

Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense
Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques

THÈSE DE DOCTORAT EN DROIT

(Régime de l'arrêté ministériel du 8 août 2006 relative à la formation doctorale)

**LE DROIT ADMINISTRATIF FACE
AU PRINCIPE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE**

Présentée et soutenue publiquement le 3 Juillet 2015 par

Brahim DALIL

Préparée sous la direction du **Professeur Pierre BRUNET**

Membres du jury :

Madame Jacqueline MORAND-DEVILLER,
Professeur émérite à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
rapporteur

Monsieur Jean-Jacques SUEUR,
Professeur émérite à l'université de Toulon, rapporteur

Monsieur Laurent VIDAL,
Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Monsieur Pierre BRUNET,
Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre, Directeur de la thèse

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer toute ma gratitude à Monsieur le Professeur Pierre BRUNET pour la confiance qu'il m'a témoignée en acceptant de diriger mes recherches. Son soutien, sa disponibilité, ses encouragements, son sens critique et sa grande rigueur intellectuelle sont pour beaucoup dans l'achèvement de ce travail.

Je remercie également ma mère BOUQDIR et mon épouse GHYZLANE pour leur soutien indéfectible, leurs sacrifices et leur amour.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité Juridique du Droit Administratif
al.	Alinéa
APD	Archives de philosophie du Droit
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Avis	Avis du Conseil d'Etat
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de Cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CDE	Cahiers de droit européen
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz- Revue juridique de l'économie publique
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Conv. EDH	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés
D.	Dalloz
DA	Droit administratif
Ed.	Edition
EDCE	Études et documents du Conseil d'Etat
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	La gazette du Palais
LPA	Les petites affiches
Mel.	Mélanges
N°	Numéro
Op. cit.	Ouvrage cité
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
RDP	Revue de droit public
Rec. Leb.	Recueil Lebon

RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RRJ	Revue de la recherche juridique, droit prospectif

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : De la sécurité légale à la sécurité juridique.

TITRE 1 : La sécurité par la légalité. Une sécurité juridique objective.

CHAPITRE 1 : La sécurité juridique objective et la légalité, l'histoire d'une complémentarité.

CHAPITRE 2 : La sécurité juridique objective et la légalité ; le temps de la contradiction.

TITRE 2 : La sécurité juridique du Droit.

CHAPITRE 1 : La sécurité juridique ; une notion en débat.

CHAPITRE 2 : La consécration d'un principe de sécurité juridique.

DEUXIEME PARTIE : Une consécration qui en cache une autre, l'adoption de la confiance légitime.

TITRE 1 : Le principe de sécurité juridique ; une naturalisation de la confiance légitime.

CHAPITRE 1 : Le principe de sécurité juridique ; stade ultime d'intégration de la confiance légitime en droit administratif français.

CHAPITRE 2 : Le principe de sécurité juridique ; une source de subjectivisation du droit administratif français.

TITRE 2 : Le juge administratif à l'épreuve du principe de sécurité juridique.

CHAPITRE 1 : Le principe de sécurité juridique ; une subjectivisation du contentieux administratif.

CHAPITRE 2 : La jurisprudence administrative à l'épreuve du principe de sécurité juridique.

INTRODUCTION

Le droit administratif français ne connaissait pas la sécurité juridique, et il n'y a rien de choquant, ni honteux à ce qu'il en était ainsi. En effet, dans tout système juridique démocratique, il va de soi que la fonction première du Droit demeure la sécurité juridique des citoyens. Toutefois, l'idée de la protection de la sécurité juridique des justiciables n'était pas totalement inconnue de notre droit. Ainsi, Roger Bonnard a pu écrire que le principe selon lequel : « les effets individuels produits par les actes juridiques sont intangibles est un des principes fondamentaux des droits modernes. Il est, en effet, nécessaire pour assurer la sécurité juridique, qui est chose indispensable pour le bon fonctionnement du commerce juridique¹ ». L'expression est reprise par Benoît Jeanneau dans un chapitre qu'il intitule ; Les principes généraux du droit et la sécurité du commerce juridique, celui-ci écrit : « Plusieurs principes généraux du droit se rattachent à l'idée qu'une certaine sécurité est indispensable dans les rapports juridiques² ».

Il s'agit d'une sécurité juridique par le droit, chère à Jeremy Bentham³ et théorisée par Hans Kelsen, pour qui, seul un système où la production de la norme juridique relève d'un organe central unique, pourrait assurer une sécurité juridique. En effet, il écrit : « Dans le premier de ces types (systèmes juridiques), la création de normes juridiques générales est complètement centralisée, c'est-à-dire réservée à un organe de législation central ; et les tribunaux ont pour seule fonction de poser des normes individuelles qui font application aux cas litigieux concrets des normes générales créées par l'organe législatif [...] Il présente l'inconvénient de manquer de flexibilité. En revanche, de ce fait même, il présente l'avantage de la sécurité juridique, qui consiste en ceci que les décisions des tribunaux sont jusqu'à un certain point susceptible d'être prévues, et d'être escomptées de telle façon que les sujets du droit peuvent orienter leur conduite d'après les décisions juridictionnelles prévisibles [...] il

¹ R. Bonnard, Précis de droit administratif, LGDJ 3^{ème} édition, 1940 p. 114.

² B. Jeanneau, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative. Editions du recueil Sirey 1954, p. 92.

³ En effet, J. Bentham est qualifié par C. Schmitt tout à tour du représentant le plus radicale de la sécurité de la loi, et de fanatique de la sécurité positiviste de la loi. C. Schmitt, Les trois types de pensée juridique. PUF coll. Droit éthique société, 1995, p. 88.

(ce système) représente le principe de l'Etat de droit, qui est pour l'essentiel le principe de la sécurité juridique⁴ ».

Paul Roubier, pour sa part, la considère comme la première valeur sociale du droit. L'auteur écrit : « Celui qui entreprend l'étude du droit ne peut manquer d'être frappé par la divergence énorme qui existe entre les jurisconsultes sur la définition, le fondement ou le but du droit [...] Comment expliquer un pareil désaccord sur les notions les plus élémentaires ? Tel est le thème des recherches contenues dans le présent livre. Sans vouloir anticiper sur ses conclusions, il nous semble nécessaire d'indiquer dès maintenant que la solution du problème peut être fournie par la philosophie moderne des valeurs. Le droit s'est proposé successivement plusieurs objectifs ; il a cherché à saisir l'une après l'autre plusieurs valeurs sociales, la sécurité juridique, la justice, le progrès social⁵ ». Plus loin, Paul Roubier rajoute que : « En étudiant l'aspect extérieur des règles de droit, nous avons reconnu l'existence d'une première valeur, qui est la sécurité juridique, laquelle commande toute une série de conséquence avantageuse à la société (autorité, paix, ordre)⁶ ». Dans le même sens, Monsieur J-L. Bergel écrit : « Si le droit doit promouvoir toutes les formes de justice pour être acceptable, il ne saurait méconnaître une finalité de sécurité juridique qui inhérente à sa définition. A défaut, ce ne serait qu'un château de cartes, toujours prêt à s'écrouler. Il ne remplirait alors ni sa fonction de protection des individus et de la société, ni sa fonction d'organisation des rapports humains et sociaux. Nul ne pourrait rien prévoir. Tout ne serait bâti que sur des sables mouvants. Le droit ne conférerait aucune garantie à ses destinataires⁷ »

A force de renforcer la légalité, elle a fini par devenir complexe et source d'insécurité juridique. Georges Ripert a pu écrire : « L'insécurité dont je veux parler est d'une autre nature. C'est celle qui naît du régime même de la loi lorsqu'il est mal établi. C'est pourquoi je la dénomme insécurité juridique. Elle peut paraître moins dangereuse que l'insécurité de fait, elle est en réalité plus grave, car elle détruit l'autorité et insidieusement conduit un pays à l'anarchie [...] Le règne de la loi ne peut être assuré que par le respect des principes nécessaires au régime légal.

⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (traduit par Ch. Eisenmann), LGDJ Bruylant coll. La pensée juridique. 1999 p. 250.

⁵ P. Roubier, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. Dalloz 2005, p. 2.

⁶ P. Roubier, *op. cit.* p. 318.

⁷ J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*. Dalloz, coll. Méthode du droit, 2012 p. 42.

L'insécurité juridique naît de leur violation constante⁸ ». Le doyen Carbonnier dresse le même constat en ces termes : « Au siècle dernier, le droit pouvait s'enseigner comme un enchaînement de certitudes. Il y avait peu de lois, et qui ne changeaient guère. S'il y en avait, on les respectait ; s'il en manquait, on n'en réclamait pas. Les réactions jurisprudentielles étaient lentes et très étudiées [...] Aujourd'hui, que subsiste-t-il de cette ordonnance ? Le doute s'est introduit partout. A l'incertitude des sources s'ajoute celle des idées⁹ ».

La référence à la notion de sécurité juridique est commune à la majorité des juristes qui se sont penchés sur le sujet de la complexité de la norme juridique. Toutefois, la réflexion ne porte que rarement sur sa définition. Classiquement, la doctrine distingue la sécurité par le droit de la sécurité du droit¹⁰. Ainsi, la sécurité par le droit est la conception classique de la sécurité juridique où la norme juridique est destinée à protéger l'individu contre l'arbitraire des autorités publiques. En effet, dès qu'un domaine est régi par un régime juridique, cela suffit à procurer une sécurité juridique. En revanche, dans sa conception moderne, il ne suffit pas qu'une norme juridique existe, encore faut-il qu'elle soit accessible, stable et claire.

Monsieur J-L Bergel adopte une autre distinction de la sécurité juridique. Il distingue, d'une part, la sécurité juridique des sources de droit, et d'autre part, la sécurité juridique des droits et des situations individuelles. La première serait objective, alors que la seconde est subjective. Il écrit : « La sécurité juridique objective, celle du droit et de ses sources, est menacée par la prolifération désordonnée des textes, l'instabilité croissante des règles et la dégradation de la qualité de la loi [...] Quant à la sécurité juridique subjective, celles des droits des personnes juridiques, des parties et des tiers, le droit positif comporte déjà, dans la plupart des systèmes, des mécanismes qui en permettent la protection¹¹ ».

⁸ G. Ripert, *Le déclin du droit, étude sur la législation contemporaine*. LGDJ 1949, p. 155 et s.

⁹ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ 1992, 7^e édition, p. 167. L'auteur rajoute plus loin : « A bien des égards, le désarroi juridique de notre temps procède d'un changement dans l'orientation idéologique du droit. L'événement est notoire : au droit libéral et individualiste que nous avons hérité du XIX^e siècle se substitue, de plus en plus, un droit socialisant et réglementaire. N'est-ce pas une révolution ? » p. 170.

¹⁰ Ainsi, par exemple, Madame Valembos distingue une conception classique de la sécurité juridique d'une conception moderne, la première est la sécurité par le droit, alors que la seconde serait la sécurité du droit lui-même. A-L Valembos, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ 2005 pp. 4-8.

¹¹ J-L Bergel, *op. cit.* p. 43.

Il ressort de toutes les études qui sont relatives à la sécurité juridique que celle-ci s'articule autour de deux éléments : l'accessibilité et la stabilité de la norme juridique. Le premier élément signifie qu'une norme doit être de qualité, claire et dépourvue de toute complexité, autrement-dit, pour respecter la sécurité juridique, une norme doit être matériellement et intellectuellement accessible aux communs des justiciables. Le second élément traite de la qualité de la norme dans le temps, en effet, la sécurité juridique ne rime pas avec normes figées insusceptibles d'être changées, mais ne signifie pas non plus que le changement continu et répétitif de la norme juridique. La sécurité juridique dans le temps signifie que le justiciable a le droit à une norme juridique stable qui conforte sa situation juridique, néanmoins, de la stabilité dérive un corollaire, qui est la prévisibilité du changement. En effet, à partir du moment que le justiciable a été mis en mesure d'anticiper et de prévoir le changement, il ne peut y avoir atteinte à la stabilité de sa situation juridique et ses attentes.

En droit administratif français, la sécurité juridique par le droit s'est manifestée à travers l'application et l'élargissement du principe de la soumission de l'action administrative au principe de légalité. Il s'agissait, en effet, d'une sécurité juridique objective fidèle à la conception classique de notre droit administratif. Ce n'est que devant l'incapacité de cette sécurité juridique objective a joué pleinement son rôle que, doctrine, jurisprudence et politique, se sont tournés vers le droit comparé pour s'en inspirer. Bien évidemment, le droit allemand, à travers le principe de la protection de la confiance légitime, présentait le moyen le plus efficace et le plus sérieux pour combler les lacunes de la sécurité objective. En effet, depuis son arrêt KPMG, le Conseil d'Etat a consacré un principe de sécurité juridique qui n'est rien d'autre que l'intégration du principe allemand de protection de la confiance légitime en droit administratif français. Bien entendu, toute la doctrine n'est pas de cet avis, par orgueil ou par conviction, la majorité des juristes qui ont étudié la question a aboutis à la conclusion qu'il y a une incompatibilité entre, d'une part, le droit administratif français de tradition objective, et d'autre part, le principe de protection de la confiance légitime issu du droit allemand de tradition subjective. Tout au long de notre travail, nous allons montrer que, d'une part, notre droit administratif n'a pas été toujours de conception objective, et d'autre part, la protection de la confiance légitime existait bel et bien avant la consécration d'un principe de sécurité juridique.

La sécurité juridique subjective joue le rôle d'un bouclier contre les imperfections de la légalité, voir contre ses excès. Bien entendu, on peut se demander si les deux composantes de la sécurité juridique peuvent être complémentaires. La réponse est affirmative. En effet, la sécurité juridique objective ne constitue qu'une partie de la légalité et n'a pas vocation à la dominer. Ainsi, font partie de la sécurité juridique objective toutes les catégories juridiques de la légalité destinées à la protéger (non-rétroactivité, retrait, publicité, délai...), d'autres catégories juridiques de la légalité, en revanche, n'ont aucun lien avec la sécurité juridique. La sécurité juridique subjective, par contre, joue le rôle du correcteur des effets pervers de la légalité au cas par cas.

Une fois la question de la distinction de la sécurité juridique objective et de la sécurité juridique subjective résolue, demeure la question de savoir pourquoi spécialement la sécurité juridique. En effet, s'agissant d'une institution juridique destinée à corriger les imperfections et les excès du droit administratif, pourquoi ne pas privilégier le principe de bonne administration ou encore l'équité ?

Le principe de sécurité juridique et le principe de bonne administration :

Il peut être tentant de conclure à une certaine équivalence entre ces deux principes. On peut même se poser la question de savoir si la jurisprudence issue de l'arrêt KPMG relève plus de la sécurité juridique ou de la bonne administration. Si les deux principes sont distincts, il arrive, que sur leur fondement, le juge peut rendre des décisions identiques. En effet, il y a sûrement coïncidence entre la sécurité juridique et les impératifs de bonne administration qui découlent de la soumission de l'administration au droit. Un rapprochement des deux principes qui résulte du fait que ceux-ci dérivent de la même source à savoir ; l'Etat de droit. Cela découle également du fait qu'il s'agit de deux notions attractives aux contours flous.

Toutefois, s'il arrive que des mesures prises au nom d'une bonne administration soient respectueuses des considérations liées à la sécurité juridique, il peut arriver aussi que le principe de bonne administration produit des effets contraires à la sécurité juridique, ou dépourvues de tout lien avec celle-ci. En effet, le développement des procédés tels que les consultations, les enquêtes publiques, le

traitement équitable, impartial et motivé des administrés, le libre accès aux dossiers administratifs ou encore l'exigence de délai raisonnable pour le traitement, sont autant de catégories juridiques qui se rattachent au principe de bonne administration mais en même temps renforcent la sécurité juridiques des administrés. Mais, il arrive également que pour des considérations de bonne administration, cette même sécurité juridique soit altérée. Il en est ainsi lorsque pour des considérations de gouvernance liées à la bonne administration, on supprime des services, voire même des collectivités, ce qui n'est pas sans porter atteinte à une certaine idée d'une administration de proximité, elle-même source d'une certaine sécurité juridique des administrés. Enfin, il y a ce que Madame E. Chevalier appelle les principes managériaux¹² qui, bien que découlant du principe de bonne administration ne présente aucun lien avec la sécurité juridique, il en est ainsi des mesures prises au nom de l'efficacité et la performance, la rationalisation des choix budgétaires, généralisation de l'exigence de qualité et de certification ou encore les systèmes d'évaluation.

Il ressort de tout ce qui précède, que le principe de sécurité juridique et celui de bonne administration n'entretiennent que des relations minimales et, de fait, chaque principe dispose de son domaine autonome. L'un comme l'autre, il s'agit de principes qui caractérisent un droit administratif post-moderne. Madame E. Chevalier, en revanche, bien qu'elle précise que le rapprochement entre le principe de sécurité juridique et celui de bonne administration soit discutable, elle en pense autrement en ce qui concerne le principe de protection de la confiance légitime. En effet, elle écrit que la portée générale du principe de sécurité juridique : « confirme la pertinence du rattachement de la confiance légitime à la bonne administration¹³ ». L'opinion de Madame E. Chevalier est loin d'être isolée, en effet, il en va de même en droit positif belge, celui-ci considère que la sécurité juridique fait partie du grand principe de bonne administration. C'est ce qui ressort des conclusions du Premier avocat général Leclercq sous un arrêt de la Cour de Cassation belge du 3 juin 2002 : « Les principes de bonne administration qui s'imposent à l'administration des Finances, comportent le droit à la sécurité juridique. Ce droit implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme une règle

¹² E. Chevalier, *Bonne administration et Union européenne*. Bruylant Coll. Droit administratif, 2014, p. 85.

¹³ E. Chevalier, *op. cit.* p. 251.

fixe de conduite et d'administration et en vertu duquel les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans son chef¹⁴ ». Pour sa part, Monsieur V. Sepulchre note : « l'émergence en droit fiscal des principes de bonne administration, spécialement les principes de sécurité juridique et de la confiance légitime depuis l'arrêt de la Cour de Cassation belge du 27 mars 1992. Cet arrêt a, en effet, affirmé que les principes généraux de bonne administration comportent le droit à la sécurité juridique et s'imposent aussi à l'administration des finances, ce droit implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance aux services publics et compter que ceux-ci observent des règles et suivront une politique bien établie qu'ils ne sauraient concevoir autrement¹⁵ » Toutefois, une autre partie de la doctrine belge considère que le principe de sécurité juridique découle de l'Etat de droit. Il s'agit, notamment, de Monsieur Popelier qui estime que le principe de sécurité juridique est : « un principe juridique découlant de l'Etat de droit, d'après lequel le droit objectif doit permettre à toute personne de régler son comportement et d'en prévoir, dans une mesure raisonnable, les conséquences juridiques, et d'après lequel toute personne doit pouvoir avoir confiance que des croyances légitimes, inspirées par le droit objectif ou par ce qui peut raisonnablement être considéré comme droit objectif, sont honorées¹⁶ ».

La sécurité juridique et l'équité :

La notion d'équité n'est pas une notion juridique, en effet, ce n'est pas du droit, il s'agirait plutôt de la correction des erreurs que l'application du droit peut commettre¹⁷. Ainsi, Marcel Porte a pu écrire que : « La notion d'équité, notion de droit idéal, se précise ainsi en celle d'utilité sociale. Seulement, cette utilité sociale, une foule d'influence, auxquelles nous ne pouvons-nous dérober, nous empêchent d'en saisir nettement toute la portée ; ce sont [...] les préjugés. Nous arrivons alors à cette conclusion que l'équité c'est l'utilité sociale considérée à travers nos préjugés¹⁸ ».

¹⁴ Cour de Cassation de Belgique, Rapport annuel 2002 : Les principes généraux du droit, p. 132.

¹⁵ V. Sepulchre, Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal. Larcier 2005 p. 55.

¹⁶ P. Popelier, Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving, antvers, Intersentia, 1997, p. 175-176. (Cité par Bruno Peeters, La relation entre le principe de sécurité juridique et le principe de l'égalité: un processus d'Echternach ?) Article en accès libre sur le web.

¹⁷ Intervention d'Y. Gaudemet aux entretiens du Médiateur de la République.

¹⁸ M. Porte, La jurisprudence et l'équité. Grenoble 1899, p. 14.

Dire que le juge statue en équité sous-entend une interprétation prétorienne qui se libère de l'application rigoureuse du droit pour se fonder sur un idéal. Il en est ainsi de l'analyse de Madame Majza, en effet, celle-ci considère que : « La technique de l'équité comme mode de rééquilibrage vers un juste milieu [...] est en parfaite adéquation avec l'évaluation faite par les pouvoirs publics en vue d'atténuer les inégalités sociales, économiques et locales, et de maintenir une solidarité nationale. Mais, la notion d'équité demeure toujours très fluctuante, liée à l'évolution de la société et des lois qui la dirige [...] elle n'est pas une notion juridique, mais éthique, elle ne saurait donc constituer une source autonome du droit et ne saurait donc constituer une source autonome du droit et ne saurait être analysée en dehors des normes du droit positif¹⁹ ».

De tout ce qui précède, nous pouvons affirmer que la sécurité juridique et l'équité se rapprochent en ce qu'il s'agit de notions correctrices des erreurs du droit. Cependant, juger la sécurité juridique d'une règle de droit n'est pas forcément juger son équité, l'apport de la sécurité juridique est de transformer des questions d'équité en droit. En effet, la sécurité juridique s'applique à l'insuffisance du droit, alors que l'équité joue même lorsque le droit est absent. Monsieur Rouvillois écrit : « ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de générale, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude²⁰ ». Et de rajouter plus loin « Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité²¹ ».

Pour sa part, Madame S. Calmes estime que la protection de la confiance légitime, et derrière elle la sécurité juridique, est un abandon du terrain du droit pour glisser vers le domaine de l'équité²². Une opinion qui prolonge celle de Monsieur Cintura, celui-ci estime que : « La doctrine récente estime que le juge administratif, qui est le conciliateur de l'intérêt public et de l'intérêt privé, entre ces deux ordres d'exigences auxquelles il doit une égale sollicitude se doit de reconnaître à chacun la part qui lui

¹⁹ B. Majza, *Equité et droits fondamentaux*. CRDF n°1, 2002, p. 88.

²⁰ F. Rouvillois, *Le droit*. Flammarion 1999, p. 48.

²¹ idem

²² S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*. Dalloz 2001 p. 36.

revient de par la justice naturelle. C'est pourquoi le droit spécial de l'activité administrative a été amené à prendre constamment le caractère qui marque et définit une telle conception : l'équité. L'essence du droit administratif est de constituer un droit d'équité, capable de se dégager de la rigidité des textes de droit public et du droit privé²³ ».

La sécurité juridique, ou les habits neufs d'un droit administratif post-moderne.

L'intérêt soudain des pouvoirs publics pour la sécurité juridique des citoyens est symptomatique de la crise de légitimité que traverse l'Etat en général, et le droit administratif en particulier. Les raisons sociologiques de la crise du lien de légitimité entre administration et administré ont fait l'objet de nombreuses études, nous allons nous baser sur les travaux de deux grands professeurs. D'une part, les travaux de Monsieur P. Rosanvallon, notamment ses cours au Collège de France, et d'autre part, ceux de Monsieur J. Chevallier.

Monsieur Pierre Rosanvallon avait développé la théorie de la crise de la légitimité démocratique. En effet, il explique que la France révolutionnaire voulait en finir avec tout pouvoir administratif, et que : « la hantise des hommes de 1789 était que le monde des bureaux s'érige en pouvoir propre. Toute structure intermédiaire perturbant le face-à-face de la nation et de ses représentants élus était alors à priori suspectée de faire obstacle à l'expression de la volonté nationale²⁴ ». Toutefois, l'idée révolutionnaire s'est progressivement pervertie à cause du clientélisme et du favoritisme qui caractérisaient la distribution des postes publics, ce qui a contribué à ébranler le prestige parlementaire. Ainsi, l'auteur écrit : « Cette vision des rapports entre administration et politique va se trouver profondément modifiée à la fin du 19^{ème} siècle [...] L'Etat a d'abord fortement augmenté son volume, rendant du même coup plus centrale la question de son efficacité. Le Parlement, surtout, a largement perdu son prestige [...] il a fini par symboliser la perversion des idéaux d'origine [...] La justification de la soumission de l'administration à la politique s'en est trouvée du même coup singulièrement affaiblie²⁵ ». Cet état de fait a débouché sur l'émergence d'un jacobin d'excellence comme une alternative de légitimité démocratique. En effet, désintéressement et compétence sont les deux qualités de ces jacobins

²³ P. Cintura, L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif. RIDC 1972, n° 3, p. 676.

²⁴ P. Rosanvallon, La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité. Editions du seuil 2008, p. 60.

²⁵ Idem, p. 64.

d'excellence, ce qui en fait les nouveaux dépositaires de la légitimité démocratique au même titre que le politique.

Néanmoins, avec la mondialisation du modèle capitaliste, la donne étatique a changé, et avec elle les fondements de sa légitimité. Ainsi, est apparue une légitimité d'impartialité matérialisée par des organes neutres dont le rôle est de départager l'administration et l'administré. Monsieur Rosanvallon écrit : « le statut des autorités indépendantes, des magistratures ou des tiers-intervenants. Si ces pouvoirs ne sont pas élus (en général), leur fonction est bien d'agir et de vouloir pour la nation [...] Leur statut d'indépendance est même ce qui les établit et les consacre dans cette fonction [...] C'est aussi à cette aune qu'il faut apprécier la montée en puissance des nouvelles instances que nous avons décrites, et simultanément comprendre les ressorts de la légitimité sociale qui leur est reconnue²⁶ ».

Outre la légitimité d'impartialité, Monsieur Rosanvallon traite d'une autre légitimité attendue des gouvernants ; la proximité. L'auteur écrit : « les citoyens sont aussi de plus en plus sensibles au comportement même des gouvernants. Ils souhaitent être écoutés, pris en considération, faire valoir leur point de vue, ils attendent que le pouvoir soit attentif à leurs difficultés²⁷ ». Puis, de rajouter plus loin que la proximité est considérée : « comme une qualité d'interaction. Les citoyens ne se contentent plus de leur bulletin de vote. Ils s'inscrivent dans un processus permanent d'expression et de réaction. Sur le mode contre-démocratique de la surveillance, du veto et du jugement, qui constituent à leur façon des modes de participation. Mais aussi, en demandant des informations, en contraignant le pouvoir de s'expliquer et à justifier son action²⁸ ». Les travaux de réflexion de Monsieur Rosanvallon mettent en lumière la métamorphose des aspirations et les qualités que les citoyens attendent de ceux qui les gouvernent. Pour contrer le pouvoir politique, on assiste à l'émergence d'un contre-pouvoir citoyen, en effet, aujourd'hui, on parle de gouvernance et non d'économie administrative, de politique publique et non de planification, de régulation et non de police administrative, de plus de sécurité juridique et de moins en moins de pouvoir discrétionnaire.

²⁶ Idem, pp. 144-145.

²⁷ Idem, p. 267.

²⁸ Idem, p. 328.

Pour sa part, Monsieur J. Chevallier²⁹ met plus l'accent, notamment, sur la crise du lien avec les administrés personnes morales. En effet, pour Monsieur Chevallier la mondialisation a eu deux effets majeurs, d'une part, réduire la domination étatique, et d'autre part, la naissance de la toute puissante multinationale. Ainsi, il écrit : « La mondialisation exerce un effet dissolvant sur la souveraineté étatique de trois manières différentes : d'abord, elle réduit la marge de liberté des Etats, en les amenant à se plier, bon gré mal gré, aux contraintes d'un ordre transnational qui les dépasse et dans lequel s'inscrit désormais leur action ; ensuite, elle favorise la montée en puissance de nouveaux acteurs, qui brisent le monopole traditionnel détenu par les Etats sur les relations internationales et avec lesquels ceux-ci sont tenus de composer ; enfin, elle pousse à la constitution d'entités plus vastes, faisant craquer le cadre trop exigü de l'Etat-Nation. Désormais, pris dans un jeu complexe et multidimensionnel d'interactions, l'Etat ne dispose plus de cette puissance suprême, de cette autorité sans partage qui étaient censées être les siennes³⁰ ».

L'Etat n'est plus maître incontesté des activités productives, néanmoins, comme un mal nécessaire, il garde un rôle de régulateur. Monsieur Chevallier écrit : « L'Etat a d'abord perdu la maîtrise de leviers d'action économique [...] Les Etats ont abandonné toute possibilité de recours à l'outil monétaire [...] La conjugaison de ces différents éléments limite du même coup considérablement les possibilités pour les Etats d'agir sur l'économie. L'arme réglementaire dont l'Etat avait fait un très large usage pour encadrer la vie économique s'est émoussée³¹ ». Il résulte de cette évolution mondialisée que l'intérêt général sur lequel l'Etat fondait sa légitimité est devenu un mythe, étant donné qu'il n'a plus son monopole, ce qui conduit à la remise en cause des spécificités de la gestion publique, et de tout le droit administratif dans sa globalité. Monsieur Chevalier considère que : « le caractère dérogoire du droit administratif par rapport au droit privé tend à s'atténuer : le particularisme des règles de droit administratif traditionnellement justifié par l'ensemble de prérogatives mais aussi de sujétions inhérentes à l'action publique, ne relève plus de l'évidence ; tout

²⁹ J. Chevalier, L'Etat post-moderne. LGDJ 2014, coll. Droit et Société.

³⁰ op. cit. p. 34.

³¹ J. Chevalier, op. cit. p. 62-63.

se passe comme si le droit privé était conçu comme le droit de référence sur lequel le droit administratif est invité à s'aligner, dans toute la mesure du possible³² ».

Cette remise en cause de la conception classique du droit de la puissance publique entraîne avec elle la remise en cause la nature de ses rapports avec les administrés, notamment, les multinationales. En effet, Monsieur Chevallier considère que suite à la remise en cause de ces rapports : « Partout, des exigences nouvelles sont formulées : meilleurs accès aux services publics et prises en comptes des attentes des intéressés ; octroi de possibilité d'influence et d'emprise sur les processus administratifs ; obligation pour l'administration de rendre des comptes et d'améliorer la qualité de ses prestations. L'administré entend ne plus être traité seulement comme un assujetti, soumis au pouvoir administratif, ou comme un simple usager, bénéficiant des prestations que l'administration lui offre, mais comme un citoyen disposant en tant que tel, d'un ensemble de droit vis-à-vis de l'administration³³ ». Dans cet ensemble de droits, dont dispose le citoyen dans ses rapports avec l'administration, résultant de la métamorphose des rapports qu'ils entretiennent, figure le droit à la sécurité juridique.

La problématique générale :

Notre travail a pour objectif de répondre à la question suivante : quelle influence aura le principe de sécurité juridique sur notre droit administratif. Répondre à cette question exige, tout d'abord, de définir qu'est-ce qu'on entend par sécurité juridique pour bien déterminer, par la suite, les influences qu'elle aura sur le droit administratif. La réponse à la question du sens à donner au principe de sécurité juridique doit passer par l'analyse du contexte juridique de sa consécration. En effet, se limiter à la seule formulation faite par le Conseil d'Etat dans son arrêt KPMG du 24 mars 2006 ne peut déboucher que sur définition incomplète.

Il ressort de la lecture de l'arrêt KPMG que la sécurité juridique est strictement limitée aux dispositions juridiques transitoires. En effet, dans cet arrêt, le juge administratif avait décidé que : « Il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter,

³² J. Chevallier, op. cit. p. 74.

³³ Op. cit. p. 76.

pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle [...] à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteraient, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique ».

Toutefois, confronter la notion de sécurité juridique à son contexte peut révéler d'autres visages à une telle notion. Il y a d'une part, le contexte sociologique de la métamorphose des rapports administré / administration, tel qu'il ressort des travaux des professeurs Rosanvallon et Chevallier, où l'administré tend de plus en plus à devenir, tour à tour, un citoyen, un usager voire un client qui réclame son droit à une sécurité juridique adaptée à sa situation. D'autre part, il y a la crise de la norme juridique, en effet, comme nous le démontrerons plus loin, à la norme juridique simple et efficace à l'origine, lorsque la loi était la principale source juridique, s'est succédée un démantèlement du pouvoir normatif, celui-ci dicté notamment par la découverte de nouveaux domaines scientifiques, économiques et sociétaux nécessitant un encadrement juridique spécialisé. La complexité de la norme découle également de l'entretien d'un mouvement de législation galopante sans aucune stratégie juridique, ni un pilotage global. Cette anarchie légistique se trouve renforcée par la dégradation qualitative des normes juridiques. En effet, comme le relève Monsieur Chevallier : « Le droit moderne repose sur une conception moniste : un seul foyer de droit, l'Etat, conçu comme la source exclusive de la normativité juridique, et, par conséquent, un seul ordre juridique, les normes juridiques formant un ensemble cohérent, intégré, monolithique, dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement [...] Cette conception moniste est dépassée : la régulation juridique passe, dans les sociétés contemporaines, par l'intervention d'acteurs multiples, situés dans des espaces juridiques différents ; et la relation entre ces espaces n'est plus commandée par le principe de hiérarchie³⁴ ».

Restitué dans son véritable contexte, le principe de sécurité juridique se voit associer à un sens plus large que celui que la majorité de la doctrine voudrait bien lui attribuer. En effet, combien même il serait consacré à l'occasion de l'institution d'une

³⁴ J. Chevallier, L'Etat post-moderne. op. cit. p. 124.

obligation de prévoir des dispositions transitoires, le principe de sécurité juridique est appelé à jouer un rôle de restructuration juridique de notre droit et contentieux administratifs. Une telle restructuration, jusque-là assurée par le principe de légalité, dépasse le cadre de la norme objective pour embrasser également la sphère subjective. Donc, au sein du principe de sécurité juridique, nous avons à la fois une sécurité juridique objective, associée essentiellement avec le principe de légalité, et une sécurité juridique subjective qui est équivalente à ce que le droit communautaire connaît sous le nom de protection de la confiance légitime.

La consécration de la confiance légitime dans notre droit administratif fait partie d'un grand mouvement de subjectivisation du droit en général. Ainsi, comme le relève Monsieur Chevallier : « Au centre du droit post-moderne, se profile à nouveau la figure du sujet de droit, qui avait paru s'estomper par le jeu d'un processus d'objectivisation, aboutissant à dépersonnaliser le rapport juridique au profit de l'application de normes juridiques préétablies et de dispositifs relevant de l'idée de solidarité collective. Or, on assiste, désormais, sur le terrain juridique aussi, au retour de l'individu, à travers l'affirmation des droits subjectifs et la sanction des fautes personnelles³⁵ ».

Loin de toute tentation d'attribuer un intérêt déconsidéré à notre recherche, nous pouvons affirmer que le principe de sécurité juridique est destiné à opérer une refondation de notre droit administratif. Partant d'un droit exorbitant, notre droit administratif donnait toute la priorité à la réalisation de l'intérêt général. Un droit de puissance publique caractérisé par un déséquilibre de protection en faveur de l'administration, mais au détriment de l'administré. Il était évident qu'à l'intérieur de ce déséquilibre, il n'y avait point de sécurité juridique en faveur de l'administré. Une insécurité juridique d'autant plus renforcée à cause des standards et des notions clés du droit administratif. En effet, fondé sur des concepts flous et aux contours indéterminés, tels que l'ordre public, l'intérêt général, le service public, la faute administrative..., le droit administratif n'offrait aucune assurance de clarté de ses constructions juridiques. Enfin, par son caractère jurisprudentiel, le droit administratif n'était pas dépourvu de toute imprévisibilité. Or, la prévisibilité des solutions jurisprudentielles est le principal gage de sécurité juridique. Comme l'affirme

³⁵ J. Chevallier, L'Etat post-moderne. Op. cit. p. 115.

Monsieur Rimbault : « le droit administratif étant affecté à sa source même de l'insécurité puisque son mode d'élaboration, essentiellement jurisprudentiel, est parmi les moins sûrs qui soient [...] Plus généralement, c'est son manque de prévisibilité qui est fustigé [...] la jurisprudence se forme au hasard des procès et présente, donc, un caractère fortuit et une lenteur regrettables. S'ajoutent encore le reproche d'hermétisme – dû à la fois au style des arrêts, à leur manque de publicité [...] qui conduit à réserver la connaissance aux spécialistes³⁶ ».

Pour cerner les origines du principe de sécurité juridique et ses influences sur le droit administratif français, notre travail s'articulera autour de deux parties. D'une part, nous analyserons le passage d'une sécurité objective par le droit à une sécurité juridique du droit (première partie), d'autre part, étudier la portée subjective du principe de sécurité juridique sur notre droit administratif (deuxième partie).

³⁶ P. Rimbault, Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français. LGDJ 2009, pp. 16-17.

PREMIERE PARTIE : De la sécurité légale à la sécurité juridique

Longtemps considérée comme le label de la qualité d'Etat démocratique de toute collectivité, la soumission de l'appareil étatique à la Loi était l'assurance, voire le moyen par excellence pour instaurer une confiance juridique des gouvernés en leurs gouvernants. En effet, si produire l'acte législatif par le législateur procède d'un vouloir pour la nation, l'appareil exécutif doit limiter son action au seul objectif de concrétiser ce vouloir. On a pu parler d'un Etat légal, c'est-à-dire : « d'un genre d'Etat dans lequel tout doit commencer par un texte de loi et ne peut se continuer que par de l'exécution de textes législatifs. En France, ce régime procède de l'identification établie après 1789 entre la volonté générale, qui est souveraine, et la loi, qui en est l'expression [...] Tous ce qui est l'œuvre d'autorités étatiques non représentatives doit avoir son fondement principiel et son titre justificatif dans la volonté souveraine de la communauté, exprimée par les membres de celle-ci ou par ses représentants³⁷ ». Le Doyen Hauriou parle d'une théorie générale de la légalité : « Je prends légalité dans le sens de règne souverain de la loi. La loi dans sa définition complète est la règle écrite, œuvre délibérée de réflexion sociale, contenant une détermination du régime d'Etat, c'est à-dire une réforme dans le sens de la liberté. Le régime de la légalité est établi : 1° Lorsque toutes les existences sociales, y compris l'Etat, considéré comme individualité politique, gouvernementale et administrative, sont soumises au bloc du droit légal³⁸ ».

Cette soumission totale au dogme de la légalité constituait le moyen le plus adapté pour assurer une sécurité des rapports juridiques. Mais, au fil du temps cette idéalisation de la légalité s'est transformée en source de complexité et d'instabilité.

Une complexité et une instabilité qui sont dues à : « l'apparition de nouveaux domaines de législation parfois complexes et difficiles comme le droit de la concurrence, le droit monétaire et financier dans un contexte ouvert, les biotechnologies, l'économie numérique, les nouvelles approches de la propriété

³⁷ R. Carré de Malberg, Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés. Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 52.

³⁸ M. Hauriou, Précis de droit Administratif et de droit public général, Quatrième édition, Paris 1900, p. 28.

intellectuelle, la protection de l'environnement, contribue également à la multiplication et à la révision fréquente des normes³⁹ ».

Le droit, ce mal nécessaire, objet de tous les louanges, mais en même temps cible de toutes les critiques, n'est-il pas condamné à demeurer sous les feux de ce paradoxe. Par le droit, on régit les rapports juridiques et on règle les conflits nés à la suite de ces rapports. Le règlement d'un conflit juridique donne naissance à deux situations, d'une part, la partie dont la cause a été entendue et à laquelle on a donné raison, et d'autre part, la partie perdante dont la vérité n'a pas triomphé. Il y a bien application du Droit, mais toutefois, la confiance juridique, c'est-à-dire la croyance dans le bien fondé de ses prétentions, se trouve renforcée d'un côté alors que de l'autre elle se trouve affaiblie. Néanmoins, le sort réservé à cette confiance juridique n'est que le jeu normal de l'application de la règle du droit telle qu'elle est connue de tous ; simple, claire et intelligible. Or, lorsque le droit ne peut être ni simple ni claire encore moins intelligible, peut-on parler de la réalité d'une éventuelle confiance juridique des destinataires de ce Droit.

Si le Droit est devenu une question de scientifiques, de financiers et d'économistes, sa portée se complique, et les rapports juridiques d'autrefois fondés sur la confiance ont cédés la place à des rapports fondés sur la méfiance et le règne de l'insécurité juridique. D'où le rôle du juge et le recours à la notion de sécurité juridique.

Nous allons voir tout au long de cette partie comment le juge administratif a pu, par petites touches, construire les moyens qui lui permettent d'assurer une sécurité juridique objective à partir de la légalité qui se détache par la suite de celle-ci, pour se transformer en un grand principe général du droit.

Nous allons voir, d'une part, comment le juge avait tenté d'instaurer la sécurité juridique à travers la légalité, et d'autre part, comment il tente de maîtriser la portée de la légalité à travers un nouveau principe général du droit de sécurité juridique.

³⁹ Rapport annuel du Conseil d'Etat de 2006. Sécurité juridique et complexité du droit, p. 233.

TITRE I : La sécurité légale, une sécurité juridique objective

Dans sa conception classique, la sécurité légale résulte fondamentalement et nécessairement de l'ensemble de règles juridiques destinées à régir les rapports de droit ou de fait entre les personnes physiques ou morales dans une société. Selon cette conception, le droit est le seul et unique moyen pour assurer la sécurité juridique, il s'agit d'une sécurité juridique par le droit. Cependant, une telle expression, hormis le fait que les notions de Sécurité juridique et de Droit se présentent comme des synonymes voire une redondance⁴⁰, peut prêter à confusion entre le procédé qui est le droit et la finalité qui est la sécurité juridique. Sauf que lorsque la sécurité juridique est assurée on se trouve en plein règne du droit, et là c'est la notion de sécurité juridique qui devient le procédé et le droit la finalité. A notre avis, il serait plus logique et cohérent de parler de sécurité légale. La notion de légalité présente l'avantage de présenter le droit en tant qu'un acte juridique, il en résulte que la légalité ne peut être qu'un moyen au service de l'instauration d'une sécurité juridique objective.

⁴⁰ J. Boulouis, Quelques observations à propos de la sécurité juridique. Liber amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden, 1987, p. 53.

