le faisant bénéficier des différents congés auxquels il avait légalement droit, ainsi que des rappels de traitements y afférent (CE, 11 septembre 1995, *Centre hospitalier spécialisé de Prémontré*, req. n° 153.043).

³⁸⁵⁹ R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 605.

les avantages et sujétions de carrière qui auraient supposément été ceux du fonctionnaire au fil du déroulement normal de sa carrière afin de les lui restituer. En vertu de cette rétroactivité *restitutive*, l'autorité compétente est tenue de lui faire passer fictivement les divers postes qu'il aurait occupés, l'un après l'autre, et de lui accorder les droits et obligations correspondants³⁸⁶⁰. Mieux encore, l'autorité compétente est conduite non seulement à donner à l'agent les avancements auxquels il aurait pu avoir droit³⁸⁶¹, mais également à lui faire bénéficier de ceux qu'il aurait pu obtenir d'un succès à des examens et concours de promotion interne auxquels il aurait été susceptible de se présenter³⁸⁶². À la rétroactivité *restitutive* succède une rétroactivité *reconstitutive*. La logique de la fiction amène ainsi l'administration à *recréer* un parcours virtuel de l'agent sur la base de la moyenne des progrès faits par les fonctionnaires de même niveau et demeurés dans l'administration³⁸⁶³. Les années de service fictivement reconstruites seront alors regardées comme des années de service *effectif* et devront, en tant que telles, être prises en compte dans le calcul des droits à pension de retraite. De la même façon, les sanctions disciplinaires sont révisées et adaptées à la fonction qu'aurait dû exercer l'agent si la décision illégale n'était pas intervenue³⁸⁶⁴. Il s'agit donc pour l'Administration de se livrer à une reconstitution intégrale et rétroactive de sa situation, tant en termes de carrière que de droits sociaux³⁸⁶⁵.

Suivant la logique de la rétroactivité, la reconstitution de la carrière doit, par ailleurs, être effectuée conformément au droit en vigueur à la date de la décision annulée et, en particulier, selon les données disponibles à cette époque, ainsi que suivant les procédures alors prescrites³⁸⁶⁶. Cette logique se trouverait compromise si, en cas de changement de réglementation au cours de la période intermédiaire, l'administration faisait application des textes en vigueur au moment où elle procède à la reconstitution de carrière, dès lors que l'opération de reconstitution n'aboutirait pas à rétablir la situation qui aurait

³⁸⁶⁰ Sur l'ensemble de ces points, voir J. CARBAJO, thèse préc., pp. 84-85 ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 347 ; O. DORD, *Droit de la fonction publique*, Paris, Thémis droit, 1^{ère} éd., 2007, p. 325, n° 536 ; O. DUPEYROUX, thèse préc., p. 244, n° 216 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 607 ; P. WEIL, thèse préc., p. 237 et s., spéc. p. 239.

³⁸⁶¹ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, req. n° 88.362, Rec., p. 1065, *GAJA* n° 41, *RDP*, 1926, n° 1, p. 32, concl. G. CAHEN-SALVADOR, S., 1925, III, p. 49, note M. HAURIUO ; Sect., 24 février 1961, *Zimmet*, req. n° 41.382, Rec., p. 144, *AJDA*, 1961, I, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT et II, p. 353, note V. SILVERA (avancement à l'ancienneté) ; 13 juillet 1956, *Caubel*, Rec., T., p. 697, *AJDA*, 1956, II, p. 397, chr. J. FOURNIER et G. BRAIBANT, *RDP*, 1956, p. 1406 ; 20 mai 1977, *Ministre de l'Éducation Nationale c/ de Marcy, Dr. adm.*, 1977, n° 233 ; 23 février 1979, *Ministre de l'Intérieur c/ Simon*, req. n° 08.329, *RDP*, 1979, n° 5, p. 1501 ; 28 janvier 1976, *Corbière*, req. n° 88.320, *RDP*, 1976, n° 5, p. 1354 (avancement au choix).

³⁸⁶² Sur ce point, la jurisprudence a évolué. Initialement, le juge refusait, à la suite de l'annulation de l'éviction illégale d'un agent, de lui accorder tout avancement sur concours (CE, 18 janvier 1950, *Arfi*, Rec., p. 34), acceptant tout au plus que l'administration organisât un concours sur titres (CE, Sect., 25 juin 1948, *Salvi et Couchoud*, Rec., p. 297), pour finalement admettre cette extension du principe de reconstitution de la carrière (CE, Sect., 13 juillet 1956, *Barbier*, Rec., p. 338, *AJDA*, 1956, II, p. 386, note M. LONG et p. 397, chr. J. FOURNIER et G. BRAIBANT). Ainsi, l'agent contractuel irrégulièrement évincé pourra, par ex., bénéficier d'une procédure de titularisation par voie d'examen professionnel, alors même que le délai de candidature prévu par les textes s'est écoulé dans sa totalité au cours de la période d'éviction (CE, 11 mars 2009, *Wada*, req. n° 299.169, Rec., T., p. 817, *AJDA*, 2009, n° 9, p. 512, *AJFP*, 2009, n° 5, p. 232).

³⁸⁶³ CE, Sect., 13 juillet 1965, *Ministre des Postes et Télécommunications c/ Merklng*, req. n° 54.083, Rec., p. 424, *Rev. adm.*, 1966, p. 146, concl. G. BRAIBANT ; 28 janvier 1976, *Corbière*, préc. ; 16 juin 1995, *Franceschi*, req. n° 145.136, Rec., T., p. 991.

³⁸⁶⁴ Sur le premier point, voir CE, Sect., 26 décembre 1930, *Naushader*, Rec., p. 1112. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1124, n° 1239 3°. Cf., par ex, CE, Sect., 18 novembre 1957, *Veuve Champion*, Rec., p. 590 ; Sect., 20 mai 1960, *Hennequin c/ Ville de Paris et autre*, req. n° 32.881 et 35.564, Rec., p. 350 ; 9 novembre 1994, *Mme Bensimon*, req. n° 120.111, Rec., T., p. 1020 ; 28 février 1998, *Commune de Brive-Charensac c/ Arnaud*, n° 158.661 et 158.662, Rec., T., p. 1116 ; 7 octobre 1998, *Bousquet*, req. n° 186.909, Rec., T., p. 1002, *RGCT*, 1998, n° 2, p. 168, note C. PICHON). Sur le second point, voir J. CARBAJO, *loc. cit.* ; CE, 3 mars 1933, *Allilaire*, Rec., p. 270, *DP*, 1933, III, 45, note C. VALENSI.

³⁸⁶⁵ Sur le rétablissement des droits à pension et à prestations sociales, voir, par ex., CE, 13 avril 2005, *France Télécom*, req. n° 250.646, *AJDA*, 2005, n° 24, p. 1366 ; 17 juin 2009, *d'Abzac*, req. n° 306.076, Rec., T., p. 862, *AJDA*, 2009, n° 23, p. 1224 ; 21 février 2011, *Institut national de la propriété industrielle (INPI)*, req. n° 322.780, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2011, n° 8, p. 415.

³⁸⁶⁶ Sur le premier point, cf., CE, Sect., 11 juillet 1958, *Fontaine*, Rec., p. 433, *RDP*, 1958, n° 6, p. 1081, note M. WALINE ; Sect., 26 mars 1965, *Magnol et Orliac*, req. n° 58.802 et 58.803, Rec., p. 196, concl. L. BERTRAND ; 6 mai 1970, *Dlle Sallaud*, req. n° 74.787 et 74.788, Rec., T., p. 921). Sur les autres points, cf. CE, Sect., 13 juillet 1965, *Ministre des Postes et Télécommunications c/ Merklng*, préc. ; 27 avril 1984, *Margail*, req. n° 37.247, *Dr. adm.*, 1984, n° 243 ; 24 juin 1991, *Pillet*, req. n° 101.046, Rec., T., p. 1032.

existé si l'illégalité n'avait pas été commise. Cette règle de la survie de la loi ancienne est directement liée à la rétroactivité des décisions de reconstitution à intervenir³⁸⁶⁷.

Il résulte de ce qui précède que la reconstitution de la situation du juridique en exécution de la chose jugée revient, ni plus ni moins, à *réinventer* un passé qui ne s'est jamais produit, pour lui donner corps juridiquement dans le présent. En vertu de cette fiction qui en découle, la *restitutio in integrum* consécutive à l'annulation doit donc être intégrale ou, à tout le moins, aussi complète que possible.

1109. Cette véritable « réhabilitation » juridique du fonctionnaire dans les droits et obligations de la carrière s'accompagne de la réintégration rétroactive dans l'emploi qu'il occupait au moment de l'édiction de la décision annulée. En cas d'annulation d'une mesure d'éviction prise à l'encontre d'un de ses agents, l'administration a l'obligation de prononcer d'office sa réintégration dans l'emploi qui était le sien avant l'intervention de la décision illégale³⁸⁶⁸. La rétroactivité de l'annulation contentieuse faisant regarder la décision d'éviction comme n'étant jamais intervenue, la conséquence qui doit en être tirée, c'est que l'agent est réputé n'avoir jamais quitté son poste. Par suite, la décision de réintégration en exécution de la chose jugée doit nécessairement prendre effet rétroactivement à la date de la décision annulée³⁸⁶⁹. Il en va également de même en cas d'annulation d'une décision affectant défavorablement la situation de l'agent, la rétroactivité découlant de la chose jugée imposant alors la réaffectation de l'agent dans l'emploi qu'il occupait avant la survenance de l'illégalité ou l'octroi de l'avantage auquel il avait droit³⁸⁷⁰.

1110. Pour nécessaire qu'elle soit à l'exécution de la chose jugée, la fiction n'est cependant pas sans limite. Du point de vue de ses effets dans le temps, la reconstitution rétroactive ne saurait, en tout état de cause, remonter dans le passé au-delà de la date à laquelle l'illégalité a été commise. De même, il convient de garder à l'esprit que la rétroactivité de la reconstitution en exécution de la chose jugée se limite à une remise en l'état juridique et non matérielle du passé. Ainsi, la réintégration juridique de l'agent n'emporte pas toujours sa réintégration effective, c'est-à-dire sa réinstallation matérielle, dans

³⁸⁶⁷ Pour des formulations explicites, cf., outre les ex. cités à la note précédente, CE, 20 janvier 1950, *Cassar et Bouchasson*, Rec., T., p. 809 ; 21 mars 1962, *Loyer*, req. n° 49.341 et 54.081, Rec., p. 195. Voir également, L. BERTRAND, concl. préc., p. 200 ; T.-X. GIRARDOT et D. CHAUVAUX, chr. sous CE, Sect., 14 février 1997, *Colonna*, req. n° 111.648, Rec., p. 38, *AJDA*, 1997, n° 5, p. 426, spéc. p. 427 ; J. PETIT, thèse préc., p. 567, n° 1149.

³⁸⁶⁸ J.-M. AUBY, art. préc., p. 47 ; R. KELLERSHOHN, thèse préc., p. 70 ; G. SAINT-PAUL, concl. sur CE, 30 novembre 1900, *Viaud*, Rec., p. 681. Cf., par ex., CE, 15 novembre 1912, *Beaudelot*, Rec., p. 1050 ; 9 février 1955, *Commune de Joinville-le-Pont*, Rec., p. 79 ; 16 octobre 1985, *Commune de la Garenne-Colombes*, req. n° 43.192, Rec., T., p. 679, *Dr. adm.*, 1985, n° 564.

³⁸⁶⁹ Outre les références déjà citées p. 833, note 3816, voir CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Réville*, préc. ; Sect., 6 juin 1952, *Pourcher*, préc. ; 21 avril 1967, *Département de la Mayenne c/ Menon*, req. n° 69.356, Rec., p. 173 ; 14 mars 1994, *Mme Wolfrom*, req. n° 73.603, Rec., T., p. 765 (licenciement) ; 29 décembre 1995, *Kavvadias*, req. n° 129.659, Rec., p. 477, *AJDA*, 1996, n° 2, p. 115, chr., J.-H. STAHL et D. CHAUAUX, *CFP*, 1996, n° 146, p. 17, concl. V. PÉCRESSE, *Dr. adm.*, 1996, n° 2, p. 21, *RFDA*, 1996, n° 1, p. 64 (révocation pour abandon de poste) ; 4 novembre 1996, *Mlle Kerbache*, req. n° 173.691, Rec., p. 436 (licenciement d'un agent stagiaire). Seule la suppression du poste serait de nature à empêcher la réintégration rétroactive de l'agent dans le poste qu'il occupait antérieurement à son éviction illégale (CE, 15 juillet 1955, *Sieur Renteux*, Rec., p. 446 ; 22 décembre 1958, *Jouval*, Rec., T., p. 938 ; 14 octobre 1960, *Guichon*, Rec., p. 539 ; 21 octobre 1964, *Favreau*, Rec., T., p. 931).

³⁸⁷⁰ Sur le premier point, cf. CE, 14 octobre 1960, *Guichon*, préc. (détachement d'office) ; 19 juin 1981, *Taar*, req. n° 22.064, Rec., T., p. 801 ; 2 juillet 1999, *Hirsch-Marrie*, req. n° 190.474, Rec. T. p. 864 (décharge de fonctions) ; CAA Nantes, 7 mars 1996, *Mme Leonhardt*, 94NT00762 et 94NT00765, Rec., T., p. 701 (mutation d'office). Ici encore, seule la suppression du poste est de nature à empêcher la réintégration de l'intéressé dans son poste initial (CAA Nantes, 7 mars 1996, *Mme Leonhardt*, préc.). Sur le second point, cf. CE, 12 juin 1998, *Robert*, req. n° 157.776, Rec., p. 232, *AJFP*, 1999, n° 1, p. 42, *CFP*, 1998, n° 171, p. 32, concl. D. CHAUAUX, *Dr. adm.*, 1998, n° 12, p. 22, note D. CHAUAUX, *RFDA*, 1998, n° 4, p. 892 (refus de titularisation). Voir également, M. WALINE, note sous CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, in *Notes d'arrêts*, préc., p. 699.

l'emploi correspondant à son grade. Il en va ainsi lorsque, faisant suite à l'annulation de la mesure d'éviction de l'agent, l'administration peut légalement reprendre pour l'avenir une mesure identique³⁸⁷¹. De même, la réintégration effective s'avère impossible, lorsqu'elle se rapporte à une période du passé au cours de laquelle l'agent n'aurait pu être en fonctions³⁸⁷². Lors même qu'elle peut être prononcée, la réintégration de l'agent illégalement évincé n'aura, bien souvent, pas lieu au poste même qu'il avait occupé, mais simplement dans un emploi « identique » ou « équivalent »³⁸⁷³. En réalité, la réintégration matérielle semble se limiter, en pratique, aux rares exceptions dans lesquelles il est reconnu à l'agent un droit à réintégration sur son poste d'origine³⁸⁷⁴. Dans le même ordre d'idées, si l'agent est réputé, à la suite de l'annulation juridictionnelle, n'avoir jamais quitté son poste, il n'a pas pour autant droit au rappel des traitements qu'il aurait perçus s'il avait réellement poursuivi son activité. La fiction de la rétroactivité cède face aux exigences de la réalité qu'exprime la règle du service fait, laquelle « subordonne le versement d'une rémunération à l'accomplissement effectif des fonctions auxquelles elle se rapporte »³⁸⁷⁵.

La rétroactivité résultant de la reconstitution de carrière doit, par ailleurs, être compatible, sauf exceptions, avec les autres droits individuels, notamment ceux des autres membres appartenant au même corps que l'intéressé. En effet, si la chose jugée exige, compte tenu de leur imbrication, un réexamen d'ensemble des situations juridiques des fonctionnaires qui se trouveront affectées par la décision d'annulation, ce n'est que sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits définitivement acquis³⁸⁷⁶. Enfin, la rétroactivité découlant de la chose jugée ne doit pas se retourner contre l'agent

³⁸⁷¹ Soit que la mesure d'éviction, justifiée sur le fond, a été annulée en raison d'une illégalité externe (CE, 21 avril 1967, *Département de la Mayenne c/ Menon*, préc.), soit qu'au contraire elle était injustifiée et a été annulée pour ce motif, mais qu'elle peut elle-même légalement reposer sur un autre motif (CE, 20 mai 1955, *Sagols*, Rec., p. 274). Sur la question de la réintégration effective de l'agent dans son emploi, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1125, n° 1241 ; F. CROUZATIER-DURAND, thèse préc., p. 349 et s.

³⁸⁷² Soit que l'agent n'ait pas été lui-même en mesure d'exercer ses fonctions, soit que celles-ci aient pris normalement fin. Par ex., la reconstitution rétroactive pour un agent contractuel ne peut être réalisée que jusqu'à la date à laquelle le contrat est parvenu à son terme ou celle à laquelle ce dernier aurait, compte tenu des nécessités du service, cessé d'être renouvelé (CE, 1^{er} juin 1956, *Leroux*, Rec., T., p. 697 ; 15 mars 2000, *Allais*, req. n° 189.042, Rec., T., p. 1176, *Dr. adm.*, 2000, n° 5, p. 24, obs. L. TOUVET). Pour d'autres ex., cf. le cas des emplois à la discrétion du gouvernement (CE, Sect., 13 mars 1959, *Nègre*, Rec., p. 179, *AJDA*, 1959, II, p. 99 ; 18 octobre 1961, *Parmentier*, req. n° 49.658, 49.659, 51.052, 51.308, 51.309 et 53.186, Rec., p. 570 ; 24 mai 1968, *Missa*, req. n° 73.265, Rec., p. 333, *AJDA*, 1968, II, p. 643, note V. SILVERA ; 4 mai 1979, *Jugeau*, Rec., p. 287). Dans le même ordre d'idées, la reconstitution dans le passé de la carrière du fonctionnaire s'arrête à la date à laquelle le poste qu'il occupait a été supprimé (CE, 14 novembre 1952, *Bernard*, Rec., p. 514, *D.*, 1953, p. 58, concl. GUIONIN), ou au jour où ce dernier a cessé ses fonctions (CE, Sect., 11 juillet 1958, *Fontaine*, préc. : mise à la retraite d'office ; 16 juin 2000, *Fessard de Foucault*, req. n° 196.921, 199.163 et 199.164, Rec., T., p. 1077, *Gaz. Pal.*, 9 mars 2001, n° 68, p. 30, obs. P. GRAVELEAU : survenance du terme de la période du détachement) ou encore, à la date à laquelle il s'est trouvé affecté d'une incapacité physique l'empêchant de les exercer (CE, Sect., 31 décembre 1959, *Ville de Saint-Denis c/ Loubignac*, Rec., p. 727) ou atteint par la limite d'âge.

³⁸⁷³ Voir respectivement les deux arrêts de principes, CE, Sect. 16 octobre 1959, *Guille*, préc. et 10 janvier 1969, *Jarry*, req. n° 73.641, Rec., T., p. 872. Cf. également, CE, 3 janvier 1958, *Dejean*, Rec., p. 3 ; 10 novembre 1967, *Ministre de l'Éducation Nationale c/ Dlle Rabdeau*, préc. ; 14 janvier 1970, *Turck*, RDP, 1970, n° 4, p. 1073, chr. R. DRAGO ; 25 juin 1976, *Gaillard*, req. n° 94.375, Rec., T., p. 391.

³⁸⁷⁴ Cf. les arrêts cités plus haut, p. 833, note 3818. Pour un ex. concernant un agent contractuel, voir CE, 31 mai 1995, *Mme Rodriguez*, req. n° 132.639, Rec., p. 223.

³⁸⁷⁵ Cf., plus haut, p. 518, n° 654 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1139, n° 1260. La réintégration ne s'accompagne donc plus du versement du traitement mais, si le fonctionnaire en fait la demande, d'une indemnité qui, au mieux, est équivalente au traitement dont il a été privé du fait de son éviction illégale (cf. l'arrêt de principe, CE, Ass., 7 avril 1933, *Deberles*, Rec., p. 439, *GAJA*, n° 44, RDP, 1933, p. 624, note G. JÈZE, S., 1933, III, p. 68, concl. PARODI), nonobstant le droit à réparation reconnu à l'intéressé au titre d'autres préjudices découlant de l'éviction (cf., par ex., CE, 18 juillet 2008, *Stilinovic*, préc. ; 10 juin 2011, *M. Erouart et Ministre des Affaires étrangères et européenne c/ Mme Pisa*, req. n° 326.870 et 342.600, à ment. aux T. du Leb. (deux esp.), *AJDA*, 2011, n° 33, p. 1901, concl. D. BOTTEGHI). Sur la jurisprudence antérieure consacrant le système du rappel de traitement, cf. CE, 30 juillet 1920, *Servan*, Rec., p. 780 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 609 ; P. WEIL, thèse préc., p. 231.

³⁸⁷⁶ Sur le premier point, voir CE, Ass., 10 décembre 1954, *Cru et autres*, préc. Sur le second point, voir CE, 29 juillet 1932, *Association des fonctionnaires de la Marine*, Rec., p. 825 ; Sect. 4 février 1955, *Rodde*, Rec., p. 72. Cf., plus haut, p. 818, n° 1068 ; P. WEIL, thèse préc., pp. 249-250.

victime de la décision annulée. Cette limite à la fiction, tirée d'une considération de bon sens, empêche qu'une mesure défavorable à l'agent puisse être réitérée avec effet rétroactif à la date de la première mesure. S'il n'est pas interdit à l'autorité compétente de reprendre une sanction ou une mesure d'éviction à l'encontre de l'agent à la suite de l'annulation de la mesure initiale, le principe de non-rétroactivité s'oppose à ce que la nouvelle mesure puisse revêtir un tel effet. En effet, cette mesure n'étant pas nécessaire à la bonne exécution de la chose jugée, la prohibition de la rétroactivité administrative s'impose à nouveau dans toute sa rigueur³⁸⁷⁷.

1111. La jurisprudence s'est efforcée, dans la période récente de faire davantage prévaloir les exigences de la réalité sur la fiction et, ce faisant, de limiter les conséquences de la rétroactivité de la reconstitution de carrière dans ce qu'elles avaient de plus contestables. Selon la jurisprudence antérieure, la reconstitution de carrière devait être opérée en respectant les procédures prescrites par les textes en vigueur à la date d'édition de la décision annulée. En cas d'annulation d'une décision prise après la consultation obligatoire d'un organisme, il appartenait alors à l'autorité administrative de réunir à nouveau cet organisme dans la composition qui était la sienne au moment de l'intervention de la mesure annulée. Dans l'éventualité où sa composition avait été modifiée au cours de la période intermédiaire, l'organisme devait être partiellement ou entièrement recomposé en procédant, le cas échéant, au remplacement des membres qui ne pouvaient plus y siéger³⁸⁷⁸. Par son extrême rigueur, cette obligation pouvait conduire à des situations absurdes, ce qui a conduit le Conseil d'État à rompre avec la logique de la rétroactivité *constructive* et à admettre que l'administration puisse consulter l'organisme en cause dans sa composition à la date à laquelle la mesure de reconstitution de carrière est prise, à condition toutefois que cette composition offre, pour l'agent, des garanties équivalentes à la précédente³⁸⁷⁹.

Plutôt que de se pencher sur la période intermédiaire, l'autorité normative peut aussi bien se concentrer sur la réparation du droit initial, afin d'obtenir le rétablissement de la légalité au moyen de la rétroactivité.

§ 2 : Le redressement rétroactif de l'irrégularité du droit initial

1112. La rétroactivité correctrice assure également, quoique plus rarement, la purification d'un acte ou d'une situation juridique entachée d'une irrégularité. Le rétablissement de la régularité de la période intermédiaire est réalisé par l'exercice d'une action directe de *purification* sur sa source. En d'autres

³⁸⁷⁷ J. CARBAJO, thèse préc., p. 81, note 79 ; J. MASSOT, art. préc., p. 120 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 608. Sur le premier point, voir CE, Sect., 5 décembre 1930, *Sarrail*, Rec., p. 1040, *DP*, 1931, III, p. 58, concl. R. RIVET ; Sect., 24 octobre 1947, *Garçon*, Rec., p. 391 ; 20 mai 1998, *Mme Josselin*, req. n° 173.181, Rec., T., p. 1002. Sur le second point, et en particulier sur la prohibition de la rétroactivité d'une sanction disciplinaire, voir CE, 28 novembre 1924, *Jouzier*, Rec., p. 955 ; F. GAZIER, concl. sur CE, 6 juin 1952, *Pourcher*, Rec., p. 297, spéc. p. 299. Du reste, l'édition d'une sanction fictive et rétroactive ne pourrait, du point de vue du droit disciplinaire, offrir les garanties nécessaires à sa licéité (cf., en ce sens, CE, 3 mars 1933, *Allilaire*, préc.). Voir également, concernant cette fois une nouvelle mesure d'éviction, CE, Sect., 13 mars 1959, *Nègre*, préc. ; Sect., 27 mai 1977, *Loscos*, req. n° 93.920, Rec., p. 248 ; 9 octobre 1991, *Pinel*, req. n° 85.454 ; 27 octobre 2010, *Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, req. n° 316.578, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2010, n° 37, p. 2078). La rétroactivité de la nouvelle mesure d'éviction n'est légale que si le fonctionnaire a épuisé ses droits au maintien dans la fonction publique (CE, 8 février 1984, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Morvan*, req. n° 43.091, Rec., T., p. 658).

³⁸⁷⁸ Sur l'ensemble de ces points, voir CE, Sect., 11 juillet 1958, *Fontaine*, préc. ; Sect., 13 juillet 1965, *Ministre des Postes et Télécommunications c/ Merklings*, préc. ; 27 avril 1984, *Margail*, préc. ; 24 juin 1991, *Pillet*, préc.

³⁸⁷⁹ CE, Sect., 14 février 1997, *Colonna*, req. n° 111.648, Rec., p. 38, chr. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, préc., *Dr. adm.*, 1997, comm. 176, p. 22, note M. CÉOARA, *RDP*, 1997, n° 5, p. 1449, concl. V. PÉCRESSÉ, *RFDA*, 1997, p. 428.

termes, c'est par l'effacement rétroactif de l'illégalité entachant un acte ou une situation juridique initiale que la correction positive de l'ordonnement juridique pour la période intermédiaire est obtenue. La violation de la règle de droit fait l'objet d'une *rectification* par un acte subséquent. Le rétablissement de la légalité est ainsi assuré par la réparation de la situation ou de l'acte irrégulier, tant pour le passé que pour l'avenir.

Ce résultat peut être atteint de deux façons différentes au moyen de la rétroactivité. Dans une première situation, c'est l'acte lui-même qui est l'objet de la correction. L'acte irrégulier n'est pas seulement maintenu dans l'ordonnement juridique, il est rendu légal *ab initio*. Purgé du vice qui aurait dû entraîner son annihilation, l'acte initial est à nouveau conforme au principe du respect du droit. Du fait de la rétroactivité de la correction, il est même réputé l'avoir toujours été. Il ne s'agit donc pas ici de substituer un acte légal à un acte illégal, mais plutôt de faire succéder un état d'illégalité et un état de légalité d'un même acte, de telle sorte que ce dernier soit regardé comme ayant été en accord avec la règle de droit dès le départ (I). Dans une seconde situation, c'est la situation juridique qui est visée. L'acte qui l'a fait naître de façon irrégulière est délaissé pour être remplacé rétroactivement par un acte nouveau et exempt du vice reproché au premier. Contrairement au cas précédent, cette opération implique de substituer au fondement illégal de la situation juridique un fondement légal³⁸⁸⁰ (II).

Quelle que soit la forme qu'adopte cette purification, le résultat obtenu sera le renouvellement dans leur légalité des effets produits au cours de la période intermédiaire. De la même manière que précédemment, le droit appliqué au cours de cette période se retrouve, à la suite de l'opération de correction, dans un état de « non-contrariété » avec la règle qui a été méconnue à l'origine. L'opération de *redressement* de l'irrégularité du droit initial a pour conséquence de faire disparaître la période d'illégalité qui a prospéré entre le moment de l'édiction de l'acte vicié ou de la naissance de la situation illégale et le moment où la correction positive de l'un ou de l'autre est intervenue.

En permettant la purification *ab initio* de la source de l'illégalité, la rétroactivité correctrice rétablit l'ordonnement juridique dans un état de légalité qu'il n'aurait jamais dû quitter. Dès lors que les effets qui en sont découlés au cours de la période intermédiaire sont eux-mêmes redevenus légaux, on peut même ajouter que l'ordre juridique se trouve dans l'état qui devrait être actuellement le sien si l'exigence du respect du droit avait été respectée dès le départ.

I – LA CORRECTION RETROACTIVE DE L'ILLEGALITE DE L'ACTE INITIAL

1113. La correction positive de la régularité de la période intermédiaire au moyen de la rétroactivité peut être directement obtenue par la correction de l'illégalité d'un acte juridique antérieur, c'est-à-dire du vice dont il est entaché. Cette opération correspond à la technique de la confirmation, lorsqu'elle adopte la forme d'une régularisation³⁸⁸¹.

Dans sa forme la plus pure, la régularisation consiste en une correction directe et positive d'un vice préexistant³⁸⁸². L'acte juridique irrégulier est rétroactivement « purifié » par un acte correcteur, de telle façon à ce que le vice dont il était jusque-là entaché disparaisse *ab initio*. À l'issue de cette

³⁸⁸⁰ Sur la distinction entre correction du vice entachant un acte juridique et réfection de la légalité d'une situation juridique, voir plus haut, p. 207, n° 271. Voir également, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 253, n° 251 ; J.-M. WOEHLING, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », *RFAP*, 2004, n° 111, p. 533, spéc. p. 536 et p. 542.

³⁸⁸¹ Sur ce point, voir p. 94, n° 136.

³⁸⁸² J.-J. ISRAEL, *La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 138, 1981, p. 20. Voir, dans le même sens, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 244, n° 241.

opération, l'acte juridique est redevenu légal et, en tant que tel, continue de faire partie de l'ordonnement juridique. En d'autres termes, un même acte juridique passe d'un état de contrariété à la règle de droit applicable à un état de « non-contrariété » avec elle et ce, pour le passé comme pour l'avenir. La rétroactivité joue donc à un double niveau. D'un côté, elle fait regarder l'acte juridique comme ayant été régulier dès son édicton, ainsi que pour toute la période durant laquelle son irrégularité a sévi. De l'autre et corrélativement, les effets que l'acte corrigé a pu développer au cours de cette même période sont renouvelés dans leur légalité. En autorisant la purification de l'acte initial, la rétroactivité réalise celle des effets que celui-ci a produits au cours de la période intermédiaire.

1114. Telle qu'elle se présente, cet aspect de la fonction correctrice de la rétroactivité ne se rencontre pas fréquemment en pratique, en raison notamment des nombreuses difficultés que l'opération de régularisation *stricto sensu* suscite. D'une part, la rétroactivité ne permet que le retraitement juridique du passé au présent. Elle ne peut donc faire, par exemple, qu'une formalité substantielle ait matériellement été accomplie ou qu'une obligation de consultation d'un organisme ait été satisfaite au cours de la procédure d'édiction de l'acte irrégulier. De même, si l'organisme consultatif était lui-même irrégulièrement composé, la correction d'un tel vice paraît impossible à réaliser³⁸⁸³, sauf à recourir à une fiction. D'autre part, l'auteur de l'acte irrégulier n'est pas lui-même toujours en mesure de recourir à la rétroactivité pour procéder à la correction d'un vice préexistant. Tel est le cas de l'autorité administrative, à laquelle il est fait interdiction par la règle de non-rétroactivité d'effectuer unilatéralement une telle opération³⁸⁸⁴.

En effet, le législateur privilégié, de son côté, d'autres moyens que la correction rétroactive de l'acte juridique irrégulier pour obtenir le maintien dans l'ordonnement juridique des effets qu'il a produits au cours de la période intermédiaire. Tantôt il décide de reprendre l'acte irrégulier à son compte. Tantôt le législateur se contente de « cristalliser » les effets que l'acte a antérieurement développés³⁸⁸⁵. En revanche, il ne semble pas que le législateur ait agi directement sur le contenu d'un acte juridique irrégulier préexistant en vue de le purger du vice dont il se trouvait affecté³⁸⁸⁶. Tout au plus peut-on envisager un procédé plus indirect par lequel le législateur parvient à un résultat équivalent. La correction du vice entachant une décision administrative peut, en effet, résulter d'une validation législative par habilitation. Dans ce cas de figure, le législateur vient autoriser *a posteriori* la rétroactivité d'une décision administrative antérieure, que son auteur a prescrite en violation de la règle

³⁸⁸³ Telles étaient, par exemple, les circonstances de l'affaire bien connue des recalculés de l'assurance-chômage (cf. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, req. n° 255.886, Rec., p. 197, *GAJA* n° 112, *AJDA*, 2004, p. 1049, note J.-C. BONICHOT, n° 22, p. 1183, chr. C. LANDAIS et F. LENICA et p. 1219, étude F. BERGUIN, *D.*, 2004, n° 23, p. 1603, obs. B. MATHIEU, *Dr. adm.*, 2004, n° 7, p. 26, note M. LOMBARD et n° 8-9, p. 8, étude O. DUBOS et F. MELLERAY, *Dr. soc.*, 2004, n° 7-8, p. 766, étude X. PRÉTOT, *JCP A*, 2004, n° 52, p. 1826 et *JCP G*, 2004, II, 10189, note J. BIGOT, *LPA*, 17 novembre 2004, n° 230, p. 14, note P. MONTFORT, 4 février 2005, n° 25, p. 6, note F. CROUZATIER-DURAND et 5 août 2005, n° 155, p. 7, note J. GUEZ, *RDP*, 2005, n° 2, p. 536, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2004, n° 4, p. 438, note J.-H. STAHL et A. COURRÈGES et p. 454, concl. C. DEVYS, *RRJ*, 2005, n° 2, p. 821, étude A. MET-DOMESTICI). Pour d'autres ex., voir, en matière contractuelle, J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 271 et s. n° 272 et s.

³⁸⁸⁴ Sur ce point, voir p. 205, n° 270.

³⁸⁸⁵ Dans le premier cas, il s'agit d'une ratification législative, dont on verra qu'elle peut aboutir à la réfection rétroactive de la situation juridique issue de l'acte validé. Dans le second cas, il s'agit d'une validation *stricto sensu*, laquelle consiste en une neutralisation de l'illégalité. Sur ces questions, cf. pp. 102-103, n° 147-148.

³⁸⁸⁶ Les inventaires établis par la doctrine de la pratique des validations législatives ne font aucunement mention d'une telle hypothèse, voire l'excluent par principe (cf., respectivement, B. MATHIEU, thèse préc., p. 78 ; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 39, 2003, p. 80).

de non-rétroactivité. La rétroactivité de l'habilitation législative n'a alors pas seulement pour effet de couvrir l'illégalité de la décision administrative, elle entraîne, de surcroît, la disparition du vice de rétroactivité dont celle-ci était jusque-là entachée. Le plus souvent, c'est en précisant que l'acte rétroactif prend effet à la date qu'il avait lui-même prévu que le législateur parvient à un tel résultat³⁸⁸⁷.

Toutefois, la disparition rétroactive de l'illégalité n'est pas ici la conséquence d'une correction positive de l'acte administratif, opérée directement et *a posteriori* par le législateur. Il n'en reste pas moins que, par ce biais, la légalité de la décision est bien renouvelée *ab initio*, ce qui autorise son maintien dans l'ordonnement juridique. Ainsi, l'acte initial est bien passé d'un état initial de contrariété à la règle de droit à un état de non-contrariété avec elle et ce, pour l'ensemble de la période intermédiaire.

Du côté de l'autorité administrative, si la possibilité de corriger rétroactivement un vice affectant un acte unilatéral est exclue, on peut raisonnablement estimer qu'il en va différemment en matière contractuelle. Il semble admissible, en théorie, que les parties à un contrat administratif puissent, d'un commun accord, procéder à la correction positive et directe d'un vice préexistant. Cependant, ce cas de figure relève, pour l'heure, plutôt de l'hypothèse d'école (A).

Quant au juge, il paraît plus naturel, eu égard à l'office qui est le sien, qu'il soit amené à redresser la légalité d'un acte édicté antérieurement à son intervention, au besoin en modifiant directement son contenu. De fait, la fonction de la rétroactivité ici envisagée correspond bien à l'un des aspects de la réformation juridictionnelle (B).

A/ La correction rétroactive du contrat vicié

1115. La correction rétroactive du vice entachant l'acte juridique irrégulier préexistant peut d'abord être envisagée en matière contractuelle. Dans cette hypothèse, l'acte contractuel fait l'objet d'une confirmation par consentement mutuel des parties, Il s'agit pour ces dernières de manifester leur volonté de « réparer » l'acte initial vicié³⁸⁸⁸. L'objectif poursuivi est alors le maintien à la fois de l'acte initial et des effets qu'il a produits, tant pour le passé que pour l'avenir. Ce résultat est obtenu par un nouvel accord de volontés auquel les parties confèrent un effet rétroactif. Comme on le sait, il n'est pas interdit aux parties, dans le cadre de leur liberté contractuelle, de stipuler pour le passé, à la condition toutefois que soient respectés les droits des tiers et sous réserve des textes d'ordre public qui restreignent ou empêchent l'emploi de la rétroactivité. À l'issue de cette opération, le vice entachant l'engagement initial disparaît *ab initio*. Les effets qu'a entraînés l'exécution du contrat vicié pour l'ensemble de la période déjà écoulee sont retraités au moyen de la rétroactivité, de telle manière à ce qu'ils se retrouvent désormais en situation de conformité avec la règle de droit. C'est dire que la rétroactivité de la

³⁸⁸⁷ Sur cette idée, voir B. MATHIEU, thèse préc., p. 74 ; J. PETIT, thèse préc., p. 267, n° 554. Pour des ex., cf., notamment, CE, 28 avril 1947, *Fédération des syndicats agricoles d'exploitants de Seine-et-Marne*, Rec., p. 136 ; 27 mai 1949, *Martin*, Rec., p. 242 ; 8 mars 1950, *Litaudon*, Rec., p. 147 ; 25 octobre 1950, *Sieur Forestier*, Rec., p. 514 ; 7 juillet 1954, *Sieur Boussac et syndicat des éleveurs de pur-sang*, Rec., p. 424 ; 5 janvier 1972, *Sieur Charre et sieur Tong Viet Linh*, req. n° 70.158 et 70.175, Rec., p. 1. Voir également, H. SAVOIE, concl. sur CE, Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, req. n° 138.777, 147.424 et 147.425, Rec., p. 30, *CJEG*, 1998, n° 545, p. 283, spéc. pp. 285-286.

³⁸⁸⁸ Sur cette question, voir, plus haut, p. 248, n° 315 ; J.-F. LAFIX, thèse préc., p. 258, n° 256.

confirmation emporte la régularisation du contrat et de ses effets pour l'ensemble de la période intermédiaire.

Bien qu'elle soit possible en théorie, la correction rétroactive des vices entachant le contrat initial par les parties elles-mêmes couvre un domaine, somme toute, modeste en pratique. La réparation rétroactive du contrat ne peut avoir lieu que si les droits des tiers sont préservés, ce qui exclut de son champ les vices touchant au consentement de la personne publique, ainsi que plus largement ceux liés à la procédure de passation. La rétroactivité correctrice ne concernerait donc *a priori* que les vices entachant le contrat lui-même. Seulement, il faut encore que le vice en cause soit susceptible d'être réparé, ce qui n'est pas toujours le cas. En tout état de cause, la réparation rétroactive du contrat ne saurait concerner les vices tenant à l'objet ou à la cause du contrat administratif³⁸⁸⁹, à la différence d'autres vices tels que, par exemple, l'omission d'une clause obligatoire.

B/ La correction rétroactive de l'acte administratif irrégulier

1116. C'est dans l'exercice du pouvoir de réformation juridictionnelle, détenu par le juge de plein contentieux sur les décisions administratives contestées devant lui, que la modification directe et rétroactive du contenu de l'acte juridique irrégulier peut être envisagée dans une perspective de rétablissement du respect de la légalité³⁸⁹⁰.

Plutôt que de prononcer l'annulation pure et simple de la décision dont il a établi qu'elle est contraire à la règle de droit, le juge de plein contentieux va en redresser directement la légalité, en apportant les modifications nécessaires à son dispositif. Ainsi corrigée, la décision est purgée *ab initio* du vice qui lui était reproché. Non seulement la décision redressée par le juge est maintenue dans l'ordonnement juridique et son exécution peut être poursuivie, mais les effets qu'elle a développés antérieurement bénéficient d'un fondement renouvelé dans sa légalité et ce, pour toute la période intermédiaire. En d'autres termes, la rétroactivité de la réformation juridictionnelle permet de retraiter les effets produits par l'acte irrégulier pour l'ensemble de la période allant de son édicton à l'intervention du juge, de telle manière à ce que ces mêmes effets soient réputés avoir, dès le départ, reposé sur une base légale. Il s'ensuit que l'acte juridique réformé, ainsi que l'ensemble de ses effets, doivent désormais être regardés comme ayant toujours été conformes au principe du respect du droit. Un exemple permettra d'illustrer ce point.

En matière de police spéciale de l'eau, le juge administratif peut aggraver ou compléter les prescriptions des autorisations d'exploitation d'ouvrages construits dans le lit de cours d'eau ou substituer aux règles fixées par l'autorité de police d'autres prescriptions techniques de nature à assurer la préservation de l'environnement. Dans une affaire relative à la modification en 2002 par le préfet d'une autorisation d'exploitation d'une microcentrale hydroélectrique délivrée en 1967, les requérants demandaient, à titre principal, au Conseil d'État sa réformation et, à titre subsidiaire, son annulation, au motif que la mesure de police imposait un débit réservé d'eau excessif. Après avoir établi qu'un débit moins important était suffisant pour assurer le respect de la réglementation applicable, tout en ne portant

³⁸⁸⁹ Elles sont de celles qui entraînent l'annulation rétroactive du contrat devant le juge administratif (cf. E. GLASER, concl. sur CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., pp. 148-149). Sur cette question, voir L. GROS, « La rétroactivité du contrat public », *BJDCP*, 2002, n° 23, p. 259, spéc. p. 262 ; J.-F. LAFALX, thèse préc., p. 271 et s., n° 271 et s., spéc. p. 303, n° 316 ; F. LLORENS, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », *CJEG*, 2002, n° 592, p. 571, spéc. p. 579.

³⁸⁹⁰ Sur cette question, voir p. 290 et s., n° 378 et s.

pas atteinte à l'environnement, le Conseil d'État a directement modifié le dispositif de l'arrêté attaqué. Ainsi, plutôt que de prononcer l'annulation rétroactive de la mesure de police, dont il venait de constater le caractère disproportionné et donc illégal, la haute juridiction administrative a préféré la maintenir dans l'ordonnancement juridique en substituant aux prescriptions initiales de nouvelles prescriptions moins contraignantes³⁸⁹¹. À l'issue de cette opération, l'arrêté litigieux, édicté et contesté en 2002, a vu sa légalité redressée par le juge en 2004, avec comme conséquence la disparition de la période d'illégalité ayant sévi entre ces deux moments. Il convient de rappeler que, comme on l'a dit, il ne s'agit ici que de reconstruire, au plan juridique, la légalité de la période intermédiaire. En tout état de cause, cette opération reste sans incidence sur l'exécution matérielle qu'a reçue la décision en cause au cours de cette même période³⁸⁹².

Le redressement de l'irrégularité du droit initial ne passe pas toujours par la correction de la source de l'illégalité avec effet rétroactif. Un même résultat peut être obtenu, de manière indirecte, en conférant rétroactivement une nouvelle base légale à la situation juridique préexistante. C'est dire que la fonction correctrice de la rétroactivité porte sur la situation juridique elle-même par préférence à l'acte sous l'empire duquel elle s'est irrégulièrement constituée.

II – LA REFECTION RETROACTIVE DE LA LEGALITE DE LA SITUATION JURIDIQUE INITIALE

1117. La correction positive de la régularité de la période intermédiaire au moyen de la rétroactivité peut également être indirectement obtenue par la réfection de la légalité de la situation juridique initiale. Contrairement à la situation précédente, il ne s'agit plus de corriger directement le vice entachant un acte juridique, mais d'offrir une nouvelle source de légalité à une situation juridique préexistante. Ce résultat est obtenu par l'édition d'un acte, ayant un contenu identique ou différent de celui de l'acte sur le fondement duquel la situation en cause s'est édifiée, mais purgé du vice dont celui-ci était entaché. L'acte irrégulier est délaissé au profit d'un acte régulier doté d'un effet rétroactif. Le résultat obtenu au moyen de cette rétroactivité est que la situation juridique est pleinement renouvelée dans sa légalité³⁸⁹³ et ce, *ab initio*. Bénéficiant d'un nouveau fondement légal, les effets survenus au cours de la période intermédiaire se trouvent à nouveau en pleine conformité avec l'exigence du respect du droit. Cette fonction de réfection de la rétroactivité correspond, notamment, à l'un des aspects de la technique de confirmation en droit public positif, dont les autorités publiques connaissent chacune, quoiqu'à des degrés divers.

C'est par l'adoption d'une loi confirmative que le législateur est principalement amené à opérer le redressement rétroactif de la légalité d'une situation juridique préexistante (A). Pour l'autorité administrative, la réfection rétroactive des situations juridiques est, en principe, prohibée, sauf texte contraire ou tempérament jurisprudentiel à la règle de non-rétroactivité. La situation est différente en matière contractuelle, les parties au contrat administratif disposant de la faculté d'opérer, par un nouvel

³⁸⁹¹ CE, 31 mars 2004, *Époux Gaston*, req. n° 250.378, Rec., T., p. 808, *Dr. rur.*, févr. 2005, p. 48, note X. LARROUY-CASTERA, *JCP A*, 2004, n° 27, p. 910, note P. BILLET. Pour d'autres ex., cf. CE, 27 mai 1988, *Société industrielle armoricaine de légumes (SIALE)*, req. n° 57.894, Rec., p. 221, *Dr. adm.*, 1988, n° 381 ; et du même jour, *Comité de défense du site de Kervoazou*, req. n° 66.490 et 66.575, Rec., p. 222.

³⁸⁹² Sur ce point, voir, plus haut, Sur cette question, voir p. 295, n° 381.

³⁸⁹³ Sur cette idée, comp. J.-J. ISRAEL, thèse préc. p. 18 et p. 144 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 253, n° 252.

accord de volontés la réfection de la situation juridique contractuelle (B). La réfection rétroactive s'inscrit enfin dans le cadre du pouvoir de réformation que détient le juge à l'égard des actes soumis à son appréciation (C)

A/ La réfection rétroactive résultant de la loi confirmative

1118. Deux procédés de rétroactivité auxquels le législateur a recours permettent de réaliser le redressement de la légalité d'une situation juridique préexistante au moyen de la rétroactivité, respectivement la ratification et la validation.

1119. D'abord, le législateur peut réaliser la réfection rétroactive d'une situation juridique en ratifiant l'acte dont celle-ci émane dans le cadre d'une procédure organisée par un texte. Comme on l'a vu plus tôt, la ratification consiste pour son auteur à se réapproprier un acte préexistant. Cette opération implique une transformation de la nature et de la force juridique de l'acte ratifié, dès lors que son contenu, ainsi que ses effets, sont réputés être le fruit de la volonté de l'auteur de la ratification³⁸⁹⁴. Par suite, il faut considérer que l'acte ratifié, sous sa forme initiale, disparaît pour en emprunter une nouvelle. C'est une véritable *transmutation*³⁸⁹⁵ de l'acte initial qui est ici opérée au moyen de la rétroactivité. Les effets qu'a pu produire l'acte ratifié au cours de la période intermédiaire, courant de son édicition à sa ratification, sont retraités de telle manière à les faire coïncider avec sa nouvelle valeur juridique. Ainsi, la rétroactivité correctrice affecte principalement la situation juridique, par préférence à l'acte lui-même.

La ratification rétroactive opérée par le législateur aboutit à la réfection de la légalité d'une situation juridique préexistante chaque fois que l'illégalité, dont cette dernière était jusque-là affectée, disparaît du seul fait de l'intervention de la loi de ratification. Pour reprendre l'exemple des ordonnances édictées sur le fondement de l'article 38 de la Constitution de 1958, il y a réfection rétroactive dans les cas où l'exécutif aurait outrepassé les limites de l'habilitation législative³⁸⁹⁶. En effet, faute d'entrer dans le champ de l'autorisation initialement accordée, de telles dispositions empiètent sur le domaine réservé à la loi. En les reprenant à son compte, le législateur corrige l'illégalité tirée de l'incompétence de l'auteur de l'ordonnance. La rétroactivité attachée à la ratification permet alors de considérer que le législateur a, dès l'origine, manifesté sa volonté d'édicter la règle relevant du domaine de l'article 34 de la Constitution.

1120. Ensuite, la réfection rétroactive de la situation juridique peut être obtenue par le prononcé d'une validation législative. On doit distinguer ici une hypothèse proche de la précédente, la validation équivalant à une ratification de celle dans laquelle la validation est réalisée au moyen d'une habilitation législative.

³⁸⁹⁴ Sur l'ensemble de ces points, voir, plus haut, p. 107, n° 154. Voir également, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 131, n° 183 ; A. KOHL, art. préc., p. 272 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 331, n° 346 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 57 ; D. RENDERS, thèse préc., p. 198 et 206.

³⁸⁹⁵ Sur cette idée, voir C. BOYER-MÉRENTIER, thèse préc., p. 228 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., p. 671, n° 854-3°.

³⁸⁹⁶ C.Const., déc. n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, cons. 25, Rec., p. 211, *AJJC*, 2004, p. 657, chr. É. BRUCE et C. SEVERINO, *LPA*, 20 décembre 2004, n° 253, p. 6, note J.-É. SCHOETTL et 15 décembre 2005, n° 249, p. 4, chr. L. JANICOT. Voir également, J. GEORGEL, *J.-Cl. adm.*, fasc. 30, 2006, p. 6, n° 41.

Comme on l'a vu plus haut, la validation prend parfois la forme d'une ratification. Tel est le cas lorsque le législateur ratifie un acte juridique préexistant en dehors des procédures de ratification prévues par les textes. La validation par ratification signifie que le législateur entend substituer à l'acte administratif irrégulier un acte législatif au contenu identique, ce qui a pour conséquence de soustraire au contrôle juridictionnel la situation illégalement créée. Or, conférer directement une valeur législative à l'acte irrégulier peut parfois suffire à *purifier* rétroactivement la situation en cause pour la période intermédiaire. Un tel résultat peut être obtenu dans les cas où le législateur intervient pour régulariser l'incompétence initiale du pouvoir réglementaire à édicter une disposition relevant du domaine de la loi³⁸⁹⁷. En matière de codification administrative, il a pu arriver que l'exécutif procède, de son propre chef, à des modifications de fond sur la partie législative du code. La validation par ratification prononcée ultérieurement par le législateur aura pour conséquence d'effacer *ab initio* l'empiètement imprévu sur le domaine de la loi. Une fois le décret de codification de fond ratifié *a posteriori* par le Parlement, les effets qu'il a pu développer au cours de la période intermédiaire sont renouvelés dans leur légalité³⁸⁹⁸.

La réfection rétroactive d'une situation juridique illégale par le législateur ne se limite pas à la régulation des compétences normatives. En reprenant à son compte un acte administratif irrégulier, le législateur l'affranchit dans le même temps du respect de certaines règles liées à son ancienne condition. Par exemple, si le vice entachant l'acte administratif initial consistait en une méconnaissance d'un principe général du droit ou d'une règle de forme ou de procédure³⁸⁹⁹, l'acquisition de la valeur législative par le jeu de la ratification purge du même coup la situation juridique de son illégalité.

La validation législative étant un phénomène polymorphe, la réfection rétroactive de la situation juridique peut également être réalisée au moyen d'une loi d'habilitation³⁹⁰⁰. Il en va ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où l'autorité administrative aurait transgressé la règle de non-rétroactivité. Le législateur intervient alors pour habiliter l'autorité administrative à édicter une décision ayant vocation à se substituer entièrement à une première décision entachée du vice de rétroactivité. En d'autres termes, le législateur autorise l'autorité administrative à remplacer rétroactivement un acte régulier à un acte irrégulier, ce qui a pour conséquence de donner, *ab initio*, un nouveau fondement à la situation juridique concernée.

Qu'elle que soit la forme que revêt la loi de validation, le résultat obtenu est identique. La loi n'étant pas elle-même soumise aux différentes règles évoquées, le vice qui entachait antérieurement l'acte validé disparaîtra *ab initio* à la faveur de l'édiction d'un nouvel acte³⁹⁰¹. Il en résulte qu'à l'issue

³⁸⁹⁷ Cf., en ce sens, L. HAMON et J. VAUDIAUX, « Validation législative des mesures administratives illégales », *RDP*, 1968, n° 2, p. 368 ; B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente », *RFDA*, 1995, n° 4, pp. 780, spéc. p. 786.

³⁸⁹⁸ Sur ce point, voir, CE, 21 mars 1960, *Ministre des Finances c/ Société conserverie coopérative agricole Picarde*, req. n° 41.105, Rec., p. 211 Voir également, B. MATHIEU, thèse préc., p. 65 ; D. RENDERS, thèse préc., p. 227 ; R. SAVATIER, note sous Cass. Soc., 13 juin 1963, *Jaubert c/ Dame de la Hamayde*, *JCP G*, 1964, II, 13601. Pour d'autres ex., cf., plus haut, p. 113, n° 160.