CHAPITRE I : La sécurité juridique objective par la légalité, l'histoire d'une complémentarité

Dans la conception classique du droit administratif, l'existence de règles juridiques claires, stables, et bien appliquées constitue un excellent rempart contre le règne de l'arbitraire des gouvernants. Pour la doctrine publiciste, la légalité est le moyen pour assurer la sécurité juridique. En ce sens que la sécurité juridique devient une composante de la légalité à travers la règle de droit. Cependant, une telle opinion occulte la question fondamentale, celle de savoir qui est juge de la sécurité juridique. Dans cette conception, le seul et unique juge de la sécurité juridique est celui qui produit la norme.

En effet, au début, l'idée d'une sécurité juridique résultait de l'équilibre entre l'arbitraire et les impératifs de l'action administrative. Ainsi, on déduit le règne d'une sécurité juridique de la simple existence d'une norme définissant un régime juridique. C'est ainsi que l'administration se trouve juge et partie dans le jeu de la sécurité juridique. L'opinion dominante considérait qu'il n'y avait point d'incompatibilité entre la légalité et une certaine idée de la sécurité juridique des administrés en tant qu'individus, et leurs intérêts en tant que collectivité, c'est à-dire, l'intérêt général.

SECTION I : La légalité, un passage d'un régime arbitraire à une sécurité légale

Classiquement, le sentiment de sécurité juridique se déduisait du règne de la légalité. En effet, la doctrine estimait que la sécurité juridique des administrés est assurée, au fur et à mesure que l'action administrative se trouve soumise au respect du principe de légalité.

Paragraphe 1 : Le dogme de la légalité ; une sécurité juridique objective pour les administrés

Il y a dans l'obligation faite aux pouvoirs publics de respecter la légalité, une sorte de sécurité juridique pour les administrés. Il s'agit d'une conception classique de la dite sécurité. Cette conception classique découle de la définition même du principe de légalité. R. Odent définit le principe de légalité comme celui : « en vertu duquel toute activité, publique ou même privée, doit, dans un état déterminé, se conformer au droit qui est en vigueur dans cet état au moment où cette activité s'exerce : ce principe implique aussi nécessairement l'existence d'organes chargés de dire le droit et de rétablir la légalité éventuellement méconnue⁴¹ ».

Toute l'administration est, dans sa composition que son fonctionnement, tenue d'agir dans le cadre de la légalité. Tout acte ou activité administrative est soumise, sous le contrôle du juge administratif, aux règles qui s'appliquent à elle. La soumission de l'administration à l'obligation de respecter la légalité rend l'action administrative une action legaliste. La soumission à la légalité est une sorte de sécurité juridique en faveur de l'administré.

Historiquement, le couple action administrative et légalité ne s'imposait pas de lui-même comme une évidence. L'administration, longtemps confondue avec le prince, ne pouvait mal faire.

⁴¹ R. Odent, Contentieux administratif, (1977), réédition 2007 T.I.

Le principe de légalité est le label d'un Etat Légal. Le mot légalité ne désigne pas seulement la loi stricto sensu, mais toutes les règles de droit qui s'appliquent sur un territoire donné à l'égard d'individu pendant une période donnée. C'est ce qu'on appelle communément le bloc de légalité.

Les sources de la légalité sont diverses et variées, d'une part, il y a les sources extérieures à l'administration au sommet desquelles il y a la Constitution et son préambule, et d'autre part, des sources internes par lesquelles l'administration s'autolimit. C'est ce phénomène d'autolimitation qui impressionne et que certains y voient même d'un miracle⁴².

La notion de légalité doit être entendue dans son sens le plus large. Outre les lois votées par le pouvoir législatif, l'administration est soumise à tout un ensemble de normes complexes et hiérarchisées. Cet ensemble de règles que Kelsen a décrit dans sa célèbre pyramide⁴³. Coiffé de la Constitution, le bloc de légalité constitue un corps vivant, son contenu et sa forme se développent en fonction de l'évolution de la société et de ses aspirations.

Malgré le développement du procédé contractuel et le recul du procédé unilatéral, il n'en demeure pas moins que s'agissant de la légalité, les rapports juridiques demeurent fondamentalement hiérarchiques.

Le principe de légalité procure une double protection, d'une part, une protection procurée à l'administré en lui conférant une certaine sécurité juridique contre l'arbitraire de l'administration et, d'autre part, il protège l'action administrative contre les excès de liberté, qui est en soit une sécurité juridique des moyens d'action de l'administration. Il en ressort de prime abord que le couple légalité et sécurité juridique ne peut que se compléter et coexister sans contradiction.

La doctrine distingue deux groupes de sources, d'une part les sources extérieures à l'administration, et d'autre part, des sources internes édictées par l'administration

⁴² P. Weil, D. Pouyaud, Le droit administratif. Coll. Que sais-je ? n°1152, 2^e Tirage : 2009. P 1.

⁴³ H. Kelsen, Théorie pure du droit. Traduit par Ch. Eisenmann, LGDJ 1999 p. 224. Kelsen écrit : « L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale hypothétique – en ce sens – est par conséquent le fondement validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de ce système de création ».

elle-même. On a pu parler de la fierté d'avoir une administration qui s'autolimite de sa propre initiative. Cependant, ce phénomène de l'autolimitation de l'administration par ses propres règles ne doit pas être exagéré au maximum. Schématiquement, l'administration est un corps, mais en pratique elle se présente comme un ensemble d'organes liés les uns vis-à-vis des autres par deux principes qui caractérisent l'action administrative. Il s'agit, d'une part, du pouvoir hiérarchique, et d'autre part, du principe de neutralité. La conjugaison de ces deux principes démontre que l'acte juridique édicté par une administration serait destiné à obliger une autre entité subalterne. Et l'entité supérieure, lors de l'élaboration du dit acte, n'aurait sans doute pas pris en compte des considérations autres que celles du service public. On ne peut pas parler d'une sorte de solidarité administrative.

Dire que l'administration s'autolimite reviendrait à inclure le juge administratif parmi les organes de cette administration, ce qui était vrai à un moment de l'histoire. Quoiqu'il en soit, la légalité constitue bien une garantie de la sécurité légale des administrés. Néanmoins, il ne s'agit, en l'occurrence, que d'une sécurité juridique à minima, puisque c'est l'organe qui produit la norme qui juge du degré de protection juridique qu'il faudrait concéder à l'administré. La légalité assure bien une sécurité juridique, mais seulement celle vue par les organes sources de la légalité.

Pour le Doyen Hauriou : « Il ne suffit pas que le droit légal établisse son empire sur les autres formes du Droit, il faut encore que toute vie sociale lui soit soumise. Il convient de distinguer ici les administrés et l'administration. Il va de soi que les administrés sont soumis aux lois et règlements légalement pris [...] En revanche, il a fallu longtemps pour faire admettre que l'Etat considéré comme gouvernement et comme administration, était lui aussi obligé par le bloc légal, c'est-à-dire, par l'ensemble des lois et des règlements légalement pris. La principale difficulté a été d'admettre que l'administration s'obligeât elle-même par les règlements qu'elle prend pour s'organiser. Mais le droit administratif est entré résolument dans cette voie qui est simplement celle de la limitation de la souveraineté par elle-même⁴⁴ ».

Pour Duguit, l'Etat est une personne et partant il a des droits subjectifs mais il est lié par le droit objectif, celui-ci est la règle de droit. Ainsi, il considère qu'en disant que : « l'Etat est lié par le droit, on veut dire d'abord que l'Etat législateur est obligé

⁴⁴ M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public général. Quatrième édition 1900, p. 30.

par le droit de faire certaines lois et de ne pas faire certaines lois. On veut dire ensuite que l'Etat ayant fait une loi [...] il est obligé lui-même d'obéir à cette loi comme ses sujets ; ses administrateurs, ses juges et ses législateur [...] c'est le principe de légalité [...] Dans la doctrine des droits individuels naturels, cette limitation juridique de l'Etat se conçoit aisément. L'homme ayant, parce qu'il est homme, des droits individuels naturels, antérieurs à la société elle-même, à l'Etat, ces droits individuels s'imposent au respect de l'Etat ; et celui-ci ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à ces droits. Le but même de l'Etat est la protection de ces droits. Faut-il aller plus loin et dire que l'Etat est obligé par le droit de faire des lois qui assurent la réalisation complète de ces droits ?⁴⁵ ».

⁴⁵ L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel. Quatrième édition. 1923, p. 31.

Paragraphe 2 : La légalité, une sécurité juridique objective contre l'arbitraire

Devenu un droit de légalité, le droit administratif d'aujourd'hui n'est étudié que sous deux angles. D'une part, l'organisation administrative, et d'autre part les droits de l'administré. Les choses sont schématisées de telle sorte que n'importe quel étudiant, qui aborde le droit administratif, serait tenté de croire que la légalité s'imposait d'elle-même à l'administration, que l'administration a toujours eu pour obligation de respecter le droit et non pas seulement la Loi . Le terme même d'arbitraire administratif est quasi absent de l'ensemble des manuels de droit administratif. L'administration, disait récemment, le vice-président du conseil d'Etat, initialement perçue comme gouvernée par le fait du prince, puis comme une bureaucratie tendant à la rationalité et référée à la seule loi, s'est progressivement ouverte aux influences extérieures et ses rapports avec les administrés ont été redéfinis⁴⁶.

La simple lecture des lois administratives démontre que celles-ci ont été conçues pour armer le pouvoir réglementaire afin qu'il puisse exécuter sa mission. Laferrière disait : « Nos lois administratives sont des lois d'organisation et d'action qui se préoccupent plus d'assurer la marche des services publics que de prévoir et de résoudre des difficultés juridiques⁴⁷ ».

Pour J. Ferrand : « Toute notre organisation intérieure de l'an VIII avait pour principe fondamental la prééminence du pouvoir exécutif. Dans le but de procurer à cette prééminence une entière soumission, les législateurs du Consulat et du Premier Empire avaient écarté tout tempérament et l'avaient voulue unitaire et absolue⁴⁸ ». D'autres, en revanche, expliquent que : « la loi n'a pas entendu livrer à l'arbitraire les droits qu'elle a dû abandonner à l'appréciation de l'administration. Les limites qui circonscrivent l'autorité dans les mains de chacun de ses dépositaires et les formes

⁴⁶ Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice- président du conseil d'Etat, lors du colloque organisé à l'ENA le Vendredi 20 Janvier 2012 sur le rapport public du conseil d'Etat de 2011 ; Consulter autrement, participer effectivement.

⁴⁷ E. Laferrière, traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2^{ème} éd, t 1, p. XII.

⁴⁸ J. Ferrand, césarisme et démocratie, l'incompatibilité entre notre régime administratif et notre régime politique, paris, Plon nourrit, 1904

assignées à son exercice constituent des garanties dont la revendication ne peut être déniée au citoyen qui se plaint du préjudice souffert dans un de ses droits⁴⁹ ».

Dans l'idéal libertain, les droits individuels sont des pouvoirs de l'individu qui s'imposent, d'une part, à l'administration, et d'autre part, aux autres individus. Cependant, tout laisse à croire qu'il ne s'agissait que de concessions sociales. « Le droit individuel limité par le pouvoir administratif, ce n'est plus la liberté, ce n'est plus le droit : c'est de la concession, c'est de la tolérance, c'est de l'arbitraire, car ce qui a été accordé hier peut être refusé demain [...] Presque en toute chose, sous prétexte de police et de bon ordre, sous couleur de réglementation et de surveillance, l'arbitraire administratif restreint, paralyse, anéantit les droits individuels⁵⁰ ».

Le gouvernement a tous les pouvoirs qui s'imposent aux administrés. Ceux-ci ne peuvent prétendre qu'aux résidus du libéralisme gouvernemental. Mais comme l'on a bien souligné : « il n'y a pas de gouvernement libéral, il n'y a que des gouvernements auxquels les citoyens ne permettent pas d'être autoritaires⁵¹ ».

Le Doyen Hauriou considère, en effet, que les droits individuels ont toujours besoin de garantie constitutionnelle et administrative. Ainsi, on peut lire dans son œuvre que : « Les droits individuels, conquis péniblement sur le privilège et sur l'arbitraire administratif, sont constamment menacés de retours offensifs ; ils ont besoins d'être garantis. On peut dire que le régime d'Etat est conçu en vue de cette garantie : 1° D'abord, les droits individuels reconnus se protègent et se fortifient mutuellement [...] Dans ce sens, des garanties mutuelles que se donnent les droits individuels et les libertés ... 2° Les droits individuels sont en outre garantis par l'organisation constitutionnelle [...] 3° Ils sont garantis encore par l'organisation administrative elle-même et les précautions qui y sont prises ; les formes de procédure auxquelles est soumise l'action administrative, la surveillance que l'administration exerce sur elle-même, grâce au principe de l'autorité hiérarchique [...] Toutes ces garanties offertes par l'organisation même de l'Etat sont précieuses mais insuffisantes ; elles ont surtout un effet préventif, elles empêchent une foule de violation du droit de se

⁴⁹ G. Duffour, *Traité général de droit administratif appliqué*. Tome II, 3ème éd. Paris 1868, p. 268.

⁵⁰ Poitou, *la liberté civile et le pouvoir administratif*, Paris 1869

⁵¹ E. Faguet, *Le libéralisme*. L'ancienne librairie Lecène, Paris. 1903.

produire, mais lorsqu'en fait une violation de droit s'est produite, elles sont d'un médiocre secours en vue de la réparation⁵²».

Combien même les racines du culte de la loi remontent à la philosophie des lumières, il a fallu attendre la révolution française pour que se développe une véritable sacralisation de la loi. C'est à partir de ce moment-là que la conception française de l'Etat rejoint celle adoptée par les Allemands au 19^{ème} siècle ou encore la conception anglaise du 17^{ème} siècle. Ainsi, l'historien Jules Michelet considère que si la révolution française marque l'avènement de la loi, la résurrection du Droit et la réaction de la justice⁵³, il ne faut pas perdre de vue que la principale cause du soulèvement du Tiers état était l'arbitraire du pouvoir royal, autrement dit, l'arbitraire administratif.

La base philosophique de la révolution française était que l'homme ne peut être qu'autonome et n'est soumis qu'à la loi. Cependant, l'une des caractéristiques de l'œuvre révolutionnaire, à la fois logique et paradoxale, demeure la méfiance vis-à-vis des juges. Ceux-ci se trouvent cantonner à appliquer la loi. Impersonnalité de la règle de droit et généralité de la règle constitue en elle-même un élément de sécurité pour l'administré dans ses rapports avec l'administration. D'autant plus qu'il s'agit d'une norme dont l'élaboration est extérieure à l'administration et échappe à sa volonté.

Montesquieu disait : « lorsque, dans la même personne ou le même corps de magistrature, la puissance législative est unie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté ». Aussi séduisante soit elle, une telle analyse ne peut échapper à la critique. En effet, on dira que ce raisonnement s'inscrit dans la même approche que celle conceptualisée par Charles Eisenmann. En effet, pour le professeur Eisenmann, le principe de légalité désigne la soumission de l'administration par la loi et exclusivement la loi.

Une telle critique serait bien fondée et pertinente si notre postulat était fondé sur la loi dans son acception matérielle. Or, notre propos met l'accent sur l'élément organique. Un corps, étranger à l'administration, édictant des normes qui s'imposent à celle-ci peut être lui-même un organe administratif. Ainsi, une administration

⁵² M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public général, op. cit. p. 74.

⁵³ J. Michelet. Histoire de la révolution française. Tome 1 Paris, 1868, p.59.

centrale édicte des normes qui s'imposent aux administrations locales, pour lesquelles, il s'agit bel et bien de normes étrangères à leur volonté. Il s'agit bien, en l'occurrence, de rapports entretenus avec une autre administration mais il n'en demeure pas moins extérieurs et étrangers que ceux entretenus avec le pouvoir législatif. L'élément de l'extériorité organique de l'obligation qui pèse sur l'administration dans le cadre du respect de la hiérarchie des normes devrait être la seule définition du principe de légalité.

Dès qu'une administration dans son action accepte de se plier à des exigences qui lui sont édictées en vertu d'un texte qu'elle n'a pas elle-même élaboré, on est en présence du principe de légalité. Deux exemples à prendre en considération pour renforcer, si besoin est, notre idée de fonder la légalité sur la compétence extérieure et non sur la matérialité de l'acte. D'une part, la loi expression de la volonté générale n'est en réalité que l'œuvre du pouvoir exécutif, c'était déjà vrai à la fin de la III^e, et sous la IV^e République, avant que l'actuelle constitution ne cède le sort du parlement. D'autre part, il ne faudrait pas perdre de vue les rôles des avis requis lors de l'élaboration des textes, souvent les administrations qui seront obligées par le texte en préparation donnent leurs avis sur les pour et les contres. Tout ceci nous pousse à minimiser ou à ne pas exagérer le mythe de l'autolimitation de l'administration. Un pouvoir hiérarchique n'est point une collaboration.

L'absence d'une codification systématique du droit administratif constitue un argument de plus contre l'exagération de ce phénomène d'autolimitation. En droit administratif, écrit Laferrière : « la jurisprudence est ici une des sources essentielles de la doctrine, parce qu'elle seule peut faire la part entre les principes permanents et les dispositions contingentes, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité, à leur insuffisance, en s'inspirant des principes généraux du Droit et de l'équité⁵⁴ ».

Ainsi, la jurisprudence du conseil d'Etat s'est efforcée d'accomplir le travail inachevé du législateur. En effet, elle a élaboré de toutes pièces les moyens de défense des administrés contre l'arbitraire administratif. L'une des plus célèbres et des plus audacieuses créations du conseil d'Etat demeure le recours pour excès de pouvoir.

⁵⁴ E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Op. cit.

La doctrine y voit une voie de recours servant de contrepoids à l'arbitraire administratif⁵⁵.

Sans encore atteindre sa forme la plus aboutie, le principe de la soumission de l'administration au principe de la légalité est aujourd'hui, à un stade de maturité. En effet, de l'égalité des citoyens devant la loi, on passe à l'égalité des administrés devant l'administration. Ce principe égalitaire voudrait que l'administration traite la requête de tout administré de la manière la plus conforme à la légalité sous le contrôle du juge administratif.

Toutefois, la jurisprudence fait une distinction qui n'est pas sans rappeler la survivance de l'arbitraire d'antan. En effet, le contrôle du juge varie selon que l'administration est chargée d'appliquer un texte précis ou pas. La doctrine distingue la compétence liée des cas où le pouvoir est discrétionnaire. Si dans le cadre de la compétence liée, c'est-à-dire en présence d'un texte clair et précis, l'administré dispose d'une sécurité légale maximum. Dans le second, en revanche, où le texte n'est pas précis, l'administration dispose d'une marge pour le compléter de manière discrétionnaire. Dans ce cas, la sécurité légale de l'administré est quasi nulle. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, appelé autrefois des mesures gracieuses ou des faveurs, nuit à la prévisibilité de l'évolution de la situation juridique de l'administré, et donc à sa sécurité légale.

L'évolution du droit administratif, d'un droit essentiellement discrétionnaire et de faveurs à un droit de respect de la légalité, ouvre le débat sur les causes de cette mutation. Pour une majorité de la doctrine, c'est l'avènement de l'Etat de droit, d'une part et l'apport historique, d'autre part, qui font qu'aujourd'hui nous sommes en face d'une administration de plus en plus liée par le droit. D'origine Allemande, le concept Etat de droit (Rechtsstaat) a été employé pour la première fois par Placidus en 1798, puis repris par les ténors du libéralisme allemand dans leur lutte contre l'absolutisme royal. Comme le souligne Monsieur J. Chevalier : « Apparue en 1789 sous la plume de Johann Wilhelm Placidus, qui utilise ce néologisme pour qualifier l'école Kantienne, le terme Rechtsstaat désigne alors [...] un Etat dont la sphère d'action est limitée par les droits naturels des individus (protection de la liberté et de la sûreté des

⁵⁵ M-J. Thiery, Les actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir, Thèse, Camille Robbe éditeur, 1912, p 160.

personnes, défense du droit de propriété) : cette exigence conduit à certains principes d'organisation, permettant à l'Etat d'être gouverné conformément aux préceptes de la Raison⁵⁶ ».

Ce n'est que tardivement que le terme Etat de droit fait une timide apparition en France. En effet, il a fallu attendre 1907 pour qu'un juriste français, et non pas des moindres, pour sauter le pas. C'est Léon Duguit qui va oser s'approprier ce terme et l'appliquer au droit positif français. C'est en 1920 que R. Carré de Malberg est devenu un fervent défenseur de la notion d'Etat de droit en France. Néanmoins, malgré l'influence qu'a sur lui la pensée juridique Allemande, Carré de Malberg adopte une conception de l'Etat de droit différente de la Rechtsstaat. Pour l'auteur, la France : « n'appliquerait pas le régime de l'Etat de droit mais le système de l'Etat légal, qui s'en différencie au moins sur deux points essentiels : d'une part, la loi n'est pas seulement la limite de l'activité administrative mais aussi sa condition, la fonction administrative se ramenant à l'exécution des lois ; d'autre part, la primauté de la constitution sur la loi n'est pas assurée puisque celle-ci ne peut faire l'objet d'aucun recours⁵⁷ ».

Il en ressort que lorsqu'on est en présence d'un Etat légal, tout acte des autorités administratives présuppose une loi à laquelle il se rattache y compris les actes qui n'intéressent que l'organisation interne de l'administration. Seule l'administration est soumise au respect de la loi, or les autres pouvoirs demeurent libres. D'où le recours à la notion de l'Etat de droit, que l'auteur présente comme une limitation non seulement des autorités administratives, mais aussi du corps législatif⁵⁸.

Le consensus de la doctrine au sujet de la notion d'Etat de droit n'a pas résisté à la problématique de la relation de l'Etat au Droit. En effet, d'une part, ceux qui adhèrent à la théorie allemande de l'autolimitation de l'Etat par son propre droit ; point de droit

⁵⁶ Jacques Chevalier, L'Etat de droit. 5^{ème} éd. Montchrestien, coll. Clefs Politique. p. 16. L'auteur explique en effet, que : « Le Rechtsstaat signifie donc que l'administration, non seulement ne peut imposer proprio motu d'obligations juridiques aux individus, mais encore doit se borner à faire application particulière et individuelle des règles légales, en s'en tenant à l'exécution des lois : créer des normes, ce serait en effet empiéter sur la fonction législative ; cependant à contrario l'administration dispose d'un pouvoir de décision et d'action initial en ce qui concerne ses affaires propres, son organisation interne ».

⁵⁷ R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat. Cité par J. Chevalier in l'Etat de droit. Op. cit. p. 30.

⁵⁸ En effet, M. Chevalier : « l'Etat légal [...] est en retrait par rapport à l'Etat de droit, dans la mesure où il exclut tout mécanisme de limitation du législateur lui-même. En réalité, le système de l'Etat légal tel qu'il est établi en France « ne concerne et ne régit, outre la justice, que l'administration ». L'Etat de droit, op. cit. p. 30.

positif au-delà de l'Etat. D'autre part, ceux qui cherchent dans le droit une limitation de l'Etat⁵⁹. Monsieur J. Chevalier voit en la théorie de l'Etat de droit : « une machine de guerre contre le système de l'Etat légal remettant en cause le privilège d'incontestabilité dont bénéficiait jusqu'alors la loi en droit français, elle vient légitimer l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois⁶⁰ ».

Mais à partir des années trente, le concept est oublié. Comme on n'a pu l'écrire, cet oubli : « durera jusqu'à la fin des années 1970. Parmi les facteurs qui sont à l'origine de la renaissance du discours de l'Etat de droit figure, comme l'on sait, d'une part, la création du Conseil Constitutionnel en 1958 et, d'autre part, sa métamorphose en gardien des droits de l'homme à la suite de sa célèbre décision du 16 juillet 1971 (liberté d'association). C'est dans le sillage de ces événements que le discours français de l'Etat de droit renaît de ses cendres. Pour ses avocats, l'objectif est, en partie, de décrire sous ce terme le nouvel état du droit positif, mais aussi, et surtout, de le légitimer. Le concept est avant tout d'ordre normatif ou idéologique. Les auteurs qui s'en font le héraut (notamment l'équipe Aixoise réunie autour de Louis Favoreu) se réfèrent à la fois à la doctrine de la III^e République, à la théorie de Kelsen et surtout, aux divers discours de l'Etat de droit en Allemagne, en Italie, en Espagne, en Portugal⁶¹ ».

Désormais, le concept d'Etat de droit renvoie au postulat de soumission du pouvoir politique au droit. Ainsi, l'Etat de droit est à la fois le droit à la norme, le droit au juge et le pouvoir de contrôle qu'a le juge sur la norme. Donc, le principe de légalité, dans sa forme actuelle, serait le résultat, si non exclusive au moins partiel, de l'avènement de l'Etat de droit.

Dans le même ordre d'idée, Monsieur J. Chevalier considère que : « La subordination juridique de l'administration découle apparemment de l'application des principes de l'Etat de droit »⁶². L'auteur en fait même la définition de l'Etat de droit et s'en sert comme critère pour différencier celui-ci de l'Etat de police. Ainsi, pour J. Chevalier, l'Etat de droit est celui où l'administration est soumise au principe de légalité et ne peut agir de son propre chef⁶³.

⁵⁹ J. Chevalier, L'Etat de droit, op. cit. p. 33.

⁶⁰ J. Chevalier, L'Etat de droit, op. cit. p. 31.

⁶¹ L. Heuschling, L'Etat de droit, in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public (sous la direction de Jean-Bernard Auby), Dalloz 2010, p. 545.

⁶² J. Chevalier, Science administrative, PUF, éd 2007, p251.

⁶³ J. Chevalier, op. cit.

A notre sens, il ne s'agit pas de la seule explication. Il y a bien eu une évolution de l'administration dans ses rapports avec l'administré grâce à l'arsenal juridique protégeant celui-ci. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que le modèle étatique lui-même a évolué, d'un Etat providence, on est passé à un Etat gendarme. Cette transition étatique a pour conséquence l'effacement de l'Etat, c'est-à-dire, l'administration, qui cède sa place à d'autres entités, il s'ensuit la fin du monopole de la toute puissante administration dans la gestion des affaires de la nation. Notamment, dans le domaine économique, l'administration n'est plus cette puissance économique d'avant, des personnes morales de droit privé se sont substituées à elle, la police administrative a cédé la place à des organes de régulation.

Il est vrai qu'après deux grandes guerres, une crise économique et les trente glorieuses, l'administration n'était plus cette entité traditionnelle chargée de faire respecter l'ordre. Nous avons assisté à la naissance d'administration nouvelle, ou plus précisément de nouveaux modes d'administration. Outre son traditionnel domaine d'intervention, l'administration s'était reconnu le devoir nécessaire et légitime d'intervenir dans les domaines du développement économique et de la protection sociale.

Si l'avènement de l'Etat de droit a préparé le terrain pour la transformation du droit administratif, la perte par l'administration de son influence et de sa puissance a accéléré cette évolution. C'est pour cela, à notre avis, qu'on parle aujourd'hui d'un pouvoir discrétionnaire au lieu de dispensation de faveurs.

Le principe de légalité apparaît comme une véritable protection contre l'arbitraire administratif, ce qui constitue un moyen d'assurer une sécurité légale des administrés. Toutefois, cette confiance n'est qu'une sécurité juridique minimale. En effet, l'administration dispose d'une marge d'appréciation trouble, en dehors de toute légalité mais sans basculer dans l'arbitraire. On parle de sécurité légale parce que l'administré demeure passif, c'est grâce à la soumission de l'administration au droit qu'il a confiance en ce droit pour assurer sa protection. En revanche, le stade de la sécurité juridique n'est atteint que si l'administré bénéficie de droits subjectifs qu'il oppose à l'administration.

Paragraphe 3 : La symbolique de la légalité, une acceptation de l'atteinte légitime à la sécurité légale

En pratique, le principe de légalité transforme un Etat de police, où il n'y a ni limite à l'action du pouvoir, ni une effective protection des administrés à un Etat où les gouvernants se voient obligés de respecter un ensemble de règles qui s'imposent à eux. Le principe de légalité rend les gouvernants des agents de la légalité. Le respect de la légalité par les autorités administratives constitue un système de référence à un ensemble de symboles et de croyances sur lesquels est fondé tout ordre social. La soumission aux gouvernants peut être acquise soit par crainte soit par adhésion. Ceci n'est pas sans nous rappeler les qualités des gouvernants exposés par Machiavel. La contrainte et la force, outre son coût et ses risques, ne donnent qu'une population soumise par peur en attente du soulèvement. En revanche, le droit crée l'adhésion de la population à ses gouvernants et à leur exigences, d'autant plus que ceux-ci eux même sont soumis au droit en vertu du principe de légalité.

Dans un tel contexte, tout ce qui est incorporé dans une norme devient une certitude incontestable et sacrée. Un tel schéma est la forme aboutie de la légalité. Mais si on examine en profondeur l'état des choses, on découvre ni plus ni moins que ce rapport n'est que l'adaptation contemporaine de ce qui existait bien avant. On découvre que cette symbolique de la légalité dispose d'une véritable généalogie, qui s'adapte et se métamorphose en fonction des sociétés auxquelles elle s'applique. A l'origine, le droit n'était que théologique, la norme c'était le livre sacré tel que explicité par le pontife. Mais, depuis que la laïcité a imprégnée la société occidentale, ce schéma, sans perdre la référence au sacré, a changé de base, en effet, le texte sacré et le pontife sont succédés respectivement par la loi et le pouvoir politique⁶⁴.

⁶⁴ Dans son article « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », P. Amsselek écrit : « les premiers âges de l'expérience juridique des hommes se sont développés dans un environnement de sacré, de surnaturel, de magique de religieux [...] C'est bien ce qui apparait dans la Grèce ou la Rome anciennes au niveau des rois et des empereurs, qui se présentent comme des dépositaires et des interprètes de la volonté des dieux [...] Finalement, ce n'est qu'à une époque assez récente que la technique juridique (et le pouvoir politique lui-même, car les deux sont indissociables) a commencé à se désacraliser, à se débarrasser complètement de sa gangue magique ou religieuse pour se présenter comme une technique humaine avec tout ce que cela implique de relativité [...] En France, cette étape de pleine prise en charge par les Hommes de leurs expérience juridique se situe autour de la Révolution et de l'avènement corrélatif d'un positivisme juridique humaniste et laïque ». RDP, 1982, p. 275.

C'est ce qui explique que la représentation symbolique des individus au sein des sociétés contemporaines est assumée désormais par l'Etat⁶⁵. Pour Monsieur J. Chevalier, c'est la théorie de la souveraineté qui va perpétuer la symbolique de la loi en substituant l'Etat à Dieu⁶⁶.

La légalité tend non seulement à être prise pour une réalité, mais à être la réalité. Cette portée symbolique de la légalité participe du culte de la loi examiné plus haut. Contrairement à l'Etat de police où le pouvoir du prince est sans limite, dans un Etat de droit, les gouvernants sont soumis à l'obligation de respecter le droit qui découle de la légalité, et partant leur action ne doit pas dépasser les limites juridiquement fixées, ni violée les droits des individus. Pour Monsieur P. Amselek, le principe de légalité fait des gouvernants eux-mêmes des gouvernés en tant que gouvernants⁶⁷. Il s'agit d'une sorte de management juridico-politique où les gouvernants donnent l'exemple aux gouvernés. Ces derniers, devant la soumission de leurs gouvernants au droit, ne peuvent qu'adhérer à leurs demandes. La décision publique n'est plus un pouvoir mais une compétence.

Le professeur J. Chevalier, pour sa part, estime, en effet, que la juridisation du pouvoir induite par le principe de la légalité : « entraîne au niveau symbolique l'effacement du phénomène du pouvoir, qui tend à se transformer en une compétence entièrement régie par le droit⁶⁸ ».

L'aboutissement de la symbolique du principe de légalité demeure la légitimation du pouvoir. Dans son traité *Economie et société*, Monsieur Weber expliquait que « la forme de légitimité actuellement la plus courante consiste dans la croyance en la légalité »⁶⁹. La légalité pour qu'elle devienne légitime, se doit d'être porteuse de sécurité juridique. Le développement sociologique vers une société de droit fait que le juge et l'administration se trouvent confrontés non plus à des sujets de droits des administrés passifs mais à des titulaires de droits. Cette métamorphose des qualités

⁶⁵ D. Loschak, PUF. 1981, p178 ;

⁶⁶ J. Chevalier, *La dimension symbolique du principe de légalité*, RDP, p1651.

⁶⁷ P. Amselek, 1982, p278 : « La désacralisation du pouvoir a, en effet, conduit à ramener les autorités publiques au même niveau que les autres citoyens [...] Les gouvernants, même à l'échelon suprême, ne sont pas au-dessus et en dehors du droit ; ils ne sont pas, comme on disait autrefois du Prince [...] ils sont eux-mêmes partie intégrante de la population à gouverner et entrent ainsi naturellement dans le champ de la technique juridique. Ils sont eux-mêmes susceptibles d'être gouvernés en tant que gouvernants : telle est l'espèce de paradoxe qu'exprime le développement du droit public et de l'Etat de droit ».

⁶⁸ J. Chevalier, *op. cit.* p1663.

⁶⁹ M. Weber, *Economie et société*, p 73.

des administrés révèle une sorte d'évolution du concept de vouloir vivre collectif l'un des fondements de la nation.

Comme le soulignait Monsieur Guy Carcassonne : « jadis, on interrogeait l'ami de la famille, le médecin, l'instituteur ou le curé, on se tourne désormais spontanément vers l'avocat »⁷⁰. La professeur Danièle Loschak pousse plus loin l'analyse en faisant le parallèle implicitement avec la sécurité juridique. Madame Loschak y voit un principe de légitimité en ce qu'il : « occupe une place centrale dans le dispositif de légitimation de l'appareil d'Etat dont il est censé soutenir et canaliser la puissance »⁷¹. C'est-à-dire que c'est l'équilibre entre ces deux fonctions du principe de légalité que recherche l'administré. D'une part, une administration soumise et limitée dans son action par le droit, et d'autre part, un exorbitance administrative limitée. Cette prise de conscience de l'ampleur de la métamorphose de l'administré a fait en sorte que la crainte de fermentation des mécontentements des administrés n'est plus le monopole des seuls régimes autoritaires.

La source de légitimité du pouvoir n'est plus seulement sa soumission au droit mais encore faut-il que ce droit procure une sécurité juridique aux assujetties. Toutefois, l'institution de la légitimation par la légalité ne fait pas l'unanimité chez la doctrine. Ainsi, Madame E. Saillant, dans sa thèse l'exorbitance en droit public⁷², explique que : « La première approche qu'un juriste a en général du concept de légitimité consiste à y associer la conformité au droit. Ce qui est légal, au sens large, est légitime. Pourtant légalité et légitimité ne correspondent pas toujours. Et, plus encore, il faut admettre qu'associer toute la légitimité du pouvoir politique plus précisément, à sa légalité, et faire du droit son fondement, est voué à l'échec ». Mais un peu plus loin, Madame Saillant relativise sa vision⁷³. Le professeur J. Chevalier explique le phénomène de la légitimation du pouvoir dans un Etat de droit en ces termes : « en couvrant l'exercice du pouvoir d'un voile protecteur, en le ramenant à la norme et en dé-réalisant ses manifestations tangibles. L'Etat de droit contribue à sa

⁷⁰ Guy Carcassonne, Société de droit contre Etat de droit, in Mélange en l'honneur de G. BRAIBANT, Etat de droit, p 37. DALLOZ 1996.

⁷¹D. Loschak, Le principe de légalité, mythes et mystifications, AJDA 1981, p 389 ;

⁷²E. Saillant, L'exorbitance en droit public. Nouvelle Bibliothèque de Thèses volume 109. DALLOZ 2011, p 235.

⁷³« La soumission du pouvoir politique... au droit a, en effet, une vertu classique et bien connue de légitimation du pouvoir » Ibid. p 254. Ou encore « ... le droit apparait toujours comme une extériorité dont la seule évocation est propre à transformer un rapport de force en rapport supportable, légitime, car de droit ». Ibid. p 256.

légitimation : les commandements du pouvoir sont assurés de plein droit de la légitimité, puisqu'ils sont rapportés à un ordre normatif abstrait et objectif ; et ceux qui sont habilités à parler au nom de la loi bénéficient par projection du capital d'autorité dont celle-ci est investie.

Ce processus fonctionne de manière d'autant plus efficace que le droit est posé comme une réalité extérieure et supérieure à l'Etat : en se conformant au droit, l'Etat se place de lui-même sous l'empire de l'ordre objectif dont le droit est le produit ; il se présente comme le produit de la Nature ou le reflet de Société. La mythification du droit aboutit ainsi à la mythification du pouvoir : en s'effaçant derrière le droit, les gouvernants transfèrent sur leurs personnes les attributs éminents dont il est doté, en mettant le pouvoir à l'abri de toute contestation. L'Etat de droit apparaît, sous cet angle, comme indissociable d'un mode de légitimation légal-rationnel dans lequel l'autorité des gouvernants, et plus généralement de l'ensemble des organes de l'Etat, est fondé sur un statut légal⁷⁴ ».

⁷⁴ J. Chevalier, L'Etat de droit, op. cit. p. 64.

SECTION II : La sécurité légale à travers la structuration du droit par la légalité

A travers sa portée de construction de l'édifice normatif, le principe de légalité assure d'une part, une lisibilité des sources de la sécurité juridique objective, et d'autre part, la graduation de la protection de cette sécurité juridique. Cette vocation du principe de légalité à assurer une sécurité juridique objective découle de l'idée défendue par l'école normativiste de Vienne de l'assimilation des deux concepts ordre juridique et Etat de droit. Ainsi, Monsieur J. Chevalier estime que : « La conception formelle de l'Etat de droit repose sur le principe de hiérarchie des normes ; elle suppose que le droit étatique se présente comme un édifice formé de niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres : une norme n'est valide que si elle satisfait, par ses conditions d'émission et/ou dans son contenu, aux déterminations inscrites dans d'autres normes de niveau supérieur ; et des mécanismes de régulation de nature juridictionnelle sont prévus pour vérifier cette conformité et éventuellement retirer de l'ordonnancement juridique les normes indûment posées⁷⁵ ».

La sécurité légale des administrés passe par une structuration du droit par la légalité. En effet, celle-ci procède, d'une part, par une coordination verticale (paragraphe 1), et d'autre part, par une coordination horizontale (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'élargissement vertical de la légalité ; coordination des sources de la légalité

Il ne suffit pas d'avoir un ensemble de normes encore faut-il connaître leur rang dans la hiérarchie. D'où le rôle du juge administratif dans sa construction du bloc de légalité. Les sources de la légalité ne se valent pas, chacune prime sur une autre. La norme inférieure doit respecter strictement la norme qui lui est supérieure. Ainsi, Monsieur Ph. Rimbault considère que : « le système juridique, sans cesse confronté à une multitude de règles, éprouve constamment le besoin de les situer les unes par

⁷⁵ J. Chevalier, L'Etat de droit, op. cit. p. 42.i

rapports aux autres. C'est précisément la fonction fondamentale de la hiérarchie – principal critère de résolution des conflits normatifs – que de fournir une échelle de valeur juridique permettant de classer les normes, de les harmoniser et ainsi de faire prévaloir l'une d'elle lorsqu'une opposition émerge de leur rencontre. Vecteur de cohérence et de clarification de l'ordre juridique, elle sert indéniablement l'objectif de sécurité juridique⁷⁶ ».

La doctrine distingue deux groupes de sources, d'une part, les sources extérieures à l'administration, et d'autre part, des sources internes édictées par l'administration elle-même. On a pu parler de la fierté d'avoir une administration qui s'autolimité de sa propre initiative. Cependant, nous avons vu que cette opinion ne doit pas être exagérée, mais elle ne doit pas non plus être méprisée. Si par sa soumission aux différentes sources de la légalité l'administration se trouve agir dans un cadre tel qu'il est connu des citoyens, il ne peut y avoir d'atteinte à leur sécurité juridique.

Néanmoins, la multiplication des sources de la légalité rend la démonstration complexe, puisque l'administré sait que l'administration agit en vertu d'un texte juridique, mais sans pouvoir déterminer lequel ou encore son rang dans la hiérarchie des normes. Pour cela, juge et doctrine se sont efforcés à élaborer une théorie de restructuration de la légalité. De cette restructuration naîtra un corps de normes juridiques cohérent et compréhensible pour l'administré.

La soumission de l'administration à la légalité commence par sa soumission à la constitution. Norme suprême dans l'ordre juridique, elle s'impose au législateur comme au pouvoir exécutif. Il en résulte que lorsque l'administration agit, par action ou abstention, en violation de la constitution, le juge administratif annule cet agissement. Le bloc de constitutionnalité se compose de la constitution de 1958, la déclaration des droits de l'homme de 1789, le préambule de la constitution de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république visés par le préambule et consacrés par le conseil constitutionnel. Le juge administratif est compétent pour contrôler la constitutionnalité des actes administratifs, et toute inconstitutionnalité constitue une illégalité au sens du droit administratif. Il s'agit d'une légalité constitutionnelle. Il ne faut pas perdre de vue le rôle du Conseil Constitutionnel dans l'interprétation voire la consécration des normes

⁷⁶ P. Raimbault, Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français. LGDJ 2009, p. 184.

constitutionnelles. En outre, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel s'impose aux pouvoirs publics en général, et au Conseil d'Etat en particulier. Celui-ci considère que les décisions du Conseil Constitutionnel et ses interprétations le lient⁷⁷.

Après le bloc de constitutionnalité, l'administration se doit de respecter les droits des administrés qui découlent d'un engagement international. En effet, jusqu'à la constitution de 1946 qui, dans son article 26, a donné force de loi aux traités. Les traités constituaient une légalité internationale distincte de la légalité interne. Tenant compte de cette évolution constitutionnelle, le conseil d'Etat⁷⁸ a admis les traités comme sources de la légalité et par conséquent le droit aux administrés de s'en prévaloir devant le juge administratif pour demander l'annulation d'un acte administratif. Avant 1946, le principe était que le droit international public n'avait aucun effet sur le droit administratif français, ce n'est qu'avec la constitution du 27 Octobre 1946⁷⁹. Un pas de plus en avant a été franchi avec la constitution de 1958⁸⁰ puisque désormais les traités et accords internationaux sont dotés d'une autorité supérieure à celle des lois. Est-ce que à partir de cette date on pourrait imaginer que le droit français a adopté la conception moniste de droit international ?

Pour ce qui est du droit communautaire, les traités originaires ont une autorité supérieure à celle des lois. La Cour de Justice de l'Union Européenne⁸¹ (CJUE) a toujours mis l'accent sur cet état de supériorité juridique des traités. Signe du renforcement de la sécurité juridique des administrés par la légalité, le conseil d'Etat⁸² a accepté, après de fortes réticences, de contrôler la compatibilité d'une loi même postérieure à une loi sur le fondement duquel l'acte attaqué devant lui a été édicté. Il s'agit d'un contrôle de conventionalité de la loi par le juge administratif.

Les traités originaires sont ceux liant les Etats membres, il s'agit du traité de Rome 1957, l'acte unique 1987, Traité de Maastricht 1992, Traité d'Amsterdam 1997. Outre le droit communautaire originaire, le bloc de légalité s'enrichit également par l'apport du droit dérivé. Celui-ci repose sur deux principales sources, d'une part, les règlements qui ont un effet direct dans chaque Etat de l'Union. Ils sont obligatoires

⁷⁷ CE Ass. 20 Décembre 1985 SA Etablissements Outters, Rec. 382, RFDA 1986. 513 concl. Martin, D 1986. 283, note Favoreu.

⁷⁸ CE, 30 mai 1952, Dame Kirkwood. Rec 291, RDP 1952. 781 concl. Letourneur, note Waline.

⁷⁹ Articles 26-28.

⁸⁰ Articles 52-55.

⁸¹ CJCE, 15 juillet 1964, Da Costa. CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal

⁸² CE, 20 Octobre 1989, Nicolò

en tous leurs éléments, d'autre part, les directives qui fixent des objectifs mais n'obligent les Etats que sur les résultats à atteindre et n'ont pas d'effet direct. Toute directive doit faire l'objet d'une transposition en droit interne de chaque Etat, alors que les règlements entre en vigueur dès leur publication au journal officiel des communautés européennes. Outre les directives et les règlements, font partie du droit dérivé les actes pris par les institutions européennes comme ceux édictés par la commission européenne.

Le bloc de légalité, incorporant les différents fondements juridiques auxquels l'administration est assujettie, n'a pas gardé toujours la même consistance. En effet, à la différence du culte religieux figé à travers le temps, le culte de la légalité est un corps vivant. Fondé sur les acquis de l'histoire, influençant le présent mais non insensible aux transformations des sociétés, le culte de la légalité s'adapte et se développe. Avec le développement des relations internationales et la multiplication des traités et des organismes internationaux dans des domaines divers et variés, les Etats se trouvent obligés de respecter l'ensemble des textes émanant de ce droit. Ainsi, l'administration nationale se trouve en toute logique soumise au droit national mais celui-ci étant pénétré par le droit international, l'administration se voit obliger de respecter également cette légalité externe.

Dans un monde globalisé et des relations internationales de plus en plus élargies, les Etats se voient imposer une sorte de concertation dans leur action les uns à l'égard des autres. D'où le rôle dévolu au droit international. Ainsi, outre la légalité interne, l'administration respecte également des obligations qui lui sont imposées à travers l'ordre international. Un nombre non négligeable d'accords et de traités conclus par l'Etat français sont incorporés dans l'ordre juridique interne et partant elles constituent une source de légalité qui s'impose au pouvoir administratif notamment. Pour autant, ces règles internationales ne sont pas invocables de manière automatique de la part des justiciables. En effet, si les normes d'origine internationale contenues dans des accords conclus entre la France et d'autres nations ont été toujours considéré exclusivement comme une source d'obligation diplomatique, ce n'est qu'avec la constitution de 1946 que fut consacré le principe que les traités internationaux régulièrement introduits dans l'ordre juridique interne avaient force de

loi⁸³. L'effet de la disposition constitutionnelle ne s'est pas fait attendre, dès 1952, le Conseil d'Etat a modifié sa jurisprudence en la matière.

Dans un arrêt remarqué⁸⁴, le juge administratif a consacré l'existence d'une légalité d'origine internationale qui s'impose à l'action des autorités administratives. Le conseil d'Etat a accepté de contrôler la conformité d'un décret du 1 septembre 1951 autorisant l'extradition de la Dame Kirkwood vers les Etats-Unis à la convention franco-américaine de 1909 relative à l'extradition. L'évolution de l'examen, par le juge administratif, des recours contre les décrets d'extradition pour violation d'un traité internationale, s'est accomplie en deux temps. Dans un premier temps, la jurisprudence administrative considérait ces décrets comme acte de gouvernement et partant insusceptibles de recours pour excès de pouvoir⁸⁵. Puis dans un second temps, le Conseil d'Etat accepte d'examiner les recours contre les décrets d'extradition mais seulement fondé sur des moyens d'annulation tirés de la violation du droit interne⁸⁶.

Il a fallu attendre l'arrêt Dame Kirkwood pour le Conseil d'Etat accepte de considérer le traité international comme source de la légalité. Il s'agit là d'un exemple frappant du phénomène du renforcement de la sécurité juridique des administrés par l'extension et l'élargissement des sources de légalité. Désormais⁸⁷, tout acte administratif est examiné à la lumière des conventions ou accord internationaux d'une part, et d'autre part, à la lumière des dispositions internes. Toutefois, le requérant doit non seulement, préciser les dispositions du traité méconnues par l'acte administratif attaqué mais également l'effet juridique direct du traité sur la situation des particuliers⁸⁸.

Dans l'ensemble des règles internationales, il faut distinguer celles qui protègent les droits de l'homme des règles internationales ordinaires. Seules les premières bénéficient dans leur application d'une applicabilité directe et ne sont pas soumises

⁸³ Les articles 26 et 28 de la constitution de 1946. Principe repris par la constitution de 1958.

⁸⁴ CE, ass. 30 mai 1952, Dme. Kirkwood, p. 291, RDP 1952, p 781.

⁸⁵ CE, 2 juill 1836, Boidron, R, 371 ; S, 1836,2, 443.

⁸⁶ CE, 28 mai 1937, Decerf, R, 534 ; S, 1937, 3, 73.

⁸⁷ Apartir de cette date, a été admis que le recours pour excès de pouvoir est recevable contre tout acte administratif édicté en méconnaissance d'un traité ou un accord international. CE, 3 Fev 1956, Petalas, R, 44. CE, Ass, 29 juin 1990, GISTI : Illégalité d'une circulaire relative aux étudiants algériens et méconnaissant les dispositions d'accords internationaux liant la France et L'Algérie.

⁸⁸ CE, 29 Juill 1994, Préfet de Seine-maritime, R, 732. CE, Sect. 23 Avril 1997, GISTI, R, 142, concl. Abraham, RFDA 1997, p585.

au principe de réciprocité. Ainsi, les engagements internationaux protecteurs des droits de l'homme, principalement la convention européenne des droits de l'homme et le pacte international sur les droits civils et politiques, sont invocables directement par les administrés sans être subordonnés à la clause de réciprocité de l'article 55 de la constitution⁸⁹. La sécurité juridique objective des administrés se trouve renforcée d'autant plus que de telles règles sont invocables directement à l'appui de leur recours en justice à l'encontre de dispositions de droit interne qui seraient d'origine réglementaire. Les sources internationales protectrices des droits de l'homme ignorent le principe de réciprocité. De son côté, la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités stipule dans son article 60§5 que la violation par un Etat contractant de dispositions relatives à la protection de la personne humaine n'autorise pas les autres parties à mettre fin au traité.

En revanche, les autres règles internationales, autres que celles protectrices des droits de l'homme, pour qu'elles soient revendiquées par les administrés à l'appui de leur recours devant le juge, doivent satisfaire certaines conditions. Il s'agit du principe de l'applicabilité directe de la règle internationale. Ainsi, l'applicabilité directe est soumise à deux conditions. D'une part, l'applicabilité directe suppose que la norme internationale est applicable sans qu'il y ait besoin de l'introduire dans le droit interne par une disposition spécifique. En droit international, un accord ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers, sauf le cas où les parties contractantes aient exprimé leur intention d'adopter des règles créant des droits et des obligations pour les individus. D'autre part, il faut que la norme internationale en cause soit suffisamment précise et dépourvue d'ambiguïté quant à l'attention des parties pour être appliqué dans l'ordre interne sans mesure complémentaires d'exécution. En l'état actuel du droit français, seul la convention européenne des droits de l'homme et le pacte international sur les droits civils et politiques⁹⁰ sont considérés comme tel.

Les règles internationales intégrées dans l'ordre juridique interne s'additionnent aux règles internes et s'insèrent dans le bloc de la légalité. Ainsi, tout justiciable ou son

⁸⁹ Pour le professeur Dubouis, ces traités : « s'imposent non à titre de contrepartie des droits consentis par les autres Etats signataires mais à raison des engagements pris à l'égard des personnes bénéficiaires », La portée des instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme dans l'ordre juridique français, in E. Smith (éd), Economica, 1990, p139.

⁹⁰ CE, 21 déc. 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, Rec. P368.

conseil puisera dans cet ensemble de normes pour trouver tous les moyens susceptibles de fonder son recours devant le juge. Il est vrai que plus il y aura de règles protectrices des droits, plus la sécurité juridique objective des citoyens serait renforcée. Toutefois, il s'avère que la multitude des règles et de leur origine est néfaste pour la sécurité juridique par la légalité.

Parmi les textes internationaux les plus invoqués à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, on trouve essentiellement, la charte des nations unies⁹¹, la convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de 1980⁹², la convention de Genève sur le statut des réfugiés de 1951⁹³, les conventions de l'OIT⁹⁴, les conventions de protection de la nature notamment celle de Berne⁹⁵, la convention de la Haye pour la protection de la propriété culturelle, la convention de Chicago sur l'aviation civile internationale de 1944⁹⁶, le convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la convention des nations unies de 2005 sur les immunités juridictionnel des Etats et de leurs biens, la convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1990⁹⁷. Aussi, il ne faudrait pas perdre de vue les instruments bilatéraux, notamment ceux relatifs aux extraditions⁹⁸, à l'entrée et le séjour d'étrangers⁹⁹, à la double imposition¹⁰⁰, à la coopération judiciaire avec des Etats tiers.

Pendant longtemps, la sécurité légale des administrés à travers le droit international était limitée à cause de la position du conseil d'Etat en présence d'un traité dont les dispositions nécessitent une interprétation. En effet, pendant toute une période, le juge administratif estimait qu'en présence de dispositions obscures ou ambiguës, seul le ministère des affaires étrangères était compétent pour les interpréter. Un paradoxe où le texte sur le fondement duquel est attaqué un acte administratif se voit interpréter par l'administration et le juge administratif se considérait comme lié par

⁹¹ CE, sect. 19 déc. 2007, rec leb

⁹² CE, sect. 16 nov. 2005, rec leb

⁹³ CE, sous-sections réunies, 26 oct 2011, mentionné au recueil.

⁹⁴ CE, sect. 4 mars 2009, rec leb

⁹⁵ CE, sect. 17 nov 1995, rec leb

⁹⁶ CE, sect. 31 juill 2009, rec leb

⁹⁷ CE, sous-sec. Réu. 4 juin 2012, mentionné au recueil.

⁹⁸ CE, sect. 19 mars 2010, mentionné au recueil.

⁹⁹ L'accord du 17 mars 1988 entre la France et la Tunisie en matière de séjour et de travail. CE, sous sect. Réu. 2 mars 2012, mentionné au recueil.

¹⁰⁰ CE, 29 juin 2011, ment. Rec. Application de la convention signée le 31 aout 1994 entre la France et les Etats-Uniens en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et la fortune.

l'interprétation Ministérielle. Cette ligne jurisprudentielle qui remonte à 1823¹⁰¹ n'a été abandonnée qu'en 1990 suite à l'arrêt d'assemblée GISTI¹⁰².

Outre les accords et les conventions, l'ordre juridique international est formé par un ensemble de règles reconnues internationalement, il s'agit des principes généraux du droit international ou la coutume internationale plus connue sous le concept de *lex mercatoria*. Le Conseil d'Etat intègre dans le bloc de légalité les principes de droit international. Il a été jugé que « ne heurte aucun principe de droit international la destruction, en haute mer, par la marine nationale, d'une épave présentant un danger pour la sécurité des côtes et des eaux territoriales¹⁰³ ».

Toujours dans cette optique de la sécurité légale, c'est-à-dire, une sécurité juridique assurée par la soumission au droit, le juge administratif jouait et joue encore le rôle d'un régulateur de l'application de normes juridiques. Comme nous l'avons souligné, outre les normes internes, le principe de légalité a fini par incorporer les normes d'origines internationales. Ce mécanisme donnait plus de vigueur et d'importance au principe de légalité dans sa dimension protectrice de la sécurité juridique objective de l'administré. Toutefois, les choses n'étaient pas aussi évidentes, notamment en ce qui concerne l'articulation des normes juridiques des deux ordres. La question pour l'administré de savoir jusqu'à quel degré il peut invoquer une règle d'origine internationale ne pouvait être une mince affaire. Comment un juge mettra en échec la norme émanant d'institutions d'Etat souverain, de surcroit le sien, et lui préférer une norme d'origine étrangère. Le Conseil d'Etat, en dépit des dispositions de l'article 55 de la constitution du 4 Octobre 1958¹⁰⁴, a toujours refusé d'assurer la primauté de la norme internationale ou communautaire sur le droit interne lorsque celui-ci est postérieur aux dites normes.

Il ne s'agissait point d'une résistance d'orgueil mais au contraire d'un raisonnement juridique bel et bien fondé. Le juge est la bouche de la loi, il doit juger par la loi et non la loi elle-même. Ainsi, le Conseil d'Etat se considérait obligé par la loi, y compris lorsqu'elle contredit un traité ou une norme communautaire qui lui est antérieur, parce qu'il s'agit de la volonté de la représentation nationale et partant de là les

¹⁰¹ CE, 23 juill 1823, *Veuve Murat*, R, 545 ; S, 1828, II, 246.

¹⁰² CE, Ass. 29 juin 1990, GISTI, R 171, AJDA, 1990, 621, concl. Abraham.

¹⁰³ CE, Sect. 23 oct 1987, *Sté. Nachfolger Navigation Company*, RFDA, 1988, 345, note Ruzié.

¹⁰⁴ Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

dispositions de l'article 55 de la constitution de 1958 sont adressées au pouvoir législatif. Il s'agit là d'une survivance du culte de la loi malgré la perte de ses vertus et sa majesté depuis la constitution de 1958.

Il a fallu attendre 1989 pour que le conseil d'Etat fasse revirement de jurisprudence à l'occasion de l'affaire Nicolo¹⁰⁵. Une telle évolution est due également au contexte juridique de l'époque, en effet, pour la Cour de Cassation depuis 1975¹⁰⁶ ainsi que pour toutes les juridictions des autres Etats membres, les normes communautaires priment sur les lois internes antérieures ou postérieures. La solution Nicolo ne s'applique pas seulement aux traités et accords internationaux mais également au droit communautaire dérivé ; les règlements et les directives communautaires.

Par cette brève étude du bloc de la légalité, nous avons essayé de démontrer d'une part, comment ces sources de la légalité sont porteuses à la fois d'obligations qui s'imposent aux administrés, et des droits qui garantissent leur sécurité juridique objective. D'autre part, le rôle que joue le juge administratif pour établir un équilibre entre les deux facettes de la norme juridique. Le Conseil d'Etat par sa jurisprudence a toujours marqué son emprise sur ce point d'équilibre. Si une norme juridique par sa portée légale est source de sécurité juridique pour l'administré, seul le juge administratif par sa jurisprudence décide de la portée à donner à cette sécurité juridique objective.

Tout au long de notre travail, l'accent sera mis sur cet opium du juge administratif dans son emprise sur le sens des normes. Une emprise qui ferait de la jurisprudence une source de la légalité juste après la constitution, voir même la première puisque depuis l'instauration de la QPC, le conseil constitutionnel est devenu une véritable cour suprême et notre droit avance à petits pas vers l'instauration de la technique du précédent. Ainsi, le juge apparaît, selon Monsieur J. Chevalier, comme : « la clef de voûte et la condition de la réalisation de l'Etat de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée ; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la

¹⁰⁵ CE, Ass, 20 oct 1989, Nicolo, R, 190, concl. Frydman ; RFDA, 1989, 812, concl. Frydman, 824, note Genevois, 993, note Favoreu ; AJDA, 1989, 756, chro. Honorat et Baptiste, 788, note Simon ; RGDIP, 1989, 1041, concl. Frydman 1990, 91, note Boulouis ; RTDE, 1989, 787, concl. Frydman, note Isaac ; D. 1990, chro, 57, obs. Kovar ; RDP, 1990, 801, note Touchard ; JCP, 1989, II, 21371, concl. Frydman ; Revue critique de dr. Inter. Privé, 1990, 125, concl. Frydman, 139, note Lagarde.

¹⁰⁶ La cour de cassation, chambre mixte 24 mai 1975 Jacques vabre, 73-13.556, publié au bulletin.

protection. Le culte du droit aboutit en fait à la sacralisation du juge : investi du rôle de gardien des valeurs¹⁰⁷ ».

¹⁰⁷ J. Chevalier, L'Etat de droit. Op. cit. p. 128.

Paragraphe 2 : Le renforcement de la sécurité juridique objective par une légalité horizontale

Si par légalité verticale nous avons entendu traiter les normes d'origine internationales, d'une part, et des normes d'origine interne autre qu'administrative. Par légalité horizontale, nous entendons toutes les normes qui sont d'origines administratives. Le contrôle de légalité des actes administratifs n'a pas cessé de se développer au cours du temps, mais ce n'est que récemment que le juge administratif a fait preuve de libéralisme à l'égard des administrés en étendant son contrôle sur des actes administratifs, non dépourvus de l'autorité de la chose décidée, jusque-là soustraits à ce type de contrôle.

Sous-paragraphe 1 : La lutte du juge administratif contre l'immunité du droit sous-terrain. L'exemple du contentieux des circulaires administratives

Il s'agit d'une catégorie d'actes censés ne produire aucun effet juridique à l'adresse des administrés, ils ne modifient pas, par eux-mêmes, l'état du droit des personnes à l'égard desquelles ils s'appliquent. Leur appellation varie en fonction des guises des autorités administratives qui les édictent. Ils peuvent être des directives, des circulaires, des notes internes ou de service, des instructions, des mesures d'ordre intérieur etc. La qualité d'acte juridique dépourvu d'effet juridique vis-à-vis des administrés tient au fait qu'il s'agit d'actes destinés uniquement à un usage interne aux services administratifs. Et pourtant les administrations attendent la circulaire de leur chef avant de commencer à appliquer les lois et règlements pourtant en vigueur. Leur principale raison d'être est de permettre à l'ensemble des services administratifs, rattachés à une collectivité, d'appliquer et d'interpréter d'une manière uniforme la législation en vigueur. Le seul et unique destinataire d'un tel acte est le service chargé de l'appliquer, c'est la conséquence du principe hiérarchique. Il s'agit d'ordre que le service subalterne doit exécuter dans le sens et les modalités fixées par leur pouvoir hiérarchique.

Partant du postulat de l'usage strictement interne de ces actes, les administrés ne peuvent solliciter le juge en vue d'un éventuel contrôle puisque par définition, on ne

peut différer au juge que les actes qui ont pour vocation la modification de l'ordonnancement juridique, Il s'agit là du principe. Toutefois, un tel principe n'est pas sans comporter un nombre de dérogations. Celles-ci ne cessent, sous l'impératif du large contrôle de la légalité, d'augmenter. Le juge administratif a fixé la ligne distinctive par l'arrêt Notre dame du Kreisker¹⁰⁸. En effet, par cet arrêt le Conseil d'Etat, dans sa formation la plus solennelle, a fixé la distinction des circulaires selon qu'elles ont un caractère réglementaire ou simplement un caractère interprétatif. En vertu de cette jurisprudence, est réglementaire, la circulaire qui consacre un changement au sein de l'ordonnancement juridique soit en rajoutant des obligations ou des droits au-delà de ce qu'a été prévu par la législation ou la réglementation d'origine. Pour Monsieur Lachaume : « dans ces circulaires ou instructions de service, l'autorité compétente interprète une loi ou un décret, indique la façon dont le texte devra être appliqué et ici apparaît l'ambiguïté de la circulaire. Interpréter une norme de nature générale et impersonnelle, c'est en dégager le sens, la portée, sans rien y ajouter »¹⁰⁹. Mais de ce rôle d'interprétation, les rédacteurs des circulaires se lancent dans une interprétation maximale qui ajoute au texte original des conditions qu'il n'a pas lui-même stipulé. Dans ce cas, la circulaire est réputée réglementaire.

Toutes circulaires reconnues comme ayant un caractère réglementaire donne droit à un recours pour excès de pouvoir devant le juge qui prononcera son annulation pour vice d'incompétence de son auteur. En revanche, les circulaires interprétatives par les quelles l'administration ne fait que commenter un texte sans modifier l'état du droit ne sont pas susceptibles de recours. Est interprétative toute circulaire qui se borne à interpréter sans rien rajouter aux textes en vigueur. La distinction opérée par la jurisprudence Institution Notre Dame du Kreisker ne valait pas seulement pour la circulaire dans sa globalité mais également pour une partie de ses dispositions.

L'atteinte à la sécurité légale du fait des circulaires et des actes qui lui ressemblent est facilitée par le fait que souvent les chefs des services ont recours à ces actes pour combler un vide juridique. La production des normes juridiques suit une logique qui voudrait que plus la norme est supérieure, plus elle ne traite que des grands axes

¹⁰⁸ CE. Ass. 29 janv. 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, AJ 1954, p 5, chron. F. Gazier et M. Long ; Par sa circulaire, le ministre de l'éducation nationale « ne s'est pas borné à interpréter les textes en vigueur, mais a fixé des règles nouvelles....par suite, la dite circulaire a, dans ces dispositions un caractère réglementaire ».

¹⁰⁹J-F. Lachaume, Droit Administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence. Thémis puf droit, 13^e Edition, p 200.

et les grands principes, ainsi une loi fixe une politique générale relative à une matière donnée, à charge pour les décrets d'application de la détailler. Pour accompagner ce changement de la réglementation, les ministres concernés envoient des notes explicatives de la nouvelle norme et de ses conséquences sur les administrés. Cet exercice oblige généralement l'auteur de la circulaire à aborder des détails comme le fait d'anticiper certaines demandes qui seraient susceptibles d'être portées par les administrés et les réponses que doit leur donner l'administration sous son contrôle. Souvent, c'est lors de cet exercice où on commente le texte de loi et où on recommande un certain comportement que de l'interprétation on glisse vers la réglementation. Cet état de fait, qui n'est pas sans nuire à la sécurité légale des administrés, a rendu nécessaire une évolution jurisprudentielle.

En effet, par un arrêt de 2002¹¹⁰, le Conseil d'Etat a sauté le pas et a donné une nouvelle ligne de démarcation des différentes circulaires. Désormais, ce n'est plus parce qu'une circulaire est interprétative qu'elle n'est pas susceptible de faire grief. La nouvelle jurisprudence distingue les circulaires dénuées de caractère impératif des circulaires impératives, ces dernières sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et cela même si elles ne font que réitérer une règle.

Sous-paragraphe 2 : Le contentieux des mesures d'ordre intérieur

Il s'agit des normes et statuts destinés à régler et organiser la cohabitation d'un ensemble d'individus dans un cadre donné. L'exemple type d'une mesure d'ordre intérieur est le règlement intérieur d'un établissement destiné à établir des règles de conduite au sein du dit-établissement. Cependant, c'est dans un autre cadre que le régime juridique des mesures d'ordre intérieur a été fixé. En effet, la jurisprudence a élaboré ce régime à partir du contentieux relatif aux sanctions disciplinaires. Selon une jurisprudence constante du conseil d'Etat, les mesures d'ordre intérieur ne sont pas susceptibles de faire grief, et donc, insusceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux. Mais depuis quelque temps, le Conseil d'Etat,

¹¹⁰CE Sect. 18 Déc. 2002, Mme. Duvignères. Rec. 463, concl. Fombour. RFDA 2003, 274. AJDA 2003, 487. Mélange Moderne, p. 357.

animé par un esprit libéral, a procédé progressivement à vider cette catégorie de sa substance.

Pendant longtemps, les sanctions disciplinaires infligées à un militaire, un détenu ou un élève par exemple étaient insusceptibles de recours devant le juge. Cet état de droit était justifié par deux raisons, d'une part, les mesures d'ordre intérieur étaient considérées d'importance minime et donc ne nécessitent pas une intervention du juge vu que leur incidence sur les droits et les libertés des destinataires sont médiocres. D'autre part, on voyait d'un mauvais œil l'intervention d'un juge dans ce domaine, puisque généralement les mesures d'ordre intérieur intervenaient dans un cadre militaire ou carcéral, il s'agit de milieu où il faut disposer de l'autorité nécessaire pour imposer la discipline, et c'est cette autorité qui risquerait d'être entravée en cas de contrôle juridictionnel. Il s'agissait en l'occurrence, sinon d'un arbitraire administratif toléré, au moins d'un véritable déni de justice et de sécurité légale. Progressivement, le juge administratif a entamé un mouvement de rétrécissement du domaine des mesures d'ordre intérieur, ainsi est exclue de cette catégorie toutes décisions qui porterait une atteinte substantielle aux droits et libertés des destinataires ou sur leur situation statutaire¹¹¹.

Hormis le milieu carcéral et militaire, un autre domaine s'est illustré par la place qu'occupent les mesures d'ordre intérieur, il s'agit de l'école. Pourtant le Conseil d'Etat a toujours considéré que les règlements intérieurs des établissements scolaires sont de simples mesures d'ordre intérieur et par conséquent, ils demeurent insusceptibles de recours¹¹². Ce n'est qu'avec l'affaire « Kherouaa » que le Conseil d'Etat a procédé à un revirement de jurisprudence¹¹³. Il s'agissait de savoir si l'interdiction, faite aux élèves de l'enseignement public de porter un signe destiné à marquer leur appartenance à une religion, en l'occurrence le foulard islamique, était une simple mesure d'ordre intérieur ou une décision faisant grief susceptible de recours contentieux. Déjà, dans un avis adopté par son assemblée générale,¹¹⁴ le

¹¹¹ En effet, le Conseil d'Etat a jugé recevable le recours dirigés contre les notes attribuées aux magistrats (CE Ass. 31/janv/1975, Volff) ou encore aux militaires (CE Sect. 22/avril/1973, Pierron), la jurisprudence a admis aussi les recours dirigés contre les mesures prises en matière de résultats de compétitions sportives (Sect. 25/Janv/1991, Vigier).

¹¹² CE, Sect. 21/Oct/1938, Lote, Rec. 786.

¹¹³ CE, 2/Nov/1992, Kherouaa, Rec. 389. D. 1993. 108, note Koubi. AJ 1992. 790. Chro. Maugué et Schwartz. RDP. 1993. 920, note Sabourin.

¹¹⁴ CE, ass. Gén. Avis, 27 novembre 1989. RFDA 1990.1, note Rivero.

Conseil d'Etat avait estimé que n'était incompatible avec le principe de la laïcité, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendaient manifester leur appartenance à une religion. Toutefois et afin d'éviter d'éventuelles perturbations sur le déroulement de l'enseignement, le port de signes religieux pourrait être réglementé. Appelé à statuer au contentieux sur le même problème, le Conseil d'Etat a statué dans le même sens que l'avis précité en jugeant que le règlement intérieur d'une école qui interdit le port de tout signe distinctif, vestimentaire ou autre d'ordre religieux, politique ou philosophique est un acte susceptible de recours en tant qu'il institue, par la généralité de ses termes, une interdiction générale et absolue en méconnaissance des principes de la liberté d'expression reconnue aux élèves.

Désormais, bien qu'il s'agisse d'une mesure d'ordre intérieur, le règlement intérieur d'une école, comme la plupart des autres mesures d'ordre intérieur, ne bénéficie plus de son régime d'immunité totale qu'il connaissait avant. Face aux critiques dont faisait l'objet sa jurisprudence en la matière, le Conseil d'Etat était amené à modifier son raisonnement. Ainsi, le rapporteur public Patrick Frydman, plus de dix ans après Monsieur B. Genevois lors de l'affaire « Caillol » en 1984, dénonçait à son tour ce déplorable paradoxe en ces termes « On ne peut évidemment manquer de voir quelque paradoxe, en logique, dans une démarche consistant ainsi, pour une juridiction expressément désignée à l'effet de statuer sur une requête, à rejeter aussitôt celle-ci comme irrecevable pour un motif de principe »¹¹⁵.

Combien même le désagrément que produit un acte est minime, rien ne justifie son immunité juridictionnelle, cela reviendrait à admettre le déni de justice. Sans pour autant mettre fin à la catégorie des mesures d'ordre intérieur, le Conseil d'Etat par deux arrêts¹¹⁶ a ouvert le prétoire contre de tels actes. Le revirement auquel a procédé le conseil d'Etat en 1995 a mis fin à l'atteinte que provoquait son ancienne jurisprudence à la sécurité légale à laquelle pouvaient légitimement s'attendre les administrés.

Comme nous l'avons abordé plus haut, les mesures d'ordre intérieur ont eu pour domaine d'élection l'éducation, le milieu carcéral et l'armée, et c'est en toute logique

¹¹⁵ Conclusion commissaire du gouvernement P. Frydman sous l'arrêt Marie, CE Ass. 17 février 1995.

¹¹⁶ CE, Ass. 17 février 1995, Marie. CE, Ass. 17 février 1995, Hardouin. Rec. P. 82 et 83 concl. Frydman, AJ 1995, p. 379, chron. L. Touvet et J-H Stahl. D 1995, p 381, note N. Belloubet-Frier, JCP 1995, n° 22426, note M. Lascombe et F. Bernard. RDP 1995, p. 1338, note O. Gohin.

que les revirements de 1995 ont été prononcés à l'occasion d'un litige relatif à l'un de ses domaines. Dans l'affaire « Marie », il s'agissait d'une détenue qui s'est plainte par courrier du mauvais fonctionnement du service médicale de la prison. Se fondant sur le caractère injustifié de la réclamation, le directeur de la prison avait infligé une sanction de 8 jours de cellule de punition à la détenue Marie. Le Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir, avait jugé au sujet de la mesure de punition : « Que, eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ».

Le Conseil d'Etat prend le soin de prendre en compte à la fois la nature et la gravité de la mesure. Désormais, toute mesure d'ordre intérieur est susceptible de recours d'excès de pouvoir, mais seules celles dont la nature et la gravité ne sont pas minimales pour le destinataire sont censurées. Dans le cas de l'arrêt Marie, le Conseil d'Etat mentionne successivement les articles D167 et D 169 du code de procédure pénale qui explicite la nature de la punition de cellule, ainsi que l'article 721 du même code pour ce qui est des conséquences graves que peut avoir la sanction sur l'avenir carcéral de la détenue. Il en ressort qu'une mesure d'ordre intérieur par sa nature, c'est-à-dire, l'obligation qu'elle mette à la charge du destinataire est telle qu'elle porterait atteinte à une liberté ou un droit fondamental, ou/et par sa gravité, c'est-à-dire, les conséquences qu'aurait la mesure sur son avenir.

Bien entendu la question de savoir si ces deux critères, à savoir la nature et la gravité de la mesure, sont-ils cumulatifs ou complémentaires ? La réponse fut rapportée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 30 juillet 2003¹¹⁷, où il censure la mesure de placement à l'isolement d'un détenu à cause de l'importance de ses effets sur les conditions de détention de celui-ci, et ce sans pour autant examiner ses éventuelles conséquences sur son avenir. Il en ressort qu'un seul des deux critères suffit à faire tomber une mesure d'ordre intérieur.

Depuis les décisions de 1995, le prétoire s'est progressivement ouvert aux prétentions des destinataires des différentes mesures d'ordres intérieurs. Depuis, l'univers carcéral n'est plus un îlot de mesures immunisées contre l'ingérence du juge. Ce mouvement a été résumé par le commissaire de gouvernement Mattias

¹¹⁷CE 30/Juill/2003 Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Remli. Lebon 366.

Guyomar dans son constat dressé dans les colonnes de l'AJDA en 2009 « L'histoire des mesures d'ordre intérieur est heureusement celle de leur déclin ».

Paragraphe 3 : Le renforcement de la sécurité juridique objective à travers les techniques contentieuses

Les rapports juridiques sont, généralement, multilatéraux. Il en ressort à chaque fois l'existence d'une relation synallagmatique, d'un côté des droits de l'autre des obligations. Dans ce schéma, assuré la protection de la sécurité juridique de l'une des parties reviendrait à affaiblir celle de l'autre partie. C'est un exercice d'équilibriste auquel doit procéder le juge lorsqu'il est question de sécuriser un rapport juridique. Il en résulte que lorsqu'on parle de sécurité juridique, il ne s'agit pas ipso facto de la situation de l'administré, il pourrait s'agir de la sécurité juridique des organes administratifs ou encore celle de tierce personne. On toute logique, on peut parler d'une sécurité juridique de l'administration. Toujours dans le même phénomène de la sécurité juridique par la légalité, il arrive que le juge soit appelé à donner le sceau de la régularité à un acte qui devrait être censuré en principe. Nous allons examiner l'évolution de l'office du juge administratif en la matière.

Sous-paragraphe 1 : La technique de substitution de base légale

Il s'agit de la technique par laquelle le juge procède au rattachement de la décision attaquée à un texte autre que celui qui a servi comme fondement à l'édition la décision attaquée. La logique voudrait que, le juge administratif, lorsqu'il est saisi d'un recours contre un acte administratif pris sur un fondement juridique erroné, déclare tel acte illégal et le censure pour erreur de droit. Pour reprendre l'exemple cité par le professeur R. Chapus¹¹⁸, le juge rejette le recours dirigé contre un décret pourtant illégal en ce qu'il excède ce que dispose la loi pour l'application de laquelle il

¹¹⁸ R. Chapus. Droit du contentieux administratif, Montchrestien éd. 13, p. 1005.

a été pris. Le décret se trouve légalisé par la substitution de l'article 37 de la constitution comme base légale au lieu de la loi¹¹⁹.

Toutefois, cette possibilité de substitution n'est possible que le texte à substituer a au moins une valeur juridique équivalente à celle du fondement juridique initial retenu à tort¹²⁰. Dans certaines hypothèses, l'annulation dans de tels cas, n'est pas sans préjudice pour la sécurité juridique de l'administration elle-même. En effet, à cause d'une simple erreur sur le choix du fondement juridique, toute la procédure sera annulée et l'administration serait invitée à revoir sa copie, alors que la nouvelle décision serait exactement la même que celle annulée. Ceci n'est pas pour simplifier la bureaucratie administrative et par la même retarderait l'examen des autres cas des administrés en attente de traitement.

Une fois encore le pragmatisme l'a emportée sur l'analyse juridique pure. Le Conseil d'Etat s'est reconnu le pouvoir, lorsqu'il lui est soumis un cas pareil, de substituer une base légale correcte à celle que l'autorité administrative a retenue comme fondement. C'est à l'occasion d'un contentieux relatif à la reconduite à la frontière que le juge administratif a consacré une telle innovation¹²¹. Cependant, la solution finalement retenue ne l'a pas été sans hésitation voire des contradictions. Ainsi, dans un premier temps, toujours dans le cadre du contentieux des reconduites à la frontière, le juge avait écarté, du moins implicitement, une possible substitution entre les bases légales que le législateur a prévu au I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 pour servir de fondement aux décisions de reconduite à la frontière¹²². La section du contentieux n'était pas du même avis, puisqu'elle a admis explicitement la possibilité de substitution des bases légales¹²³. Solution explicitement écartée cette fois par l'arrêt Sacko¹²⁴, avant qu'elle soit admise et confirmée par la suite¹²⁵.

Outre la conformation de cette tendance jurisprudentielle, la jurisprudence EI BAHl innove également en rattachant la possibilité pour le juge d'effectuer une substitution

¹¹⁹ CE, Sect. 27 janvier 1961, Daunizeau, lebon p. 57, AJ 1961, p. 75, chron. J-M. Galabert et M. Gentot.

¹²⁰ CE. 11 juin 1993, Soc. Landrieu, p. 173.

¹²¹ CE, Sect. 3 décembre 2003, Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi

¹²² CE, Ass. 13 décembre 1991, Nkodia, lebon p. 439, AJDA 1992 p. 114, chron. C. Maugûé et R. Schartz.

¹²³ CE, Sect. 15 avril 1992, Polat, lebon tables p. 981.

¹²⁴ CE, 9 novembre 1998, Sacko, Lebon tables p. 958.

¹²⁵ CE 26 février 2001, Mme Fadiadji, lebon tables, p 993. CE 27 juillet 2001, Préfet de police c/ Kamdoum, lebon tables, p 993.

de base légale à son office. Force est de constater que les conditions, dans lesquelles la jurisprudence El bahi a encadré la faculté du juge administratif de procéder à la substitution de base légale, démontre le souci de ne recourir à une telle méthode que lorsqu'elle est sans effet sur la situation des parties. Autrement dit, éviter que le juge agisse en administrateur, la substitution de base légale n'est possible que dans les cas où le juge estime que l'autorité administrative aurait pris la même décision sur le fondement du texte substitué, dans le cadre d'un même pouvoir d'appréciation et sans priver l'intéressé de garanties de procédure qu'il tiendrait du texte substitué. Ainsi, en ce qui concerne les conditions liées à la situation de l'administration, il y a possibilité de procéder à la substitution de base légale lorsque le juge : « constate que la décision contestée devant lui aurait pu être prise, en vertu du même pouvoir d'appréciation, sur le fondement d'un autre texte que celui dont la méconnaissance est invoquée »¹²⁶. D'autre part, il y a des conditions qui tiennent à l'administré puisque l'arrêt El Bahi poursuit « sous réserve que l'intéressé ait disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée ».

Si la décision El Bahi rattache le pouvoir de substitution à l'office du juge, elle prend également le soin de préciser que « celui-ci peut y procéder de sa propre initiative, au vu des pièces du dossier, mais sous réserve, d'avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations sur ce point ». Cette démarche a le mérite de dépasser un cadre juridique rigide sans pour autant porter atteinte aux garanties et aux droits dont bénéficie l'administration et l'administré. Dans ses conclusions¹²⁷ sous cet arrêt, le rapporteur public incitait le Conseil d'Etat à statuer dans ce sens « Lorsque vous mettez en œuvre une substitution de base légale, vous ne touchez pas au dispositif de la décision administrative et, en raison des conditions que vous mettez à cette substitution, vous ne touchez pas davantage aux motifs déterminants de la décision, ce sont les mêmes faits qui justifient la décision, le pouvoir d'appréciation de l'administration est identique, les garanties dont doivent bénéficier les administrés sont respectées. Ce faisant, vous neutralisez sans doute une erreur de droit affectant les motifs de la décision attaquée dont la sanction serait

¹²⁶ Arrêt El Bahi, op, cité.

¹²⁷ Jacques-Henri Stahl, Conclusions sur CE Sect. 3 décembre 2003 El Bahi, RFDA 2004, p 733.

purement doctrinale, mais vous ne modifiez pas vraiment la teneur de la décision administrative ».

Ce pouvoir de redonner d'office un fondement juridique plus adéquat à la décision attaquée est propre au contentieux de l'excès de pouvoir. En effet, s'agissant du contentieux fiscal, la question a été tranchée bien avant la décision El Bahi, puisque depuis 1975, le conseil d'Etat a jugé que le juge de l'impôt ne peut procéder d'office à une substitution de base légale¹²⁸. Cette différence de traitement des deux questions par le même juge se justifie par la nature du contentieux en cause. En effet, le contentieux fiscal relève du plein contentieux où le juge doit trancher entre plusieurs intérêts en présence, alors que dans le contentieux de la reconduite à la frontière on en présence d'un contentieux de l'excès de pouvoir, dans lequel le procès est fait à l'illégalité d'un acte. Comme nous l'avons souligné plus haut, la substitution d'office n'est possible que si elle est sans effets sur la situation des parties au litige. Dans le cadre d'un contentieux fiscal, il y aurait forcément une atteinte aux intérêts du requérant si le juge de l'impôt se reconnaît lui aussi la faculté de procéder d'office à redonner le bon fondement juridique à l'imposition contestée. La substitution de base légale n'est, en outre, qu'une simple faculté ouverte au juge de l'excès de pouvoir. En effet, combien même les conditions de la substitution de base légale seraient réunies, le juge peut toujours refuser de procéder à une telle substitution¹²⁹.

Le fait qu'il s'agisse d'une simple faculté ouverte au juge a le mérite de ne pas pousser les déductions à contrario pour les cas où la substitution n'a pas eu les faveurs du juge. La liberté laissée à l'office du juge pour recourir à la substitution de base légale, et par la même de ne pas annuler un acte pourtant illégal, relève d'un pragmatisme juridique. Ce pragmatisme que le commissaire de gouvernement J-H Stahl rattache à des considérations de bonne administration, comme c'est le cas lorsque le juge refuse d'annuler des décisions entachées d'une irrégularité qu'il considère non substantielle ou encore ne pas annuler celles prises pour plusieurs motifs dont l'un est illégal.

¹²⁸CE Sect. 21 mars 1975, *Ministre des Finances c/ Sieur X*, lebon p 217.

¹²⁹CE, Ass. 24 juin 1960, *Société Frampar et Société France Edition et Publications*, lebon p. 412, conclusion Heumann.

La question qui se pose instinctivement est de savoir si, à l'appui de ces exemples, le juge de l'excès de pouvoir est toujours un juge objectif. Parce qu'au lieu d'annuler ipso facto un acte jugé illégal comme l'y invite le contentieux de l'excès de pouvoir, le juge administratif opte pour la régularisation par voie de substitution de base légale et de s'assurer que cette substitution procure à l'administré au moins les mêmes garanties auxquelles il aurait bénéficié en application du fondement juridique erroné. Ce mouvement s'inscrit dans ce qu'une partie de la doctrine appelle la subjectivisation du droit administratif. Tout au long de notre travail, nous allons démontrer que ce trait subjectif du droit administratif a été toujours présent mais occulté.

Sous-paragraphe 2 : La technique de substitution des motifs

Un acte administratif doit être fondé sur des motifs, il s'agit de justifier sa raison d'être sous l'éventuel contrôle du juge. La question de la validité des motifs est une question de légalité interne. Ainsi, l'erreur dans les motifs de droit ou de fait entraîne l'annulation de l'acte administratif. Comme pour la substitution de base légale, la substitution de motifs est une technique de régularisation des décisions administratives au lieu de les annuler inutilement. Il y a substitution de motifs lorsque le juge administratif rejette le recours en procédant au remplacement du motif erroné de la décision par un motif la justifiant juridiquement. Classiquement, la substitution de motifs n'était possible que lorsque la décision contestée a été prise par l'administration dans le cadre d'une compétence liée¹³⁰, autrement dit, les décisions qu'elle est tenue de prendre dans un sens donné contrairement aux décisions prises en vertu d'un pouvoir discrétionnaire¹³¹.