³⁸⁹⁹ Cf., par ex., CE, 20 novembre 1974, *Union nationale de la propriété immobilière et autres c/ SCI du 4, avenue de Clichy*, req. n° 88.407 et 88.507, Rec., p. 569 ; C.Const., déc. n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, cons. 31, Rec., p. 88, *D.*, 1984, IR, p. 472, obs. L. HAMON, *Pouvoirs*, 1983, n° 25, p. 199, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Rev. adm.*, 1983, p. 142, note M. DE VILLIERS, *RDP*, 1983, n° 2, p. 366, chr. L. FAVOREU.

³⁹⁰⁰ Sur cette question, cf., plus haut, p. 103, n° 147. Voir également, B. MATHIEU, thèse préc., p. 39 et s., spéc. p. 41 ; J. PETIT, thèse préc., p. 266, n° 254 ; D. RENDERS, thèse préc., p. 139.

³⁹⁰¹ Voir, en ce sens, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. I, p. 132, n° 79 ; J. CARBAJO, thèse préc., p. 77 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 685 ; G. GEST, « L'application de la loi fiscale dans le temps : les différentes formes de la rétroactivité », préc., p. 10 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 324, n° 338 ; D. RENDERS, thèse préc., pp. 75-76 ; J. TUROT, art. préc.,

du retraitement des effets du passé que réalise la rétroactivité, la situation juridique sera, pour la période intermédiaire, à nouveau en situation de conformité avec le principe du respect du droit.

B/ La réfection rétroactive opérée par l'autorité administrative

1121. Pour l'autorité administrative, la réfection rétroactive des situations juridiques est, en principe, prohibée, sauf texte contraire ou tempérament jurisprudentiel à la règle de non-rétroactivité³⁹⁰². C'est donc à partir de ces deux hypothèses que l'on raisonnera principalement s'agissant des actes administratifs unilatéraux. La situation est différente en matière contractuelle, les parties au contrat administratif n'étant pas soumises au principe de non-rétroactivité. Il leur est donc loisible de procéder à la réfection rétroactive de la situation juridique contractuelle en adoptant un nouvel accord de volonté. Néanmoins, cette faculté demeure, à l'heure actuelle, hypothétique.

1122. En matière d'actes administratifs unilatéraux, cet aspect de la fonction de correction de la rétroactivité se manifeste, en premier lieu, en présence d'un texte conférant un pouvoir de réformation à l'autorité administrative. Cette dernière sera alors en mesure de redresser, avec effet rétroactif, les irrégularités affectant une décision antérieure ou une situation juridique préexistante.

1123. D'abord, l'autorité administrative peut user de la rétroactivité correctrice en vue de rendre à nouveau conforme à la règle de droit une situation juridique antérieurement formée. C'est principalement dans l'exercice du droit de reprise qui lui est reconnu par les dispositions de l'article L. 168 du Livre des procédures fiscales que l'administration est amenée à redresser directement et rétroactivement la légalité de la situation du contribuable. En contrepartie de la collaboration de ce dernier à la détermination du montant de l'impôt, l'autorité administrative dispose d'un pouvoir de rectification des éléments présentés dans la déclaration faite par lui, en cas de non-respect de la loi fiscale. Il s'agit alors de corriger les commissions, insuffisances ou inexactitudes commises à l'occasion de la détermination de la matière imposable par le contribuable lui-même³⁹⁰³. L'autorité de contrôle va alors modifier d'autorité la situation juridique du contribuable, de telle manière à la remettre en conformité avec la règle de droit. À l'issue de l'opération de redressement, la situation fiscale correspond à ce qu'elle aurait dû être si la règle méconnue avait été respectée *ab initio*.

Il en résulte que le contribuable est réputé avoir été redevable du rehaussement d'impôt, non pas à la date de l'émission du nouvel acte d'imposition, mais à compter de la date de la déclaration irrégulière et pour toute la durée de la période intermédiaire. C'est ainsi qu'aux compléments d'impôt dûs par le contribuable s'ajoutent des pénalités et intérêts de retard, dont le montant tient compte de la durée écoulée entre la déclaration erronée et sa rectification. Cela signifie que le contribuable est regardé comme ayant tardé à s'acquitter de sa dette fiscale dans son montant rectifié ou comme n'ayant procédé qu'à un paiement partiel de l'imposition révisée.

p. 655. Pour une position contraire, cf. J.-J. ISRAËL, thèse préc., p. 12 : en raison de la définition étroite qu'il retient de la notion, l'auteur estime que la disparition du vice n'équivaut pas à une régularisation, dès lors que le vice de légalité dont est entaché l'acte administratif n'est pas directement corrigé.

³⁹⁰² Cf., plus haut, pp. 205-208, n° 270-272.

³⁹⁰³ A. BERTRAND, thèse préc., p. 387 ; J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *op. cit.*, p. 47, n° 48 ; M. COLLET, *op. cit.*, p. 129, n° 229.

1124. Ensuite, l'autorité statuant sur un recours administratif spécial dispose d'un pouvoir de réformation lui permettant de substituer rétroactivement sa propre décision à celle de l'autorité contrôlée, tant pour des motifs de légalité qu'en pure opportunité³⁹⁰⁴. Cela signifie qu'au moment où elle statue, l'autorité de contrôle peut être éventuellement amenée à purger les vices qui entachent la décision contestée devant elle. Sa décision se substituant rétroactivement à la décision initiale, l'irrégularité est donc effacée *ab initio*. À l'issue de l'opération de réfection, la situation juridique née sous l'empire de l'acte irrégulier trouve un nouveau fondement dans l'acte édicté par l'autorité de contrôle. La rétroactivité qui est attachée à la substitution permet de retraiter les effets produits par l'acte irrégulier pour l'ensemble de la période intermédiaire, allant de l'édition de celui-ci à la prise de décision par l'autorité de contrôle. Il s'ensuit que la situation juridique doit désormais être regardée comme ayant toujours été conforme au principe du respect du droit.

Néanmoins, l'opération de réfection de la situation préexistante que la rétroactivité permet à l'autorité agissant sur recours administratif spécial de réaliser connaît une limite naturelle dans les exigences de la réalité. La rétroactivité est, en effet, impuissante à faire qu'une formalité substantielle qui n'a pas été accomplie par l'autorité contrôlée soit réputée l'avoir été *a posteriori*. Ainsi, l'autorité de contrôle ne peut purger rétroactivement la décision initiale de ses vices, dans le cas où celle-ci est intervenue au terme d'une procédure irrégulière. Il ne peut en aller différemment que lorsque la procédure suivie devant l'autorité de contrôle présente des garanties équivalentes à celle qui aurait dû être suivie à l'occasion de la prise de décision initiale³⁹⁰⁵.

En tout état de cause, la fonction de réfection que remplit la rétroactivité à l'occasion de la mise en œuvre du pouvoir de réformation dont dispose l'autorité de contrôle intervenant sur recours administratif spécial se limite aux cas dans lesquels l'autorité de contrôle réforme, pour un motif de légalité, la décision soumise à son appréciation. Dès lors que cette autorité peut statuer en pure opportunité, la fonction ici jouée par la rétroactivité apparaît quelque peu secondaire par rapport à l'objectif principal qui, comme on l'a vu plus haut, est de permettre à l'Administration de prendre la « bonne décision »³⁹⁰⁶, et non pas simplement une décision conforme à la règle de droit.

Il convient d'écartier une objection qui pourrait être opposée à cette manière de concevoir le pouvoir administratif de réformation. Dans ce cadre, l'autorité de contrôle peut adopter une décision ayant un contenu différent de la précédente et l'on pourrait considérer qu'il n'y a pas réfection de la situation juridique préexistante, mais création d'une situation entièrement nouvelle. Toutefois, il faut considérer que cet élément de différenciation par rapport aux situations précédentes reste relativement indifférent du point de vue de la fonction de correction assurée par la rétroactivité. Le redressement de la légalité d'une situation juridique ne commande pas nécessairement une identité de contenu entre les décisions qui en constituent successivement le support. Ce qui importe, c'est qu'à l'issue de l'opération de substitution réalisée par l'autorité de contrôle, le respect de la règle de droit soit rétabli *ab initio*. Ainsi, que la décision réformée ait été fondée dans son principe, mais non dans ses modalités, ce qui peut conduire à l'édition d'une décision allant dans le même sens, ou qu'elle ait été infondée dans son principe, ce qui peut aboutir à l'intervention d'une décision allant en sens opposé, il suffit que la

³⁹⁰⁴ Cf., plus haut, p. 189, n° 247.

³⁹⁰⁵ Voir, en dernier lieu, CE, Sect., 18 novembre 2005, *Houlbreque*, req. n° 270.075, Rec., p. 513, concl. D. CASAS, *GACA* n° 42, *AJDA*, 2005, n° 44, p. 2453, chr. C. LANDAIS et F. LENICA, *RDP*, 2006, n° 2, p. 520, chr. C. GUETTIER, *RFDA*, 2006, n° 1, p. 192, note P. TERNEYRE et n° 3, p. 543, note T.-X. GIRARDOT ; 29 juin 2011, *Maire*, req. n° 327.693, à ment. au T. du Leb., *AJDA*, 2011, n° 24, p. 1356. Sur cette question, cf. Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, préc., p. 53.

³⁹⁰⁶ Cf., plus haut, p. 787, n° 1023.

nouvelle décision entraîne l'effacement *ab initio* de l'illégalité commise pour qu'il y ait réparation de la situation juridique pour la période intermédiaire.

Dans le même ordre d'idées, on aurait pu considérer que si l'autorité de contrôle est amenée à substituer sa propre décision à la décision prise par l'autorité contrôlée, c'est dans le but de combler rétroactivement le vide juridique consécutif à l'annulation de celle-ci par celle-là. Néanmoins, il ne s'agit pas ici pour l'autorité de contrôle de remédier à une obligation initiale de décider, dont l'absence constituerait une illégalité. Si une telle situation n'est pas totalement exclue, elle reste, en tout état de cause, sans incidence sur les conditions d'exercice du pouvoir administratif de réformation. Au demeurant et comme on vient de le dire, l'autorité de contrôle n'est aucunement dans l'obligation de remplacer à l'identique la décision précédente.

1125. En second lieu, la jurisprudence autorise, dans certains cas exceptionnels, l'autorité administrative à s'affranchir de la règle de non-rétroactivité pour user de la rétroactivité en vue de redresser la légalité d'une situation juridique préexistante³⁹⁰⁷. Par exemple, le juge administratif a récemment reconnu la faculté pour la personne publique, à la suite de l'annulation contentieuse d'un acte détachable de la conclusion d'un contrat de droit privé, de régulariser rétroactivement la situation par l'adoption d'un nouvel acte. Cette possibilité se limite néanmoins aux vices de forme ou de procédure propres à l'acte détachable et affectant les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement. En l'espèce, la délibération par laquelle un conseil municipal avait autorisé la vente d'une résidence hôtelière appartenant à la commune avait été annulée au motif qu'elle se référait à un avis du services des domaines qui ne portait pas sur l'ensemble des parcelles cédées. Le Conseil d'État a jugé légale l'intervention d'une seconde délibération ayant pour objet de régulariser le vice de légalité externe qui entachait la première délibération et d'approuver rétroactivement la promesse de vente dont elle autorisait la conclusion, dès lors qu'un nouvel avis du service des domaines avait été entretemps recueilli et qu'il confirmait l'estimation initiale³⁹⁰⁸. En d'autres termes, l'autorité administrative a pu rétroactivement redresser la légalité de la situation en adoptant un nouvel acte rétroactif, exempt du vice reproché à l'acte annulé. Par suite, les effets produits au cours de la période intermédiaire ont retrouvé, par le jeu de la rétroactivité de la régularisation, un fondement légal *ab initio*.

1126. En matière contractuelle, le redressement rétroactif de la légalité de la situation juridique issue d'un contrat irrégulier passe, comme on vient de le voir, parfois par l'admission d'exceptions au principe de non-rétroactivité des décisions administratives, lorsque c'est un acte détachable qui en est à l'origine. Ce n'est pas là le seul moyen d'obtenir, au moyen de la rétroactivité, la réfection de la situation contractuelle. En effet, on peut également envisager que, lorsque le vice entachant le contrat tient à son contenu, un accord de volonté puisse intervenir en vue de lui substituer rétroactivement un nouveau contrat, exempt de ce même vice.

³⁹⁰⁷ Cf., plus haut, p. 271, n° 207.

³⁹⁰⁸ CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-bains*, req. n° 327.515, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 29, p. 1684, note J.-D. DREYFUS, *Dr. adm.*, 2011, n° 8-9, p. 35, note F. BRENET, *JCP G*, 2011, n° 25, p. 1210, note L. ERSTEIN, *RFDA*, 2011, n° 4, p. 858. Sur la régularisation, voir, dans le même sens, s'agissant d'un contrat administratif, CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble*, req. n° 296.964 et 297.318, Rec., T., p. 832, *BJCP*, 2009, n° 67, p. 460 et *RJEP*, 2010, n° 673, p. 22, concl. N. BOULOUIS, *CMP*, 2009, n° 10, p. 27, note G. ECKERT. Sur cette question, voir J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 275, n° 276. Cette évolution doit être mise en rapport avec la refonte de l'office du juge du contrat (cf., plus haut, p. 565 et s., n° 720 et s.).

Dans le cadre de leur liberté contractuelle, les parties sont fondées à conférer conventionnellement une nouvelle base juridique aux prestations exécutées en vertu d'un contrat irrégulier. En d'autres termes, un nouveau contrat reprend rétroactivement le rapport d'obligation initial, ce qui a pour conséquence d'y intégrer les prestations déjà réalisées³⁹⁰⁹. Le contrat de « régularisation »³⁹¹⁰ se substitue, pour le passé comme pour l'avenir, au contrat irrégulier qui disparaît de l'ordonnement juridique.

Possible en théorie, la réfection rétroactive de la situation juridique illégale réalisée par les parties au moyen d'un nouveau contrat rencontre les mêmes obstacles que ceux déjà évoqués dans le cas où celles-ci envisagent de corriger directement le vice entachant le contrat initial³⁹¹¹. Outre la prise en compte du caractère régularisable du vice concerné et la préservation des droits des tiers, la réfection rétroactive nécessite, en toutes hypothèses, un nouvel accord de volontés, ce qui ne sera pas toujours évident à obtenir pour la personne publique³⁹¹².

De fait, on ne trouve guère qu'un seul cas de réfection rétroactive d'un contrat administratif en jurisprudence. Dans l'affaire *Ministre de la Construction c/ Société Entreprise M. et A. Cuillerai*, un fonctionnaire sans qualité avait approuvé un premier marché, ce qui avait conduit les parties à conclure un second marché ayant pour objet de régulariser le premier. Le Conseil d'État a admis la légalité d'un tel procédé, ainsi que l'effet rétroactif que ce dernier produit, en concluant « *que dans ces conditions les parties se sont trouvées respectivement engagées* »³⁹¹³. On peut néanmoins s'interroger sur la portée de cette jurisprudence, dès lors que le vice d'incompétence, qui était en cause dans cette affaire, n'était pas considéré, à cette époque, comme étant susceptible d'une quelconque régularisation³⁹¹⁴.

En tout état de cause, la conclusion d'un contrat de « régularisation » doté d'un effet rétroactif, signifie, comme dans la situation précédente, que les effets développés par le contrat vicié trouvent un nouveau fondement légal. La rétroactivité entraîne alors la réfection de la situation juridique pour l'ensemble de la période intermédiaire, entendue comme celle allant de la signature du premier contrat à celle du second.

C/ La réfection rétroactive découlant de la réformation juridictionnelle

1127. Pour le juge, c'est à l'occasion de l'exercice de son pouvoir de réformation juridictionnelle que celui-ci peut éventuellement opérer la réfection rétroactive d'une situation juridique préexistante. Deux hypothèses correspondent à cet aspect de la fonction de correction de la rétroactivité par réparation du droit initial. L'une concerne la réformation de la décision administrative réalisée par le juge de pleine

³⁹⁰⁹ Sur ces différents points, voir J.-F. LAFAX, thèse préc., p. 257, n° 255 et p. 259, n° 257.

³⁹¹⁰ C'est l'expression parfois employée par la doctrine. Cf., outre les références citées à la note précédente, L. GROS, art. préc., p. 262 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 463, n° 755.

³⁹¹¹ Cf., plus haut, p. 854, n° 1115.

³⁹¹² Sur ce point, voir p. 249, n° 316. Sur les conditions de légalité de la réfection rétroactive du contrat administratif, voir J.-F. LAFAX, thèse préc., p. 266, n° 265.

³⁹¹³ CE, 5 mai 1961, *Ministre de la Construction c/ Société M. et A. Cuillerai*, req. n° 45.863, 49.623 et 49.784, Rec., p. 303 : « *considérant que si le marché [...] a été suivi, d'un commun accord entre les parties, par un second marché [...] il résulte de l'instruction que ce dernier marché a seulement eu pour objet de régulariser le premier, lequel avait été approuvé par un fonctionnaire sans qualité [...] que dans ces conditions les parties se sont trouvées respectivement engagées* ». Pour un ex. similaire, cf., auparavant, CE, 7 mai 1926, *Sieur Chartron c/ Ministre de la Guerre*, Rec., p. 471.

³⁹¹⁴ Pour des ex., voir E. GLASER, concl. sur CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., pp. 141-142.

juridiction, tandis que l'autre se rapport à celle opérée par la juridiction supérieure sur un jugement antérieurement rendu.

1128. Tel est le cas, d'abord, lorsque le juge de pleine juridiction fait usage du pouvoir de réformation qu'il détient sur les décisions administratives relevant de sa compétence. Après avoir annulé la décision illégalement prise par l'autorité administrative, le juge de plein contentieux dispose de la faculté, plutôt que de laisser à celle-ci le soin de décider à nouveau, de se prononcer lui-même sur le bien-fondé de la demande initiale présentée par les intéressés³⁹¹⁵. La décision que le juge adopte a alors vocation à remplacer entièrement la décision annulée, Ainsi, la décision de réformation prise par le juge se substitue rétroactivement à la décision illégale³⁹¹⁶.

Il convient de distinguer nettement l'hypothèse de substitution rétroactive ici envisagée de celle, évoquée plus haut, où ce mécanisme est employé en vue de combler un vide juridique constitutif d'une illégalité³⁹¹⁷. S'il s'agit, dans les deux cas, de remettre une situation juridique en conformité avec l'exigence du respect du droit au moyen de la rétroactivité, la perspective n'est pas tout à fait la même. Dans le cas du comblement d'un vide juridique constitutif d'une illégalité, l'autorité normative a l'obligation d'édicter une norme rétroactive en remplacement de l'ancienne, afin d'assurer le respect de la règle de droit. Dans le cas présent, la substitution rétroactive relève d'un choix de l'autorité normative de prendre, avec effet rétroactif, la décision régulière aux lieu et place de l'autorité initialement compétente. L'éventualité qu'il y ait lieu à combler le vide juridique résultant de l'annulation rétroactive prononcée par le juge de pleine juridiction est donc sans incidence sur l'exercice par ce dernier de son pouvoir de substitution. Du reste, il faut rappeler que l'obligation de combler le vide juridique constitutif d'une illégalité échoit, avant tout, à l'autorité qui avait, en premier lieu, l'obligation de décider, et non à l'autorité de contrôle. Partant, le juge peut se contenter de renvoyer à l'autorité administrative, à charge pour cette dernière de prendre, avec effet rétroactif, les mesures nécessaires. Si le juge de pleine juridiction y pourvoit de lui-même en faisant usage de son pouvoir de substitution, ce n'est pas là l'objectif principal poursuivi. En effet, la logique du pouvoir juridictionnel de substitution est de rétablir le requérant dans ses droits³⁹¹⁸, indifféremment de la question de savoir s'il existait une obligation initiale de décider à une date et/ou pour une période déterminée.

Lorsqu'il met en œuvre son pouvoir de substitution, le juge de pleine juridiction opère la réfection rétroactive de la situation juridique soumise à son appréciation en substituant sa décision à celle qu'avait irrégulièrement prise l'autorité administrative. La rétroactivité attachée au mécanisme de substitution permet au juge d'apporter simultanément une double correction à la période intermédiaire. Dans un premier temps, la substitution rétroactive emporte l'annulation de la décision initiale, ce qui a

³⁹¹⁵ CE, Sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barreña*, req. n° 24.948, Rec., p. 9, concl. B. GENEVOIS, *GACA* n° 7, *AJDA*, 1982, n° 11, p. 662, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *D.*, 1983, IR, p. 239, obs. P. DELVOLVÉ ; 7 février 1986, *Caisse régionale d'assurance maladie Rhône-Alpes*, req. n° 27.433, Rec., T., p. 396, *Dr. adm.*, 1986, n° 173 ; 4 novembre 1994, *Abderrahmane*, req. n° 144.345, Rec., T., p. 1144 ; 25 novembre 1998, *Département du Nord*, req. n° 181.242, Rec., p. 439, *Dr. adm.*, 1999, n° 1, p. 14, obs. C. MAUGÜÉ, *RFDA*, 1999, n° 1 p. 248 ; 27 mars 2000, *Mme Wery*, req. n° 200.591, Rec., T., p. 1155 ; 6 février 2006, *Wessang*, req. n° 268.192, Rec., p. 59, *AJDA*, 2006, n° 18, p. 992, note P. SOUBIROUS.

³⁹¹⁶ Sur cette question, voir, plus haut, p. 293 n° 380.

³⁹¹⁷ Cf., plus haut, p. 839, n° 1094.

³⁹¹⁸ Comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, le juge de pleine juridiction statue moins sur la légalité d'une décision que sur une situation juridique prise dans son ensemble. Sur ce point, voir p. 292 et s., n° 379 et s.

pour conséquence de rétablir l'ordonnement juridique dans la situation qui était la sienne un instant avant la commission de l'illégalité. De ce point de vue, elle opère une correction négative de l'ordonnement juridique en le retranchant d'un de ses éléments³⁹¹⁹. Dans un second temps, la décision de substitution recouvre entièrement les effets qu'a antérieurement produits la décision substituée. Il est alors opéré, au moyen de la rétroactivité, une correction positive de la régularité de la période intermédiaire. Les effets survenus au cours de cette période sont retraités, de telle manière à ce qu'ils soient regardés comme ayant été conformes à la règle de droit *ab initio*, ainsi que pour la portion de la durée s'étendant jusqu'à l'intervention de la décision de substitution.

Par exemple, dans le contentieux des installations classées, le juge de pleine juridiction dispose de la faculté, après avoir constaté l'illégalité du classement effectué par l'autorité administrative, de procéder d'office au classement dans la bonne catégorie de l'établissement dangereux en cause et ce, à compter de la date d'effet de la décision initiale³⁹²⁰. Il s'ensuit qu'en procédant à la substitution rétroactive d'une décision régulière à une décision irrégulière, le juge redresse la légalité de la situation juridique pour l'ensemble de la période intermédiaire. À l'issue de cette opération, la situation en cause se trouve à nouveau pleinement conforme à la règle de droit. Elle est même réputée l'avoir toujours été.

Toutefois, la logique de la substitution rétroactive doit parfois céder face aux exigences de la réalité. De la même manière que précédemment, la correction de l'irrégularité, par réfection de la situation juridique, réalisée au moyen de la rétroactivité n'est pas toujours possible. D'un côté, s'il est nécessaire de réitérer un élément de la procédure qui a fait défaut lors de l'adoption de la décision initiale, la réfection rétroactive de la situation juridique ne peut être envisagée. En effet, la rétroactivité est, en tout état de cause, impuissante à réputer accomplie la formalité substantielle qui a été omise. Dans le même ordre d'idées, la procédure d'adoption de la décision de substitution par le juge doit présenter des garanties équivalentes à celles qui devaient être respectées lors de l'édition de décision initiale³⁹²¹.

1129. C'est une même logique qui préside à l'exercice par la juridiction supérieure du pouvoir de réformation qu'elle détient à l'égard du jugement contesté devant elle et dont elle a établi le caractère irrégulier³⁹²². Après avoir sanctionné le jugement rendu par la juridiction inférieure par le prononcé de son annulation, la juridiction supérieure peut faire usage de son pouvoir d'évocation et statuer directement sur le litige, de manière complète et définitive. En réalisant cette double opération, la juridiction supérieure substitue entièrement et rétroactivement sa décision à celle de la juridiction inférieure. La rétroactivité permet à la juridiction supérieure de retraiter les effets survenus au cours de la période intermédiaire, de telle manière à rétablir le respect de la règle de droit qu'a méconnue la juridiction inférieure. Ainsi, un jugement régulier subséquent couvre de ses effets ceux produits au cours

³⁹¹⁹ Sur cette idée, voir, plus haut, p. 813, n° 1061.

³⁹²⁰ CE, 13 octobre 1976, *Ministre d'État, Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement et des Transports c/ Sieurs Tarit et Cognet*, req. n° 94.464, 94.734, 97.220 et 98.360, Rec., p. 412. Voir également, B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2000, p. 266, n° 196. Pour d'autres ex., CE, 12 novembre 1969, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Boudjemar*, req. n° 75.702, Rec., T., p. 925 ; 12 novembre 1980, *Boillaud*, req. n° 09.627, Rec., T. p. 630 ; 30 mars 1984, *Mme Wolff*, req. n° 34.786, Rec., T., p. 718 ; 29 janvier 1986, *Kodia*, req. n° 72.001, Rec., p. 22, *RFDA*, 1986, p. 615, concl. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE

³⁹²¹ CE, Sect., 15 décembre 1989, *Ministre de l'Environnement c/ Société SPECHINOR*, req. n° 70.316, Rec., p. 254, *CJEG*, 1990, n° 454, p. 136, concl. C. de la VERPILLIÈRE, *Rev. adm.*, 1990, n° 253, p. 45, note P. TERNEYRE. Sur ce point, voir B. BALDOUS, thèse préc., p. 230, n° 173.

³⁹²² Sur cette question, voir p. 288, n° 374.

de la période intermédiaire par un jugement irrégulier initial. Ce faisant, la rétroactivité de la réformation juridictionnelle opère du même coup le redressement de la légalité de la situation juridique affectée par le jugement mal fondé. Désormais, c'est la situation juridique, telle que l'a redressée dans sa légalité le second jugement, qui sera réputée avoir existé *ab initio* et tout au long de la période intermédiaire. De la même manière que précédemment, la circonstance que la juridiction supérieure puisse adopter une décision ayant un contenu différent de celui de la précédente reste sans incidence sur la fonction jouée de la rétroactivité, dès lors que l'illégalité antérieurement commise se trouve indirectement corrigée par l'édiction d'un acte nouveau³⁹²³.

1130. Ce qui a été dit à propos de la rétroactivité correctrice attachée à la réformation juridictionnelle est pleinement transposable aux autres catégories de jugement qui réalisent une opération similaire. Il en va ainsi principalement des décisions de justice intervenant dans le cadre des voies exceptionnelles de rétractation que sont les recours en révision et en tierce opposition. Après avoir déclaré nul et non avenue le jugement irrégulièrement rendu, la juridiction compétente statue à nouveau et entièrement sur le litige. Ce faisant, elle substitue rétroactivement sa décision à celle précédemment rendue, de telle manière à rétablir ce qui aurait dû se passer si la règle de droit n'avait pas été méconnue. Que le jugement antérieur ait porté atteinte aux droits à une partie absente à l'instance ou qu'il ait été rendu sur pièce fautive ou en violation d'une exigence procédurale essentielle³⁹²⁴, l'erreur ainsi commise sera réparée, comme si le procès s'était déroulé normalement. À l'issue de l'opération de réformation du jugement irrégulier, la légalité de la situation est rétablie *ab initio* au moyen de la rétroactivité, ainsi que pour toute la période intermédiaire.

*

1131. Conclusion de la Section 2. Dans son second versant, la fonction de correction de la rétroactivité au service du rétablissement de la légalité réalise la reconstruction du droit intermédiaire au moyen d'une réparation de l'irrégularité antérieurement commise. La « rétroactivité constructive » permet à l'autorité normative d'adopter des actes positifs en vue de réparer l'acte ou la situation contraire à la règle de droit, ce qui a pour conséquence de *purifier* l'ordonnement juridique pour l'ensemble de la période intermédiaire. Cette correction est réalisée par l'autorité normative, soit en agissant sur le droit intermédiaire, soit en agissant directement sur le droit initial. Quel que soit le moyen employé, l'opération effectuée au moyen de la « rétroactivité constructive » revêt, du point de vue de ses conséquences sur le passé de l'ordonnement juridique, deux formes distinctes.

D'un côté, la réparation du droit appliqué au cours de la période intermédiaire intervient dans un contexte de droit inchangé. La rétroactivité permet la « réparation » de la situation juridique, telle qu'elle s'est construite au cours de la période intermédiaire, en renouvelant la légalité de son fondement *ab initio*. Ainsi, l'acte initial peut voir sa légalité redressée par correction du vice dont il était entaché ou être remplacé par un acte au contenu identique exempt du vice reproché.

D'un autre côté, la réparation du droit appliqué au cours de la période intermédiaire est obtenue par une modification, dans son contenu, de l'ordonnement juridique au cours de cette même période. La rétroactivité autorise la « réparation » de la situation juridique, telle qu'elle aurait dû s'établir, puis se

³⁹²³ Voir, en ce sens, H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011, p. 413, n° 546.

³⁹²⁴ Sur ces différents points, voir p. 289, n° 376.

développer, si la règle de droit n'avait pas été méconnue. Il s'agit alors d'édicter un ou plusieurs actes, conformes à la règle de droit initialement méconnue, dont les effets ont vocation à couvrir l'ensemble de la période d'illégalité. En d'autres termes, l'ordonnancement juridique est mis en conformité avec ce que la règle de droit commandait et ce, à compter du moment même où il aurait dû l'être. Qu'il n'est pas été satisfait à une obligation initiale de décider ou que la décision requise ait été prise en méconnaissance de la règle de droit, la « rétroactivité constructive » permet de « gommer » ces manquements pour l'ensemble de la période intermédiaire. Un même résultat peut également être obtenu par la substitution à l'acte irrégulier initial d'un acte régulier, au contenu différent du précédent mais conforme à la règle de droit.

Bien qu'elles diffèrent dans leurs modalités, ces deux opérations permettent d'obtenir, au moyen de la rétroactivité, une purification de l'ordonnancement juridique, de telle façon à ce que ce dernier soit désormais réputé n'avoir jamais été blessé par l'illégalité commise.

* *
*

1132. Conclusion du Chapitre II. Au titre de la fonction de correction qu'elle assure au service du principe du respect du droit, la rétroactivité permet le retraitement des effets produits au cours d'une période de temps, partiellement ou totalement révolue, en vue d'obtenir un retour au respect de la règle de droit. En tant qu'il ouvre le passé à la révision, le cadre normatif offert par la rétroactivité facilite la correction, au présent, des irrégularités commises au cours du passé. Telle qu'elle se présente, la fonction de correction de la rétroactivité autorise l'autorité normative à réaliser trois types différents d'opérations sur l'ordonnancement juridique.

Dans une logique de rétablissement de l'ordonnancement juridique dans l'état qui était le sien un instant avant la violation de la règle de droit, la rétroactivité remplit, d'abord, une fonction de destruction des conséquences qu'a emportées cette transgression au cours de la période d'illégalité. Cette opération de restitution de la légalité par soustraction des éléments en situation de contrariété avec la règle de droit, réalise au présent le retour à une situation équivalente à celle qui prévalait à un moment de la chronologie où le respect du droit était encore assuré. C'est dire que le rétablissement du *statu quo ante* opéré au moyen de la « rétroactivité destructive » a pour conséquence d'effacer toute trace de l'illégalité pour la période intermédiaire.

Dans une logique de réparation de l'ordonnancement juridique, la rétroactivité assure, ensuite, une fonction de reconstruction de la légalité de la période concernée par l'illégalité. À l'issue de cette opération, l'ordonnancement juridique retrouve un état de « non-contrariété » avec la règle de droit, situation qu'il n'aurait jamais dû quitter. Non seulement les conséquences de l'illégalité sont effacées pour la période intermédiaire, mais elles sont remplacées par de nouvelles conséquences pour cette même période. La rétroactivité construit, au présent, une situation équivalente à celle qui aurait prévalu si le respect du droit avait été assuré *ab initio* et tout au long de la période intermédiaire. Il s'agit donc d'une véritable *restitutio in integrum* de la légalité qui est opérée au moyen de la « rétroactivité constructive ».

Dans une logique de restitution, la rétroactivité exerce, enfin, une fonction marginale de reconstitution d'une situation juridique déterminée. Non seulement la légalité de la situation est

redressée pour l'ensemble de la période au cours de laquelle l'illégalité a sévi, mais son contenu est également révisé entièrement, en vue de restituer à son bénéficiaire les droits et avantages qui auraient pu être les siens si sa situation n'avait pas été perturbé par l'illégalité et avait poursuivi normalement son développement. La rétroactivité joue alors le rôle d'une fiction autorisant, à travers un raisonnement en *uchronie*, la reconstruction juridique d'une réalité qui n'a jamais existé, ni juridiquement, ni matériellement.

La fonction de correction qu'assume la rétroactivité au service du rétablissement de la légalité n'est pas exclusive, spécialement dans son versant constructif. En permettant le redressement de la légalité d'un acte ou d'une situation juridique, la rétroactivité autorise le rétablissement du respect du droit, tout en réalisant dans le même temps la « sécurisation » du droit appliqué au cours de la période intermédiaire. Même si ce n'est pas là son objet principal, l'opération de correction positive du passé de l'ordonnancement juridique produit un effet de consolidation de la situation juridique. De ce point de vue, la fonction de correction de la « rétroactivité constructive » participe indéniablement de la fonction de stabilisation que cette dernière est également appelée à remplir. Pour certaines autorités, telles le législateur, c'est même le but qui est recherché au moyen d'une action sur les conditions de légalité d'un acte ou d'une situation juridique. Toutefois, l'analyse des fonctions de la rétroactivité repose, avant tout, sur ce que le procédé permet à l'autorité normative de faire, par préférence aux différents résultats que cette opération permet d'obtenir. Partant, ce chevauchement montre, s'il en est, que les frontières entre les différentes fonctions qu'assume la rétroactivité ne sont pas totalement étanches.

En tout état de cause, il existe plusieurs moyens de réaliser, à l'aide de la rétroactivité, la stabilisation du droit antérieur qui ont en commun de ne pas comporter une correction positive de la légalité.

CHAPITRE III : LA FONCTION DE STABILISATION DE LA RETROACTIVITE

1133. Objet du chapitre. La dernière fonction de la rétroactivité met en avant le rôle que celle-ci est susceptible de jouer dans la stabilisation du droit antérieur. Les effets survenus au cours de la période antérieure sont retraités, de telle manière à obtenir leur maintien dans l'ordonnement juridique ou à rétablir la constance de leur développement. La rétroactivité permet ainsi que soit assurée une continuité dans l'application du droit.

1134. Délimitation de l'objet du chapitre. Le plus souvent, le retraitement normatif du passé entend rompre avec ce qui a été accompli antérieurement, qu'il s'agisse de remettre en cause le droit initialement applicable ou de réviser l'application qui en a été faite dans le passé. Cependant, la rétroactivité peut être employée dans une perspective tout à fait inverse. Il ne s'agit plus d'opérer la rupture avec un état du droit préexistant, mais au contraire d'établir ou de garantir une certaine continuité du droit antérieur. Dans cette perspective, la rétroactivité remplit une fonction de stabilisation des effets produits au cours de la période intermédiaire.

De la même manière que précédemment, le retraitement des effets du passé constitue la réponse à une anomalie apparue au cours de la période précédant l'intervention de l'autorité normative. Dans le cas présent, il s'agit pour elle de remédier à une rupture survenue dans l'application du droit au cours de la période intermédiaire ou de faire face à l'éventualité qu'un tel événement se réalise. En d'autres termes, la rétroactivité est le moyen utilisé pour prévenir un risque, avéré ou potentiel, de déstabilisation des situations juridiques ou pour mettre un terme à une « éclipse » intervenue dans le processus d'application du droit. Les causes de l'un ou l'autre de ces *scenarii* sont elles-mêmes multiples. La découverte d'une irrégularité, l'instauration d'un décalage temporel et la création d'un vide juridique sont autant de situations dans lesquelles il sera éventuellement nécessaire pour l'autorité normative d'opérer la stabilisation de la période intermédiaire. La rétroactivité permettra alors de consolider une situation ou un état du droit devenu précaire, voire de rétablir la continuité, un temps interrompue, de l'une ou de l'autre.

Dans la première situation, la rétroactivité « sécurise » le passé de l'ordonnement juridique en empêchant qu'un de ses éléments en soit retranché. Il en résulte que le droit, tel qu'il a été appliqué au cours de la période intermédiaire, se trouve par là consolidé. Telle qu'elle se présente, cette opération présente des similitudes, par certains aspects, avec celle que permet de réaliser la rétroactivité au titre de sa fonction de correction, notamment dans sa dimension constructive. Cependant, la première se distingue de la seconde, en ce que la consolidation du droit appliqué au cours de la période intermédiaire ne passe pas par une reconstruction de la légalité, mais par le maintien des « choses en l'état ». En d'autres termes, l'illégalité n'est pas corrigée, elle est neutralisée ou oubliée. Les effets antérieurement produits demeurent, tels quels, dans le passé de l'ordonnement juridique.

Dans une seconde situation, l'autorité normative entend garantir positivement la continuité de son action au moyen de la rétroactivité. Il s'agit de remédier ou de prévenir les éventuelles interruptions qu'a connues ou que pourrait connaître l'action publique. Les effets produits au cours de la période intermédiaire sont préservés ou retraités dans la perspective d'établir ou de rétablir la continuité du droit

applicable ou d'une situation juridique. Contrairement à la situation précédente, ce résultat n'est pas nécessairement obtenu par le maintien des effets antérieurement produits. L'autorité normative peut également agir positivement sur le passé de l'ordonnancement juridique, dans une logique de réparation de la rupture constatée.

1135. Plan du chapitre. Ainsi délimitée, la fonction de stabilisation de la rétroactivité comporte une double dimension. Tantôt le retraitement des effets du passé réalise la consolidation du droit antérieur (Section 1), tantôt celui-là garantit la continuité de celui-ci (Section 2).

Section 1 : La consolidation du droit antérieur pour la période intermédiaire

1136. Introduction et plan. Le premier versant de la fonction de stabilisation de la rétroactivité correspond à une consolidation temporelle des situations juridiques qui se sont constituées en violation de la règle de droit. Alors que celles-ci ont vocation à disparaître de l'ordonnement juridique, tant pour le passé que pour l'avenir, elles y sont maintenues au moyen de la rétroactivité. Il s'agit pour l'autorité normative d'opérer leur stabilisation pour le passé, chaque fois que le maintien des conséquences d'une illégalité est jugé moins perturbateur pour l'ordonnement juridique que de poursuivre son éradication. Les effets de droit survenus au cours de la période intermédiaire sont alors retraités, de telle manière à ce qu'ils ne puissent plus être remis en cause. À l'issue de cette opération, l'ordonnement juridique est maintenu, pour le passé, dans une situation de contrariété vis-à-vis de la règle de droit, au nom d'un intérêt supérieur. La déstabilisation des situations juridiques qu'aurait entraîné le rétablissement de la légalité méconnue pour la période intermédiaire conduit l'autorité normative à s'opposer à ce que tout ou partie des conséquences de l'illégalité soient effacées. La rétroactivité obéit alors à une logique de sécurité juridique et, plus précisément, de « sécurisation » du passé de l'ordonnement juridique.

Ce résultat peut être principalement obtenu au moyen d'une « neutralisation » de l'illégalité. En empêchant la contestation des effets qu'a produits un acte irrégulier au cours de la période antérieure à son intervention, l'autorité normative opère leur « cristallisation ». Ce faisant, la rétroactivité permet de réaliser la consolidation de la situation juridique antérieurement formée (§ 1). De manière moins certaine, on pourrait envisager que la rétroactivité joue un rôle identique dans les rares cas où il est seulement renoncé, pour le passé, au prononcé de la sanction normalement attachée à la violation de la règle de droit (§ 2).

Qu'elle soit réalisée directement ou indirectement, l'opération de consolidation de la situation juridique aboutit à un même résultat. La rétroactivité autorise le maintien d'effets de droit produits au cours de la période intermédiaire, en dépit de leur contrariété à la règle de droit.

§ 1 : La consolidation de la situation juridique par la neutralisation de l'illégalité pour le passé

1137. La consolidation des situations juridiques irrégulièrement formées peut, d'abord, être obtenue par la neutralisation rétroactive de l'illégalité. La rétroactivité permet de « cristalliser » ou « d'oublier » certaines des conséquences que la commission de l'illégalité a entraînées au cours de la période intermédiaire. Il ne s'agit pas pour l'autorité normative de poursuivre la correction de l'irrégularité antérieurement commise, mais uniquement d'empêcher que la sanction de celle-ci soit prononcée par les organes d'application du droit. En d'autres termes, l'autorité normative agit sur le lien unissant l'illégalité à sa sanction en vue d'opérer la consolidation des effets survenus dans le passé. À l'issue de cette opération, l'illégalité ne peut plus être sanctionnée, ce qui a pour conséquence de maintenir les effets qui en sont découlés au cours de la période intermédiaire. L'ordonnement juridique n'est pas rétabli dans la situation qui aurait dû être la sienne un instant avant la commission de l'illégalité, mais

« laisser en l'état ». À l'issue de cette opération, la situation juridique contraire à la règle de droit se trouve consolidée pour l'ensemble de la période qui a précédé l'intervention de l'autorité normative. C'est dire que la rétroactivité réalise la stabilisation de la situation juridique irrégulièrement formée en la maintenant dans le passé de l'ordonnement juridique.

Au sein de l'ordre juridique français, seul le législateur dispose, au nom de l'intérêt général, de la faculté de soustraire d'autorité une situation irrégulièrement formée au funeste destin qui l'attend. Pour ce faire, il dispose de deux moyens mettant en jeu la rétroactivité consolidatrice. D'un côté, il peut, sous certaines conditions, « cristalliser » les effets d'un acte irrégulier (I). De l'autre, il a la faculté de commander l'« oubli » de l'illégalité (II).

Dans les deux cas, la sanction de l'illégalité pour le passé est empêchée au moyen de la rétroactivité et ce, en vue de stabiliser une situation juridique menacée d'extinction. Le respect du droit est ainsi sacrifié au nom de la stabilité des situations juridiques.

I – LE MAINTIEN DES EFFETS DE L'ACTE IRREGULIER PAR NEUTRALISATION DU VICE

1138. La manifestation la plus fréquente de la fonction de consolidation par neutralisation de l'illégalité que permet de réaliser la rétroactivité n'est autre que le procédé législatif de la validation *stricto sensu* d'un acte juridique irrégulier³⁹²⁵. En procédant de la sorte, le législateur consolide les effets que l'acte irrégulier a pu produire au cours de la période intermédiaire. Suivant la formule qui figure souvent dans les dispositions législatives ayant un tel objet, l'acte vicié est « réputé régulier »³⁹²⁶ *ab initio* ou, de manière plus laconique, est « validé »³⁹²⁷. Dans un cas comme dans l'autre, le législateur entend maintenir, par le jeu de la rétroactivité, les effets qu'a produits l'acte consolidé au cours de la période intermédiaire, c'est-à-dire entre le moment où il est entré en vigueur et celui où la consolidation législative intervient. Plus précisément, les effets passés de l'acte consolidé sont retraités au présent, de telle manière à empêcher que les conséquences de l'illégalité soient effacées au cours de cette même période. La situation juridique qui s'est constituée sous l'empire de l'acte illégal se trouve consolidée pour l'ensemble de cette période. L'objectif poursuivi par cette opération de *cristallisation* d'un ou plusieurs éléments de l'ordonnement juridique en situation de non conformité est de *maintenir* ce dernier dans un certain état, en dépit de la commission de l'illégalité.

³⁹²⁵ Sur les différents procédés de validation, cf., plus haut, p. 100 et s., n° 145 et s.

³⁹²⁶ Cf., par ex., en matière fiscale, l'art. 25-II-B de la loi n° 99-1173, de finances rectificative pour 1999 (JORF n° 303 du 31 décembre 1999, p. 19968 ; sur cette disposition, voir CE, 23 mars 2005, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ S.A. La grande taverne de Bavière*, req. n° 262.434, Rec., p. 124, *BDCF*, 2005, n° 6, p. 72 et *RDF*, 2005, n° 27, p. 1173, concl. L. VALLÉE ; 16 janvier 2006, *SCI du Parc de Vallauris*, req. n° 266.267, Rec., T., p. 877, *BDCF*, 2006, n° 4, p. 70 et *RDF*, 2006, n° 25, p. 1235, concl. L. VALLÉE, *RJF*, 2006, comm. 448 ; 3 septembre 2008, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Colly Bomblet*, req. n° 277.755, Rec., T., p. 597, *RDF*, 2008, n° 44-45, p. 32, concl. P. COLLIN (conséquences d'un revirement de jurisprudence).

³⁹²⁷ Cf., par ex., l'art. 88-III de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, portant engagement national pour l'environnement (JORF n° 160 du 13 juillet 2010, p. 12905 ; sur cette disposition, voir CE, 19 janvier 2011, *EARL Schmittseppel et M. Noir*, préc.). Pour d'autres ex., voir CE, 7 juillet 2004, *Blaise et Association des fonctionnaires d'État des Télécommunications Région Rhône-Alpes*, req. n° 222.580 et 225.488, Rec., T., p. 576 ; 2 novembre 2005, *Association Baie de la Moselle et Van Peteghem*, req. n° 260.922, Rec., T., p. 883, *BJDU*, 2005, n° 6, p. 449, concl. M.-H. MITJAVILLE ; Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, req. n° 279.522, Rec., p. 78, *AJDA*, 2007, n° 11, p. 585, chr. F. LENICA et J. BOUCHER, *Dr. adm.*, 2007, n° 3, p. 29 et n° 5, p. 9, étude M. GAUTIER et F. MELLERAY, *Europe*, 2007, n° 3, p. 5, note D. SIMON, *JCP A*, 2007, n° 14, p. 45, note C. BROUELLE, *JCP G*, 2007, II, 10045, note M.-C. ROUAULT, *LPA*, 7 août 2007, n° 157, p. 11, note M. CANEDO-PARIS, *RFDA*, 2007, n° 2, p. 361, concl. L. DEREPAS et n° 4, p. 789, note M. CANEDO-PARIS, *RTDH*, 2007, n° 71, p. 909, note F. LEMAIRE ; Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, CE, Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, req. n° 314.449, à pub. au Leb., *AJDA*, 2011, n° 10, p. 43, chr. D. BOTTEGHI et A. LALLET, *CMP*, 2001, n° 1, p. 32, note P. DEVILLERS, *Dr. adm.*, 2011, n° 1, p. 24, note J. MARTIN et S. FERRARI, *RJEP*, 2011, n° 683, p. 41, concl. N. BOULOUIS, *RLCT*, 2011, n° 64, p. 35, note P. CAILLE ; 26 janvier 2011, *SAS Auxa*, req. n° 344.204, à ment. aux T. du Leb.

1139. Cet aspect de la fonction de consolidation de la rétroactivité qui consiste à *neutraliser* dans le temps les effets d'une illégalité doit être nettement distingué de la fonction de correction par réparation du vice, rencontrée plus tôt, que la rétroactivité est parallèlement appelée à remplir³⁹²⁸. Dans cette dernière hypothèse, il est procédé, au moyen de la rétroactivité, à la réparation des atteintes antérieurement portées au principe de légalité. Dans le cas présent, il ne s'agit pas pour l'autorité normative de *corriger* l'irrégularité en réparant directement le vice dont est entaché l'acte consolidé, mais de *neutraliser* les conséquences de la première en *crystallisant* les effets produits par le second. Comme le soulignent plusieurs auteurs, la validation *stricto sensu* vise à *réputer* régulier un acte juridique entaché d'un vice, non à l'en *purger*³⁹²⁹. Si les deux opérations aboutissent à une forme de consolidation du passé de l'ordonnement juridique, le résultat obtenu n'est pas le même. Dans le cas de la *correction*, l'illégalité disparaît, tandis que dans celui de la *neutralisation*, elle perdure. Il s'ensuit que l'ordonnement n'est pas rétabli dans une situation de légalité retrouvée, mais maintenu dans un état d'illégalité par la volonté du législateur.

C'est dire que le principe du respect du droit cède devant un intérêt jugé supérieur. Bien souvent et comme on l'a vu, cet intérêt n'est autre que celui de faire face à un risque, avéré ou supposé, de déstabilisation des situations juridiques qui résulterait du jeu normal de ce principe. En effet, les conséquences qu'emporte la rétroactivité destructive attachée à la sanction de l'irrégularité de l'acte de droit public peuvent parfois s'avérer plus dommageables, notamment au regard de l'exigence de stabilité des situations juridiques, que son maintien pur et simple dans l'ordonnement juridique. C'est donc une volonté de sécurisation du système juridique qui est souvent affichée par le législateur pour justifier la rétroactivité consolidatrice³⁹³⁰.

Par exemple, le législateur avait prononcé, en 1998, la validation rétroactive des décisions par lesquelles les gestionnaires des aéroports avaient fixé les taux des redevances aéroportuaires et ce, pour toute la période antérieure à son intervention. Ces décisions étaient, en effet, menacées d'annulation contentieuse à raison de l'incompétence du pouvoir réglementaire pour instituer lesdites redevances. En rendant incontestables les décisions en cause pour ce motif, le législateur a neutralisé par là l'illégalité dont celles-ci étaient entachées. La stabilisation de la situation juridique qui en est résulté a permis de « sécuriser » pour le passé le financement des missions d'intérêt général dont sont chargés les gestionnaires des aéroports³⁹³¹.

³⁹²⁸ Cf., plus haut, p. 851, n° 1113.

³⁹²⁹ Selon le Président Massot, la validation consiste à « *réputer réguliers des actes juridiques, nés ou à venir, dont la légalité risque d'être mise en cause devant une juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire* » (J. MASSOT, « Validation législative », fasc. préc., p. 2, n° 1). La situation ou l'acte doit être tenu pour régulier par la volonté du législateur. Toutefois, il faut considérer, avec B. Mathieu, que la validation *stricto sensu* « *n'a pas pour effet de rendre régulier un acte (ou les dispositions contenues dans cet acte), mais vise uniquement à empêcher le contrôle du juge ou ses effets* » (B. MATHIEU, thèse préc., p. 106 ; cf. également, J.-M. AUBY, « Sur une pratique excessive : les validations législatives », *RRJ*, 1977, n° 2-3, p. 10 ; J.-J. ISRAEL, thèse préc., p. 12). La persistance de l'illégalité distingue la validation de la régularisation dont l'objet est justement sa réparation (pour une discussion, voir B. MATHIEU, *loc. cit.* ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 324, n° 339 ; D. PERROT, « Validation législative et actes administratifs unilatéraux. Observations à la lumière de la jurisprudence récente », *RDP*, 1983, n° 4, p. 983, spéc. p. 985 ; D. RENDERS, thèse préc., p. 139.).

³⁹³⁰ Cf., plus haut, pp. 416-417, n° 526.

³⁹³¹ Art. 2-I de la loi n° 98-1171 du 18 décembre 1998, relative à l'organisation de certains services du transport aérien (JORF n° 297 du 23 décembre 1998, p. 19424). Sur la conventionnalité de cette loi, voir CE, Avis, 16 février 2001, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, req. n° 226.155, Rec., p. 69, *AJDA*, 2002, n° 4, p. 341, note D. SABOURAULT, *BDCE*, 2001, n° 5, p. 60 et, *CJEG*, 2001, n° 577, p. 254, concl. E. MIGNON. Pour un autre ex., cf., l'art. 2 de la loi n° 94-112 du 9 février 1994, portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, dite « loi Bosson » (JORF n° 34 du 10 février 1994, p. 2271 ; sur cette disposition, voir CE, 13 novembre 2002, *SA Foncière Paris Neuilly*, req. n° 185.637, Rec., T., p. 966) ; art. 11 de la loi n° 2005-809,

1140. Dans le cadre de l'opération de *neutralisation*, le législateur entend préserver les effets que l'acte juridique vicié a produits au cours de la période intermédiaire. Il s'ensuit que la période du passé au cours de laquelle l'illégalité a sévi se trouve *crystallisée*, dès lors que ces effets ne sont désormais plus susceptibles d'être remis en cause. La portée sur le passé de cette cristallisation peut être mesurée en prenant en considération les conséquences que produit la validation législative sur l'ordonnement juridique. Ces dernières sont principalement de deux ordres. Elles concernent, de manière positive, les effets produits par l'acte validé pour le passé et, de manière négative, les conséquences qui pourraient être tirées de son illégalité par les organes d'application du droit pour cette même période.