Pendant longtemps, cet état de droit dominait la matière, ainsi, le principe était point de substitution de motifs que lorsqu'il y a compétence liée. A titre d'exemple, substitution de motifs au sujet d'une mise en demeure de cesser l'exploitation d'une

¹³⁰ CE, 8 juin 1934, Augier, p 660, I, D 1934, 31, concl. P L Josse, ou encore, CE 17 juin 1931, Ville de Castelnaudary, lebon p 584, D. 1932, 3, p 28, concl. Josse.

¹³¹ Lorsque l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation, le procédé de substitution de motifs est exclu. CE, 22 juin 1955, Société civile Dervallières, lebon p. 352, CE, Ass. 8 janv 1971, Dame Desamis, AJDA 1971, p. 297, concl. J Théry.

installation classée¹³². L'état de droit des régularisations des décisions administratives a connu des changements à partir des années 2000. Après l'arrêt El BAHY de 2003 concernant le régime de substitution de base légale, le conseil d'Etat, dans un arrêt de 2004¹³³, a ouvert davantage la possibilité de procéder à une substitution de motifs.

Désormais, et dans la ligne jurisprudentielle de l'arrêt Hallal, le juge peut satisfaire à la demande de l'administration, faite en appel ou devant le juge de cassation statuant au fond, tendant à substituer un nouveau motif propre à justifier sa décision au lieu et place du motif retenu initialement. Le Conseil d'Etat avait déjà admis une telle extension de la substitution de motifs, mais seulement dans le cadre du recours de pleine juridiction. En effet, depuis la décision de section Compagnie nationale Air France du 23 novembre 2001¹³⁴, le juge administratif peut procéder, sur demande de l'administration, à une substitution de motifs en vue de rejeter le recours contre une décision fondée initialement sur la base du texte juridique adéquat, mais pour un motif ne la justifiant pas juridiquement. La décision Hallal a admis une telle extension dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir. La Dame Hallal, dont la demande de visa a été refusée par l'autorité consulaire et la commission des recours contre les refus de visa pour un motif qui s'est avéré par la suite matériellement inexacte, suite à quoi le ministre des affaires étrangères invoque devant le juge d'autres motifs de refus. Le Conseil d'Etat, après avoir reconnu la possibilité de substitution des motifs en tant que principe, l'a tout de même écarté en l'espèce. Le Conseil d'Etat, dans cet arrêt, a fixé le cadre général de la substitution en ces termes : « Considérant que l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision ; qu'il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; que dans l'affirmative il peut procéder à la substitution

¹³² CE, Sect. 16 novembre 1962, Sté. Industr. de tôlerie, AJ 1963, p. 170, concl. J F Henry.

¹³³ CE, 6 février 2004, Hallal, n° 240560, publié au recueil Lebon 48, AJDA 2004. 436.

¹³⁴ CE, Sect. 23 novembre 2001, Compagnie nationale Air France, n° 195550, publié au recours Lebon.

demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué ».

La conséquence immédiate de cet attendu de principe est l'abandon pur et simple de la jurisprudence URSSAF du Jura¹³⁵. Selon cette jurisprudence, lorsque l'administration s'est explicitement fondée sur un motif erroné, elle ne peut, hors le cas de la compétence liée, utilement invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir d'autres motifs de nature à justifier légalement sa décision.

Outre la technique de substitution de motifs, le juge administratif a développé le procédé de la neutralisation des motifs illégaux d'une décision. Il s'agit pour le juge administratif de rejeter le recours d'un administré en validant un acte reposant sur une pluralité de motifs illégaux pour ne retenir que celui ou ceux présumés légaux. La neutralisation s'effectue par le juge en procédant en deux temps. En premier, le juge neutralise le ou les motifs illégaux pour lesquels la décision a été prise, et dans un deuxième temps, fonde la décision sur le ou les motifs légaux de la décision. Comme pour les deux techniques précédentes (substitution de base légale et substitution de motifs) là aussi, c'est par souci de pragmatisme et d'efficacité de la justice que le procédé de la neutralisation des motifs illégaux a vu le jour. En effet, le juge fait en sorte qu'il n'y ait plus une automaticité entre l'illégalité entachant un des éléments d'une décision et la légalité de toute la décision. Dans un premier temps, les solutions jurisprudentielles tendaient à préserver le pouvoir discrétionnaire de l'administration. En effet, en cas de pluralité de motifs, il suffisait pour maintenir l'acte, qu'un seul d'entre eux soit exact peu importe si les autres sont illégaux¹³⁶.

Une ligne jurisprudentielle soutenue par l'un des pères fondateurs de notre droit administratif, l'enfant terrible de l'école du service public comme aimait l'appeler Hauriou¹³⁷. Avec l'arrêt Canavaggia du 14 janvier 1948, le juge de l'excès de pouvoir a commencé à pousser l'étendue de son contrôle à l'égard des motifs en distinguant

¹³⁵ CE Sect. 23 Juillet 1976, *Ministre du travail c/ URSSAF du Jura*, Lebon p 362. AJDA 1976, p 416 chron. M. Nauwelaers, L. Fabius.

¹³⁶ CE 21 Juillet 1939 *Altesteben*, Rec 505, CE 2 Juillet 1938 *Cazeaux*, Rec. 222.

¹³⁷ Gaston Jèze, *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants*, RDP 1922. 377. M. Hauriou l'a qualifié de l'enfant terrible de cette école à l'occasion de sa réponse sur l'article de Gaston Jèze intitulé *Service Public* publié à la revue roumaine *Revista de Drept Public* (avril-juin 1926). In M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*. Préface de la onzième édition. P XI.

les motifs déterminants des motifs surabondants¹³⁸. Ainsi, en est fini avec la ligne ancienne ou chacun des motifs d'une même décision était présumé déterminant ce qui conduisait à prononcer des annulations systématiques. Désormais, et depuis l'arrêt Dame Perrot¹³⁹, le juge, quand bien même constate l'illégalité d'un des motifs de la décision déférée devant lui, recherche si l'administration aurait pris la même décision en ne se fondant que sur les autres motifs. Auquel cas, il confirme la décision nonobstant l'illégalité qui l'entache. En revanche, si aucun motif n'est fondé ou si les motifs légaux ne justifient pas à eux seuls le maintien de la décision, l'annulation reprend ses droits.

L'autre apport de la jurisprudence Dame Perrot réside dans le fait que le juge, dans son examen des motifs, n'est plus limité par les seules constatations objectives tirées de la décision et des pièces du dossier. Ces différentes techniques de réfection des décisions de l'administration, dans un sens ou un autre, prouve la révolution que connaît le droit administratif contemporain. Une évolution qui dépasserait les espérances du hussard du Conseil d'Etat, et décevrait sûrement les purs positivistes. La justice est par principe casuistique, et partant elle est censée être exempte de toute rigidité. Ainsi, l'enfermée dans des standards qui déterminent le sens automatiques que doivent prendre les décisions du juge est un handicap pour la sécurité juridique par la légalité, voire même il tend à la vider de son sens.

Nous allons examiner à présents quelques exemples de catégories juridiques à travers lesquelles le juge administratif aménage la légalité. Toujours dans ce mouvement de transition d'une légalité rigide à une légalité casuistique.

¹³⁸ CE, Ass. 29 Avril 1949, Carrau, Lebon p 186 ; CE Ass. 29 Octobre 1954, Rougier, Lebon p 564, RDP 1955, p 187, note M. Waline.

¹³⁹ CE, Ass. 13 Janvier 1968, Dame Perrot. Lebon p 39, AJDA 1968, p 179, concl. Kahn.

CHAPITRE II : Légalité et sécurité juridique objective, le temps de la contradiction

En principe, le juge administratif ne juge que la légalité, toute la légalité et rien que la légalité. Cependant, le dogme de la légalité n'est pas absolu, il existe un ensemble d'institutions juridiques qui font place à certains aménagements qui tendent tantôt à assurer une véritable efficacité et sécurité juridique, tantôt à la violer. Dans son article Principe de légalité et principe de sécurité juridique, Daniel Labetoulle a pointé cette contradiction en ces termes : « la stabilité des situations juridiques – souvent assimilée au principe de sécurité [...] - ne coexiste avec le principe de légalité qu'aux prix d'accommodements réciproques »¹⁴⁰

¹⁴⁰ D. Labetoulle, in études offertes à Guy Braibant, L'Etat de droit, Dalloz 1996. p 404.

SECTION 1 : La sécurité juridique par l'atteinte à la légalité

Avec l'évolution de la nature juridique des rapports qu'entretiennent les citoyens avec l'administration, la fin de la complémentarité entre la légalité et la sécurité juridique objective est devenue irrémédiable. En effet, d'une sécurité légale stricto sensu, le juge administratif est passé à une sécurité juridique objective en faisant recours à des catégories juridiques destinées à sécuriser le droit mais en toute violation de la légalité.

Paragraphe 1 : Les exceptions à la légalité en raison de la sécurité juridique

Le juge administratif, toujours en quête d'une sécurisation des rapports juridiques, a fait de plus en plus appel à des catégories juridiques destinées à assurer une telle sécurisation. Il en est ainsi par exemple, de la théorie des circonstances exceptionnelles (1), ou encore celle du fonctionnaire de fait (2) et en fin, du procédé de la régularisation comme alternative à l'annulation (3).

Sous-paragraphe 1 : La théorie des circonstances exceptionnelles

Comme nous l'avons déjà signalé plus haut, la sécurité juridique par la légalité tend à protéger à la fois l'administré que le fonctionnaire agissant au nom de l'administration. C'est l'équilibre entre ces deux sécurités juridiques que le principe de légalité tend à trouver. En temps normal, le juge procède en fonction des règles et principes qui l'a lui-même consacré en majorité. La question de l'aménagement de la légalité se pose avec acuité notamment lorsqu'on est en présence de circonstances exceptionnelles. Il s'agit de temps anormaux et graves où se conformer à la légalité compromettrait la vie des citoyens concernés.

La doctrine utilise plusieurs qualificatifs pour caractériser cette jurisprudence liée aux circonstances exceptionnelles. Pour les uns, il s'agissait d'une théorie de l'état de

nécessité¹⁴¹, pour d'autres, il s'agit d'un assouplissement du principe de légalité¹⁴², voire même une modification par le juge du contenu de la légalité¹⁴³.

Pour nous, il s'agit pour le juge administratif d'aménager la légalité, cet aménagement peut le pousser jusqu'à statuer *contra legem*. Durant une période donnée, concernant une question donnée, le juge administratif légifère par jurisprudence, c'est-à-dire qu'il se met dans la peau d'un législateur. Comme le soulignait M. Waline¹⁴⁴, lorsque le droit positif « choque tellement le sentiment que le juge se fait du droit naturel ou de l'équité qu'il agit délibérément comme s'il y avait lacune du droit ».

C'est à l'occasion de la première guerre mondiale que la jurisprudence administrative a construit une théorie des circonstances exceptionnelles, dénommée initialement théorie des pouvoirs de guerre. Le juge administratif fondait ce pouvoir sur la base de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. En effet, de cet article il a été déduit que le président de la république, étant à la tête de l'administration, doit veiller à ce que la continuité des services publics soit assurée en toutes circonstances. En effet, c'étaient les premières fois où des arrêts aménagent, en dépit des normes, les contraintes liées au respect de la règle de droit¹⁴⁵.

En droit administratif, l'étude des circonstances exceptionnelles renvoie souvent à l'étude du régime juridique régissant les périodes de crise. Il s'agit des trois régimes textuels prévus pour régler des circonstances, certes exceptionnelles, mais qui n'en demeure pas moins légales. Pour cette raison, on préfère parler de régime exceptionnel, il s'agit de l'état de siège¹⁴⁶, l'état d'urgence¹⁴⁷ et l'état d'exception¹⁴⁸. Combien même à l'occasion de l'un de ces trois régimes, le juge laisse les mains libres au pouvoir administratif et les contrôles habituels se trouvent neutralisés, il n'en demeure pas moins que le principe de légalité est respecté.

¹⁴¹ A. Mestre, Note sous CE 3 mai 1946, Dame Vve Goguet, Semaine Juridique JCP 25 décembre 1947. N° 4006.

¹⁴² G.L Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, p 36. V. Bosc, Les actes de gouvernements et la théorie des pouvoirs de guerre, RDP 1926. P 186. R. E. Charlier note sous CE 7 janvier 1944 Lecoq, Semaine juridique JCP 1944 N° 2663.

¹⁴³ J. Rivero, Le juge administratif : un juge qui gouverne, D 1951, Chron. P. 21.

¹⁴⁴ M. Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, Mélanges Scelle, t. II, p 623.

¹⁴⁵ CE 28 juin 1918, Heyriès, Lebon 651, S, 1922.3.49, note Hauriou. CE 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, note Jèze, RDP 1919. 338.

¹⁴⁶ La loi du 9 Août 1849 modifiée en 1916 et 1944.

¹⁴⁷ La loi du 3 Avril 1955, modifiée par celle du 7 Août 1955 et par l'ordonnance du 15 Janvier 1960.

¹⁴⁸ L'article 16 de la constitution.

Ce que nous entendons dans le cadre de ce paragraphe par circonstances exceptionnelles, c'est des facteurs donnés qui obligent le juge à statuer dans un sens autre que celui prévu par la légalité. D'une part, il y a le régime légal des circonstances exceptionnelles, celui de l'état de siège par exemple, d'autre part, il y a le régime jurisprudentiel des circonstances exceptionnelles. Et c'est ce deuxième régime qui présente pour nous les véritables aménagements de la légalité en raison de circonstances exceptionnelles.

En présence de situations exceptionnelles, le juge apprécie le caractère exceptionnel de la situation ainsi que sa commodité avec le principe de légalité. Il s'agit pour le juge de procéder à des entorses au principe de légalité pour raison exceptionnelle. Les circonstances exceptionnelles sont de deux sortes, d'une part, celles qui seraient susceptibles d'entraver le bon fonctionnement des services publics (grève général, cataclysme...), d'autre part, celles qui compromettraient l'ordre public si le juge ne renie pas la légalité. Il s'agit de situations qui légitiment certaines irrégularités, ainsi par exemple, la possibilité d'édicter des mesures législatives par circulaires au moment du débarquement dans la jurisprudence Laugier en 1948.

Le simple risque d'un trouble peut être jugé constitutif de circonstances exceptionnelles, ainsi le Conseil d'Etat a pu juger qu'un membre du conseil d'administration de la SNCF qui signe un appel à la grève du personnel de la compagnie est incompatible avec sa qualité, et que le risque d'interrompre le fonctionnement du service public est une circonstance exceptionnelle qui autorise le président de la République à révoquer cette personne sans qu'aucun texte ne le lui permette. Lorsqu'un pouvoir de fait se substitue à l'autorité légitime : institution d'un impôt pendant la débâcle, par exemple, dans l'arrêt Lecoq en 1944.

Il arrive que suite à des circonstances exceptionnelles tenant au moment ou au lieu de l'évènement, l'administration, voire même le juge, prennent des décisions dépourvues de toute légalité. Pour que le juge accepte de valider un acte en vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles, il faut la réunion de deux conditions. D'une part, l'administration doit être dans l'impossibilité d'agir de manière conforme à la légalité, du fait d'une circonstance exceptionnelle, d'autre part, l'acte en cause doit être pris en considération d'un intérêt essentiel. Le juge administratif lorsqu'il contrôle la véracité de l'existence de circonstance exceptionnelle procède en deux temps. Dans un premier temps, le juge examine si l'aménagement de la légalité est justifié

par la sauvegarde d'un intérêt suffisamment important. Puis, dans un deuxième temps, le juge contrôle si le sacrifice de la légalité est proportionnel à la protection de l'intérêt en cause.

Toutefois, conscient de limiter¹⁴⁹ le recours à cette théorie des circonstances exceptionnelles, le juge a exploré d'autres fondements. Dans d'autres espèces, certes différentes, le Conseil d'Etat a gardé le même raisonnement mais en procédant à un changement de fondement. Ainsi, au lieu de parler comme avant de circonstances exceptionnelles, désormais les arrêts se fondent principalement sur l'urgence. Le juge estime qu'en présence de telles circonstances, il y a urgence d'agir vite, en totale méconnaissance des règles jusqu'au là en vigueur, afin de protéger efficacement l'intérêt général et par là même les intérêts des particuliers et leur sécurité juridique.

L'un des grands arrêts¹⁵⁰ du Conseil d'Etat illustre parfaitement nos propos. En principe, tout justiciable a le droit au respect par l'administration des décisions de justice et l'autorité administrative a le devoir même de veiller à l'exécution de celles-ci. Et pourtant, dans cette affaire l'administration refuse de donner son concours pour assurer l'exécution d'une décision de justice, le justiciable saisit le Conseil d'Etat pour obliger l'administration à donner son concours de la force publique. Le Conseil d'Etat a estimé que : « le gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de (l') exécution et le droit de refuser le concours de la force armée tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui résulte de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité ». Il s'agit là, d'un exemple, de la tolérance du non-respect de la

¹⁴⁹ Le Conseil d'Etat, pour qualifier un événement de circonstance exceptionnel, exige la réunion de trois conditions. Un événement grave et imprévu, l'impossibilité pour l'auteur de l'acte de respecter la procédure légale et enfin prise en compte de l'intérêt général du moment.

¹⁵⁰ CE 30 novembre 1923, COUITEAS, Rec. 789. RDP 1924, concl. Rivert, p. 74. note Jèze, p. 208. Dans sa note G. Jèze explique la théorie du Conseil d'Etat : « Le justiciable nanti d'une décision de justice passée en force de chose jugée est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du jugement dont il a bénéficié. Le gouvernement, requis d'exécuter la chose jugée, a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité. Ce faisant, le gouvernement ne fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique dans le pays. Ce pouvoir d'appréciation se justifie par des considérations d'utilité sociale. Le refus d'exécuter la chose jugée est un trouble à la paix sociale [...] Mais l'exécution, en toutes circonstances, est aussi un trouble à la paix sociale. Lequel des deux dangers est le plus grave ? Lorsque c'est l'exécution qui doit avoir les conséquences les plus graves pour la paix sociale, le gouvernement, responsable de l'ordre et de la sécurité sociale, a le pouvoir de suspendre ou de refuser l'exécution de la chose jugée ».

légalité. Toutefois, le juge, pour ne pas bafouer la sécurité juridique à laquelle s'attendait le justiciable, a mis sur pied sa théorie de la responsabilité de la personne publique pour rupture de l'égalité devant les charges publiques à l'égard de l'administré qui subit par l'inertie de l'administration un dommage spécial et anormal.

Sous-paragraphe 2 : La théorie du fonctionnaire de fait

Comme en droit commercial, qui prévoit la qualité de commerçant de fait, le droit administratif consacre lui aussi la théorie du fonctionnaire de fait ou une gestion de fait. Elle consiste dans la violation de la légalité par le fait pour une personne de s'immiscer dans l'utilisation de l'argent public sans avoir qualité à le faire. Initialement, la gestion de fait était définie comme le fait pour : « Toute personne qui s'ingère dans des opérations de recettes, de dépenses ou de maniement de valeurs et qui n'a pas la qualité de comptable public ou n'agit pas en cette qualité, pourra, dans le cas où elle n'a pas fait l'objet des poursuites prévues par l'article 258 du code pénal, être condamnée à une amende calculée suivant l'importance et la durée de la détention ou du maniement des deniers et dont le montant ne pourra dépasser le total des sommes indûment détenues ou maniées »¹⁵¹.

Actuellement, le fondement juridique de la gestion de fait est prévue par l'article 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 tel que modifié par la loi n°2011-1978 du 28 décembre 2011. En effet, la loi de 2011 dans son article 90 stipule que : « Toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public ou sans agir sous contrôle et pour le compte d'un comptable public, s'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme doté d'un poste comptable ou dépendant d'un tel poste doit, nonobstant les poursuites qui pourraient être engagées devant les juridictions répressives, rendre compte au juge financier de l'emploi des fonds ou valeurs qu'elle a irrégulièrement détenus ou maniés. Il en est de même pour toute personne qui reçoit ou manie directement ou indirectement des fonds ou valeurs extraits irrégulièrement de la caisse d'un organisme public et pour toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public, procède à des opérations portant sur

¹⁵¹ Article 9 de la loi n°54-1306 du 31 décembre 1954 Relative au développement des crédits affectés aux dépenses du Ministère des finances, des affaires économiques et du plan pour l'exercice 1955 et abrogeant l'article 159 de la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale et la comptabilité des communes.

des fonds ou valeurs qu'elle a irrégulièrement détenus ou maniés ». On n'est plus devant une définition directe de la notion de gestion de fait, mais en présence de deux faits générateurs d'une même incrimination qui est la gestion de fait. Ainsi, est coupable de gestion de fait la personne qui soit :

- S'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public doté d'un comptable public, c'est-à-dire, percevoir des recettes revenant à un organisme public à la place du comptable public habilité à le faire.
- Reçoit ou manie des fonds extrait irrégulièrement de la caisse d'un organisme public doté d'un comptable public est constitutif de gestion de fait.

En temps normal et en suivant les règles élémentaires du contentieux administratif, un acte élaboré et/ou exécuté par une personne, qui n'y est pas habilitée juridiquement, est un acte illégal. En effet, un tel acte est susceptible de recours devant le juge administratif pour motif d'incompétence de son auteur éventuellement doublée d'atteinte aux règles régissant le droit de la comptabilité publique. Un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif illégal pour un vice de fond ou de forme, notamment le vice d'incompétence, débouche sur une annulation. Dans le cadre de la gestion de fait, l'acte n'est pas déclaré nul, malgré la constatation de l'incompétence de son auteur. Il s'agit là d'une entorse au principe de légalité.

Derrière toute gestion de fait, il y a manipulation des deniers publics, ce maniement n'est pas sans effets sur des éventuels tiers bénéficiaires d'octroi d'avantages ou d'obligations. En contradiction avec le principe de légalité qui veut que toute incompétence soit source de nullité, la procédure de gestion de fait vise à maintenir l'acte et ses effets en raison d'une sécurité juridique des opérations financières. Ainsi, le comptable de fait sera assujéti aux mêmes obligations qu'un comptable de droit mais de manière rétroactive. En effet, le comptable de fait sera dans l'obligation de rendre des opérations de recettes et de dépenses qui ne sont pas retracées dans les comptes de l'organisme public concerné.

Paragraphe 2 : La théorie des droits acquis

Les droits acquis est l'une des notions de droit à la fois simple et mystérieuse, à la fois évidente et inaccessible. Mais, force est de constater que ce trait caractéristique est loin d'être exclusivement propre à la notion de droits acquis. La plupart des institutions et des catégories juridiques du droit en général, et du droit administratif en particulier, souffrent du même problème¹⁵². Historiquement, la notion de droits acquis apparaît à partir de la renaissance, une époque où la doctrine du droit naturel oppose les droits acquis aux droits innés. Toutefois, le qualificatif acquis ne renvoyait pas à une situation stable, il s'agissait des droits qu'on tire d'une activité humaine. La notion moderne de droits acquis s'est développée grâce à la doctrine privatiste et notamment les travaux du doyen Roubier. La théorie des droits acquis n'est pas sans rappeler sa concordance avec l'institution de la non-rétroactivité. Ainsi, on a pu écrire que : « De tous temps la question de la rétroactivité des lois ou plus exactement, la question des délais impartis à l'application des lois, a été considérée comme une des plus importantes qui se posent dans tout le domaine du droit. Des deux côtés se dressaient des écueils également menaçants. D'une part, permettre aux lois d'agir sur les opérations ou sur des situations juridiques antérieures, c'était mettre en péril toute sécurité juridique, la propriété comme la liberté des citoyens. Aussi, l'on fit d'énergiques efforts pour échapper à ce danger¹⁵³ ».

En droit administratif, le terme apparaît avec le développement du cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir pour violation de la loi et des droits acquis. Dans sa note sous l'arrêt Dame Cachet, Hauriou écrit : « L'administration n'hésite pas sur son droit d'annuler ou de rapporter l'acte qu'elle juge irrégulier[...] d'une part, l'administration voit l'irrégularité de l'acte ; d'autre part, elle a le sentiment séculaire de son pouvoir discrétionnaire ; elle n'accorde pas une grande importance à ce que les bénéficiaires qu'elle crée autour d'elle puissent prendre figure de droits acquis ; pour elle, ils sont toujours entachés de précarité pour le bien du service ; alors, il lui semble naturel de les révoquer. Au contraire, les individus bénéficiaires des

¹⁵²L. Raucent. Pour une théorie critique du droit, Gembloux, 1975, p. 21 « une approche rapide conduit à penser que sa définition- la notion de droit objectif- a la simplicité de l'évidence ; une étude plus approfondie qu'elle a l'inaccessibilité du mystère »

¹⁵³F. Lassalle, Théorie systématique des droits acquis. Conciliation du droit positif et de la philosophie du droit. Traduction française d'après la deuxième édition allemande par Ch. Andler. p. 64.

décisions tendent toujours à consolider leur situation, ils y voient des droits acquis. Si l'administration a intérêt à conserver autour d'elle une certaine mobilité des situations comme condition de sa liberté, eux ont intérêt à la stabilité des situations [...] Mais le pouvoir de retrait ou d'annulation de l'administration pouvait-il s'exercer indéfiniment et à toute époque ? Est-ce que jamais les situations créées par les décisions de ce genre ne deviendraient stables ? Combien de dangers pour la sûreté des relations sociales recèlent ces possibilités indéfinies de révocation¹⁵⁴ ».

La particularité de la complexité de la notion de droits acquis c'est qu'elle était tributaire dans sa définition à la détermination de la signification d'autres notions. Ainsi, il fallait distinguer entre droit définitivement acquis ou non définitivement acquis. D'ailleurs, la complexité du régime de retrait des actes administratifs est liée à l'imprécision de la notion de droits acquis. Pour Madame Tallineau, devant la difficulté qu'a éprouvée la doctrine à aboutir à une définition conceptuelle de la notion de droit acquis, elle s'est orientée vers une définition purement fonctionnelle¹⁵⁵. Pour identifier un droit acquis, il faudra suivre un faisceau d'indices. En premier lieu, un acte créateur de droit, puis le degré de stabilisation des effets de l'acte créateur de droit et enfin les considérations d'intérêt général.

La doctrine distingue les actes réglementaires des actes individuels, seuls ces derniers sont des actes créateurs de droits en faveur des administrés. Ainsi, comme le souligne R. Chapus¹⁵⁶, ce sont des décisions qui « édictent une norme générale et une telle norme se reconnaît au fait qu'elle a une ou plusieurs personnes désignées de façon abstraite ». Monsieur J. Waline de son côté considère que puisque les règlements : « disposent par voie générale et impersonnelle, ne sont donc jamais pris dans l'intérêt de telle ou telle personne, et ne font donc pas acquérir de droits »¹⁵⁷. Toutefois, pas toute la doctrine qui adhère à cette distinction. En effet, d'autres y voient une confusion entre la définition d'un acte créateur de droit et son maintien¹⁵⁸. Pour sa part, Monsieur C. Santulli considère que : « contrairement à une

¹⁵⁴ M. Hauriou, La jurisprudence Administrative de 1892 à 1929, t II, p. 112.

¹⁵⁵ L. Tallineau, Les actes particuliers non créateurs de droits (essai critique de la théorie des droits acquis), thèse, Poitiers, 1972, intro. P XIII, et p 496 et s.

¹⁵⁶ R. Chapus, Droit administratif général, T I. Montchrestien, 15^e éd. p, 526 (n°699).

¹⁵⁷ J. Waline, Droit administratif, Dalloz 23^e éd. 2010 p 417 et s.

¹⁵⁸ « L'acte réglementaire est créateur de droits aussi bien que d'obligations. Tant qu'il est en vigueur, les administrés peuvent en revendiquer l'application, ils ont droits au maintien des droits résultants du règlement après l'abrogation de celui-ci. Il faut distinguer le droit aux effets de l'acte et le droit au maintien de l'acte ». P. Delvolvé, L'acte administratif, Paris, Sirey, Coll. Droit public, 1983, p235.

idée souvent avancée, il n'y a pas d'incompatibilité entre droits acquis et actes réglementaires. En effet, s'il est vrai que nul n'a le droit de prétendre au maintien d'une réglementation, même si celle-ci fixe un terme, tous ceux qui entrent dans le champ d'application d'une réglementation ont droit à son application, et ultérieurement, ils auront droit au respect des droits acquis en vertu de la réglementation »

Devant la difficulté voire l'impossibilité de trouver un critère ou une notion conceptuelle pour identifier la catégorie d'actes créateurs de droits, le Conseil d'Etat a opté pour une notion fonctionnelle. Adopter une telle notion a le mérite de laisser au juge une mainmise entière pour fixer le contenu de la notion en fonction des espèces. La technique fonctionnelle aboutit à une énumération de ces actes créateurs de droits. Mais pour parler de droit acquis, il faut, en outre, l'écoulement d'un certain laps de temps qui lui attribue un caractère irréversible et irrévocable.

L'application pure et dure du principe de légalité voudrait que seuls les droits régulièrement acquis soient maintenus tant qu'ils ne sont pas remis en cause par leurs destinataires. En revanche, les droits irrégulièrement acquis soient annulés pour rétablir la légalité. L'automatisme de l'annulation, si elle a le mérite de ne laisser subsister que ce qui est légal, avait le tort de brutaliser la sécurité juridique des ceux qui étaient de bonne foi. Ayant pris conscience de cette difficulté, le Conseil d'Etat a élaboré un ensemble de règles qui définissent le régime du retrait et de l'abrogation.

La théorie du retrait et de l'abrogation en droit administratif, témoigne du dilemme auquel est confronté le juge administratif. Sans aller jusqu'à entraver l'action administrative, le conseil d'Etat essaie d'être le garant de la stabilité des droits des administrés. Par son histoire et son jacobinisme, le droit administratif français donne plus de liberté d'action au pouvoir administratif. Toutefois, la jurisprudence du conseil d'Etat a posé le principe d'interdiction de remettre en cause les actes créateurs de droits par les autorités administratives. L'administration ne peut retirer les actes créateurs de droits devenus définitifs, même lorsqu'ils s'avèrent illégaux. Autrement dit, pour protéger la sécurité juridique des administrés, l'administration n'a pas le droit de revenir sur une décision qui a créé des droits, et cela en dépit de son illégalité.

¹⁵⁹ CE, sect. 6 novembre 2002, Mme Soulier, Lebon 369.

Le dogme absolu de la puissante légalité qui doit marquer l'action administrative cède devant la protection d'un droit acquis de l'administré. Protéger les droits acquis par l'administré, en vertu d'une décision administrative régulière, contre toute remise en cause est un point d'équilibre entre le principe de légalité et la sécurité juridique des administrés. En revanche, lorsque le juge administratif protège également les décisions irrégulières contre tout retrait ou abrogation, il fait en sorte que la sécurité juridique neutralise le principe de légalité.

Dans cette configuration, le principe de l'intangibilité des actes créateurs de droit met en échec la portée objective du principe de légalité, cette domination du principe de légalité s'intensifie au fur et à mesure que la catégorie des actes créateurs de droits s'agrandit. Le Conseil d'Etat a admis les actes pécuniaires dans la catégorie des actes créateurs de droits¹⁵⁹. Dans cette affaire, le maire de Castries accorde à la dame Soulier le bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire des fonctionnaires par un arrêté du 25 Août 1992. Cette bonification a été instituée par la loi du 18 Janvier 1991 au profit de certains emplois comportant une responsabilité ou une technique particulière. Un décret du 24 Juillet 1991 étend le bénéfice de la nouvelle bonification à la fonction publique territoriale. Mais voilà Madame Soulier étant placée en congé de longue durée et n'occupant plus son poste n'y avait pas droit. Par un arrêté du 7 Juin 1993, le Maire a retiré sa décision accordant le bénéfice de la dite bonification à la dame Soulier. A l'époque des faits, la jurisprudence administrative considérait que les actes pécuniaires ne sont pas créateurs de droit, jurisprudence tracée par l'arrêt de section Buissière du 15 Octobre 1976. Saisi du cas de Madame Soulier, le Conseil d'Etat opère un revirement de jurisprudence et permet au président de section M. Labetoulle de prendre sa revanche. Celui-ci fait adopter au Conseil d'Etat la solution qu'il avait proposée vingt-six ans auparavant lors de ses conclusions en tant que commissaire de gouvernement dans l'affaire Buissière. Dans son attendu de principe, le Conseil d'Etat, après avoir rappelé l'attendu de principe de l'arrêt Ternon¹⁶⁰, précise qu' : « une décision administrative accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire alors même que l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage ». Le maire s'est vu son arrêté annulé en

¹⁵⁹ CE, sect. 6 novembre 2002, Mme Soulier, Lebon 369.

¹⁶⁰ CE, Ass. 26 Oct. 2001, M. Ternon : « Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ».

tant qu'il retire la décision initiale accordant la bonification, même indue, mais il admet qu'elle peut être supprimé pour l'avenir.

Désormais, il est impossible à l'administration, passé un délai de quatre mois, de revenir sur un avantage financier qu'elle avait l'obligation de refuser. Outre les actes pécuniaires, d'autres actes administratifs sont maintenus, nonobstant leur illégalité, il s'agit des inscriptions aux ordres professionnels. Dans un litige¹⁶¹ soumis au Conseil d'Etat à propos de l'inscription au tableau d'un chirurgien-dentiste, malgré une erreur commise lors de l'examen de son dossier, la haute juridiction a saisi encore une occasion pour donner plus de poids à la sécurité juridique au détriment de la légalité. Monsieur Coulibaly, après avoir été reconnu apte à avoir le diplôme de chirurgien-dentiste, a sollicité son inscription au tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes qui lui a été accordée le 15 Mai 2004. En 2006, suite à une procédure de domiciliation d'activité, le conseil de l'ordre découvre que le diplôme de Monsieur Coulibaly ne l'habilite pas à exercer en France et procède à sa radiation le 4 Juillet 2006. L'instruction du dossier fait ressortir deux éléments, d'une part, Monsieur Coulibaly n'a jamais eu de diplôme ou une équivalence l'autorisant à exercer en tant que chirurgien-dentiste en France. D'autre part, la décision de son inscription au tableau de l'ordre n'a pas été obtenue suite à une éventuelle fraude de la part de l'intéressé mais suite à une erreur d'appréciation du conseil de l'ordre. Dans son arrêt, le conseil d'Etat annule la décision de retrait en ces termes : « Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer ou abroger une décision expresse individuelle créatrice de droits que dans le délai de quatre mois suivant l'intervention de cette décision et si elle est illégale ; que la décision par laquelle le conseil départemental décide d'inscrire un praticien au tableau en application de l'article L.4112-1 du code de la santé publique a le caractère d'une décision individuelle créatrice de droits ; que s'il incombe au conseil départemental de tenir à jour ce tableau et de radier de celui-ci les praticiens qui, par suite de l'intervention de circonstances postérieures à leur inscription, ont cessé de remplir les conditions requises pour y figurer, il ne peut, en l'absence de fraude, sans méconnaître les droits acquis qui résultent de l'inscription, décider plus de quatre mois après celle-ci de radier un praticien au motif que les diplômes au vu desquels il

¹⁶¹ CE 6 Mars 2009, M. Coulibaly.

été inscrit n'auraient pas été de nature à permettre légalement son inscription. Considérant que l'inscription de Monsieur Coulibaly au tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes de l'Isère le 5 octobre 2004 a été décidée par le conseil départemental au vu et après examen des diverses pièces relatives à sa formation universitaire dont il ne résulte pas que leur production par l'intéressé ait eu le caractère d'une manœuvre frauduleuse ; que, par suite, le conseil départemental ne pouvait décider, le 4 Juillet 2006, d'abroger cette décision créatrice de droits... ».

Un autre domaine où des décisions illégales demeurent maintenues au nom de la sécurité juridique des droits acquis, il s'agit de la protection juridique des fonctionnaires. En effet, le droit de la fonction publique consacre deux cas de protection des fonctionnaires, d'une part, la couverture par l'administration des condamnations civiles prononcées contre un agent indépendamment de toute faute personnelle qui lui incomberait, et d'autre part, une protection de l'agent qui fait l'objet de poursuites pénales lorsque l'élément matériel de l'incrimination ne constitue pas une faute personnelle¹⁶². Là aussi, le Conseil d'Etat fait en sorte que les droits acquis l'emportent sur la légalité. C'est ce qui ressort de sa décision M. Portalis¹⁶³. Celui-ci un militaire est mis en examen pour des délits, le ministre de la défense, par une décision du 26 juillet 2001, lui accorde la protection juridique prévue par la loi du 13 Juillet 1972 dans son article 24, applicable à l'époque des faits. Suite à sa condamnation, Monsieur Portalis s'est vu retirer le bénéfice de la protection par une décision du ministre datée du 18 novembre 2004, étant donné que le ministre a assorti l'octroi de la protection à la condition que le jugement au pénal ne révèle pas l'existence de faits constitutifs d'une faute personnelle inconnus à l'administration au moment de sa décision. Saisi par un recours contre ce retrait¹⁶⁴, le Conseil d'Etat, après avoir rappelé que le régime juridique de la protection des fonctionnaires militaires, comme il est prévu par la loi du 13 juillet 1972 ne permet pas au ministre

¹⁶² La loi du 16 décembre 1996 pour les fonctionnaires et agents non titulaires et la loi du 28 octobre 1997 portant réforme du service national pour les militaires.

¹⁶³ CE Sect. 14 mars 2008, M. André Portalis

¹⁶⁴ L'arrêt Portalis vient en réponse aux critiques de la doctrine formulées lors des commentaires de l'arrêt Maruani (CE 22janvier 2007, Ministre des affaires étrangères c/ Maruani. AJDA 2007. 1190, note Chanlair). Rendu dans une espèce semblable à l'affaire Portalis, l'arrêt Maruani a semé le trouble chez la doctrine. En effet, le conseil d'Etat y a reconnu le caractère créateur de droits de la décision accordant à un fonctionnaire la protection juridique et a décidé que passé le délai de quatre mois, le ministre ne peut ni retirer, ni abroger ladite décision. D'où l'intervention de la Section du contentieux dans l'affaire Portalis pour faire une dissociation entre les règles de retrait et celles de l'abrogation des décisions d'octroi de la protection juridique des fonctionnaires.

de l'assortir d'une condition suspensive ou résolutoire, décide que : « Lorsqu'il est saisi d'une demande d'un militaire sollicitant le bénéfice de la protection prévue par ces dispositions statutaires, le ministre de la défense ne peut refuser d'y faire droit qu'en opposant, s'il s'y croit fondé au vu des éléments dont il dispose à la date de la décision, le caractère de faute personnelle des faits à l'origine des poursuites au titre desquelles la protection est demandée ; que, dans le cas où, à l'inverse, il a accordé la protection, il peut mettre fin à celle-ci pour l'avenir s'il constate postérieurement, sous le contrôle du juge, l'existence d'une faute personnelle ; qu'en revanche le caractère d'acte créateur de droits de la décision accordant la protection de l'Etat fait obstacle à ce qu'il puisse légalement retirer, plus de quatre mois après sa signature, une telle décision, hormis dans l'hypothèse où celle-ci aurait été obtenue par fraude ».

Paragraphe 3 : La correction des illégalités ; la régularisation comme alternative à l'annulation

« Trop d'annulations sont prononcées ou d'exceptions d'illégalités accueillies pour des défauts de consultations d'organismes marginaux ou pour des vices mineurs affectant la composition de l'organisme à consulter ou le déroulement de la consultation. Si la jurisprudence a son rôle à jouer, des évolutions législatives pourraient aussi être envisagées sur ce sujet ». Ces mots ne sont pas l'expression d'un chercheur zélé mais du vice-président du Conseil d'Etat lui-même qui dénonçait en ces termes les conséquences excessives de certaines annulations¹⁶⁵.

Saisi d'un recours contre un acte administratif entaché d'illégalité, le juge doit l'annuler. Il s'agit du principe de base du droit administratif en général, et du recours pour excès de pouvoir plus spécialement. Considéré traditionnellement comme un recours objectif, le recours en annulation pour excès de pouvoir, victime de son propre succès, souffre de l'automatisme de ses effets. En effet, dès qu'un acte est

¹⁶⁵ Cité par Jean-Luc Warsmann Président de la commission des lois dans son rapport au premier ministre : Simplifions nos lois pour guérir un mal français. La documentation française, 2009, p 186 ; (Annexe VI).

irrégulier, il doit être annulé pour violation de la légalité. Seulement que le rétablissement de la légalité se réalise souvent au prix de sacrifice des intérêts en présence, à savoir ceux de la ou les personnes destinataires de l'acte annulé, ou encore des tiers dont les relations avec ces destinataires dépendent de cet acte. Une telle automaticité de l'annulation, combien même, découlant de la tradition juridique française, n'est pas sans présenter l'inconvénient d'être source d'insécurité juridique. G. Braibant, ancien président de Section administrative au Conseil d'Etat, avait souligné que les procédures d'élaboration et d'édition des actes administratifs sont devenues pour les administrations un véritable parcours de combattant en ces termes : « chaque phase du processus peut être la source d'irrégularités qui entraînent l'effondrement de la décision finale »¹⁶⁶.

En effet, une parfaite gestion administrative passe par la maîtrise des exigences légales qui régissent les formalités et les procédures à suivre lors de la production des normes. Force est de constater que le cadre d'intervention de l'administration devient de plus en plus complexe, une complexité due en grande partie à l'évolution rapide et la diversification des règles de fond. La question qui occupe les chercheurs en droit administratif moderne, est de savoir si au nom de la légalité seule que doit s'apprécier l'action administrative ou faudrait-il la concilier avec une bonne gestion administrative. Est-ce qu'il est logique d'annuler un acte administratif qui, en dépit de sa défectuosité, ayant un contenu qui n'en demeure pas moins valable, et que même après son annulation l'administration prendrait exactement le même. Cet effet pervers de l'action en rétablissement de la légalité a donné naissance à un appel de la doctrine en faveur d'un raisonnement pragmatique¹⁶⁷. Celui-ci consisterait à traiter l'illégalité par la voie d'une correction qui aboutira à la régularisation de la situation litigieuse. Il ne faut pas refouler le caractère capricieux de cette démarche.

En effet, à l'origine, on exige de l'administration le respect scrupuleux de la règle de droit, puis on lui reproche ce respect scrupuleux des règles. Le droit administratif français considère les règles de forme et de procédure comme une bonne garantie contre l'arbitraire administratif et oblige, au nom de principe de légalité, l'administration de s'y conformer. La démarche de considérer un acte valide malgré

¹⁶⁶ G. Braibant, Du simple au complexe, 40 ans de droit administratif, EDCE 1994, N° 45, p 415.

¹⁶⁷ F. Llorens et P. Soler-Couteaux. « L'évolution du contentieux contractuel des contrats publics, vers plus de pragmatisme » in CMP, novembre 2004, p. 3, n° 10.

le non-respect des conditions de son édicton pourrait être considéré comme une contradiction. Un autre élément, qui ajoute la confusion à la dite contradiction, est la règle selon laquelle le juge administratif ne doit pas faire acte d'administrateur. Cependant, la question méritait la réflexion, La notion de régularisation n'est pas méconnue du droit positif français. En effet, outre l'article L 235-3 du code de commerce, le code civil dans son article 1844-11 dispose : « L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social ». Monsieur M. Cozian explique que « la régularisation, c'est-à-dire la suppression de la cause de nullité, met obstacle à l'action en annulation. Semblable purge est impossible en une seule circonstance : l'illicéité de l'objet social. Dans tous les autres cas de figure, la régularisation est possible »¹⁶⁸. En droit administratif, c'est au professeur Israël¹⁶⁹ qu'on doit l'étude approfondie de la correction par régularisation en droit administratif, plus récemment, c'est Jean-François Lafaix qui aborde le sujet dans son essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration.

La régularisation permet de maintenir des situations illégales à la suite de la correction de l'acte qui en est le support. Une fois une telle correction accomplie, la situation, initialement illégale, est désormais jugée légale non seulement à partir de l'accomplissement de l'acte de régularisation mais depuis l'origine. La régularisation agit de manière rétroactive. La portée rétroactive de la régularisation la distingue d'un autre mode de correction des illégalités, à savoir la réfection. Comme la régularisation, la réfection intervient également de manière tardive pour corriger un manquement, seulement elle le fait par le biais d'un nouvel acte qui remplace l'acte initial. La réfection est une régularisation pour l'avenir, elle ne fait pas disparaître l'irrégularité initiale. Lorsqu'un acte a été annulé, sans produire d'effets juridiques, il n'y a pas lieu de parler de régularisation. Seule la réfection est possible par la production d'un nouvel acte et la disparition de l'acte nul. En revanche, la régularisation est la possibilité donnée à l'auteur de l'acte de consolider l'acte illégal avant qu'il ne soit déclaré nul et disparaisse de l'ordonnancement juridique. A la différence de la réfection, la régularisation a le mérite de la flexibilité, notamment

¹⁶⁸ M. Cozian, Droit des sociétés, éd. LexisNexis, 2013.

¹⁶⁹ J-J. Israël, La régularisation en droit administratif français, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981.

lorsqu'elle intervienne en matière contractuelle¹⁷⁰. Comme l'explique fort bien Monsieur J-F Lafaix, la souplesse de la régularisation par rapport à la réfection réside dans le fait que la réfection d'un contrat administratif nécessite un nouvel accord de volonté, d'une part, et d'autre part, le respect des conditions légales de passation. Alors qu'au moyen de la régularisation, il n'y a nul besoin d'un nouvel accord de volonté des co-contractants pour conclure un nouveau contrat, ni de recommencer la procédure de passation. La réfection peut, en outre, s'avérer inutile au cas où le contrat initial a été exécuté.

La régularisation est un mécanisme de traitement des actes administratifs en vue de les purger de leur caractère illégal. Par ce biais, l'acte à l'origine illégal est voué à une annulation erga omnes, reprend vie par le fait qu'il soit régularisé. Il s'agit là d'une sorte de protection de la sécurité juridique à la fois des destinataires de l'acte régularisés mais également des tiers concernés par ce même acte. Le magistrat Jean-Marie Woehrling explique bien le rapport entre régularisation et sécurité juridique : « Une autre préoccupation justifie le développement de techniques de régularisations : la sécurité juridique [...] lorsqu'un acte est annulé, il en résulte la remise en cause des situations juridiques créées par cet acte. Les droits des tiers peuvent être remis en cause alors que les titulaires de ses droits pensaient pouvoir se fonder sur la légalité apparente de l'acte. Des mesures prises en application de l'acte annulé peuvent elles aussi être remises en cause. La situation peut devenir inextricable sur le plan juridique. Pour éviter de telles complications il est souhaitable de disposer de procédures organisées de rétablissement de la légalité et de correction des actes et procédures »¹⁷¹. La réflexion en ce sens est d'autant plus nécessaire parce que souvent des annulations sont prononcées sur le fondement d'un vice juridique non substantiel entraînant par la même des conséquences dommageables disproportionnées au but poursuivi, voire même à la raison d'être de la règle violée.

¹⁷⁰ J-F. Lafaix, Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats administratifs. Nouvelle Bibliothèque de Thèses. Dalloz (soutenu en 2007).

¹⁷¹ Woehrling J-M. Un aspect méconnu de la gestion administrative : La régularisation des procédures et des décisions illégales. RFAP, 2004/3, p 540.

Ne demeurant pas insensible aux appels de la doctrine et de la loi¹⁷², le juge administratif, à l'instar du juge de droit commun, a fini par reconnaître une place à la régularisation des actes entachés d'irrégularités. Il ne faut pas non plus omettre le rôle joué par les membres de la juridiction administrative suprême et non pas des moindres, Monsieur D. Labetouille, ancien président de la section du contentieux, appelait de ses vœux la faculté pour le juge de limiter les vices de formes ou de procédures pouvant entraîner l'annulation de la décision finale¹⁷³. Cette entreprise de dialogue entre le juge et le législateur permet, selon l'avis de l'actuel hôte du palais royal, d'avancer vers le but de réduction du nombre des illégalités qui procéderaient d'une approche trop formaliste des vices de procédures¹⁷⁴. Ce dialogue s'en est suivi d'un renouveau de l'office du juge administratif à l'égard du sort réservé aux irrégularités pour vice de procédure. Avant l'intervention du législateur et de son texte de 2011, la jurisprudence du juge administratif relative aux annulations pour vices de procédure manquait de lisibilité. Ainsi, certains arrêts se fondaient sur la distinction entre formalité obligatoire ou formalité facultative. D'autres, distinguaient selon que la formalité méconnue était ou non substantielle, c'est-à-dire, ayant exercée une influence sur le sens de l'acte final. Dans de récents arrêts, la distinction portait sur le fait de savoir si la formalité méconnue constituait ou non une garantie à l'administré. L'objectif de la lisibilité de sa jurisprudence en la matière est désormais chose faite. Par un arrêt rendu par la plus haute formation du conseil d'Etat, la question du traitement des vices de procédure s'est vu reconnaître un principe général inspiré de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011. En effet, par un arrêt rendu par l'Assemblée du contentieux du conseil d'Etat¹⁷⁵, la plus haute formation, après avoir rappelé les dispositions de la loi de 2011 dans son article 70, consacre un principe qui unifie sa

¹⁷² Le législateur a pris les devants face à la passivité du juge administratif à l'égard des conséquences dommageables de certaines annulations, notamment dans le domaine de l'urbanisme. Aussi la loi du 17 MAI 2011 dans son article 70 intitulé, Renforcement de la sécurité juridique des actes pris après avis d'un organisme consultatif dispose : « Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ». Il s'agit là d'un dispositif qui assure une véritable sécurité juridique aux actes administratifs pris après avis d'un organisme par la réduction des risques d'annulation. Ainsi, seules peuvent entacher la légalité d'une décision administrative les irrégularités susceptibles d'exercer une influence sur le sens de cette décision. Autrement dit, seules les irrégularités substantielles peuvent être invoquées à l'encontre de la décision attaquée, les autres en revanche demeurent régularisables.

¹⁷³ D. LABETOUILLE, Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation. Mélange Yves JEGOUZO, Dalloz 2009, P 479.

¹⁷⁴ Intervention de J-M Sauvé, colloque ENA, op. cit.

¹⁷⁵ CE, Ass. 23 Déc. 2011, N°335033, Danthony, publié au recueil Lebon.

jurisprudence : « Considérant que ces dispositions (article 70 précité) énoncent, s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces de dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte ». Il s'agit bien d'une solution emprunte de pragmatisme mais n'étant en rien révolutionnaire puisque E. Laferrière, déjà en son temps, préconisait la même chose en ces termes : « La règle d'après laquelle l'irrégularité d'une formalité, aussi bien que son omission, entraîne l'annulation de l'acte, ne comporte-t-elle aucune exception ? La jurisprudence ne semble point en admettre en matière de procédure disciplinaire ... Mais, il est permis d'être moins absolu quand il s'agit de simples mesures d'instruction administrative dont tous les détails d'exécution n'ont pas une égale importance. Sans doute, il y a des conditions nécessaires – et nous dirons volontiers ici substantielles - en dehors desquelles une enquête, une expertise, une vérification administrative ou technique ne sauraient produire effet ; mais il en est d'autres dont l'accomplissement, quoique toujours désirable, présente un intérêt plus secondaire ; le juge de l'excès de pouvoir a le droit de rechercher si l'irrégularité commise a été ou non de nature à exercer une influence sur la mesure d'instruction elle-même. Ainsi, s'il est établi qu'une enquête a eu lieu et que tous les intéressés ont pu s'y faire entendre, il ne suffira pas de quelques irrégularités dans le mode de publicité, ou d'une abréviation insignifiante du délai, pour entraîner l'annulation de l'acte »¹⁷⁶.

Si une partie de la doctrine voyait en cette arrêt un exemple édifiant d'un dialogue entre le juge et le parlementaire, une lecture attentive de l'attendu de principe et son interprétation à la lumière des procédés du Conseil d'Etat, il s'agirait plutôt d'un petit

¹⁷⁶E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome II, Deuxième édition, 1896, p 520 et s.

coup d'état juridique¹⁷⁷. Le Conseil d'Etat, faute de pouvoir censurer la loi, procède à une censure de son sens et à sa réécriture tout en faisant sienne la portée de l'article 70. Finalement, pour le juge administratif, la loi Warsmann n'a rien de révolutionnaire¹⁷⁸ encore moins son article 70, présenté comme la mesure phare de cette loi, puisque celui-ci s'inspire d'un principe général du droit qui par définition préexiste à la dite loi. Toutefois, la jurisprudence a toujours insisté sur son caractère exceptionnel.

Le juge administratif a fait une grande place à la régularisation des décisions administratives en droit administratif par le biais de sa jurisprudence sur la substitution de base légale et la substitution des motifs. Comme nous l'avons traité plus haut, le Conseil d'Etat avait admis la possibilité pour l'administration d'invoquer une nouvelle base légale pour régulariser une décision fondée à l'origine sur une base légale inadéquate¹⁷⁹.

La régularisation ne concerne pas exclusivement les actes pris à l'initiative de l'administration mais s'étend également à ceux pris comme réponses aux demandes des administrés. Ainsi, la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, dispose dans son article 6 : « Lorsqu'une demande adressée à une autorité administrative est affectée par un vice de forme ou de procédure faisant obstacle à son examen et que ce vice est susceptible d'être couvert dans les délais légaux, l'autorité invite l'auteur de la demande à régulariser en lui indiquant le délai imparti pour cette régularisation, les formalités ou les procédures à respecter ainsi que les dispositions légales et réglementaires qui les prévoient ».

Un nouveau rôle est attribué à l'administration. Désormais, l'autorité administrative est tenue de prêter assistance aux administrés pour les aider à formuler correctement leurs demandes. En présence d'une demande irrégulièrement formulée mais n'en demeure pas moins légitime, l'administration n'est plus autorisée à la rejeter, mais au contraire se voit obligé de demander régularisation à l'administré. A cet effet, l'administration se doit d'indiquer à l'administré les formalités à respecter et les procédures à suivre, ainsi que les textes juridiques qui les prévoient.

¹⁷⁷R. Latournerie, Les méthodes juridictionnelles du conseil d'Etat, Livre jubilaire du conseil d'Etat, p 177 et s. (cité par René Hostiou, Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif, RFDA 2012. P 423).

¹⁷⁸ Le professeur J-B AUBY dans sa rubrique repère à la revue de Droit Administratif datée de Mars 2012, intitulée Irrégularités procédurales, qualifiait cette loi d'une mesure de bon sens.

¹⁷⁹ Jurisprudence sur la substitution de base légale traitée plus haut.

Prenant le contre pieds d'une légalité orthodoxe, la loi du 17 mai 2011 dans son article 6 a le mérite de renforcer la sécurité juridique de l'administré dans ses relations avec l'administration.

SECTION II : Le respect de la légalité au détriment de la sécurité juridique

Notre droit public fait preuve d'une certaine schizophrénie juridique lorsqu'au nom de la légalité, censée garantir une sécurité juridique des administrés, il intègre des catégories juridiques qui violent cette même sécurité juridique.

Paragraphe 1 : les lois de validation

Les lois de validation ou la validation est législative consiste en « l'intervention du législateur en forme de loi destinée, à titre rétroactif ou préventif, à valider de manière expresse, indirecte ou même implicite, un acte administratif annulé ou susceptible de l'être »¹⁸⁰. Madame C. Bergeal a pu écrire que : « une loi de validation a pour objet et pour effet, non seulement de modifier rétroactivement les règles dont le juge doit faire application mais encore de pallier les conséquences d'annulations contentieuses déjà intervenues ou près d'intervenir »¹⁸¹. Monsieur R. Perrot voit dans les validations législatives un exemple de pied de nez au pouvoir judiciaire¹⁸², puisqu'elles interviennent alors qu'un procès est en cours pour orienter l'issue du litige vers un sens autre que celui que devait prendre le juge initialement .

Le président de section honoraire au Conseil d'Etat Jean Massot, pour sa part, est une validation législative : « Toute intervention du législateur qui, par un texte modifiant rétroactivement l'état du droit, résultant notamment de décisions de justice, permet de réputer réguliers des actes juridiques, nés ou à venir, dont la légalité risque d'être lise en cause devant une juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire »¹⁸³. Tout juriste serait intrigué par la contradiction des validations législatives et l'article 2 du code civil qui précise que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif. Mais, il ne s'agit que d'une règle législative que le législateur peut outre passer, voire même écarter par une autre loi étant donné que le principe de non-rétroactivité n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière

¹⁸⁰ Vocabulaire juridique, (sous la direction de G. Cornu), PUF

¹⁸¹ C. Bergeal, concl. Sur CE Ass. 5 décembre 1997, Mme. Lambert, AJDA 1998. p. 152.

¹⁸² R. Perrot, RTD Civ. 2000, p. 630.

¹⁸³ J. Massot, Validation législative. Rép. Cont. Adm. Dalloz. 2007. P 1.

pénale. Concernant les lois de validation, leur objet même est d'avoir un effet rétroactif. En effet, une loi de validation vient en réponse à une irrégularité pour prévenir un éventuel contentieux voire une annulation certaine.

Une loi de validation n'est pas une régularisation, celle-ci, comme nous l'avons déjà examiné, agit sur l'acte en cause en le purgeant de ses vices qui l'entachent et le rendent illégal, alors qu'une loi de validation adapte le régime juridique aux dispositions de l'acte en cause. Le principal objet d'une loi de validation est d'ordre préventif, seuls les actes sur lesquels pèsent un risque sérieux d'annulation pour illégalité et qui ne font pas encore l'objet d'aucune procédure juridictionnelle.

Ainsi, il n'est pas possible qu'une loi de validation intervienne à l'égard d'un acte dont l'illégalité a été constatée par une décision passée en force de chose jugée. La particularité de la théorie des lois de validation dans ses rapports avec la sécurité juridique et la légalité. C'est qu'il y a des cas où la validation d'un acte intervienne dans un but de sécurité juridique, ainsi si un acte réglementaire est déclaré nul, toutes les décisions individuelles prises sur son fondement se trouvent promises au même sort.

Dans un cas pareil, l'intervention d'une loi de validation a pour objectif de prévenir des annulations en cascades¹⁸⁴. En revanche, d'autres validations interviennent strictement dans un but de détourner le procès en cours devant une juridiction, au-delà du fait qu'il s'agisse avant tout d'une violation du principe de séparation des pouvoirs, ce procédé de validation par détournement est une violation de la sécurité juridique des justiciables. C'est cette deuxième catégorie des lois de validations qui fera l'objet de nos développements. L'effet d'une telle validation législative est d'immuniser l'acte en question contre toutes requêtes dirigées contre lui.

¹⁸⁴ Pour un exemple ; Par sa décision Syndicat autonome des enseignants de médecine du 12 mai 1986, le conseil d'Etat avait annulé le décret du 27 juillet 1982 fixant les modalités d'élection des sections du comité national de la recherche scientifique. Le même conseil d'Etat, par le biais de sa section du rapport et des études, suite à sa saisine par le ministre en charge de la recherche scientifique, suggère au gouvernement de faire prendre une loi de validation. Le 30 juillet 1987 une loi portant diverses mesures d'ordre social fut adoptée et dont l'article 100 est rédigé en ces termes : « Les décisions prises sur avis ou proposition des instances composant le comité national de la recherche scientifique institué par le décret n° 82-993 du 24 novembre 1982 ainsi que les actes relatifs aux concours de recrutement ouvert au titre de l'année 1986 dans les corps de fonctionnaires du Centre national de la recherche scientifique sont validés en tant que leur régularité serait mise en cause sur le fondement de l'irrégularité des élections aux sections du comité national de la recherche scientifique ou au conseil scientifique du centre national de la recherche scientifique ou de l'illégalité de l'article 6 du décret n°82-650 du 27 Juillet 1982 ou de l'article 10 de l'arrêté du 23 décembre 1982 relatif à l'organisation des élections au conseil scientifique du centre national de la recherche scientifique... ».

Ainsi, toute contestation postérieure à la loi est jugée irrecevable¹⁸⁵, et celle qui ne sont pas encore jugée deviennent sans objet¹⁸⁶.

Il s'agit purement et simplement d'un mécanisme, conforme à la constitution au demeurant, qui viole le droit à un recours effectif et ignore par la même le principe de séparation des pouvoirs. Souvent, les recours contre les lois de validation sont introduits devant le juge sur la base de l'article 16 de la déclaration de 1789. Ce même article que la doctrine considère comme un fondement convenable à un éventuel principe de sécurité juridique en droit français.

Conscients des méfaits de la tyrannie constitutionnellement protégée, les juges, aussi bien ceux de la Cour de Cassation que du Conseil d'Etat, ont entamé une sorte de résistance à l'égard de la technique des validations. Par exemple, le Conseil d'Etat persiste à considérer qu'une loi de validation a pour unique objet de mettre l'acte attaqué à l'abri de tout recours. C'est ce qui ressort, à titre d'exemple, de sa décision Ville d'Annecy du 29 janvier 2003, où le Conseil d'Etat, saisi d'un recours

¹⁸⁵ Pour exemple, l'arrêt du conseil d'Etat du 20 décembre 1985 Valéry : « Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 22 juillet 1980 validant diverses dispositions relatives à des nominations dans le corps des professeurs exerçant dans les centres d'enseignement, de soins et de recherche dentaire, peuvent renouveler leur candidature les candidats à l'inscription sur la liste d'aptitude aux fonctions de professeur du Y... et du deuxième grade de chirurgie dentaire odontologiste des services de consultation et de traitement dentaires écartés par la commission nationale consultative provisoire, lors de ses délibérations en vue de l'établissement de la liste fixées par l'arrêté du 21 octobre 1968 ; ... Considérant, d'autre part, qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que M. Z... ait été écarté de la liste d'aptitude par la commission consultative provisoire lors de ses délibérations en vue de l'établissement de la liste d'aptitude fixée par l'arrêté du 21 octobre 1968 ; Que dès lors,... le requérant n'était pas au nombre des candidats admis à renouveler leur candidature à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 1980 et du décret du 15 mars 1982 ; Qu'il n'est donc pas fondé à demander l'annulation des décisions ... par lesquelles le ministre... a refusé de faire droit à sa demande ; Qu'en conséquence, les conclusions de M. Z... tendant à l'annulation de l'arrêté du 4 juin 1982, en tant que cet arrêté l'exclut de la liste des candidats doivent être rejetées ».

¹⁸⁶ Pour exemple l'arrêt CE Sect. 7 juillet 2004, dans cette affaire après l'introduction d'un recours en annulations des dispositions de l'accord du 2 Février 2000 portant aménagement et réduction du temps de travail à France Télécom, le 17 Janvier 2002 fut adoptée la loi de modernisation sociale dont l'article 202 est rédigé en ces termes : « L'accord du 19 février 1999 portant aménagement et réduction du temps de travail à la poste et l'accord du 2 février 2000 portant aménagement et réduction du temps de travail à France Télécom ainsi que les accords locaux conclus pour leur application sont validés, y compris les dispositions ayant pour effet de modifier des règles statutaires applicables aux personnels concernés. Sont également validées les procédures aux termes desquelles les accords ont été conclus ». Le conseil d'Etat a jugé qu'il résulte de cet article, même entré en vigueur postérieurement à l'introduction de la requête, que : « si ces accords (les accords attaqués) contiennent des clauses de portée réglementaire, leur légalité, tant dans leur contenu que dans leur procédure d'élaboration, n'est plus susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la validation opérée par le législateur dans les conditions sus analysées a pour conséquence de priver d'objet les conclusions de la requête aux fins d'annulation des accords contestés ».

contre les dispositions de l'article 19 §IV de la loi de finances pour 2002¹⁸⁷, le juge administratif a limité le champ de la validation de manière strictement conforme aux dispositions de cette loi : « Sont en revanche exclues du champ d'application de la validation législative les dotations compensant les pertes de recettes », C'est-à-dire, celles qui ne sont pas concernées par l'article 6 auquel renvoie l'article 19 de la loi de finance de 2002. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée d'une telle résistance, qui n'est efficace qu'en présence de lois de validations ciblées. En revanche, lorsque le législateur prend une loi qui valide une catégorie d'actes en les immunisant contre tout recours possible, c'est-à-dire les validations larges, la résistance du Conseil d'Etat trouve ses limites. Le dernier rempart contre de telles validations demeure le Conseil Constitutionnel, sauf que celui-ci n'est pas toujours saisi et de nombreuses validations législatives échappent à son contrôle.

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel en la matière n'a pas cessé de s'améliorer depuis la célèbre décision du 22 juillet 1980¹⁸⁸. En effet, dans cette espèce, le Conseil Constitutionnel était saisi pour contrôler la constitutionnalité d'une loi validant des actes administratifs pris sur le fondement d'un décret lui-même jugé illégal et annulé par le Conseil d'Etat. L'objectif était, comme le précise le conseil dans son considérant 4, de rendre inopérant le grief selon lequel les actes réglementaires ou non réglementaires pris sur le fondement de ce décret auraient été dépourvus de base légale.

Après l'époque d'une grande tolérance, voire un laxisme, le Conseil Constitutionnel a durci sa position à l'égard de l'admission des validations législatives. Le point de départ de ce durcissement est la décision Zielinski¹⁸⁹ du 28 octobre 1999 de la Cour Européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la Cour avait estimé contraire à l'article 6 §1¹⁹⁰ de la convention européenne des droits de l'homme une loi de validation que le Conseil Constitutionnel avait jugé constitutionnelle. Le rappel à l'ordre est sanglant, la cour dans sa décision a considéré que : « Si, en principe, le

¹⁸⁷ Article 19§ IV : « Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les dotations versées en application du troisième alinéa du IV et du IV bis du même article 6 sont réputées régulières en tant que leur légalité serait contestée sur le fondement de l'absence de prise en compte des pertes de recettes comprises dans les rôles supplémentaires ».

¹⁸⁸ Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 rendue à l'occasion de l'examen de la loi portant validation d'actes administratifs. Publiée au journal officiel du 24 juillet 1980, p. 1868.

¹⁸⁹ CEDH 28 octobre 1999, Affaire Zielinski et Pradal c/ France.

¹⁹⁰ Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial...

pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacré par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige ». Quelques semaines plus tard, le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion d'adapter sa jurisprudence et répondre aux reproches de la Cour EDH.

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel n'a pas cessé de s'améliorer en la matière au fil des décisions rendues au sujet des lois de validation déferées au conseil. Il ressort de cette jurisprudence qu'une validation législative n'était conforme à la constitution qu'à condition de respecter les conditions suivantes :

- La validation ne doit pas intervenir en matière répressive, au nom du principe *constitutionnel* de non rétroactivité des peines.
- La validation ne peut remettre en vigueur un acte définitivement annulé par une décision passée en force de chose jugée.
- Le législateur doit définir strictement la portée de la validation, en indiquant le motif précis d'illégalité dont il entend purger l'acte contesté.
- La validation doit reposer sur des exigences constitutionnelles ou sur des motifs d'intérêt général suffisants¹⁹¹.

¹⁹¹ Commentaire de la décision n°2004-509 DC du 13 Janvier 2005, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, Le cahier n° 18. Il s'agit désormais d'une analyse jurisprudentielle constante dans les décisions du conseil constitutionnel, par exemple sa décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007. Les cahiers du conseil constitutionnel, n° 22. Le considérant classique qui ressort de la jurisprudence récente du conseil constitutionnel est rédigé en ces termes : « Si le législateur peut, dans un but d'intérêt général suffisant, valider un acte dont le juge administratif est saisi, afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation, c'est à la condition de définir strictement la portée de cette validation, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie ; qu'une telle validation ne saurait avoir pour effet, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découle de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants », Considérant n° 4, Décision n° 2011-224 QPC du 24 février 2012 Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne

Paragraphe 2 : Les privilèges de l'action publique

En raison de ses missions d'intérêt général, les moyens mis à la disposition de l'administration dans son action diffèrent des moyens qui régissent les relations entre particuliers. C'est la raison même de l'existence d'un droit spécial ; le droit administratif. On parle d'un droit exorbitant. Plusieurs institutions du droit administratif sont des exemples de cette exorbitance. Il ne s'agit pas de toutes les analysées dans le cadre de ce travail. Nous nous limiterons à deux institutions qui, à nos yeux menacent le plus la sécurité juridique des administrés. D'une part, le principe de mutabilité, et d'autre part, les immunités juridictionnelles de certains actes administratifs.

Sous-paragraphe 1 : Les actes administratifs inaccessibles et insusceptibles de recours

Nous avons vu plus haut que l'accroissement, à la fois vertical et horizontal, des fondements juridiques servant de base légale à l'action publique, constituait une réelle garantie de la sécurité juridique des administrés. Au fur et à mesure que l'éventail des actes administratifs attaquant devant le juge s'agrandit, l'administré se trouve à l'abri de toute forme d'arbitraire administratif. Un recours pour excès de pouvoir, pour qu'il soit recevable, doit être dirigé contre un acte administratif faisant grief, ce qui a le mérite de nuancer la règle de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif unilatéral. Malgré la grande conquête par le juge administratif de l'espace administratif, demeurent encore quelques îlots de résistance. Un ensemble d'actes administratifs échappe encore au contrôle juridictionnel.

Ainsi, les actes internes à l'administration, autrement dit, ses documents de travail ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours. Prenant par exemple les circulaires. Nous avons vu que depuis la jurisprudence Madame Duvignères de 2002, seules les circulaires impératives, c'est-à-dire, celles qui changent l'Etat du droit, sont susceptibles de recours devant le juge. En revanche, les autres circulaires qui n'ont pas ce caractère demeurent immunisées contre tout recours. La doctrine n'a pas caché son malaise avec le raisonnement issu de cet arrêt.

Monsieur C. Groulier critique la décision Duvignères en ces termes : « qu'a vraiment apporté le recours à la notion d'impératif, sinon beaucoup de questionnement et d'ambiguïtés ? La décision Duvignères laisse sans doute encore la communauté des juristes sans l'attente d'un futur grand arrêt en la matière. Alors que la notion d'acte décisoire commande, en principe, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, pourquoi ne pas l'avoir simplement retenue s'agissant des circulaires impératives¹⁹² ».

Au-delà du problème de distinction, la circulaire a pour objectif principal de donner une interprétation qu'il convient de donner à un texte et comment le mettre en œuvre par les services concernés. La donnée se complique lorsque le texte qu'on veut expliquer est obscur, compliqué voire inadapté. La circulaire tire sa puissance de cette situation. On comprend les textes de lois en fonction de l'interprétation donnée par la circulaire, sans que pour autant celle-ci soit normative. Pour Madame Morand-Deville : « La lecture des textes se fait à l'envers : d'abord la circulaire qui, en principe, est une simple mesure interne sans effet direct sur l'administré, ensuite le décret puis la loi¹⁹³ ».

Cela étant dit, le problème de l'accessibilité à la circulaire n'est que l'arbre qui cacherait la forêt. Il ne faut pas oublier que toute relation administration/administré commence par une confrontation entre un simple citoyen et un simple fonctionnaire qui, l'un et l'autre, sont loin des problèmes des normes et de leur hiérarchie. Souvent dans de tels rapports basiques, la décision administrative est fondée sur une instruction ou une note de service qui est censée traduire l'état de droit applicable. Ces actes administratifs de seconde zone sont l'application concrète du droit administratif, qui est lui-même l'application concrète du droit public. La note ou l'instruction de service, même si elle traduit de manière fidèle le sens d'une circulaire, s'avère encore plus dangereuse parce qu'elle n'est pas susceptible de recours devant le juge. Dans son rapport annuel de 2006¹⁹⁴ relatif à la sécurité juridique, le Conseil d'Etat faisait déjà ce constat alarmant : « Le droit devient tout aussi complexe, et parfois difficilement compréhensible pour les fonctionnaires chargés de

¹⁹² C. Groulier, L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexion sur un sésame contentieux. RFDA 2008. P 941.

¹⁹³ Jacqueline Morand-Deville, Droit administratif, Montchrestien coll. Cours, éd. 2011. P 311.

¹⁹⁴ Conseil d'Etat, Rapport public, Sécurité juridique et complexité du droit. Documentation Française 2006, p 276.

l'appliquer quotidiennement et de le faire respecter. Les administrations centrales multiplient par conséquent les circulaires et instruction, qui constituent la référence essentielle. Celles-ci, pour la plupart, ne sont ni publiées, ni opposable. Il en résulte qu'elles échappent à l'information du législateur comme du citoyen, et au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Se développe ainsi un droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique ».

Un droit souterrain qui s'est développé en contradiction à toute légalité. En effet, depuis la loi du 17 Juillet 1978 est institué un régime de publication générale des directives, instructions et circulaires, ainsi que des notes et réponses ministérielle qui comportent une interprétation du droit¹⁹⁵. En 1983, un décret est venu tirer les conséquences des garanties que la loi de 1978 a accordée aux usagers dans leur relation avec les administrations. Ainsi, depuis ce décret tout intéressé est fondé à se prévaloir, à l'encontre de l'administration, des documents visés par la dite loi¹⁹⁶. Pourtant, ce décret est resté lettre morte face à la résistance des administrations, qui avec la complicité du juge administratif, gardaient jalousement à l'abri ce privilège de la puissance publique.

Il ne faut pas perdre de vue qu'à cette époque, le citoyen dans le contexte socio-administratif n'avait qu'une seule qualification ; administré. Une sorte de tutelle administrative, l'administration veille sur les citoyens, c'est sa raison d'être et ça lui donne tous les droits. L'OCDE fait le même constat, non moins accablant : « La difficulté majeure du système de gouvernance réglementaire français est que la réglementation a souvent et d'abord été conçue par et pour l'Etat, avant d'être au service des citoyens, qui n'ont longtemps été considérés que comme des administrés. Le système de droit administratif a été conçu pour préserver l'Etat, en tant que garant de l'intérêt général »¹⁹⁷. Au fur et à mesure de la prise de conscience

¹⁹⁵ En effet, l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978 dispose : « Font l'objet d'une publication les directives, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives... ».

¹⁹⁶ Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers (article premier). Le paragraphe introductif du rapport présentant le décret au président de la république est rédigé en ces termes : « Le projet de décret qui vous est soumis s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre de la nouvelle citoyenneté qui a pour corollaire la définition d'un nouveau statut de l'usager du service public. Des règles assurant une meilleure protection de ses droits, des rapports moins dépersonnalisés avec les agents publics, une information systématique des usagers sur les décisions que l'administration prend ou envisage de prendre et sur les voies et modalités de recours contre ces décisions, la recherche de la plus grande objectivité des décideurs ... ».

¹⁹⁷ Rapport relatif à la réforme de la réglementation en France, OCDE 2004. p 52.

par l'administration de la métamorphose sociologique du contexte de ses rapports avec les administrés et des jugements portés sur la logique d'un tel contexte, la machine administrative commence peu à peu à ouvrir son sérail. Depuis le début des années 2000, un symptôme d'ouverture administrative atteint tous les acteurs publics. Un texte de loi est venu préciser la même obligation¹⁹⁸, c'est dire, le paroxysme qu'arrive à atteindre la résistance administrative. Lorsque le rapport du Conseil d'Etat de 2006 est publié, le verdict est sans appel : « La publicité des circulaires et instructions est, en fait, souvent laissée à la discrétion des ministères : certaines font l'objet d'une publication au journal officiel de la République Française, d'autres figurent aux Bulletins officiels des ministères ; les dernières, nombreuses, ne font l'objet d'aucune publication. Leur recensement est par conséquent très difficile, voire impossible si on vise l'exhaustivité et la pertinence¹⁹⁹ ».

Ce n'est qu'en 2008, en marge des travaux d'élaboration du rapport de Jean-Luc Warsmann relatif à la simplification du droit²⁰⁰, que fut élaboré le décret du 8 décembre 2008²⁰¹. Celui-ci met en place un nouveau mode de publication de ces actes administratifs sous terrains. En effet, son article premier dispose : « Les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'Etat sont tenues à la disposition de public sur un site internet relevant du premier ministre. Elles sont classées et répertoriées de manière à faciliter leur consultation. Une circulaire ou une instruction qui ne figure pas sur le site mentionné au précédent alinéa n'est pas applicable. Les services ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés ». Et l'article 2 de rajouter qu'à partir du 1 mai 2009 toutes circulaires ou instructions déjà signées sont réputées abrogées si elles ne sont pas

¹⁹⁸ Loi n°2000-321 du 21 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations énonce dans son article 2 : « Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par le présent chapitre en ce qui concerne la liberté d'accès aux règles de droits applicables aux citoyens. Les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à dispositions et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller ».

¹⁹⁹ Conseil d'Etat, rapport annuel 2006, p 331.

²⁰⁰ Jean-Luc Warsmann, La qualité et la simplification du droit, Rapport d'étude remis au Premier ministre. Décembre 2008 : « L'importance du droit souterrain –instructions, circulaires- dans la vie des usagers incite à améliorer son accessibilité, sa lisibilité et à clarifier les conditions dans lesquelles les usagers peuvent s'en prévaloir ». Pour cela le rapporteur fait deux propositions :

Proposition n° 43 : Toute circulaire d'explication d'un texte normatif important doit être signée par le ministre, soit par le premier ministre, exception faite des instructions fiscales.

Proposition n° 44 : Ensermer la publication des circulaires dans des contraintes formelles strictes.

²⁰¹ Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires.

reprises sur ce site internet. Il ressort de ses dispositions que toute circulaire ne respectant pas la publication sur le web est abrogée ipso facto.

C'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat le 23 février 2011, dans une affaire qui opposait l'Association La CIMADE au Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire. Dans cette affaire, la question litigieuse portait sur La recevabilité du recours de la CIMADE dirigé contre une circulaire du ministre datée du 24 juillet 2008 relative aux missions des centres d'accueil pour demandeurs d'asile et aux modalités de pilotage du dispositif nationale d'accueil. Le Conseil d'Etat, après avoir rappelé les dispositions des deux articles du décret du 8 décembre 2008, poursuit : « qu'il ressort des pièces du dossier et n'est pas contesté par l'administration que la circulaire du 24 juillet 2008 [...] n'avait pas été reprise, à la date du 1^{er} mai 2009, sur le site internet créé en application des dispositions de l'article 1^{er} du décret du 8 décembre 2008 citées ci-dessus ; que, par suite, cette circulaire doit, conformément à l'article 2 du même décret, être regardée comme abrogée à compter du 1^{er} mai 2009 ; que sa mise en ligne sur ce même site à une date postérieure au 1^{er} mai 2009 n'a pas eu pour effet de la remettre en vigueur ; que, par suite, la requête de la CIMADE et autres, enregistrées le 20 novembre 2009, tend à l'annulation de dispositions qui étaient déjà abrogées à la date où elle a été introduite ; que ces conclusions [...] sont, par suite, irrecevables et doivent être rejetées²⁰² ».

Plus récemment, dans un arrêt du 27 mars 2013²⁰³ rendu à l'occasion d'un recours en annulation de l'Association des professionnels de la location meublée dirigé contre la circulaire du 22 mars 2006 sur l'application des mesures relatives au changement d'usage des locaux d'habitation, celle-ci n'a pas été reprise sur le site internet dédié aux circulaires à la date du 1^{er} mai 2009. Le Conseil d'Etat, après avoir rappelé les dispositions du décret de 2008, a repris le même raisonnement en rejetant la demande en annulation en tant qu'elle est dépourvu d'objet.

Depuis le 1^{er} mai 2009, toute circulaire qui n'est pas ou n'est plus e-circulaire est réputée abrogée et, par la même, tout recours en annulation débouche sur un rejet. Toutefois, le recours peut conserver un intérêt au cas où la circulaire a reçu un

²⁰² Conseil d'Etat, 23 février 2011, Req. N° 334022, mentionné aux tables.

²⁰³ Conseil d'Etat, 27 mars 2013, ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, Req. N°360248.

commencement d'exécution ou d'application. C'est ce qui ressort d'un arrêt du Conseil d'Etat rendu en 2011²⁰⁴ à la suite d'un recours de SOS Racisme contre des circulaires du ministre de l'intérieur ayant pour objet l'évacuation des campements illicites des roms. Le Conseil d'Etat avait jugé qu'étant donné que la circulaire en cause : « a reçu application avant son abrogation ; que, par suite, le ministre n'est pas fondé à soutenir que les conclusions de la requête dirigées contre la circulaire seraient irrecevables faute d'objet ». Dans un autre arrêt du 16 avril 2012 du conseil d'Etat, le comité Harkis et vérité attaquait divers circulaires qui n'avaient pas fait l'objet d'aucune publication, notamment sur le site internet institué par le décret de 2008. Le Conseil d'Etat a décidé que si les dites-circulaires devaient être considérées comme abrogées à compter du 1^{er} mai 2009, en application de l'article 2 du décret de 2008, elles n'en demeurent pas moins susceptibles d'être contestées par la voie du recours pour excès de pouvoir²⁰⁵.

Le décret de 2008 constitue une grande avancée dans l'entreprise du renforcement des droits des citoyens dans leur rapport avec l'administration. Cela étant dit, d'autres actes administratifs, ayant fait l'objet de publication ou pas, demeurent immunisés contre tout recours contentieux. Ainsi, par exemple, sont réputés comme actes ne faisant pas grief, et partant inattaquable, tous les documents administratifs destinés à informer²⁰⁶, les recommandations ou les simples déclarations d'intentions. Cette sorte d'immunité absolue, contre tout recours, dont jouissent ces actes administratifs n'est pas sans effets sur la sécurité juridique des administrés, qui peuvent en tout état de cause justifier de leur intérêt légitime à ce qu'un tel acte soit au minimum examiné par le juge. Le pragmatisme voudrait qu'on transpose la solution retenue pour les circulaires à ces actes. Autrement dit, permettre au juge administratif d'accepter la recevabilité du recours contre de tels actes et examiner leur légalité selon qu'ils auraient une portée impérative ou pas.

²⁰⁴ Conseil d'Etat, 7 avril 2011, Association SOS Racisme, Req. N° 343387.

²⁰⁵ Conseil d'Etat 16 avril 2012, Comité Harkis et Vérité, Req. N° 335140.

²⁰⁶ A titre d'exemple, Conseil d'Etat, 28 septembre 2011, Société Alsass. Req. N° 349820. « Considérant que, par lettre du 4 avril 2011, M. H, vice-président de l'autorité de contrôle prudentiel, a fait part à M. F, administrateur de la Société Alsass, de l'analyse de l'Autorité de contrôle prudentiel selon laquelle ... ; que les indications ainsi données par le vice- président de l'Autorité de contrôle prudentiel, en réponse à la demande d'un administrateur provisoire, constituent une simple interprétation des dispositions du code des assurances applicable à la date de nomination de ce dernier et n'emportent, par elles-mêmes, aucun effet de droit ; qu'ainsi, la lettre du 4 avril 2011 ne constitue pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ».

La lecture d'un arrêt de section de 2007 laisse croire que le juge administratif, au sujet d'un recours contre une recommandation, a adopté le même raisonnement que celui adopté dans l'affaire Duvignères²⁰⁷. Un raisonnement confirmé par un arrêt du Conseil d'Etat de 2011²⁰⁸. Dans cette affaire, était en cause une recommandation de la Haute autorité de santé. En effet, la HAS est une autorité administrative indépendante à caractère scientifique, chargée notamment de produire des recommandations de bonnes pratiques médicales élaborées par un groupe d'experts. L'une de ces recommandation relative au traitement médicamenteux du diabète de type 2 a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par l'Association pour une formation médicale indépendante, suite au refus du président de la HAS d'abroger ladite recommandation. Revenant sur sa jurisprudence initiale²⁰⁹, le Conseil d'Etat juge que la recommandation de la HAS était une décision faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

²⁰⁷ Conseil d'Etat, Sect. 13 juillet 2007, Sté. Editions TISSOT, Req. 294195, publié au recueil. « Lorsqu'elle émet des recommandations sans faire usage de la possibilité dont elle dispose de leur assurer une publicité particulière, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité n'énonce pas, en principe, des règles qui s'imposeraient aux personnes privées ou aux autorités publiques, mais recommande aux personnes concernées les mesures qui lui semblent de nature à remédier à tout fait ou toute pratique qu'elle estime être discriminatoire, ou à en prévenir le renouvellement ; que par suite, ces recommandations ne constituent pas, par elles-mêmes, des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il en irai, en revanche, différemment de recommandation de portée générale, qui seraient rédigées de façon impérative ».