D'abord, la rétroactivité de la *neutralisation* de l'illégalité concerne non seulement les effets propres de l'acte dont le vice est couvert, mais peut également s'étendre à ceux qui en sont dérivés au cours de la période intermédiaire. Les situations qui ont pu se constituer sous l'empire de l'acte validé au cours de cette même période, ainsi que celles qui ont été édifiées à l'occasion de l'édition de décisions prises sur son fondement ou à sa suite, se trouvent ainsi consolidées par le jeu de la rétroactivité. Ce « chaînage » ne peut toutefois être établi qu'à la condition que le législateur ait expressément manifesté sa volonté en ce sens³⁹³².

Ensuite, la rétroactivité de la *neutralisation* de l'illégalité empêche les organes d'application du droit de prononcer les différentes sanctions que l'acte validé aurait normalement encourues à raison de son caractère irrégulier. Plus précisément, la consolidation rétroactive des effets de l'acte irrégulier imposée par le législateur prive les organes d'application du droit de la possibilité de tirer les conséquences qu'ils auraient dû normalement déduire du constat de la violation de la règle de droit. On raisonnera ici principalement à partir de l'exemple contentieux³⁹³³. Selon le stade de la procédure contentieuse auquel le législateur intervient pour réaliser la consolidation de l'acte menacé d'annulation, les conséquences de la rétroactivité ne seront pas exactement les mêmes.

Rarement, la validation rétroactive intervient en l'absence de tout recours contentieux engagé contre l'acte irrégulier, dès lors que naissent un doute à l'égard d'un aspect quelconque de sa régularité et, par suite, un risque réel ou potentiel d'annulation contentieuse directe ou indirecte³⁹³⁴. Les effets de l'acte se trouvent rétroactivement consolidés par la validation préventive et ce, avant même que la légalité de ce dernier soit mise en cause. Par suite, la validation empêchera les recours directs ultérieurement introduits contre l'acte validé d'aboutir, le juge les rejetant comme irrecevables³⁹³⁵. En réputant réguliers *ab initio* les effets produits par l'acte irrégulier, le législateur écarte donc toute

du 20 juillet 2005, relative aux concessions d'aménagement (JORF n° 168 du 21 juillet 2005, p. 11833 ; sur cette disposition, voir CE, 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire (SODEMEL)*, req. n° 320.735, à pub. au Leb.).

³⁹³² Les dispositions rétroactives sont, en effet, soumises à un principe d'interprétation stricte (cf., plus haut, p. 399 et s., n° 503 et s.).

³⁹³³ Il n'y a, en effet, aucune raison de penser qu'il en irait différemment pour l'autorité administrative dans le cas où elle serait saisie d'un recours administratif tendant au retrait de la décision illégale ou dans celui où elle s'apprêterait à faire usage d'office de son pouvoir de retrait.

³⁹³⁴ CE, 8 mai 1964, *Société Arrault et Cie et Coffard*, RDP, 1965, n° 1, p. 129 : annulation par voie de conséquence ; 13 juin 1997, *Syndicat Profil infirmier et autres*, req. n° 180.774 et 180.781, Rec., T., p. 817, *Dr. adm.*, 1997, n° 10, p. 21. Le Conseil d'État s'est, un temps, opposé dans ses formations administratives à ce type de validation détachée de tout procès (cf., en ce sens, Conseil d'État, Rapport public pour 1994, EDCE, 1994, n° 45, p. 159 ; Rapport public pour 1995, EDCE, 1995, n° 46, p. 198 et Rapport public pour 1998, EDCE, 1998, n° 49, p. 10). De son côté, le Conseil constitutionnel ne semble guère plus réceptif à cette pratique (C.Const., déc. n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 62 à 65, Rec., p. 143, AJDA, 2000, n° 1, p. 48, J.-É. SCHOETTL, LPA, 28 juillet 2000, n° 150, p.18, chr. B. MATHIEU, M. VERPEAUX et L. BAGHESTANI-PERREY, RFDA, 2000, n° 2, p. 289, note B. MATHIEU, RFDC, 2000, n° 41, p. 125, note D. RIBES, RFFP, 2000, n° 69, p. 255-269, note X. PRÉTOT, RJF, 2000, n° 2, p. 90, note E. MIGNON).

³⁹³⁵ R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 989. Cf., par ex., CE, 21 octobre 1953, *Ginestet*, Rec., p. 444. B. Mathieu juge qu'à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle, ce procédé n'est plus ouvert au législateur, au moins dans l'hypothèse d'une validation préventive intégrale de l'acte irrégulier (B. MATHIEU, thèse préc., p. 237).

possibilité de les mettre en cause, pour l'avenir comme pour le passé, devant les autorités en charge du contrôle de légalité. Ce faisant, la rétroactivité de la consolidation législative s'oppose, par avance, à la « rétroactivité destructrice » qui aurait pu découler de la sanction de l'irrégularité prononcée par le juge.

Le plus souvent, la validation sera prononcée en cours d'instance, le recours contentieux servant souvent de « révélateur » des irrégularités entachant l'acte en cause. En rendant incontestables *ab initio* les effets produits par l'acte vicié, la validation législative fait rétroactivement perdre leur objet aux recours contentieux antérieurement introduits à l'encontre de celui-là. Le juge est alors amené à prononcer un non-lieu législatif pour toutes les instances pendantes à la date de publication de la loi de validation³⁹³⁶. Il ne sera pas davantage possible de soulever une exception d'illégalité à l'encontre de l'acte validé en cours d'instance³⁹³⁷. L'immixtion rétroactive du législateur dans les procès en cours empêche donc le litige de suivre son cours normal et d'aboutir à l'élimination de l'ordonnement juridique de l'acte irrégulier. En provoquant la fin prématurée des procédures précédemment initiées, la validation rétroactive assure le maintien en vigueur de l'acte mis en cause tout en empêchant que ses effets puissent être remis en cause pour le passé par un recours déposé antérieurement à l'intervention du législateur.

Enfin, le législateur a pu, un temps, contrecarrer l'anéantissement rétroactif de l'acte irrégulier, alors même que ce dernier avait été déclaré illégal ou annulé par le juge, en prononçant sa validation *a posteriori*. La rétroactivité entraînait à la fois la consolidation des effets de l'acte irrégulier pour la période intermédiaire, en même temps qu'elle le faisait revivre. La rétroactivité consolidatrice atteint ici son degré maximal, dès lors qu'elle entraîne l'annulation de la décision de justice ayant condamné l'acte irrégulier. Toute action visant à expulser de l'ordonnement juridique l'acte validé est non seulement vouée à l'échec, même lorsqu'elle a abouti antérieurement à l'intervention du législateur. Toutefois, comme on a eu l'occasion de le souligner précédemment, cette forme de validation est désormais proscrite par la jurisprudence constitutionnelle³⁹³⁸.

En effet, la portée de la rétroactivité consolidatrice connaît une double limite résultant de l'encadrement jurisprudentiel de la pratique des validations législatives. D'une part, elle est impuissante à remettre en cause les décisions passées en force de chose jugée antérieurement à l'observabilité de la norme nouvelle. D'autre part et plus généralement, l'acte validé demeure contestable pour ceux des vices dont il serait entaché qui n'ont pas été visés par la loi de validation³⁹³⁹. L'intervention de la loi de

³⁹³⁶ R. ODENT, *loc. cit.* Pour des ex., cf. CE, 11 mai 1949, *Ligue des fonctionnaires pères et mères de famille nombreuse*, Rec., p. 208 ; 7 juin 1950, *Larrozé*, Rec., p. 344 ; Sect., 2 juillet 1954, *Sieur Farrinacci*, Rec., p. 421 ; 1^{er} mars 1957, *Société des Établissements Gratry*, Rec., p. 131 ; Sect., 18 avril 1958, *Syndicat des chirurgiens dentistes de la Seine*, Rec., p. 219 ; 15 juillet 1960, *Établissements Omer Decugis et autres*, req. n° 30.660 et 30.713, Rec., p. 478 ; 2 décembre 1964, *Sieur de Bonnechose*, req. n° 59.033, Rec., p. 608 ; Sect., 18 mai 1973, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés (SNITA)*, req. n° 83.263 à 83.266, Rec., p. 357, *AJDA*, 1973, II, p. 483, note F. MODERNE ; 15 juin 1979, *Chambre syndicale des Ingénieurs-Conseils de France*, req. n° 09.786, Rec., p. 280 ; 3 décembre 1980, *Syndicat national de l'enseignement supérieur (F.E.N.)*, req. n° 15.026, Rec., p. 454 et *Association nationale des assistants en sciences économiques, juridiques, politiques et de gestion et autre*, req. n° 15.036 et 15.037, Rec., T., p. 743, *AJDA*, 1981, n° 3, p. 163, note. J.-Y. PLOUVIN ; Sect., 7 mars 1980, *Association de défense des intérêts des étudiants de Paris XIII*, req. n° 02.377, Rec., p. 128, *AJDA*, 1980, n° 7-8, p. 435, *Gaz. Pal.*, 1980, 2, p. 584, concl. J. MASSOT ; 3 novembre 1999, *Mlle Le Bris*, req. n° 201.140, Rec., T., p. 811 et *Allary*, req. n° 199.399, Rec., T., p. 812 ; 7 juillet 2004, *Fédération des syndicats autonomes Midi-Pyrénées (FNSA PTT)*, req. n° 220.697, Rec., T., p. 833.

³⁹³⁷ CE, 18 mars 1963, *Union nationale pour l'avenir de la médecine*, req. n° 54.601, Rec., T., p. 959 ; 2 décembre 1964, *Syndicat unifié des contributions directes et Sieurs Mary et autres*, req. n° 60.986, Rec., p. 608 ; 27 avril 1998, *Confédération des syndicats médicaux français et autres*, req. n° 185.644, Rec., p. 180, *D.*, 1998, SC, p. 386, obs. X. PRÉTOT, *Dr. adm.*, 1998, n° 7, p. 10 et p. 22, note C. MAUGÜÉ, *RFDA*, 1999, n° 1, p. 96, concl. C. MAUGÜÉ. Sur ces différents points, voir D. de BÉCHILLON, thèse préc., p. 352 ; A. LEFAS, *EDCE*, 1958, p. 85, spéc. p. 87 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 989 ; D. PERROT, art. préc., p. 1004.

³⁹³⁸ Sur l'ensemble de ces points, voir p. 424, n° 535 et p. 873, n° 1140.

³⁹³⁹ Sur l'ensemble de ces points, voir p. 424, n° 535 et pp. 428-429, n° 540. Ces limites s'imposent désormais à l'ensemble des lois rétroactives.

validation entraînera seulement l'inopérance des moyens dirigés contre les vices couverts par la validation³⁹⁴⁰.

La neutralisation de l'illégalité pour le passé ne résulte pas uniquement de la « cristallisation » des effets survenus au cours de la période intermédiaire. La consolidation de la situation juridique pour la période intermédiaire peut également être réalisée en agissant, non plus sur sa contestabilité, mais sur l'élément du présumé de la règle de droit qui a été à l'origine de sa transgression.

II – LE MAINTIEN DE LA SITUATION JURIDIQUE ANTERIEURE PAR L'OUBLI DE SON CARACTERE DELICTUEUX

1141. C'est à l'occasion de l'adoption d'une loi d'amnistie que la rétroactivité est également appelée à remplir une fonction de consolidation de la situation juridique par neutralisation de l'illégalité. Dans un souci d'apaisement et de clémence, le législateur admet que certaines conséquences qui auraient dû être tirées de la commission d'une infraction, ne le soient pas, pour le passé comme pour le présent.

Il ne s'agit plus d'empêcher la remise en cause de l'acte irrégulier qui a constitué le support de la situation juridique, en neutralisant le vice dont celui-ci est entaché, mais de rompre le lien entre le comportement adopté en violation de la règle de droit et la sanction correspondante. En d'autres termes, le législateur agit sur l'élément constitutif de l'infraction dans le but de suspendre provisoirement les conséquences qui lui sont normalement attachées du fait du non-respect de la règle répressive de fond. Il s'ensuit que la loi d'amnistie entraîne *a posteriori* une « dispense »³⁹⁴¹ provisoire du respect de la règle de droit, pour la période antérieure à son édicton, à l'égard d'une catégorie de délinquants ou pour une série de faits répréhensibles déterminés. Ces derniers ne sont désormais plus punissables, de même qu'ils ne constituent plus une première infraction pour les récidives, quand bien même ils ont déjà été commis. Au moyen de la rétroactivité, l'application de la règle d'incrimination aux situations concernées sera écartée pour la période intermédiaire. Il en découle l'impossibilité pour les autorités en charge de la répression de sanctionner *a posteriori* les comportements intervenus au cours de cette période, alors même que ces derniers étaient, à cette époque, répréhensibles au regard de la règle de droit. La dispense prononcée par la loi d'amnistie emporte alors la consolidation pour le passé de la situation juridique.

1142. Toutefois, la rétroactivité consolidatrice de la loi d'amnistie demeure limitée à ce qui est nécessaire au maintien de la situation juridique en cause, sans aller jusqu'à la supprimer toutes les conséquences de l'irrégularité.

Certes, l'intervention de l'amnistie entraîne, de la même manière qu'une validation *stricto sensu*, le non-lieu à statuer sur les litiges en cours à la date de sa publication³⁹⁴². L'effet de la loi d'amnistie s'étend non seulement à l'ensemble des décisions des juges du fond qui ne sont pas encore passées en

³⁹⁴⁰ CE, Sect., 27 mai 1994, *Société Franck Alexandre*, req. n° 135.410, Rec., p. 261, *AJDA*, 1994, n° 7-8, p. 506, chr. C. MAUGÜÉ et L. TOUVET, *RFDA*, 1995, n° 1, p. 43, concl. S. LASVIGNES ; Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, préc. ; 27 avril 1998, *Confédération des syndicats médicaux français et autres*, préc. ; 23 juin 2004, *Société "Laboratoires Genévrier"*, req. n° 257.797, Rec., p. 256, *RDSS*, 2004, n° 4, p. 914, note J. PEIGNÉ ; 18 novembre 2009, *Société Établissements Pierre Fabre*, req. n° 307.862, Rec., T., p. 624, *BJCL*, 2009, n° 11, p. 769, concl. Y. STRUILLOU, *LPA*, 27 avril 2010, n° 83, p. 26, note R. BONNEFONT, *RJEP*, 2009, n° 674, p. 29, note G. PELLISSIER.

³⁹⁴¹ Sur ces différents points, voir p. 132 et s., n° 184 et s. Voir également, P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 17-18, n° 5.

³⁹⁴² Cf., par ex., CE, 11 octobre 1995, *Société Jalatte*, req. n° 151.916, Rec., T., p. 663 ; 7 janvier 2000, *SARL Amadeus Marketing*, req. n° 184.565, Rec., T., p. 839 ; 4 février 2004, *Letang*, req. n° 247.396, Rec., T., p. 834 ; 10 novembre 2004, *Kalfon*, req. n° 255.364, Rec., T., p. 588 (contentieux de l'excès de pouvoir) ; CE, 19 mai 2000, *Mlle Mograbi*, req. n° 180.092, Rec., T., p. 839 (contentieux de pleine juridiction).

force de chose jugée à cette date, mais également aux procès en cassation³⁹⁴³. Par l'effet de la loi d'amnistie, les sanctions et condamnations antérieurement intervenues sont réputées non avenues³⁹⁴⁴. Les effets que la règle répressive a entraînés à l'égard des faits amnistiés au cours de la période intermédiaire sont retraités, de telle manière à empêcher ou effacer toute sanction prononcée à l'encontre des bénéficiaires de l'amnistie.

En revanche, la loi d'amnistie est impuissante à atteindre dans leur légalité les actes administratifs qui ont fait suite à la sanction ou à la condamnation et qui ont été édictés antérieurement à la date de sa publication³⁹⁴⁵. Elle n'emporte pas davantage le rétablissement du délinquant amnistié dans les droits qui étaient les siens antérieurement à l'intervention de la sanction ou de la condamnation prononcée à son encontre³⁹⁴⁶. Cette différence marque la frontière entre la fonction de correction et celle de stabilisation qu'assure alternativement la rétroactivité. La première comporte une dimension positive, dont est exempt la seconde. En d'autres termes, la rétroactivité consolidatrice se borne à assurer le maintien d'une situation juridique irrégulière dans l'ordonnement juridique, tandis que la rétroactivité correctrice poursuit une logique de rétablissement de la légalité. Comme on l'a vu, la *restitutio in integrum* peut impliquer l'édition d'actes positifs destinés à remettre la situation juridique concernée dans une position de non-contrariété avec la règle de droit. Dans le cas de l'amnistie, il n'existe aucune obligation de replacer le bénéficiaire de l'amnistie dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas enfreint, en premier lieu, la règle d'incrimination.

À cet égard, on peut remarquer que les lois d'amnistie intervenant dans le droit disciplinaire de la fonction publique laissent souvent à l'autorité administrative compétente la faculté de réintégrer l'intéressé dans ses fonctions, voire même de procéder à une reconstitution rétroactive de sa carrière³⁹⁴⁷. Ces mesures restent cependant exceptionnelles. En effet, il semblerait excessif d'imposer à l'Administration, à la suite de l'amnistie d'une sanction ayant emporté l'éviction de l'intéressé, de procéder d'office à sa réintégration, dès lors que celui-ci s'est montré indigne du service.

L'oubli de la contrariété à la règle de droit du comportement adopté dans le passé débouche sur la consolidation de la situation juridique du délinquant pour la période intermédiaire. Dans le même

³⁹⁴³ Le juge de cassation ne sera tenu de prononcer le non-lieu à statuer que dans le cas où la sanction n'a pas été exécutée au moment de la publication de la loi d'amnistie (CE, 9 février 2005, *Mme Mariadassou*, req. n° 249.927, Rec., T., p. 739). Sur cette question, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 381, n° 1265 ; R. ODENT, *op. cit.*, t. I, p. 985 et les ex. cités.

³⁹⁴⁴ CE, 6 mai 1857, *Lauba*, Rec., p. 354 ; 10 mai 1929, *Molinier*, Rec. p. 502 ; Ass. Plén., 24 novembre 1961, *Électricité de Strasbourg c/ Schaub*, req. n° 51.511, Rec., p. 660, *AJDA*, 1962, p. 18, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT, *RDP*, 1962, n° 2, p. 339, concl. C. HEUMANN ; 8 avril 1987, *Entreprise Jean Lefebvre*, req. n° 28.531, Rec. p. 138. Voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 468, n° 1356.

³⁹⁴⁵ Cette solution vaut en matière d'excès de pouvoir (CE, 29 octobre 1948, *Clabaut*, Rec., p. 400 ; 29 avril 1953, *Schaaf*, Rec., p. 201 ; 7 octobre 1964, *Béraud*, req. n° 56.270, Rec., p. 450 ; 3 décembre 1971, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Calmel*, req. n° 80.434, Rec., p. 740), comme en plein contentieux (CE, 3 février 1999, *Bédoian*, req. n° 172.404, Rec., p. 11). Sur ces différents points, voir C. LEGRAS, concl. sur CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, req. n° 274.000, Rec., p. 24, *RFDA*, 2009, n° 2, p. 259, spéc. p. 263.

³⁹⁴⁶ Pour une illustration de cette idée, voir CE, Sect., 27 mai 1960, *Sieur Bellocq et dame Baudin*, req. n° 43.330 et 43.331, Rec., p. 373. Pour d'autres ex., cf. CE, 5 janvier 1973, *Halb*, req. n° 84.744, Rec., p. 8 ; 24 juillet 1978, *Nicot*, req. n° 05.982, Rec., T., p. 712 ; 6 juin 1984, *Poirier*, req. n° 53.966, Rec., T., p. 477 ; 14 janvier 1987, *Paulo*, req. n° 57.555, Rec., T., p. 594 ; C.Const., déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 19 et 20, Rec., p. 119, *AIJC*, 1988, p. 392, chr. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1988, n° 7-8, p. 752, note P. WACHSMANN, *D.*, 1989, J., p. 269, note F. LUCHAIRE, *Dr. soc.*, 1988, p. 755, note X. PRÉTOT, *Pouvoirs*, 1989, n° 48, p. 180, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *JCP G*, 1989, II, 21202, note M. PAILLET, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399, chr. L. FAVOREU ; CE, 29 mars 2002, *Département du Rhône*, req. n° 217.195, Rec., T., p. 620.

³⁹⁴⁷ Comp. l'art. 14-II et 22 de la loi n° 81-736 du 4 août 1981, portant amnistie (JORF du 5 août 1981, p. 2138) et l'art. 20 de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002, portant amnistie (JORF du 9 août 2002, p. 13647). Sur cette question, voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, n° 1350 et 6 et 1265

ordre d'idées, on peut se demander si le renoncement à sanctionner ou à contester une irrégularité antérieurement commise ne ferait pas jouer une fonction identique à la rétroactivité.

§ 2 : La consolidation de la situation juridique par le renoncement à la sanction de l'illégalité pour le passé

1143. Il s'agit de s'interroger ici sur le rôle que pourrait être amenée à jouer la rétroactivité en cas de renoncement à la sanction d'un acte irrégulier, soit par un organe d'application du droit, soit par le titulaire d'un droit de critique à son encontre. Il est indéniable que le refus de sanctionner ou le renoncement à exercer une action en invalidité contre un acte juridique entaché d'une illégalité emporte, d'un certain point de vue, la consolidation des effets que ce dernier a antérieurement produits. Faute de sanction, les conséquences de l'illégalité sont maintenues, pour le passé, dans l'ordonnement juridique par suite de l'intervention d'une décision en ce sens. Dès lors, il paraît tentant d'y voir, d'un point de vue fonctionnel, une consolidation rétroactive.

Pourtant, la décision de renoncer à la sanction d'une irrégularité ne développe, par elle-même, aucun effet sur le passé. Le choix de « laisser les choses en l'état » ne requiert aucune modification du passé de l'ordonnement juridique. Il reste que ce dernier se trouve bien affecté, dès lors qu'un élément invalide, et en tant que tel voué à l'annihilation, demeure finalement en son sein pour le passé. En d'autres termes, les effets de l'acte juridique dont l'irrégularité n'a pas été sanctionnée, parce qu'ils deviennent incontestables, seraient, en quelque sorte, « confirmés » pour l'ensemble de la période intermédiaire. Suivant ce raisonnement, le refus de sanctionner ou la renonciation à exercer l'action poursuivant ce but emporterait indirectement la consolidation rétroactive de la situation juridique pour le passé.

1144. Si un tel effet absolu devait être accordé à l'absence de sanction d'une irrégularité, il serait envisageable de considérer que la rétroactivité jouerait, à cette occasion, une fonction de consolidation et ce, dans au moins dans deux hypothèses. Seraient principalement concernées la « confirmation-renonciation » et le pouvoir juridictionnel de modulation des effets dans le temps de la chose jugée.

D'abord, on sait que la « confirmation-renonciation » désigne la faculté pour le titulaire d'une action en nullité contre un acte juridique irrégulier, d'y renoncer. L'effet de la confirmation ainsi définie n'est pas de réparer l'acte en faisant disparaître rétroactivement la cause de la nullité, mais de le rendre inattaquable. À supposer que l'ensemble des titulaires du droit de critique y renoncent, il en résulte la consolidation définitive de l'acte confirmé. Un tel cas de figure n'est pas pure hypothèse d'école. Comme on l'a vu plus tôt, une telle configuration pourrait se présenter dans le domaine contractuel, à la faveur d'un développement de la théorie des nullités relatives en droit public, spécialement dans le contentieux de pleine juridiction³⁹⁴⁸.

Ensuite, la mise en œuvre par le juge administratif de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de sa décision d'annulation peut le conduire à regarder comme « définitifs » les effets

³⁹⁴⁸ Sur cette question, cf. p. 210 et s., n° 275 et s. Voir également, G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 121, 1972, p. 34, n° 48 ; B. MATHIEU, thèse préc., p. 107 ; J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 408, n° 433 ; D. POUYAUD, thèse préc., p. 465, n° 759.

antérieurement produits par l'acte mis en cause devant lui³⁹⁴⁹. Le refus de tirer les conséquences pour le passé de la sanction prononcée maintient, au nom de l'exigence de sécurité juridique, la situation dans l'état qui était le sien au cours de la période intermédiaire. Le jugement d'annulation produisant un effet *erga omnes*, il ne sera plus possible, sous réserve des procédures en cours à la date de la décision du juge, de remettre en cause pour le passé les effets de l'acte annulé *ex nunc*. Il y aurait là une forme de validation *a posteriori* de l'acte irrégulier. Une telle manière d'appréhender la logique de la modulation juridictionnelle se trouve renforcée par l'obligation faite au juge, par dérogation à la règle de l'économie des moyens, de vérifier qu'aucun autre motif d'annulation ne s'oppose à sa mise en œuvre³⁹⁵⁰. C'est bien dans une perspective de consolidation de la situation préexistante qu'entend se placer le juge dans la recherche d'un équilibre entre le principe de légalité et celui de stabilité des situations juridiques. Jusqu'à l'intervention du juge, les effets de l'acte annulable sont menacés d'annihilation en raison de son illégalité. À la suite de la décision du premier, les seconds seront « sécurisés » et ne pourront plus être remis en cause, l'autorité de chose jugée y faisant désormais obstacle. De la non-rétroactivité de l'annulation juridictionnelle découlerait une rétroactivité consolidatrice de la situation litigieuse.

1145. Toutefois, pour admettre l'existence d'une rétroactivité consolidatrice découlant de renoncement à tirer les conséquences pour le passé d'une illégalité, il faudrait d'abord accepter que l'absence de sanction de celle-ci comporte, implicitement mais nécessairement, une dimension positive. L'illégalité ne serait pas seulement neutralisée, mais purement et simplement effacée, faute d'avoir été sanctionnée ou contestée. En d'autres termes, il y aurait une *régularisation* rétroactive de la situation en cause par suite du renoncement à la sanction de l'illégalité. Cette idée est présente chez certains auteurs qui contestent l'existence d'actes irréguliers *per se*, en dehors de tout rapport de correspondance avec les exigences posées par la règle de droit à un instant donné³⁹⁵¹. En d'autres termes, le concept d'irrégularité doit être envisagé uniquement d'un point de vue relationnel³⁹⁵². Une norme juridique n'est irrégulière qu'en tant qu'elle est contraire aux normes juridiques qui régissent, à un moment donné, ses conditions de production. Si on pousse ce raisonnement à l'extrême, cela signifie qu'on ne peut plus parler d'irrégularité si ce rapport devient impossible à établir. Or, tel semble bien être le cas lorsqu'une autorité intervient pour dispenser la norme irrégulière de l'obligation de respecter les conditions posées par la règle de droit ou lorsque cette obligation disparaît en raison de l'impossibilité de remettre en cause la violation de ladite règle. L'irrégularité s'efface au profit de la consolidation de la situation juridique. Dans cette perspective, il n'y a guère de différence objectivement observable entre ce cas de figure et celui d'une régularisation *ab initio* de la situation concernée.

Outre la circonstance qu'elle confère une portée particulièrement large au mécanisme de la renonciation, cette manière de voir n'emporte pas la conviction. Certes, d'un point de vue empirique, il n'y a pas lieu de distinguer entre une situation régulière et une situation irrégulière devenue définitive, faute d'avoir été contestée et/ou sanctionnée. Néanmoins, il paraît excessif de déduire de l'absence de sanction pour le passé de l'illégalité entachant un acte juridique, la consolidation rétroactive de ses effets. Comme on l'a vu, le maintien de la situation juridique née au cours la période intermédiaire peut très bien s'expliquer sans recourir aucunement à la notion de rétroactivité. Les effets de l'illégalité pour

³⁹⁴⁹ Pour des ex., voir

³⁹⁵⁰ Cf., pp. 549-550, n° 698.

³⁹⁵¹ Voir, en ce sens, H. KELSEN, *op. cit.*, p. 154 ; J.-F. LAFAT, thèse préc., p. 325, n° 339.

³⁹⁵² Sur cette idée, voir C. EISENMANN, *op. cit.*, t. II, pp. 437-438 ; H. KELSEN, *op. cit.*, p. 155.

le passé sont simplement devenus insusceptibles de contestation au présent par suite de la renonciation à sa sanction³⁹⁵³.

*

1146. Conclusion de la Section 1. Dans son premier versant, la fonction de stabilisation de la rétroactivité réalise la consolidation d'une situation juridique devenue précaire à la suite de la commission d'une illégalité. Alors qu'ils auraient dû disparaître du passé de l'ordonnement juridique, les effets produits au cours de la période intermédiaire y sont maintenus. En empêchant la sanction de l'irrégularité et/ou que les conséquences de cette dernière soient tirées, la rétroactivité consolidatrice « sécurise » le droit antérieur. Ce résultat peut être obtenu, au moyen de la rétroactivité, soit par une action sur la cause de l'illégalité, soit par une action sur le prononcé de la sanction de l'illégalité. Dans le premier cas, celle-ci est oubliée pour le passé comme pour l'avenir, tandis que, dans le second, elle est placée hors de toute atteinte.

C'est dire qu'à la rupture qui découlerait du traitement de l'irrégularité est préférée la stabilisation des situations juridiques fragilisées. Ce faisant, l'opération de stabilisation assure, quoique de manière indirecte, la continuité du droit appliqué au cours de la période intermédiaire en empêchant sa remise en cause. L'objectif poursuivi par l'autorité normative étant le maintien des effets produits au cours de la période intermédiaire, la circonstance qu'une certaine continuité du droit est également préservée par là apparaît quelque peu secondaire. En tout état de cause, ce n'est que de manière négative que la continuité de l'application du droit est ici assurée au moyen de la rétroactivité. En revanche, ce lien est parfois plus direct, le retraitement des effets du passé étant positivement mis au service de la sauvegarde ou du rétablissement de la continuité de l'action publique.

³⁹⁵³ Cf., plus haut, p. 212, n° 275.

Section 2 : La continuité du droit antérieur garantie pour la période intermédiaire

1147. Introduction et plan. Le second aspect de la fonction de stabilisation de la rétroactivité la fait directement participer de la continuité du droit³⁹⁵⁴. *A priori*, on pourrait être surpris que le retraitement des effets du passé puisse servir à garantir la continuité du droit applicable ou d'une situation juridique pour une période partiellement ou entièrement révolue. En effet, la rétroactivité ne peut, par exemple, faire qu'un service public, dont le fonctionnement a été interrompu antérieurement à l'intervention de l'autorité normative, soit réputé avoir fonctionné sans discontinuer. Elle est donc impuissante à « réparer » concrètement les atteintes portées au principe de continuité. Il s'agit plutôt d'opérer, au moyen de la rétroactivité, la stabilisation du droit appliqué au cours de la période intermédiaire, de telle manière à en consolider les conséquences juridiques ou à remédier aux discontinuités qui ont pu survenir dans sa mise en œuvre.

Cette fonction de stabilisation que remplit la rétroactivité se recoupe partiellement avec les deux précédentes. D'une part, réaliser l'unité du droit applicable pour la période intermédiaire peut également contribuer à assurer la continuité de ce dernier, en particulier lorsqu'il s'agit d'établir ou de rétablir la concordance des temps au moyen de la rétroactivité. Qu'il s'agisse de rattraper un retard pris dans l'édition d'une réglementation ayant vocation à régir, dans son ensemble, une période donnée ou d'harmoniser la signification et la portée d'un texte préexistant, l'opération d'unification conduit à établir ou rétablir une certaine continuité dans l'application du droit au cours de la période intermédiaire. D'autre part, au titre de sa fonction de correction, le retraitement des effets du passé peut, dans sa dimension constructive, poursuivre la prévention ou le comblement d'un vide juridique constitutif d'une illégalité pour la période intermédiaire ou de reconstruire la légalité d'une situation juridique pour cette même période. Il en résulte un renouveau de la base légale des situations juridiques concernées, lequel permet, dans le même temps, de rétablir une continuité dans l'application du droit.

Toutefois, si les opérations d'unification ou de correction qu'autorise la rétroactivité permettent d'obtenir une certaine continuité du droit pour le passé, le but principalement poursuivi à l'occasion du retraitement du passé n'est pas sa stabilisation. Ce n'est que dans deux hypothèses que ces deux éléments se trouvent corrélés et que l'on peut, en conséquence, attribuer à la rétroactivité une telle fonction.

Dans une première situation, le retraitement des effets du passé poursuit une logique de préservation de la continuité de l'action publique, à travers la consolidation du droit applicable ou la révision d'une situation juridique. Il s'agit d'éviter que des ruptures antérieurement intervenues puissent demeurer dans le passé de l'ordonnement juridique ou que de tels événements puissent être provoqués par une irrégularité découverte ultérieurement. D'un côté, la rétroactivité stabilisatrice entend répondre à une menace de remise en cause des effets produits au cours de la période intermédiaire qui pourrait affecter le fonctionnement d'un ou plusieurs services publics. De l'autre, il s'agit de remédier à une discontinuité qui s'est produite antérieurement dans l'application du droit et qu'il convient de redresser au nom de l'exigence de continuité. Le retraitement des effets du passé rétablit alors ce qui

³⁹⁵⁴ Cette idée est présente, plus largement, en droit transitoire. Voir, en ce sens, G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 10, n° 14.

aurait dû se produire si cette rupture n'était jamais intervenue. À l'issue de cette opération, la continuité de l'action publique est, de nouveau, assurée, comme si elle n'avait jamais été perturbée.

Dans une seconde situation, il est recouru à la rétroactivité afin de « pérenniser » un dispositif ou une situation juridique, faute pour l'autorité normative d'avoir procédé, en temps utile, à sa prolongation ou à son renouvellement. La continuité de l'un ou de l'autre est alors établie par le « comblement » rétroactif de la période d'interruption. À l'issue de cette opération, les effets antérieurement produits sont prolongés à compter du moment même où ils ont cessé, comme s'ils avaient continué à se développer tout au long de la période intermédiaire.

C'est dire que dans sa fonction de stabilisation la rétroactivité permet de maintenir la continuité de l'action publique (§ 1) ou de pérenniser le droit antérieurement applicable (§ 2).

§ 1 : La continuité de l'action des autorités publiques maintenue au moyen de la rétroactivité

1148. La fonction de stabilisation que remplit la rétroactivité au service de la continuité du droit repose principalement sur les nécessités de l'action des autorités publiques. Cette action ne devant subir aucune interruption, le retraitement des effets du passé peut s'avérer nécessaire en vue de sauvegarder la continuité du service public. La rétroactivité réalise alors la « sécurisation » d'un ou plusieurs services publics, tels qu'ils ont pu fonctionner au cours de la période intermédiaire (I). Cette opération de stabilisation réalisée au moyen de la rétroactivité concerne le service public dans tous ses éléments, y compris humains³⁹⁵⁵. La rétroactivité permet de garantir aux fonctionnaires la continuité de leur carrière, quelles que soient les vicissitudes que celle-ci a pu connaître au cours de la période intermédiaire. En consolidant la situation juridique individuelle des agents publics, la rétroactivité assure par là les meilleures conditions possibles d'exécution au service. (II).

I – LE FONCTIONNEMENT CONTINU D'UN SERVICE PUBLIC PRESERVE AU MOYEN DE LA RETROACTIVITE

1149. La fonction de stabilisation de la rétroactivité se manifeste avec éclat lorsqu'il s'agit pour l'autorité publique de sauvegarder la continuité du service public, principe à valeur constitutionnelle³⁹⁵⁶. Le recours à la rétroactivité permet de prévenir ou de remédier à toute perturbation affectant le fonctionnement continu des services publics. Or, la continuité du service public se trouve en péril chaque fois qu'une illégalité quelconque est commise à l'occasion de l'organisation ou de l'exécution du service. C'est le cas lorsque l'autorité normative a tardé ou a manqué d'édicter les textes nécessaires, si bien que le service a dû être assuré dans l'illégalité, ou lorsque le juge sanctionne une irrégularité

³⁹⁵⁵ Cf. Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public 2003, EDCE, n° 54, Paris, La Documentation française, 2003.

³⁹⁵⁶ CE, Sect., 30 mars 1979, *Secrétaire d'État aux Universités et Université de Bordeaux II*, req. n° 09.369, 09.413, Rec., p. 141, AJDA, 1979, n° 10, p. 18 et p. 32, chr. Y. ROBINEAU et M.-A. FEFFER, D., 1981, J., p. 51, note B. FOUCHER ; C.Const., déc. n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, cons. 1, Rec., p. 33, AJDA, 1980, p. 191, note A. LEGRAND, D., 1980, p. 101, note M. PAILLET et p. 333, note L. HAMON, JCP G, 1981, II, 19547, note J.-C. BÉGUIN, *Pouvoirs*, 1979, n° 11, p. 196, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, RDP, 1979, n° 6, p. 1705, chr. L. FAVOREU ; 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, req. n° 17.995, Rec., p. 274.

commise dans son organisation ou cours de sa mise en œuvre. Le risque de formation d'un vide juridique, d'une part, et/ou les conséquences de la disparition rétroactive de l'acte indispensable au fonctionnement du service public, d'autre part, rendent alors nécessaire le recours à la rétroactivité. En réalisant la consolidation de la période intermédiaire, l'autorité normative écarte toute possibilité qu'une « éclipse » se produise dans l'action publique³⁹⁵⁷. La rétroactivité empêche toute discontinuité temporelle dans la mise en œuvre du service public.

En revanche, il paraît peu probable que l'autorité publique puisse utilement user de la rétroactivité lorsqu'elle est confrontée à une interruption avérée du service. En effet, le retraitement juridique auquel donne lieu la rétroactivité apparaît, en tout état de cause, impuissant à remédier *ex post facto* aux conséquences matérielles d'une défaillance survenue dans son fonctionnement. Le mal étant déjà fait, il ne sert à rien de réputer que le service a continuellement fonctionné. Le rôle joué par la rétroactivité dans la protection du principe de continuité consiste donc à stabiliser le fonctionnement du service public face à un risque de blocage de l'action administrative préjudiciable à l'intérêt général.

1150. La stabilisation rétroactive du fonctionnement du service public est d'abord le fait du législateur. Celui-ci a été conduit à prononcer la validation rétroactive d'actes administratifs et/ou de leurs conséquences, dont l'annulation contentieuse aurait été de nature à compromettre la continuité d'un ou de plusieurs services publics. Dans sa décision fondatrice en matière de contrôle de constitutionnalité des validations législatives, le Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution de l'intervention rétroactive du législateur dans les procédures en cours en vue de « *préserver le fonctionnement continu du service public* »³⁹⁵⁸.

Dans une première situation, le législateur a usé de la rétroactivité principalement pour prévenir l'éventualité d'un dysfonctionnement, voire d'une interruption partielle ou totale, du service. Tel a été le cas, par exemple, de la nomination directe et rétroactive prononcée par le législateur des personnels assurant le service en cause, en réponse à l'illégalité des textes sur le fondement desquels celle-ci était initialement intervenue³⁹⁵⁹. De la même manière, le législateur est venu, plus récemment, empêcher rétroactivement la remise en cause par le juge de contrats administratifs affectés d'un vice d'incompétence, afin de garantir la poursuite de l'exécution de services publics locaux en réseaux. Il va de soi que l'ingérence rétroactive du législateur dans les procès en cours perd sa raison d'être si le

³⁹⁵⁷ Sur cette idée, voir CE, 7 août 1909, *Winkell*, Rec., p. 826 et p. 1296, concl. TARDIEU, S., 1909, III, p. 145, concl. TARDIEU et note M. HAURIOU, *RDP*, 1909, p. 494, note G. JÈZE).

³⁹⁵⁸ C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 2, Rec., p. 46, *GDCC* n° 12, *AJDA*, 1980, n° 11, p. 602, note G. CARCASSONNE, *D.*, 1981, IR, p. 356, obs. L. HAMON, *Gaz. Pal.*, 1981, 1, doct., p. 93, note J.-Y. PLOUVIN et 11-12 février 1981, note D. PERIER-DAVILLE, *JCP G*, 1981, II, 19603, note N. NGUYEN QUOC DINH, *Rev. adm.*, 1980, n° 197, p. 497, note J.-J. BIENVENU et S. RIALS et 1981, p. 33, note M. DE VILLIERS, *RDP*, 1980, n° 6, p. 1658, chr. L. FAVOREU. Cf., dans le même sens, D. PERROT, art. préc., p. 993. Voir également, l'avis défavorable donné par le Conseil d'État sur un projet de validation législative, dès lors que la continuité du service public n'était pas en jeu (*EDCE* 1983-1984, n° 35, p. 146).

³⁹⁵⁹ C.Const., déc. n° 85-192 DC, 24 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, cons. 8 à 10, Rec., p. 56, *AJJC*, 1985, p. 427, chr. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1985, n° 9, p. 485, note J.-J. BIENVENU, *LPA*, 7 août 1987, p. 2, note L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, *RDP*, 1986, n° 2, p. 395, chr. L. FAVOREU : fixation rétroactive de la composition du Conseil supérieur des universités dont le mandat était échu, afin d'assurer la continuité du service public dans l'attente de nouvelles élections ; déc. n° 87-228 DC, 26 juin 1987, *Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade*, Rec., p. 38, *AJJC*, 1987, p. 569, chr. B. GENEVOIS, *Pouvoirs*, 1987, n° 43, p. 215, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399, chr. L. FAVOREU : validation des nominations de magistrats en vue de garantir la continuité du service public de la Justice.

service a cessé au moment de son intervention³⁹⁶⁰. Enfin, c'est pour conjurer le « spectre » d'un engorgement des tribunaux ou d'une submersion des services fiscaux ou sociaux que le législateur a prononcé la validation rétroactive de prélèvements obligatoires. Le risque de troubles qu'apporterait à la continuité des services publics fiscaux, sociaux et juridictionnels, voire même à la paix sociale elle-même, la multiplication de réclamations se trouve désamorcé par l'intervention rétroactive du législateur³⁹⁶¹.

Dans une seconde situation, il est recouru à la rétroactivité pour opérer la stabilisation non plus du fonctionnement du service public en lui-même, mais des moyens financiers permettant de garantir sa continuité. Il s'agit de déjouer les conséquences financières que pourraient avoir la disparition de la source de financement d'un service public sur l'exécution des missions qui sont les siennes. C'est donc à la paralysie de services devenus « exsangues » que le législateur entend échapper au moyen de la rétroactivité. Tel a été le cas, sous la V^e République, lorsqu'à deux reprises le Parlement a été contraint d'adopter un budget rétroactif pour remédier à un retard pris dans la procédure budgétaire. En prenant effet au début de l'exercice, la loi de finances rétroactive a ainsi pu parer à toute interruption dans le fonctionnement des services publics³⁹⁶². Dans le même ordre d'idées, la mise en péril du système de protection sociale ou l'atteinte portée à l'équilibre financier des collectivités publiques constituent autant de motifs fondés sur la nécessité de préserver la continuité du service public dont le législateur a pu valablement se prévaloir pour modifier rétroactivement les règles que les juridictions ont pour mission d'appliquer. Néanmoins, l'atteinte alléguée à l'équilibre du budget d'une collectivité en charge d'un service public ne justifie sa stabilisation rétroactive que pour autant qu'elle porte sur une partie prépondérante des ressources dont celle-ci dispose³⁹⁶³.

1151. C'est suivant une logique identique que la jurisprudence admet que l'autorité administrative recourt à la rétroactivité en vue d'assurer la continuité du financement d'un service public reposant sur une base annuelle et que le prononcé d'une annulation contentieuse est venu compromettre. La rétroactivité administrative nécessaire à la préservation de la continuité du financement du service public

³⁹⁶⁰ Sur le premier point, cf. l'ex. de l'art. 101-VII n° 2006-1772 du 30 décembre 2006, sur l'eau et les milieux aquatiques (JORF du 31 décembre 2006 ; *JCP A*, 2007, 2062, obs. O. GUILLAUMONT). Sur cette loi et sur le second point, voir CE, Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, préc.

³⁹⁶¹ Pour un ex. en matière sociale, voir C.Const., déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, *Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française*, cons. 4, Rec., p. 254, *AJDA*, 1997, n° 12, p. 963, note J.-É. SCHOETTL, *D.*, 1998, J., p. 117, note Y. BRARD et 1999, SC, p. 233, obs. A. ROUX, *LPA*, 4 mars 1998, n° 27, p. 16, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX et 17 février 1999, n° 34, p. 12, note M. ENTOPE, *RDP*, 1998, n° 1, p. 23, F. LUCHAIRE, *RFDA*, 1998, p. 148, note B. MATHIEU, *RFDC*, 1998, n° 33, p. 157, note L. PHILIP. En matière fiscale, cf. l'ex. de l'art. 25-II de la loi n° 99-1173 du 30 décembre 1999, de finances rectificative pour 1999 (JORF n° 303 du 31 décembre 1999, p. 19968). Sur cette disposition, voir C.Const., déc. n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, cons. 11, Rec., p. 168, *AJJC*, 1999, p. 597, chr. S. de CACQUERAY, *AJDA*, 2000, n° 1, p. 43, chr. J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 28 juillet 2000, n° 150, p. 31, chr. B. MATHIEU et S. AIVAZZADEH-BARRÉ, *RFDA*, 2000, n° 2, p. 289, note B. MATHIEU, *RFDC*, 2000, n° 41, p. 137, note L. PHILIP, *RJF*, 2000, n° 2, p. 90, note E. MIGNON ; CE, 27 février 2006, *Krempff*, req. n° 257.964, Rec., T., p. 801, *JCP E*, 2006, n° 35, p. 1449, note D. F., *RDF*, 2006, n° 29, p. 1420, concl. L. OLLÉON ; 3 septembre 2008, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Colly Bombed*, req. n° 277.755, Rec., T., p. 597, *RDF*, 2008, n° 44-45, p. 32, concl. P. COLLIN. Pour un autre ex., voir C.Const., déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, *Loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française*, cons. 4, Rec., p. 80, *AJJC*, 2002, p. 627, chr. W. MASTOR, *D.*, 2002, n° 18, p. 1439, note B. MATHIEU et 2003, n° 16, p. 1069, note L. GAY, *LPA*, 19 février 2002, n° 36, p. 16, note J.-É. SCHOETTL et 25 septembre 2002, n° 192, p. 16, chr. B. MATHIEU, *RDP*, 2002, n° 3, p. 639, chr. D. ROUSSEAU, *RFDC*, 2002, n° 50, p. 385, chr. L. GAY.

³⁹⁶² Cet objectif s'ajoute alors à celui visant à assurer l'unité du régime applicable à l'exercice budgétaire (cf., sur ce point, voir p. 794, n° 1036).

³⁹⁶³ Sur le premier point, voir C.Const., déc. n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, préc., cons. 13. Sur le second point, voir, C.Const., déc. n° 2002-458 DC, 7 février 2002, préc., cons. 5.

n'est acceptée que s'il est impossible de prolonger ou de faire revivre la réglementation valable pour l'année précédente³⁹⁶⁴. La rétroactivité doit constituer le seul moyen de stabiliser les moyens de fonctionnement des services menacés. En dehors de cette hypothèse, seule la création d'un vide juridique dont l'existence constitue une illégalité est susceptible de justifier la tentative administrative de rétablir la continuité du service³⁹⁶⁵.

Dans le même ordre d'idées, la loi peut elle-même permettre que la continuité des services publics soit garantie au prix, si nécessaire, d'une rétroactivité. En témoigne la procédure dérogatoire permettant aux collectivités territoriales de voter leur budget lorsque celui-ci n'a pu être adopté dans les conditions de droit commun et alors que l'exercice budgétaire a déjà débuté. Par le jeu du principe d'annualité, le budget local adopté tardivement prendra effet au début de l'exercice, soit au 1^{er} janvier. Le Conseil constitutionnel s'est expressément référé au principe de continuité pour déclarer ce dispositif conforme à la Constitution³⁹⁶⁶.

En dehors des cas où la loi l'autorise ou l'exécution de la chose jugée l'exige, la rétroactivité administrative au service de la continuité du service public n'est plus reçue en jurisprudence. Alors que dans un premier temps le Conseil d'État avait admis la rétroactivité d'une délégation accordée à un organisme privé, dès lors qu'elle s'avérait nécessaire à la continuité du service public dont il était chargé, la haute juridiction l'a, dans un second temps, censurée³⁹⁶⁷.

1152. Il faut se garder toutefois de surestimer le rôle joué par la rétroactivité dans la préservation du principe de continuité du service public. En règle générale, la garantie de la continuité du service public constitue plutôt un obstacle à la rétroactivité, notamment juridictionnelle. L'exigence de continuité commande parfois que soient maintenus pour le passé, en dépit de leur illégalité, les effets d'actes considérés comme essentiels à son organisation ou indispensables à son fonctionnement. Alors même que l'illégalité dont ils sont entachés aurait dû entraîner l'anéantissement rétroactif de ces actes, comme de leurs effets, l'intérêt général s'y oppose. Au nom de la continuité du service public, toutes les conséquences de la rétroactivité destructive attachée au prononcé d'une annulation pour illégalité³⁹⁶⁸ ne seront pas tirées. En atteste la théorie du fonctionnaire de fait qui permet de regarder comme réguliers les actes accomplis par des personnes non investies de l'autorité administrative en vue d'assurer la

³⁹⁶⁴ CE, 19 avril 2000, *Commune de la Bresse*, req. n° 157.920 ; 10 juillet 2006, *Société Bouygues Télécom et Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS)*, préc. (détermination rétroactive des modalités de calcul des contributions des opérateurs au financement du service universel des télécommunications) ; 19 mars 2010, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes et autres (SCARA)*, préc. (fixation rétroactive du tarif du service public aéroportuaire).

³⁹⁶⁵ Sur ce point, cf. plus haut, p. 839, n° 1094. Voir également, CE, 19 avril 2000, *Commune de la Bresse*, préc. Qu'un effet immédiat suffise à assurer la continuité du service et toute rétroactivité est proscrite (CE, 25 juin 2003, *Commune des Contamines-Montjoie*, req. n° 237.305, Rec., T., p. 789, *BJCL*, 2003, n° 11, p. 820, concl. M. GUYOMAR, *Dr. adm.*, 2003, n° 10, p. 46, note M. GUYOMAR, *Environnement*, 2003, n° 11, p. 17, obs. P. TROUILLY).

³⁹⁶⁶ Sur le premier point, cf. les art. L. 1612-2 du CGCT pour les communes et les départements, ainsi que l'art. L. 4311-1 pour les régions. De manière quelque peu paradoxale et sans aucun doute contestable, le Conseil d'État n'a vu aucune rétroactivité dans l'adoption d'une mesure fiscale postérieurement au début de l'exercice, dès lors que le délai d'adoption du budget local n'était pas encore expiré (CE, 21 octobre 1985, *Commune d'Annéville*, req. n° 33.362, Rec., p. 293, *DF*, 1985, comm. 734, *RFDA*, 1985, p. 503 et *RJF*, 1985, n° 12, comm. 1533, concl. O. FOUQUET). Sur le second point, voir C.Const., déc. n° 98-397 DC, 6 mars 1998, *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*, cons. 12, Rec., p. 186, *AJDA*, 1998, n° 4, p. 308, chr. J.-É. SCHOETTLE, *D.*, 2000, SC, p. 55, obs. A. ROUX, *LPA*, 27 novembre 1998, n° 142, p. 16, chr. M. VERPEAUX, *RFDC*, 1998, n° 34, p. 317, chr. A. ROUX, *RRJ*, 1999, p. 831, étude F. LEMAIRE.

³⁹⁶⁷ Comp. CE, 21 décembre 1994, *Association sportive de Mazargues*, req. n° 107.574, Rec., p. 576, *D.*, 1996, SC, p. 24, obs. C. DUDOGNON et CE, 29 juillet 1998, *Fédération française des Tai-Chi-Chuan traditionnels*, req. n° 158.429, Rec., T., p. 722. Pour d'autres ex., CE, 5 janvier 1977, *Secrétaire d'État aux Postes et Télécommunications c/ Mlle Gilbert*, req. n° 97.373 et 99.498, Rec., T., p. 870 ; 23 mai 1980, *Ministre de l'Intérieur et Ministre de la Santé c/ Demaret et Roty*, req. n° 02.347 et 02.350, Rec., p. 236, *AJDA*, 1980, n° 11, p. 652.

³⁹⁶⁸ Sur ce point, cf., plus haut, p. 545, n° 629.

continuité des services publics en période de troubles³⁹⁶⁹. Dans d'autres hypothèses, toute rétroactivité sera même purement et simplement écartée pour permettre le fonctionnement ininterrompu des services publics. En cas d'atteinte excessive à l'intérêt général, le juge du contrat peut désormais décider, de manière exceptionnelle, la poursuite de l'exécution du contrat irrégulier³⁹⁷⁰, notamment lorsque celle-ci s'avère indispensable à la continuité d'un service public³⁹⁷¹. L'annulation juridictionnelle du contrat de service public n'est donc pas prononcée au bénéfice de son maintien provisoire dans l'ordonnement juridique. Dans le même ordre d'idées, le juge de l'excès de pouvoir peut également, en cas d'atteinte manifestement excessive au fonctionnement d'un service public, faire usage de son pouvoir de modulation des effets dans le temps des annulations, ce qui aura pour conséquence de regarder comme définitifs les effets produits dans le passé par l'acte litigieux³⁹⁷². Dans un cas comme dans l'autre, la sanction de l'irrégularité de l'acte organisant ou assurant le fonctionnement du service public cède face à l'impérieuse nécessité d'assurer la continuité du service, ce qui aboutit à une consolidation de ses effets pour le passé.

Le terrain d'élection de la fonction de stabilisation de la rétroactivité au service de la continuité de l'action publique reste celui de la fonction publique. La rétroactivité y est largement employée afin de garantir ou, le cas échéant, de rétablir la continuité de la carrière des fonctionnaires.

³⁹⁶⁹ R. CHAPUS, *op. cit.*, t. I, p. 1088, n° 1276 3° ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 609, n° 1289 2° ; R. ODENT, *op. cit.*, t. II, p. 397. En dehors de circonstances exceptionnelles ou insurrectionnelles, la théorie du fonctionnaire de fait se rattache davantage à celle de l'apparence.

³⁹⁷⁰ Qu'il s'agisse de ne pas tirer les conséquences d'un vice propre au contrat (CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, req. n° 291.545, Rec., p. 360, concl. D. CASAS, *GACA* n° 69 et *GAJA* n° 115, *AJDA*, 2007, n° 29, p. 1577, chr. F. LENICA et J. BOUCHER et n° 36, p. 1964, étude P. CASSIA, *BJCP*, 2007, n° 54, p. 391, concl. D. CASAS et obs. C. MAUGÜÉ, R. SCHWARTZ et P. TERNEYRE, *CMP*, 2007, n° 8-9, p. 1, étude F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX et p. 28, note J.-P. PIETRI, *D.*, 2007, n° 35, p. 2500, note D. CAPITANT, *Dr. adm.*, 2007, n° 10, p. 34, note P. COSSALTER, *Gaz. Pal.*, 7 septembre 2007, n° 250, p. 6, note O. GUILLAUMONT et 26 septembre 2007, n° 269-270, p. 10, note P. RAIMBAULT, *JCP A*, 2007, n° 36, p. 23, note F. LINDITCH, n° 37, p. 25, note M.-C. ROUAULT et n° 38, p. 15, note B. SEILLER, *JCP E*, 2007, n° 39, p. 30, note F. LINDITCH, *JCP G*, 2007, II, 10160, note B. SEILLER et 10156, note M. UBAUD-BERGERON, *LPA*, 24 juillet 2007, n° 147, p. 9, note M. GAUDEMET, 21 août 2007, n° 167, p. 3, note F. CHALTIEL, 10 septembre 2007, n° 181, p. 6, note J.-M. GLATT, 17 octobre 2007, n° 208, p. 10, note F. BUY, *RDC*, 2008, n° 2, p. 597, note Y. GAUDEMET, p. 610, note R. NOGUELLOU et p. 626, note F. ROLIN, *RDP*, 2007, n° 5, p. 1383, note F. MELLERAY et p. 1402, concl. D. CASAS, *RFDA*, 2007, n° 4, p. 696, concl. D. CASAS et n° 5, p. 917, note F. MODERNE, p. 923, note D. POUYAUD et p. 935, note M. CANEDO-PARIS, *RJEP*, 2007, n° 646, p. 327, note P. DELVOLVÉ et p. 337, concl. D. CASAS ; Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304.802, Rec., p. 509, concl. E. GLASER, *GACA* n° 9 et *GAJA* n° 118, *AJDA*, 2010, n° 3, p. 142, chr. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI et 2011, p. 310, étude E. GLASER et n° 12, p. 665, chr. A. LALLET et X. DOMINO, *BJCP*, 2010, n° 69, p. 138, concl. E. GLASER, *CMP*, 2010, n° 3, p. 38, note P. REES, *Gaz. Pal.*, 14 mars 2010, n° 72-75, p. 13, note B. SEILLER et 2 avril 2010, n° 92-93, p. 15, note J.-L. PISSALOUX, *JCP A*, 2010, n° 18, p. 21, note F. LINDITCH, *RDI*, 2010, n° 5, p. 265, note R. NOGUELLOU, *RDP*, 2010, n° 2, p. 553, chr. H. PAULIAT, *RFDA*, 2010, n° 3, p. 519, note D. POUYAUD et p. 1089, étude J.-F. LAFAIX, *RJEP*, 2010, n° 676, p. 19, note J. GOURDOU et P. TERNEYRE) ou de celles résultant de l'annulation d'un acte détachable (CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, préc.).

³⁹⁷¹ Une variante de cette solution consiste pour le juge à résilier le contrat, le cas échéant avec effet différé, de façon à permettre, au moins temporairement, la reprise en régie du service par la collectivité publique. Dans l'éventualité où la collectivité en serait matériellement incapable d'assurer elle-même cette responsabilité, la jurisprudence lui a reconnu la faculté, pour un motif d'intérêt général, d'attribuer par un nouveau contrat, mais à titre provisoire, la gestion du service à son ancien cocontractant dans l'attente de l'aboutissement d'une nouvelle procédure d'attribution (sur l'ensemble de ces points, cf. J.-F. LAFAIX, thèse préc., p. 670, n° 713).

³⁹⁷² CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. (agrément d'une convention d'assurance-chômage) ; CE, 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne et autres*, req. n° 290.416, 290.723, 290.766 et 294.667, Rec., T., p. 883, *AJDA*, 2008, n° 27, p. 1504, note F. CROUZATIER-DURAND, *AJFP*, 2008, n° 5, p. 228, note F. BERGUIN, *JCP A*, 2008, n° 38, p. 26, concl. F. SÈNERS, *RDP*, 2009, n° 5, p. 1517, étude F. BOTTINI (transfert de compétences aux collectivités territoriales) ; 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble*, req. n° 296.964 et 297.318, Rec., T., p. 832, *BJCP*, 2009, n° 67, p. 460 et *RJEP*, 2010, n° 673, p. 22, concl. N. BOULOUIS, *CMP*, 2009, n° 10, p. 27, note G. ECKERT (clauses réglementaires d'un contrat de service public) ; CE, 12 décembre 2007, *M. Sire*, req. n° 296.072, Rec., p. 471, *AJDA*, 2008, n° 12, p. 638, concl. M. GUYOMAR, *AJFP*, 2008, n° 4, p. 172, note R. GUEGUEN, *D.*, 2008, n° 21, p. 1457, note P.-O. CAILLE, *Dr. adm.*, 2008, n° 2, p. 37, note D. BAILLEUL ; Sect., 30 décembre 2010, *M. Robert*, req. n° 329.513, à pub. au Leb., *Dr. adm.*, 2011, n° 3, p. 28, note F. MELLERAY, *Gaz. Pal.*, 19 janvier 2011, n° 19-20, p. 16, concl. M. GUYOMAR, *RFDA*, n° 1, p. 216 (nomination d'un magistrat).

II – LA CONTINUITÉ DE LA CARRIÈRE DU FONCTIONNAIRE RETABLIE PAR LA RETROACTIVITE

1153. La fonction de stabilisation de la rétroactivité se rencontre le plus fréquemment dans le droit de la fonction publique, celle-ci étant mise au service du principe de continuité de la carrière des fonctionnaires. Il revient à l'Administration de garantir à ses fonctionnaires la continuité de leur carrière, au besoin en recourant à la rétroactivité. Il s'agit pour celle-ci de corriger, au moyen de la rétroactivité, toute rupture antérieurement survenue dans le déroulement continu de la carrière de ceux-là. La carrière du fonctionnaire va être reconstruite au présent, de telle manière à ce qu'elle soit regardée comme ayant suivi son cours normal *ab initio*. De la même manière, le législateur peut user de son pouvoir de validation rétroactive afin de prévenir la discontinuité dans la carrière qui résulterait de l'annulation contentieuse de décisions administratives se prononçant sur la situation de fonctionnaires. En rétablissant ou en préservant la continuité de la carrière, la rétroactivité stabilise ainsi la situation juridique de l'agent. Il convient de mieux cerner le principe de continuité de la carrière avant de mesurer le rôle joué par la rétroactivité dans sa protection.

1154. Le système français de fonction publique repose encore principalement sur la notion fondamentale de carrière. Le système de la carrière assure à l'agent recruté de travailler dans l'Administration de manière permanente et évolutive³⁹⁷³. Ce système accorde à celui qui y entre une double garantie de continuité : celle de l'emploi d'abord ; celle du déroulement de sa carrière ensuite. Le principe de continuité de la carrière constitue donc une des pierres angulaires de notre système de fonction publique³⁹⁷⁴ et comporte de nombreuses implications. En premier lieu, il signifie qu'une fois entré dans la carrière, le fonctionnaire bénéficie, grâce au grade qu'il détient, d'un droit au déroulement ininterrompu de celle-ci. En d'autres termes, il ne saurait y avoir de carrière de fonctionnaire « à éclipses ». Il en découle qu'à aucun moment la carrière du fonctionnaire ne doit cesser, que ce soit de manière temporaire ou définitive, sauf dans les cas limitativement prévus par les statuts. En second lieu, la situation du fonctionnaire doit progresser également de façon continue tout au long de la carrière. L'appartenance à un corps de la fonction publique confère un droit d'avancer régulièrement dans les différentes positions de celui-ci³⁹⁷⁵. Si l'avancement d'un fonctionnaire peut être soumis à certaines conditions, il ne peut pas être empêché ou remis en cause dans son principe. Ainsi, l'exigence de continuité de la carrière impose à l'Administration, quel que soit le corps concerné, d'assurer à tout

³⁹⁷³ Sur ce point, voir J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, préc., p. 12, n° 13 ; O. DORD, *Droit de la fonction publique*, Paris, Thémis droit, 1^{ère} éd., 2007, p. 18, n° 28 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 2^e éd., 2010, p. 51, n° 40 ; A. PLANTEY, *La fonction publique – Traité général*, préc., p. 4, n° 4.

³⁹⁷⁴ Ce principe se déduit pour les trois fonctions publiques de l'existence de grades, tels que définis par les lois "Le Pors". Cf., respectivement, l'art. 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires (JORF du 14 juillet 1983, p. 2174) pour la fonction publique de l'État ; l'art. 48 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (JORF du 27 janvier 1984, p. 441) ; l'art. 4 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière (JORF du 11 janvier 1986, p. 535).

³⁹⁷⁵ H. PAULIAT, « Carrière des fonctionnaires », *J.-Cl. fonct. pub.*, fasc. 250, 2010, p. 3, n° 2. Sur l'ensemble de ces points, voir CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, préc. Il existe même une continuité entre carrière et état de pensionné (CE, Ass., Avis, 16 avril 1996, *Mme Doukouré*, req. n° 176.399, Rec., p. 125, *AJDA*, 1996, n° 7, p. 507, chr. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *RFDA*, 1996, n° 4, p. 808, concl. P. MARTIN ; Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Diop*, req. n° 212.179, Rec., p. 605, *GAJA* n° 108, *AJDA*, 2001, n° 12, p. 1039, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *AJFP*, 2002, n° 3, p. 29, note L. MONIOLLE et L. COMBET, *LPA*, 12 avril 2002, n° 74, p. 13, note B. VIAL et 18 juin 2002, n° 121, note O. FÉVROT, *RDSS*, 2002, n° 3, p. 611, note I. DAUGAREILH, *RFDA*, 2002, n° 3, p. 573, concl. J. COURTIAL, *RGDIP*, 2002, n° 1, p. 207, note F. POIRAT et A. GESLIN, *RJS*, 2002, n° 2, p. 109, J.-P. LHERNOULD, *RTDH*, 2003, n° 53, p. 299, note P. WACHSMANN).

instant et à chacun de ses agents la position qui doit être la sienne et de lui attribuer les droits correspondants.

Or, cette continuité se trouve compromise chaque fois que l'autorité compétente n'adopte pas les mesures nécessaires pour placer l'agent dans la position qu'il doit occuper et/ou pour lui octroyer les avantages auxquels il a droit en vertu des règles statutaires. Que l'Administration refuse, s'abstienne, ou tarde à prendre la décision appropriée, ou encore qu'elle en adopte une différente, il en résulte une rupture dans le déroulement normal de la carrière du fonctionnaire à laquelle il convient de remédier. La discontinuité peut également être le fait du fonctionnaire lui-même, faute pour ce dernier d'avoir sollicité en temps utile de l'Administration la décision nécessaire à son placement dans une nouvelle position ou à sa réintégration dans une position antérieure³⁹⁷⁶. Quelle que soit l'origine de la rupture ainsi constatée, il appartient alors à l'Administration de régulariser *a posteriori* la situation de l'intéressé de telle manière à replacer ce dernier dans la position qui aurait dû être la sienne si la progression dans la carrière n'avait pas été interrompue ou retardée. Au regard de l'exigence de continuité à laquelle l'Administration doit se conformer, la rétroactivité apparaît souvent comme le seul moyen pour rétablir le fonctionnaire dans les droits dont il a été privé³⁹⁷⁷.

Une réfection de la situation de l'agent valant seulement pour l'avenir souffrirait, en effet, d'une double insuffisance au regard de l'exigence d'assurer la continuité de la carrière du fonctionnaire. D'une part, elle laisserait perdurer dans le passé de la carrière soit un vide, l'intéressé s'étant trouvé à un moment donné dans aucune position, soit une illégalité, l'agent ayant été laissé ou placé dans une position qu'il ne pouvait légalement occuper en vertu des règles statutaires. D'autre part, il en résulterait une inégalité de traitement de l'intéressé par rapport aux autres fonctionnaires placés dans une même situation³⁹⁷⁸. Alors que ces derniers auront poursuivi leur carrière normalement et auront bénéficié des avantages correspondants, il en ira différemment de l'intéressé. L'interruption de la progression dans la carrière entraîne pour ce dernier une perte de rémunération et/ou d'ancienneté correspondant à la période pendant laquelle il était censé occuper telle position. L'intéressé ne bénéficiera donc pas des mêmes droits à l'avancement, à promotion ou à pension que les autres fonctionnaires relevant du même corps. Il s'ensuit que l'Administration est nécessairement conduite, pour satisfaire à son obligation d'assurer le

³⁹⁷⁶ Comp., s'agissant des conséquences à tirer de la fin d'un congé de longue durée, CE, 5 janvier 1977, *Secrétaire d'État aux Postes et Télécommunications c/ Mlle Gilbert*, préc. (retard résultant de l'inaction de l'agent) et CE, 14 juin 2010, *Chevassus*, req. n° 318.712, à ment. au T. du Leb. (retard résultant de l'inaction de l'Administration).

³⁹⁷⁷ Cf., en ce sens, CE, 6, juin 1969, *Stos*, req. n° 73.844, Rec., T., p. 900.

³⁹⁷⁸ Le principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière a été érigé en principe général du droit par le Conseil d'État (CE 13 mai 1960, *Molina et Guidoux*, Rec., p. 324, *AJDA*, 1960, I, p. 101 et II, p. 286) pour ensuite se voir conférer une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel sur le fondement des dispositions de l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (C.Const., déc. n° 76-67 DC du 15 juillet 1976, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires*, cons. 2, Rec., p. 35, *JCP G*, 1977, II, 18760, note NGUYEN QUOC DINH, *RDP*, 1977, n° 2, p. 468, chr. L. FAVOREU et L. PHILIP, 1977, p. 963, note L. PHILIP et 1978, n° 3, p. 814, chr. L. FAVOREU ; déc. n° 92-305 DC, 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 7, Rec., p. 483, *AJJC*, 1992, p. 478, *CFP*, avril 1992, p. 14, note J.Y.R., *Gaz. Pal.*, 5-6 mai 1993, n° 125-126, p. 7, note T. S. RENOUX, *Pouvoirs*, 1992, n° 62, p. 174, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDP*, 1992, p. 389, note F. LUCHAIRE, *RFDC*, 1992, n° 10, p. 318, note T. S. RENOUX ; déc. n° 2009-584 DC, 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, cons. 26, Rec., p. 140, *LPA*, 10 août 2009, n° 158, p. 3, note F. CHALTIÉL, *RFDA*, 2009, n° 6, p. 1270, chr. T. RAMBAUD et A. ROBLOT-TROIZIER ; déc. n° 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, *M. Combacau et autres*, cons. 20, *GDCC* n° 48, *AJDA*, 2011, n° 31, p. 1791, note M. VERPEAUX, *D.*, 2010, n° 35, p. 2335, note F. MELLERAY, *JCP G*, 2010, n° 36, p. 1602, note B. MATHIEU, *Gaz. Pal.*, 8-9 septembre 2010, n° 251-252, p. 14, note M. TOUZEIL-DIVINA). Sur la question, voir J.-P. CARTON, « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires », *AJFP*, 2002, n° 2, p. 4 ; Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, *EDCE* n° 47, Paris, La Documentation française, 1996, p. 19 et *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public 2003, *EDCE* n° 54, Paris, La Documentation française, 2003, p. 256 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1994, n° 18, p. 241, spéc. p. 257.

déroulement continu de la carrière du fonctionnaire, à faire remonter les effets de sa décision au moment où la situation de ce dernier s'est constituée.

1155. La jurisprudence administrative a ainsi reconnu à l'Administration, par dérogation à la règle générale de non-rétroactivité, la faculté de conférer légalement une portée rétroactive à sa décision, dans la mesure où « elle s'avère nécessaire pour assurer la continuité de la carrière de l'agent intéressé ou procéder à la régularisation de sa situation »³⁹⁷⁹. Au moyen de la rétroactivité, les corrections nécessaires seront apportées, au présent, à la situation de l'agent de telle manière à combler la discontinuité survenue dans le passé dans le déroulement de la carrière. À l'issue de l'opération, la situation juridique du fonctionnaire se trouve stabilisée, comme si son évolution n'avait jamais été troublée.

La titularisation de stagiaires, l'intégration de fonctionnaires dans un autre grade ou leur réintégration à l'issue d'un congé constituent les principaux domaines dans lesquels la rétroactivité est mise au service d'une stabilisation de la carrière³⁹⁸⁰. Il est assez fréquent qu'à la fin d'un stage ou d'une période probatoire, aucune décision ne soit intervenue pour accorder ou refuser la titularisation à l'agent concerné. Selon le sens de la décision qu'elle sera finalement amenée à prendre, l'autorité administrative devra prononcer *a posteriori* la prolongation du stage initial ou la titularisation de l'intéressé avec effet à la date normale de fin du stage ou de la période probatoire³⁹⁸¹. Un même raisonnement vaut lorsqu'il s'agit pour l'Administration de se prononcer sur la situation de fonctionnaires à l'issue d'une période de congé. Si aucune décision n'est intervenue en temps utile, soit que l'agent n'ait pas fait sa demande, soit en raison d'une lenteur ou d'une inertie administrative, l'Administration sera fondée à assortir d'un effet rétroactif sa décision, en vue de placer l'intéressé dans une position statutaire régulière. Selon les cas, le congé sera rétroactivement prolongé ou la réintégration de l'intéressé rétroactivement prononcée³⁹⁸². En cas d'inaction prolongée de l'Administration, aucune décision ne sera même nécessaire. La réintégration sera réputée être intervenue de plein droit le lendemain du dernier jour du congé³⁹⁸³. Dans cette série d'hypothèses, le seul moyen de rétablir la continuité de la carrière du fonctionnaire est de placer l'agent sur telle position, à telle date. Ce n'est donc que dans la mesure où la rétroactivité s'avère absolument indispensable à la stabilité de la situation de l'agent que le principe de non-rétroactivité pourra être valablement écarté. Que la continuité de la carrière ne soit pas en cause ou qu'il existe une autre position régulière dans laquelle l'intéressé pouvait légalement être placé et la décision administrative sera jugée illégale en tant qu'elle porte sur une période antérieure à son édicton³⁹⁸⁴.

³⁹⁷⁹ CE, 17 mars 2004, *Hogard*, req. n° 225.426, Rec., T., p. 574. Voir également, CE, 5 janvier 1977, *Secrétaire d'État aux Postes et Télécommunications c/ Mlle Gilbert*, préc. ; 14 juin 2010, *Chevassus*, préc.

³⁹⁸⁰ Voir également, en matière de détachement, CE, 23 mai 1980, *Ministre de l'Intérieur et Ministre de la Santé c/ Demaret et Roty*, préc.

³⁹⁸¹ Sur le premier cas, voir CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre du travail c/ Stephan*, req. n° 11.552, Rec., p. 120 (sol. impl.) ; 13 octobre 1989, *Linguet*, req. n° 78.446, Rec., T., p. 472, *AJDA*, 1990, n° 2, p. 112, concl. D. LEVIS. Sur le second cas, cf. CE, Ass., 8 novembre 1975, *Association des élèves de l'École nationale d'administration (ENA)*, req. n° 90.368 ; 9 juin 2010, *Iché*, req. n° 320.027, à ment. au T. du Leb., *AJFP*, 2010, n° 6, p. 299.

³⁹⁸² Sur le premier point, voir CE, 19 novembre 1965, *N'guyen Minh Xuan*, req. n° 65.117, Rec., T., p. 854 ; 5 janvier 1977, *Secrétaire d'État aux Postes et Télécommunications c/ Mlle Gilbert*, préc. ; 31 juillet 1992, *Debon*, req. n° 109.577, Rec., T., p. 1060 ; 1^{er} octobre 1993, *Mme Richard*, req. n° 87.226 ; 29 juillet 1994, *Mayneris*, req. n° 98.004 ; 14 mars 2008, *M. Riche*, req. n° 307.686, *AJFP*, 2008, n° 6, p. 331. Sur le second point, voir CE, 4 octobre 1978, *Le Louët*, req. n° 00.512, Rec., T., p. 694 ; 9 juillet 1980, *Lusinchi*, req. n° 14.398, Rec., T., p. 572 ; 26 juillet 1991, *Département de l'Essonne*, req. n° 111.551.

³⁹⁸³ CE, 14 juin 2010, *Chevassus*, préc.

³⁹⁸⁴ Cf., respectivement, en matière de changement de position d'un fonctionnaire, CE, 13 mai 1988, *Louet*, req. n° 70.873, Rec., T., p. 606 ; 17 mars 2004, *Hogard*, préc.

1156. La sauvegarde du principe de continuité de la carrière peut également conduire le législateur à user de son pouvoir de validation à l'égard de décisions administratives relatives à la carrière de fonctionnaires entachées d'une irrégularité et, en tant que telles, menacées d'annulation contentieuse. Dans sa décision fondatrice en matière de contrôle de constitutionnalité des validations législatives, le Conseil constitutionnel a expressément admis que la préservation du déroulement normal des carrières du personnel constituait un motif légitime pour justifier l'intervention rétroactive du législateur. En l'espèce, le législateur avait prononcé, à la suite de l'annulation par le juge administratif du décret instituant le comité technique paritaire central des enseignants de statut universitaire, la validation des décrets pris après consultation de ce comité, ainsi que celle de l'ensemble des actes réglementaires ou non réglementaires pris sur le fondement de ces décrets³⁹⁸⁵. Par l'effet rétroactif de la validation législative des décisions prises après consultation du comité technique paritaire, les situations individuelles des enseignants concernés ont été stabilisées et toute rupture dans le déroulement de leur carrière a pu être évitée.

Outre l'effacement d'une rupture intervenue dans le développement continu d'une situation juridique, la rétroactivité peut également permettre, au titre de sa fonction de stabilisation, d'assurer la pérennité d'un régime juridique antérieur.

§ 2 : La pérennisation du droit antérieur assurée au moyen de la rétroactivité

1157. Le second versant de la fonction de stabilisation que joue la rétroactivité au service de la continuité du droit peut également permettre d'assurer la pérennisation du droit antérieurement applicable. En d'autres termes, il s'agit de prolonger rétroactivement des effets juridiques qui ont débuté dans le passé et qui sont épuisés au moment où agit l'autorité normative. Le retraitement normatif du passé permettra de « faire la liaison » dans le temps entre la fin de la production des effets, intervenue dans le passé, et leur reprise ultérieure, de telle manière à ce que le processus d'application du droit soit réputé s'être poursuivi tout au long de la période intermédiaire. À l'issue de cette opération, une continuité temporelle du droit est établie au moyen de la rétroactivité, comme si la norme juridique concernée n'avait jamais cessé d'être en vigueur.

Au titre de sa fonction de stabilisation, la rétroactivité permet, d'abord, de remédier aux interruptions que peut connaître l'application d'un texte préexistant. Elle peut, ensuite et corrélativement, autoriser l'autorité normative à « rattraper » un retard pris dans le prolongement ou le renouvellement des effets d'un dispositif antérieur. Cet aspect de la fonction de stabilisation demeure rare en pratique, dès lors qu'il suppose une certaine marge d'appréciation dans le chef de l'autorité normative. Cette circonstance explique que la grande majorité des exemples se trouvent du côté du législateur. Quant à l'autorité normative, une telle faculté ne lui est pas reconnue, en raison du jeu du principe de non-rétroactivité.

³⁹⁸⁵ C.Const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, préc., cons. 2. Pour un autre ex., voir C.Const., déc. n° 87-228 DC, 26 juin 1987, *Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade*, cons. 5 à 7, Rec., p. 38, *AJJC*, 1987, p. 569, chr. B. GENEVOIS, *Pouvoirs*, 1987, n° 43, p. 215, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL, *RDJ*, 1989, n° 2, p. 399, chr. L. FAVOREU.

1158. Un premier exemple significatif est celui de la loi du 6 juillet 1990, relative aux prestations familiales. En 1988, le législateur avait instauré, de manière temporaire, un mécanisme d'incitation à la cessation d'activité anticipée pour les médecins libéraux. Le bénéfice de cet avantage se limitait, en effet, à une période de deux ans à compter de l'entrée en vigueur des mesures d'application de la disposition en cause, soit jusqu'au 10 mai 1990. Après l'expiration de ce délai, le législateur a décidé de la prorogation du dispositif au mois de juillet de la même année. Afin d'assurer la continuité du droit applicable, il a été prévu que le mécanisme incitatif serait prolongé à compter de la date même où le délai précédent avait pris fin. Par conséquent, le dispositif s'est trouvé rétroactivement prolongé par l'effet de la loi nouvelle. En d'autres termes, la rétroactivité a permis de « combler » la période séparant la sortie de vigueur de texte ancien de la publication du nouveau, et au cours de laquelle le bénéfice du mécanisme ne pouvait être demandé. L'édition d'une loi rétroactive a pu permettre aux médecins libéraux, qui remplissaient les conditions requises entre le 10 mai 1990 et le 11 juillet 1990, de se voir appliquer le régime avantageux de cessation anticipée d'activité. C'est dire que le législateur a entendu assurer, au moyen de la rétroactivité, la pérennité d'un avantage antérieurement consenti aux destinataires de la loi³⁹⁸⁶.

1159. Un second exemple est fourni par la question du renouvellement annuel des taxes parafiscales. Chaque année, le pouvoir réglementaire avait l'obligation de remettre en vigueur par décret le dispositif régissant ces taxes pour l'année suivante et ce, avant le 1^{er} janvier. Faute pour l'autorité compétente d'y pourvoir en temps utiles, la taxe ne pouvait être perçue que sur une partie de l'année concernée. Il en résultait un manque à gagner pour le bénéficiaire du produit de la taxe. Le législateur est, à plusieurs reprises, intervenu pour autoriser la perception de la taxe parafiscale à compter du début de la période d'imposition, de telle manière à garantir son recouvrement pour une année complète³⁹⁸⁷. Si l'on peut rapprocher cette hypothèse de celle du comblement d'un vide juridique, la situation est ici quelque peu différente, dès lors qu'il n'existait aucune obligation légale en matière de taxes parafiscales de couvrir l'ensemble d'un exercice. Pour cette même raison, on ne peut opérer de rapprochement entre le présent cas de figure et celui dans lequel le recours à la rétroactivité répond au caractère indissociable d'un ensemble d'opérations devant être effectuées au cours d'une période donnée. En revanche, la rétroactivité de la loi intervenant *a posteriori* pour renouveler la perception d'une taxe remplit bien une fonction de stabilisation en permettant la prolongation rétroactive du dispositif d'une année sur l'autre. Il s'agit bien pour le législateur de pérenniser, au moyen de la rétroactivité, un régime fiscal, de telle manière à éviter toute interruption dans sa mise en œuvre.

1160. En revanche, le juge administratif a toujours censuré les tentatives de l'autorité administrative de procéder à la pérennisation rétroactive d'une situation juridique antérieure. Tel a été le cas, par exemple, à propos de la prolongation des stages probatoires que doivent parfois effectuer certains agents à la suite de leur entrée dans la fonction publique. L'autorité investie du pouvoir de nomination peut légalement prolonger la période de stage, à condition toutefois que la décision intervienne avant le début de la

³⁹⁸⁶ Cf., respectivement, art. 4-I de la loi n° 88-16 du 5 janvier 1988, relative à la sécurité sociale (JORF du 6 janvier 1988, p. 224) et l'art. 6 de la loi n° 90-590 du 6 juillet 1990, modifiant le code de la sécurité sociale et relative aux prestations familiales et aux aides à l'emploi pour la garde des jeunes enfants (JORF n° 159 du 11 juillet 1990, p. 8176). Sur cette loi, voir G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 306, n° 389.

³⁹⁸⁷ Cf., par ex., l'art. 41 de la loi n° 88-1193 du 29 décembre 1988, de finances rectificative pour 1988 (JORF du 30 décembre 1988, p. 16625).

seconde période et que l'agent stagiaire en soit préalablement informé. Faute pour l'autorité compétente de satisfaire, en temps utiles, à ses exigences, il sera alors impossible d'opérer rétroactivement la prolongation. Le juge administratif a, en effet, toujours refusé d'admettre cette rétroactivité destinée à assurer la continuité d'une situation juridique antérieure³⁹⁸⁸.

1161. C'est également sur une même idée de prolongement des effets d'un acte préexistant que repose classiquement la rétroactivité reconnue à la « confirmation-réitération ». Dès lors que le texte réitératif ne fait que reprendre le contenu d'un texte antérieur, il est admis que l'effet du premier remonte au jour du second. Toutefois, il a pu être montré que la rétroactivité qui découle alors de la réitération n'est guère plus qu'une apparence³⁹⁸⁹. En revanche, lorsque la reprise à l'identique d'un texte précédent conduit à remettre en vigueur ce dernier, la réitération aura bien pour conséquence la prolongation rétroactive des effets de la disposition concernée. Néanmoins, il paraît alors rien moins que contestable de considérer qu'il y a simple reproduction du texte antérieur. Il s'agit, en réalité, d'une norme nouvelle qui succède à la précédente dont les effets ont pris fin dans le passé. Il n'en reste pas moins que la rétroactivité du texte « faussement » réitératif remplit bien une fonction de pérennisation du droit antérieurement applicable.

*

1162. Conclusion de la Section 2. Dans son second versant, la fonction de stabilisation de la rétroactivité garantit positivement la continuité du droit.

D'un côté, il s'agit de préserver la continuité du service public des éventuelles perturbations que son exécution risque de subir. Les effets produits dans le passé feront l'objet d'une consolidation dans le but de garantir le fonctionnement continu du service. Cette opération est le résultat de la conciliation entre plusieurs intérêts qui a abouti à faire prévaloir les nécessités du service sur toute autre exigence. Dans cette mesure, la rétroactivité assure la « sécurisation » du service public pour la période intermédiaire.

De l'autre, il s'agit de remédier à une interruption survenue antérieurement dans l'application du droit. Les effets du passé sont retraités, de telle manière à établir ou rétablir une constance dans la mise en œuvre de la règle de droit ou dans le développement d'une situation juridique. La fonction de stabilisation de la rétroactivité revêt alors une dimension curative, qu'il s'agisse de redresser les ruptures qu'a connues, dans son déroulement, la carrière d'un fonctionnaire ou d'effacer une discontinuité survenue dans la mise en œuvre d'un régime antérieur. À l'issue de cette opération, la continuité qui n'a pu être assurée au cours de la période intermédiaire sera recréée. La rétroactivité stabilisatrice permet à l'autorité normative de réparer toute disjonction intervenue dans le processus d'application du droit antérieur.

* *

³⁹⁸⁸ CE, 5 février 1975, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Sieur Gladel*, req. n° 90.890, Rec., p. 91 ; CAA Paris, 31 octobre 1995, *Département de la Martinique*, req. n° 94PA01161, Rec., T., p. 854.

³⁹⁸⁹ Sur cette question, voir p. 118, n° 209 et p. 166, n° 273 ; G. ÉVEILLARD, thèse préc., p. 133, n° 186 ; J. PETIT, thèse préc., p. 343, n° 714. Pour des ex., cf. CE, 11 février 1953, *Skudlarek*, Rec., p. 59 ; 28 avril 1954, *Compagnie des blancs minéraux*, Rec., p. 231 ; 29 janvier 1993 *Comité de sauvegarde du cadre de vie de l'Agrippin*, req. n° 100.450 ; 20 mars 2000, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, req. n° 198.097, Rec., p. 123 ; 29 mars 2000, *Gluck*, req. n° 204.611, Rec., T., p. 1151 ; CAA Lyon, 21 décembre 2000, *Mme Rebeaud*, 97LY00963, Rec., T., p. 1152.

1163. Conclusion du Chapitre III. Comparée aux deux précédentes, la fonction de stabilisation de la rétroactivité apparaît plus modeste. Au titre de sa dernière fonction, la rétroactivité est employée soit pour consolider une situation juridique précaire, soit pour garantir la continuité du droit. Ce faisant, elle autorise l'autorité normative à effectuer deux opérations distinctes.

D'un côté, il s'agit pour l'autorité de protéger un état du droit contre les éventuelles remises en cause dont il est susceptible de faire l'objet. La « sécurisation » du droit antérieurement applicable peut concerner un acte ou une situation juridique fragilisée par une irrégularité ou, plus largement, contribuer à sauvegarder le principe de continuité du service public. En organisant le maintien des effets produits au cours de la période intermédiaire, la rétroactivité permet corrélativement de stabiliser le droit appliqué.

De l'autre, il s'agit de corriger une rupture intervenue dans l'application du droit au cours de la période intermédiaire. Le droit antérieur est rétabli, dans l'état qui aurait dû être le sien si une interruption n'était pas venue perturber sa mise en œuvre. En rétablissant la constance des effets produits au cours de la période intermédiaire, la rétroactivité efface les conséquences de la disjonction temporelle antérieurement survenue et réalise par là la stabilisation du droit appliqué au cours de cette même période.

Bien qu'elle se réduise à une part congrue, la fonction de stabilisation de la rétroactivité montre que celle-ci n'est pas systématiquement utilisée pour rompre avec le passé. Elle peut également être mise au service d'une certaine permanence, qu'il s'agisse de préserver la stabilité des situations juridiques antérieurement constituées ou de garantir la continuité du droit applicable, ainsi que de l'action des autorités publiques.

L'existence d'une fonction de stabilisation de la rétroactivité constitue une illustration supplémentaire de l'ambivalence du procédé. Tandis que la fonction de correction fait participer principalement la rétroactivité du principe du respect du droit, la fonction de stabilisation la fait plutôt contribuer à l'exigence de sécurité juridique. C'est dire que, selon les rôles joués par la rétroactivité, cette dernière se trouve, tour à tour, placée sur l'un et l'autre des plateaux de la balance des intérêts publics. Comme dans d'autres domaines du droit public, l'autorité normative tente de réaliser, à l'occasion du retraitement normatif du passé, une conciliation entre ces deux principes.

Conclusion du Titre II

1164. À partir de la multitude de ses manifestations et de la diversité des intérêts publics qu'elle sert, il est possible d'extraire trois fonctions que la rétroactivité est amenée à remplir au sein de l'ordre juridique. En ouvrant le passé à la révision, la rétroactivité autorise l'autorité normative à agir sur des effets de droit antérieurement produits, en vue de parvenir à un résultat déterminé. Quelle que soit l'opération menée ou l'objectif poursuivi, le résultat recherché par l'autorité normative ne peut être obtenu qu'en retraçant les effets de droit survenus au cours de la « période intermédiaire », entendue comme celle allant d'un moment du passé à l'instant où l'opération normative est réalisée. C'est dire que la rétroactivité assure une fonction d'auxiliaire, de support, d'autres opérations, dont elle garantit l'efficacité. La fonction de la rétroactivité ne porte donc pas sur le contenu même de l'effet de droit qu'elle véhicule, mais sur l'objet de l'opération qu'elle permet de réaliser.

1165. Le retraitement normatif de la période intermédiaire a trois objets distincts. D'abord, il peut réaliser l'unification des effets juridiques survenus dans le passé. L'autorité normative impose une nouvelle signification au passé, par préférence à celle qui aura prévalu jusque-là. Les effets de la norme nouvelle prévaudront sur ceux antérieurement produits au cours de la période intermédiaire. L'autorité normative peut également recréer, au moyen de la rétroactivité, une certaine unité d'application du droit dans le temps. Les effets qui se sont développés au cours de la période antérieure seront remis en cohérence avec un état initial du droit. Ils pourront, de même, être modifiés en vue de rétablir une certaine cohérence de l'application du droit ou en vue d'obtenir son uniformisation.

Ensuite, le retraitement normatif du passé peut obéir à une logique de correction des irrégularités affectant le passé de l'ordonnement juridique. L'autorité normative s'attache alors à remettre celui-ci en situation de « non-contrariété » avec la règle de droit. Les effets qu'a emportés la norme invalide au cours de la période intermédiaire seront anéantis en vue de rétablir l'ordonnement juridique dans l'état qui était le sien un instant avant que la règle de droit n'ait été transgressée. L'opération de correction peut parfois conduire l'autorité normative à reconstruire juridiquement la période intermédiaire en vue de rétablir positivement le respect de la règle de droit. La reconstruction de la légalité aboutit à une situation dans laquelle l'ordonnement juridique est tel qu'il aurait dû se trouver actuellement si la règle de droit avait été respectée *ab initio* et tout au long de la période intermédiaire.

Enfin, le retraitement normatif du passé peut consister, quoique plus rarement, en une stabilisation du passé de l'ordonnement juridique. L'autorité normative réalise la « sécurisation » des effets produits au cours de la période intermédiaire en vue d'empêcher leur disparition et/ou de garantir leur continuité. Il s'agit pour l'autorité normative de veiller à préserver le processus d'application du droit contre toute interruption, voire même d'opérer son rétablissement si un tel événement s'est produit.

1166. L'indifférence de la rétroactivité au contenu de l'effet juridique qu'elle véhicule signifie que le retraitement normatif du passé peut très bien assurer simultanément plusieurs fonctions. Ainsi, la reconstruction de la légalité de la période intermédiaire établit corrélativement une certaine continuité du droit applicable. De même, la suppression de la discontinuité qu'a connu le processus d'application du droit rétablit une certaine unité temporelle. Les effets véhiculés par la rétroactivité peuvent donc être multiples. Il en découle que la signification du retraitement normatif du passé n'est pas univoque et varie

selon le point de vue adopté. Il n'en reste pas moins que, quels que soient l'objectif poursuivi et l'intérêt en jeu, les opérations réalisées par l'autorité normative passent invariablement par le retraitement des effets de droit produits au cours de la période intermédiaire.

1167. On ne saurait, pour finir, manquer de remarquer, comme on l'a du reste déjà souligné, que les différents objets que peut comporter le retraitement du passé sont principalement d'ordre curatif. À cet égard, il n'est pas anodin d'observer que la fonction de correction de la rétroactivité tient une place prépondérante par rapport aux deux autres. Ce constat ne saurait surprendre. Il met en lumière l'aspect fondamentalement pathologique du procédé de la rétroactivité. Dès lors qu'il s'agit de revenir sur le passé, les différents rôles qu'est amenée à jouer la rétroactivité se définissent, pour la plupart, par rapport à un événement antérieur, dont l'autorité normative souhaite modifier les conséquences juridiques qu'il a pu entraîner au cours de la période antérieure. La rétroactivité est utilisée en réponse à ce besoin de reprendre le passé, ce qui lui confère nécessairement une dimension curative. Qu'il s'agisse d'effacer une malfaçon ou une irrégularité, ou de neutraliser un retard ou une rupture survenue dans l'application du droit, la rétroactivité constitue le remède adéquat pour « gommer » juridiquement l'anomalie constatée. De ce point de vue, la rétroactivité présente une utilité indéniable.

Cependant, on ne saurait considérer que la rétroactivité constitue, par principe, la meilleure solution possible. En effet, retraiter les effets du passé n'est jamais une opération anodine. C'est sans doute le moyen le plus efficace pour rétablir l'ordre perturbé, mais ce n'est certainement pas le moyen le moins dommageable pour parvenir au résultat voulu par l'autorité normative. En effet, la rétroactivité génère souvent au moins autant de difficultés qu'elle permet d'en résoudre, comme en témoignent les conséquences découlant des annulations contentieuses. De fait, il n'est pas toujours évident pour l'autorité normative de trouver un juste équilibre entre la sécurité que la rétroactivité procure et l'insécurité qu'elle provoque. Il n'en reste pas moins qu'elle apparaît parfois salutaire, en permettant la consolidation des situations précaires ou la protection d'intérêts supérieurs. C'est dire, à nouveau, toute l'ambivalence du procédé.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1168. D'un point de vue théorique, le procédé de la rétroactivité est susceptible de faire l'objet d'une analyse unitaire. Techniquement, la rétroactivité réalise la mise en vigueur anticipée des normes juridiques. Fonctionnellement, elle offre un cadre au sein duquel vont être retraités au présent les effets juridiques passés.

1169. L'analyse normative du droit transitoire fournit les éléments d'une méthode objective d'appréciation de la rétroactivité. En tant qu'elle s'intéresse principalement aux caractéristiques techniques du procédé, cette approche permet de concevoir la rétroactivité de manière unitaire, à partir de deux éléments.

D'abord, le processus d'entrée en vigueur des normes juridiques, à travers les différents concepts qu'il met en jeu, fait apparaître l'inversion que provoque la rétroactivité dans l'ordre logique que suit toute norme pour parvenir à la plénitude de ses effets. Alors qu'elle aurait dû être édictée, puis rendue observable, pour enfin devenir applicable, la norme rétroactive accède, de manière anticipée, à ce dernier stade. La rétroactivité réalise la mise en vigueur anticipée de la norme juridique en la rendant applicable à une date antérieure à celle à laquelle elle a concrètement accompli les autres étapes de son insertion dans l'ordonnancement juridique. Cette méthode d'analyse de la rétroaction permet, en procédant à la comparaison des différents éléments qui composent le processus d'entrée en vigueur, d'établir qu'une norme juridique a vu son effet anticiper dans le temps. Si elle présente l'avantage de l'unité, cette représentation logique du mécanisme de la rétroaction rencontre néanmoins une difficulté dans la réalité complexe que revêt le problème de l'entrée en vigueur.

Ensuite, le recours à l'analyse structurale du droit transitoire, qui tient compte du lien existant entre la structure d'une norme juridique et son mode d'action dans le temps, permet d'apprécier la rétroactivité de manière objective et indépendante par rapport à l'autorité qui y recourt. Il existe cependant une dualité de la notion de rétroactivité, laquelle correspond aux deux principales structures que sont susceptibles d'adopter les normes juridiques. D'un côté, les normes catégoriques et concrètes agissent de manière uniforme dans le temps, tandis que de l'autre, les normes hypothétiques et abstraites ont un mode d'action dans le temps plus complexe à saisir. Ainsi, la rétroactivité des premières repose exclusivement sur l'analyse de leur processus d'entrée en vigueur, tandis que celle des secondes requiert des critères supplémentaires. En effet, pour mesurer l'action sur le passé des « normes-règles », il faut tenir compte de la présence du temps dans le contenu de leur présumé. Suivant le moment où les éléments correspondant à ce présumé se sont réalisés et selon qu'ils s'inscrivent eux-mêmes dans la durée, la qualification de l'effet sur le passé de la « norme-règle » est susceptible de connaître plusieurs nuances. En principe, lorsque l'ensemble des éléments correspondant au présumé de la règle de droit sont survenus à une date antérieure à celle à laquelle celle-ci est devenue observable, il y aura rétroactivité. La plupart du temps, cette corrélation se vérifie chaque fois que la règle nouvelle entre en vigueur de manière anticipée. Néanmoins, la « norme-règle » peut également partiellement rétroagir dans les cas où, tout en produisant son effet seulement pour l'avenir, son présumé est composé d'éléments s'étant entièrement produits dans le passé.

Cette complexité que présente l'appréhension de la notion de rétroactivité paraît irréductible. La raison en est que celle-ci dépend de plusieurs autres éléments qui sont eux-mêmes difficile à saisir, qu'il s'agisse de la présence du temps dans les situations juridiques ou du problème du passage à l'efficacité juridique.

1170. L'analyse fonctionnelle de la rétroactivité montre qu'elle joue un rôle essentiel dans l'ordre juridique en autorisant le retraitement normatif du passé au présent. La rétroactivité permet à l'autorité normative de réaliser différents types d'opérations sur le passé de l'ordonnement juridique en vue de parvenir à un certain résultat. C'est dire que la rétroactivité remplit plusieurs « fonctions-objets », qui peuvent être dégagées à partir de la prise en compte de l'incidence du retraitement normatif sur la « période intermédiaire », c'est-à-dire la période du passé que l'autorité normative entend réviser. En recourant à la rétroactivité, celle-ci entend opérer soit l'unification, soit la correction, soit la stabilisation des effets de droit produits au cours de la période intermédiaire.

La recherche de l'unification de la période intermédiaire peut conduire l'autorité normative à faire primer un intérêt public sur les intérêts précédemment privilégiés ou à remettre en concordance un état du droit avec ce qu'il aurait dû être dès le départ. Dans un cas comme dans l'autre, la période intermédiaire sera réputée avoir toujours présenté une unité pourtant réalisée *a posteriori*. La poursuite de la correction des irrégularités commises antérieurement amène l'autorité normative à réaliser plusieurs opérations de destruction et de reconstruction de la période intermédiaire, en vue de rétablir le respect du droit. À l'issue de ces différentes opérations, l'ordonnement juridique retrouve un état de « non-contrariété » avec la règle de droit, comme s'il ne l'avait jamais quitté. Plus rarement, c'est une logique de stabilisation de la période intermédiaire qu'adopte le retraitement normatif du passé. Il s'agit pour l'autorité normative d'opérer la consolidation de la période intermédiaire, dont le maintien en l'état est jugé primordial, ou de redresser les interruptions qu'a connu le processus d'application du droit au cours de cette même période. Dans ces deux hypothèses, la stabilisation de la période intermédiaire établit ou garantit la continuité du droit, de telle manière à ce qu'aucune perturbation ne persiste ou ne puisse intervenir.

1171. D'un point de vue théorique, la rétroactivité présente une cohérence indéniable. D'un côté, le concept de rétroaction peut être appréhendé suivant des critères communs à l'ensemble des normes juridiques. De l'autre, la rétroactivité remplit une fonction essentielle, consistant à résoudre, selon diverses modalités, les difficultés liées au passage du temps.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1172. L'étude menée s'était assignée pour but de mieux cerner les contours de la rétroactivité en droit public positif français. Elle s'était également fixée comme objectif de dégager les caractéristiques essentielles du procédé. À partir de cet enjeu, il a été montré que la rétroactivité présente un double visage. Elle recouvre une réalité complexe et plurielle en pratique, mais possède une unité technique incontestable³⁹⁹⁰. Cette dualité conduit à tirer une conclusion contrastée de l'étude de la rétroactivité en droit public français.

1173. La pratique de la rétroactivité révèle la richesse des applications que connaît le procédé en droit public. *L'a priori* négatif que l'on pourrait avoir, non sans raison, envers la rétroactivité et qui la fait regarder comme attentatoire, par essence, à l'exigence de stabilité des situations juridiques antérieurement constituées, cède rapidement devant les multiples nécessités pour les autorités publiques de réviser, à un titre ou un autre, les effets de droit survenus dans le passé. Face au phénomène polymorphe de la rétroactivité en droit public, l'approche transversale, consistant à appréhender séparément les rapports qu'entretiennent chaque autorité publique – le législateur, l'autorité administrative et le juge – avec le retraitement normatif du passé, a permis de mettre en lumière le particularisme qui le caractérise. La situation des autorités publiques vis-à-vis de cette technique juridique n'étant pas comparable, l'emploi qu'elles font de la rétroactivité poursuit une logique qui est propre à chacune d'elles.

L'utilisation de la rétroactivité entretient ainsi un rapport direct avec la position de chaque autorité vis-à-vis du retraitement normatif du passé et de la latitude dont elle dispose pour ce faire. La perspective du législateur, celle de l'autorité administrative et celle du juge diffèrent fondamentalement les unes des autres. Cette disparité se traduit à la fois dans les mécanismes mis en œuvre et dans les contraintes qui pèsent respectivement sur les autorités publiques. Cela ne signifie pas pour autant que la rétroactivité se rencontrerait plus rarement chez certains acteurs de la rétroactivité, plutôt que chez d'autres. La diversité des manifestations de la rétroactivité n'est pas démentie, quelle que soit l'autorité publique qui y recourt. Il reste que le phénomène de la rétroactivité n'est pas globalement homogène. Les multiples manifestations de la rétroactivité ne sauraient être ramenées à un élément explicatif commun à l'ensemble de ces acteurs, de même qu'il n'existe pas de statut uniforme de la rétroactivité en droit public.

1174. En revanche, les expressions de la rétroactivité ont en commun de s'être développées en marge de toute organisation préétablie. Alors que le foisonnement des cas de rétroactivité en droit public marque l'utilité indéniable du procédé, c'est d'abord pour répondre à des besoins spécifiques à chaque autorité publique qu'il est recouru au retraitement normatif du passé. Pourtant, la fréquence de l'emploi du procédé aurait pu déboucher sur la mise en place d'un véritable statut de la rétroactivité. Or, ce n'est

³⁹⁹⁰ Comme le soulignait J. DEPREZ, « derrière la formule technique se cachent des intérêts variés, dont la protection exige le recours à la rétroactivité, mais qui diffèrent profondément les uns des autres, seul le mécanisme rétroactif les unit » (J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, préc., t. II, p. 589).

qu'à l'aune de la force des principes qui s'opposent à la remise en cause des situations antérieurement constituées que la place de la rétroactivité au sein de l'ordre juridique peut être déterminée. Même s'il fait l'objet d'un encadrement jurisprudentiel qui gagne en rigueur, le retraitement normatif du passé demeure, au moins en partie, un pouvoir de fait. La raison principale de cette absence d'organisation du pouvoir de retraitement des effets du passé tient, sans nul doute, aux risques inévitables que sa mise en œuvre comporte. Toutefois, cette explication apparaît insuffisante. D'autres techniques juridiques entraînant de nombreux inconvénients n'en ont pas moins reçu droit de cité dans les textes et ont pu bénéficier, ce faisant, d'un régime juridique clairement fixé. Si la différence de traitement que connaît la rétroactivité par rapport à ces techniques réside certainement dans des considérations liées à une certaine conception de l'État libéral, autant que d'ordre politique, elle se justifie beaucoup moins du point de vue du droit.

En effet, ne vaut-il pas mieux organiser de manière positive le pouvoir de rétroactivité afin de l'encadrer strictement, plutôt que de le juger comme constituant, en toutes hypothèses, une mauvaise solution et, ce faisant, le laisser s'épanouir de manière incohérente ? Outre la circonstance qu'une reconnaissance d'un pouvoir de rétroactivité mettrait le droit en accord avec la réalité d'un phénomène fermement ancré dans la pratique, elle aurait également pour mérite d'opérer un changement de perspective sur la façon de concevoir la révision du passé. La rétroactivité ne serait plus regardée comme une aberration qu'il faudrait proscrire définitivement de notre droit, mais comme un moyen efficace pour parvenir à un résultat déterminé. Sans méconnaître les dangers que comporte la remise en cause des effets antérieurement produits, ce serait là l'occasion de rationaliser un procédé souvent salvateur. La rétroactivité est indéniablement néfaste pour la sécurité juridique dans un certain contexte mais elle peut, tout aussi bien, apporter de la sécurité juridique dans un autre³⁹⁹¹. En tout état de cause, l'ambivalence du procédé empêche, à l'évidence, toute banalisation de son emploi. Elle ne saurait cependant faire oublier que la rétroactivité produit des effets trop utiles pour que les pouvoirs publics songent à y renoncer.

Certes, on doit concéder que le régime qui pourrait découler de la consécration d'un pouvoir de retraitement des effets du passé ne modifierait pas l'état du droit de manière significative, de même qu'il ne se singulariserait pas réellement du régime de droit commun de l'action publique. C'est, en effet, à l'aune de l'importance de l'intérêt général en cause que le recours à la rétroactivité devrait nécessairement être apprécié. C'est ensuite à l'issue d'une conciliation entre l'intérêt public invoqué et d'autres intérêts, publics ou privés, que la légitimité du retraitement normatif du passé serait établie, en amont, par l'autorité publique, puis contrôlée, en aval, par le juge. Néanmoins, l'absence de spécificité du traitement de l'action sur le passé des autorités publiques ne doit pas réduire l'intérêt qu'il y a à encadrer une technique exorbitante comme l'est la rétroactivité, et qui ne peut que le rester.

1175. La cohérence de la rétroactivité peut être retrouvée à travers une approche théorique du retraitement des effets juridiques du passé. La notion de rétroactivité, ainsi que la fonction qu'elle est appelée à remplir au sein de l'ordre juridique, sont susceptibles de faire l'objet d'une analyse unitaire et autonome par rapport à l'autorité normative qui a recours au procédé.

³⁹⁹¹ Voir, en ce sens, D. LABETOUILLE, « Conclusion », in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, n° 29, 2007, pp. 131-132.