²⁰⁸ Conseil d'Etat 27 avril 2011, Assoc. Pour une formation médicale indépendante. Req. N° 334396. Le juge administratif estime que : « Les recommandations de bonnes pratiques élaborées par la Haute Autorité de Santé sur la base (des dispositions du code de la Santé publique) ont pour objet de guider les professionnels de santé dans la définition et la mise en œuvre des stratégies de soins à visées préventive, diagnostique ou thérapeutique les plus appropriées, sur la base des connaissances médicales avérées à la date de leur édicition ; qu'égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la Santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques, ces dernières doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il en va, par suite, de même des refus d'abroger de telles recommandations ; qu'il suit de là que la fin de non-recevoir opposée par la Haute Autorité de santé, tirée de ce que son refus d'abroger la recommandation de bonne pratique litigieuse (...) constituerait un acte insusceptible de recours, ne peut qu'être écartée ».

²⁰⁹ Conseil d'Etat, 12 octobre 2009, Sté. Glaxosmithkline Biologicals. Req. N° 322784. Dans cette affaire, il s'agissait d'un recours contre une recommandation de la Haute autorité de Santé indiquant une préférence pour la non-inscription d'un médicament sur la liste des remboursables par la sécurité sociale. Le conseil d'Etat avait jugé que le recours pour excès de pouvoir contre la dite recommandation était irrecevable étant donné que celle-ci n'est qu'un simple avis sans effet contraignant.

Sous-paragraphe 2 : La marge de manœuvre de l'action publique

Notre droit administratif est caractérisé par une démarche inégalitaire entre l'administration et les administrés. Une inégalité des rapports qui se dissimulent derrière un ensemble de notions « prérogatives de puissances publiques » « droits exorbitants » ou encore « pouvoir discrétionnaire ». Comme le souligne Monsieur J. Chevalier : « Du fait du lien organique qui l'unit à l'Etat, l'administration est dotée de moyens d'action particuliers ; (appareil d'Etat), elle est chargée de mettre en œuvre, de gérer, d'instrumenter le monopole de la contrainte, sous son double aspect juridique et matériel. Transcrivant cette puissance en termes juridiques, le droit administratif est caractérisé par une structure inégalitaire, asymétrique, régie par un principe de non-réversibilité, de non-réciprocité²¹⁰ ».

La première, et de loin la plus inégalitaire, des prérogatives de la puissance publique demeure le privilège de l'unilatéralité. L'acte administratif unilatéral, expression du principe de légalité, constitue en réalité la véritable menace pour le respect de la sécurité légale des administrés. L'administration, au nom de l'intérêt général, module à sa guise l'exercice des intérêts particuliers, sans que les titulaires de ses intérêts particuliers puissent donner leur avis.

Hauriou a écrit que : « La puissance publique a dans ses actes et opérations une sorte de privilège qui provient de sa nature même et de ce qu'elle doit être obéie ; ce privilège existe aussi bien dans les matières de gestion que dans les opérations exécutées par la voie d'autorité, ce qui prouve que dans la gestion la puissance publique ne disparaît point comme on le prétend bien à tort ; on peut l'appeler le privilège du préalable. Il se résume en ces deux propositions : 1° Dans l'exécution des services et dans l'exercice de ses droits, la puissance publique doit être obéie immédiatement sauf réclamation ultérieure ; 2° En principe, la puissance publique n'est pas tenue de répondre aux réclamation qu'on lui adresse soit pour solliciter son action, soit pour demander réparation du tort qu'elle a causé²¹¹ ».

Ce mode de production des normes administratives souffre aujourd'hui d'un déficit de légitimité, la décision publique est imposée mais rarement acceptée. Cet état de fait contribue à décrédibiliser l'action publique et celle de l'institution administrative, de là

²¹⁰ Jacques Chevalier, Le droit administratif, droit de privilèges ? Revue POUVOIR 1988, N° 46, p 57 et s.

²¹¹ Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public. Quatrième édition, 1900, p 246 et s.

à mettre la crédibilité de l'Etat en jeu, il n'y a qu'un pas. Une situation qui pousse les acteurs publics à revoir leur démarche, la révolution du droit administratif est en marche. Le vice-président du conseil d'Etat en témoigne en ces termes : « Dans sa manière d'agir, l'administration est passée, en quelques décennies, de l'évidence de la relation d'autorité avec des assujettis à la conscience d'une nécessaire interaction avec des partenaires. Le changement n'est pas que sémantique. Il témoigne d'une prise en compte de plus en plus aigüe des exigences démocratiques dans la phase d'élaboration de la décision²¹² ».

Déjà en 1985, Monsieur B. Manin expliquait dans un article célèbre que le principe de la légitimité démocratique doit être recherché dans le processus de formation de la volonté collective, c'est-à-dire, dans la délibération générale entre les individus de la société²¹³. Il s'agit de légitimer la démocratie en rendant le processus de production des normes de plus en plus transparent et de plus en plus participatif. Pour L. BLondiaux et Y. Sintomer : « Un changement idéologique accompagne les transformations actuelles des pratiques de décision dans les démocraties contemporaines. Il passe par la valorisation constante et systématique de certains thèmes : la discussion, le débat, la concertation, la consultation, la participation, le partenariat, la gouvernance. Deux phénomènes se conjuguent pour attester de la cristallisation de cette formulation nouvelle de l'idée démocratique [...] Dans la sphère de l'action publique s'intensifie le recours à des dispositifs qui visent à impliquer explicitement une pluralité d'acteurs, au-delà de ceux classiquement habilités à décider dans le cadre du gouvernement représentatif. Corrélativement sont mises en place des procédures nouvelles visant à organiser les discussions entre les parties en présence »²¹⁴. Cette mise en avant des différents modes de consultation des administrés lors du processus d'élaboration des normes, remis en cause l'aptitude de l'administration à juger et définir, toute seule, l'intérêt général.

L'action publique trouve une autre marge de manœuvre dans la gestion de ses moyens à travers le principe de la mutabilité. En l'état actuel du droit administratif, l'administration est seule juge de l'intérêt général et de son évolution. Le principe de

²¹² Intervention de Jean-Marc Sauvé vice-président du conseil d'Etat, Vendredi 20 Janvier 2012 Colloque du conseil d'Etat sur le rapport public 2011 Consulter autrement, participer effectivement.

²¹³ Bernard MANIN, Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique. Le Débat, 1985, N° 1, p. 72 et s.

²¹⁴ Loïc Blondiaux, Yves Sintomer. L'impératif délibératif. In Politix. Vol. 15, N°57. Premier trimestre 2002, p 17 et s.

mutabilité signifie que l'action administrative doit s'adapter aux évolutions des exigences de l'intérêt général dans le temps et dans l'espace.

Paragraphe 3 : Normativité complexe source d'insécurité juridique

Le principe de la légalité, conçu à l'origine pour procurer une sécurité légale des administrés, s'est transformé pour devenir la première source d'insécurité juridique. Le temps du règne de la loi n'est plus cet idéal protecteur contre l'arbitraire administratif. Non seulement la loi n'assure plus au citoyen une sécurité juridique effective, mais encore la loi est devenue un élément d'arbitraire juridique. Le citoyen se trouve démuné en face d'une administration qui parle un langage qui lui est point familier. Le paradoxe atteint son stade ultime lorsque le citoyen, à cause de la complexité du droit, perd toute confiance juridique dans ses rapports avec les autres et plus grave encore doute des gouvernants.

La norme a toujours fait l'objet de critique, le débat et les questions portants sur la clarté et la simplicité de la norme ne datent pas de nos jours. Ce débat est aussi ancien que l'avènement de la norme elle-même. Dans son essai sur L'esprit de la révolution et de la constitution de la France Saint-Just écrivait : « Les lois qui obstruent les canaux par où coule la liberté, et tiennent ouverts ceux par où circule la puissance, liguent les pouvoirs et forment une aristocratie exécutrice ; en vain veut-on les séparer entre eux, on ne fait que les séparer du peuple. Ce n'est point dans le gouvernement que cette précision est bonne [...] Si l'administration circule inclusivement entre les pouvoirs, qui répondra de la liberté ? Le malheureux ira-t-il crier aux portes du palais des législatures, elles-mêmes n'ont point de lois de détails, et jugeront comme les autres. En matière d'application, les législateurs sont toujours incompetents²¹⁵ ». Portalis pointait aussi du doigt le danger des normes dégradées : « Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation(...) Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie²¹⁶ ».

²¹⁵ Saint-Just, L'esprit de la révolution et de la constitution de la France, 1791, Quatrième partie, chapitre XVI Des administrations. (Document produit en version numérique par Pierre Palpant).

²¹⁶ Jean-Etienne-Marie PORTALIS, Extrait du discours préliminaire sur le projet de code civil, présenté le 1^{ER} Pluviôse an IX.

Dans son recueil des dispositions législatives Maître Dupin²¹⁷ trace l'évolution de la communicabilité de la loi. Il y explique qu'il fallait attendre un avis du Conseil d'Etat du 7 janvier 1813 pour qu'une commission soit créée, dont l'objectif était de rassembler les textes juridiques encore en vigueur, soit 70 volumes de textes éparpillés, sous forme de recueil. Mais le projet fut abandonné, raison pour laquelle Maître Dupin écrit son propre recueil. Tout au long de ce recueil, l'auteur dresse un sombre portrait de la norme de l'époque dans son accessibilité et sa communicabilité. Ainsi, l'auteur explique que jusqu'au XIII^e siècle les textes de lois n'étaient jamais datés ou que partiellement, seul le nom du roi régnant faisait office de date. Maître Dupin écrit : « Le Conseil d'Etat consulté pour savoir si une loi prenait date, du jour de sa promulgation, ou du jour où le corps législatif avait adopté le projet à lui présenter au nom du gouvernement, a été d'avis, le 5 pluviôse an VIII, que la véritable date d'une loi était celle de son émission par le corps législatif ». Une fois le texte est daté, il n'y a point de risque de rétroactivité. Cependant, l'auteur met le doigt sur un autre mal qui touche la norme au fur et à mesure qu'elle est en vigueur ; son interprétation.

Le constat d'une norme en crise est toujours d'actualité, une crise qui s'approfondit au fur et à mesure que l'ordre juridique s'est donné pour vocation d'encadrer la société humaine. Une ambition impossible à réaliser en raison des mutations et des évolutions des réalités sociales. La crise de la norme est la seule constance dans l'histoire du droit. Un grand nombre de travaux ont rendu le sujet l'un des plus classiques de la théorie du droit²¹⁸. Dans leur célèbre article *Réflexions autour de la conception post-moderne du droit*, Pauline Maisani et Florence Wiener ont dressé le même constat. En effet, partant des analyses de divers théoriciens post-moderne du droit qui défendent l'idée de revoir la nature de la norme juridique et sa place dans l'ordre social, les auteurs constatent que : « La conception moderne du droit est en effet jugée obsolète par nombre de théoriciens en raison d'une triple crise qui affecte ses principaux fondements : l'Etat connaît des difficultés dans l'exercice de sa fonction de régulation et partant dans la production de règles juridiques ; la règle de droit elle-même est confrontée à une crise de rationalité suscitée par son incapacité

²¹⁷ A-M. Dupin, *Lois sur lois, ou Recueil des dispositions législatives*. Paris 1817.

²¹⁸ G. Burdeau, *Le déclin de la loi*, in *Archive de philosophie du droit*, 1963, p 35. F. Terré, *La crise de la loi*, in *Archive de philosophie du droit*, 1980, p 17. F. OST, *L'amour de la loi parfaite*, in *L'amour des lois, La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*. L'Harmattan, 1996, p. 53.

croissante à rendre compte du réel et à la façonner ; enfin, l'outil juridique voit de ce fait sa légitimité contestée comme source de régulation sociale »²¹⁹. Si le constat est juste, la logique des tenants du post-modernisme n'est pas sans poser problème. En effet, pour eux, il faut en finir avec un droit moniste et une juridisation excessive des rapports sociaux pour adopter un pluralisme juridique simple, c'est-à-dire, un droit relativisé, un droit réapproprié par ses destinataires.

La norme juridique ne souffre pas que d'une seule crise mais de plusieurs. Alors, y en a celles dont des remèdes ont été trouvés et d'autres qui changent et se métamorphosent en fonction des mutations de la norme elle-même. D'une part, la norme juridique subit une crise de source de production, d'autre part, elle subit une crise de qualité. Enfin, une crise de dévaluation normative. Toutes les études qui ont pour objet la crise de la norme mettent l'accent sur le mal de la multitude des origines du droit. Comme nous l'avons démontré tout au long de cette partie, il est révolu le temps d'une légalité unique, désormais la légalité a différentes facettes, et surtout différentes sources. La norme juridique n'est plus ce produit de l'ordre juridique national unique et souverain. L'étude de la hiérarchie des normes démontre la multiplication des ordres juridiques, à la fois supra et infra étatique. Tous habilités à produire des normes, mais pas toujours en concertation, jamais en harmonie. La conséquence immédiate est qu'une seule question juridique se trouve régie par un ensemble de normes d'origines diverses, à chacune sa propre réalité sociologique. Celles-ci révèlent au bout du compte les degrés de résistance de chaque ordre pour ne pas renier son héritage socio-culturel, et partant leur hostilité aux changements.

La crise de la norme due à la multiplication des ordres de production est doublée par une autre crise due à l'apparition de nouvelles matières. Dans ce contexte où le droit est rattrapé par son ambition de tout régler y compris les nouveaux domaines scientifiques.

Dans son rapport de 2006, le Conseil d'Etat²²⁰ a fait de ces nouvelles matières la véritable menace à la sécurité juridique. En effet, le droit contemporain a cessé d'être la voix de la justice et la morale, il est devenu, également, l'expression d'un raisonnement scientifique. Depuis la fin des années soixante-dix, la science et le

²¹⁹ Pauline Maisani et Florence Wiener, *Réflexion autour de la conception post-moderne du droit*. *Revue Droit et Société* n° 27/ 1994.

²²⁰ Rapport annuel du Conseil d'Etat de 2006, op. cit.

domaine des nouvelles technologies ont envahi la sphère juridique. Il en va ainsi du droit de l'environnement et le droit des nouvelles technologies, domaine dans lesquels la norme juridique n'est pas le résultat du travail essentiellement du juriste, loin de là, c'est le scientifique, et notamment cette fameuse neutralité scientifique, qui dicte le sens de la norme. Le droit de la concurrence, pour sa part, fait coexister raisonnement juridique et calcul économique²²¹. Le législateur n'a plus son destin de la norme qu'il produit entre ses mains, il doit se fier à la science. La doctrine libéralement autorisée y voit, certes une source d'insécurité juridique pour les acteurs économiques vu la complexité des domaines en question, mais le recours au raisonnement scientifique garantit la production d'une norme exacte.

Pour Laurence Boy : « Le progrès de la technique et des nouvelles technologies ont très vite conduit les juristes et les instances de régulation à s'ouvrir sur les sciences économiques et les sciences dures. Les technologies envahissent notre quotidien risquant, peut-être, d'asservir l'homme à ces dernières : biométrie, sciences du vivant, tests génétiques, manipulations génétiques, informatique. Or, le droit est lui aussi fait de quotidien. Aussi, la rencontre entre le système juridique et les systèmes scientifiques est inéluctable. Cette dernière se manifeste par une sécurité accrue liée aux savoirs. Le droit intègre de plus en plus des paramètres techniques et scientifiques. Qu'il s'agisse de droit de l'environnement..., du droit du travail, du droit de l'agroalimentaire. La norme se fait souvent traduction automatique de données chiffrées (...) Le renfort des sciences accroîtrait ainsi la sécurité juridique »²²².

Outre la crise due à la multiplication des sources de droit, la norme souffre également d'une crise de qualité. La dégradation de la qualité normative est devenue le principe, rare sont les normes qui résistent aux changements politiques, sociales et économiques. Le principal danger du défaut de qualité des normes est le changement tout le temps. Les réformes se succèdent sous le prétexte de trouver la norme qui répond le plus aux attentes du citoyen. Or, au fur et à mesure que le changement devient excessif, le citoyen, faute pour lui de se transformer en caméléon juridique, évolue dans un environnement flou et sans repères. Se trouve amener à accomplir des actes sans pour autant être convaincu de leur légalité ou

²²¹ L. Zevounou, Les usages de la notion de concurrence en droit, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public.

²²² Laurence Boy, Régulation et sécurité juridique, in Sécurité juridique et droit économique, Sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siirainen, éd. Larcier 2008, p. 346.

non ; un citoyen dépourvu de toute sécurité juridique. Dans son rapport de 2006, le Conseil d'Etat déplore une telle situation en ces termes : « Dans de telles conditions, il devient très difficile, parfois impossible, pour l'utilisateur, le citoyen ou l'entreprise de connaître la loi, et d'organiser ses comportements d'investissement ou de consommation en fonction de celle-ci. Une telle évolution accroît la fracture juridique, une partie de la population se trouve marginalisée par un droit devenu trop complexe, tandis que d'autres acteurs s'accommodent de la complexité, voire l'exploitent à leur profit. La complexité du droit engendre donc à la fois un coût psychologique et un coût démocratique »²²³.

Lors de ses vœux au Président de la République pour l'année 2005, le Conseil Constitutionnel par la voix de son Président Pierre Mazeaud a sonné une charge contre le phénomène de la dégradation de la qualité de la législation et ses causes. Il y est dit : « Le diagnostic n'est pas nouveau, la thérapie, elle, reste à découvrir [...] le législateur ne devrait pas modifier sans raisons sérieuses la terminologie qui est la base de législations entières. Cela se paie toujours en termes d'insécurité juridique. Autre symptôme frappant de mauvaise santé législative : la loi qui tâtonne, hésite, bafouille, revient à bref intervalle sur le même dans un sens ou dans un autre, selon les réactions réelles ou supposées de la société [...] La jurisprudence est souvent mal perçue par le législateur ; la loi est souvent mal reçue par le juge. Tout cela est fâcheux pour la démocratie, car il ne faut pas confondre séparation des pouvoirs et lutte des pouvoirs [...] Un troisième vice de la législation contemporaine est son manque de clarté et d'intelligibilité [...] la loi doit être précise et claire, ce qui ne veut pas dire encombrée de détails. Le législateur doit donc adopter des dispositions compréhensibles et des formules non équivoques, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la constitution ou contre le risque d'arbitraire ».

L'idéalisation de la majesté symbolique de la loi, n'a d'égal aujourd'hui que le constat amer de son déclin, et c'est à partir de l'analyse de ce déclin, dans ses causes et ses formes, que la doctrine s'est orientée vers la recherche d'une science d'élaboration et de production des normes. Cette science de la législation, appelée également la légistique, a pour objet de donner aux rédacteurs des textes juridiques un cadre pour

²²³ Rapport Conseil d'Etat, op. cit. p 273.

produire une norme de qualité. Toutefois, d'autres expriment des réserves à l'égard de ces critiques qui, pour eux, ne sont fondées que partiellement. Ainsi, on a pu écrire : « Nombreux sont aujourd'hui les auteurs enclins à discerner sa (la loi) déliquescence [...] La critique ne se laisse pourtant pas facilement synthétiser, car elle porte sur des points de nature aussi différente que la prolifération ou l'inflation législative... Il importe, cependant, d'apporter plusieurs réserves à ces invectives... le rôle de la loi, en tant qu'instrument de gestion des politiques publiques, a en effet été remis en cause au profit de diverses tentatives de déréglementation et de privatisation. La seconde réserve tient à l'évolution de la société, devenue plus technique, plus complexe, plus atomisée tout en étant de plus en plus mondialisée. Une telle société ne se laisse plus diriger de manière hiérarchique, autoritaire et unitaire par des lois dont le caractère obligatoire, général et abstrait s'accorde difficilement avec ce nouvel ordre réticulaire que pyramidal²²⁴ ».

²²⁴ A. Flückiger, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal. Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 21, janvier 2007.

TITRE II : LA SECURITE JURIDIQUE DU DROIT

La conception objective de l'Etat de droit, telle qu'elle a été conçue par les pères fondateurs du droit administratif français, est devenue incapable à réaliser ses objectifs les plus basiques ; droit, justice et progrès. Disons-nous que l'Etat de droit était victime de son propre succès. Au fur et à mesure que ses trois éléments se développent et se perfectionnent, ils finissent par s'empiéter les uns sur les autres et partant se contredisent. Nous avons vu plus haut comment la légalité objective, censée être une garantie de l'Etat de droit, s'est transformée en source d'insécurité juridique. Le juridique est partout mais le Droit nulle part. Cet état de fait a poussé doctrine et jurisprudence à penser un renouveau du droit, dans sa production et son application. Même le politique n'est pas en reste, les plus hautes autorités de l'Etat dénoncent le climat d'insécurité du droit. Une sorte d'union nationale pour sauver le droit.

Le droit n'est plus ce dogme absolu qui inspire la confiance et la soumission. Sa complexité et sa médiocrité sont devenues sources de méfiance et de crainte de la part des différents acteurs de la société. Pour éradiquer cet effet pervers de la complexité du droit, la réflexion s'est orientée vers une sécurité juridique du droit lui-même. En effet, les acteurs politiques et juridiques ont abandonné le culte de la sécurité juridique par le droit pour adopter comme alternative la sécurité juridique du droit lui-même. Ce changement n'est pas sans rappeler la pensée de Carl Schmitt relative au positivisme juridique du XIX^e siècle. En effet, pour l'auteur des Trois types de pensée juridique : « ce positivisme emprunte ses explications à la philosophie du droit, il aboutit à des arguments qui défendent l'intérêt individualiste consistant à assurer la sécurité du droit, et il se réclame du raisonnement selon lequel il serait injuste de décevoir l'espérance, l'expectation, la confiance, suscitée par la loi, des membres de la communauté juridique [...] Mais en réalité la sécurité, la certitude, la stabilité, la scientificité rigoureuse, la prévisibilité fonctionnelle et toutes les qualités et avantages positifs de ce type n'étaient des avantages ni de la norme légale ni d'une convention humaine, mais uniquement de la situation relativement stable de cette

époque qui, au XIX^e siècle, était celle d'un Etat dont le foyer était la législation, donc le système de légalité d'un Etat législatif²²⁵ ».

²²⁵ C. Schmitt, Les trois types de pensée juridique. Traduit par Mira Koller et Dominique Séflard. PUF coll. Droit éthique société, 1995, p. 87-88.

CHAPITRE I : LA CONSECRATION DE LA SECURITE JURIDIQUE EN DROIT FRANÇAIS

Après une longue période de résistance, le Conseil d'Etat a fini par donner suite à l'appel des justiciables et leurs conseils pour la consécration d'un principe de sécurité juridique.

SECTION I : La notion de sécurité juridique en droit administratif

Nous avons vu plus haut comment le juge administratif, au fur et à mesure de l'élaboration du droit administratif, a consacré un ensemble de catégories juridiques et de mécanismes destinés à protéger la confiance qui animent les administrés dans leurs rapports avec l'administration. Il en est ainsi des régimes du retrait et d'abrogation des actes administratifs, le régime des droits acquis, le principe de non-rétroactivité... ; en somme, il s'agit d'une sécurité juridique qui ne dit pas son nom. Pourtant des voix, y compris au sein de la juridiction administrative, se sont élevées pour dénoncer le climat d'insécurité juridique. C'est ainsi que depuis la fin des années quatre-vingts la nécessité de la consécration d'un principe de sécurité juridique en droit administratif français commençait à animer le débat doctrinal.

Paragraphe 1 : Les tentatives jurisprudentielles d'une consécration du principe

La sécurité juridique en droit administratif français, censée être assurée par le principe de légalité, Le Conseil d'Etat est allé jusqu'à consacrer son rapport annuel de 1991 à la thématique de la sécurité juridique. Et dans celui de l'année suivante de dénoncer le climat d'insécurité juridique due à l'instabilité du régime juridique des autorisations d'urbanisme. Paradoxalement, le juge administratif n'éprouvait pas le besoin de consacrer un principe, au demeurant d'origine étrangère, dont il ne maîtrise pas les contours. Le rapporteur public H. Toutée explique l'attitude du juge administratif en ces termes : « il est évidemment très désagréable pour un juge de devoir appliquer des principes généraux qu'il n'a pas dégagés lui-même²²⁶ ».

Une grande partie de la doctrine, pour sa part, exprimait les plus grandes réserves à l'égard du principe de sécurité juridique et de son corolaire la protection de la confiance légitime. Le rejet du principe de sécurité juridique n'était pas total et encore moins partagé par tous les juges de l'ordre administratif. En effet, certains juges ont manifesté une certaine résistance à la position de principe du conseil d'Etat, aidés en cela par les requérants et leurs conseils qui n'hésitent plus à vouloir tirer profit de l'appartenance de l'ordre juridique français à l'Union européenne.

Déjà en 1995, B. Pacteau attirait l'attention sur cet intérêt pour la sécurité juridique en ces termes : « Voilà tout de même que le thème de la sécurité juridique investit sans plus de détours notre droit public, s'y installe, voire s'y impose. Mais avec quelles incidences et implications ? La sécurité tend aujourd'hui à se ranger dans l'arsenal de notre droit public ; peut-elle le changer ? Notre droit public est saisi par l'impératif de sécurité juridique. Peut-il en être effectivement enrichi ? »²²⁷.

Dans sa thèse²²⁸, Madame S. Calmes démontre que c'est essentiellement à l'occasion de contentieux fiscaux que le juge administratif a eu ses premiers contacts avec le principe de sécurité juridique. A l'occasion de son analyse de certaines décisions de cour administrative d'appel, Madame S. Calmes, estime que les juges de fond de certaines juridictions laissent entendre qu'il existe bel et bien un principe

²²⁶ Concl. Sur CE, Ass. 17 Février 1995, Commission nationale des comptes de compagnie et des financements politiques c/ Aillaud, AJDA 1995, p 223 et s.

²²⁷ Bernard PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? AJDA 1995, p. 151.

²²⁸ Du principe de confiance légitime, op. cit.

de sécurité juridique, du moins en matière fiscale²²⁹. En effet, de l'analyse d'un ensemble de décisions des juges du fond de Bordeaux, Madame S. Calmes déduit qu'elle : « paraît donc admettre, dans ces arrêts, l'existence en matière fiscale – sans exprimer plus avant si elle tranche en droit interne pur ou dans le champ d'application du droit communautaire – des principes de sécurité juridique et de confiance légitime²³⁰ ».

Toujours en cette année de 1994, c'est le tribunal de Strasbourg²³¹ qui, par une décision du 8 décembre 1994, laisse entendre que la sécurité juridique et la confiance légitime était un principe de droit interne dont la violation engage la responsabilité de l'administration. Dans cette affaire, l'entreprise Freymuth spécialisée dans l'importation des déchets ménagers, a conclu des contrats avec des villes allemandes relatifs à l'importation en France de leurs ordures ménagères. Mais en 1992, un décret vient modifier le régime juridique des déchets ménagers, jusqu'à là régis par le décret du 23 mars 1990, et instaurer une interdiction des importations de ces déchets. Cette interdiction a poussé l'entreprise Freymuth à rompre ses engagements, à licencier son personnel et se déclarer en faillite. Après avoir demandé en vain une indemnisation au ministre de l'Environnement, l'entreprise Freymuth saisit le juge administratif d'un recours en indemnisation pour le préjudice subi à cause de l'illégalité du décret de 1992, la rupture d'égalité devant les charges publiques à son égard et de fait de la brutalité du changement opéré.

Pour le rapporteur public Monsieur J. Pommier, d'une part, le décret en cause n'est entaché d'aucune illégalité et partant l'entreprise ne peut engager son action sur le fondement de la responsabilité pour faute. D'autre part, si le débat se déroule sur le terrain de la responsabilité sans faute, notamment pour rupture d'égalité ne pourrait

²²⁹ Il en est ainsi de la cour administratif d'appel de bordeaux dans un arrêt du 22 fév 1994 estime selon madame Calmes que : « la disposition législative en cause ... a aux dires mêmes de la loi seulement pour objet, eu égard à son caractère interprétatif, d'explicitier la règle de droit déjà applicable ne saurait donc porter atteinte aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime ». La même cour dans une autre décision datée du 8 mars 1994 adopte un raisonnement identique au précédent, le juge estime que le I de l'article 7 de la loi du 26 juillet 1991 : « ... à caractère interprétatif dans la mesure où il dispose que les opérations mentionnées au d) du 1° de l'article 7 de l'article 261 C du code général des impôts, parmi lesquelles figurent les opérations de change, notamment le change manuel, doivent être regardées comme des prestations de services dont le chiffre d'affaires est constitué par le montant des profits et autres rémunérations, se borne à expliciter la règle de droit déjà applicable, avant l'intervention dudit article, aux opérations de change et ne saurait porter atteinte aux principe de sécurité juridique et de confiance légitime » (cité par S. CALMES p 505 et s).

²³⁰ Op. cit. p507.

²³¹ TA de Strasbourg du 8 Décembre 1994. Concl. Joseph Pommier, AJDA 20 Juillet 1995, p 555.

pas déboucher sur une indemnisation. Enfin, le rapporteur public invite le juge administratif à régler la question sur un tout autre terrain en ces termes : « Il faut donc se tourner vers d'autres horizons juridiques, ce à quoi vous invite à vrai dire la position géographique privilégiée à cet égard de votre tribunal, à proximité immédiate de l'Allemagne et au voisinage du Luxembourg, où le principe de confiance légitime [...] Ce principe est en quelque sorte le corolaire ou le prolongement du principe de la sécurité juridique, mais envisagé du point de vue des droits subjectifs détenus par un individu ».

Le juge administratif reprend pour son compte l'argumentaire de son rapporteur public. En effet, il condamne l'Etat à verser une indemnité à l'entreprise Freymuth en précisant son raisonnement dans un considérant des plus emblématiques du droit administratif français :

« Considérant que, dans la mise en œuvre de son activité, l'administration doit veiller à ne pas porter aux tiers un préjudice anormal en raison d'une modification inattendues des règles qu'elle édicte ou des comportements qu'elle adopte si le caractère de ce changement n'est pas rendu nécessaire par l'objet de la mesure ou par les finalités poursuivies ; qu'en particulier, si les autorités administratives peuvent modifier la réglementation qu'elles ont édictées en fonction de l'évolution de leurs objectifs ou des situations de fait ou de droit qui conditionnent leur intervention, elles doivent prendre les dispositions appropriées pour que les personnes concernées disposent d'une information préalable ou que des mesures transitoires soient aménagées, dès lors que la modification envisagée ne doit pas, par nature ou en raison de l'urgence, prendre effet de manière immédiate et qu'elle est susceptible d'avoir de manière substantielle des effets négatifs sur l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une liberté publique ; qu'à défaut de respecter ce principe de la **confiance légitime** dans la clarté et la prévisibilité des règles juridiques et de l'action administrative, l'administration engage sa responsabilité à raison du préjudice anormal résultant d'une modification inutilement soudaine de ces règles ou comportements ».

De ce considérant ressortent les premiers éléments constitutifs d'un principe de sécurité juridique de droit français. Saisi en appel par le ministre de l'environnement, la cour administrative d'appel de Nancy revient sur la décision du juge administratif de Strasbourg mais sans pour autant désapprouver le raisonnement.

En effet, les juges d'appel ont considéré que le décret attaqué en l'espèce intervient pour des motifs d'intérêt général en vue de mettre fin à une situation préjudiciable à l'environnement. Dès lors, le tribunal considère que l'entreprise Freymuth ne pouvait se prévaloir de la méconnaissance de ce principe de confiance légitime.

Dans cette décision, le tribunal administratif d'appel de Nancy écarte le principe de confiance légitime corolaire du principe de sécurité juridique dans le cas d'espèce, mais, il laisse entendre que le principe de confiance légitime est applicable en droit interne tant qu'il n'est pas en contradiction avec l'intérêt général²³². Saisi en cassation le Conseil d'Etat fixe un cadre pour le principe de sécurité juridique en général et celui de la confiance légitime en particulier :

« Considérant que ce principe qui fait partie des principes généraux de droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire²³³ ».

On peut être tenté de considérer qu'il y ait un déséquilibre de protection entre les justiciables selon que leurs prétentions portent ou non sur une question qui résulte de l'application d'une norme communautaire.

²³² Cour administrative de Nancy, 17 Juin 1999, 3^e chambre. Req. N°95NC00226 96NC01928 96NC01927.

²³³ CE, sect. 9 mai 2001 ministre de l'environnement. Mentionné au table du recueil Lebon.

Paragraphe 2 : Les débats de la doctrine

Aujourd'hui, la sécurité juridique est devenue une mode, voire un progrès, pourtant c'est un concept aussi ancien que le droit. Depuis une trentaine d'années, le débat autour de cette notion s'est intensifié, vraisemblablement, s'agit-il d'une conséquence de la mondialisation juridique. Les aspirations à une meilleure sécurité juridique ont vu le jour depuis lors que le droit s'est révélé incapable à lui seul d'assurer une telle fonction. Le seul élément novateur est que désormais la pensée juridique dissocie le droit du concept de la sécurité juridique. La doctrine dans sa majorité contribue à la promotion de la sécurité juridique en France. Déjà en 1946, le doyen Roubier écrivait que La sécurité juridique est la première valeur sociale à atteindre.

Depuis, beaucoup de chercheurs²³⁴ en font le fil conducteur de leurs travaux sous l'œil bienveillant de la doctrine administrativiste la plus autorisée²³⁵.

²³⁴ Sylvia Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, DALLOZ 2001. Anne-Laure VALEMBOIS, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science politique LGDJ 2005 TOME 122. Emma Ben Merzouk, La sécurité juridique en droit positif, thèse dactyl. Université Paris II, 2003. Ingrid FOURNOL, Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français, thèse dactyl. Université Paris II Panthéon-Assas 1999. Philippe RAIMBAULT, Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, Bibliothèque de Droit Public LGDJ TOME 256, 2009. Ernest TSATSABI, Le principe de sécurité juridique dans le contentieux administratif français, thèse dactyl. Paris II Panthéon-Assas 2007. Paraskevi MOUZOURAKI, Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais ; un exemple de convergence des droits administratifs européens ? BRUYLANT 2011. Eugénie PREVÉDOUROU, Le principe de confiance légitime en droit public français, Athènes, Sakkoulas, 1998. Simon WILLIAMSON, La sécurité juridique contentieuse à l'épreuve de l'article L.600-3 du code de l'urbanisme, Mémoire de DEA Université de NANTES 1998. Frédéric DOUET, Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français. Bibliothèque de Droit Privé LGDJ 1997. Frédéric Touboul, Le principe de sécurité juridique. Essai de législation, thèse dactyl. Université Paris XI Sceaux, 1996.

²³⁵ AUBY J-B, Confiance légitime. DA Juin 2001, Repères P 3. Benhamou Y. Cursives remarques sur la sécurité juridique, LPA 3 mai 1996 N° 54, p 19. BOULOUIS J. Quelques observations à propos de la sécurité juridique, in *liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p 53. CRISTAU A. L'exigence de sécurité juridique. D 2002, p 2814. DELAMARRE M. La sécurité juridique et le juge administratif français, AJDA 2004, p 186. DIEU F. La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique, AJDA 2006, p 2428. Duthellet De Lamothe O. La sécurité juridique, le point de vue du juge constitutionnel, in Conseil d'Etat rapport public 2006, p. 369. FROMONT M. Le principe de sécurité juridique, AJDA 1996 N° spécial p 178. Gaudemet Y. La sécurité juridique, *Géomètre* 1996, n° 8, p 26. HEERS M. La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? RFDA 1995, p 963. LAGARDE X. Jurisprudence et insécurité juridique, D 2006, p 678. Lepage C. Sécurité juridique et contrats des collectivités locales, *Gaz. Pal.* 9 et 10 Juin 1999 N° 160, p 1- 49. Luchaire F. La sécurité juridique en droit constitutionnel français, *Cahiers du conseil constitutionnel* 2001, n° 11 p 67. Mathieu B. La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient, in *Mélange Patrice Gélard*, Montchrestien, Paris 1999, p. 301. MATHIEU B. Réflexion en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2001, n° 11, p. 106. Moderne F. A la recherche d'un

En effet, hormis quelques rares positions doctrinales exprimant une certaine méfiance à l'égard d'un éventuel principe de sécurité juridique, la majorité des juristes qui se sont penchés sur le sujet ont succombés à son attractivité. Ceux-ci y voient la solution idéale pour faire face à l'insécurité juridique qui résulte du déclin de l'art de légiférer.

Dans sa contribution au rapport du conseil d'Etat de 2006, le professeur N. Molfessis appelait en ces termes à améliorer la sécurité juridique, il écrit en substance : « Il y a là comme une impression d'emballage du système juridique, comme si celui-ci ne pouvait être maîtrisé et stoppé sur la voie de son emphase. Une telle interrogation revient à éprouver l'aptitude du système juridique à traiter ses propres maux. Car c'est bien une automédication que veut s'imposer le système juridique en multipliant les règles destinées à lutter contre ses dysfonctionnements. Lois de simplification, loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, circulaires relatives à la qualité de la réglementation ou à la maîtrise de l'inflation normative [...] décisions consacrant des normes constitutionnelles sur la sécurité juridique ou ses manifestations constituent un corpus juridique en charge de la police du système juridique. La lutte contre l'insécurité juridique est devenue en soi un objet de réglementation. D'où le constat de l'essor, derrière les aspirations à améliorer le droit, d'un droit du droit, avec ses principes et ses règles, de hiérarchies et de nature différentes. Le système juridique entend se traiter lui-même²³⁶ ».

Pour sa part, Monsieur D. Labetoulle considère que le principe de sécurité juridique est complémentaire au principe de légalité en droit administratif, malgré le fait que ces deux principes ne coexistent qu'au prix d'accommodement réciproques, parce que : « laissé à lui-même le principe de légalité débouche sur une vision de droit intégral dans laquelle la consolidation de ce qui est ne trouve pas spontanément sa place²³⁷ ». En l'absence d'une définition précise du principe de sécurité juridique, la doctrine qu'elle y soit favorable ou hostile, s'adonne à un exercice d'étude d'un principe vague et bien trop général sans limites objectives. C'est ainsi que les études

fondement constitutionnel du principe de protection de la confiance légitime, in *Au carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de Louis Dubois, DALLOZ 2002, p. 595. PACTEAU B. La sécurité juridique : un principe qui nous manque ? AJDA 1996, n° spécial, p. 151. VAPAILLE L. Le principe de sécurité juridique : réalité et avenir en droit administratif français, LPA 10 août 1999, n° 158, p. 18.

²³⁶ N. Molfessis, *Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même*. Rapport du conseil d'Etat de 2006, p. 391 et s.

²³⁷ D. Labetoulle, *Principe de légalité et principe de sécurité*. In *l'Etat de droit*, Mélanges GAY Braibant, p. 403.

portant sur la sécurité juridique sont de deux sortes, d'une part, des études maximalistes dont les auteurs confondent sécurité juridique et droit²³⁸. Pour ce courant tout ce qui est protecteur de l'administré dans ses rapports avec les pouvoirs publics relèverait de la sécurité juridique. E. Ben Merzouk, par exemple, considère que : « En raison de sa généralité et de ses contours tentaculaires, le principe de sécurité juridique ne peut être introduit dans n'importe quel système juridique. En droit français interne, il est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres exigences fondamentales. Il s'agit, en effet, d'un principe transversal qui se situe à la fois au cœur des exigences du droit et en marge des autres constructions d'ensemble qui composent ce dernier²³⁹ ».

Monsieur B. Mathieu, pour sa part, considère qu'en droit français : « la sécurité juridique ne peut être conçue comme un principe autonome au regard d'autres principes comme la non-rétroactivité, la protection des droits acquis, la confiance légitime, la légalité ou la qualité de la loi. C'est plutôt un concept qui englobe tout ou partie des exigences qui viennent d'être citées²⁴⁰ ». La pensée de Monsieur Mathieu n'est pas sans influencer celle de son disciple, en effet, Madame A-L. Valembois adopte la même conception de la sécurité juridique. Dans sa thèse, la Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, Madame Valembois explique que : « La sécurité juridique apparaît ainsi au sein d'une « nébuleuse » de principes, de sous-principes et de règles. Or, chacun de ces corollaires peut présenter une spécificité juridique plus étroite et différente de celle des autres, alors même qu'ils tendent tous vers le même but. Ceci laisse apparaître que l'exigence de sécurité juridique ou ses corollaires sont invocables dans des hypothèses très différentes²⁴¹ ».

Monsieur F. Moderne, pour sa part, estime au sujet de la sécurité juridique qu'il s'agit : « Sinon d'un principe matriciel, au moins d'un principe fédérateur qui regrouperais, outre le principe de confiance légitime, d'autres principes poursuivant des finalités comparables : principe de non-rétroactivité des lois ou des actes

²³⁸ E ; Tsatsabi, Le principe de sécurité juridique dans le contentieux administratif français. (thèse non publiée)

²³⁹ E. Ben Merzouk, Le principe de sécurité juridique en droit positif. Thèse, PARIS PONTEON ASSAS 2003, p 212.

²⁴⁰ B. Mathieu, Constitution et sécurité juridique, Rapport XV° Table ronde internationale des 10 et 11 septembre 1999, AIJC 1999, p 156.

²⁴¹ A. Valembois, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, TOME 122, 2005. P 19.

administratifs, principe de protection des droits acquis, principe de stabilité des relations contractuelles, principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi²⁴²».

Dans son traité de droit public de l'économie, Monsieur P. Delvolvé affirme que la notion de sécurité juridique : « ne désigne pas une norme ayant par elle-même des conséquences directes dans l'ordonnement juridique, comme le principe d'égalité ou le principe de la liberté d'entreprendre. Elle couvre plusieurs principes qui sont eux-mêmes affirmés et appliqués et qui peuvent être rassemblés en ce qu'ils ont tous pour objet et pour effet d'apporter une sécurité à leurs bénéficiaires²⁴³ ».

Pour ce courant qui demeure majoritaire, la sécurité juridique est un principe fédérateur de différentes institutions juridique qui découlent de lui. C'est-à-dire qu'à l'origine, on part de la sécurité juridique pour arriver à la fin sur l'une de ces déclinaisons. Une sorte de déduction en partant de plus général pour arriver au détail.