1176. Le concept de rétroaction est susceptible d'une appréhension unitaire à partir de la méthode fournie par l'analyse normative du droit transitoire. Suivant cette approche, la rétroactivité constitue l'opération par laquelle l'entrée en vigueur de la norme nouvelle est anticipée dans le temps. L'analyse proposée repose sur deux piliers : l'étude du processus d'entrée en vigueur des normes juridiques, d'une part, et la prise en compte de la structure de ces dernières, d'autre part.

Le premier élément permet de déterminer le moment où la norme juridique va commencer à produire son effet. Une norme juridique entre en vigueur après avoir été édictée puis rendue observable et applicable. Or, la rétroactivité crée une perturbation caractéristique dans le déroulement de la séquence suivie par la norme juridique pour parvenir à la plénitude de ses effets. En effet, la rétroactivité opère une substitution entre l'une ou l'autre des étapes du processus d'entrée en vigueur ce qui a pour conséquence de faire produire son effet prématurément à la norme juridique. La représentation logique du mécanisme en jeu dans la rétroactivité met ainsi au jour ses caractéristiques essentielles. La norme rétroactive devient applicable avant d'avoir été édictée et/ou rendue observable.

Le second élément peut être dégagé en partant du présupposé selon lequel la réalisation du droit dans le temps n'est qu'une expression particulière de celle du droit en général³⁹⁹². Cette dernière pouvant être éclairée à partir de l'étude de la structure logique de la norme juridique, laquelle attache un effet de droit à la réalisation d'un fait ou d'un acte juridique désigné ou présupposé, une analyse identique peut être menée pour apprécier l'action de la norme juridique dans le temps et, en particulier, son effet sur le passé. Le contenu de la notion de rétroactivité varie alors en fonction des deux grandes types de structures que peuvent adopter les normes juridiques. Tandis que les normes catégoriques et concrètes désignent un acte ou un fait juridique déterminé pour lui attribuer un effet de droit, les normes hypothétiques et abstraites présupposent la réalisation d'un ou plusieurs actes et/ou faits juridiques en vue de faire produire un effet qu'elles prévoient. C'est dire que la rétroactivité des premières dépend directement de l'instant où l'effet qu'elle contient se réalise, tandis que celui des secondes requiert une analyse du contenu de leur présupposé. Dans ce dernier cas, la dimension temporelle des éléments qui forment le présupposé de la règle de droit, ainsi que leur position dans la durée, doivent être pris en compte dans l'analyse de la rétroactivité.

1177. Il a également été montré que la fonction de la rétroactivité présentait une unité intrinsèque, à travers l'idée que la rétroactivité offre un cadre normatif au sein duquel les effets de droit produits dans le passé vont être retraités en vue d'obtenir un résultat déterminé. Suivant cette approche, la rétroactivité permet à l'autorité publique de réaliser plusieurs opérations normatives sur le passé de l'ordonnement juridique au cours d'une période déterminée, dite « période intermédiaire ». L'objet du retraitement du passé effectué par l'autorité normative est ainsi de réviser dans un sens défini les effets de droit survenus au cours de cette période intermédiaire. Au-delà des multiples buts que poursuit l'autorité normative en recourant à la rétroactivité et des différents intérêts que celle-ci est amenée, ce faisant, à servir, il est possible de ramener à une trilogie les fonctions que la rétroactivité assure dans l'ordre juridique. Le retraitement normatif du passé réalise soit l'unification, soit la correction, soit la stabilisation des effets de droit produits au cours de la période intermédiaire. À travers ces fonctions,

³⁹⁹² Sur ce lien, voir J. PETIT, thèse préc., p. 609, n° 1239. Sur le processus de réalisation du droit, voir H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préc., p. 5 et s.

c'est le caractère fondamentalement pathologique du procédé de la rétroactivité qui est mis en exergue. À l'origine de la révision du passé par les autorités publiques, il y a un besoin de remédier à une difficulté préexistante que le passage du temps a révélée. Le retraitement normatif du passé permet alors de résoudre juridiquement, au présent, ce que le mouvement inexorable et anisotrope du temps empêche de réaliser matériellement. Bien que cette opération se fasse nécessairement au prix d'une déstabilisation des situations juridiques antérieurement établies, la rétroactivité constitue, si ce n'est la meilleure, du moins la solution la plus efficace pour parvenir à un tel résultat.

1178. À l'instar d'autres techniques juridiques perturbatrices de l'ordre établi, telles la théorie des mutations domaniales qui vient remettre en cause, au profit de l'État, la répartition des dépendances du domaine public entre les diverses personnes publiques propriétaires, la rétroactivité n'en constitue pas moins « *une solution (...) [qui] aplanit bien des difficultés pratiques* »³⁹⁹³. À elle seule, cette utilité avérée dépasse de loin les risques inhérents à l'emploi de la rétroactivité et fait qu'elle connaît, depuis un passé lointain, un succès et une longévité que l'avenir ne démentira pas.

³⁹⁹³ M. WALINE, *Les mutations domaniales*, Paris, éd. Jouve et Cie, 1925, p. 172.

BIBLIOGRAPHIE¹

I / Ouvrages généraux

a. Droit public

AUBY Jean-Marie, AUBY Jean-Bernard, JEAN-PIERRE Didier et TAILLEFAIT Antony, Droit de la fonction publique, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public, 6^e éd., 2009, 828 p.

AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, Traité de contentieux administratif, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1984, 2 tomes (t. I, 1014 p. ; t. II, 718 p.).

AUBY Jean-Bernard, AUBY Jean-François et NOGUELLOU Rozen, Droit des collectivités locales, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 5^e éd., 2009, 390 p.

AUBY Jean-Bernard, PÉRINET-MARQUET Hugues, NOGUELLOU Rozen, Droit de l'urbanisme et de la construction, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public/privé, 8^e éd., 2008, 1196 p.

BARTHÉLÉMY Joseph et DUEZ Paul, Traité de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1933, 2^e éd., rééd. Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2004, 955 p.

BIENVENU Jean-Jacques et LAMBERT Thierry, Droit fiscal, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 4^e éd., 2010, 470 p.

BÉNOIT Francis-Paul, Le droit administratif français, Paris, Dalloz, 1968, 897 p.

BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Lexis-Nexis Litec, 4^e éd., 2010, 830 p.

BONICHOT Jean-Claude, CASSIA Paul et POUJADE Bernard, Les grands arrêts du contentieux administratif, Paris Dalloz, 3^e éd., 2011, 1378 p.

BOURDON Jacques, PONTIER Jean-Marie et RICCI Jean-Claude, Droit des collectivités territoriales, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 2^e éd., 1998, 720 p.

BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie-Christine et LASSALE Jean-Pierre, Finances publiques, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 10^e éd., 2010, 1030 p.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, Contribution générale à la théorie de l'État, Paris, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, 2 tomes (t. I, 837 p. ; t. II, 638 p.).

CHAPUS René, Droit administratif général, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, 2 tomes (t. I, 1427 p. ; t. II, 797 p.).

¹ En raison de l'étendue du champ de la recherche, la présente bibliographie est nécessairement sélective. Elle ne prétend donc pas à l'exhaustivité. Elle ne comprend, ni l'ensemble des sources consultées, ni l'intégralité des références citées en note de bas page.

CHAPUS René, Droit du contentieux administratif, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008, 1540 p.

COLLET Martin, Droit fiscal, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2^e éd., 2009, 437 p.

COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, Droit public économique, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 5^e éd., 2010, 992 p.

DAVID Cyrille, FOUQUET Olivier, PLAGNET Bernard et RACINE Pierre-François, Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2009, 1135 p.

DOUAT Étienne et BADIN Xavier, Finances publiques, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 3^e éd., 2006, 485 p.

DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude, Droit matériel de l'Union européenne, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 5^e éd., 2009, 752 p.

DRAGO Guillaume, Contentieux constitutionnel français, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2011, 683 p.

DUGUIT Léon, Traité de droit constitutionnel, Paris, éd. E. de Boccard, 3^e éd., 5 tomes (t. I, 1927, 763 p. ; t. II, 1928, 888 p.).

DUGUIT Léon, L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris, Fontemoing, 1901, rééd. Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2003, 623 p.

EISENMANN Charles, Cours de droit administratif, D.E.S. Droit public 1949-1950, Faculté de droit de Paris, dactyl., Paris, Les cours de droit, 1950, 489 p.

EISENMANN Charles, Cours de droit administratif, Doctorat 1958-1959, Faculté de droit de Paris, dactyl., Paris, Les cours de droit, 1959, 246 p.

EISENMANN Charles, Cours de droit administratif, Paris, LGDJ, 2 tomes (1982, t. I, 783 p. ; 1983, t. II, 908 p.).

ESMEIN Adhémar, Éléments de droit constitutionnel français et comparé, Paris, Sirey, 1914, 6^e éd., rééd. Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2001, 1246 p.

FAVOREU Louis et PHILIP Loïc (dir.), Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Paris Dalloz, 16^e éd., 2011, 591 p.

FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, Précis de droit administratif, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 6^e éd., 2010, 568 p.

GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Paris, LGDJ, 5 tomes (16^e éd., 2001, t. I, 918 p. ; 13^e éd., 2008, t. II, 618 p. ; 12^e éd., 2000, t. V, 229 p.).

GAUDEMET Yves, STIRN Bernard, DAL FARRA Thierry et ROLIN Frédéric, Les grands avis du Conseil d'État, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2008, 582 p.

GUETTIER Christophe, Droit des contrats administratifs, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 3^e éd., 2011, 640 p.

HAURIOU Maurice, Principes de droit public, Paris, Sirey, 1910, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, 734 p.

HAURIOU Maurice, Précis de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. CNRS, 1965, 759 p.

HAURIOU Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933, 1150 p.

ISAAC Guy et BLANQUET Marc, Droit général de l'Union européenne, Paris, Sirey, coll. Université, 9^e éd., 2006, 539 p.

JACQUOT Henri et PRIET François, Droit de l'urbanisme, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, 6^e éd., 2008, 977 p.

JÈZE Gaston, Les principes généraux du droit administratif, Paris, Marcel Giard, 3^e éd., 1924-1936, 4 tomes, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz (2005, t. I, 443 p. ; 2004, t. II, 848 p. ; 2011, t. III, 520 p.).

KELSEN Hans, Théorie pure du droit, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 2^e éd., 1962, trad. C. EISENMANN, 496 p.

KELSEN Hans, Théorie générale des normes, 1979, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, trad. O. BEAUD et F. MALKANI, 604 p.

LAFERRIÈRE Édouard, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, 2 tomes (t. I, 708 p. et t. II, 709 p.).

LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVÉ Pierre, Traité des contrats administratifs, Paris, LGDJ, 2 tomes (1983, t. I, 808 p. et 1984, t. II, 1124 p.).

LAVROFF Dmitri Georges, Le droit constitutionnel de la V^e République, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1999, 1100 p.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, Dalloz, 18^e éd., 2011, 1009 p.

LUCHAIRE François, CONAC Gérard et PRÉTOT Xavier, La Constitution de la République française, Paris, Economica, 3^e éd., 2009, 2126 p.

MOREAU Jacques, Droit administratif, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, 569 p.

ODENT Raymond, Contentieux administratif, 1976-1980, rééd. Paris, Dalloz, 2007, 2 tomes (t. I, 1051 p. ; t. II, 783 p.).

ORSONI Gilbert, Science et législation financières, Paris, Economica, coll. Corpus Droit public, 2005, 753 p.

PACTEAU Bernard, Traité de contentieux administratif, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2008, 646 p.

PLANTEY Alain, La fonction publique – Traité général, Paris, Litec, 2001, 2^e éd., 826 p.

RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2010, 713 p.

RIDEAU Joël, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, Paris, LGDJ, 6^e éd., 2010, 1464 p.

RIVERO Jean, Droit administratif, Paris, Dalloz, 13^e éd., 1990, 654 p.

ROUSSEAU Dominique, Droit du contentieux constitutionnel, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 9^e éd., 2010, 586 p.

SEILLER Bertrand, Droit administratif, Paris, Flammarion, coll. Champs Université, 2 tomes, (4^e éd., 2011, t. I, 345 p. ; 3^e éd., 2010, t. II, 355 p.).

SUDRE Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 10^e éd., 2011, 925 p.

TRUCHET Didier, Droit administratif, Paris, PUF, coll. Thémis droit public, 4e éd., 2011, 470 p.

TRUCHET Didier, Le droit public, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 2010, 127 p.

VEDEL Georges, Droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1949, 616 p.

VEDEL Georges et DELVOLVÉ Pierre, Droit administratif, Paris, PUF, coll. Thémis droit public, 1992, 2 tomes (t. I, 716 p. ; t. II, 802 p.).

WALINE Jean, Droit administratif, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public, 23^e éd., 2010, 728 p.

WALINE Marcel, Traité de droit administratif, Paris, Sirey, 8^e éd., 1959, 932 p.

b. Droit privé

AUBRY Charles et RAU Charles Frédéric, Cours de droit civil français, Paris, Marchal et Billard, 5^e éd., 1897, 12 Vol.

BERGEL Jean-Louis, Méthodologie juridique, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1^{ère} éd., 2001, 408 p.

BERGEL Jean-Louis, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4^e éd., 2003, 374 p.

BOULOC Bernard, Droit pénal général, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 22^e éd., 2011, 728 p.

CARBONNIER Jean, Droit civil, Introduction, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2004, 2 tomes (27^e éd., 2002 t. I, 391 p. ; 19^e éd., 2000, t. II, 756 p.).

CORNU Gérard, Droit civil, Introduction au droit, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007, 277 p.

CONTE Philippe et MAISTRE DU CHAMBON Patrick, Droit pénal général, Paris, Armand Collin, coll. U Droit privé, 7^e éd., 2004, 394 p.

DABIN Jean, La technique d'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935, 367 p.

- DABIN Jean, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, nouvelle édition, 1969, 424 p.
- DESPORTES Frédéric et LE GUNÉHEC Francis, Droit pénal général, Paris, Economica, 16^e éd., 2009, 1248 p.
- FLOUR Jacques, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, Les obligations. L'acte juridique, Paris, Sirey, 14^e éd., 2010, 499 p.
- GHESTIN Jacques, Les obligations. Le contrat : formation, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1988, 1096 p.
- GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc, Traité de droit civil. Les effets du contrat, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2001, 915 p.
- HÉRON Jacques et LE BARS Thierry, Droit judiciaire privé, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 4^e éd., 2010, 1014 p.
- LAURENT François, Principes de droit civil, Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Durand & Pedone, 1887-1903, 33 vols. (1869, t. I, 590 p.).
- MAYAUD Yves, Droit pénal général, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, 647 p.
- MERLE Roger et VITU André, Traité de droit criminel, Paris, éd. Cujas, 2 tomes (7^e éd., 1997, t. I, 1068 p. ; 5^e éd., 2001, t. II, 1180 p.).
- PRADEL Jean, Droit pénal général, Paris, éd. Cujas, 18^e éd., 2010, 726 p.
- PASQUIER Claude du, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, Paris-Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 4^e éd., 1967, 364 p.
- ROBERT Jacques-Henri, Droit pénal général, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 6^e éd., 2005, 564 p.
- TERRÉ François, Introduction générale au droit, Paris, Précis Dalloz, 8^e éd., 2009, 656 p.

II / Ouvrages spécialisés

- ALIBERT Raphaël, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Paris, Payot, 1926, 392 p.
- AMSELEK Paul (dir.), Interprétation et Droit, Bruxelles, Bruylant, Aix-Marseille, PUAM, 1995, 245 p.
- ANDERSEN Robert, DÉOM Diane et RENDERS David (dir.), Les sanctions administratives, Bruxelles Bruylant, coll. Centre d'études constitutionnelles et administratives, n° 29, 2007, 728 p.
- BÉCHILLON Denys de, Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?, Paris, éd. O. Jacob, 1997, 302 p.
- BONNARD Roger, Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé, Paris, Delagrave, 1934, rééd. Dalloz, 2005, 266 p.
- CÔTÉ Pierre-André, Interprétation des lois, Montréal, éd. Yvon Blais, 2^e éd., 1990, 766 p.
- DEGOFFE Michel, Droit de la sanction non pénale, Paris, Economica, 2000, 375 p.

- DELVOLVÉ Pierre, L'acte administratif, Paris, Sirey, coll. Droit public, 1983, 294 p.
- DEMOLOMBE Charles, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général : de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile, Paris, Durand-Hachette, Cours de Code Napoléon, t. 1, 4^e éd., 1845-1880, 609 p.
- GENEVOIS Bruno, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs, Paris, Sciences et Techniques Humaines (STH), 1988, 406 p.
- GÉRARD Philippe, OST François et KERCHOVE Michel Van de (dir.), L'accélération du temps juridique, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000, 931 p.
- HÉRON Jacques, Principes du droit transitoire, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et Théorie générale du droit, 1996, 168 p.
- HERZOG Jacques-Bernard et VLACHOS Georges, La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé, Paris, éd. L'épargne, 1961, 256 p.
- LASSALLE Ferdinand, Théorie systématique des droits acquis, Paris, éd. V. Giard & E. Brière, 2^e éd., 1904, 2 tomes (t. I, 551 p. ; t. II, 684 p.).
- MAILHER DE CHASSAT M. A., Traité de la rétroactivité des lois. Commentaire approfondi du Code civil, t. I, Paris, A. Durand, 1832, rééd. 1845, 427 p.
- MASPÉTIOL Roland et LAROQUE Pierre, La tutelle administrative, Paris, Sirey, 1930, 403 p.
- BOUFFARD Pierre, Le contrôle des délibérations du conseil municipal, Paris, Litec, 2^e éd., 1966, 207 p.
- MASSOT Jean et GIRARDOT Thierry, Le Conseil d'État, Paris, La Documentation française, coll. Les études de la Documentation française, 1999, 230 p.
- OST François, Le temps du droit, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999, 376 p.
- OST François et VAN HOECKE Mark (dir.), Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, 1998, 469 p.
- PERELMAN Chaïm, (dir.), Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, 1968, 554 p.
- PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, 1984, 377 p.
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, Écrits et discours juridiques et politiques, PUAM, coll. des Publications du Centre de Philosophie du Droit, 1988, 406 p.
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *Discours et rapports sur le code civil*, Presses universitaires de Caen, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 2010, 203 p.
- ROUBIER Paul, Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-rétroactivité des lois), Paris, Sirey, 1^{ère} éd., 2 tomes (1929, t. 1, 675 p. ; 1933, t. 2, 816 p.).
- ROUBIER Paul, Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps), Paris, Dalloz et Sirey, 2^e éd., 1960, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, 590 p.

STASSINOPOULOS Michel, *Traité des actes administratifs*, préf. René CASSIN, Paris-Athènes, Sirey, coll. de l'Institut français d'Athènes, Vol. 82, 1954, 315 p.

ZÉNATI Frédéric, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, 281 p.

III / Dictionnaires, répertoires et jurisclasseurs

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige Lamy-PUF, 2003, 1649 p.

AUBY Jean-Bernard et NOGUELLOU Rozen, « Offre de concours », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 684, 2005, 13 p.

BACH Louis, « Jurisprudence », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2000, 34 p.

BACH Louis, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2006, 100 p.

BÉCHILLON Denys de et TERNEYRE Philippe, « Contrats administratifs (Contentieux des) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2000, 73 p.

BÉNOIT Francis-Paul et JANICOT Laëtitia, « La transmission au préfet des actes des collectivités locales », *Rép. Coll. Loc.*, Dalloz, 2010, Fasc. 4520, 60 p.

BÉNOIT Francis-Paul, « Publication, affichage, notification des actes des collectivités locales », *Rép. Coll. Loc.*, Dalloz, 2003, Fasc. 4525, 48 p.

BÉNOIT Francis-Paul, « L'exécution des actes des collectivités locales », *Rép. Coll. Loc.*, Dalloz, 2003, Fasc. 4530, 52 p.

BOITEAU Claudie, « Délégation de service public : régime juridique », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 662, 2002, 22 p.

BONNEAU Thierry, « Application de la loi dans le temps : introduction générale », *J.-Cl. civ.*, Art. 2, Fasc. 10, 4 p.

BONNEAU Thierry, « Application de la loi dans le temps : lois nouvelles et évènements passés », *J.-Cl. civ.*, Art. 2, Fasc. 20, 15 p.

BONNEAU Thierry, « Application de la loi dans le temps : lois nouvelles et évènements futurs », *J.-Cl. civ.*, Art. 2, Fasc. 30, 18 p.

BRACONNIER Stéphane, « Formation du contrat administratif », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 610, 2000, 22 p.

CADIET Loïc, *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, 1362 p.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, Dicos poche, 8^e éd., 2011, 1079 p.

CRUCIS Henry-Michel, « Sanctions administratives », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 108-40, 1999, 35 p.

DENIS-LINTON Martine, « Régime général des recours de plein contentieux », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 1122, 1994, 19 p.

DOUENCE Jean-Claude, « Collectivités locales (Contrôle de légalité des actes des) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2005, 40 p.

FOMBEUR Pascale, « Requête », *Rép. cont. adm.*, 2007, 16 p.

GAUDEMET Yves, « Promulgation et publication des lois », *J.-Cl. civ.*, Fasc. 10, 1993, 27 p.

GENEVOIS Bruno, « Principes généraux du droit », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2010, 109 p.

GEORGEL Jacques, « Loi », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 30, 2006, 8 p.

GEORGEL Jacques, « Ordonnances », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 35, 2006, 8 p.

HAÏM Victor, « Fin des marchés publics », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 653, 2000, 30 p.

HAÏM Victor, « Recours de pleine juridiction », *Rép. cont. adm.*, 2008, 36 p.

JEANDIDIER Wilfrid, « Application de la loi pénale dans le temps », *J.-Cl. Pén.*, Fasc. 20, 2005, 23 p.

LABETOULLE Daniel et STAHL Jacques-Henri, « Amnistie », *Rép. cont. adm.*, 2005, 13 p.

LAMARQUE Jean, « Sources du droit fiscal », *J.-Cl. Proc. Fisc.*, Fasc. 116-10, 2000, 24 p.

MASSOT Jean, « Validation législative », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2007, 15 p.

MAUGÜÉ Christine, « Autorisations de plaider », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 1083, 2008, 16 p.

MOREAU Jacques, « Inexistence », *Rép. cont. adm.*, 2002, 7 p.

OLLIVIER Frédérique, « Conclusion du marché public », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 640, 2003, 16 p.

PEYRICAL Jean-Marc, « La passation de convention de délégation de service public », *Rép. Coll. loc.*, Dalloz, 2002, Fasc. 3123, 24 p.

POUYAUD Dominique, « Contentieux des contrats administratifs. Formation du contrat », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 1126, 2010, 68 p.

SEILLER Bertrand, « Acte administratif (I – Identification) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2010, 67 p.

SEILLER Bertrand, « Acte administratif (II – Régime) », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, 2010, 79 p.

TRUCHET Didier, « Recours administratif », *Rép. cont. adm.*, 2000, 36 p.

VINCENT Jean-Yves, « Acte administratif : Publicité des actes administratifs unilatéraux », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 107-40, 2005, 15 p.

VINCENT Jean-Yves, « Acte administratif : Application dans le temps », *J.-Cl. adm.*, Fasc. 108-30, 2005, 32 p.

IV / Thèses et mémoires

a. Droit public

ACCOLAS Louis, Le rétablissement de la légalité républicaine (Le sort des actes législatifs, administratifs et juridictionnels sous le régime de Vichy), dir. Louis ROLLAND, thèse dactyl., Paris, 1946, 525 p.

AGOSTINI Christophe, Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes, dir. Michel TROPER, thèse dactyl., Paris X, 2000, 518 p.

ALCINDOR Léon, Des différentes espèces de nullité des actes administratifs, Paris, éd. M. Giard et E. BRIÈRE, 1912, 130 p.

AMSELEK Paul, Le budget de l'État sous la V^e République, préf. Pierre LAVIGNE, Paris, LGDJ, Bibliothèque de science financière, t. 5, 1967, 657 p.

ANDRÉ Yves, Le retrait des actes administratifs, dir. Louis ROLLAND, thèse dactyl., Paris, 1943, 164 p.

AUBY Jean-Marie, La théorie de l'inexistence des actes administratifs, dir. Pierre LAMPUÉ, Paris, Pedone, 1951, 351 p.

BAILLEUL David, L'efficacité comparée du recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, préf. Gilles LEBRETON, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 220, 2002, 428 p.

BALDOUS Benjamin, Les pouvoirs du juge de pleine juridiction, préf. Jean-Paul NÉGRIN, Aix-Marseille, PUAM, 2000, 383 p.

BATAILLER Francine, Le Conseil d'État juge constitutionnel, préf. Georges VEDEL, Paris, LGDJ, 1966, 675 p.

BÉCHILLON Denys de, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, préf. Pierre BON, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, 577 p.

BERROD Frédérique, La systématique des voies de droit communautaires, préf. Robert KOVAR, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 21, 2003, 1136 p.

BERTRAND Arnaud, La rétroactivité en droit fiscal, dir. Jean LAMARQUE, thèse dactyl., Paris II, 1999, 517 p.

BÉZIN Marius-Antoine-Guillaume de, Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative, dir. Maurice HAURIOU, Toulouse, impr. J. Fournier, 1906, 432 p.

BIAGINI-GIRARD Sandrine, L'inexistence en droit administratif. Contribution à l'étude de la fonction des nullités, préf. Jean-Claude RICCI, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, 498 p.

- BIENVENU Jean-Jacques, L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif, dir. Jean de CORAIL, thèse dactyl., Paris II, 1979, 620 p.
- BLANCO Florent, Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir, avant-propos de Bernard STIRN, préf. Jean-Marie PONTIER, Aix-Marseille, PUAM, coll. du Centre de Recherches Administratives, 2010, 693 p.
- BLUMANN Claude, La renonciation en droit administratif français, préf. Jean LAMARQUE, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, 498 p.
- BONNET Émile, De la promulgation (étude de droit public), Paris, éd. A. Rousseau, 1908, 152 p.
- BOYER-MÉRENTIER Catherine, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, préf. Louis FAVOREU, Paris, Economica, Aix-Marseille, PUAM, coll. Droit public positif, 1996, 416 p.
- BRACONNIER Stéphane, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français, préf. Yves MADIOT, Bruxelles, Bruylant, 1997, 597 p.
- BRISSON Jean-François, Les recours administratifs en droit public français. Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel, préf. Bernard PACTEAU, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 185, 1996, 494 p.
- CALMES Sylvia, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, préf. Didier TRUCHET, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 1, 2001, 711 p.
- CARBAJO Joël, L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires, préf. Jean-François LACHAUME, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 134, 1980, 293 p.
- CARTIER Emmanuel, La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain », préf. Michel VERPEAUX, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 126, 2005, 665 p.
- CHAUDET Jean-Pierre, Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse, préf. Jacques MOREAU, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 74, 1967, 528 p.
- CHEVALLIER Jacques, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préf. Roland DRAGO, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 97, 1970, 308 p.
- COSTA Delphine, Les fictions juridiques en droit administratif, préf. Étienne PICARD, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 210, 2000, 614 p.
- CROUZATIER-DURAND Florence, La fin de l'acte administratif unilatéral, préf. Jean-Pierre THÉRON, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2003, 434 p.
- CRUCIS Henry-Michel, Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir, préf. René HOSTIOU, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit public, t. 161, 1991, 377 p.

DAMERVALLE Pierre, La nature juridique de la créance de l'impôt, dir. Gaston JÈZE, Paris, éd. R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1937, 199 p.

DEBOUY Christian, Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, préf. Jean-François LACHAUME, Paris, PUF - Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Vol. 9, 1980, 528 p.

DEGUERGUE Maryse, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, préf. Jacqueline MORAND-DEVILLER, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 171, 1994, 884 p.

DELLIS Georges, Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, préf. Yves GAUDEMET, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 184, 1997, 464 p.

DISANT Mathieu, L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, préf. Jean-Louis DEBRÉ et Patrice GÉLARD, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 135, 2010, 868 p.

DOKHAN David, Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs, préf. Claude GOYARD, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 103, 2001, 580 p.

DUPEYROUX Olivier, La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs, préf. Paul COUZINET, Paris, LGDJ, 1954, 350 p.

ÉVEILLARD Gweltaz, Les dispositions transitoires en droit public français, préf. Jacques PETIT, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 62, 2007, 988 p.

FERRARI Brigitte, La France et la réglementation communautaire des aides étatiques, dir. Joël RIDEAU, thèse dactyl., Nice, 2002, 914 p.

FOLLIOU Laurence, Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle, dir. Jacques MOREAU, thèse dactyl., Paris II, 1994, 724 p.

GAHDOUN Pierre-Yves, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, préf. Dominique ROUSSEAU, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 76, 2008, 415 p.

GAUDEMET Yves, Les méthodes du juge administratif, préf. Georges VEDEL, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 108, 1972, 321 p.

GOURDOU Jean, Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif, dir. Philippe TERNEYRE, thèse dactyl., Pau, 1996, 781 p.

HOSTIOU René, Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français, préf. Georges DUPUIS, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 119, 1975, 353 p.

ISAAC Guy, La procédure administrative non contentieuse, préf. Olivier DUPEYROUX, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 79, 1968, 732 p.

ISRAEL Jean-Jacques, La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral, préf. Georges VEDEL, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 138, 1981, 268 p.

JEANNEAU Benoît, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, préf. Jean RIVERO, Paris, Sirey, 1954, 287 p.

KELLERSHOHN Maurice, Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir, dir. Léon DUGUIT, Bordeaux, Impr. Y. Cadoret, 1915, 287 p.

LACHAUME Jean-François, La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français, préf. Benoît JEANNEAU, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 65, 1966, 343 p.

LAFaix Jean-François, Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration, préf., Étienne FATÔME, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 87, 2009, 768 p.

LAMBERT-RIBOT Alfred, Des moyens dont dispose l'administration pour mettre fin aux situations qu'elle a irrégulièrement créées. Contribution à l'étude de la validité des actes administratifs, Paris, éd. A. Rousseau, 1913, dir. Ferdinand LARNAUDE, Paris, éd. A. Rousseau, 1913, 125 p.

LAVIALLE Christian, L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français, préf. Paul COUZINET, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 118, 1974, 345 p.

LE BERRE Hugues, Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998, préf. Jean-Paul NÉGRIN, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 207, 1999, 733 p.

LEPETIT-COLLIN Hélène, Recherches sur le plein contentieux objectif, préf. Yves GAUDEMET, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011, 586 p.

LESAGE Michel, Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice (contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs), préf. Roland DRAGO, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 28, 1960, 337 p.

LETEMENDIA Miren A., Retrait et abrogation des actes administratifs individuels en droit communautaire et en droit anglais, préf. Bernard RUDDEN, Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. Études européennes, 1987, 259 p.

LEWALLE Paul, Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps, préf. Jean-Marie AUBY, La Haye, éd. Martinus Nijhoff, coll. scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Vol. 37, 1975, 420 p.

LIET-VEAUX Georges, La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions, préf. Charles ROUSSEAU, Paris, Sirey, 1943, 467 p.

LIÈVRE-GRAVEREAUX Amélie, La rétroactivité de la loi fiscale : une nécessité en matière de procédures, préf. Jean LAMARQUE, Paris, L'Harmattan, coll. Finances publiques, 2007, 432 p.

MAOUACHI Mohamed, La liberté contractuelle des collectivités territoriales, préf. Jean-Claude RICCI, Aix-Marseille, PUAM, coll. Collectivités locales, 2002, 609 p.

MARCHESSOU Philippe, L'interprétation des textes fiscaux, avant-propos de Maurice COZIAN, préf. Paul AMSELEK, Paris, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1980, 258 p.

MARTIN Julien, Les sources du droit privé du droit des contrats administratifs, dir. Yves GAUDEMET, thèse dactyl., Paris II, 2008, 874 p.

MATHIEU Bertrand, Les « validations » législatives, Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle, préf. Michel FROMONT, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1987, 329 p.

MELLERAY Fabrice, Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale, préf. Jean du BOIS DE GAUDUSSON, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 212, 2001, 466 p.

MELLERAY Guy, La tutelle de l'État sur les communes, préf. Franck MODERNE, Paris, Sirey, coll. Bibliothèque des collectivités locales, 1981, 400 p.

MERLAND Guillaume, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, préf. Dominique ROUSSEAU, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 121, 2004, 390 p.

MIGNON Maxime, La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public, dir. Paul DUEZ, thèse, Lille, Dalloz, 1938, 296 p.

MOLINIÉ Jacques, La publication en droit public français, dir. Roland DRAGO, thèse dactyl., Paris II, 1976, 339 p.

MOURGEON Jacques, La répression administrative, préf. Olivier DUPEYROUX, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 75, 1967, 643 p.

MUZELLEC Raymond, Le principe d'intangibilité des actes administratifs unilatéraux, dir. J. MOREAU, thèse dactyl., Rennes I, 1971, 520 p.

NÉGRIN Olivier, L'application dans le temps des textes fiscaux, dir. Jean-Michel LE BERRE, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1997, 718 p.

PELLETIER Marc, Les normes en droit fiscal, préf. Bernard CASTAGNÈDE Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 78, 2008, 593 p.

PÉQUIGNOT Georges, Théorie générale du contrat administratif, Paris, Pedone, 1945, 627 p.

PERRIN Alix, L'injonction en droit public français, préf. Pierre DELVOLVÉ, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, 917 p.

PETIT Jacques, Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, préf. Jacques MOREAU, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 195, 2002, 662 p.

PIELBERG Hervé, La pratique des ordonnances de l'article 38 sous la cinquième République, dir. Jean-Pierre DUPRAT, thèse dactyl., Poitiers, 1987, 420 p.

PLESSIX Benoît, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, préf. Jean-Jacques BIENVENU, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Droit public, 2003, 878 p.

POUYAUD Dominique, La nullité des contrats administratifs, préf. Prosper WEIL, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 158, 1991, 598 p.

RADULESCU-LIVEZI Constantin, Le principe de la non-rétroactivité et son application aux traités internationaux, dir. Charles ROUSSEAU, thèse dactyl., Paris II, 1972, 276 p.

- RAIMBAULT Philippe, Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, préf. Jean-Pierre THÉRON, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 256, 2009, 688 p.
- REGOURD Serge, L'acte de tutelle en droit administratif français, préf. Jean-Arnaud MAZÈRES, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 142, 1982, 539 p.
- RENDERS David, La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral, préf. Francis DELPÉRIÉE, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 39, 2003, 492 p.
- RIALS Stéphane, Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, préf. Prosper WEIL, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 135, 1980, 564 p.
- SCHWARTZENBERG Roger-Gérard, L'autorité de chose décidée, préf. Georges VEDEL, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 113, 1969, 452 p.
- SEILLER Bertrand, L'exception d'illégalité des actes administratifs, dir. Pierre DELVOLVÉ, thèse dactyl., Paris II, 1995, 3 tomes, 780 p.
- SÉNAC Charles-Édouard, L'office du juge constitutionnel français. Contribution à l'analyse du contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives et judiciaires, dir. Guillaume DRAGO, thèse dactyl., Paris II, 2010, 687 p.
- SIRINELLI Jean, Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen, préf. Yves GAUDEMET, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque de droit public, t. 266, 2011, 617 p.
- SOTO Jean de, Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux, dir. Achille MESTRE, Paris, éd. R. Bernard, 1941, 279 p.
- SOTO-KLOSS Édouard, L'application dans le temps des actes administratifs, dir. Prosper WEIL, thèse dactyl., Paris, 1968, 381 p.
- SPACH Jean, Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite, préf. de Joseph DELPECH, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936, 174 p.
- TALLINEAU Lucile, Les actes particuliers non créateurs de droits. Essai critique de la Théorie des droits acquis en droit administratif, dir. Benoît JEANNEAU, thèse dactyl., Poitiers, 1972, 2 tomes, 412 p.
- TAVERNIER Paul, Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public (Problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire), préf. Paul REUTER, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit international, t. 55, 1970, 351 p.
- TCHEN Vincent, Les revirements dans la jurisprudence administrative du Conseil d'État, dir. Pierre LE MIRE, thèse dactyl., Paris XIII, 1993, 730 p.
- THÉRON Sophie, La notion de condition. Contribution à l'étude de l'acte administratif, préf. Jean-Arnaud MAZÈRES, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, 640 p.

TIMSIT Gérard, Le rôle de la fonction administrative en droit administratif français, préf. Charles EISENMANN, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 65, 1963, 329 p.

TUSSEAU Guillaume, Les normes d'habilitation, préf. Michel TROPER Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 60, 2006, 813 p.

VALEMBOIS Anne-Laure, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, préf. Bertrand MATHIEU, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 122, 2005, 534 p.

VIDAL-NAQUET Ariane, Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, préf. Michel VERPEAUX, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2007, 671 p.

WEIL Prosper, Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, Paris, Pedone, 1952, 275 p.

YANNAKOPOULOS Constantin, La notion de droits acquis en droit administratif français, préf. Yves GAUDEMET, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 188, 1997, 604 p.

b. Droit privé

BLÉRY Corinne, L'efficacité substantielle des jugements civils, dir. Jacques HÉRON, préf. Pierre MAYER, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 328, 2000, 397 p.

BONNEAU Thierry, La Cour de Cassation et l'application de la loi dans le temps, préf. Michelle GOBERT, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1990, 397 p.

COUTURIER Gérard, La confirmation des actes nuls, préf. Jacques FLOUR, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 121, 1972, 330 p.

DEBAT Olivier, La rétroactivité et le droit fiscal, avant-propos de Maurice COZIAN, préf. Patrick SERLOOTEN, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 18, 2006, 503 p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine, préf. Michelle GOBERT, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 151, 1977, 267 p.

DEPREZ Jean, La rétroactivité dans les actes juridiques, dir. Roger HOUIN, thèse dactyl., Rennes, 1953, 2 tomes, 704 p.

DOUET Frédéric, Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français, avant-propos de Jean SCHMIDT, préf. Brigitte NÉEL, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 280, 1997, 383 p.

DUPEYRON Christian, La régularisation des actes nuls, préf. Pierre HÉBRAUD, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 127, 1973, 283 p.

FLEURY-LE GROS Pierre, Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne, préf. Louis BACH et Pierre MAYER, postf. Jacques PETIT, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 43, 2005, 330 p.

GALLET Aimé, Étude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français, dir. Arnaud de la MÉNARDIÈRE, Poitiers, Société française d'imprimerie et de librairie, 1903, 177 p.

GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine, Nullité, restitutions et responsabilité, préf. Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 218, 1992, 614 p.

GUEZ Julien, L'interprétation en droit fiscal, préf. Bernard CASTAGNÈDE, Paris, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André TUNC, t. 12, 2007, 376 p.

LEVEL Patrice, Essai sur les conflits de lois dans le temps (Contribution à la théorie générale du droit transitoire), préf. Henri BATIFFOL, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 14, 1959, 344 p.

MAÎTRE-ARNAUD Élodie, La rétroactivité dans le contrat, dir. Bernard TEYSSIÉ, thèse dactyl., Paris II, 2003, 356 p.

MAYER Pierre, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, préf. d'Henri BATTIFOL, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, t. 17, 1973, 244 p.

MERCIER Mathieu, La rétroactivité (Essai d'une théorie générale), dir. Thierry REVET, thèse dactyl., Paris I, 2003, 605 p.

MERCOLI Sylvain, La rétroactivité dans le droit des contrats, préf. Gilles GOUBEAUX, Aix-Marseille, PUAM, 2001, 559 p.

MERLE Roger, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, dir. Pierre HÉBRAUD, Paris, éd. Rousseau, 1948, 374 p.

MOTULSKY Henri, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, préf. Paul ROUBIER, Paris, Sirey, 1948, rééd. Paris, Dalloz, 2002, 183 p.

REYMOND Jean, Des lois d'interprétation et de leur rétroactivité, dir. Paul ROUBIER, Aix-en-Provence, éd. P. Roubaud, 1925, 366 p.

SALVAT Odile, Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais, dir. Denis TALLON thèse dactyl., Paris II, 1983, 564 p.

V / Actes de colloques

La rétroactivité de la loi fiscale face au principe de sécurité juridique, *DF*, 1996, n° hors-série, 55 p.

La sanction, Actes du colloque du 27 novembre 2003 organisé à l'Université Jean Moulin Lyon III par l'Association des doctorants et jeunes docteurs en droit de l'Université Jean Moulin Lyon III (ADDDUL), Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007, 272 p.

Varii auctores, « Loi fiscale, rétroactivité et sécurité juridique : quelle conciliation ? Compte rendu du colloque organisé par le CEFEP au Sénat le 2 mars 1999 », *DF*, 1999, n° 17, pp. 622-629.

Le deuxième centenaire du Conseil d'État français, Actes du colloque organisé les 13, 14 et 15 décembre 1999, *Rev. adm.*, 2000, n° spéc., n° 3, 217 p.

Le rétablissement de la légalité républicaine (1944), Actes du colloque de Bayeux des 6, 7, 8 octobre 1994 organisé par la Fondation Charles de Gaulle, La Fondation nationale des Sciences politiques, l'Association française des constitutionnalistes (et la participation de l'université de Caen), Paris, éd. Complexe, coll. Interventions, 1996, 905 p.

L'office du juge, Actes du colloque organisé au Sénat par le Professeur Gilles Darcy, le Doyen Véronique Labrot et Mathieu Doat les 29 et 30 septembre 2006, Paris, Publications du Sénat, coll. Les colloques du Sénat, 2006, 544 p.

CÔTÉ Pierre-André et FRÉMONT Jacques (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du 4^e Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique, Cowansville (Québec, Canada), éd. Yvon Blais inc., 1996, 355 p.

DRAGO Guillaume, LE PRADO Didier, SEILLER Bertrand et THÉRY Philippe (dir.), *Repenser le droit transitoire*, Actes du colloque organisé en Sorbonne le 2 février 2009 par l'Université de Paris II et l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, 155 p.

FLEURY-LEGROS Pierre (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé (GREDFIC) à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Paris, Lexis-Nexis, Litec, coll. Colloques & Débats, 2010, 112 p.

GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 20 et 21 novembre 2003 organisé à Limoges, Pulim, 2004, 373 p.

SEILLER Bertrand (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Actes du colloque du 19 janvier 2006 organisé à l'Université de Paris II, Paris, Economica, coll. Études juridiques, n° 29, 2007, 190 p.

VI / Rapports, études

Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *Une V^e République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, coll. rapports publics, 2008, 267 p.

Commission Aicardi pour l'amélioration des relations entre les citoyens et les administrations fiscales et douanières, Paris, La Documentation française, coll. rapports officiels, 1986, 72 p.

Conseil des Impôts, *Fiscalité et vie des entreprises*, Paris, Direction des Journaux Officiels, 1994, 442 p.

Conseil d'État, De la sécurité juridique, Rapport public 1991, *EDCE*, n° 43, Paris, La Documentation française, 1991, 416 p.

Conseil d'État, L'intérêt général, Rapport public 1999, *EDCE*, n° 50, Paris, La Documentation française, 1999, 449 p.

Conseil d'État, Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, Paris, La Documentation française, 2001, 73 p.

Conseil d'État, Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2006, *EDCE*, n° 57, Paris, La Documentation française, 2006, 412 p.

Conseil d'État, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public 2008, *EDCE*, n° 59, Paris, La Documentation française, 2008, 2 Vol., 657 p.

Conseil d'État, Les recours administratifs préalables obligatoires, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2008, 233 p.

Cour de Cassation, Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Paris, Litec, 2005, 193 p.

Sénat, Les ordonnances - Bilan au 31 décembre 2007, Paris, Sénat, coll. Les Documents de travail du Sénat, série Études juridiques, n° 4, 2008, 127 p.

VII / Articles

AKAM AKAM, André, « Libre propos sur l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi", *RRJ*, 2007, n° 1, pp. 31-55.

AMSELEK Paul, « Réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, n° 1, pp. 5-19.

AMSELEK Paul, « Une institution financière en clair-obscur : la règle du service fait », in *Études de finances publiques, Mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Paul-Marie GAUDEMET*, Paris, *Économica*, 1984, pp. 421-449.

AMSELEK Paul, « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *Arch. phil. dr.*, t. 33, 1988, pp. 283-299 et *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Caen, Centre de publications de l'Université de Caen, 1990, n° 17 (La pensée politique d'Hans Kelsen), pp. 121-146.

ARANJO Christophe de, « Les conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur la convention de délégation d'un service public », *AJDA*, 2009, n° 6, pp. 291-305.

ARBOUSSET Hervé, « Retrait, abrogation et sécurité juridique : analyse, depuis 1981, d'une relation souvent difficile », *RRJ*, 2000, n° 2, pp. 541-560.

ARDANT Philippe, « Le temps dans les Constitutions écrites », in *La République, Mélanges en l'honneur de Pierre AVRIL*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 503-515.

AUBIN Emmanuel, « Les pensions de retraite et la rétroactivité », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 17-44.

AUBY Jean-Marie, « L'incompétence *ratione temporis*, Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », *RDP*, 1953, n° 1, pp. 5-60.

AUBY Jean-Marie, « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 1959, n° 3, pp. 431-460.

AUBY Jean-Marie, « L'abrogation des actes administratifs », *AJDA*, 1967, n° 3, pp. 131-139.

AUBY Jean-Marie, « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, Bordeaux, éd. Bière, 1967, pp. 69-98.

AUBY Jean-Marie, « Le principe de la publicité de la Justice et le Droit public », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, tome XVI, fasc. 1, 1968, pp. 255-269.

AUBY Jean-Marie, « Sur une pratique excessive : les validations législatives », *RRJ*, 1977, n° 2-3, pp. 10-18.

AUVRET Patrick, « La notion de droit acquis en droit administratif français », *RDP*, 1985, n° 1, pp. 53-101.

BA Adiouma, « Le retrait des actes administratifs illégaux créateurs de droits : la complexité croissante du régime », *RDP*, 2007, n° 6, pp. 1617-1634.

BACH Eugène-Louis, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTDCiv.*, Vol. 67, 1969, pp. 405-468.

BACH Louis, « Contribution à l'étude de la notion de rétroactivité de la loi », in *Festschrift für Karl H. NEUMAYER zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1981, pp. 47-58.

BACH Louis, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !) », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2008, pp. 47-60.

BAILLEUL David, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, n° 30, pp. 1626-1630.

BARTHE-GAY Clarisse, « Les normes permissives en droit administratif français », *RRJ*, 2004, n° 1, pp. 233-259.

BARTHÉLÉMY Joseph, « De l'interprétation des lois par le législateur : à propos de l'interprétation de l'article 9 § 2 de la loi du 9 décembre 1905 par la loi du 4 avril 1908 », *RDP*, 1908, n° 3, pp. 456-500.

BARTHÉLÉMY Joseph, « Sur l'interprétation des lois par le Parlement : la rétroactivité des lois ; l'État et le contrat », *RDP*, 1911, n° 1, p. 129.

BARTHÉLÉMY Joseph, « Le droit public en temps de guerre », *RDP*, 1915, n° 3, pp. 545-575.

- BATAILLER Francine, « Les "*Beati possidentes*" du droit administratif (les actes administratifs unilatéraux créateurs de privilèges) », *RDP*, 1965, n° 6, pp. 1051-1096.
- BATTIFOL Henri, « Essai sur ce que l'on appelle l'effet rétroactif de la loi », *S.*, 1809, II, p. 277.
- BATTIFOL Henri, « Les revirements de jurisprudence », *Arch. phil. dr.*, t. 12, 1967, p. 335.
- BÉCHILLON Denys de, « Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle : une présentation graphique », *LPA*, 14 mai 1990, n° 58, pp. 10-19.
- BÉCHILLON Denys de, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, n° 1, pp. 15-35.
- BÉCHILLON Denys de, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Paris Dalloz, 2004, pp. 5-22.
- BÉCHILLON Denys de, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, Paris, Dalloz, 2006, pp. 29-34.
- BEL Jean, « Le précédent judiciaire en droit privé français », in *Journées de la Société de législation comparée, 4^{es} journées franco-allemandes (Lübeck, 13-17 juin 1984)*, *RIDC*, 1984, n° spécial, Vol. 6, pp. 171-188.
- BELRHALI-BERNARD Hafida, « Les avis contentieux du Conseil d'État : remarques sur vingt années de pratique », *AJDA*, 2010, n° 7, pp. 364-371.
- BERGEL Jean-Louis, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », *RRJ*, 1993, n° 4, pp. 1055-1062.
- BERN Philippe, « La protection du contribuable contre les changements de doctrine administrative. Commentaire de l'article 1649 *quinquies* E du Code Général des Impôts », *RSF*, 1971, n° 4, pp. 751-778.
- BOCKEL Alain, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo HAMON*, Paris Economica, coll. Politique comparée, 1982, pp. 43-59.
- BOISSARD Sophie, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n° 11, pp. 70-81.
- BOLZE Antoine, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *RRJ*, 1997, n° 2, pp. 855-885.
- BONICHOT Jean-Claude, « Convergences et divergences entre le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés européennes », *RFDA*, 1989, n° 4, pp. 579-604.
- BONICHOT Jean-Claude, « Le droit communautaire et le droit administratif français », *AJDA*, juin 1996, n° spécial, pp. 15-19.
- BONICHOT Jean-Claude, « L'arrêt *AC !* : évolution ou révolution ? », *AJDA*, 2004, n° 20, trib., p. 1049.

- BONICHOT Jean-Claude, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 81-95.
- BONNARD Roger, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges René CARRÉ DE MALBERG*, Paris, Sirey, 1933, pp. 3-29.
- BONNEAU Thierry, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, chr., pp. 24-26.
- BONNEAU Thierry, « La Cour de cassation, la Constitution et l'application de la loi dans le temps en matière non répressive. Les principes reconnus par le Conseil constitutionnel », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, pp. 129-146.
- BORDA Guillermo A., « Portée et limitation du droit transitoire », in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, pp. 75-90.
- BORRICAND Jacques, « La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique et fiscale », *D.*, 1978, chr., pp. 275-286.
- BOTTINI Fabien, « La promulgation des lois parlementaires », *RFDC*, 2008, n° 76, pp. 761-784.
- BOUFFARD Pierre et THÉRY Jean-François, « Étude sur les autorisations tacites », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, pp. 289-304.
- BOULANGER Jean, « Principes généraux et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges RIPERT*, t. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 51-74.
- BOULOUIS Jean, « L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », in *Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique, Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, Journées de Turin du 4 au 7 juin 1962*, t. 14, 1965, pp. 771-792.
- BOULOUIS Jean, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, pp. 53-58.
- BOULOUIS Nicolas, « Sur une notion discutable : l'édiction des mesures d'application des lois en vertu d'habilitations législatives », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 113-120.
- BOUMAZA Lakhdar, « La rétroactivité 'in mitius' : L'application d'un principe à valeur constitutionnelle dans la jurisprudence criminelle en matière économique », *RRJ*, 1991, n° 2, pp. 313-360 ; n° 3, pp. 779-837.
- BOURIN Guillaume Xavier, « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal ? », *Gaz. Pal.*, 2, 3 juin 1995, doct., pp. 599-604.
- BOUVIER Vincent, « La nature du contrôle de constitutionnalité », *Droits*, 1985, n° 1, pp. 143-151.
- BOYER Alain, « La spécificité du contentieux des lois de pays », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1083-1100.

- BOYER-MÉRENTIER Catherine, « L'article 74-1 de la Constitution », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1101-1126
- BRAIBANT Guy, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE*, 1961, n° 15, pp. 53-65.
- BRENET François et CLAEYS Antoine, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA*, 2002, n° 3, pp. 525-537.
- BRENET François, « Les réserves d'intérêt général », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 139-163.
- BROUSSOLLE Denis, « Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », *RDP*, 1985, n° 3, pp. 751-784.
- BRUÈRE Jean-Christophe, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996, n° 6, pp. 1715-1749.
- BUISSON Jacques, « La portée de la loi fiscale dans le temps. Non-rétroactivité et droit fiscal », *RFDA*, 2002, n° 4, pp. 786-790.
- CAILLE Pierre-Olivier, « L'outre-mer dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », *AJDA*, 2008, n° 34, p. 1887-1892.
- CAMBY Jean-Pierre, « Coups d'arrêts aux validations législatives : limites constitutionnelles ou limites jurisprudentielles ? », *RDP*, 1996, n° 2, pp. 323-328.
- CAMBY Jean-Pierre, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *RDP*, 2000, n° 3, pp. 611-616.
- CARBONNIER Jean, « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, pp. 109-121.
- CARBONNIER Jean, « L'hypothèse du non-droit », *Archiv. phil dr.*, t. 8, Le dépassement du droit, 1963, pp. 55-74.
- CARBONNIER Jean, « La maxime "nul n'est censé ignorer la loi" en droit français », in *Journées de la Société de législation comparée, 8^{es} journées franco-soviétiques (Moscou, Riga, 18-26 juin 1984)*, *RIDC*, 1984, n° spécial, Vol. 6, pp. 321-327.
- CARTIER Emmanuel, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA*, 2005, n° 20, pp. 1092-1101.
- CASTAING Cécile, « La ratification implicite des ordonnances de codification. Haro sur "La grande illusion" », *RFDC*, 2004, n° 58, pp. 275-304.
- CATHELINÉAU Jean, « Les lois de finances rectificatives », in *Études de droit public*, préf. Jean RIVERO, Paris, éd. Cujas, 1964, pp. 83-94.
- CHALTIEL Florence, « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité. Développements récents », *AJDA*, 2009, n° 30, pp. 1650-1655.

- CHAMPAGNE Gilles, « La pratique des décrets d'avances sous la V^e République », *RDP*, 1983, n° 3, pp. 983-1075.
- CHAPUS René, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.*, 1960, chr. XXII, pp. 119-126.
- CHAPUS René, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chr. XX, pp. 99-106.
- CHARRET Jérôme et DELIANCOURT Samuel, « L'autorité de chose jugée s'attachant aux décisions rendues par le Conseil d'État en sa qualité de juge de cassation », *AJDA*, 2008, n° 11, pp. 568-574.
- CHAUSSE A., « De la rétroactivité dans les actes juridiques », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1900, t. 39, pp. 529-547.
- CHAUVAUX David, « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », *RDP*, 2009, n° 3, pp. 566-580.
- CHEVALLIER Jacques, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, I, pp. 67-89.
- COLLET Martin, « Les bienfaits du "dialogue des juges". Remarques sur la mise en œuvre par le juge fiscal des articles 14 de la Convention EDH et 1^{er} de son premier protocole additionnel », *RDF*, 2006, n° 51, pp. 2179-2189.
- COLLIARD Jean-Claude, « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? », in *Territoires du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves JÉGOUZO*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 121-135.
- COMANDUCCI Paolo, « Quelques problèmes conceptuels concernant l'application du droit », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, pp. 315-327.
- COMBEAU Pascal, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », *RFDA*, 2004, n° 6, pp. 1069-1078.
- COMBEAU Pascal, « Doctrine fiscale, doctrine sociale... et après », *AJDA*, 2005, n° 33, trib., p. 1809.
- COMBEAU Pascal et FORMERY Simon, « Le décret du 8 décembre 2008 : un nouvel éclairage sur le "droit souterrain" ? », *AJDA*, 2009, n° 15, p. 809-816.
- CORBELLE Michel-Pierre, « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA*, 1972, I, pp. 138-151.
- CÔTÉ Pierre-André, « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps », *Rev. Jur. Thémis*, Vol. 22, 1988, n° 2, p. 207-240.
- CÔTÉ Pierre-André, « Contribution à la théorie de la rétroactivité des lois », *Rev. Barreau Canadien*, 1989, pp. 79-80.
- CÔTÉ Pierre-André, « La crise du droit transitoire canadien », in *Mélanges Louis-Philippe PIGEON*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, coll. Bleue, série Ouvrages collectifs, Université d'Ottawa, Faculté de Droit, Section de droit civil, 1989, pp. 179-196.

- CÔTÉ Pierre-André, « Le mot "chien" n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi », in *Mélanges Paul AMSELEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 279-296.
- DARCY Gilles, « Le théoricien et le rêveur (réflexions sur les revirements de jurisprudence) », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, pp. 329-357.
- DEBOUY Christian, « La notion de décision non confirmative », *JCP G*, 1988, I, 3340.
- DEGUERGUE Maryse, « Jurisprudence », *Droits, Mots de la Justice*, 2001, n° 34, pp. 95-103.
- DEKEUWER Alain, « La rétroactivité *in mitius* en droit pénal. Un principe encore et toujours contesté ! », *JCP G*, I, 1997, n° 48, 4065.
- DELBEZ Louis, « La révocation des actes administratifs. Contribution à la théorie générale de l'annulation par la voie administrative », *RDP*, 1928, n° 3, pp. 463- 499.
- DELMAS-MARSALET Jacques, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1971, n° 23, pp. 65-75.
- DELVOLVÉ Pierre, « Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 355-368.
- DELVOLVÉ Pierre, « La nature du recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bull. Joly*, 1990, n° 6, pp. 499-510.
- DELVOLVÉ Pierre, « Contrats publics et sécurité juridique », *EDCE*, 2008, n° 59, pp. 331-353.
- DELVOLVÉ Pierre, « L'apport de la réforme constitutionnelle au droit administratif », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 861-870.
- DEMOGUE René, « Valeur et base de la notion de rétroactivité », in *Studi Filosofico-Giuridici dedicati a Giorgio DEL VECCHIO*, Modène, 1930, Vol. 1, pp. 163-172.
- DESWARTE Marie-Pauline, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1993, n° 13, pp. 23-58.
- DEUMIER Pascale, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA*, 6 mars 2000, n° 46, pp. 6-12.
- DI QUAL Lino, « Des actes interprétatifs publics non juridictionnels et de leur autorité à l'égard du juge », *D.*, 1964, chr., pp. 37-46.
- DIBOUT Patrick, « Rupture d'égalité ou rétroactivité de la loi fiscale. L'article 209 B réformé du CGI entre Charybde et Scylla », *DF*, 1994, n° 11, pp. 473-482.
- DIEU Frédéric, « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », *AJDA*, 2006, n° 44, pp. 2428-2436.
- DONNAT Francis, « Stabilité des situations juridiques : la jurisprudence du Conseil d'État vue dans le prisme de celle de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Juger l'administration*,

administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Paris, Dalloz, 2007, pp. 281-291.

DONNEDIEU DE VABRES Jacques, « La rétroactivité des articles 26 et 28 de la seconde Constitution de 1946 », *JCP G*, 1948, I, 733.

DOUET Frédéric, « Les lois fiscales rétroactives », *LPA*, 23 octobre 1996, n° 128, pp. 5-7.

DROSS William, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », *D.*, 16 février 2006, n° 7, chr., pp. 472-476.

DUBOIS Jean-Pierre, « L'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in Études en l'honneur de Georges DUPUIS, Droit public, Paris, LGDJ, 1997, pp. 103-114.

DUGUIT Léon, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDJ*, 1906, n° 4, pp. 413-471.

DUGUIT Léon, « La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois », *RDJ*, 1910, n° 4, pp. 764-776.

DUMÉRIL Henri, « Les fictions juridiques », *Revue générale du droit et de la législation en France et à l'étranger*, 1882, t. 6, pp. 448-453 et 531-544.

DUPEYROUX Henri, « Sur la généralité de la loi », in Mélanges René CARRÉ DE MALBERG, Paris, Sirey, 1933, pp. 135-161.

DUPEYROUX Olivier, « La jurisprudence, source abusive de droit », in Mélanges offerts à Jacques MAURY, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 349-377.

DUPEYROUX Olivier, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 463-475.

EBRARD Pierre, « L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 et la V^e République », *RDJ*, 1969, n° 2, pp. 259-304.

EISENMANN Charles, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, n° 11, pp. 25-40.

EISENMANN Charles, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel STASSINOPOULOS, Paris, LGDJ, 1974, pp. 201-216.

EISENMANN Charles, « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », in Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 477-506.

ESMEIN Paul, « La jurisprudence et la loi », *RTDCiv.*, 1952, pp. 17-23.

FAVOREU Louis, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale : vers un droit constitutionnel pénal », in Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André VITU, Paris, éd. Cujas, 1989, pp. 169-209.

FAVOREU Louis, « Une convention collective peut-elle comporter des dispositions à caractère rétroactif ? », *D.*, 1995, chr., p. 82.

- FAVOREU Louis, « Une convention collective ne peut comporter de dispositions à caractère rétroactif », *D.*, 2000, Point de vue, p. V.
- FLEURY-LEGROS Pierre, « De l'application de la loi dans le temps à l'application de la jurisprudence dans le temps : le paradoxe de l'échelle de verre », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2008, pp. 222-233.
- FORNACCIARI Marc, « Contribution à la résolution de quelques « paradoxes » », *EDCE*, 1988, n° 39, pp. 94-97.
- FORT François-Xavier, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, pp. 27-43.
- FOULON Charles-Louis, « La Résistance et la légalité à la Libération », in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo HAMON*, Paris Economica, coll. Politique comparée, 1982, pp. 257-269.
- FOUQUET Olivier, « La rétroactivité des lois fiscales », *Rev. adm.*, 1994, n° 278, pp. 140-142.
- FOURNOL Ingrid, « L'émergence du principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire », *RRJ*, 2001, n° 1, pp. 291-299.
- FRAISSEIX Patrick, « La notion de confiance légitime dans la jurisprudence administrative française », *RRJ*, 1999, n° 2, pp. 403-421.
- FRÉJAVILLE Marcel, « La pratique des "errata" au Journal Officiel et la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés », *JCP G*, 1948, I, 677.
- FRIER Pierre-Laurent, « L'ordre de recette, acte charnière », *RFDA*, 1987, n° 1, pp. 130-147 et 1987, n° 2, pp. 315-330.
- FROMONT Michel, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 1996, n° spécial, pp. 178-184.
- GAUDEMET Yves, « Remarques à propos des circulaires administratives », in *Problèmes de Droit Public contemporain, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel STASSINOPOULOS*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 561-575.
- GAUDEMET Yves, « Sécurité du droit et jurisprudence », *JCP E, Cah. dr.t entr.*, 29 novembre 1990, n° 6, pp. 12-17.
- GAUDEMET Yves, « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire ? (À propos des ratifications implicites) », *JCP G*, 1991, I, 3486, pp. 47-50.
- GAUDEMET Yves, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *Rev. adm.*, 1999, n° spéc., n° 1, pp. 95-104.
- GAUDEMET Yves, « Le pouvoir de réformation de la cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du conseil de la concurrence », *JCP G*, 1999, I, 188, pp. 2241-2245.
- GAUDEMET Yves, « Remarque sur quelques aspects récents du contentieux des contrats de l'administration », in *Liber amicorum Georges DAUBLON*, Paris, Defrénois, 2001, pp. 111-126.
- GAUDEMET Yves, « Faut-il retirer l'arrêt *Ternon* ? », *AJDA*, 2002, n° 9, pp. 738-739.

GAUDEMETS Yves, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, Paris, Dalloz, 2003, pp. 617-628.

GAUDEMETS Yves, « Du bon usage de l'injonction (ou quand le juge refait l'impôt). À propos du récent arrêt *Migaud* enjoignant à l'État de modifier rétroactivement les tarifs de l'impôt », *RFDA*, 2003, n° 3, pp. 520-523.

GAUDEMETS Yves, « La loi administrative », *RDP*, 2006, n° 1, pp. 65-84.

GAUDEMETS Yves, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice*, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Paris, Dalloz, 2007, pp. 387-403.

GAUDEMETS Yves, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, n° 6, pp. 1617-1634.

GAUDET Serge, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *Revue de droit de Mc Gill*, 1995, n° 2, pp. 291-364.

GAZIER François, « Le rôle de la jurisprudence dans le développement du droit administratif français », *RIDC*, vol. 8, 1986, n° spéc., p. 161.

GÉGOUT Maurice, « Essai sur la rétroactivité conventionnelle », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1931, t. 52, pp. 283-313.

GENEVOIS Bruno, « Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois », in *La République*, Mélanges en l'honneur de Pierre AVRIL, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 243-264.

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, n° 5, pp. 877-886.

GEST Guy, « Droit de reprise de l'administration et lois fiscales rétroactives », *RFC*, 1993, n° 245, pp. 52-55.

GLASER, « Les habits neufs du juge du contrat », *AJDA*, 2011, n° 6, pp. 310-313.

GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité », *RFDC*, 1997, n° 30, pp. 227-267.

GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le non contrôle par le Conseil constitutionnel de certaines dispositions confirmatives : entre logique imposée et logiques choisies », *RFDC*, 2008, n° 73, pp. 3-16.

GONOD Pascale, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP*, 1993, n° 5, p. 1351-1384.

GONZALEZ Gérard, « La caducité des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 1991, n° 6, pp. 1675-1725.

GOURDOU Jean, « La validation législative du contrat de concession du « Stade de France » », *CJEG*, 1997, n° 533, pp. 203-214.

GOURDOU Jean, TERNEYRE Philippe, « Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », *CJEG*, 1999, n° 556, pp. 249-263.

GOURDOU Jean, « L'avis du Conseil d'État sur une question de droit », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris Dalloz, 2004, pp. 189-217.

GRASMANN Günther, « La constitutionnalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande : règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l'intérêt public », *RIDC*, 1989, n° 4, pp. 1017-1024.

GROS Laurent, « La rétroactivité du contrat public », *BJDCP*, 2002, n° 23, pp. 259-263.

GROSHENS Jean-Claude, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA*, 1966, I, pp. 140-153.

GUILLIEN Raymond, « Nul n'est censé ignorer la loi », in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, pp. 253-260.

GUILLON Éric et BRINGUIER Pierre, « Le pouvoir de retrait des actes administratifs », *AJDA*, 1978, n° 6, pp. 300-311.

HARDY Jacques, « Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif français », *RDP*, mars-avril 1990, n° 2, pp. 453-467.

HAURIOU Maurice, « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1929, n° 15, p. 109.

HÉBRAUD Pierre, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul COUZINET*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1974, pp. 329-371.

HÉBRAUD Pierre, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre KAYSER*, t. II, Aix-Marseille, PUAM, 1979, pp. 1-58.

HEERS Mireille, « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime », *RFDA*, 1995, n° 5, pp. 963-969.

HÉRAUD Guy, « La validité juridique », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 477-490.

HERMITTE Marie-Angèle, « Spéculateurs et technocrates. De la non rétroactivité des lois à la confiance légitime », *RTDE*, 1984, n° 3, pp. 455-463.

HÉRON Jacques, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTDCiv.*, 1985, pp. 277-333.

HÉRON Jacques, « Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », *RRJ*, 1992, n° 4, pp. 961-970.

HÉRON Jacques, « L'infériorité technique de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1993, n° 4, pp. 1083-1089.

HÉRON Jacques, « Existe-t-il des règles de non imputation ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard CORNU*, Paris, PUF, 1994, pp. 217-226.

- HERVIEU Alain, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989, n° 2, pp. 257-319.
- HILAIRE Jean, « Jugement et jurisprudence », *Arch. phil. dr.*, t. 39, Le Procès, 1994, pp. 181-190.
- HOEPFFNER Hélène, « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse », *RFDA*, 2009, n° 5, pp. 895-909.
- HUBEAU François, « Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Cah. dr. eur.*, 1983, n° 2-3, pp. 143-162.
- HUET André, « Une méconnaissance du droit international (à propos de la rétroactivité *in mitius*) », *JCP G*, 1987, I, n° 29-30, 3293.
- HUET André, « La rétroactivité *in mitius* des textes réglementaires en matière économique (Dissonances sur une question simple) », *JCP G*, 1989, I, n° 7, 3378.
- ISAAC Guy, « L'entrée en vigueur et l'application dans le temps du droit communautaire », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 697-724.
- ISAAC Guy, « La modulation par la Cour de Justice des Communautés Européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité », *Cah. dr. eur.*, 1987, n° 3-4, pp. 444-470.
- JAMBU-MERLIN Roger, « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *RTDCiv.*, Vol. 46, 1948, pp. 270-299.
- JENNEQUIN Anne, « Les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution. Bilan de la pratique », *RFDA*, 2008, n° 5, pp. 920-930.
- JESTAZ Philippe, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.*, 1987, chr. III, pp. 11-17.
- JESTAZ Philippe, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, chr. XXIII, pp. 149-153.
- JÈZE Gaston, « La rétroactivité des lois de compétence. Contribution à la théorie de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois », *RDP*, 1913, n° 1, pp. 61-71.
- JÈZE Gaston, « Du retrait des actes juridiques. Dans quelle mesure peut-il être touché aux actes juridiques et leurs effets peuvent-ils être modifiés ? », *RDP*, 1913, n° 2, pp. 225-293.
- JÈZE Gaston, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP*, 1913, n° 2, pp. 294-331.
- JÈZE Gaston, « De la force de la vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, n° 3, pp. 437-502.
- JÈZE Gaston, « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP*, 1914, n° 1, pp. 26-51.
- JÈZE Gaston, « Les lois rétroactives : à propos de la loi du 7 avril 1915 autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France », *RDP*, 1916, n° 1, p. 26.
- JÈZE Gaston, « La promulgation des lois », *RDP*, 1918, n° 3, pp. 378-400.

- JÈZE Gaston, « Contribution à l'étude du principe de la non-rétroactivité des lois – Les lois interprétatives », *RDP*, 1924, n° 1, pp. 157-190.
- JÈZE Gaston, « Révision ou résiliation des concessions de service public de transport en commun d'intérêt local (Décret-loi du 23 octobre 1935 et décret du 22 avril 1936) », *RDP*, 1937, n° 1, pp. 5-37.
- JÈZE Gaston, « Nature et régime juridique de la créance d'impôt », *RSLF*, 1938, n° 2, pp. 195-204.
- JÈZE Gaston, « Le fait générateur de l'impôt. (Contribution à la théorie de la créance d'impôt) », *RDP*, 1937, n° 4, pp. 618-634.
- JOUSSELIN J., « Des mots effet rétroactif et droits acquis en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1852, t. 2, pp. 180-189.
- KELSEN Hans, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.*, 1940, pp. 33-76.
- KELSEN Hans, « La garantie constitutionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 2, pp. 197-257.
- KERREST Armel, « La rétroactivité de la loi fiscale », *RFFP*, 1993, n° 42, pp. 151-173.
- KDHIR Moncef, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *Rev. adm.*, 1993, n° 276, pp. 538-543.
- KOHL Alphonse, « La ratification en droit administratif », *Rev. adm.*, 1966, pp. 266- 273.
- KOUBI Geneviève, « Acte exécutoires et actes des autorités locales », *RDP*, 1990, n° 5, pp. 1493-1523.
- KOUBI Geneviève, « Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires interprétatives », *RDP*, 2004, n° 2, pp. 499-544.
- KOVAR Robert, « Lois de validation et droit communautaire », *Europe*, 2007, n° 10, pp. 5-10.
- LACHAUME Jean-François, « Acquisition du caractère exécutoire par les actes des collectivités territoriales soumis à transmission », *JCP CTI*, 2000, n° 3, pp. 4-6.
- LABAYLE Henri, « La Cour de Justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *RFDA*, 2004, n° 4, pp. 663-675.
- LABETOULLE Daniel, « Ni monstre, ni appendice, le "renvoi" de l'article 12 », *RFDA*, 1988, n° 2, pp. 213-218.
- LABETOULLE Daniel, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 403-412.
- LAFaix Jean-François, « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique. Commentaire de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 », *CMP*, 2009, n° 7, p. 6-16.
- LAFERRIÈRE Julien, « De l'authenticité du texte des lois publiées au "Journal Officiel" », *RDP*, 1949, n° 2, pp. 113-152.
- LAGARDE Xavier, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.*, 2006, n° 10, chr., pp. 678-684.

- LAMARQUE Jean, « La rétroactivité de la loi fiscale : une nécessité en matière de procédures », in Territoires et liberté, Mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruxelles, éd. Bruylant, 2000, pp. 331-356.
- LAMOUREUX François, « The retroactivity of Community acts in the case law of the Court of Justice », *CMLR*, 1983, n° 2, pp. 269-296.
- LAMPUÉ Pierre, « La notion de l'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, n° 1, pp. 5-67.
- LANDRAUD Daniel, « À propos des revirements de jurisprudence », *JCP G*, 1982, I, 3093.
- LANGAVANT M., « Le droit de reprise du fisc », *RSF*, 1965, n° 4, pp. 790-829.
- LASVIGNES Serge, « Droit transitoire et sécurité juridique ou comment un nouveau principe peut raviver d'anciennes questions », in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Paris, Dalloz, 2007, pp. 559-570.
- LATOURNERIE Roger, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire 4 Nivôse an VIII – 24 décembre 1949, présentation René CASSIN, Paris, Sirey, 1952, pp. 177-275.
- LAVAU Georges, « Du caractère non-suspensif des recours devant les tribunaux administratifs », *RDP*, 1950, n° 4, pp. 777-799.
- LAVERGNE Benjamin, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », *RRJ*, 2008, n° 1, pp. 283-312.
- LE BERRE Hugues, « La jurisprudence et le temps », *Droits, Temps, interprétation et droit*, 2000, n° 30, pp. 71-87.
- LE CROM Jean-Pierre, « L'avenir des lois de Vichy », in DURAND Bernard, LE CROM Jean-Pierre et SOMA Alessandro (dir.), *Le droit sous Vichy*, Frankfurt am Main, Klostermann, coll. Das Europa der Diktatur, vol. 13, 2006, pp. 453-478.
- LEMAIRE Fabrice, « Actualité du principe de rétroactivité de la loi fiscale. À propos de la proposition de loi organique du 26 octobre 1998 », *RJF*, 1999, n° 3, pp. 186-190.
- LE MIRE Pierre, « La stabilité des situations juridiques. L'évolution de la jurisprudence relative au retrait et à l'abrogation », *AJDA*, 1980, n° 4, pp. 203-219.
- LE MIRE Pierre, « La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Droit administratif, Mélanges René CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 367-386.
- LEMONTEY Jacques, « La Cour de cassation, la Constitution et l'application de la loi dans le temps en matière non répressive. L'application des principes constitutionnels par la Cour de cassation : lois interprétatives et lois de validation », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, pp. 147-151.
- LETEMENDIA Miren A., « La rétroactivité en droit communautaire », *Cah. dr. eur.*, 1977, n° 5-6, pp. 518-570.

- LETHUILLIER Guillaume, « La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *LPA*, 23 octobre 2009, n° 212, pp. 9-12.
- LETOURNEUR Maxime, « Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs », *EDCE*, 1955, n° 9, pp. 37-48.
- LIÉBERT-CHAMPAGNE Monique, « Application des lois fiscales dans le temps », *RJF*, 1987, n° 11, pp. 558-563.
- LIÉBERT-CHAMPAGNE Monique, « Garantie contre les changements de doctrine », *RJF*, 1988, n° 5, pp. 303-309.
- LIET-VEAUX Georges, « Réflexions sur les droits acquis d'une décision tacite », *Rev. adm.*, 1979, n° 188, pp. 146-148.
- LIET-VEAUX Georges, « De la publication des lois, décrets et actes réglementaires », *Rev. adm.*, 1971, n° 144, pp. 655-657.
- LINOTTE Didier, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel », *AJDA*, 1980, n° 12, pp. 632-639.
- LINOTTE Didier et RIALS Stéphane, « Conclusion d'une controverse », *AJDA*, 1981, n° 4, p. 202.
- LLORENS François, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », *CJEG*, 2002, n° 592, pp. 571-590.
- LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Comment régler le sort des contrats nuls ? », *CMP*, 2003, n° 1, p. 3.
- LOMBART Laurent, « Typologie de la radiation des cadres de la fonction publique : les cas de pure constatation », *AJFP*, 2008, n° 5, pp. 265-272.
- LOUIS-LUCAS Paul, « Le retrait des actes administratifs individuels », *D.*, 1952, chr., pp. 107-110.
- LOUIS-LUCAS Pierre, « Vérité matérielle et vérité juridique », in *Mélanges en l'honneur de René SAVATIER*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 583-601.
- LUCHAIRE François, « Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental », *Gaz. Pal.*, 1944, 2^e sem., doct., p. 17
- LUCHAIRE François, « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prud'homme ? », *RDP*, 1989, n° 3, pp. 609-634.
- LUCHAIRE François, « Le Conseil constitutionnel et les lois de validation », *RDP*, 1998, n° 1, pp. 23-36.
- LUCHAIRE François, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n° 11, pp. 67-69.
- LUCHAIRE Yves, « La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », *AJDA*, 2009, n° 21, pp. 1134-1140.

- MAGNON Xavier, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 761-771.
- MAKOWIAK Jessica, « L'amnistie en question », *RDP*, 2008, n° 2, pp. 511-538.
- MALAURIE Philippe, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges en l'honneur de René SAVATIER*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 603-620.
- MALAURIE Philippe, « La mythologie et le droit », in *Mouvements du droit contemporain, Mélanges offerts au Professeur Sassi BEN HALIMA*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2005, pp. 15-34.
- MALINGRE Daniel, « La détermination du texte applicable dans le temps en droit fiscal. I - L'application dans le temps des lois relatives à l'assiette de l'impôt », *AJDA*, 1970, n° 2, pp. 68-74.
- MALINVAUD Philippe, « L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives », in *Université Panthéon-Assas (Paris II), Le Code civil (1804-2004), un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 671-692.
- MALINVAUD Philippe, « À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTDCiv.*, 2005, n° 2, pp. 312-318.
- MARTY Gabriel, « À propos de la prétendue rétroactivité des lois pénales plus douces. De l'effet de la modification ou de l'abrogation des décisions réglementaires taxant les prix », in *Mélanges dédiés à Monsieur le Professeur Joseph MAGNOL*, Paris, Sirey, 1948, pp. 297-310.
- MASPÉTIOL Roland, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *EDCE*, 1949, n° 3, pp. 50-63.
- MASSOT Jean, « Portée et conséquence de l'annulation par le juge d'un acte administratif », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, pp. 111-125.
- MATHIEU Bertrand, « Une nouvelle catégorie de textes de forme législative : les actes administratifs validés », *RFDA*, 1986, n° 5, pp. 831-836.
- MATHIEU Bertrand, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chr., pp. 211-212.
- MATHIEU Bertrand, « Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente », *RFDA*, 1995, n° 4, pp. 780-792.
- MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « La transition juridique : l'ordonnance du 9 août 1944 », in *Le rétablissement de la légalité républicaine (1944), Actes du colloque de Bayeux des 6, 7, 8 octobre 1994 organisé par la Fondation Charles de Gaulle, La Fondation nationale des Sciences politiques, l'Association française des constitutionnalistes (et la participation de l'université de Caen)*, Paris, éd. Complexe, coll. Interventions, 1996, pp. 805-830.
- MATHIEU Bertrand, « Table ronde Constitution et sécurité juridique : France », in *Table ronde internationale sur la sécurité juridique, AIJC*, Vol. XV, 1999, pp. 155-192.
- MATHIEU Bertrand, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Patrice GÉLARD, Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 301-305.

- MATHIEU Bertrand, « Réflexions en guise de conclusions sur le principe de sécurité juridique », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n° 11, pp. 106-111.
- MATHIEU Bertrand, « Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'État », *AJDA*, 1^{er} mai 2006, n° 16, Tribune, p. 841.
- MAURY Jacques, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle*, Études offertes à Georges RIPERT, t. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 28-50.
- MAYER Pierre, « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 679-691.
- MAZEAUD Léon, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTDCiv.*, Vol. 28, 1929, pp. 17-56.
- MÉGIER H., « L'application dans le temps de la règle fiscale », *DF*, 1991, n° 40, pp. 1374-1378.
- MELLA Élisabeth, « De la fonction de la transmission de la délibération locale », *BJCL*, 2008, n° 6, pp. 398-405.
- MELLERAY Fabrice, « L'étendue de la chose jugée des déclarations d'illégalité des actes administratifs opérées par le juge administratif », *AJDA*, 2004, n° 3, pp. 138-142.
- MENGOZZI Paolo, « Évolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime : de la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », *RMUE*, 1997, n° 4, pp. 13-29.
- MERCOLI Sylvain, « Droits fondamentaux : À quand le principe d'une rétroactivité pour l'avenir ? », *RRJ*, 2006, n° 1, pp. 51-61.
- MÉRIC Jean, « La détermination du texte applicable dans le temps en droit fiscal. II - L'application dans le temps des lois de procédure en matière fiscale », *AJDA*, 1970, n° 3, pp. 132-146.
- MERTENS de WIMARS Josse, STEENBERGEN Jacques, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in *Mélanges offerts à Robert LEGROS*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 1985, pp. 449-456.
- MET-DOMESTICI Alexandre, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir par le juge administratif », *RRJ*, 2005, n° 2, pp. 821-840.
- MICHALET Isabelle, « Le retrait des décisions illégales créatrices de droits. Retour à l'esprit de l'arrêt "Dame Cachet" », *Dr. adm.*, 2001, n° 8-9, pp. 8-13.
- MILÀNO Laure, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, 2006, n° 3, pp. 447-462.
- MODERNE Franck, « Table ronde internationale sur le principe de non-rétroactivité : Rapport de synthèse », *AJJC*, Vol. VI, 1990, pp. 435-448.
- MODERNE Franck, « Actualité des principes généraux du droit », in Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Droit public, 2000, pp. 47-78.

- MODERNE Franck, « À la recherche d'un fondement constitutionnel du principe de la confiance légitime. Du droit communautaire au droit interne », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 597-617.
- MODERNE Franck, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, n° 1, pp. 2-11.
- MOLLION Grégory, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2005, n° 62, pp. 257-289.
- MONTALIVET Pierre de, « La ratification des ordonnances. (L'article 38 de la Constitution) », *LPA*, 19 décembre 2008, n° 254, pp. 59-61.
- MORANGE Georges, « Le fait générateur dans le mécanisme juridique de naissance de la créance d'impôt », *RDJ*, 1943, n° 4, pp. 319-348 et 1944, n° 2, pp. 133-157.
- MORVAN Patrick, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ*, 2001, n° 1, pp. 77-110.
- MORVAN Patrick, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.*, 2005, n° 4, pp. 247-252.
- MOULIN Richard, « Pour une simplification du contentieux économique : en finir avec le principe de non-rétroactivités des actes administratifs ? », in *Droit et économie. Interférences et interactions. Études en l'honneur du Professeur Michel BAZEX*, Paris, Lexis Nexis Litec, 2009, pp. 245-259.
- MOULY Christian, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53, pp. 9-15.
- MOULY Christian, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G*, 1994, I, n° 27, 3776.
- MOULY Christian, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n° 33, pp. 15-19.
- MOULY Christian, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in ATIAS Christian (sous la direction de), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, pp. 123-148.
- MOUTOUH Hugues, « La rétroactivité des lois fiscales. À propos de l'assurance-vie », *JCP G*, 13 janvier 1999, I, n° 2, doct. 102, pp. 63-68.
- MOZOL Patrick, « Les enseignements de la notion d'acte reconnaissant », *RRJ*, 2004, n° 4, pp. 2445-2456.
- MUZELLEC Raymond, « La loi de règlement », *RSF*, 1973, n° 1, p. 21-67.
- MUZELLEC Raymond, « Tradition et innovation dans l'examen de la loi de règlement du budget de 1971 », *RSF*, 1973, n° 3, pp. 577-595.
- NADAN Vincent, « Quelques remarques sur l'utilité d'une modulation à l'envers : l'inexistence en question », *Dr. adm.*, 2010, n° 6, pp. 13-18.
- NICINSKI Sophie, « Le Dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, pp. 45-61.

NOGUELLOU Rozen, « La fin du contrat. Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, pp. 341-365.

OST François, « Les multiples temps du droit », in *Varii auctores, Le droit et le futur*, Paris, PUF, Paris II, 1985, pp. 115-153.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Interprétation », *Arch. phil. dr.*, Vocabulaire fondamental du droit, t. 35, 1990, pp. 164-189.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Pluralisme temporel et changements. Les jeux du droit », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommages à François RIGAUX*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. XXII, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 387-411.

PACTEAU Bernard, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, juin 1995, n° spécial, pp. 151-155.

PACTEAU Bernard, « La rétroactivité jurisprudentielle insupportable ? », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 807-822.

PAULIS Emil, « Les effets des arrêts d'annulation de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Cah. dr. eur.*, 1987, n° 3, pp. 243-254.

PAVIN Jean, « Fonctionnaires irrégulièrement évincés, la jurisprudence *Deberles* en question », *AJDA*, 2003, n° 38, pp. 2023-2024.

PECH Laurent, « Les dispositions transitoires en droit constitutionnel », *RRJ*, 1999, n° spéc., cahiers de méthodologie juridique n° 14, Les dispositions transitoires, pp. 1407-1421

PELLAS Jean-Raphaël, « Le principe de sécurité juridique en droit fiscal », in *Études en l'honneur de Georges DUPUIS, Droit public*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 261-270.

PERI Alexandra, « Le concept de nullité en droit des contrats administratifs », *JCP A*, 2008, n° 3, pp. 28-35.

PÉROZ Hélène, « L'articulation des articles 1 et 2 du Code civil », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2008, pp. 411-424.

PERROT Danielle, « Validation législative et actes administratifs unilatéraux. Observations à la lumière de la jurisprudence récente », *RDP*, 1983, n° 4, pp. 983-1012.

PFERSMANN Otto, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ*, 1994, n° 1, pp. 221-243.

PFERSMANN Otto, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA*, 2000, n° 2, pp. 236-245.

PICARD Étienne, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° 9, pp. 651-666.

PLANCHON Marie-Hélène, « Le principe de confiance légitime devant la Cour de Justice des Communautés », *RRJ*, 1994, n° 2, pp. 447-508.

- PLESSIX Benoît, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, n° 1, pp. 12-18.
- POUYAUD Dominique, « Le recours en rectification d'erreur matérielle devant les juridictions administratives », *RFDA*, 1993, n° 4, pp. 721-741.
- POUYAUD Dominique, « Stade de France : les problèmes juridiques de la concession », *Dr. adm.*, 1997, n° 2, chr., pp. 4-7.
- POUYAUD Dominique, « Les modes d'annulation du contrat administratif », *RDC*, 2006, n° 3, pp. 980-995.
- PRÉTOT Xavier, « De l'esprit des circulaires et instructions... et des rapports qu'elles entretiennent avec le droit social », *RJS*, 1997, n° 6, pp. 415-424.
- PRÉTOT Xavier, « Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1998, n° 1, pp. 11-22.
- PRÉTOT Xavier, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *RDP*, 2001, n° 1, pp. 23-36.
- PRÉTOT Xavier, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de Strasbourg et les validations législatives. À constitutionnalisme, conventionnalisme et demi... », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Paris, Économica, 2001, pp. 219-240.
- PRÉTOT Xavier, « Le législateur peut-il encore conférer un effet rétroactif à la loi non répressive ? Libres propos sur une jurisprudence constitutionnelle ambiguë », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 817-833.
- PRÉTOT Xavier, « Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision *Mme Duvignères* », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 357-377.
- PRÉTOT Xavier, « Le législateur peut-il s'opposer rétroactivement à la jurisprudence ? ou de la disparition des lois interprétatives... », *RJS*, 2004, n° 5, pp. 343-351.
- PUGET Henry et SÉCHÉ Jean-Claude, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *Rev. adm.*, 1959, n° 69, pp. 239-248.
- PUGET Henry, « L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France », *Rev. adm.*, 1963, n° 94, pp. 327-340.
- PUISOYE Jacques, « Le retrait des actes administratifs », *AJDA*, 1960, I, pp. 117-121.
- PUISOYE Jacques, « L'application du principe de non-rétroactivité des actes administratifs », *S.*, août-septembre 1961, chr., pp. 45-50.
- PUISSOCHET Jean-Pierre, « Vous avez dit confiance légitime ? (Le principe de confiance légitime en droit communautaire) », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 581-596.

- PUISSOCHET Jean-Pierre et LEGAL Hubert, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n° 11, pp. 98-105.
- RAIMBAULT Philippe, « Le juge administratif et la confiance légitime : l'affaire *Freytmuth* ou beaucoup de bruit pour rien... ! », *RRJ*, 2003, n° 1, pp. 411-424.
- RAYNAUD Philippe, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », in *Études de droit contemporain, Contributions françaises aux III^{ème} et IV^{ème} congrès internationaux de droit comparé, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'université de Paris*, vol. XV, Paris, Sirey, 1959, pp. 377-392.
- RENOUX Thierry, « Table ronde sur le principe de non-rétroactivité des lois : France », in *Table ronde internationale sur le principe de non-rétroactivité des lois*, *AJJC*, Vol. XV, 1999, pp. 357-373.
- RENET Thierry, « La légisprudence », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, Defrénois, 2005, pp. 377-391.
- RIALS Stéphane, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA*, 1981, n° 3, pp. 115-118.
- RICCI Jean-Claude, « *Requiem* pour une défunte : où s'en est allée la rétroactivité de la jurisprudence ? », *RRJ*, 2005, n° 2, pp. 569-572.
- RICCI Roland, « Les sources normatives du principe de sécurité juridique en droit public économique », *RIDE*, 2000, n° 2, pp. 299-330.
- RICHER Laurent, « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif français », *RDPA*, 1979, n° 4, pp. 971-1008.
- RICHER Laurent, « Vie et survie du contrat administratif illégal », in *Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER*, Paris, Montchrestien, 2007, pp. 509-521.
- RIVERO Jean, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chr., pp. 21-24.
- RIVERO Jean, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, chr., pp. 37-40.
- RIVERO Jean, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Études juridiques offertes à Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, Paris, Librairie Dalloz, 1964, pp. 457-469, reprod. in LAUBADÈRE André de, MATHIOT André, RIVERO Jean et VEDEL Georges, *Pages de doctrine*, t. I, Paris, LGDJ, 1980, pp. 265-276.
- RIVERO Jean, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, I, pp. 154-159.
- RIVERO Jean, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, n° 1, pp. 15-18.
- RIVERO Jean, « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 701-717.
- RIVERO Jean, « Réflexions sur les sources comparées des droits administratifs », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel STASSINOPOULOS*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 135-146.

ROCHE Jean, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *AJDA*, 1962, n° 10, pp. 532-540.

ROLIN Frédéric, « L'habilitation à contracter », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, pp. 187-201.

ROLLAND Louis, « Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter les dispositions d'un acte de concession de travaux publics », *RDP*, 1910, n° 1, pp. 116-131.

ROLLAND Louis, « De la modification des contrats en France par voie d'autorité », *RDP*, 1910, n° 2, pp. 309-333.

ROUBIER Paul, « De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 513-537.

ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel, « La loi nouvelle et le litige », *RTDCiv.*, Vol. 66, 1968, pp. 479-501.

SAÏDJ Luc, « La loi de règlement et le développement du contrôle parlementaire de la Restauration à nos jours », *RFFP*, 1995, n° 51, pp. 171-187.

SALVIA Michele de, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n° 11, pp. 93-97.

SAMBARÉ-NATCHABA Ouattara, « Les régimes constitutionnels provisoires en France », *RRJ*, 1994, n° 3, pp. 975-992.

SANTULLI Carlo, « Les droits acquis », *RFDA*, 2001, n° 1, pp. 87-92.

SAUVIGNON Édouard, « La promulgation des lois : Réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *RDP*, 1981, n° 4, pp. 989-1015.

SEILLER Bertrand, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *AJDA*, 2004, n° 14, pp. 761-766.

SEILLER Bertrand, « L'illégalité sans annulation », *AJDA*, 2004, n° 18, pp. 963-970.

SEILLER Bertrand, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA*, 2004, n° 28, pp. 1463-1468.

SEILLER Bertrand, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *AJDA*, 2005, n° 43, p. 2384-2390.

SERMET Laurent, « Rétroactivité et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1998, n° 5, pp. 990-999.

SIMON Denys, « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de Justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges ? », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, pp. 651-674.

SIMON Odile, « Les obligations de l'autorité administrative après annulation de l'éviction d'un agent public », *AJFP*, 1999, n° 3, pp. 7-10.

SOMMACCO Valérie, « Les validations législatives : illustrations du "dialogue des juges" », *RRJ*, 2003, n° 4, pp. 2787-2800.

- SOULAS DE RUSSEL Dominique J. M. et RAIMBAULT Philippe, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, 2003, n° 1, pp. 85-103.
- STAHL Jacques-Henri et COURRÈGES Anne, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA*, 2004, n° 3, pp. 438-453.
- TAVERNIER Paul, « Le juge communautaire et l'application dans le temps des règlements CEE », *AFDI*, Vol. XXII, 1976, pp. 169-206.
- TCHEN Vincent, « L'influence des revirements de jurisprudence sur l'action de l'administration », *LPA*, 25 juillet 1994, n° 88, pp. 4-12.
- TERNEYRE Philippe, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », in Conseil d'État, Rapport public 1988, *EDCE*, 1988, n° 39, pp. 69-92.
- TERNEYRE Philippe, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA*, 1998, n° 9, pp. 667-672.
- TERNEYRE Philippe, « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1435-1450.
- TERRÉ François, « La crise de la loi », *Arch. phil. dr.*, La loi, t. 25, 1980, pp. 17-28.
- TESOKA Laurent, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *AJDA*, 27 novembre 2006, n° 40, pp. 2214-2219.
- THÉRON Sophie, « Les actes de confirmation de l'administration », *LPA*, 10 mai 2007, n° 94, pp. 7-15
- THÉRON Sophie, « Le provisoire dans ses rapports à l'acte administratif unilatéral », in *Études en l'honneur du Professeur Jean-Arnaud MAZÈRES*, Paris, Lexis Nexis, Litec, 2009, pp. 785-805.
- TRASBOT André, « De la force obligatoire des *errata* aux lois et décrets insérés au Journal Officiel », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1926, pp. 602- 617.
- TRÉMEAU Jérôme, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AIJC*, Vol. VI, 1990, pp. 219-316.
- TREPPOZ Armelle, « La confiance légitime, notion introuvable du droit administratif français ? », *RRJ*, 2002, n° 1, pp. 405-425.
- TRIANAFYLLOU Dimitris, « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire », *RFDA*, 2000, n° 2, pp. 246-253.
- TROPER Michel, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, La Justice, 1981, n° 16, pp. 5-15.
- TUROT Jérôme, « Les lois fiscales rétroactives », *RJF*, 1990, n° 10, pp. 655-663.
- TUROT Jérôme, « La vraie nature de la garantie contre les changements de doctrine », *RJF*, 1992, n° 5, pp. 371-376.

- TUROT Jérôme, « Moins de laine ou moins de mouton ? À propos du colloque tenu au Sénat le 10 novembre 1995 sur « les lois fiscales rétroactives face au principe de sécurité juridique » », *DF*, 1996, n° 3, pp. 107-111.
- TURPIN Dominique, « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, pp. 63-80.
- UBAUD-BERGERON Marion, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Vol. 1, pp. 575-591.
- VALLÉE Laurent, « Inconstitutionnalité négative et question préalable de constitutionnalité », *AJDA*, 2009, n° 29, pp. 1585-1587.
- VAN BRUSTEM Éric Jean, « Les lois rétroactives et la Convention EDH. À la recherche de l'équilibre entre l'espérance légitime du contribuable et l'ingérence du législateur en raison d'impérieux motifs d'intérêt général », *RDF*, 2009, n° 25, pp. 9-26.
- VANG LANG Agathe, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Paris Dalloz, 2007, p. 1053-1081.
- VAPAILLE Laurence, « Le principe de sécurité juridique : réalité et avenir en droit administratif français », *LPA*, 10 août 1999, n° 158, pp. 19-25.
- VAREILLES-SOMMIÈRES Gabriel de, « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. Critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1893, t. 32, n° 7, pp. 444-468 et n° 8, pp. 492-519.
- VASSOGNE Jean et SOULEAU Philippe, « Les arrêtés de taxation ont-ils un effet rétroactif ? », *Gaz. Pal.*, 1946, 2, doct., pp. 74-75.
- VEDEL Georges, « Le précédent judiciaire en droit public français », in *Journées de la Société de législation comparée, 4^{es} journées franco-allemandes (Lübeck, 13-17 juin 1984)*, *RIDC*, 1984, n° spécial, Vol. 6, pp. 265-288.
- VENEZIA Jean-Claude, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », in *Le juge et le droit public, Mélanges offert à Marcel WALINE*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 795-809.
- VENEZIA Jean-Claude, « Les mesures d'application », in *Droit administratif, Mélanges René CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 673-679.
- VERCLYTTE Stéphane, « Application de la loi fiscale dans le temps : une décennie riche d'évolutions », *RJF*, 1998, n° 6, pp. 459-470.
- VERPEAUX Michel, « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits, La fonction de Juger*, 1989, n° 9, pp. 33-44.
- VIENNE Roger, « Le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce doit-il être considéré comme absolu ? », *JCP G*, 1947, I, n° 25, 618.

- VILLEMOT Dominique et BARTHÈS-BONALY Catherine, « La rétroactivité : comment l'aborder en pratique du point de vue juridique et fiscal ? », *DF*, 1995, n° 27, pp. 1100-1104.
- VINCENT Jean-Yves, « Le retrait des actes administratifs unilatéraux. Examen comparatif des solutions adoptées en droit européen et en droit français. », *RTDE*, 1974, n° 1, pp. 31-55.
- VINCENT Jean-Yves, « Remarques à propos de la publication au *Journal Officiel* de certaines décisions d'annulation », *RDP*, 1974, n° 4, pp. 1027-1037.
- VLACHOS Georges, « Le retrait des actes administratifs », *Rev. adm.*, 1970, n° 136, pp. 412-422.
- VOIRIN Pierre, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP G*, 1959, I, 1467.
- WACHSMANN Patrick, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats. Pour le centenaire de l'arrêt *Martin* », *RFDA*, Vol. 22, janvier-février 2006, n° 1, pp. 24-31.
- WAELEBROECK Denis, « Le principe de non-rétroactivité en droit communautaire à la lumière des arrêts « *isoglucose* » », *RTDE*, 1983, n°3, pp. 363-392.
- WALINE Marcel, « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *JCP G*, 1945, I, 441.
- WALINE Marcel, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public, Études en l'honneur de Georges SCELLE*, t. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 613-632.
- WALINE Marcel, « Le retrait des actes administratifs », in *L'évolution du droit public, Études offertes à Achille MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, pp. 563-572.
- WEIL Prosper, « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *D.*, 1958, chr., pp. 49-56.
- WERNER Alain, « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », *RDP*, 1982, n° 3, pp. 737-771.
- WODIÉ Francis, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *AJDA*, 1969, n° 2, pp. 76-89.
- WOEHLING Jean-Marie, « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean WALINE*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 749-784.
- WOEHLING Jean-Marie, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », *RFAP*, 2004, n° 111, pp. 533-545.
- WOEHLING Jean-Marie, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 15 juin 2007, *Denance* », *Dr. adm.*, 2007, n° 11, pp. 16-19.
- YENG SENG Wanda, « Le contrôle des lois promulguées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un mystère en voie de dissipation ? », *RFDC*, 2005, n° 61, pp. 35-71.

VIII / Chroniques

ALEXIS Marie-Claude et ROUX Jean-François, « Éclairage sur une pratique contestable : les lois de validation affectant les intérêts des consommateurs », *Contrats-Concurrence-Consommation*, 2001, n° 7, chr., pp. 6-8.

AUSTRY Stéphane, « L'application des principes généraux du droit pénal aux pénalités fiscales : étendue et limites », *RJF*, 1996, n° 5, pp. 311-315.

BOTTEGHI Damien et LALLET Alexandre, chr. sous CE. Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, *AJDA*, 2010, n° 43, pp. 2416-2423.

BOTTEGHI Damien et LALLET Alexandre, « "I'll be back" : le désistement d'instance prime le désistement d'action », chr. sous CE, Sect., 1^{er} octobre 2010, *M. et Mme Rigat*, *AJDA*, 2010, n° 39, pp. 2202-2207.

BOTTEGHI Damien et LALLET Alexandre, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA*, 2011, n° 3, pp. 156-161.

BOUCHER Julien et BOURGEOIS-MACHUREAU Béatrice, chr. sous CE, Sect., Avis, 4 juin 2007, *Lagier et Consorts Guignon*, *AJDA*, 2007, n° 33, pp. 1800-1807.

BOUJEKA Augustin, « Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme », *LPA*, 8 juin 2000, n° 114, p. 26.

BOURGEOIS-MACHUREAU Béatrice et GEFFRAY Édouard, *De minimis aliquando curat praetor*, chr. sous CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, *AJDA*, 2008, n° 24, pp. 1316-1321.

BOURRACHOT François, « La régularisation possible, à titre exceptionnel, d'un acte détachable annulé », *AJDA*, 2004, n° 33, pp. 1824-1827.

CLAMOUR Guylain, « Un an sous le soleil de "Tropic" : recueil de décisions », *CMP*, 2008, n° 11, pp. 11-19.

COMBARNOUS M. et GALABERT J.-M., chr. sous CE, Sect., 14 octobre 1960, *Tisserand*, *AJDA*, 1960, I, pp. 152-162.

DONNAT Francis et CASAS Didier, chr. sous CE, Sect., 29 novembre 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, *AJDA* 2003, n° 6, pp. 276-277.

GERVAIS André, chr. sous CE, 4 juin 1948, *Dame de Sèze*, *RDP*, 1948, n° 3, pp. 480-491.

GIRARDOT Thierry-Xavier et CHAUVAUX Didier, chr. sous CE, Sect., 14 février 1997, *Colonna*, *AJDA*, 1997, n° 5, pp. 426-430.

GIRARDOT Thierry-Xavier et RAYNAUD Fabien, chr. sous CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan et Société Strasbourg FM*, *AJDA*, 1997, n° 12, pp. 952-959.

GUYOMAR Mattias et COLLIN Pierre, chr. sous CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, *AJDA*, 2001, n° 12, pp. 1034-1038.

GUYOMAR Mattias et COLLIN Pierre, chr. sous CE, 28 mai 2001, *Commune de Bohars et SARL Minoteries France*, *AJDA*, 2001, n° 7, pp. 652-656.

HAMON Léo et VAUDIAUX Jacques, « Validation législative des mesures administratives illégales », *RDP*, 1968, n° 2, chr., pp. 364-374.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Much ado about nothing ? Retour sur le “dispositif anti-Perruche” dans la loi du 4 mars 2002 », *AJDA*, 10 novembre 2003, pp. 2049-2053.

HUBAC Sylvie et SCHOETTL Jean-Éric, chr. sous CE, 19 juin 1985, *Commune de Saintes*, *AJDA*, 1985, n° 7-8, pp. 402-406.

LABETOULLE Daniel et CABANES Pierre, chr. sous CE, Ass., 28 mai 1971, *Barrat et autres et Syndicat général de l'Éducation nationale (SGEN-CFDT)*, *AJDA*, 1971, n° 7-8, pp. 400-407.

LALLET Alexandre et DOMINO Xavier, « Retour à Béziers », *AJDA*, 2011, n° 12, chr., pp. 665-669.

LALLET Alexandre et DOMINO Xavier, « Résilier n'est pas jouer : l'action en reprise des relations contractuelles », chr. sous CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, *AJDA*, 2011, n° 12, pp. 670-677.

LANDAIS Claire et LENICA Frédéric, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », chr. sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *AJDA*, 2004, n° 22, pp. 1183-1192.

LANDAIS Claire et LENICA Frédéric, « Validation législative, Convention européenne des droits de l'homme et retraite des fonctionnaires », chr. sous CE, Ass., Avis, 27 mai 2005, *M. Provin*, *AJDA*, 2005, n° 26, pp. 1454-1459.

LANDAIS Claire et LENICA Frédéric, « Quand l'exposition de la théorie de l'obligation de recours administratif préalable cache la question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », chr. sous CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, *AJDA*, 2006, n° 15, pp. 796-801.

LANDAIS Claire et LENICA Frédéric, « Sécurité juridique : la consécration », chr. sous CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, *AJDA*, 2006, n° 19, pp. 1028-1033.

LANDAIS Claire et LENICA Frédéric, « Modulation dans le temps des effets d'une décision de rejet », chr. CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, *AJDA*, 2006, n° 43, pp. 2385-2389.

LENICA Frédéric et BOUCHER Julien, « Le droit transitoire : arrêt sur image », chr. sous CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, *AJDA*, 2007, n° 7, pp. 358-362.

LENICA Frédéric et BOUCHER Julien, « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : "Never say never" », chr. sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *AJDA*, 2007, n° 29, pp. 1577-1588.

LIBCHABER Rémy, « Arrêt de règlement et Coupe du monde de football », *RTDCiv.*, 1998, n° 3, chr., pp. 778-803.

LIBCHABER Rémy, « Les lois rétroactives devant le contrôle de conventionnalité : la pression des droits de l'homme sur le système juridique français », *RTDCiv.*, 2000, n° 3, pp. 676-679.

LIÉBER Sophie-Justine et BOTTEGHI Damien, chr. sous CE, Sect., 8 avril 2009, *Chambre de métiers et de l'artisanat de la Moselle*, *AJDA*, 2009, n° 15, pp. 822-827.

LIÉBER Sophie-Justine et BOTTEGHI Damien, « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », chr. sous CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *AJDA*, 2010, n° 3, pp. 142-147.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « Jurisprudence constitutionnelle », *JCP G*, 1996, I, 3933.

MATHIEU Bertrand, chr. sous C.Const., déc. n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, *LPA*, 2 août 1999, n° 152, pp. 18-29.

MOLFESSIS Nicolas, « La sécurité juridique et la fonction normative de la loi », *RTDCiv.*, 2000, n° 3, pp. 666-672.

MOLFESSIS Nicolas, « La notion de loi interprétative », *RTDCiv.*, 2002, n° 3, pp. 599-604.

ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael et DEUMIER Pascale, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTDCiv.*, 2005, n° 1, chr., pp. 83-88.

NIBOYET Marie-Laure, « La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de la loi de validation du 12 avril 1996 : « l'affaire du tableau d'amortissement », épilogue judiciaire ? », *D.*, 2000, J., n° 33, pp. 699-702.

PELLISSIER Gilles, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Association AC !*. Une nouvelle dimension de l'office du juge », *RJEP*, 2008, n° 656, pp. 3-6.