Le professeur B. Pacteau à son tour souligne, non sans ironie, la portée et le sens de la notion de sécurité juridique, pour lui : « Le mot est pourtant plein d'attraits ; il est évocateur de stabilité et d'incontestabilité, de garantie, de protection et de permanence, d'assurance, de certitude et de confiance, donc de tout ce qu'on attend justement ... du droit. Par-delà la sécurité par le droit, on pense alors évidemment à la sécurité dans le droit, grâce à sa structure, ses techniques, ses caractères. Inversement, l'insécurité c'est l'imprévisibilité, l'instabilité, c'est le droit flou et fluide, c'est la surprise, voire le piège. Quel système rationnel et libéral n'opterait donc pas pour la sécurité juridique²⁴⁴ ».

D'autre part, un courant doctrinal dit-minimaliste qui, à la différence de l'autre courant, ne traite pas la notion de sécurité juridique comme un fourre-tout, mais comme un concept abstrait dont la signification change en fonction du principe auquel elle est associée. Autrement dit, la sécurité juridique est étudiée uniquement sous l'angle de ses rapports avec les autres institutions juridiques ayant les mêmes objectifs qu'elle. C'est le cas, par exemple, de Madame S. Boissard pour qui la consécration d'un principe de sécurité juridique : « ne changerait en pratique pas

²⁴² F. Moderne, A la recherche d'un fondement constitutionnel au principe de protection de la confiance légitime. Du droit communautaire au droit interne, in au carrefour des droits, Mélanges Louis DUBOIS, DALLOZ 2002, p. 604.

²⁴³ P. Delvolvé, Droit public de l'économie. DALLOZ, coll. Droit public Science politique, 1998, p. 201.

²⁴⁴ B. Pacteau, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? AJDA 1995 p. 151.

grand-chose aux garanties concrètes apportées aux particuliers. Comme en témoigne le caractère foisonnant et parfois contradictoire de la jurisprudence communautaire, la notion de sécurité juridique est un concept si général que l'on peut lui faire dire ce que l'on veut. En tant que tel n'est donc pas directement opérationnel pour le juge, notamment dans le contentieux de la légalité : pour lui donner une portée réelle, celui-ci doit nécessairement s'appuyer, pour lui donner sa pleine portée, sur des principes dérivés plus ciblés, comme il le fait déjà à l'heure actuelle. Faire du principe de sécurité juridique un principe général du droit aurait donc une portée symbolique mais ne doterait pas le juge d'instruments nouveaux dans l'exercice de son contrôle sur l'action administrative²⁴⁵ ».

Les propos de Madame S. Boissard peuvent s'interpréter de deux manières. La première, et la plus paradoxale, voudrait que la notion de sécurité juridique, combien même elle aurait inspirée d'autres principes protecteurs dit plus ciblés, n'a pas à être consacrée comme principe général de droit étant donné son caractère trop général. Ou bien, et c'est l'interprétation qui souffre de moins de paradoxe, le principe de sécurité juridique se limiterait à jouer le rôle d'une éventuelle circonstance aggravante qui confirmerait la violation d'un autre droit plus caractérisé.

Toujours dans le cadre de ce courant doctrinale dit minimaliste, il y a ceux qui limitent l'étude de la notion de sécurité juridique à sa seule dimension subjective. En effet, une partie de la doctrine considère que la consécration d'un principe de sécurité juridique en droit français équivaut exclusivement à adopter une version française du principe allemand de protection de la confiance légitime. Ainsi, par exemple, Madame S. Calmes dans sa thèse présente la notion de sécurité juridique comme une notion qui serait considérée par le droit communautaire comme vide de contenu, ainsi elle écrit : « La sécurité juridique – élément nomocratique de l'Etat de droit ne renforce pas l'idéal de sécurité juridique : elle se borne à le reconnaître. En cela, elle est toujours un postulat, un concept incertain dans ses contours et fonctionnel par nature, que tout un chacun peut évoquer mais dont il ne saura pas a priori en vertu de quelle règle ou de quel mécanisme précis les exigences en question pourront être

²⁴⁵ 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. Cahiers du conseil constitutionnel n° 11, Dossier : Le principe de sécurité juridique. Décembre 2001.

éventuellement satisfaite ; une insécurité juridique certaine en découle donc²⁴⁶ » et de rajouter plus loin : « l'idée que la protection de la confiance légitime viendrait, dans une certaine mesure, mettre en œuvre et, ce faisant limiter la sécurité juridique, nous paraît juste. Pour un cas donné et dans des conditions préfixées, la théorie de la protection de la confiance légitime peut venir limiter la large théorie de la sécurité juridique²⁴⁷ ».

Monsieur Ph. Rimbault, pour sa part, bien qu'il établit la distinction fondamentale entre sécurité juridique par le droit de la sécurité juridique du droit, considère que : « il est impossible de réduire la sécurité juridique à un ensemble de règles techniques d'organisation et de fonctionnement du système juridique. Elle concerne chacune des normes qui le composent. Il ne s'agit plus seulement de dire que le droit protège parce qu'il est, mais de préciser comment il va assurer la sécurité. Cette dernière sera cette fois interne, endogène par rapport au droit qu'elle saisit et transforme pour assurer sa propre réalisation²⁴⁸ ».

Monsieur Ph. Rimbault non seulement ne tire aucune conséquence de la distinction faite préalablement, mais en plus il rattache, dans une autre étude, la sécurité par le droit à la notion de sécurité juridique : « L'identification exacte du principe, en tant que tel inconnu de l'ordre juridique français – bien que nombre de ses implications, comme le principe de non-rétroactivité ou de l'intangibilité des situations individuelles, y soient pour leur part depuis longtemps consacrées – passe nécessairement par l'étude de ses origines, qui permet d'éclairer son contenu et, élucidant ses causes, d'en appréhender les effets²⁴⁹ ».

²⁴⁶ S. Calmes, op. cit. p. 166.

²⁴⁷ S. Calmes, op. cit. p. 181.

²⁴⁸ P. Rimbault, Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français. Bibliothèque de droit public, Tome 256. LGDJ 2009. P. 10.

²⁴⁹ P. Rimbault et D. Soulas de Russel, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point. In RIDC. Vol. 55 N°1, janvier-mars 2003, p. 85 et s.

SECTION II : Les signes annonciateurs de la fin des réticences du conseil d'Etat à l'égard du principe de sécurité juridique

Longtemps élaboré à partir de concessions sociales octroyées par les gouvernants aux administrés, le droit administratif d'aujourd'hui présente un nouveau visage. L'administré n'est plus un simple sujet, n'est plus non plus un simple usager, encore moins un collaborateur occasionnel de l'administration. Comme nous l'avons abordé plus haut, trois facteurs expliquent ce virage qu'adopte le droit administratif. D'une part, la fin de l'Etat providence a relégué l'administration à un simple rôle de contrôle voire de partenariat. Le droit administratif s'est tellement assoupli qu'on se pose la question de savoir si l'exorbitance est toujours justifiée. Ce droit naguère fier de son originalité, adopte de plus en plus les procédés du droit commun. D'autre part, un facteur sociologique vient renforcer cette métamorphose, en effet, le standard de l'administré d'autrefois n'existe plus.

Aujourd'hui, les rapports ne sont plus d'administré à administration, la société distingue les différentes formes d'action de l'administration. Lorsqu'il agit comme gouvernement, elle est en face d'un citoyen. Et lorsqu'elle agit comme administration, elle a affaire à un contribuable-usager. Enfin, lorsqu'elle agit en tant que service public, elle est en relation avec un client. Gouverner, administrer et servir trois niveaux de l'action du pouvoir administratif à l'égard desquels l'exorbitance cède la place à une égalité des armes d'un niveau à l'autre.

Enfin, l'influence qu'a le droit communautaire et européen sur le droit administratif n'est plus à démontrer, notamment, les établissements et entreprises publiques, jadis organes administratifs, transformés en sociétés commerciales. Celles-ci sont devenues des partenaires de l'action publique, et n'en sont plus les organes. Elles sont, aujourd'hui, des associés du pouvoir administratif dans la gestion de la chose publique. Toute exorbitance n'a plus lieu d'être, la police administrative unilatérale a cédé la place à la régulation concertée. Dans ce climat, il était primordiale pour le juge administratif de revoir sa doctrine, puisque l'administré d'aujourd'hui ne satisfait plus de la seule légalité, et lui faudrait en outre la sécurité.

Deux exemples de jurisprudences feront office de signes avant-coureurs de l'approche de la consécration du principe de sécurité juridique.

Paragraphe 1 : La jurisprudence consacrant la technique de modulation des annulations

La conversion du juge administratif à la mode de sécurité juridique a débuté par l'adoption, par ses formations contentieuses, de la technique de modulation dans le temps, inspiré en cela par le juge communautaire, notamment.

Sous-paragraphe 1 : La notion de modulation dans le temps des annulations contentieuses

La modulation constitue une dérogation au principe de la rétroactivité des annulations contentieuses. En effet, l'annulation d'un acte comporte un effet entièrement rétroactif ; l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé. Dans les situations simples, l'annulation porte sur le seul acte déclaré illégal. En revanche, les choses se compliquent lorsque l'annulation d'un acte principal débouche sur des annulations en cascades des autres actes qui sont pris sur l'acte principal annulé. Il en résulte un effet pervers pour les destinataires des actes annulés dont le seul tort est d'avoir eu confiance à l'égard de la régularité de ceux-ci. Justement en vue de contrer ces effets pervers que la technique de la modulation a été consacrée.

C'est d'abord en droit comparé, puis en droit du contentieux communautaire que la méthode de la modulation des décisions de justice a connu son essor.

En Allemagne, par exemple, la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale en date du 12 mars 1951 dispose, dans son article 79§2, que : « [...] il n'est pas porté atteinte aux décisions qui ne sont plus attaquables et qui reposent sur une norme déclarée de nul effet conformément à l'article 78 ». Autrement dit, les actes juridiques fondés sur une disposition que la Cour Constitutionnelle a déclarée nulle restent en vigueur. Le même mécanisme a été transposé, par analogie, au contentieux administratif allemand. Il ressort de la lecture combinée de l'article 47§6²⁵⁰ du code des tribunaux

²⁵⁰ Article 47 §6 : « Le tribunal administratif supérieur statue par arrêt ou, lorsqu'il ne juge pas nécessaire une audience, par une ordonnance. Quand le tribunal administratif supérieur a la conviction que la norme réglementaire est illégale, il la déclare de nul effet ; dans ce cas, la décision à l'autorité absolue de chose jugée et le dispositif de la décision sera publié de même manière que la norme réglementaire devrait être publiée. En ce qui concerne l'effet de la décision s'applique par analogie ».

administratifs et de l'article 183²⁵¹ du même code, que : « lorsque le tribunal administratif supérieur a déclaré une norme réglementaire nulle, les actes individuels et les jugements concernant de tels actes y fondés et passés en force de chose jugée demeurent valables, mais aucune mesure d'exécution ne peut plus être entreprise. Les actes individuels qui ne sont pas encore inattaquables doivent être annulés par l'autorité administrative qui les a pris²⁵² ».

Par son pragmatisme, le juge communautaire adopte des raisonnements animés par la sécurité des rapports juridiques. Ainsi, on a pu écrire que : « à faire une application rigoureuse des principes d'effet ex tunc, on prendrait le risque de mettre en péril la continuité du service public européen, et de défaire de nombreuses relations juridiques constituées de bonne foi. Ainsi s'explique que l'article 231 TCE permette à la Cour de moduler les effets des recours en annulation²⁵³ ».

Aidé en cela par les dispositions de l'article 231 TCE, la Cour de Justice de l'union européenne, CJUE ci-après, a procédé au début par une application textuelle de ces dispositions, avant de procéder ensuite, par transposition de la modulation à d'autres cas au-delà de ce qui est prévu par les textes. En effet, l'article 231 TCE (ex 174) dispose que : « si le recours (en annulation) est fondé, la cour de justice déclare nul et non avenue l'acte contesté. **Toutefois, en ce qui concerne les règlements, la cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs** ».

Ainsi, dans le litige qui opposait la Commission au Conseil suite à la demande en annulation partielle du règlement du 12 décembre 1972 portant adaptation des rémunérations et pensions des fonctionnaires des communautés européennes et des autres agences de ces communautés, la Cour avait décidé qu' : « en fixant les augmentations prévues aux articles 1 à 4 du règlement attaqué au-dessous du niveau résultant de l'indicateur inférieur, calculé conformément à la décision (du

²⁵¹ Article 183 : « Lorsque le tribunal constitutionnel d'un Land a constaté la nullité de droit du Land ou déclaré des dispositions de droit de Land nulles, les décisions de la juridiction administrative qui ne peuvent plus être attaquées et qui reposent sur le droit de Land déclaré nul, restent intactes. L'exécution d'une telle décision ne peut être entreprise ».

²⁵² Alfred Fischer, Président de section à la cour administrative fédérale. Rapport pour l'Allemagne fédérale. In Le contrôle de la validité de la norme réglementaire. 10eme colloque de l'Association des Conseils d'Etats et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne du 17 mai 1986 à Athènes.

²⁵³ A. Defossez et N ; Petit, L'effet des arrêts de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance des Communautés européenne, in L'effet de la décision de justice, Contentieux européen, constitutionnel, civil et pénal. G. DE LEVAL et F. GEORGES (Sous la dir.) Commission Université-Palais, Université de Liège. Vol. 102, 2008, p. 85.

conseil) du 21 mars 1972, soit 3,6%, le conseil a violé la règle de la protection de la confiance légitime, dans l'application de l'article 65 du statut ; que ces articles 1 à 4 doivent, dès lors, être annulés ; que toutefois, en vue d'éviter une discontinuité dans le régime des rémunérations, il y a lieu de faire application de l'article 174§2, du traité de façon que les articles annulés continuent de produire effet jusqu'au moment où le conseil aura édicté, consécutivement au présent arrêt, un nouveau règlement²⁵⁴ ».

Par extension des dispositions de l'article 231 TCE, la Cour a jugé que le pouvoir de modulation qu'elle tire de ces dispositions était applicable non seulement dans le cadre des recours dirigés contre les règlements, mais aussi dans le cadre de ceux dirigés contre tous les autres actes communautaires. Ainsi, par exemple dans une affaire opposant d'une part, le Parlement et la Commission au Conseil, d'autre part, était en cause la directive du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des étudiants. Après avoir jugé que la directive attaquée doit être annulée, la cour avait décidé que : « l'annulation pure et simple de la directive attaquée serait de nature à porter préjudice à l'exercice d'un droit découlant du traité, à savoir le droit de séjour des étudiants en vue d'une formation professionnelle [...] Dans ces circonstances, d'importants motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements, justifient que la Cour exerce le pouvoir que lui confère expressément l'article 174§2 du traité CEE en cas d'annulation d'un règlement et qu'elle indique les effets de la directive litigieuse qui doivent être maintenus. Dans les circonstances particulières de l'espèce, il y a lieu de maintenir provisoirement l'ensemble des effets de la directive annulée, jusqu'au moment où le Conseil l'aura remplacé par une nouvelle directive adoptée sur la base juridique appropriée²⁵⁵ ».

On peut en déduire que la Cour considère son pouvoir de moduler les effets de ses annulations contentieuses peut concerner, le cas échéant, tous les actes communautaires faisant l'objet d'un recours en annulation. Dans ses conclusions du 23 septembre 1997, sous l'affaire opposant le Parlement européen au Conseil au sujet de la décision de celui-ci, datée du 6 novembre 1995 concernant la contribution communautaire à l'échange télématique de données entre administrations dans la communauté, l'Avocat Général M. Antonio La Pergola, analyse le recours à la

²⁵⁴ CJUE, 5 juin 1973, Commission c/ Conseil affaire 81/72, Rec. P. 575.

²⁵⁵ CJUE, 7 juillet 1992, Parlement c/ Conseil, affaire 295/90, Rec. P. 4616.

modulation des effets de l'annulation sans même en aborder le bien fondé, alors que le recours d'espèce portait sur une décision du conseil et non pas un règlement au sens de l'article 231 TCE. Pour lui : « La Cour doit faire usage de la faculté qui lui est reconnue par l'article 174§2, et ce afin d'éviter qu'une annulation de la décision avec effet rétroactif ne porte un grave préjudice aux opérateurs économiques, aux Etats membres, ainsi qu'à la communauté elle-même. Il faut encore déterminer quels effets de la décision doivent être considérés comme définitifs [...] Nous suggérons par conséquent de déclarer, de la même façon que ce qui a été jugé par la Cour dans l'affaire Parlement/ Conseil (CJUE 5juillet 1995), que seuls les effets des actions déjà engagées sur la base de la mesure annulée sont maintenus ».

La Cour, en revanche, est plus subtile dans la rédaction de son arrêt. En effet, le considérant 42 est rédigé en ces termes : « Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce et pour les motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements, il apparaît justifié que la cour exerce le pouvoir que lui confère expressément l'article 174§2, en cas d'annulation d'un règlement, et qu'elle indique les effets de la décision annulée qui doivent être maintenus²⁵⁶ ».

Certes les dispositions de l'article 231 TCE visent les annulations des seuls règlements. Or, la cour a poussé l'interprétation au-delà du seul recours en annulation. Ainsi, les juges communautaires ont calqué l'article 231 TCE sur les espèces rendues suite à une question préjudicielle.

C'est dans son arrêt dit Defrenne II²⁵⁷ que la CJUE a eu, pour la première fois, recours à l'article 231 TCE dans le cadre d'un recours préjudiciel. En l'espèce, la Cour était saisi d'une question sur l'effet direct de l'article 141 TCE, celui-ci prévoit le principe de l'égalité de la rémunération entre les hommes et les femmes. Un enjeu économique de taille était lié à la réponse de la cour, puisqu'une application rétroactive de l'effet directe de l'article 141 TCE, conduirait à l'explosion de revendications salariales depuis l'origine de l'effet directe.

Ainsi, l'Avocat Général résume l'enjeu du débat en ces termes : « Un dernier argument est avancé contre l'effet direct de l'article 141 TCE (ex 119) par les gouvernements du Royaume-Uni et de la République d'Irlande, qui se montrent

²⁵⁶ CJUE, 28 mai 1998, Parlement c/ Conseil, affaire C-22/96, Rec. I. p 3231.

²⁵⁷ CJUE, 8 avril 1976, Defrenne/ Sabena, Affaire 43/75, Rec. P. 455.

particulièrement sensibles à ce que l'on pourrait appeler le coût de l'opération. Des arguments de ce type, même s'ils sont dignes d'attention du point de vue de l'opportunité, n'ont pas une valeur déterminante en droit. Vous-mêmes vous n'avez pas estimé nécessaire de modifier votre interprétation de l'article 95, qui avait provoqué en Allemagne un afflux de recours et mis les juridictions fiscales en difficulté (CJUE 3 avril 1968, Aff. 28/67). D'autre part, étant donné que l'effet direct n'est reconnu à l'article 141 TCE qu'en ce qui concerne la rémunération proprement dite, versée pour un même travail, son incidence financière, compte tenu également des effets de la prescription dans les différents Etats membres, ne devrait pas atteindre des chiffres trop élevés²⁵⁸ ».

Pour autant, la Cour ne l'a pas suivi sur ce point, en effet pour les juges : « Des considérations de sécurité juridique, tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour des périodes passées. L'effet direct de l'article 141 TCE ne peut être invoqué à l'appui de revendications relatives à des périodes de rémunération antérieures à la date de l'arrêt ». Ainsi, pour la première fois, la CJUE procède à la modulation dans le temps d'un arrêt rendu sur recours préjudiciel.

Toutefois, le recours à la technique de modulation par la CJUE n'est pas automatique. La Cour fixe, dans sa jurisprudence, des critères dont l'examen la conduit à procéder à une modulation ou s'abstenir. Comme le souligne M. J-H. Stahl et Madame A. Courrèges : « La Cour de Justice a progressivement déterminé les critères la conduisant à faire usage du pouvoir de modulation, ainsi que les conditions et modalités de ce pouvoir. S'agissant des critères de mise en œuvre du pouvoir de modulation, la cour prend en considération essentiellement les effets de sa décision sur les situations juridiques qui ont été constituées sous l'empire de l'acte communautaire dont elle a à connaître ou les inconvénients qui s'attacheraient à la survenance d'un vide juridique. Ce sont ces considérations liées aux conséquences des arrêts qui apparaissent prédominantes et non la nature du vice entachant les actes communautaires²⁵⁹ ».

²⁵⁸ Point 10 des conclusions de l'Avocat Général M. Alberto Trabucchi présentées le 10 mars 1976.

²⁵⁹ J-H. Stahl et A. Courrège, 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, p. 438.

Sous-paragraphe 2 : L'adoption de la modulation par le juge administratif

Un stade a été franchi avec la décision Association AC²⁶⁰ rendue par le conseil d'Etat réuni en Assemblée. En principe, toute annulation d'un acte administratif entaché de nullité est réputée rétroactive, l'acte remis en cause est réputé n'être jamais existé. Cette jurisprudence remonte au célèbre arrêt Rodière rendu par le conseil d'Etat le 26 décembre 1925 dont le considérant de principe était rédigé en ces termes : « Considérant que s'il est de principe que les règlements et les décisions de l'autorité administrative, à moins qu'ils ne soient pris pour l'exécution d'une loi ayant un effet rétroactif, ne peuvent statuer que pour l'avenir, cette règle comporte évidemment une exception lorsque ces décisions sont prises en exécution d'un arrêt du Conseil d'Etat, lequel par les annulations qu'il prononce entraîne nécessairement certains effets dans le passé à raison même de ce fait que les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus²⁶¹ ».

Dix ans après la proposition du Président Braibant faite au juge administratif de s'inspirer de la jurisprudence communautaire pour distinguer lui-même lesquelles de ses annulations contentieuses auraient un effet rétroactif de celles qui n'auraient d'effet que pour l'avenir²⁶², le Conseil d'Etat a choisi de mettre fin à la jurisprudence Rodière. Dans l'affaire Association AC était en cause des conventions d'assurance chômage conclues pour l'année 2003 en révision de celles conclues en 2001. Ces dernières prévoyaient une baisse des taux de cotisation ce qui a eu pour effet de faire exploser les déficits du régime de l'assurance-chômage. La dégradation de la situation économique et /ou l'alternance politique ont rendu intenable le maintien du régime de 2001. Les nouvelles conventions, qui d'une part modifient le régime de financement de l'assurance chômage par une hausse des cotisations et la réduction des périodes d'indemnisation pour l'année 2003, et d'autre part, élaborent une nouvelle convention pour trois à compter du 1^{er} janvier 2004, ont été agréés par arrêté du ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité daté du 5 février

²⁶⁰ CE, Ass. 11 mai 2004, ASSOCIATION AC ! et autres. Rec. 197. AJDA 2004. 1049, comm. Bonichot. AJDA 2004. 1183, note Landais et Lenica. RFDA 2004. 438, étude Stahl et Courrèges. RFDA 2004. 454, concl. Devys. RDP 2005. 536, comm. Guettier.

²⁶¹ CE 26 décembre 1925, Rodière. Rec. Lebon. GAJA 14^e éd. 2003, n°43, p. 268.

²⁶² AJDA, N° spécial 1995, p. 25.

2003. C'est cet arrêté ministériel qui a fait l'objet d'un recours en annulation par, entre autres, l'Association AC. Pour le rapporteur public, l'illégalité de l'arrêté de 2003 est bel et bien fondée, cependant le débat portait sur les conséquences de cette illégalité.

En effet, l'annulation de l'arrêté de 2003, par définition rétroactive, plongerait le régime d'assurance chômage dans un vide juridique à compter du 1^{er} janvier 2004 et une crise financière puisqu'il faudra rétablir les allocataires radiés et recalculé à la hausse les indemnités réduites. La solution proposée par le rapporteur public pour sortir de ce dilemme était de procéder par la modulation des effets dans le temps des décisions d'annulation. Une solution que le Conseil d'Etat a été exprimée dans un considérant de principe rédigé en ces termes :

« Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produit et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif – après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause – de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, 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 détermine²⁶³ ».

²⁶³ Arrêt d'assemblée Association AC, op. cit.

Le Conseil d'Etat à travers cet arrêt a mis fin à l'un des dogmes traditionnels du droit administratif français puisque l'annulation ipso facto n'est plus la conséquence automatique de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge. Une audace qu'il faudrait mettre au crédit du Conseil d'Etat, d'autant plus que la doctrine, à quelques exceptions près²⁶⁴, n'en a jamais fait une question centrale dans les débats des juristes publicistes. Pourtant la consécration de la modulation des effets des annulations contentieuses apparaît comme le prolongement logique des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative telles qu'elles sont issues de la loi du 30 juin 2000²⁶⁵. Le souci de la préservation de la stabilité des situations juridiques n'était pas étranger à ce revirement dans la logique adoptée par le juge administratif jusque-là.

Bien entendu, le droit du contentieux communautaire n'est pas sans influence à l'égard de ce retournement en faveur de la modulation. Comme le rappelait le rapporteur public M. Devys, qui dans ses conclusions, invitait le Conseil d'Etat à adopter ce procédé issu du droit communautaire en ces termes : « C'est semble-t-il, le même souci d'équilibre entre de légalité et principe de sécurité qui a conduit les auteurs du Traité de Rome à donner à la cour de justice des communautés européennes, par l'article 174, désormais article 231, le pouvoir de décider si ses décisions d'annulation prennent effet dès l'origine ou ne prennent effet que pour l'avenir (...) Si la cour a une conception extensive du champ de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de ses décisions, elle en fait une application restrictive, ne le faisant jouer que lorsque d'impérieuses considérations de sécurité juridique le justifient. Et elle s'attache essentiellement aux effets de ses décisions sur les situations juridiques qui ont été constituées sous l'empire de l'acte communautaire dont elle a à connaître ou aux inconvénients qui s'attacheraient à la survenance d'un vide juridique, et non à la nature du vice entachant les actes contestés ».

Le principe de la modulation constitue un pas de plus dans le processus de développement de l'office du juge administratif. Toutefois, il ne faut pas occulter le

²⁶⁴ J. Rivero, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968, p. 15 ; ou encore, C. MOULY, Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ?, Petites affiches 4 mai 1994, n° 53, p. 9.

²⁶⁵ Cet article dispose : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets ... ».

fait qu'il s'agit d'une exception à la règle de l'annulation rétroactive qui demeure le principe. Comme le souligne Monsieur Gilles Pelissier dans une chronique en 2008²⁶⁶ : « La modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse demeure une dérogation au principe du caractère rétroactif de cette annulation, qui constitue une garantie essentielle du principe de légalité et de l'effectivité du recours contentieux. Elle a, par conséquent, vocation à demeurer exceptionnelle, s'appliquant lorsqu'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets ».

Il ressort de ces lignes que le juge administratif avant de décider de moduler les effets d'une annulation doit procéder à une balance des intérêts en présence. En somme, c'est les juridictions administratives qui jugent de l'opportunité d'un éventuel recours à la modulation si les circonstances de l'espèce le justifient. Il en est ainsi par exemple de l'arrêt du conseil d'Etat du 19 décembre 2008²⁶⁷ rendu à l'occasion de l'annulation du règlement relatif aux pôles de l'instruction.

La rédaction de cet arrêt met en lumière l'étendue de l'office du juge : « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que toutefois, il résulte du supplément d'instruction auquel il a été procédé que, compte tenu de la nature du motif d'annulation retenu et alors qu'aucun autre moyen n'est de nature à justifier l'annulation prononcée par la présente décision, l'annulation rétroactive de la liste des pôles d'instruction et du ressort de compétence des juges de l'instruction qui le composent, qui est de nature à entraîner la nullité des informations instruites depuis l'entrée en vigueur de décret, une atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public de la justice ; que dès lors, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de ne prononcer l'annulation des dispositions du décret attaqué qui créent l'article D. 15-4-4 qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision et de prévoir que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la

²⁶⁶ G. Pellissier, Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC ! Une nouvelle dimension de l'office du juge. Revue juridique de l'économie publique, n°656, Août 2008, étude 7.

²⁶⁷ CE 19 décembre 2008, Kierzowski-chatal, AJDA 2008, 2427.

présente décision, les effets produits par l'article D. 15-4-4 précité antérieurement à son annulation seront regardés comme définitifs ».

Dans une récente affaire non dénuée de complexité, était en cause l'annulation d'une décision dont l'exécution a été suspendue en référé. En effet, il s'agissait d'une société qui produit un médicament dont elle demande, d'une part, son inscription sur la liste des spécialités remboursables par l'assurance maladie, et d'autre part, la fixation d'un prix de vente au public par convention avec le comité économique des produits de santé (CEPS). Estimant le prix de vente fixé par le CEPS trop bas, la société saisit le juge des référés. Celui-ci estime que le moyen est de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de cette décision, en effet, il décide la suspension de l'application du prix litigieux et enjoint au CEPS de fixer temporairement un autre prix. Se prononçant sur le fond du litige, le Conseil d'Etat annule la décision du CEPS estimant que le prix fixé était trop bas comparé aux charges de la société productrice. Le problème est que, à trop vouloir protéger la société productrice, son produit se trouve dans l'impossibilité d'être commercialisé faute de prix, étant donné l'annulation du prix initial et la fin du prix fixé temporairement.

Le Conseil d'Etat estime que : « L'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge administratif statuant en référé produit en principe ses effets dès le prononcé de cette décision juridictionnelle ; que, toutefois, s'il apparaît que cette annulation est de nature, compte tenu des difficultés de tous ordres qui peuvent en résulter et auxquelles l'administration ne serait pas en état de parer immédiatement elle-même, **à porter atteinte au principe de sécurité juridique**, il appartient au juge administratif, le cas échéant d'office, d'apprécier s'il y a lieu de décider que sa décision d'annulation soit accompagnée de mesures transitoires destinées à assurer le respect de ce principe²⁶⁸ ».

Dans le commentaire qu'il consacre à cette décision, **Monsieur D. Connil** estime, à juste titre, que celle-ci : « s'inscrit clairement dans le sillage de cette jurisprudence (KPMG). Au nom du principe de sécurité juridique, des mesures transitoires sont envisagées afin d'amortir les effets déstabilisateurs, non pas ici d'une réglementation

²⁶⁸ CE 14 mai 2014, Société Addmedical, n° 363195

nouvelle mais de l'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge des référés²⁶⁹ ».

²⁶⁹ D. Connil, Office du juge de l'annulation et modulation dans le temps des effets de la suspension ordonnée en référé. AJDA 2014, p. 1955.

Paragraphe 2 : La prise en compte de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité

Le Conseil Constitutionnel a sa propre doctrine de la sécurité juridique, celle-ci s'articule essentiellement autour des objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité des normes juridiques. L'application par le Conseil d'Etat de ces objectifs aux actes administratifs constituait un signe de plus vers une consécration de la sécurité juridique en droit administratif.

Sous-paragraphe 1 : Le principe de clarté et celui d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme, La sécurité juridique du point de vue du Conseil Constitutionnel

En dépit de toutes les tentatives doctrinales et des efforts de la représentation nationale lors de ses saisines, le Conseil Constitutionnel a toujours su résister à la tentation de consacrer un principe constitutionnel de sécurité juridique.

Pour Monsieur Dutheillet de Lamothe : « La notion de sécurité juridique est absente de notre corpus constitutionnel. Elle ne figure ni dans le texte de la constitution de 1958, ni dans celui du préambule de 1946, ni même dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Celle-ci se réfère à deux notions qui si elles sont proches de la notion de sécurité juridique en sont néanmoins distinctes : la première est la notion de sûreté [...] La seconde notion est la notion de garantie des droits²⁷⁰ ».

La même opinion prévaut chez Monsieur Luchaire, en effet, celui-ci, bien qu'il explique à son tour que le concept de sécurité juridique est absent du corpus constitutionnel, voit dans la sécurité juridique : « Un élément de la sûreté. A ce titre, elle a son fondement dans l'article 2 de la déclaration de 1789 qui place la Sûreté

²⁷⁰ O. Dutheillet de Lamothe, La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel. Contribution in rapport annuel du Conseil d'Etat 2006, 369.

parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme au même titre que la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression²⁷¹ ».

Madame. A-L. Valembois, pour sa part, laisse peu de doute à l'hypothèse de la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique par une consécration formelle et de rajouter que : « L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 peut alors servir de socle pour son érection constitutionnelle par la voie jurisprudentielle [...] La sécurité juridique pourrait ainsi aisément devenir un objectif de valeur constitutionnelle, autour duquel se réorganiseraient les exigences qui en dérivent. Quoi qu'il en soit de la vraisemblance d'une constitutionnalisation formelle de la sécurité juridique, cette exigence apparaît comme une référence potentielle majeure du contrôle de constitutionnalité des lois en France aujourd'hui²⁷² ». L'idée de la constitutionnalisation de la sécurité juridique, défendue par Madame Valembois, bien que contestable, obtient l'aval de la doctrine la plus autorisée, en la personne de l'ancien Président du Conseil Constitutionnel Monsieur P. Mazeaud.

En effet, l'ancien président explique ses rapports avec la notion de sécurité juridique pendant les années où il a présidé le Conseil en ces termes : « Nous avons voulu donner un fondement constitutionnel sûr à la notion de sécurité juridique. Nous l'avons essentiellement trouvé, au sein de notre bloc de constitutionnalité national, dans l'article 16 de la déclaration de 1789. D'où la condamnation de dispositions mettant à mal la chose convenue, trompant la confiance légitime que les citoyens placent dans l'Etat de droit, modifiant rétroactivement le corpus juridique ou portant atteinte à des situations légalement acquise, lorsque de telles mesures n'étaient pas justifiées par un intérêt général suffisant. D'où la censure de dispositions trop complexes pour que leurs destinataires, lorsqu'il s'agissait de particuliers, puissent mesurer l'étendue de leurs droits et de leurs obligations²⁷³ ».

En revanche, l'opinion de Monsieur B. Mathieu est plus nuancée par rapport à celle de son disciple, Madame Valembois. En effet, pour Monsieur Mathieu : « Le sort que le juge constitutionnel français réserve au principe de sécurité juridique est

²⁷¹ F. Luchaire, La sécurité juridique en droit constitutionnel français. Cahiers du Conseil Constitutionnel n°11. 2001.

²⁷² Anne-Laure Valembois, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 17, mars 2005.

²⁷³ P. Mazeaud, 2, rue de Montpensier : un bilan. Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 25, août 2009 (Dossier : 50ème anniversaire).

paradoxal. Alors que ce principe est, depuis quelques années, régulièrement invoqué par les parlementaires requérants, le Conseil s'est refusé à lui reconnaître expressément valeur constitutionnelle. Cependant, l'on peut aujourd'hui affirmer que ce principe détermine, en certains domaines, l'évolution de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. En effet, le juge a, de fait, reconnu valeur constitutionnelle aux exigences qui en constituent la substance. Il en est ainsi, notamment en matière de validations législatives, de rétroactivité législative, de liberté contractuelle, de clarté de la loi et de stabilité des situations juridiques²⁷⁴ ».

Toutefois, Monsieur B. Mathieu, dans un récent commentaire de la décision du Conseil Constitutionnel relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, considère le juge constitutionnel admet le principe de la protection de la confiance légitime. En effet, il écrit que cette décision : « a donné l'occasion au Conseil Constitutionnel d'achever la constitutionnalisation des exigences relevant du principe de sécurité juridique, en y incluant celles qui peuvent être rattachées à la confiance légitime²⁷⁵ ».

Dans cette décision, le Conseil Constitutionnel censure les modifications apportées par le législateur aux taux de prélèvement sociaux applicables à certains produits de contrats d'assurance vie, en estimant que le législateur ne saurait sans motif d'intérêt général suffisant remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus par les contribuables. Ainsi, Monsieur Bertrand Mathieu y voit une constitutionnalisation en affirmant que : « le principe de confiance légitime qui est ainsi implicitement constitutionnalisé. C'est un revirement de jurisprudence dont il s'agit, le Conseil ayant jusqu'alors expressément dénié la valeur constitutionnel de ce principe²⁷⁶ ».

²⁷⁴ B. Mathieu, La sécurité juridique, un principe clandestin mais efficient. Mélanges P. Gélard, Montchrestien 1999, p. 301. L'auteur dans un autre article explique que : « Le Conseil Constitutionnel s'est engagé dans une politique jurisprudentielle résolue visant à combattre les dérives qui affectent la qualité de la loi... Cette focalisation sur la qualité de la loi vise à promouvoir le respect d'exigences qui sont au fondement de l'ordre juridique, la sécurité juridique, la séparation des pouvoirs et la démocratie... C'est notamment, à propos des validations législatives et sous la pression de la cour européenne des droits de l'homme que les exigences relatives à la sécurité juridique ont été prises en compte par le Conseil Constitutionnel », B. Mathieu, Le Conseil Constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique. JCP éd. G, 2007, I, p. 3-5.

²⁷⁵ B. Mathieu, Sécurité juridique, Le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur. La semaine juridique Edition Générale n° 4, 27 Janvier 2014, doct. 116.

²⁷⁶ Idem.

Pour notre part, nous considérons que le Conseil Constitutionnel, qui n'est pas (encore) une Cour Constitutionnelle, n'a jamais consacré, expressément ou implicitement, un principe de sécurité juridique. Qu'il s'agisse du principe de clarté ou de celui de l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi, leur lien avec la sécurité juridique n'est pas évident à établir. La doctrine qui rapproche ces deux principes de la sécurité juridique, adopte nécessairement une conception large de la dite sécurité. Autrement dit, une conception tellement large et imprécise qu'elle fait de la sécurité juridique le synonyme du mot, Droit. Le recours à la sécurité juridique s'effectue, en principe, lorsqu'il y a nécessité tenant à l'équité pour ne pas appliquer la légalité de manière automatique. Cela suppose un litige, une action, or les principes constitutionnels s'appliquent en dehors de tout contentieux. Il s'agirait plus d'une sorte de sécurité juridique préventive.

En réalité, le Conseil Constitutionnel à travers ces deux principes assure la normativité de la loi. Toute loi doit être normative et cette normativité doit être claire, intelligible et accessible, c'est-à-dire, qu'elle soit un Droit effectif. D'ailleurs, preuve s'il en est besoin, les principes constitutionnels s'inscrivent dans le cadre du contrôle par le Conseil Constitutionnel de l'obligation faite au législateur d'exercer pleinement sa compétence à la fois de manière claire et intelligible.

Pour ce qui est du principe de clarté, celui-ci a été déduit de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel suite à sa décision du 10 juin 1998 rendue lors de l'examen de la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, les requérants liaient en un seul argument, d'une part, les griefs liés à l'incompétence négative du législateur, et d'autre part, l'exigence de clarté de la loi. Dans le considérant 10 de sa décision, le Conseil décide que : « Il était loisible au législateur, sans méconnaître aucun principe, ni aucune règle constitutionnelle, de donner à cette mesure, qui, en l'état, est définie de façon suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la constitution, un effet différé ». La doctrine en a déduit une consécration implicite de la clarté de la loi comme principe constitutionnel²⁷⁷.

²⁷⁷ Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Commentaire J-E. Schoettl, AJDA, 1998, p. 495. L. Favoreu, RFDC, 1998, p. 640. B. Mathieu et M. Verpeaux, LPA, 2 décembre 1998, p. 18.

En ce qui concerne le principe d'accessibilité et d'intelligibilité des lois, sa consécration ressort de la décision du 16 décembre 1999²⁷⁸. En effet, le Conseil Constitutionnel décide dans son considérant 13 : « que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la garantie des droits requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Le Conseil fonde ce deuxième principe sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789.

Il a fallu attendre la décision du 12 janvier 2001 pour que le sens de la jurisprudence en la matière soit clair et intelligible. En effet, le considérant de principe de cette décision est rédigé sous la forme d'une synthèse des deux principes. Il y est écrit : « considérant qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »

Très vite la doctrine a commencé à se poser des questions sur l'utilité de deux principes aussi proches et équivalents. Pour Monsieur B. Mathieu, les deux

²⁷⁸ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes. B. Mathieu, La sécurité juridique : un produit d'importation «made in France ». D. 27 janvier 2000, p. VII. B. William et M-A. Frison-Roche, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi. D. 2000, chro. p. 361.

principes : « représentent deux aspects d'une même exigence, mais répondant à des considérations différentes et affectées d'un rôle distinct en ce qui concerne les modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité²⁷⁹ ». Ou encore Madame L. Milano qui déduit de cette coexistence une : « confusion opérée par le Conseil entre le principe de clarté et l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité. Cet enchevêtrement des concepts jette un doute sur l'utilité pratique de l'application de deux normes de référence et doit inciter le juge constitutionnel dans un effort de simplification à déterminer une norme de contrôle unique²⁸⁰ ».

En revanche, Madame Valembos, même si elle reconnaît que cette double reconnaissance pousse à douter de la pertinence de la coexistence de ces deux exigences, il n'empêche qu'elles : « diffèrent à de nombreux égards. Tout d'abord, la clarté apparaît comme une exigence objective, tandis que l'intelligibilité présente une dimension subjective²⁸¹. La clarté exige une énonciation claire et précise des dispositions d'une loi, ce qui s'apprécie objectivement. Au contraire, l'intelligibilité [...] s'apprécie du point de vue du destinataire de la loi [...] Une autre différence au niveau des effets. Le législateur a ainsi une obligation de résultat en ce qui concerne la clarté, tandis qu'il n'est soumis qu'à une obligation de moyen concernant l'intelligibilité²⁸² ».

Le Conseil Constitutionnel n'est pas resté insensible à ces critiques, puisque par une décision du 27 juin 2006 il avait modifié sa jurisprudence. En effet, le Conseil avait fondé son examen de la qualité de la loi uniquement sur l'objectif d'intelligibilité de la norme²⁸³. Dans son commentaire de la décision, les rédacteurs des Cahiers du

²⁷⁹ B. Mathieu, LPA, n° 191, 24 septembre 2002. p. 16.

²⁸⁰ L. Milano, Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi. Revue du droit public, n° 3- 2006.

²⁸¹ Une analyse réfutée par P. de Montalivet, en effet, celui-ci considère que : « Leur qualité d'objectif de valeur constitutionnelle signifie que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ne constituent pas des droits subjectifs mais des conditions objectives d'effectivité des droits et libertés constitutionnels ainsi que des moyens de limitation de ceux-ci. Elles font partie d'une catégorie de normes constitutionnelles qui ont pour destinataire le législateur ». In La confection de la loi, sous la direction de Roland Drago, Collection des Cahiers des sciences morales et politiques, Presse universitaire de France. Janvier 2005.