PUISSOCHET Jean-Pierre et LECAT J.-P., chr. sous CE, Ass., 6 mai 1966, *Ville de Bagnaux*, *AJDA*, 1966, II, p. 485-486.

ROLLAND Louis, « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *RDP*, 1918, n° 4, chr., pp. 542-579.

STAHL Jacques-Henri, « An I après AC ! : Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC !* », *RJEP*, 2005, n° 624, pp. 355-365.

TOUVET Laurent et STAHL Jacques-Henri, chr. sous CE, Sect., 10 février 1995, *M. Albert Riehl*, *AJDA*, 1995, n° 5, pp. 370-374.

VALEMBOIS Anne-Laure, « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, 13 juin 2006 n° 117, pp. 7-16.

IX / Notes de jurisprudence

a. Conseil constitutionnel

BOLLE Stéphane, « L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France* », *RFDA*, 2000, n° 6, pp. 1254-1267.

CHALTIEL Florence, « Les principes constitutionnels de la loi de règlement (À propos de la décision du Conseil constitutionnel, loi de règlement des comptes et rapport de gestion pour l'année 2008) », note sous C.Const., déc. n° 2009-585 DC, 6 août 2009, *LPA*, 29 septembre 2009, n° 194, pp. 3-6.

ETIEN Robert, « Annulation de la loi de règlement définitif pour 1983 », note sous C.Const., déc. n° 85-190 DC, 24 juillet 1985, *Rev. adm.*, 1985, n° 227, pp. 462-466.

GENEVOIS Bruno, note sous C.Const., déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *RFDA*, 1989, n° 2, pp. 215-234.

MARCHESSOU Philippe, note sous déc. n° 83-161 DC, 19 juillet 1983, *AJDA*, 1984, n° 1, pp. 33-36.

MATHIEU Bertrand, « La constitutionnalité des validations législatives : certitudes et incertitudes (à propos de la décision n° 88-250 DC du 29 décembre 1988) », *RFDA*, 1989, n° 5, pp. 862-867.

MATHIEU Bertrand, note sous C.Const., déc. n° 91-300 DC, 20 novembre 1991, *LPA*, 7 août 1992, n° 95, pp. 17-18.

MATHIEU Bertrand, « Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue Montpensier (À propos de la décision 96-385 DC du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1996) », *LPA*, 7 mars 1997, n° 29, pp. 5-7.

MATHIEU Bertrand, « Devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? À propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997 », *RFDA*, 1998, n° 1, pp. 148-157.

MATHIEU Bertrand, « Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite. Observations à propos de la décision 98-404 DC du 18 décembre 1998 du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 1999, n° 1, pp. 89-95.

MATHIEU Bertrand, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle (À propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel n° 99-422 DC et n° 99-425 DC) », *RFDA*, 2000, n° 2, pp. 289-304.

MATHIEU Bertrand, « La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant « made in France » (À propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel) », *D.*, 2000, n° 4, Point de vue, pp. VII-VIII.

PHILIP Loïc, note sous C.Const., déc. n° 2006-538 DC, 13 juillet 2006, *RFDC*, 2007, n° 69, pp. 79-84.

PLOUVIN Joël-Yves, « Un exemple d'actes en forme législative : la loi de validation d'actes administratifs. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980 », *Gaz. Pal.*, 1981, 1, doct., pp. 93-99.

SABETE Wagdi, « La conception matérielle de la loi : l'exception de la loi de programme. À propos des décisions n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 (*loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école*) et n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005 (*loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*) », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 930-934.

SCHOETTL Jean-Éric, note sous C.Const., déc. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *LPA*, 18 juin 2004, n° 122, pp. 10-21.

SCHOETTL Jean-Éric, note sous C.Const., déc. n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, *LPA*, 6 janvier 2006, n° 5, pp. 5-37.

TOULEMONDE Bernard, note sous C.Const., déc. n° 72-73 L, 29 février 1972, *AJDA*, 1972, n° 12, pp. 638-643.

b. Juridictions administratives

AUBY Jean-Marie, note sous CE, Ass., 11 juillet 1975, *Sieur Clément et Association pour la défense de la culture et de la musique contemporaine, D.*, 1976, J., pp. 213-217.

BENOIT Loïck, « Le contrôle juridictionnel des lois de ratification des ordonnances (Observations sous Conseil d'État, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*) », *RRJ*, 2002, n° 2, pp. 1083-1095.

BUI-XYAN Olivia, note sous CE, 17 décembre 2010, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB) et autres, AJDA*, 2011, n° 15, pp. 854-858.

CHALTIEL Florence, note sous CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon, LPA*, 12 février 2002, n° 31, pp. 7-10.

COSTA Delphine, note sous CE, 23 octobre 2002, *Société "Laboratoires Juva Santé", AJDA*, 2003, n° 1, pp. 27-28.

CROUZATIER-DURAND Florence, « Le pouvoir d'annulation du juge administratif: Brèves réflexions sur la rétroactivité (À propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du Conseil d'État du 11 mai 2004, *Association AC !*) », *LPA*, 4 février 2005, n° 25, pp. 6-10.

DELVOLVÉ Pierre, note sous CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon, RFDA*, 2002, n° 1, pp. 88-94.

DOUENCE Jean-Claude, note sous CE, Sect., Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or, RFDA*, 1997, n° 1, pp. 83-88.

DREYFUS Jean-David, note sous CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-bains, AJDA*, 2011, n° 29, pp. 1684-1687.

DUBOS Olivier et MELLERAY Fabrice, note sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres, Dr. adm.*, 2004, n° 8-9, pp. 8-16.

ÉVEILLARD Gweltaz, note sous CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, *RFDA*, 2007, n° 2, pp. 275-283.

FERNANDEZ Lucienne, note sous CE, 4 mai 1984, *Époux Poissonnier*, *D.*, 1985, J., pp. 246-248.

FERRARI Pierre, note sous CE, Ass., 8 janvier 1971, *U.R.S.S.A.F. des Alpes-Maritimes*, *AJDA*, 1971, n° 3, pp. 161-165.

HAURIOU Maurice, note sous CE, 27 mars 1914, *Laroche*, *S.*, 1914, III, p. 97.

JÈZE Gaston, note sous CE, 19 février 1915, *Le Moign*, *RDP*, 1916, n° 4, pp. 531-545.

LAROQUE Pierre, note sous CE, Sect., 21 novembre 1930, *Dame veuve Benoît*, *S.*, 1931, III, pp. 33-35.

LIET-VEAUX Georges, « La question de la rétroactivité des tarifs d'électricité », *Rev. adm.*, 1948, n° 3, pp. 30-35.

LOMBARD Martine, note sous CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *Dr. adm.*, 2004, n° 7, pp. 26-29.

MELLERAY Fabrice, note sous CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, *JCP A*, 2007, n° 1-2, pp. 24-27.

MELLERAY Fabrice, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *RDP*, 2007, n° 5, pp. 1383-1435.

MESTRE Achille, note sous CE, Sect., 28 octobre 1932, *Lafitte et autres*, *S.*, 1933, III, pp. 65-67.

MODERNE Franck, note sous CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, *RFDA*, 2006, n° 2, p. 483-496.

MODERNE Franck, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *RFDA*, 2007, n° 5, pp. 917-922.

MORANGE Georges, note sur CE, Sect., 22 décembre 1950, *Comptoir national d'escompte*, *D.*, 1951, J., pp. 634-635.

MOREAU Jacques, obs. sous CE, 9 octobre 2002, *Fédération française des pompes funèbres*, req. n° 240.208, *JCP A*, 2002, n° 10, pp. 336-337.

PACTEAU Bernard, note sous CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, *RFDA*, 2008, n° 5, pp. 964-968.

PETIT Jacques, « L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions fiscales », note sous CE, Sect., Avis, 5 avril 1996, *M. Guy Houdmond*, *RFDA*, 1997, n° 4, pp. 843-864.

PETIT Jacques, note sous CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, *RFDA*, 2003, n° 3, pp. 510-519.

POUYAUD Dominique, « La sanction de l'irrégularité dans la passation d'un marché. Quatre juges pour un contrat. Obs. sous TA Versailles, 23 octobre 1997, *Société Plastic Omnium c/ SICTOM Région Isle Adam* », *Dr. adm.*, 1998, n° 4, pp. 4-7.

POUYAUD Dominique, note sous CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA*, 2009, n° 3, pp. 519-531.

PRIET François, note sous CAA Lyon, 14 mars 2002, *Communauté urbaine de Lyon*, *AJDA*, juin 2002, n° 6, pp. 552-555.

SEILLER Bertrand, note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *JCP A*, 2007, n° 38, pp. 14-19.

TERNEYRE Philippe, note sous CE, Sect., 15 décembre 1989, *Ministre de l'Environnement c/ Société SPECHINOR*, *Rev. adm.*, 1990, n° 253, pp. 45-47.

VERPEAUX Michel, note sous TC, 19 mars 2007, *Préfet de l'Essonne*, *AJDA*, 2007, n° 25, pp. 1357-1360.

WALINE Marcel, note sous CE, 1^{er} mars 1967, *Demoiselle Lescot*, *RDP*, 1968, n° 1, pp. 175-179.

WALINE Marcel, note sous CE, Sect., 27 janvier 1957, *Société Établissements Charlionais et Cie*, *RDP*, 1957, n° 6, pp. 1057-1065.

WALINE Marcel, note sous CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, *RDP*, 1980, n° 2, p. 523-530 et *Notes d'arrêts*, Vol. I, Paris, Dalloz, 2004, n° 135, pp. 698-703.

c. Juridictions judiciaires

ATIAS Christian, « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon », *D.*, 2000, n° 28, pp. 593-595.

BOULOUIS Jean, note sous TI Lille, 15 juillet 1981, *SA Roquette Frères c/ Administration des Douanes*, *D.*, 1982, J., pp. 9-12.

FROUIN Jean-Yves et MATHIEU Bertrand, note sous Cass. Soc., 25 avril 2001, *Association Etre enfant au Chesnay c/ Terki*, *RFDA*, 2001, n° 5, pp. 1055-1062.

LAMARQUE Jean, « Validation et Convention européenne des droits de l'homme : la bonne aubaine », note sous Cass. Com., 20 novembre 2001, *SARL Civa*, *RFDA*, 2002, n° 4, pp. 791-797.

MATHIEU Bertrand, « Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité. », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, *Époux Lecarpentier c/ SA Royal Saint-Georges Banque et SA Crédit Lyonnais c/ Époux Saint-Adam*, *RFDA*, 2000, n° 6, pp. 1201-1205.

MATHIEU Bertrand, « Remarques sur un conflit de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique », note sous Cass. Plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer c/ société Castorama*, *RFDA*, 2003, n° 3, pp. 470-476.

MATHIEU Bertrand, « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot », note sous Cass. Plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer c/ Société Castorama*, *RFDA*, 2004, n° 2, pp. 224-229.

POINSOT Olivier, note sous Cass. Soc., 24 avril 2001, *Association "Être enfant au Chesnay" c/ Teki*, *RDSS*, 2002, n° 1, pp. 98-107.

SAVATIER René, note sous Cass. Soc., 13 juin 1963, *Jaubert c/ Dame de la Hamayde*, *JCP G*, 1964, II, 13601.

VOIRIN Pierre, note sous Cass. Crim. 8 mars 1930, *Bailly, D.*, 1930, I, pp. 101-104.

VOIRIN Pierre, note sous Cass. Civ., 18 décembre 1933, *Administration des douanes c/ Société Lutetia-Transit, D.*, 1934, I, pp. 17-20.

X/ Conclusions

a. Juridictions administratives

ABRAHAM Ronny, concl. sur CE, Sect., 4 novembre 1994, *Al Joujo*, *AJDA*, 1995, n° 3, pp. 231-236.

AGID, concl. sur CE, Ass., 1^{er} décembre 1950, *Électricité de France*, *Cahiers de documentation juridique d'Électricité et de Gaz de France*, 1951, n° 21, pp. 80-86.

AGUILA Yann, concl. sur CE, Ass., 16 décembre 2005, *Groupement forestier des ventes du Nonant*, *AJDA*, 2006, n° 6, pp. 320-327.

AGUILA Yann, concl. sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, *BJDCP*, 2006, n° 46, pp. 173-178 ; *RFDA*, 2006, n° 3, pp. 463-482.

ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, concl. sur CE, Sect. 13 décembre 1991, *Société "Appareils spéciaux échangeurs de température" (ASET)*, *RJF*, 1992, n° 1, pp. 17-23.

ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, concl. sur CE, Sect., Avis, 31 mars 1995, *Ministre du budget c/ SARL Auto-industrie Méric*, *BDCF*, 1995, n° 16/50, pp. 81-92 et *RJF*, 1995, n° 5, pp. 326-332.

ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, concl. sur CE, Ass., 27 octobre 1995, *Ministre du Logement c/ Mattio*, *AJDA*, 1996, n° 1, pp. 57-64 ; *BDCF*, 1995, n° 20, pp. 58-65.

ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1998, *Électricité de France (EDF)*, *AJDA*, 1998, n° 12, pp. 1017-1025.

BACHELIER Gilles, concl. sur CE, 17 juin 1994, *Caisse régionale du crédit agricole du Nord*, *RJF*, 1994, n° 8-9, p. 513-518.

BACQUET Alain, concl. sur CE, Sect., 1^{er} février 1980, *Ministre de la Santé c/ Clinique Ambroise Paré*, *RDSS*, 1980, n° 63, pp. 359-367.

BACQUET Alain, concl. sur CE, 1^{er} février 1980, *Rigal*, *AJDA*, 1980, n° 11, pp. 609-614.

BAUDOIN J., concl. sur CE, Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet et Cie*, *AJDA*, 1967, n° 5, pp. 274-280.

BERGEAL Catherine, concl. sur CE, Sect., 13 mars 1998, *Fédération nationale des sociétés d'économie mixte*, *AJDA*, 1998, n° 6, pp. 514-522.

BERGEAL Catherine, concl. sur CE, 27 mai 1998, *Commune d'Agde*, *BJDCP*, 1998, n° 1, pp. 31-35.

BERGEAL Catherine, concl. sur CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c/ Préaud*, *RFDA*, 2001, n° 5, pp. 1047-1055.

BERNARD Antoine, concl. sur CE, Sect., 21 mars 1958, *Delteil*, *Rec.*, pp. 189-199.

BERTRAND L., concl. sur CE, Sect., 26 mars 1965, *Magnol et Orliac*, *Rec.*, pp. 196-201.

BONICHOT Jean-Claude, concl. sur CE, Sect., 5 avril 1996, *Treiber*, *LPA*, 14 juin 1996, n° 72, pp. 13-15.

BOUCHER Julien, concl. sur CE, 19 décembre 2008, *Mme Mellinger, épouse Praly*, *AJDA*, 2009, n° 15, pp. 838-841.

BOUCHER Julien, concl. sur CE, 5 décembre 2008, *M. Flosse et autres*, *AJDA*, 2009, n° 16, pp. 886-890.

BOULOUIS Nicolas, concl. sur CE, Sect., 14 mars 2008, *M. Portalis*, *RFDA*, 2008, n° 3, pp. 482-490.

BOULOUIS Nicolas, concl. sur CE, 7 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des Îles (SETIL)*, *RJEP*, 2010, n° 674, pp. 33-36.

BOULOUIS Nicolas, concl. sur CE, 9 avril 2010, *Commune de Levallois-Perret*, *BJCP*, 2010, n° 71, pp. 274-279.

BOULOUIS Nicolas, concl. sur CE, Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, *RJEP*, 2011, n° 683, pp. 41-49.

BOUTET, concl. sur CE, Sect., 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, non publiées.

BRAIBANT Guy, concl. sur CE, Sect., 19 juin 1959, *Villard et autres*, *Rec.*, pp. 373-380.

BRAIBANT Guy, concl. sur CE, Ass., 27 novembre 1964, *Union nationale des associations familiales*, *préc.*, *Dr. soc.*, 1965, n° 5, pp. 329-336.

BRAIBANT Guy, concl. sur CE, Sect., 12 mai 1965, *Fédération des chambres syndicales de négociants importateurs de la métallurgie et de la mécanique*, *JCP G*, 1966, II, 14771.

CAHEN-SALVADOR Georges, concl. sur CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, *RDP*, 1926, n° 1, pp. 32-44.

CASAS Didier, concl. sur CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, *BJCDP*, 2005, n° 38, pp. 65-80 et *RFDA*, 2004, n° 6, pp. 1103-1129.

CASAS Didier, concl. sur CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *BJCP*, 2007, n° 54, pp. 391-403, *RDP*, 2007, n° 5, pp. 1402-1435, *RFDA*, 2007, n° 4, pp. 696-916, *RJEP*, 2007, n° 646, pp. 337-348.

COLLIN Pierre, concl. sur CE Ass., 7 juillet 2004, *SARL Ghesquière Équipement*, *BDCE*, 2004, n° 10, p. 51-62 et *RDF*, 2005, n° 12, pp. 606-612.

COURRÈGES Anne, concl. sur CE, Sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, *BJDU*, 2007, n° 6, pp. 459-469 et *RFDA*, 2008, n° 3, pp. 559-567.

COURRÈGES Anne, concl. sur CE, 13 juillet 2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, *AJDA*, 2008, n° 36, pp. 2025-2028 et *BJDU*, 2008, n° 4, pp. 278-283.

COURRÈGES Anne, concl. sur CE, 23 mars 2009, *Union départementale des associations familiales de la Dordogne*, *RDSS*, 2009, n° 3, pp. 532-536.

COURTIAL Jean, concl. sur CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Diop*, *RFDA*, 2002, n° 3, pp. 573-581.

DACOSTA Bertrand, concl. sur CE, 14 mai 2008, *Époux Daviet c/ Ville d'Annecy*, *BJCP*, 2008, n° 60, pp. 347-350.

DEREPAS Luc, concl. sur CE, Sect., Avis, 4 juin 2007, *Lagier et Consorts Guignon*, *RDSS*, 2007, n° 4, pp. 680-695.

DEREPAS Luc, concl. sur CE, 21 juillet 2009, *Maïa*, *BJDU*, 2009, n° 5, pp. 387-389.

DEVYS Christophe, concl. sur CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *RFDA*, 2004, n° 3, pp. 454-473.

DEVYS Christophe, concl. sur CE, Ass., Avis, 27 mai 2005, *M. Provin*, *JCP A*, 2005, n° 27, pp. 1030-1039 et *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 1003-1014.

DEVYS Christophe, concl. sur CE, 18 octobre 2006, *Fédération des services CFDT et autres*, *Dr. soc.*, 2006, n° 12, pp. 1096-1108.

DONNAT Francis, concl. sur CE, 12 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, *AJDA*, 2005, n° 10, pp. 552-555.

DUCHON-DORIS Jean-Cristophe, concl. sur CAA Marseille, Plén., 1^{er} juillet 1999, *Colombeau*, *RFDA*, 2001, n° 2, p. 488-500.

DUMORTIER Gaëlle, concl. sur CE, 7 juillet 2010, *Lapouble et Marmayou*, non publiées.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, concl. sur CE, Ass., 16 avril 1986, *Roujansky*, *RDP*, 1986, n° 3, pp. 847-894.

ESCAUT Nathalie, concl. sur CE, 19 novembre 2008, *Société Getecom*, *BDCF*, 2009, n° 2, pp. 55-60 et *RDF*, 2009, n° 6, pp. 61-66.

FOMBEUR Pascale, concl. sur CE, 23 juillet 2003, *Syndicat national des pharmaciens praticiens et résidents des établissements français d'hospitalisation publics*, non publiées.

FOUQUET Olivier, concl. sur CE, 29 juin 1988, *Fédération nationale des syndicats de négociants en pommes de terre et légumes en gros*, *LPA*, 1^{er} février 1989, n° 14, pp. 4-6.

FOURNIER, concl. sur CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, *RDP*, 1959, n° 5, pp. 1004-1017.

FRATACCI Stéphane, concl. sur CE, Sect., 23 juin 1995, *Conseil régional d'Aquitaine et Mme Lefèvre*, *RFDA*, 1996, n° 4, pp. 491-501.

GAEREMYNCK Jean, concl. sur CE, Ass., 19 avril 1991, *Faure*, *RFDA*, 1992, n° 1, pp. 35-47.

GALMOT Yves, concl. sur CE, 10 mars 1965, *Worloou et Kadjar et Worloou et SCI 120, boulevard de la République* (2 esp.), *JCP G*, 1965, II, 14314.

GALMOT Yves, concl. sur CE, Sect., 10 mars 1967, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Société Samat et Cie*, *AJDA*, 1967, II, pp. 280-284.

GAZIER François, concl. sur CE, 6 juin 1952, *Pourcher*, *Rec.*, pp. 297-299.

GEFFRAY Édouard, concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux (CGE) et Commune d'Olivet*, *Rec.*, pp. 120-136, *BCJP*, 2009, n° 65, pp. 287-302 et *RFDA*, 2009, n° 3, pp. 449-462.

GEFFRAY Édouard, concl. sur CE, 13 février 2009, *Saupic*, *BDCF*, 2009, n° 5, pp. 37-39 et *RDF*, 2009, n° 15, pp. 24-26.

GEFFRAY Édouard, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 789-801.

GENEVOIS Bruno, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 1980, *Revillod et autres*, *D.*, 1981, J., pp. 398-404.

GENEVOIS Bruno, concl. sur CE, Sect., 11 juin 1982, *Berjon et Mestdahg*, *AJDA*, 1983, n° 1, pp. 42-45.

GENTOT Michel, concl. sur CE, 4 octobre 1974, *Dame David*, *Rec.*, pp. 464-475.

GLASER Emmanuel, concl. sur CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *BJCP*, 2010, n° 69, pp. 138-151 et *RFDA*, 2010, n° 3, pp. 506-518.

GUILLAUME Gilbert, concl. sur CE, Sect., 17 février 1978, *Ministre de la Santé c/ Scarron Parc*, non publiées.

GULDNER É., concl. sur CE, 31 mai 1957, *Girard*, *D.*, 1957, J., pp. 430-435.

GUYOMAR Mattias, concl. sur CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Benkerrou*, *RFDA*, 2004, n° 5, pp. 913-922.

GUYOMAR Mattias, concl. sur CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 6-17.

GUYOMAR Mattias, concl. sur CE, 6 avril 2007, *Chabran et autres*, *BJDU*, 2007, n° 2, pp. 153-157.

GUYOMAR Mattias, concl. sur CE, 12 décembre 2007, *M. Sire*, *AJDA*, 2008, n° 12, pp. 638-643.

GUYOMAR Mattias, concl. sur CE, Sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons (OIP)*, *Rec.*, pp. 379-393, *Gaz.-Pal.*, 13 décembre 2008, n° 347-348, pp. 33-39 et *RFDA*, 2009, n° 1, pp. 73-85.

GUYOMAR Mattias, concl. sur CE, Sect., 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal et Conférence des bâtonniers de France et d'Outre-Mer autres*, *Gaz. Pal.*, 7 janvier 2009, n° 7-9, pp. 14-32.

GUYOMAR Mattias, concl. sur CE, Sect., 12 octobre 2009, *Petit*, *Rec.*, pp. 370-381.

HELBRONNER, concl. sur CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des Chemins de fer, S.*, 1914, III, pp. 1-6.

HENRY J.-F., concl. sur CE, 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, Rec., pp. 245-251.

HEUMANN Claude, concl. sur CE, 6 juillet 1956, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Allemand*, Rec., pp. 296-303.

HEUMANN Claude, concl. sur CE, Sect., 13 novembre 1959, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement et ministre des anciens combattants et victimes de la guerre c/ Bacqué*, Rec., p. 593, *D.*, 1960, J., pp. 332-336.

JOUVIN B., concl. sur CE, Sect., 21 février 1958, *Société nouvelle des Établissements Gaumont*, Rec., p. 124, *S.*, 1958, III, pp. 281-286.

KELLER Rémi, concl. sur CE, 25 avril 2007, *Ministre des Transports de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer c/ Couegnat*, *RFDA*, 2007, n° 5, p. 1019-1030.

LABETOULLE Daniel, concl. sur CE, 9 novembre 1979, *Union nationale du commerce en gros des fruits et légumes*, *AJDA*, 1980, n° 7-8, pp. 416-420.

LABETOULLE Daniel concl. sur CE, Sect., 4 mai 1984, *Époux Poissonnier*, *AJDA*, 1984, n° 9, p. 511-513.

LABETOULLE Daniel, concl. sur CE, Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique et autre*, *AJDA*, 1984, n° 11, pp. 627-630.

LABETOULLE Daniel, concl. sur CE, Sect., 26 octobre 1984, *Mammar*, *D.*, 1985, J., pp. 223-227.

LASRY C., concl. sur CE, 12 octobre 1956, *Sieur Baillet*, non publiées.

LASSERRE Bruno, concl. sur CE, 31 octobre 1986, *Chambre syndicale des Pharmaciens de la Loire et al.*, *RFDA*, 1987, n° 4, pp. 549-553.

LASVIGNES Serge, concl. sur CE, Sect., 27 mai 1994, *Société Franck Alexandre*, *RFDA*, 1995, n° 1, pp. 43-50.

LASVIGNES Serges, concl. sur CE, Sect., 5 mai 1995, *Société "Coopérative maritime Bidassoa" et autres*, *AJDA*, 1995, n° 6, pp. 463-468 et *BJDU*, 1995, n° 3, pp. 250-257.

LAVONDÈS M., concl. sur CE, Ass., 14 mai 1965, *Secrétaire d'État aux finances c/ Jacquier*, *RDP*, 1966, n° 1, pp. 164-178.

LE CHATELIER Gilles, concl. sur CE Ass. 26 juin 1992, *Monnier-Besombes*, Rec., pp. 252-268.

LÉGER Philippe, concl. sur CE, Plén., 14 janvier 1983, *Mme X.*, *DF*, 1983, n° 24, pp. 838-842.

LEGRAS Claire, concl. sur CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, *BDCF*, 2009, n° 5, pp. 19-33, *DF*, 2009, n° 15, pp. 37-48 et *RFDA*, 2009, n° 2, pp. 259-271.

LEGRAS Claire, concl. sur CE, 27 mai 2009, *SNC Saint-Honoré*, *BDCF*, 2009, n° 8-9, pp. 57-62 et *RDF*, 2009, n° 28, pp. 43-49.

LENICA Frédéric, concl. sur CE, 19 mars 2010, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA) et autres*, *RJEP*, 2010, n° 679, pp. 21-25.

MARGUERIE René, concl. sur CE, 13 mai 1881, *Brissy*, *Rec.*, pp. 492-498.

MARGUERIE René, concl. sur CE, 7 décembre 1883, *Compagnie des chemins de fer de Paris à Orléans*, *Rec.*, pp. 904-907.

MARTIN Philippe, concl. sur CE, 28 novembre 1986, *SARL "Delattre et Compagnie"*, req. n° 15.196, *DF*, 1987, n° 26, pp. 754-758.

MARTIN Philippe, concl. sur CE, Ass., Avis, 7 juillet 1989, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE)*, *RFDA*, 1989, n° 6, pp. 909-917.

MARTIN-LAPRADE Bruno, concl. sur CE, Sect., 11 décembre 1987, *SCI Rudel*, *DF*, 1988, n° 19, pp. 635-639.

MASSOT Jean, concl. sur CE, Sect., 26 avril 1978, *Comité d'entreprise de la société nationale de la télévision en couleur "Antenne 2"*, *AJDA*, 1978, n° 10, pp. 502-507.

MAUGÜÉ Christine, concl. sur CE, Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autres*, *AJDA*, 1996, n° 2, pp. 139-153.

MAUGÜÉ Christine, concl. sur CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Mme Lipietz et autres*, *RFDA*, 1999, n° 2, pp. 357-371.

MAUGÜÉ Christine, concl. sur CE, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*, *RFDA*, 2001, n° 2, pp. 454-458.

MAUGÜÉ Christine, concl. sur CE, 29 décembre 1995, *Groupement des Médecins Anatomopathologistes Libéraux (GAPLIF)*, non publiées.

MITJAVILLE Marie-Hélène, concl. sur CE, 2 novembre 2005, *Association Baie de la Moselle et Van Peteghem*, *BJDU*, 2005, n° 6, pp. 449-453.

MITJAVILLE Marie-Hélène, concl. sur CE, Ass. 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, non publiées.

MOREAU Yannick, concl. sur CE, Sect., 30 septembre 1988, *Commune de Nemours c/ Mme Marquis*, *AJDA*, 1988, n° 12, pp. 739-742.

MORISOT Michel, concl. sur CE, 30 mai 1979, *Sion*, non publiées.

ODENT Raymond, concl. sur CE, 5 mars 1943, *Compagnie générale des eaux, D.*, 1944, J., pp. 121-122.

ODENT Raymond, concl. sur CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Réville*, *Gaz. Pal.*, 10 juin 1949, 2, pp. 34-36.

PÉCRESSÉ Valérie, concl. sur CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, *RFDA*, 1998, n° 1, pp. 21-28.

PÉCRESSÉ Valérie, concl. sur CE, Sect., 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM*, *RFDA*, 1998, n° 1, pp. 29-38.

PIVETEAU Denis, concl. sur CE, 28 mai 2001, *Commune de Bohars et SARL Minoteries France*, *BJDU*, 2001, n° 3, pp. 212-219 et *CJEG*, 2002, n° 586, pp. 246-253.

PIVETEAU Denis, concl. sur CE, 2 octobre 2002, *Gross*, *BJDCP*, 2003, n° 26, pp. 27-31.

PIVETEAU Denis, concl. sur CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, *BJDCP*, 2004, n° 33 p. 136-140 et *RJEP*, 2004, n° 609, pp. 246-250.

REVERCHON Émile, concl. sur CE, 16 juillet 1852, *Merilhou*, *S.*, 1862, III, pp. 491-494.

RIGAUD Jacques, concl. sur CE, Sect., 31 janvier 1969, *Gardarein*, *Rec.*, pp. 55-63.

RIVET René, concl. sur CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, *RDP*, 1922, n° 5, pp. 552-561.

RIVET René, concl. sur CE, 7 janvier 1927, *Dame Bajoux*, *RDP*, 1927, n° 3, pp. 496-503.

SAINT-PAUL G., concl. sur CE, 30 novembre 1900, *Viaud*, *Rec.*, pp. 681-683.

SAINT-PAUL G., concl. sur CE, 3 avril 1908, *Casanova*, *Rec.*, pp. 356-365.

SAINT-PULGENT Maryvonne de, concl. sur CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, *RFDA*, 1991, n° 4, pp. 612-631.

SALINS Catherine de, concl. sur CE, Sect., 6 mars 2009, *M. Coulibaly*, *Rec.*, pp. 81-93 et *RFDA*, 2009, n° 2, pp. 215-225.

SAVOIE Henri, concl. sur CE, Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, *CJEG*, 1998, n° 545, pp. 283-297 et *RFDA*, 1998, n° 2, pp. 407-421.

SAVOIE Henri, concl. sur CE, Sect., 20 octobre 2000, *Société CitéCable Est*, *BJDCP*, 2001, n° 14, pp. 54-64, *CJEG*, 2001, n° 572, pp. 21-32 et *RFDA*, 2001, n° 2, pp. 359-370.

SEBAN Alain, concl. sur CE, 31 mars 2000, *El Ahmadi*, non publiées.

SCHWARTZ Rémy, concl. sur CE, Sect., 3 novembre 1995, *Mme Velluet*, *AJDA*, 1996, n° 3, pp. 215-222.

SÉNERS François, concl. sur CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, *BJDU*, 2001, n° 5, pp. 353-356 et *RFDA*, 2002, n° 1, pp. 77-87.

SÉNERS François, concl. sur CE, Sect., 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, req. n° 237.201, *Rec.*, p. 346, *RFDA*, 2003, n° 6, p. 1137

SÉNERS François, concl. sur CE, 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, *BJDU*, 2004, n° 4, pp. 294-298.

SÉNERS François, concl. sur CE, 9 mai 2005, *Communauté de communes du bassin de Lons-le-Saunier*, *BJCL*, 2005, n° 7, pp. 479-483.

SÉNERS François, concl. sur CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, *RFDA*, 2007, n° 2, p. 265, spéc. p. 270.

SILVA de Isabelle, concl. sur CE, 17 juillet 2009, *Gerbault*, *AJDA*, 2009, n° 42, pp. 2361-2365.

STAHL Jacques-Henri, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, *CJEG*, 1999, n° 551, pp. 61-71 et *RFDA*, 1999, n° 1, pp. 128-139.

STAHL Jacques-Henri, concl. sur CE, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, *Rec.*, pp. 80-108, *RFDA*, 2003, n° 6, pp. 1214-1228.

STAHL Jacques-Henri, concl. sur CE, 10 novembre 1999, *Société coopérative agricole de Briennon*, non publiées.

STAHL Jacques-Henri, concl. sur CE, 13 novembre 2002, *Société Socopar*, non publiées.

STIRN Bernard, concl. sur CE, Sect., 4 juin 1982, *Ministre de l'Environnement et du Cadre de vie c/ Junique et Richioud*, *AJDA*, 1982, n° 10 pp. 654-656.

STRUILLOU Yves, concl. sur CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, *BJCL*, 2006, n° 5, pp. 330-342 et *RFDA*, 2006, n° 3, pp. 550-565.

TEISSIER, concl. sur CE, 17 mai 1907, *Le Bigot*, *Rec.*, pp. 460-466.

THÉRY Jean, concl. sur CE, Sect., 28 mai 1971, *Damasio*, *Rec.*, pp. 391-401.

THÉRY Jean-François, concl. sur CE, Sect., 11 mai 1979, *Boulenger*, *AJDA*, 1980, n° 4, pp. 253-255.

THÉRY Jean-François, concl. sur CE, Sect., 11 mai 1979, *Ripert*, *AJDA*, 1980, n° 2, pp. 106-108.

THIELLAY Jean-Philippe, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme Delannoy et M. Verzele et Mme Lazare*, *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 772-778.

TROTTIER Thierry, concl. sur CAA Marseille, 30 avril 2003, *Compagnie générale de stationnement et 26 juin 2003, Compagnie générale de stationnement c/ Ville de Toulon*, *BJDCP*, 2004, n° 32, p. 26-38.

VEROT Célia, concl. sur CE, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, *DF*, 2006, n° 38, pp. 1599-1603.

VUGHT Gabriel, concl. sur CE, Ass., 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne et Manufacture française des pneumatiques Michelin*, *Rec.*, pp. 211-239 et *RDP*, 1969, n° 2, pp. 320-355.

b. Cour de Justice de l'Union européenne

COLOMER Dámaso Ruiz-Jarabo, concl. sur CJCE, 5 juillet 2004, *Pearle et autres*, aff. C- 345/02, *Rec. I*, p. 7139.

COSMAS Georges, concl. sur CJCE, 15 juin 1999, *Andersson*, aff. C-321/97, *Rec.*, I, p. 3551.

COSMAS Georges, concl. sur CJCE, 29 juin 1999, *Butterfly Music*, aff. C-60/98, *Rec.*, I, p. 3939.

COSMAS Georges, concl. sur CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Telekom c/ Schröder*, aff. C-50/96, *Rec.*, I, p. 743.

COSMAS Georges, concl. sur CJCE, 16 mai 2000, *République française c/ Ladbrooke Racing Ltd et Commission des Communautés européennes*, aff. C-83/98 P, *Rec.*, I, p. 3271.

LAGRANGE Maurice, concl. sur CJCE, 12 juillet 1957, *Algera*, *Rec.*, p. 81.

CAPOTORTI Francesco, concl. sur CJCE, 13 juin 1978, *British Beef*, aff. 146/77, *Rec.*, p. 1347.

LÉGER Philippe, concl. sur CJCE, 22 novembre 2001, *Pays-Bas c/ Conseil*, *Rec.*, I, p. 8763.

MAYRAS Henri, concl. sur CJCE, 2 mars 1978, *Debaysen*, aff. jointes 12, 18 et 21/77, *Rec.*, p. 533.

MAYRAS Henri, concl. sur CJCE, 26 janvier 1978, *Union malt*, aff. jointes 44 à 51/77, Rec., p. 59.

MENGOZZI Paolo, concl. sur CJCE, 23 mai 2007, *Laval*, aff. C-341/05, Rec., I, p. 11767.

ROEMER Karl, concl. sur CJCE, 4 juillet 1973, *Westzucker*, aff. 1/73, Rec., p. 723.

TRABUCCHI Alberto, concl. sur, CJCE, 10 décembre 1975, *Union nationale des coopératives agricoles de céréales*, aff. jointes 95 à 98/74, 15 et 100/75, Rec., p. 1615.

TRSTENJAK Verica, concl. sur CJCE, 15 mai 2008, *Archer Daniels Midland Co. c/ Commission*, aff. C- 510/06 P, Rec., I, p. 1843.

WARNER Jean-Pierre, concl. sur CJCE, 7 juillet 1976, *Société IRCA*, aff. 7/76, Rec., p. 1213.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abrogation : 57 ; 694 ; 956 ; 1078-1079
de la loi par le Conseil constitutionnel : 193 ;
199 et s.
implicite de la loi : 59 ; 330
pouvoir (d') : 663

Acte

annulable : 353
de gouvernement : 233
de simple gestion
déclaratif : 295
inexistant (*voir* Inexistence)
nul (*voir* Nullité)
réputé non modificatif du droit existant : 22 ;
294 et s.

Acte administratif

- « actes-conséquences » : 236 ; 348 ; 508 ;
696 ; 1066 et s. ; 1082 et s.
contractuel (*voir* Contrat administratif)
entrée en vigueur (de l') : 836 et s.
- unilatéral
(*voir aussi* Décision administrative)
collectif : 971 ; 978 ; 1086 ; 1099
déclaratif : 22 ; 295 ; 1046
gracieux : 262 ; 1025
interprétatif : 288
non-réglementaire : 687 ; 959 ; 963 ; 1066 ;
1084-1089 ; 1099
occulte : 861 ; 867
reconitif : 22 ; 295 ; 1046
réglementaire : 602-603 ; 623 ; 687 ; 841 ; 884 ;
912 ; 917 ; 1066 ; 1068 ; 1078 ; 1084-1086 ;
1089 ; 1098

Acte détachable (d'un contrat) : 270 ; 708 ;
713 ; 718 ; 722 ; 1125

Acte individuel (*voir* Acte administratif ;
Décision administrative ; Publicité)

Acte juridictionnel : 107
(*voir aussi* Jugements)

Acte réglementaire (*voir* Acte administratif ;
Décision administrative ; Publication)

Activité

exercice (d'une) : 956 ; 960 ; 1008

Agent public (*voir* Fonction publique)

Agrément fiscal (*voir* Droit fiscal)

Aide

- d'État
récupération : 221 et s.
- juridictionnelle : 425
- sociale
récupération : 928

Amende fiscale (*voir* Droit fiscal)

Amnistie : 184 et s. ; 971 ; 1141 et s.
rétroactivité (de l') 184

Annualité (principe d')

- en matière financière : 117 ; 1151
- en matière fiscale : 128

Annulabilité : 353

Annulation : 168 ; 981 ; 995
absence d'effet rétroactif : 650 ; 692-693 ; 697
pouvoir (d') : 279 ; 284 ; 343
du contrat administratif
(*voir* Contrat administratif)
- administrative : 278 et s. ; 995 ; 1074 et s. ;
1080 ; 1100
(*voir aussi* Retrait)
- contentieuse : 234 et s. ; 611 ; 652 et s. ; 995 ;
1065 et s. ; 1095 et s.
(*voir aussi* Jugements)
conditionnelle : 665 ; 690
conséquences (de l') : 347 et s. ; 355 et s. ; 357
et s. ; 658 ; 1066 et s.

différée : 658 ; 688 ; 690 ; 695 ; 714 ; 717 ; 721-723
modulation des effets dans le temps (de l') : 667 et s. ; 717 ; 1144
partielle : 382 ; 611 ; 714 ; 721-723
par voie de conséquence : 235 ; 281 ; 611 ; 680 ; 1084 et s.
rétroactivité (principe de la) : 673

Appel : 356 ; 374 ; 882 ; 981 ; 1072 ; 1129

Applicabilité : 815 ; 818 ; 834 ; 857 ; 895
- « rétro-applicabilité » : 821

Application dans le temps

anticipée : 17 ; 87 ; 611 ; 801 ; 817 ; 912 ; 975

Application du droit

- lien avec la création du droit : 57 ; 396 ; 735 ; 744 ; 802-803 ; 816 ; 818 ; 943
- organes (d') 48 ; 140 ; 170 ; 197 ; 202 ; 231 ; 287-288 ; 340 ; 387 ; 397 ; 447 ; 481 ; 486 ; 505 ; 561-563 ; 821 ; 831 ; 834 ; 1039-1043 ; 1140 ; 1144
- processus (d') : 96 ; 320 ; 387 ; 911 ; 919 ; 921 ; 943 ; 960 ; 966 ; 1000 ; 1057 ; 1134 ; 1157 ; 1162 ; 1165

Approbation : 242 et s. ; 847 ; 857 ; 875 ; 913 ; 978-979 : 1048
rétroactivité (de l') : 242 ; 848

Arrêts de règlement (prohibition des) : 401 ; 732 ; 749-750

Autonomie de la volonté : 302 ; 552 ; 838 ; 964

Autonomie procédurale (principe de l') : 219 ; 560

Autorité de la chose jugée
(voir aussi Décision de justice)

Autorisation de plaider : 247

Avis

de l'organe consultatif : 348 ; 949 ; 1114
du Conseil d'État : 426 et s.
du service des domaines : 1125

B

Budget

rétroactif : 120 ; 1036 ; 1151

C

Caducité : 1081

des offres de concours : 310

960

des ordonnances : 156

Campagnes agricoles : 260 et s. ; 1037

Cassation : 356 ; 374 ; 390 ; 738 ; 750 ; 785 ; 882 ; 1042 ; 1072

Chose jugée : 234

autorité (de la) : 686 ; 884-885 ; 1086

conséquences (de la) : 677 et s.

exécution (de la) : 235 et s. ; 271 ; 650 ; 679 ; 882 ; 1085 et s. ; 1101 ; 1108 et s.

Circonstances exceptionnelles : 217 ; 233

Circulaires administratives : 293 ; 572

Citation abusive : 767

Codification : 170 ; 1120

Collectivités territoriales

- budget (des) ; 1151

- compétences (des) : 660 ; 1041

(voir aussi Impôt ; Urbanisme)

- contrats (des) : 580 ; 869 et s., 1125 ; 1150

(voir aussi Contrats administratifs)

- contrôle de légalité

transmission (au) : 642 et s. ; 850 ; 857 ; 876 ; 913 ; 978-979

déféré préfectoral : 1005

- délibérations ; 851 ; 1079

nullité de droit : 284

de régularisation : 270

- libre administration (principe de) : 553

- service public local : 1150

Compétence

discrétionnaire : 286

liée : 237 ; 271 ; 286 ; 1099

lois (de) : 104 et s.

Concours administratif : 1021 ; 1086 ; 1108

Condition résolutoire : 286 ; 305 ; 1046

agrément fiscal : 286

implicite : 310

Condition suspensive : 285 ; 305 ; 1046

Confiance légitime (principe de) : 499 ; 566 et s. ; 628 ; 1007

Confirmation : 136 ; 268 ; 313 ; 982 ; 1115

Conflits de lois dans le temps (théorie des) : 25 ; 57 ; 787

Conseil constitutionnel : 188 et s. ; 1096

(voir aussi Contrôle)

abrogation (pouvoir d') : 199 et s.

- décisions

modulation des effets dans le temps (des) : 673

rétroactivité (des) : 193 et s. ; 1061 ; 1102

Constitution

application dans le temps : 59
(voir aussi Contrôle)

Contentieux

constitutionnel
(voir Contrôle de constitutionnalité)
contractuel (voir Contrat administratif)
de l'excès de pouvoir : 335 ; 354 ; 652 et s. ;
685 ; 708 ; 725 ; 937
de l'exécution : 708 ; 712-713 ; 722 ; 882-883
de l'interprétation : 389 ; 686
de l'urgence : 338 et s. ; 883
de la fonction publique
(voir Fonction publique)
de pleine juridiction : 336 ; 378 et s. ; 663 ;
687 ; 714 et s. ; 937
économie des moyens (règle de l') : 698 ; 1144

Continuité

du droit : 1147 et s.
du service public (principe de) : 580-581 ; 660 ;
677 ; 704 ; 710-711 ; 772 ; 1005 ; 1149 et s.
de la carrière : 238 ; 272 ; 1024 ; 1153 et s.

Contrat administratif

(voir aussi Acte détachable ; Loi ; Nullité ;
Stabilité des relations contractuelles)
annulation : 309 et s. ; 337 ; 350 et s. ; 687 ; 711
et s. ; 725
approbation : 875
clause réglementaire : 634 ; 636 ; 708
clause contractuelle : 102 ; 636 ; 640 ; 643 ;
715 ; 979 ; 1070
conclusion : 871 ; 935
contentieux : 641 ; 687 ; 700 et s. ; 1069
de l'État : 875
des collectivités territoriales : (voir Collectivités
territoriales)
effet relatif (principe de l') : 304 ; 552 ; 635 ;
873 ; 1115
effets dans le temps : 303 et s. ; 959 ; 979
en cours d'effet : 101 ; 614 ; 960 ; 964
légalement conclu : 527 ; 551
normativité : 838
notification : 638 et s. ; 877
nullité : 312 ; 351 et s. ; 641 ; 643 ; 701 et s. ;
877 ; 1069 et s. ; 1076
(voir aussi Nullité)
réfection : 316
régularisation : 270 ; 315 et s. ; 715 ; 721-723 ;
1115
renonciation à la nullité (du) : 275 ; 1144
résiliation : 311 ; 711 ; 717 ; 721-723
résolution : 206 ; 311 ; 711 ; 722

rétroactivité (du) : 301 et s. ; 979

Contraventions de grande voirie : 449 ; 956

Contrôle

- de constitutionnalité de la loi : 188 et s. ; 511
et s.
(voir aussi Question prioritaire de
constitutionnalité ; Réserves d'interprétation)
de proportionnalité : 549 et s. ; 555 ; 673
effets sur le passé (du) : 190 et s.
par voie d'exception : 193 et s. ; 526
- de conventionnalité de la loi : 464 ; 511 et s. ;
681

**Convention européenne des droits de
l'homme** : 65 ; 550 ; 574 et s. ; 752

Coopération loyale (principe de) : 219 ; 570

Copie privée : 694

Cour de Justice de l'Union européenne :
499 ; 527 ; 538 ; 573 ; 671 ; 757 ; 1102 ; 1105

Cour européenne des droits de l'homme :
449 ; 527 ; 757 ; 760

Créance : 584 ; 587 ; 924

Crédits budgétaires

annulation : 123 ; 126 ; 169 ; 521

D

Date

à laquelle le juge statue : 335 et s. ; 387 ; 663 ;
855 ; 937
d'effet de la jurisprudence : 785 ; 879 ; 893
d'effet de la loi fixée par le législateur : 87 ;
226 ; 257 ; 912
« date-frontière » : 17 ; 20 ; 694 ; 797 ; 801 ;
808 ; 810-811 ; 824-826 ; 868 ; 878-880 ; 888 ;
891 ; 893 ; 896 ; 898-899 ; 911 ; 931 ; 946 ;
979-984 ; 990

Décision administrative

(voir aussi Acte administratif)
de refus : 1078 ; 1084
délai de validité (de la) : 1081
effets durables : 963
implicite : 282 ; 621 ; 858
prise sur demande : 100 ; 105 ; 262 ; 282 ;
1078 ; 1099
rétroactivité (de la) : 210 et s. ; 978

Décision confirmative (théorie de la) : 273

Décision de justice

(voir Décision juridictionnelle ; Jurisprudence)

Décision juridictionnelle

(voir aussi Jugements)

effet substantiel : 331 ; 432 ; 880

entrée en vigueur : 880 et s.

et loi rétroactive (voir Loi)

irrévocable : 530 ; 775

modulation des effets dans le temps (de la) : 389

- passée en force de chose jugée

notion (de) : 536 et s. ; 775

réserve (de la) : 509

respect (principe du) : 514 ; 535 et s. ; 1140

Déclaratif (voir Acte administratif)

Déclarativité : 141 ; 295 ; 326 ; 346 ; 387 ; 648-650 ; 732

Décret d'avance (voir Ratification)

Décret-loi : 156

Délai

délai - « condition » / délai - « terme » : 952 et s.

Délégation : 194

Délégation législative

(voir Habilitation législative ; Législation déléguée)

Directive européenne : 220 ; 716

Discrétionnaire (voir Compétence)

Doctrine

administrative : 291

fiscale : 293

Document d'urbanisme (voir Urbanisme)

Dommages-intérêts : 109 ; 456 ; 655 ; 704 ; 936

Droit

à la sûreté : 495

à un recours effectif : 516 ; 539 ; 590

au procès équitable : 516 ; 539 ; 575 et s. ; 761 ; 776

au recours (voir Recours)

au respect de ses biens : 583 et s. ; 760 ; 773 ; 776

de propriété : 488 ; 546 ; 553 ; 583 ; 586 ; 772 ; 782

de reprise : 250

Droits acquis : 514 ; 547 ; 860 ; 1012 ; 1086 ; 1089 ; 1110

(voir aussi Situations légalement acquises)

doctrine (des) : 26

notion (de) : 618 ; 860

lien avec l'entrée en vigueur : 861 et s.

principe d'intangibilité (des) : 617 et s.

Droit de l'Union européenne : 65 ; 216 et s. ; 559 et s. ; 628 ; 671 ; 757 ; 772 ; 1007 ; 1102 ; 1105

Droit fiscal

(voir Annualité ; Impôt ; Intérêts de retard ; Loi ; Redressement ; Sanctions)

agrément fiscal : 286

amende fiscale : 478

créance fiscale : 584

lutte contre la fraude et l'évasion fiscale : 526 ; 1010

obligations de nature fiscale : 576

procédure de recouvrement : 941 ; 1006

Droit international public : 65

Droit pénal : 449 ; 451

Droit public : 61

Droit public répressif : 449 et s.

(voir aussi Infraction ; Loi ; Sanctions)

incrimination indirecte : 461 ; 533

loi complexe : 479

loi de fond : 462 ; 475

loi de forme : 460 ; 475

non-rétroactivité (principe de) : 450 et s. ; 562 ; 589 ; 596 ; 602 ; 610 ; 627 ; 772 ; 978

rétroactivité *in mitius* (principe de la) : 110 et s. ; 214 et s. ; 466 et s. ; 562 ; 589 ; 596 ; 1013

Droit transitoire : 25 et s. ; 787 ; 1002

- analyse normative (du) : 27 ; 57

absence de dispersion de faits : 921 et s.

dispersion de faits : 943 et s.

E

Écran législatif (théorie de) : 114 ; 463 ; 484 ; 572 ; 627

Édiction : 815 ; 837 ; 829 et s. ; 841 ; 853 ; 855 ; 871 ; 881 ; 893 ; 935 ; 940

Effet

aubaine (d') : 580 ; 681-682 ; 697-698 ; 772 ; 775 ; 1006

juridique : 21 ; 801 ; 908 ; 916 ; 919

juridique durable : 959 et s.

Effet immédiat : 27 ; 93 ; 95 ; 99 ; 103 ; 123 ; 129 ; 336 ; 371 ; 460 ; 520 ; 787 ; 919 ; 959 ; 961 ; 964 ; 963 ; 988 ; 991 ; 1002

de la loi répressive plus douce : 111 ; 474

théorie (de l') : 28-35

Égalité

des armes (principe d') : 577
devant les charges publiques (principe d') :
199 ; 526
devant l'impôt (principe d') : 1006
principe (d') : 775 ; 1006

Entrée en vigueur : 18 ; 57 ; 813 et s.

anticipée : 818
différée : 834
notion (d') : 808-811 ; 814 et s.
processus (d') : 809 ; 815-816 ; 837 ; 854 ; 866-
867 ; 879 ; 892
régime (d') : 824 et s. ; 891 ; 975
- lien avec la publication : 819-820

Erratum : 297 ; 1052 (*voir aussi* Rectification)

État de droit : 1062

Étranger : 1079

Exception d'illégalité : 696 ; 1140

Exécution de la chose jugée (*voir* Chose jugée)

Expropriation pour cause d'utilité publique :
384 ; 760 ; 1053-1054

F

Faits accomplis : 92 ; 917

Faits juridiques

durables : 952 et s. ; 960 ; 1008
instantanés : 922 et s. ; 961
successifs : 943 et s.

Fiction :

de préexistence de la norme : 818-820
d'absence de pouvoir créateur du juge (*voir*
Déclarativité ; Jurisprudence)
juridique : 4 ; 40 ; 353 ; 360 ; 1108

Fonction publique : 928 ; 960 ; 1025 ; 1126 ;
1142 ; 1153 et s.

(*voir aussi* Fonctionnaires de fait)
- carrière : 272 ; 296 ; 661 ; 978 ; 1086 ; 1107 ;
1154

système (de la) : 1154

(*voir aussi* Continuité)

- comité technique paritaire : 1156
- contentieux (de la) : 576 ; 661 ; 653 ; 1107
(*voir aussi* Reconstitution de carrière)

- fonctionnaire

cumul d'activité : 962

droits (du) : 510 ; 583 ; 586 ; 925 ; 962 ; 1015 ;
1108 ; 1154

nomination : 335 ; 692 ; 960 ; 978 ; 1086

éviction : 654 ; 1107 et s.

liste d'aptitude : 1086

radiation des cadres : 296

reclassement : 508 ; 1155

réintégration : 1109-1110 ; 1142

retraite : 925 ; 959-960

(*voir aussi* Pension)

service fait (règle du) : 654 et s. ; 1110

stage : 1155 ; 1160

tableau d'avancement : 971 ; 1086

Fonctionnaires de fait (théorie des) : 660 et s. ;
1152

G

Garantie

des droits : 515 ; 518 ; 530 ; 555

légale des exigences constitutionnelles : 518 ;
534 ; 545 ; 551

H

Habilitation législative : 147 ; 225 et s. ; 629 ;
995 ; 1031 ; 1114 ; 1118 ; 1120
implicite : 228

I

Impôt : 199 ; 530 ; 931-933 ; 946 ; 1053 ; 1150
(*voir aussi* Droit fiscal ; Intérêts de retard)

accessoire (règle de l')

assiette : 146 ; 572 ; 929-931 ; 1009

confiscatoire (prohibition de l') : 546

connexité (règle de la) : 941

exonération : 960 ; 1006 ; 1011 ; 1015

fait générateur : 129 ; 252 ; 929-933 ; 941 ;
957 ; 1010 ; 1015

intangibilité du bilan (règle de l') : 425 ; 584

majoration : 478 ; 546 ; 1011

taux : 146 ; 929-931 ; 1015 ; 1079

taxe parafiscale : 1159

Inconstitutionnalité : 190 et s.

Incrimination (*voir* Droit public répressif)

Indépendance du fond et de la forme
(principe d') : 95 et s. ; 934 et s.

Inexistence : 359 et s.

conception déclarative (de l') : 361-362

Infraction : 474 ; 932 ; 1141

continue : 957

instantanée : 926

Installations classées : 378 ; 380-381 ; 663 ; 957 ; 1128

Intérêt général : 1004 et s.
atteinte excessive (à l') : 664 ; 676 et s. ; 713 ; 718 ; 721-723 ; 727
impérieux : 527 ; 573 ; 580 et s. ; 586 ; 677 ; 718 ; 727 ; 766
financier : 526 ; 578-580 ; 677
suffisant : 524 et s. ; 551 ; 556 ; 578 ; 586 ; 677

Intérêts de retard : 387 et s. ; 458 ; 1123

Interprétation : 170 et s. ; 287 ; 509 ; 520 ; 775 ; 995 ; 1038 et s.
authentique : 202 ; 288 ; 387
fiction d'incorporation (de l') : 174 ; 203 ; 288 ; 387 ; 425 ; 1038
stricte (principe d') : 218 ; 503 ; 538 ; 615 ; 629

J

Journal Officiel

(voir *Erratum* ; *Publication* ; *Rectification*)

Jugement

(voir aussi *Décision juridictionnelle* ; *Nullité* ; *Rectification*)
constitutif : 111 ; 333
déclaratif : 333 ; 335 et s. ; 651 ; 695 ; 972
d'annulation : 341 et s. ; 357 et s. ; 652 et s. ; 885 et s. ; 981 ; 1066 et s. ; 1081
de nullité : 701 et s. ; 1069 et s.
de condamnation : 336 et s. ; 881 et s. ; 886
de réformation (voir *Réformation*)
de responsabilité (voir *Responsabilité*)
de rejet : 688 ; 740 ; 884 ; 1072
inexistant (voir *Inexistence*)
prononcé (du) : 881 ; 884 ; 886 ; 893-894 ; 896 ; 940
rétroactivité (du) : 324 et s. ; 650 et s.

Jurisprudence

(voir aussi *Règle jurisprudentielle* ; *Requêtes de jurisprudence*)
formes : 416 et s.
normativité (de la) : 397 et s. ; 748 ; 889

L

Lacunes : 327

Légalité (principe de) : 7 ; 676 et s. ; 695 ; 721 ; 1023 ; 1085 ; 1088

Législation déléguée : 156
(voir aussi *Ordonnances*)

Liberté contractuelle : 302 ; 554 et s. ; 631-632 ; 639 ; 871 ; 1115 ; 1126

Libertés publiques : 520 ; 546 et s.

Licenciement (autorisations de) : 247

Litige (voir aussi *Procès*)

Loi

d'amnistie (voir *Amnistie*)
d'annulation : 169 ; 1061
d'habilitation (voir *Habilitation législative* ; *Législation déléguée*)
de dispense : 185 ; 970-971 ; 1141
de financement de la sécurité sociale : 127
de finances initiale : 119 ; 129 ; 931
de finances rectificative : 123 ; 146 ; 542 ; 1015
de fond : 97 ; 462 ; 475
de forme : 104 ; 460 ; 475
de ratification (voir *Ratification*)
de règlement : 125
de validation (voir *Validation législative*)
individuelle : 970
répressive (voir *Droit public répressif* ; *Infraction*)
- entrée en vigueur (de la) : 827 et s.
(voir aussi *Promulgation* ; *Publication*)
- et contrats : 101 et s. ; 553 et s. ; 963
- loi fiscale : 128 ; 520 ; 538 ; 1010
(voir aussi *Droit fiscal* ; *Impôt*)
interprétation (de) : 509
- loi interprétative : 170 et s. ; 520 ; 775 ; 1043
(voir aussi *Interprétation*)
expresse : 177
faussettement qualifiée : 146 ; 178
implicite : 181
- loi rétroactive : 79 et s.
interprétation stricte (principe d') : 218 ; 503
- loi rétrospective (voir *Rétrospectivité*)

Loi du pays : 841

M

Majoration d'imposition (voir *Impôt*)

Mesures d'application : 611 ; 823 ; 842 ; 849 ; 852 ; 1098 ; 1105

Rétroactivité (des) : 229 ; 256

Mutabilité

de la loi : 548

Mutations domaniales (théorie des) : 1178

N

Non-rétroactivité

- de la loi

directive d'interprétation : 48 ; 505 ; 571-572 ; 613-614

non répressive : 447 et s. ; 488 et s.

répressive plus sévère : 450 et s. ; 514 ; 533

- des actes administratifs (principe général de) : 270 ; 597 et s. ; 913 ; 917 ; 1110 ; 1114 ; 1120-1121 ; 1126

exceptions : 210 et s. ; 1155

inapplicabilité aux contrats administratifs : 304 ; 631-632

Norme juridique : 58 ; 838

à caractère hypothétique et abstrait : 907

à caractère catégorique et concret : 58 ; 910 ; 970

analyse structurale (de la) : 803 ; 901 et s.

Notification : 638 ; 856 ; 877 ; 882 ; 884 ; 978-979

Nullité (*voir aussi* Annulation ; Contrat administratif ; Jugement)

absolue : 275

conception déclarative (de la) : 352 ; 702 ; 714

constat exprès (de la) : 169 ; 312 ; 702

de plein droit : 284

effets (de la) : 312 ; 702 et s. ; 1070 et s.

partielle : 704

relative : 275

O

Observabilité : 815 ; 818-819 ; 831 ; 837 ; 846 ; 894 ; 975

- « rétro-observabilité » : 820

Offres de concours : 310

Opposabilité : 837 ; 853 ; 856 ; 861 ; 866 ; 886

Ordonnances : 156 ; 169 ; 1031 ; 1118

publication : 842

Ordonnancement juridique

affectation

Ordre public : 456 ; 352 ; 526 ; 1008

loi (d') : 101 ; 185 ; 506 ; 552

règles (d') : 304 ; 309 ; 315 ; 614 ; 874 ; 1115

moyen (d') : 198 ; 258 ; 480 ; 482 ; 611 ; 683 ; 702

P

Pension : 425 ; 483 ; 583 ; 586 ; 925 ; 959-961 ; 1108 ; 1154

majoration (de) : 925

Période

de référence : 89 et s. ; 915 et s. ; 958

intermédiaire : 994 et s.

Plein contentieux (*voir* Contentieux)

Police administrative

mesures (de) : 456 ; 1008 ; 1116

des étrangers (*voir* Étranger)

des installations classées (*voir* Installations classées)

spéciale de l'eau : 1116

Pouvoir réglementaire : 159 ; 194 ; 226 ; 248 ; 269 ; 288 ; 602 ; 1098 ; 1104

Précédent obligatoire (interdiction du) : 402

Prescriptions légalement acquises : 534

Primauté

de la règle nouvelle : 1003 et s.

du droit de l'Union européenne (principe de) : 219 ; 570

Principes généraux du droit

- administratif : 597 ; 599 et s. ; 639 ; 748 ; 760

- de l'Union européenne : 560 et s. ; 628 ; 1007

Prix : 917

Procédure contentieuse

règles (de) : 106 ; 414 ; 767-768 ; 778-779 ; 840 ; 939-940 ; 946

- désistement : 775

Procédure administrative non contentieuse

règles (de) : 105 ; 414 ; 430 ; 938 ; 941

Procès

- équitable (droit à un)

(*voir* Droit)

- en cours : 696 ; 698 ; 757 ; 944 ; 1043 ; 1140 ; 1142

ingérence dans les (notion d') : 576 et s.

Profession réglementée : 964

(*voir aussi* Activité)

Promulgation

des lois : 829 et s.

Proportionnalité

(*voir* Contrôle)

Publication :

au Journal Officiel : 822 ; 842

de la loi : 832
du règlement administratif : 841 ; 850 ; 913
de l'acte individuel : 856 ; 978
notion (de) : 832
effets (de la) : 832-833 ; 844
- lien avec l'entrée en vigueur : 819-820

Publicité

- des actes administratifs : 837 ; 840 et s. ; 856 ; 860
- de la décision de justice : 882 et s. ; 894
- formes : 856 ; 882

Puissance publique : 260 ; 524 ; 576 ; 748 ; 1015

Punition : 454 ; 576 ; 610

Q

Question prioritaire de constitutionnalité :

195 et s. ; 465 ; 484 ; 774 ; 1061 ; 1096
(voir aussi Contrôle)

R

Ratification : 147 ; 152 et s. ; 269 ; 1119-11120

des mesures d'exécution du contrat : 306 ; 979
d'une annonce gouvernementale : 1010
effets (de la) : 158 ; 1119
- loi (de)
en matière budgétaire : 124 ; 126 ; 1034
expresse (article 38) : 160 ; 163 ; 1031
implicite (article 38) : 161 ; 1031

Recalculés (affaire des) : 87 ; 242

Recognitif (voir Acte administratif)

Reconstitution de carrière : 238 ; 271 ; 654 ; 1107 et s. ; 1142

Recours (voir aussi Procédure contentieuse ; Régularisation)
délai (de) : 621 ; 623 ; 781 ; 1086
droit (au) : 108 ; 414 ; 510 ; 715 ; 762 ; 767 et s. ; 781-782 ; 927 ; 939-940 ; 1015
formes (du) : 414
introduction (du) : 927

Recours administratifs

spécial : 247 ; 284 ; 1023 ; 1124
hiérarchique : 246 ; 279 ; 284
préalable obligatoire : 108 ; 284 ; 414 ; 576 ; 752-753 ; 939

Recours contentieux : 106 ; 939

(voir aussi Appel ; Cassation ; Contentieux)
en opposition : 375
en tierce opposition : 375-376 ; 1130
en révision : 244 ; 376 ; 1055 ; 1130

Rectification : 297 et s. ; 383 et s. ; 1049 et s. ; 1123

(voir aussi Erratum)

- de l'ordonnance d'expropriation : 384 ; 1053-1054

Redevance : 913 ; 1139

Redressement : 251 et s. ; 1123

Réfection : 271 ; 316 ; 1099 ; 1118

(voir aussi Contrat administratif)

Réformation : 373 et s. ; 1116 et s. ; 1124 ; 1127 et s.

Règle jurisprudentielle

(voir Jurisprudence ; Revirement de jurisprudence)

déficience technique (de la) : 405-407

entrée en vigueur (de la) : 889 et s.

formulation (de la) : 410 et s. ; 889 ; 891

modulation des effets dans le temps (de la) :

744 et s. ; 896 ; 1015

rétroactivité (de la) : 393 et s. ; 425 ; 733 et s. ; 763 ; 1015

Règlement des juges : 367

Régularisation : 136 ; 269 ; 1114

conventionnelle : 315 et s. ; 1115 ; 1126

des requêtes : 371

unilatérale : 271 et s. ; 1125 ; 1155

Réitération : 136 ; 166 ; 273 ; 293 ; 1110 ; 1161□

Rembrement : 666

Renonciation (à la nullité) : 275 et s. ; 1143 et s.

Répétition de l'indu : 221

Répression (voir Contravention de grande voirie ; Droit public répressif ; Sanctions)

Réserve d'interprétation : 202 et s. ; 673

Résolution (voir Contrats administratifs)

Responsabilité : 414 ; 748 ; 773 ; 779 ; 781-782 ; 924

jugement (de) : 337 ; 883

lois relatives à des régimes (de) : 530 ; 924

Rétablissement de la légalité républicaine : 169 ; 283 ; 1011

Retrait : 278 et s. ; 620 et s. ; 981 : 1025 : 1080 ; 1085-1090
(voir aussi Annulation ; Chose jugée)
délai (du) : 621 ; 954
des actes illégaux : 221 ; 621 ; 752 ; 867 ; 1085
des actes légaux : 262 ; 621
formes (du) : 280
par voie de conséquence : 236 ; 1088
pouvoir (de) : 279 ; 284
rétroactivité (du) : 280
théorie (du) : 233

Rétroactivité

apparente : 74 ; 166 ; 273
conceptions (de la) : 18 ; 25
constructive : 1061 ; 1092 et s.
destructive : 1061 et s.
de fait : 130 ; 293
définition : 15 et s. ; 801 et s.
expresse : 86 ; 149 ; 160 ; 163
favorable : 1010 ; 1012 et s.
fonctions (de la) : 993 et s.
implicite : 93 ; 149 ; 161 ; 181 ; 257 ; 306 ; 505 ; 614 ; 979
impropre : 35
in mitius (principe de la) : 110 ; 214 ; 264 ; 466 et s. : 562 ; 589 ; 596 ; 1013
partielle : 948
procédurale : 197 ; 672 ; 757 ; 770 ; 774 ; 783
reconstitutive : 1108 et s.
rectificative : 1050 et s.
tolérée : 210 ; 262
véritable : 35

Rétrospectivité : 36 ; 130 ; 959 ; 1008 ; 1010
de la fonction juridictionnelle : 328 et s. ; 972

Reviement de jurisprudence

(voir aussi Jurisprudence)
identification : 420 et s. ; 890
conséquences : 581 ; 734 et s. ; 776

S

Sanction : 936 ; 946 : 1023

(voir aussi Puniton)
administrative : 99 ; 546 ; 576 ; 610
disciplinaire : 459 ; 472 ; 972 ; 978 ; 1108 ; 1142
fiscale : 460 ; 472 ; 478 ; 932
mixte : 215 ; 449 ; 457 ; 462 ; 475

Sécurité juridique : 5 et s. ; 631 ; 635 ; 656-658 ; 775 ; 995 ; 1009
exigence (de) : 593 ; 674 et s. ; 695 ; 762 ; 1055

principe (de) : 495 ; 498 et s. ; 561 et s. ; 597 ; 628 ; 672 ; 752 ; 760

Sécurité sociale : 456 ; 526 ; 928 ; 1009 ; 1046 ; 1158

Séparation

de la juridiction administrative et de l'administration active (principe de) : 379
des pouvoirs (principe de) : 143 ; 513 ; 538 ; 732

Service public : 634 ; 660 ; 677 ; 692 ; 718 ; 721-722 ; 727 ; 1005 ; 1139 ; 1149 et s.
(voir aussi Continuité)
usager (du) : 634 ; 961

Signature : 850 ; 855 ; 860 ; 872 ; 881 ; 978

Situation

constituée : 584 ; 614 ; 621 ; 867 ; 919 ; 949 ; 959 ; 1002 ; 1086
définitive : 621 : 1086 ; 1089
en cours : 919 ; 945 ; 949
inconstitutionnelle : 542
intéressant les libertés publiques
(voir Libertés publiques)
issue d'un contrat légalement conclu
(voir Contrats administratifs)
légalement acquise : 514 ; 548 et s.
procédurale : 938-941

Stabilité

des relations contractuelles : 514 ; 712 ; 714 ; 721 ; 726
des situations juridiques (prise en compte de la) : 5 ; 625 ; 672 ; 674 et s. ; 711 ; 719 ; 738 ; 1086 ; 1088 ; 1139

Subrogation : 924

Subvention : 285 ; 1047

Substitution

de base légale et de motifs : 370
rétroactive : 248 ; 280 ; 380 ; 1019 et s. ; 1096 ; 1101 ; 1114 ; 1120 ; 1124-1128

Survie de la loi ancienne : 28 et s. ; 101 ; 618 ; 787 ; 964 ; 988 ; 1108

T

Tarif : 634

Taxe professionnelle : 1041

Taxe sur la valeur ajoutée : 538 ; 571

Transposition (des directives) : 220 et s. ; 1007 ; 1105

Travaux préparatoires : 93 ; 150 ; 162 ; 182

Travaux publics

- dommages permanents : 958

Tutelle : 242 ; 284 ; 847 ; 875

U

Union européenne

(voir Cour de justice de l'Union européenne ; Directive ; Droit de l'Union européenne ; Transposition)

Université : 270 ; 348 ; 978 ; 1156

Urbanisme :

- autorisations d'occupation des sols : 657 ; 660 ; 972 ; 1084

- documents d'urbanisme : 660 ; 666
conséquences de l'annulation ou de la
déclaration d'illégalité (des) : 1079 ; 1084

- préemption : 953

- zone d'aménagement concertée
convention d'aménagement : 572

V

Validation législative : 138 et s. ; 516 ; 520-527 ; 530 ; 538 ; 572 ; 578 ; 580 ; 668 ; 678 ; 698 ; 970 ; 982 ; 995 ; 1021 ; 1120 ; 1138 et s. ; 1156

(voir aussi Contrôle ; Intérêt général)

asymétrique : 516

expresse : 149

effets (de la) : 1140

implicite : 149

interprétation stricte (principe d') : 508

préventive : 143 ; 1140

procédés (de) : 145 et s.

rétroactivité (de la) : 140

Vide juridique : 237 ; 260 ; 270 ; 694 ; 1044 ; 1093 et s. ; 1104 ; 1107 ; 1124 ; 1128 ; 1149 ; 1151

Visites domiciliaires : 550

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
<i>Section 1 : Détermination de l'objet de la recherche.....</i>	<i>9</i>
§ 1 : La complexité de l'appréhension théorique de la rétroactivité.....	9
I – Les difficultés de définition de la rétroactivité	10
A/ Les éléments constitutifs du concept de rétroactivité	10
1°) Le critère de séparation entre le passé et le présent.....	11
2°) Le critère de l'efficacité de l'action sur le passé	13
B/ Les contours mouvants de la notion de rétroactivité.....	16
1°) Les différentes conceptions de la rétroactivité	16
2°) Les différentes formes d'action sur le passé.....	22
II – La double nature de la rétroactivité	24
A/ Une technique réelle de retraitement du passé au présent	25
B/ Une technique fictive de substitution du passé	26
§ 2 : La réalité plurielle de la rétroactivité dans le droit public positif.....	29
I – L'hétérogénéité des rapports de la rétroactivité avec les autorités publiques.....	29
II – La diversité des emplois de la rétroactivité par les autorités publiques	33
<i>Section 2 : Délimitation du champ de la recherche</i>	<i>37</i>
§ 1 : La matière de l'étude : la rétroactivité des normes juridiques en droit public français	37
§ 2 : Le domaine de l'étude : le droit public français	40
I – La limitation de l'étude au droit public.....	40
II – La limitation de l'étude au droit public français.....	43
PREMIÈRE PARTIE : LA MANIFESTATION PLURIELLE DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS	47
TITRE I : LES ACTEURS DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC 49	
Chapitre I : La rétroactivité de la loi	53
<i>Section 1 : La rétroactivité de la règle nouvelle prescrite par le législateur.....</i>	<i>55</i>
§ 1 : La rétroactivité ordinaire de la loi.....	55
I – Les formes de rétroactivité de la règle législative	56
A/ La rétroactivité explicite de la loi	57
1°) La fixation dans le passé de la date d'effet de la loi.....	57
2°) La désignation par la loi d'éléments appartenant au passé.....	59
a - La référence à une période passée	59
b - Le renvoi à des événements passés	61
B/ Le problème de la rétroactivité implicite de la loi	62
II – Les catégories de lois rétroactives ordinaires	63
A/ Les lois rétroactives de fond	64
1°) L'action sur le passé des lois de fond.....	64
2°) Le sort particulier réservé aux lois applicables aux contrats en cours.....	67
B/ Les lois rétroactives de forme	71
1°) L'action sur le passé des lois de forme et de procédure	71
2°) Le sort particulier réservé aux lois applicables aux procès en cours	72
§ 2 : La rétroactivité <i>in mitius</i> de la loi en matière répressive	75

I – La signification controversée de la règle de la rétroactivité <i>in mitius</i> de la loi répressive.....	76
II – La rétroactivité de plein droit de la loi répressive plus douce	78
§ 3 : La rétroactivité de la loi en matière financière et fiscale	80
I – La rétroactivité exceptionnelle des lois de finances en matière budgétaire	81
A/ La rétroactivité accidentelle de la loi de finances initiale : les lois de finances particulières.....	83
B/ La rétroactivité marginale des lois de finances de l'exercice.....	84
II – Le problème de la rétroactivité de la loi de finances en matière fiscale.....	88
<i>Section 2 : Les techniques législatives de rétroactivité</i>	<i>93</i>
§ 1 : La confirmation législative	94
I – La validation législative.....	95
A/ L'effet rétroactif des validations législatives.....	96
B/ Les expressions de la rétroactivité de la validation législative	100
1°) Les procédés de validation rétroactive	100
2°) Les formes de rétroactivité de la loi de validation.....	104
II – La ratification législative.....	106
A/ La rétroactivité de la ratification.....	107
B/ Les expressions de la rétroactivité de la ratification législative.....	108
1°) Les procédés de ratification rétroactive.....	108
a - La ratification législative organisée par un texte.....	109
b - La ratification législative en dehors d'un texte	112
2°) Les formes de rétroactivité de la loi de ratification	114
III – La rétroactivité improbable de la réitération législative.....	118
§ 2 : L'annulation législative	119
§ 3 : L'interprétation législative.....	123
I – Le fondement de la rétroactivité de la loi interprétative	124
II – La portée de la rétroactivité de la loi interprétative.....	126
III – Les formes de rétroactivité de l'interprétation législative.....	127
A/ La rétroactivité explicite de la loi interprétative.....	127
B/ La rétroactivité implicite de la loi interprétative.....	130
§ 4 : L'amnistie législative.....	132
<i>Section 3 : Les effets sur le passé du contrôle de constitutionnalité de la loi</i>	<i>136</i>
§ 1 : La rétroactivité de la décision d'inconstitutionnalité de la loi rendue par le Conseil constitutionnel.....	138
I – Une rétroactivité empêchée dans le cadre du contrôle <i>a priori</i>	138
II – Une rétroactivité à géométrie variable dans le cadre du contrôle <i>a posteriori</i>	139
A/ Le principe de la rétroactivité procédurale de la décision d'inconstitutionnalité	142
B/ Le « décloisonnement » exceptionnel de la rétroactivité de la décision d'inconstitutionnalité	146
§ 2 : La rétroactivité de la réserve d'interprétation de la loi émise par le Conseil constitutionnel.....	148
Chapitre II : La rétroactivité de l'acte administratif	155
<i>Section 1 : La rétroactivité de l'acte administratif unilatéral.....</i>	<i>157</i>
§ 1 : La rétroactivité de l'acte administratif fondée sur une règle supérieure.....	158
I – La rétroactivité imposée par la Constitution : la rétroactivité <i>in mitius</i> de la règle administrative.....	159
II – La rétroactivité administrative émanant du droit de l'Union européenne	161
A/ L'autorisation de rétroagir donnée par un acte de l'Union européenne.....	162
B/ La mise en conformité rétroactive du droit national avec le droit de l'Union européenne	163
III – La rétroactivité attribuée par la loi à l'acte administratif.....	168
A/ Les procédés de l'attribution de rétroactivité.....	169
B/ Les formes de l'attribution de rétroactivité.....	171
IV – La rétroactivité administrative procédant de la décision de justice	173
A/ La rétroactivité administrative fondée sur une théorie jurisprudentielle	174

B/ La rétroactivité administrative dérivée de la chose jugée	175
§ 2 : La rétroactivité résultant de l'organisation temporelle de l'action administrative	181
I – La rétroactivité dérivée de la complexité procédurale de l'action administrative	181
A/ La rétroactivité de l'approbation des actes administratifs	182
B/ La rétroactivité résultant de l'aménagement spécial du contrôle de l'autorité administrative	186
1°) Le principe de la substitution rétroactive de la décision de l'autorité saisie d'un recours administratif spécial	186
2°) Le principe du redressement rétroactif de la situation du contribuable par l'administration fiscale dans le cadre de son droit de reprise.....	191
II – La rétroactivité découlant des contraintes temporelles imposées à la réglementation administrative.....	194
A/ La rétroactivité tirée de contraintes temporelles de droit, l'exemple des mesures d'application	195
B/ La rétroactivité issue de contraintes temporelles de fait, l'exemple des campagnes agricoles	198
§ 3 : La rétroactivité tolérée des mesures favorables	201
§ 4 : Les techniques administratives de rétroactivité	203
I – La confirmation administrative.....	204
A/ La rétroactivité exceptionnelle de la régularisation administrative	204
B/ La rétroactivité apparente de la réitération administrative.....	209
C/ La rétroactivité incertaine de la renonciation à la nullité relative du contrat administratif.....	210
II – L'annulation administrative.....	212
A/ Le retrait rétroactif des actes administratifs.....	213
1°) L'effet rétroactif propre au retrait administratif	215
2°) La rétroactivité administrative consécutive à la décision de retrait.....	216
B/ Les autres cas d'annulation administrative	218
III – La condition administrative.....	220
IV – L'interprétation administrative	223
A/ La rétroactivité de droit des actes administratifs interprétatifs	223
B/ La rétroactivité de fait de la doctrine administrative.....	226
§ 5 : La rétroactivité contestable des actes dépourvus d'effet de droit.....	230
I – La rétroactivité reconnue aux seuls actes déclaratifs d'une situation de fait.....	231
II – La rétroactivité réservée aux seuls actes rectificatifs de fond	233
<i>Section 2 : La rétroactivité du contrat administratif.....</i>	<i>239</i>
§ 1 : La rétroactivité du contrat prescrite par les parties.....	240
§ 2 : Les techniques de rétroactivité du contrat administratif.....	243
I – L'annulation du contrat administratif par les parties	243
II – La confirmation du contrat administratif par les parties.....	247
Chapitre III : La rétroactivité de la décision de justice	253
<i>Section 1 : La rétroactivité de la décision juridictionnelle</i>	<i>255</i>
§ 1 : La rétroactivité du jugement	256
I – La rétrospectivité de la fonction juridictionnelle.....	256
II – Une rétroactivité réservée aux jugements déclaratifs	261
A/ Typologie des jugements et application dans le temps.....	261
B/ Le principe de la rétroactivité du jugement déclaratif	262
§ 2 : Les techniques juridictionnelles de rétroactivité.....	266
I – L'annulation juridictionnelle	267
A/ L'annulation de l'acte de droit public prononcée par le juge administratif.....	268
1°) L'annulation juridictionnelle de la décision administrative unilatérale.....	269
2°) Du constat de la nullité du contrat administratif au prononcé de son annulation	271
3°) L'annulation du jugement administratif par la juridiction supérieure	277
B/ L'inexistence de l'acte de droit public établie par le juge administratif.....	279
1°) L'inexistence de la décision administrative.....	280

2°) L'inexistence du jugement	283
II – La confirmation juridictionnelle.....	286
A/ La réformation juridictionnelle.....	288
1°) La réformation rétroactive des jugements	288
2°) La réformation rétroactive des décisions administratives	290
B/ La rectification juridictionnelle.....	299
III – L'interprétation juridictionnelle	303
<i>Section 2 : La rétroactivité de la règle jurisprudentielle</i>	<i>310</i>
§ 1 : La rétroactivité essentielle de la jurisprudence.....	310
I – L'explication : le lien indissociable entre création et application du droit par le juge	311
A/ La normativité de la jurisprudence, condition de l'admission de sa rétroactivité.....	311
1°) L'admission progressive d'un pouvoir normatif jurisprudentiel	311
2°) La déficience persistante du pouvoir normatif jurisprudentiel	319
B/ Le mode particulier de formulation de la règle jurisprudentielle.....	323
II – La conséquence : l'anticipation automatique de l'application de la jurisprudence nouvelle	326
§ 2 : Les expressions de la rétroactivité jurisprudentielle.....	329
I – La rétroactivité indéterminée de la jurisprudence.....	330
A/ La localisation incertaine de la jurisprudence nouvelle.....	330
1°) Les difficultés liées à la formulation de la règle par le juge.....	331
2°) Les difficultés liées à la réception de la règle jurisprudentielle par la doctrine.....	334
B/ L'indétermination du champ d'application temporel de la jurisprudence nouvelle.....	335
II – La rétroactivité indirecte des avis du Conseil d'État rendus sur une question de droit.....	337
A/ La potentialité normative des avis	337
B/ L'application rétroactive des avis	340
III – La rétroactivité aménagée de la jurisprudence	342

TITRE II : LES STATUTS DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC

.....351

Chapitre I : Le statut à géométrie variable de la rétroactivité de la loi .355

Section 1 : Le statut constitutionnel de la rétroactivité de la loi en matière répressive

.....358

§ 1 : L'interdiction de faire rétroagir la loi répressive plus sévère	360
I – La valeur constitutionnelle du principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère	361
II – La portée du principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère en droit public ..	363
A/ La délimitation du champ d'application du principe de non-rétroactivité.....	364
1°) L'identification du caractère répressif de la règle de droit.....	365
2°) La limitation du principe de non-rétroactivité aux règles répressives de fond	370
3°) La détermination du caractère plus sévère de la règle répressive de fond.....	372
B/ L'efficacité limitée du principe de non-rétroactivité de loi répressive plus sévère.....	373
§ 2 : L'obligation de faire rétroagir la loi répressive plus douce	374
I – La valeur du principe de la rétroactivité de la loi répressive plus douce	375
II – La portée du principe de la rétroactivité de la loi répressive plus douce en droit public.....	377
A/ La délimitation du champ d'application du principe de la rétroactivité 'in mitius'.....	378
B/ La mise en œuvre contrariée du principe de la rétroactivité 'in mitius'	382

Section 2 : Les éléments d'un statut jurisprudentiel de la rétroactivité de la loi en dehors de la matière répressive

§ 1 : Le maintien de la liberté du législateur de prescrire la rétroactivité en matière non répressive	388
I – L'absence de valeur constitutionnelle de la prohibition de la rétroactivité de la loi.....	389
II – La constitutionnalisation du principe de non-rétroactivité de la loi repoussée.....	392

A/ Le refus de consacrer en droit interne un principe à valeur constitutionnelle de non-rétroactivité de la loi	392
B/ Le refus de réceptionner les principes du droit européen en tant que principes à valeur constitutionnelle.....	395
§ 2 : L'encadrement stratifié de la rétroactivité prescrite par le législateur en matière non répressive	398
I – Le principe d'interprétation stricte des lois rétroactives.....	399
A/ L'absence de présomption de rétroactivité de la loi	400
B/ La limitation de la portée de la rétroactivité de la loi.....	402
II – L'enrichissement progressif de l'encadrement constitutionnel des lois rétroactives	404
A/ L'évolution des fondements du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives	405
B/ L'élargissement du champ du contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives	411
C/ La multiplication des exigences posées à la constitutionnalité des lois rétroactives	414
1°) L'exigence d'un but d'intérêt général suffisant justifiant la rétroactivité de la loi.....	415
2°) Les bornes constitutionnelles limitant la portée de la rétroactivité de la loi.....	423
a - Les exigences s'adressant spécialement à l'effet rétroactif de la loi.....	423
b - Les exigences s'imposant indifféremment de l'effet rétroactif donné à la loi.....	431
III – L'approfondissement de l'encadrement européen des lois rétroactives.....	441
A/ L'encadrement des lois rétroactives par le droit de l'Union européenne	442
1°) La soumission de la loi rétroactive adoptée en exécution du droit de l'Union européenne aux principes généraux du droit.....	442
a - Le respect du principe de sécurité juridique.....	443
b - Le respect du principe de confiance légitime.....	446
2°) Les limites posées à la loi rétroactive édictée dans une matière régie par le droit de l'Union européenne	449
B/ L'encadrement des lois rétroactives par le droit européen des droits de l'homme	453
1°) La limitation de l'ingérence rétroactive du législateur dans un procès en cours.....	454
2°) La protection contre l'ingérence rétroactive du législateur dans les droits patrimoniaux antérieurement constitués.....	462
3°) La restriction potentielle de la rétroactivité de la loi par d'autres droits conventionnels	467

Chapitre II : Le statut d'exception de la rétroactivité de l'acte administratif

.....**471**

Section 1 : L'interdiction de la rétroactivité de l'acte administratif unilatéral..473

§ 1 : La prohibition générale de la rétroactivité de la décision administrative	474
I – La valeur du principe de non-rétroactivité.....	475
A/ Le fondement du principe de non-rétroactivité.....	475
1°) Les faiblesses de la source écrite du principe de non-rétroactivité.....	475
2°) L'autonomie de la source non écrite du principe de non-rétroactivité des décisions administratives	477
B/ La détermination de la valeur du principe de non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux	479
II – La portée du principe de non-rétroactivité	480
A/ Le principe de non-rétroactivité, condition de validité de la décision administrative	480
B/ Le principe de non-rétroactivité, directive d'interprétation de la décision administrative ..	485
§ 2 : L'encadrement strict de la rétroactivité de la décision administrative	486
I – Le principe d'intangibilité des droits acquis, limite spécifique de la rétroactivité de la décision administrative.....	487
II – L'absence de spécificité des autres limites à la rétroactivité de la décision administrative ..	496

Section 2 : La restriction de la rétroactivité du contrat administratif..... 499

§ 1 : Le cantonnement de la rétroactivité du contrat public aux relations <i>inter partes</i>	501
§ 2 : Les obstacles textuels à la rétroactivité du contrat public.....	503
I – L'obligation de notification préalable de certains contrats.....	503
II – L'obligation de transmission des contrats locaux au contrôle de légalité	505

Chapitre III : Le statut en construction de la rétroactivité de la décision de justice.....509

Section 1 : La maîtrise progressive de la rétroactivité de la décision juridictionnelle

.....	512
§ 1 : L'aménagement de la rétroactivité du jugement dans le contentieux objectif de la légalité.....	515
I – Les tempéraments ponctuels de la rétroactivité du jugement déclaratif, l'exemple des annulations contentieuses.....	517
A/ Les atténuations apportées à la rétroactivité du jugement d'annulation.....	518
1°) La rétroactivité de l'annulation pour excès de pouvoir modérée par la règle du service fait.....	518
2°) Les autres atténuations de l'effet rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir.....	520
B/ Les dérogations faites à la rétroactivité du jugement d'annulation.....	521
1°) La suppression directe de la rétroactivité de l'annulation.....	521
a - Le renoncement à la rétroactivité de l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir.....	521
α) La rétroactivité de l'annulation écartée par la théorie des fonctionnaires de fait.....	522
β) Les dérogations occasionnelles à l'effet rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir..	523
b - Le pouvoir d'abrogation du juge de pleine juridiction dans le contentieux des installations classées.....	524
2°) La suppression indirecte de la rétroactivité de l'annulation.....	525
II – La modulation des effets rétroactifs du jugement déclaratif.....	527
A/ La consécration d'un pouvoir général de modulation dans le temps des effets rétroactifs du jugement.....	527
B/ La mise en œuvre mesurée du pouvoir de modulation dans le temps des effets rétroactifs du jugement.....	533
1°) La rigueur des conditions de l'aménagement temporel de la rétroactivité juridictionnelle.....	534
2°) La souplesse du champ de l'aménagement temporel de la rétroactivité juridictionnelle.....	540
a) Un champ matériel étendu.....	540
b) Un champ temporel variable.....	544
§ 2 : La marginalisation de la rétroactivité du jugement dans le contentieux contractuel.....	551
I – L'absence initiale de tempérament à la rétroactivité du jugement de nullité du contrat.....	552
A/ Les excès de la rétroactivité attachée de plein droit au jugement de nullité du contrat.....	553
B/ Les affaires de la rétroactivité juridictionnelle aggravés par la complexification du contentieux contractuel.....	555
II – La restriction graduelle de la rétroactivité de l'invalidation juridictionnelle du contrat.....	558
A/ Les étapes de la relégation de la rétroactivité du jugement dans le contentieux contractuel.....	559
1°) La limitation des conséquences excessives de la rétroactivité dans le contentieux des actes détachables.....	559
2°) L'encadrement strict de la rétroactivité juridictionnelle dans le cadre des nouvelles voies de recours offertes aux tiers pour contester la validité du contrat.....	561
3°) Une refonte de l'office du juge du contrat privilégiant la non-rétroactivité du jugement dans le cadre des voies de recours préexistantes.....	565
B/ Le statut d'exception de la rétroactivité du jugement d'invalidation du contrat.....	567

*Section 2 : La discipline imposée à la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*573

§ 1 : La rétroactivité incontrôlée de la règle jurisprudentielle.....	575
I – Les maux de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle.....	576
II – L'insuffisance des palliatifs de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle.....	581
§ 2 : La mise en échec de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle.....	585
I – La consécration difficile d'un pouvoir de modulation dans le temps des effets rétroactifs de la jurisprudence.....	587
A/ Un contexte initialement peu favorable à la consécration d'un pouvoir de modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle.....	587
1°) Les objections doctrinales à la modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle.....	587
2°) Les réticences du juge administratif à moduler les effets dans le temps de la règle jurisprudentielle.....	590

B/ Une innovation favorisée par la force d'inertie des évolutions jurisprudentielles précédemment engagées	593
II – La mise en œuvre exceptionnelle du pouvoir de modulation des effets rétroactifs de la règle jurisprudentielle	597
A/ L'organisation incomplète de l'aménagement temporel de la rétroactivité jurisprudentielle	598
1°) Les conditions de l'aménagement temporel de la rétroactivité jurisprudentielle partiellement précisées	598
2°) Les modalités de l'aménagement temporel de la rétroactivité jurisprudentielle	602
a - L'éventualité de l'application aux instances en cours de la règle jurisprudentielle modulée ...	603
b - L'exclusivité du moment de la mise en œuvre de la modulation de la règle jurisprudentielle.	605
B/ Le champ non défini de l'aménagement temporel de la rétroactivité jurisprudentielle	606
1°) Un champ matériel extensible	606
2°) Un champ temporel incertain	609

SECONDE PARTIE : ESSAI DE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS 1

TITRE I : LA NOTION DE RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC ... 621

Chapitre I : La relativité de la notion de rétroactivité 625

Section 1 : La notion d'entrée en vigueur, élément de définition de la rétroactivité 628

§ 1 : La complexité de la notion d'entrée en vigueur.....	629
§ 2 : Le rôle joué par la notion d'entrée en vigueur dans la définition de la rétroactivité	630

Section 2 : La pluralité des régimes d'entrée en vigueur, source de relativité de la rétroactivité..... 636

§ 1 : L'homogénéité du régime d'entrée en vigueur de la loi	636
I – Le processus de mise en vigueur de la loi.....	637
A/ La promulgation de la loi, date de son édicition	637
B/ La publication de la loi, date de son observabilité	640
II – L'applicabilité de la loi, moment de son entrée en vigueur.....	643
§ 2 : L'hétérogénéité des régimes d'entrée en vigueur des actes administratifs	645
I – L'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux.....	648
A/ L'entrée en vigueur du règlement administratif.....	649
1°) L'entrée en vigueur du règlement suspendue à son approbation.....	656
2°) L'entrée en vigueur du règlement conditionnée par sa transmission.....	657
3°) L'entrée en vigueur du règlement réalisée par ses mesures d'application.....	659
B/ L'entrée en vigueur des autres décisions administratives	659
1°) Analyse du processus d'entrée en vigueur de la décision administrative	660
2°) Les difficultés d'analyse de l'entrée en vigueur de la décision administrative créatrice de droits	664
a - Les thèses doctrinales et les données jurisprudentielles	664
b - Essai de solution du problème.....	668
II – L'entrée en vigueur du contrat administratif	672
A/ La conclusion du contrat administratif, date de son observabilité	673
B/ La prise d'effet du contrat administratif, date de son applicabilité	676
1°) L'applicabilité du contrat administratif suspendue à son approbation	676
2°) L'applicabilité du contrat administratif conditionnée par sa transmission	678
3°) La notification, date d'applicabilité imposée à certaines catégories de contrats administratifs ...	679
§ 3 : Les difficultés d'analyse de l'entrée en vigueur de la décision de justice	680
I – Les divers modes d'entrée en vigueur de la décision juridictionnelle	681
A/ L'entrée en vigueur du jugement de condamnation.....	682
B/ L'entrée en vigueur du jugement d'annulation	687
II – Les incertitudes de l'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle.....	690

Chapitre II : Le contenu variable de la notion de rétroactivité 697

Section 1 : La rétroactivité à intensité variable des « normes-règles » 699

§ 1 : Le mode d'action dans le temps de la « norme-règle »	699
§ 2 : Les degrés de rétroactivité de la « norme-règle »	703
I – L'applicabilité anticipée de la règle de droit, révélateur de sa rétroactivité	704
A/ La fixation d'une date d'entrée en vigueur anticipée de la « norme-règle »	704
B/ La désignation dans le présumé de la « norme-règle » d'éléments du passé	707
1°) La désignation d'une période passée dans le présumé de la « norme-règle »	707
2°) La désignation d'actes ou de faits juridiques passés dans le présumé de la « norme-règle » ..	709
II – L'atteinte à une situation constituée, critère d'évaluation du degré de rétroactivité de la règle de droit	711
A/ L'atteinte à une situation constituée en présence de faits instantanés	713
1°) L'atteinte à une situation constituée en l'absence de dispersion de faits	713
a - L'atteinte au fait générateur d'une situation constituée	714
α) L'incidence de la règle nouvelle sur les situations constituées par suite de la réalisation des faits instantanés correspondant à son présumé	714
β) L'incidence de la règle nouvelle sur les situations constituées par suite de la réalisation d'un fait générateur artificiel	718
b - L'atteinte à l'acte juridique déjà édicté	721
α) L'incidence des règles de fond sur le contenu de l'effet de droit concrétisé par l'acte juridique	722
β) L'incidence des règles de forme sur l'acte juridique déjà édicté	724
2°) L'atteinte à une situation constituée en présence d'une dispersion de faits	728
a - L'absence d'atteinte à une situation constituée en présence d'une dispersion de faits	729
b - La rétroactivité partielle de la règle nouvelle malgré l'absence d'atteinte à une situation constituée	731
B/ L'atteinte à une situation constituée en présence de faits durables	732
1°) L'atteinte à une situation juridique issue de faits durables	733
a - Le cas des faits à durée définie	733
b - Le cas des faits à durée indéfinie	736
2°) L'atteinte à une situation constituée en présence d'un effet juridique durable	738
a - L'atteinte à un effet juridique durable attaché à un fait instantané	740
b - L'atteinte à un effet juridique durable attaché à un fait continu	742
α) L'incidence de la loi rétrospective sur les faits continus	742
β) L'incidence de la loi rétrospective sur les actes juridiques en cours d'effet	744

Section 2 : La rétroactivité monovalente des « normes-décisions » 751

§ 1 : Analyse du mode d'action dans le temps de la « norme-décision »	751
§ 2 : L'uniformité de l'action sur le passé de la « norme-décision »	755
I – L'applicabilité anticipée de la « norme-décision », critère unique de sa rétroactivité	756
II – Applications pratiques	756
A/ La rétroactivité de la « norme-décision » résultant de l'attribution d'une date d'effet anticipée	757
B/ La rétroactivité de la « norme-décision » découlant de son objet	760

TITRE II : LES FONCTIONS TRANSVERSALES DE LA RÉTROACTIVITÉ EN DROIT PUBLIC 769

Chapitre I : La fonction d'unification de la rétroactivité 773

Section 1 : La priorité temporelle accordée à l'application du droit nouveau... 775

§ 1 : La primauté conférée à la règle nouvelle sur la règle ancienne	775
I – La prévalence d'un intérêt public supérieur assurée au moyen de la rétroactivité	777
II – L'application du régime plus favorable privilégiée au moyen de la rétroactivité	782
§ 2 : La substitution de la décision nouvelle à la décision ancienne	785

<i>Section 2 : La concordance temporelle du droit applicable (r)établie</i>	<i>790</i>
§ 1 : La cohérence redonnée <i>ratione temporis</i> au droit applicable	790
I – L’unité du régime juridique réalisée au moyen de la rétroactivité	791
A/ L’unité du régime applicable à un acte juridique.....	792
B/ L’unité du régime applicable à un ensemble d’opérations indissociable.....	793
II – L’harmonisation de la signification du droit applicable opérée au moyen de la rétroactivité.....	795
§ 2 : La mise en adéquation du droit applicable avec un état antérieur	799
I – La neutralisation du décalage temporel intervenu dans le déclenchement de l’effet de droit au moyen de la rétroactivité.....	800
II – La rectification des erreurs antérieurement commises au moyen de la rétroactivité.....	803

Chapitre II : La fonction de correction de la rétroactivité811

<i>Section 1 : L’irrégularité effacée par le retour au droit antérieur.....</i>	<i>813</i>
§ 1 : Le rétablissement du <i>statu quo ante</i> obtenu par l’anéantissement rétroactif des effets de l’acte irrégulier.....	815
I – L’annihilation rétroactive des effets de l’acte irrégulier.....	815
A/ La rétroactivité destructive des annulations prononcées par le juge administratif.....	816
1°) L’annihilation des effets de l’acte administratif irrégulier	816
2°) L’anéantissement des effets du contrat administratif irrégulier	819
3°) L’éradication des effets du jugement irrégulier.....	821
B/ La rétroactivité destructive des annulations décidées par l’autorité administrative.....	822
II – La remise en vigueur éventuelle du droit antérieur à l’acte irrégulier.....	824
§ 2 : Le rétablissement du <i>statu quo ante</i> parachevé par la destruction rétroactive des actes-conséquences de l’acte irrégulier	829
I – La rétroactivité destructive en conséquence d’un jugement d’annulation.....	830
A/ La rétroactivité destructive des annulations par voie de conséquence prononcées par le juge administratif.....	830
B/ La rétroactivité destructive des annulations prononcées par l’autorité administrative en exécution de la chose jugée	832
II – La rétroactivité destructive en conséquence d’un retrait administratif.....	835
<i>Section 2 : L’irrégularité réparée par la reconstruction du droit intermédiaire</i> 838	
§ 1 : Le rétablissement rétroactif de la régularité du droit intermédiaire.....	839
I – Le comblement rétroactif du vide juridique constitutif d’une illégalité	839
A/ Le comblement d’un vide juridique résultant de l’annulation d’un acte irrégulier.....	840
B/ Le comblement d’un vide juridique né de la carence de l’autorité normative	844
II – La reconstitution rétroactive d’une situation juridique en réparation de l’illégalité.....	846
§ 2 : Le redressement rétroactif de l’irrégularité du droit initial.....	850
I – La correction rétroactive de l’illégalité de l’acte initial.....	851
A/ La correction rétroactive du contrat vicié.....	853
B/ La correction rétroactive de l’acte administratif irrégulier	854
II – La réfection rétroactive de la légalité de la situation juridique initiale	855
A/ La réfection rétroactive résultant de la loi confirmative.....	856
B/ La réfection rétroactive opérée par l’autorité administrative.....	858
C/ La réfection rétroactive découlant de la réformation juridictionnelle.....	861

Chapitre III : La fonction de stabilisation de la rétroactivité867

<i>Section 1 : La consolidation du droit antérieur pour la période intermédiaire..</i>	<i>869</i>
§ 1 : La consolidation de la situation juridique par la neutralisation de l’illégalité pour le passé.....	869
I – Le maintien des effets de l’acte irrégulier par neutralisation du vice	870
II – Le maintien de la situation juridique antérieure par l’oubli de son caractère délictueux	874

§ 2 : La consolidation de la situation juridique par le renoncement à la sanction de l'illégalité pour le passé	876
<i>Section 2 : La continuité du droit antérieur garantie pour la période intermédiaire</i>	879
§ 1 : La continuité de l'action des autorités publiques maintenue au moyen de la rétroactivité	880
I – Le fonctionnement continu d'un service public préservé au moyen de la rétroactivité.....	880
II – La continuité de la carrière du fonctionnaire rétablie par la rétroactivité.....	885
§ 2 : La pérennisation du droit antérieur assurée au moyen de la rétroactivité.....	888
CONCLUSION GÉNÉRALE	897
BIBLIOGRAPHIE	901
<i>I / Ouvrages généraux.....</i>	<i>901</i>
a. Droit public	901
b. Droit privé	904
<i>II / Ouvrages spécialisés.....</i>	<i>905</i>
<i>III / Dictionnaires, répertoires et juristes.....</i>	<i>907</i>
<i>IV / Thèses et mémoires</i>	<i>909</i>
a. Droit public	909
b. Droit privé	915
<i>V / Actes de colloques</i>	<i>916</i>
<i>VI / Rapports, études.....</i>	<i>917</i>
<i>VII / Articles.....</i>	<i>918</i>
<i>VIII / Chroniques</i>	<i>943</i>
<i>IX / Notes de jurisprudence</i>	<i>946</i>
a. Conseil constitutionnel.....	946
b. Juridictions administratives.....	947
c. Juridictions judiciaires.....	949
<i>X / Conclusions</i>	<i>950</i>
a. Juridictions administratives.....	950
b. Cour de Justice de l'Union européenne	957
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	959
TABLE DES MATIÈRES	969

La rétroactivité en droit public français :

Phénomène répandu, mais mal connu, la rétroactivité consiste à retraiter au présent les effets de droit produits dans le passé.

Alors même qu'elle porte atteinte aux situations antérieurement constituées, la rétroactivité connaît des applications nombreuses et disparates en droit public. L'utilisation qu'en font le législateur, l'autorité administrative et le juge obéit à une logique propre à chacun d'eux. Cette disparité se traduit à la fois dans les mécanismes mis en œuvre et dans les contraintes qui pèsent respectivement sur les acteurs de la rétroactivité.

Le polymorphisme du phénomène n'empêche pas de réaliser une théorie générale de la rétroactivité. La notion de rétroactivité, ainsi que la fonction qu'elle est appelée à remplir au sein de l'ordre juridique, présentent une cohérence suffisante pour faire l'objet d'une analyse unitaire. D'abord, la rétroactivité se définit comme l'opération par laquelle l'entrée en vigueur de la norme juridique est anticipée dans le temps. L'action dans le temps des normes juridiques étant fonction de leur structure logique, cette dernière est également un élément constitutif de la notion de rétroactivité.

Ensuite, la rétroactivité offre un cadre normatif au sein duquel les effets de droit produits dans le passé vont être retraités en vue d'obtenir un résultat déterminé. La rétroactivité permet à l'autorité publique de réaliser plusieurs opérations normatives sur le passé de l'ordonnement juridique au cours d'une période déterminée, dite « période intermédiaire ». Ainsi comprise, la rétroactivité assure une triple fonction d'unification, de correction et de stabilisation des effets survenus au cours de cette période intermédiaire.

Retroactivity in French public law

Spread phenomenon, but not well known, retroactivity consists in reprocessing at the present legal effects, which have occurred in the past.

While at the same time it undermines the situations previously set up, retroactivity knows many and disparate applications in public law. The use that the legislator, the administrative authority and the judge make of it obeys a logic that is peculiar to each one of them. This disparity is conveyed both in the mechanisms implemented and the constraints weighing respectively on the actors of retroactivity.

The polymorphism of the phenomenon does not prevent from carrying out a general theory of retroactivity. Concept of retroactivity, as well as the function which it carries out within the legal order, present a sufficient coherence to be the subject of a common analysis.

First, retroactivity can be defined as the operation by which the entry into force of legal norms is anticipated in time. The action in time of the legal norms being related to their logical structure, the latter is also a component of the concept of retroactivity.

Second, retroactivity offers a normative framework in which legal effects, which occurred in the past, will be reprocessed in order to obtain a given result. Retroactivity makes it possible for the public authority to carry out several normative operations on the past of the legal order during one determined period, called "intermediate period". Thus understood, retroactivity ensures a triple function of unification, correction and stabilization of the legal effects which have occurred during this intermediate period.

Mots-clés : Droit transitoire ; Entrée en vigueur ; (Non-)rétroactivité ; Effet immédiat ; Modulation des effets dans le temps de la décision de justice ; Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois ; Office du juge administratif ; Sécurité juridique.

Discipline : Droit public