²⁸² A-L. Valembos, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, op. cit. p. 287.

²⁸³ « Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la constitution qu'à la loi »

Conseil n'ont pas omis de signaler l'évènement en ces termes : « les exigences ainsi exposées prolongent, pour l'essentiel, une jurisprudence ancienne et constante. Mérite d'être relevé, cependant, la consécration de l'objectif d'intelligibilité comme la norme de référence en matière de contrôle de la qualité de la législation (il n'est plus question, dans la décision, du principe de clarté)²⁸⁴ ».

Sous-paragraphe 2 : L'application des principes constitutionnels aux actes administratifs

Le Conseil Constitutionnel s'est préoccupé lui aussi de la qualité de la norme, et pourtant en aucun cas n'a accepté de répondre favorablement aux sollicitations des requérants en vue de la consécration expresse d'un principe de sécurité juridique. Toutefois, le processus d'une éventuelle consécration a été entamé en érigeant certains aspects de la sécurité juridique en principe à valeur constitutionnelle. En effet, d'une part, le Conseil Constitutionnel a consacré un principe de clarté de la norme en la rattachant à l'article 34 de la Constitution, et d'autre part, un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité fondé sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789.

Cette version de la sécurité juridique du droit version Conseil Constitutionnel n'a pas manqué d'inspirer les requérants devant le Conseil d'Etat. En effet, avant l'intervention de ces principes constitutionnels, jugé la qualité de la législation n'était pas une pratique courante chez le juge administratif. Il faut dire aussi qu'il n'était ni armé ni encouragé à le faire. Comme le soulignait Madame S. Boissard : « Un autre facteur d'insécurité juridique, souvent dénoncé, tient à la multiplication des textes normatifs et à leur insuffisante clarté. Or, si le juge communautaire peut condamner un Etat membre qui ne transpose pas avec suffisamment de rigueur les normes de droit communautaire, dans le cadre d'un recours en manquement, le juge administratif n'a quant à lui pas de moyens efficaces pour lutter contre la médiocre

Décision du 27 juillet 2006 portant sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

²⁸⁴ Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, Cahier n° 21, Commentaire de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

qualité de la production normative des autorités administratives. Il ne peut en effet annuler un acte parce qu'il est peu précis ou prêté à confusion²⁸⁵ ».

Pendant longtemps, le Conseil d'Etat s'est illustré par sa faculté à interpréter dans une certaine logique les bourdes administratives. Toutefois, il y a eu un précédent où le Conseil d'Etat a censuré les dispositions d'un règlement qui du fait de son imprécision rend les dispositions législatives à l'occasion desquelles il a été adopté inapplicables²⁸⁶. En février 2004, la haute juridiction administrative dans une affaire, opposant la commune de Savigny-le-Temple au ministre de l'équipement, des transports et du logement, étaient en cause les dispositions d'un arrêté du 21 mars 2002 modifiant le dispositif de circulation des aéronefs évoluant dans la zone de contrôle et la région de contrôle terminal de Paris. La commune soutenait notamment que l'arrêté en question a méconnu l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme juridique. Le Conseil d'Etat juge la demande infondée mais, et c'est là l'intérêt de cette décision, il effectue un contrôle du respect de ce principe :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'annexe à l'arrêté du 7 février 2002 constitue un document opérationnel présentant, de manière approprié à l'attention des divers utilisateurs professionnels directement concernés, les modalités techniques de mise en œuvre du nouveau dispositif ; que le ministre a accompagné l'édition de son arrêté de la diffusion, par différents supports, d'informations décrivant les objectifs et les principaux aspects de la réorganisation de l'espace aérien ainsi opérée ; que, dès lors, et en tout état de cause, la commune requérante n'est pas fondée à soutenir que l'arrêté litigieux et son annexe auraient méconnu l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme juridique²⁸⁷ ».

Pour Monsieur E. Besson, un pas de plus a été franchi par un arrêt de la cour administrative de Douai daté du 4 mars 2004 où elle : « s'est expressément référée pour sa part à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de

²⁸⁵ 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. Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 11, décembre 2001.

²⁸⁶ CE sect. 12 Juin 1998, Fédération des aveugles et handicapés visuels de France. Publié au recueil Lebon. Madame Boissard dans son article précité, Madame Valembos dans sa thèse précitée, p. 282 et les rédacteurs du rapport annuel du conseil d'Etat de 2006, p. 294.

²⁸⁷ CE, 18 février 2004, Commune de Savigny-le-temple, n°251016, inédit au recueil.

1789 et au principe de clarté de la loi qui découle de l'article 34 de la constitution²⁸⁸ ».

Par un arrêt du 8 juillet 2005, le Conseil d'Etat a admis la recevabilité du moyen tiré de la méconnaissance du principe d'intelligibilité et d'accessibilité à l'appui d'un recours en annulation contre un acte réglementaire. Dans cette espèce était en cause le décret du 26 février 2004 relatif au statut de grand établissement de l'université Paris-Dauphine, pris après avis du conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche. Il était reproché au décret de donner le statut d'université sans le dire au nouvel établissement, ce qui constituerait une violation de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité.

Le Conseil d'Etat a répondu en ces termes : « Considérant qu'en dépit de la dénomination retenue pour le nouvel établissement, mais n'ont pas eu pour objet et ne sauraient avoir pour effet de lui conférer celui d'université, régi par le chapitre 2 du titre 1^{er} du livre VII du code de l'éducation... ; qu'ainsi les moyens tirés de ce que le pouvoir réglementaire ne pouvait doter l'université Paris-Dauphine à la fois du statut d'université, d'université de technologie et de grand établissement manquent en fait ; que, par suite, le moyen tiré de la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme ne peut qu'être écarté²⁸⁹ ».

Le Conseil d'Etat, par cet alignement sur la jurisprudence du conseil constitutionnel, entame sa marche vers l'adéquation entre son activité consultative et sa mission juridictionnelle.

²⁸⁸ E. Besson, Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Université Paul-Cézanne Aix-Marseille 3, GERJC.

²⁸⁹ CE, 8 juillet 2005, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN/CFDT et autres n° 266900 266944, mentionné aux tables, p. 708.

CHAPITRE II : La consécration d'un principe de sécurité juridique

Le droit vit et change au rythme de l'actualité, ainsi à chaque événement susceptible de chagriner les esprits, les pouvoirs publics, lorsqu'ils ne sont pas des dictatures, utilisent le droit comme moyen de riposte pour rassurer les esprits chagrinés et se refaire par la même une nouvelle santé. Toute l'histoire du droit témoigne de cette adaptabilité juridique qui varie entre la découverte de régime jusque-là ignorés ou l'invention de nouvelles institutions pour enrayer les conséquences de la circonstance. Des exemples récents²⁹⁰ témoignent de cette technique qui peut prendre la forme soit d'une réponse juste et logique, ou encore la forme d'un réflexe de politique politicienne faisant mine d'être outré par la découverte un événement qui relevait souvent d'un secret de polichinelle.

La consécration du principe de sécurité juridique ne déroge pas à ce schéma.

²⁹⁰ Par exemple à la suite de la mise au grand jour de l'affaire Cahuzac qui était à la fois ministre français et contribuable suisse, des textes de lois sont en cours de préparation relatives à la transparence de la vie politique et la prévention des conflits d'intérêt. Ou encore le scandale de la promotion du médicament qui tue le médiateur qui a donné naissance à une loi relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

SECTION I : Le débat doctrinal autour du principe de sécurité juridique

Au lendemain de l'arrêt KPMG, le débat doctrinal a pris son droit, comptant en cela sur les imperfections de cette consécration prétorienne. Outre la question relative à la réalité de la consécration d'un principe général de droit, d'autres interrogations demeurent en suspens, notamment, celles relatives à ses effets et ses formes.

Paragraphe 1 : L'arrêt KPMG consacre-t-il un nouveau principe de sécurité juridique ?

Suite aux scandales financiers au début des années 2000, notamment celui de l'entreprise américaine ENRON²⁹¹. Ce scandale, dont les effets ont été ressentis jusqu'aux banques de l'hexagone, a mis au grand jour les dysfonctionnements et les anomalies des mécanismes de contrôle de l'information financière des entreprises en général, et en particulier celles qui se financent par le biais de l'appel public à l'épargne. La réponse des autorités n'avait pas tardé, et en 2003 une loi relative à la sécurité financière, réformant la profession de commissaire aux comptes, fut votée. Un nouveau code de déontologie de la profession a été approuvé par un décret du 16 novembre 2005. Il est question notamment de la séparation des activités de conseils et celles du contrôle²⁹².

²⁹¹ Enron était une entreprise spécialisée dans la production et le transport du gaz, à partir de 1990 l'entreprise diversifie ses activités et adopte un système de courtage des produits financiers. L'entreprise poursuivait également une politique de montage financier via des sociétés offshores pour avoir de l'argent sans que les engagements soient reportés sur le bilan. Avec la crise qui éclate suite à l'explosion de la bulle internet en 2000, les banques demandent le remboursement des prêts garantis par les actions d'Enron. Ces prêts, jusqu'à occulté, réapparaissent dans le bilan de l'entreprise et fait chuté son cours en bourse. En 2001, la société est déclarée en faillite, s'ensuit des dizaines de milliers de salariés licenciés et des centaines de milliers de retraités qui perdent leurs économies auparavant confiées à des fonds de pension qui étaient les principaux bailleurs de fonds pour Enron. Ces manipulations comptables n'ont été rendues possibles qu'avec la complicité de son conseil le cabinet Arthur Andersen, mais pas le seul.

²⁹² En effet, la loi de sécurité financière de 2003 disposait dans son article 104, devenu l'article L822-11 du code de commerce : « I. - Le commissaire aux comptes ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle, au sens des I et II de l'article L233-3.

Sans préjudice des dispositions contenues dans le présent livre ou dans le livre II, le code de déontologie prévu à l'article L822-16 définit les liens personnels, financiers et professionnels, concomitants ou antérieurs à la mission du commissaire aux comptes, incompatible avec l'exercice de celle-ci. Il précise en particulier les

Les plus grands cabinets d'audit installé en France ont sorti la grosse artillerie pour en découdre avec ce décret. Le recours se fondait sur un ensemble de moyens d'ouverture d'un recours en annulation. D'une part, un moyen de légalité externe tiré de ce que l'article 10 du code de déontologie excède la compétence du pouvoir réglementaire. D'autre part, des moyens de légalité interne du décret, et ceux-là sont nombreux.

1. Le moyen tiré de la violation de l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme tiré de l'imprécision de certains articles du code.
2. Des moyens tirés de la méconnaissance du droit communautaire. En effet, les requérants soutiennent que le décret méconnaît les principes de la libre concurrence, la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services.
3. Un moyen de la violation par le décret du droit communautaire dérivé, notamment la directive du 10 avril 1984 relative à l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables.
4. Le moyen tiré de la violation du principe de confiance légitime au motif que le décret n'a pas prévu de dispositions transitoires.
5. Le moyen tiré de la violation du principe de non-rétroactivité, en effet, ils soutenaient que le décret était entaché de rétroactivité en portant atteinte à des relations contractuelles en cours.
6. Le moyen tiré de l'illégalité du décret en tant qu'il n'avait pas prévu une période transitoire avant son entrée en vigueur.

situations dans lesquelles l'indépendance du commissaire aux comptes est affectée, lorsqu'il appartient à un réseau pluridisciplinaire, national ou international, dont les membres ont un intérêt économique commun, par la fourniture de prestations de services à une personne contrôlée ou qui contrôle, au sens des I et II de l'article L. 233-3, la personne dont les comptes sont certifiés par le dit commissaire aux comptes. Le code de déontologie précise également les restrictions à apporter à la détention d'intérêts financiers par les salariés et collaborateurs du commissaire aux comptes dans les sociétés dont les comptes sont certifiés par lui.

II. – Il est interdit au commissaire aux comptes de fournir à la personne qui l'a chargé de certifier ses comptes, ou aux personnes qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par celle-ci au sens des I et II du même article, tout conseil ou toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes, telles qu'elles sont définies par les normes d'exercice professionnel mentionnées au sixième alinéa de l'article L. 821-1.

Lorsqu'un commissaire aux comptes est affilié à un réseau national ou international, dont les membres ont un intérêt économique commun et qui n'a pas pour activité exclusive le contrôle légal des comptes, il ne peut certifier les comptes d'une personne qui, en vertu d'un contrat conclu avec ce réseau ou un membre de ce réseau, bénéficie d'une prestation de services, qui n'est pas directement liée à la mission de commissaire aux comptes selon l'appréciation faite par le haut conseil du commissariat aux comptes en application du troisième alinéa de l'article L. 821-1 ».

Dans ses conclusions, le rapporteur public²⁹³, après un minutieux examen des moyens du pourvoi, invite le Conseil d'Etat à rejeter les recours dirigés contre le code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes. Dans son arrêt KPMG²⁹⁴, le Conseil d'Etat, dans sa formation la plus solennelle, a répondu à tous ces moyens.

Il a, tout d'abord, rejeté le moyen de légalité externe tiré de l'empiétement du pouvoir réglementaire sur celui de la compagnie nationale des commissaires aux comptes tel qu'il est défini par le législateur. Pour ensuite rejeter les moyens tirés de la violation du droit communautaire. D'une part, le Conseil d'Etat considère qu'il n'y a pas d'atteinte à la libre concurrence dès lors que les interdictions de l'article 81-I du traité instituant la communauté européenne ne concernent pas les mesures législatives et réglementaires émanant d'un Etat membre. D'autre part, le juge administratif considère que les limitations opposées à la libre prestation de services des commissaires aux comptes sont justifiées en tant qu'elles constituent une raison impérieuse au sens que lui donne la CJUE (ex CJCE).

Pour le moyen tiré de la méconnaissance du principe de confiance légitime, le Conseil d'Etat, fidèle à sa jurisprudence, le juge inopérant en l'espèce puisqu'il ne s'applique dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge est régie par le droit communautaire. Ensuite, le Conseil d'Etat se prononce sur le moyen tiré de la violation par le décret en cause du principe de non-rétroactivité en tant qu'il s'applique à des contrats conclus avant son entrée en vigueur. Les juges du Palais-Royal laissent entendre implicitement que le nouveau décret peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours conclues avant son entrée en vigueur. Une telle exception, précise le Conseil d'Etat, n'est possible que si : « une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations ». Pour le Conseil d'Etat, sans le dire expressément, la loi de 2003 relative à la sécurité financière entre dans le cadre de cette exception. Toutefois, la motivation, implicite, de la rétroactivité débouche sur un considérant de principe où il relie la question de la rétroactivité à celle relative aux dispositions transitoires.

²⁹³ Y. Aguila, Conclusions du commissaire du gouvernement, conseil d'Etat, Ass. 24 mars 2006, KPMG et autres, RFDA 2006, p. 463.

²⁹⁴ CE Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres, Rec. 154. AJDA 2006, 1028 chr. Landais et Lenica. D 2006, 1191, note Cassia. JCP 2006. 1229, obs. Plessix et 1343 note J.-M. Belorgey. RDC 2006. 856, note Brunet. RDP 2007. 285, art. Woehrling.

En effet, le Conseil d'Etat se saisit de la question des contrats en cours, et c'est Là-dessus qu'il élabore un considérant de principe dont la portée n'a pas fini d'embarrasser la doctrine. Un considérant de principe rédigé en ces termes :

« Considérant 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 ; qu'il suit de là que, sous réserve des règles générales applicables aux contrats administratifs, seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations ;

Considérant qu'indépendamment du respect de cette exigence, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, **pour des motifs de sécurité juridique**, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées ;

Considérant que les dispositions de la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière relative à la déontologie et à l'indépendance des commissaires aux comptes, dont la mise en œuvre est assurée par le code de déontologie, ont, en raison des impératifs d'ordre public sur lesquels elles reposent, vocation à s'appliquer aux membres de la profession ainsi réglementée et organisée sans que leur effet se trouve reporté à l'expiration du mandat dont les intéressés ont été contractuellement investis ; que toutefois, à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteront, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au **principe de sécurité juridique** ; qu'il y a lieu, par suite, d'annuler le décret attaqué en tant qu'il ne comporte pas de mesures transitoires relatives aux mandats de commissaires aux comptes en cours à la date de son entrée en vigueur intervenue, conformément aux règles de droit commun, le lendemain de sa publication au journal officiel de la République française di 17 novembre 2005 ».

Après tant de résignation, le Conseil d'Etat a fini par consacrer le principe de sécurité juridique. Un principe censé remédier à tous les maux du droit administratif.

Bien sûr la doctrine unanime²⁹⁵, en dehors de quelques exceptions, a exprimé un accueil enthousiaste à cette nouveauté. Le point d'hésitation de la doctrine consistait en l'absence d'une consécration expresse d'un principe général de droit de la sécurité juridique. En effet, le Conseil d'Etat parle dans son considérant de l'arrêt KPMG de motifs de sécurité juridique.

Après le prononcé de l'arrêt KPMG, le gouvernement devait revoir sa copie. Ainsi, le décret du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire au compte annulé par le Conseil d'Etat, a été modifié par le décret du 24 avril 2006²⁹⁶. L'article 1 de ce décret dispose : « Il est inséré, dans le décret du 16 novembre 2005 susvisé, après l'article 2, un article 2-1 ainsi rédigé : « Art. 2-1. Les commissaires aux comptes qui, en raison de mandats ou de missions légales détenus à la date d'entrée en vigueur du présent décret, se trouvent dans l'une des situations mentionnées aux articles 17, 23, 24, 25, 27, 28 et aux I et II de l'article 29 du code qui y est annexé disposent d'un délai expirant le 1^{er} juillet 2006 pour se mettre en conformité avec les dispositions de ces articles ».

²⁹⁵ C. Landais et F. Lenica, chronique général de jurisprudence administrative française, AJDA 2006, p. 1028. F. Melleray, L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? AJDA 2006, p. 803. F. Moderne, Sécurité juridique et sécurité financière, RFDA 2006, p. 483. P. Cassia, La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes, D. 2006. p. 1190. J-M Woehrling, L'obligation d'édicter des mesures transitoires comme instrument de la protection des situations juridiques constituées, (à propos de la sécurité juridique), RDP 2007, n° 1, p. 285. P. Brunet, Le concept de sécurité juridique : Oxymore ou Pléonasme ?, Université Buenos Aires. Novembre 2012.

²⁹⁶ Décret n° 2006-469 du 24 avril 2006. JORF n°97 du 25 avril 2006, p. 6188, texte n°15.

Paragraphe 2 : La sécurité juridique ; un principe en débat

La grande majorité de la doctrine a admis que, par l'arrêt KPMG, le Conseil d'Etat a consacré le droit à la sécurité juridique comme un principe général du droit. Pourtant, à la lecture de cet arrêt, le débat sur la question de la réalité d'une telle consécration n'était pas dénué de fondement. Le Conseil d'Etat ne parle à aucun moment, dans son attendu de principe, de manière expresse et sans équivoque d'une consécration d'un principe de sécurité juridique.

L'engouement de la doctrine pour ce principe, bien avant la jurisprudence KPMG, justifie cette manière de faire pression intellectuelle sur les juge du palais-Royal. L'objectif étant d'aller jusqu'au bout de cette ligne jurisprudentielle. La majorité de la doctrine a donné l'impression de commenter plus le communiqué du Conseil d'Etat qui accompagne l'arrêt que l'arrêt lui-même. Au lendemain de la jurisprudence KPMG, les services de communication du Conseil d'Etat se sont fondés d'un communiqué des plus explicites. Il y est écrit :

« Par sa décision du 24 mars 2006, Société KPMG et autres, le Conseil d'Etat a, pour la première fois, érigé en principe la notion de sécurité juridique [...] Une des traductions concrètes de ce principe, qui constitue la principale avancée de la décision, réside dans l'obligation faite au pouvoir réglementaire de prévoir, dans certaines circonstances, des mesures transitoires lors d'un changement de réglementation ». Comme le relève Monsieur Guglielmi : « Le communiqué, significativement, évoque le « plein effet » du principe de sécurité juridique sans s'attarder sur la nouveauté et les contours d'un principe pourtant annoncé comme plus grand. Malgré ces ambiguïtés, qui laissent à penser que le Conseil d'Etat fait dorénavant passer les impératifs de la communication avant ceux de l'architecture des constructions jurisprudentielles, la majorité des commentateurs, qui n'attendaient que cela, a considéré l'arrêt comme un revirement de jurisprudence majeur et comme l'affirmation d'un principe général de sécurité juridique²⁹⁷ ».

Il est vrai que le communiqué est sans équivoque. Cependant, s'il est de principe que le Conseil d'Etat n'est pas tenu, en contentieux, par ses propres avis consultatifs pourquoi il le serait davantage à l'égard d'un simple communiqué.

²⁹⁷ G. Guglielmi, Le droit s'écrit dans les communiqués de presse ? In Mélanges Alain Fenet 2008.

Les maîtres des requêtes C. Landais et F. Lenica, dans leur rôle de doctrine après-vente, assurent que le Conseil d'Etat : « a rendu une décision qui montre, à plusieurs titres, toute l'importance que revêt cette exigence (la sécurité juridique) dans la jurisprudence administrative. Cette importance est d'abord révélée par l'accession de la notion de sécurité juridique au rang de principe. Jusqu'à présent, en effet, la sécurité juridique, érigée de longue date en principe tant par la CJUE (ex CJCE) que par la CEDH, n'avait pas été consacrée par la jurisprudence administrative en tant que principe de droit interne. C'est désormais chose faite puisque la décision du 24 mars 2006 mentionne, d'abord des (motifs) de sécurité juridique puis un (principe). Le Conseil d'Etat ne pourra donc plus désormais écarter comme inopérant un moyen tiré d'une atteinte au principe de sécurité juridique ²⁹⁸ ».

Pour sa part, Monsieur L. Tesoka²⁹⁹ commençait sa chronique en 2006 en ces termes : « Bien avant la consécration du principe de sécurité juridique par l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat Société KPMG et autres du 24 mars 2006, il était classique de le confronter ou de l'opposer au principe de légalité ». Le plus étonnant, est que Monsieur Tesoka explique que le principe de légalité, pourtant bien ancré dans le droit administratif français, n'a été énoncé comme référence par le Conseil d'Etat que dans l'arrêt Syndicat Sud Travail du 27 juin 2001.

Plus subtile est la position de Monsieur P. Cassia, en effet, celui-ci propose une autre vision qui n'est pas dénuée de toute logique. Ainsi, dans sa rubrique du recueil Dalloz, il explique que : « Sous couvert d'une reconnaissance formelle du principe de sécurité juridique, c'est en substance une transposition en droit français de l'une de ses composantes, la confiance légitime, déjà appliquée en droit communautaire, que réalise l'Assemblée des contentieux³⁰⁰ ».

Le professeur Pierre Brunet explique que : « Le Conseil d'Etat répugne certes à consacrer formellement le principe de confiance légitime tel qu'il figure en droit

²⁹⁸ C. Landais et F. Lenica, Sécurité juridique : la consécration. AJDA 2006, p. 1028. Dans une autre chronique des deux maîtres des requêtes explique que : « L'année 2006 a été marquée par des évolutions significatives de la jurisprudence du conseil d'Etat en matière de droit transitoire. La décision d'Assemblée Société KPMG et autres du 24 mars qui a trouvé dans le principe de sécurité juridique, promu à cette occasion à la dignité de principe général de droit, le fondement d'une obligation pour le pouvoir réglementaire d'assortir de mesures transitoires, dans certains cas, l'édiction d'une réglementation nouvelle ». Le droit transitoire : arrêt sur image. AJDA 2007, p. 358.

²⁹⁹ L. Tesoka, Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français. AJDA 2006, p. 2214.

³⁰⁰ P. Cassia, La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes. Recueil Dalloz 2006, p. 1190.

communautaire [...] Dans le même temps [il] impose à l'administration la même norme matérielle ; elle doit veiller à ce que ses règlements comportent des mesures transitoires. C'est qu'en réalité la confiance légitime et la sécurité juridique sont les deux faces d'une même médaille³⁰¹ ».

Plus explicite mais plus nuancée est l'opinion de Monsieur F. Moderne. Celui-ci explique que : « L'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat introduit l'exigence de mesures transitoires, comme composante du principe de sécurité juridique, dans l'ordre interne. Mais cette avancée reste prudente et mesurée, d'autant que la motivation retenue, qui repose sur une certaine conception de la rétroactivité, appelle quelques réserves³⁰² ».

En revanche, Le professeur F. Melleray, comme Monsieur Guglielmi, exprime une certaine retenue et hésite à aller dans le sens d'une consécration d'un principe de sécurité juridique par l'arrêt KPMG. Une démarche qui tranche avec la quasi-unanimité de la doctrine sur le sujet. En effet, Monsieur Melleray remis en question une éventuelle consécration parce que : « une lecture littérale de l'arrêt peut alors surprendre. Aucun principe général ou matriciel de sécurité juridique n'y est en effet posé de manière explicite dans le considérant de principe de la décision. Le Conseil d'Etat se contente [...] d'exiger du pouvoir réglementaire qu'il prévoie des dispositions transitoires en cas de changement de réglementation [...] L'arrêt précise certes que cette exigence repose sur des motifs de sécurité juridique, et évoque sans plus de précision le principe de sécurité juridique dans le considérant suivant. Mais cela suffit-il pour en déduire que la sécurité juridique est solennellement consacrée en tant que telle ?³⁰³ ».

Dans le même sens, Monsieur J. Waline considère que : « le principe de sécurité juridique, également d'origine communautaire, le Conseil d'Etat l'a accueilli sans toutefois en faire expressément un principe général du droit³⁰⁴ ».

Pour sa part Monsieur D. Truchet explique que : « le Conseil d'Etat a fait de la sécurité juridique un « principe » sans le désigner formellement comme un principe général du droit³⁰⁵ », puis de rajouter plus loin que : « les décisions les plus récentes

³⁰¹ P. Brunet, La consécration du principe de sécurité juridique. Revue des Contrats, 2006, n° 3, p. 856.

³⁰² F. Moderne, Sécurité juridique et sécurité financière. RFDA 2006, p. 483.

³⁰³ F. Melleray, L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? AJDA 2006, p. 897.

³⁰⁴ J. Waline, Droit administratif. Précis Dalloz, 2010, 23° éd., p. 298.

³⁰⁵ D. Truchet, Droit administratif, PUF Thémis droit, 2011, 4° éd. p. 75.

et les plus importantes donnent l'impression qu'elle (la jurisprudence) abandonne l'expression « principe général du droit » au profit du mot « principe »³⁰⁶.

Plus, voire trop, sceptique est l'opinion exprimé par Monsieur Patrick Morvan selon laquelle³⁰⁷ : « Un principe de sécurité juridique risque fort de n'être qu'une coquille vide, accueillant l'impression arbitraire de chacun [...] Le principe de sécurité juridique, en première approche, tend à préserver l'abstraction, la généralité, la permanence et la prévisibilité de la règle de droit [...] La sécurité juridique n'est-elle pas plutôt une utopie, une attente ? Ou est-il encore temps de l'ériger en un principe du droit ? En ces temps d'apocalypse normative, les usagers de la règle de droit peuvent-ils espérer l'avènement de la sécurité juridique, sauveur paré des vêtements d'un principe contraignant ? L'idée chemine tranquillement » et de rajouter plus loin « Le juge administratif [...] peu familier de ces normes qui se résument entièrement en une notion, un standard, et paraissent largement inachevées (principe de bonne foi, de sécurité juridique, de confiance légitime) : au regard de la tradition juridique française, ce ne sont là que des impératifs ou des objectifs qui, au demeurant, sont abondamment mis en œuvre avec une précision supérieur en droit français ». Monsieur Morvan souligne également, à juste titre cette fois, qu'avec cette consécration le moyen tiré de la violation du principe de sécurité juridique risque fort d'être soulevé à tort et à travers³⁰⁸.

Il est légitime de se poser la question sur la réalité d'une telle consécration avant celle relative à la portée du principe consacré. L'originalité de l'affaire est que l'arrêt, censé trouver la solution à tous les maux de la compréhension et l'application du droit, avait besoin d'un communiqué, sans valeur juridique au demeurant, pour être compris³⁰⁹.

³⁰⁶ D. Truchet, op. cit. p. 182.

³⁰⁷ P. Morvan, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? Droit social 2006, p. 709, n°4 et 5

³⁰⁸ Op. cit. n° 23.

³⁰⁹ G. Guglielmi, op. cit.

SECTION II : Les développements jurisprudentiels du principe de sécurité juridique (8 ans d'application de la jurisprudence KPMG)

Il est vrai que le considérant général de l'arrêt KPMG quant à sa formulation reste des plus classiques et des plus fidèles à la démarche du Conseil d'Etat. Alternant mutisme et concision, le Conseil d'Etat excelle dans la pratique de l'imperatoria brevitatis. Les juges du palais royal parlent d'un principe de sécurité juridique sans dire en quoi consiste-t-il, quelle est sa portée ?

Comme à l'habitué, il fallait rester sur sa faim et attendre d'autres jurisprudences pour y voir plus claire.

Paragraphe 1 : L'obligation d'édicter des mesures transitoires

L'arrêt KPMG consacre, certes, un principe de sécurité juridique mais le limite essentiellement à une simple obligation d'édiction de mesures transitoires qu'incombe au pouvoir réglementaire. Cette nouvelle obligation révèle un paradoxe assez frappant de la mutation que connaît le droit administratif. Classiquement, il était surtout reproché à l'administration son retard dans l'élaboration des textes d'application des lois. Le Doyen Duez, par exemple, considère que l'administration a le devoir d'être diligente et tout manquement à ce devoir constitue une faute de service public³¹⁰. Pour sa part, le Conseil d'Etat ne retenait la responsabilité de l'administration qu'en cas de retard anormal³¹¹. Autrement dit, le retard d'édiction d'un texte d'application ne constitue pas automatiquement une faute pouvant entraîner la responsabilité de l'administration. Monsieur Robert Hanicotte, pour sa part, distingue trois sortes de retard, en effet, pour lui : « En réalité, la lenteur administrative passe par une subtile gradation : il est des retards qui loin d'apparaître fautifs se révèlent plutôt bénéfiques car ils traduisent la préparation minutieuse d'une décision. Dans d'autres cas, la lenteur révèle moins une culpabilité qu'une certaine forme d'inertie inhérente à l'administration. Tout au plus, pourrait-on parler d'un

³¹⁰ P. Duez, La responsabilité de la puissance publique, Dalloz, 1938, p. 34.

³¹¹ CE, 18 juillet 1919, Brunet, D. 120. III. 7, note Appleton (cité par R. Hanicotte).

retard-négligence. Enfin, le retard cachera un comportement éminemment fautif soit qu'il exprime une mauvaise volonté caractérisée assimilable à un refus d'agir soit qu'il reflète une carence grave et prolongée. Seule cette dernière hypothèse fera l'objet d'une sanction juridictionnelle³¹² ».

Avec l'arrêt KPMG, c'est plutôt l'inverse que le Conseil d'Etat reproche à l'administration. En effet, le seul tort de l'administration c'est d'avoir agi trop vite. En somme, dans un cas comme dans l'autre, l'administration porterait préjudice à la sécurité juridique des administrés.

Jusqu'à l'intervention de la jurisprudence KPMG, il n'existait à la charge de l'autorité normative aucune obligation d'édicter des mesures transitoires. A moins que la loi ou l'autorité administrative n'en décide autrement, aucune obligation d'édicter des mesures transitoires en vue d'accompagner le changement de législation ne s'imposait à l'administration. Monsieur F. Moderne explique dans son commentaire de la décision KPMG que : « L'absence d'obligation pour les autorités administratives nationales d'édicter des mesures transitoires pour accompagner le passage d'une réglementation à une autre a été longtemps considérée comme une conséquence logique de la théorie de l'application des normes dans le temps- à moins que le législateur lui-même ou l'autorité administrative n'aient préféré, pour des raisons d'opportunité, organiser la transition³¹³ ».

Comme le soulignait, dans sa thèse, Monsieur G. Eveillard : « A l'exception des limitations résultant des principes de non-rétroactivité et de survie de la loi ancienne, l'insertion de dispositions transitoires dans un texte est considérée par le juge français comme une question d'opportunité, ou parfois comme une mesure gracieuse insusceptible de recours contentieux. A ce titre, elle échappe donc au contrôle juridictionnel, ce qui signifie que l'autorité normative est libre d'insérer des dispositions transitoires dans un texte ou à l'inverse de ne pas insérer. Aucun principe général ne régit cette faculté de l'autorité normative³¹⁴ ».

En effet, notre droit de l'action administrative, fondé sur le privilège du préalable, n'entendait pas imposer à l'administration une éventuelle obligation d'organiser la

³¹² R. Hanicotte, Le juge face au retard des textes d'application. RDP N°6, p. 1667.

³¹³ F. Moderne, op. cit.

³¹⁴ G. Eveillard, Les dispositions transitoires en droit public français. Dalloz. Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses. 2007. P. 682.

transition en cas de changement de législation. Madame S. Calmes décrit cet état du droit peu protecteur des destinataires des normes en ces termes : « Un acte normatif peut entrer en vigueur de manière (brutale), sans mesures transitoires, au nom de la nécessaire exécution de la loi ou de la mutabilité du service public. L'exigence de non-rétroactivité des actes administratifs n'exclut pas l'entrée en vigueur immédiate des actes qui s'appliquent aux situations en cours et, de manière générale, même s'il est possible de prévoir un aménagement temporel de l'entrée en vigueur d'une nouvelle norme en la différant dans le temps ou en prévoyant des dispositions transitoires applicables aux situations existantes et nées sous l'empire de la réglementation antérieure, l'absence d'information préalable ou de mesure transitoire ne constituera pas, en cas de contentieux, un motif de sanction³¹⁵ ».

Il fallait attendre un avis rendu par le Conseil d'Etat pour trancher la question de l'existence d'une obligation de fixer un délai d'entrée en vigueur. L'avis portait sur la question de savoir si un organisme privé disposant du pouvoir réglementaire, en l'occurrence les fédérations sportives, pouvait imposer à ses adhérents l'arrêt, sans délai, de toute activité jusqu'à ce qu'ils se mettent en conformité avec la nouvelle réglementation. Le Conseil d'Etat répond dans cet avis que : « L'exercice d'un pouvoir réglementaire, alors même que ce pouvoir est exercé par une autorité déléguée, implique, pour son détenteur, la possibilité de modifier à tout moment les normes qu'il définit afin de se conformer en permanence à l'objet pour la réalisation duquel lui a été conférée sa compétence, sans que les personnes auxquelles sont imposées de nouvelles contraintes puissent invoquer un droit au maintien de la réglementation existante [...] Les nouvelles normes édictées par une fédération délégataire, dans sa sphère de compétence, sont applicable dès leur publication ; il incombe toutefois à cette fédération, eu égard à la nature des règles édictées et à l'importance des travaux qu'elles rendent nécessaires, de prévoir des délais raisonnables pour la mise en conformité aux nouvelles normes des installations existantes³¹⁶ ».

Le Conseil d'Etat parle bel et bien d'une obligation mise à la charge d'une autorité réglementaire qui consiste à prévoir un régime transitoire à chaque fois que le changement de norme l'exige. Mais ce n'est qu'avec l'arrêt KPMG qu'une telle

³¹⁵ S. Calmes, op. cit. p. 563.V

³¹⁶ CE, assemblée générale, 20 novembre 2003, avis n° 369.474.

obligation a été consacrée de manière solennelle. En effet, la jurisprudence KPMG, a pour premier mérite de réguler l'exercice dans le temps du pouvoir réglementaire. Le Conseil d'Etat touche ici à l'un des piliers les plus classique et le moins juste ; la mutabilité. Nous avons vu plus haut qu'en vertu de ce principe, le détenteur du pouvoir réglementaire peut modifier à tout moment les normes qu'il définit, il y est même encouragé puisque, en droit administratif, nul n'a droit au maintien d'une réglementation existante. Cependant, en vertu du principe de la non-rétroactivité des actes administratifs, le pouvoir normatif de l'administration ne doit s'exercer, en principe, que pour l'avenir.

L'histoire de la jurisprudence KPMG est celle du passage d'un état d'instabilité due à la mutabilité des vœux du prince à un état de management de la conduite du changement. Les conseils des requérants dans l'affaire KPMG, prenant sans doute appui sur l'avis de 2003, ont reproché, en outre, au décret son illégalité faute d'avoir prévu des dispositions transitoires. Un tel argument est plus fondé sur une logique pragmatique que juridique. Le rapporteur public dans ses conclusions insistait sur le fait que : « L'obligation d'aménager dans certains cas un dispositif transitoire paraît une exigence raisonnable, qui relève à la fois du bon sens et de la bonne administration³¹⁷ ». En effet, juridiquement l'acte administratif en question devait s'appliquer immédiatement le lendemain de sa publication au journal officiel. Comme nous l'avons vu plus haut, le principe étant l'application immédiate des règlements, sauf cas où l'administration juge, elle-même, pour des raisons d'opportunité, de déferer l'entrée en vigueur d'un texte.

Avec la consécration de l'obligation d'édicter des mesures transitoires, on peut se demander si le principe de l'application immédiate des règlements a été vidé de sa substance. En principe et en vertu de l'article 1^{er} du code civil tel que modifié par l'ordonnance de 2004 dispose : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au JORF, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication ».

La lecture de l'arrêt KPMG pourrait laisser croire à la fin de cet état du droit. Néanmoins, derrière le grand thème de la sécurité juridique, le Conseil d'Etat n'a fait que rendre les dispositions transitoires obligatoires sous peine d'annulation.

³¹⁷ Conclusion du rapporteur public sous KPMG.

Toutefois, la formulation de l'arrêt réduit la portée de cette nouvelle obligation, si on tient compte de son fondement. En effet, le Conseil d'Etat parle, certes d'un principe de sécurité juridique, mais le cantonne aussitôt dans l'obligation de prévoir des dispositions transitoires permettant aux destinataires de la nouvelle réglementation de s'adapter au changement. Une nouvelle obligation qui s'impose à l'administration, certes, mais qui demeure une exception à la règle la mutabilité des règlements administratifs. En effet, dans son attendu de principe, le Conseil d'Etat a adopté une formulation qui exprime une dérogation : « Qu'indépendamment du respect de cette exigence, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, **s'il y a lieu**, une réglementation nouvelle... ». L'emploi de l'expression (s'il y a lieu) laisse croire, à juste titre, qu'il s'agit d'une exception.

S'il ne s'agit que d'une exception aux règles de la mutabilité des règlements et à celles de leur application immédiate, pourquoi le conseil d'Etat n'a pas fondé sa décision sur le principe de la non-rétroactivité ?

Dans ces conclusions, le rapporteur public développe le moyen des requérants tiré de la violation, par le décret, du principe de non-rétroactivité en tant qu'il s'applique à des contrats en cours, conclus avant son entrée en vigueur. Il en ressort qu'en principe le Conseil d'Etat n'admet la rétroactivité d'un décret que si une loi l'autorise, sous peine de nullité pour rétroactivité illégale. Le rapporteur public invite le Conseil d'Etat à rendre sa décision sous cet angle en ces termes : « Il semble que vous admettez facilement l'habilitation législative dans ce domaine (l'application immédiate d'un décret), en tenant compte, notamment de la nature de la règle en cause. Par exemple, en matière de réglementation des prix [...] vous avez admis que [...] les dispositions réglementaires litigieuses pouvaient être légalement appliquées avant l'expiration des contrats en cours. En l'espèce, nous vous invitons à tenir le même raisonnement [...] certes, le décret est rétroactif en tant qu'il s'applique aux contrats en cours. Toutefois, il ressort implicitement mais nécessairement de la loi, compte tenu de l'intention du législateur, du caractère d'ordre public de cette législation et de sa finalité, que celle-ci a habilité le pouvoir réglementaire à adopter un code de

déontologie s'appliquant aux situations contractuelles de droit privé en cours. Un tel effort d'interprétation, conforme à la volonté du législateur, paraît raisonnable³¹⁸ ».

Le Conseil d'Etat motive en partie sa décision sur la rétroactivité légale puisqu'il parle d'une autorisation implicite de la loi. Celle-ci autoriserait, en l'espèce, l'application du décret aux contrats en cours. Le juge administratif aurait pu s'en arrêter là, mais c'était sans compter sur son originalité dans l'élaboration des principes généraux de droit. En effet, sur la motivation d'une rétroactivité légale pour exiger, au nom de la sécurité juridique, du pouvoir réglementaire l'obligation d'assortir ces textes, lorsqu'ils sont susceptibles de s'appliquer à des contrats en cours, de dispositions transitoires. La solution retenue, en dépit du succès de son apport, n'a pas manqué de faire l'objet de critiques quant à son raisonnement juridique.

Pour Monsieur R. Encinas de Munagorri³¹⁹, le raisonnement du Conseil d'Etat souffre de la confusion entre rétroactivité et application immédiate. Une confusion qui résulterait d'une mauvaise compréhension de la théorie du droit transitoire développée par le Doyen Roubier. Monsieur Encinas de Munagorri explique que le Conseil d'Etat aurait dû retenir, dans un premier temps, la rétroactivité pour construire, ensuite, son raisonnement juridique sur le choix entre l'application immédiate de la loi nouvelle ou la survie de la loi ancienne, mais : « A partir du moment où la fausse piste de la rétroactivité a été privilégiée, la question n'a pas été résolue en ces termes ».

Quant à Monsieur P. Morvan, il explique³²⁰ que la décision KPMG : « inspire plusieurs séries de remarques. En premier lieu, elle paraît consacrer le principe de sécurité juridique en tant que principe général du droit administratif [...] En deuxième lieu, le Conseil d'Etat a, à certains égards, mis les pieds dans le plat : sa maladresse se signale d'abord par confusion commise entre la rétroactivité d'un acte et son application immédiate aux situations en cours [au Palais-Royal, la lecture de Roubier et des juristes en général est sans doute jugée superflue] ».

La réplique ne s'est pas faite attendre, ainsi dans son article, à l'occasion de l'étude offerte en l'honneur de Monsieur Labetoulle, Monsieur Serge Lasvignes explique que

³¹⁸ Y. Aguila, Conclusions sous l'arrêt KPMG, RFDA 2006. 463.

³¹⁹ R. Encinas de Munagorri, Application immédiate d'un décret à des contrats en cours : le conseil d'Etat exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique. RTD Civ. 2006, p. 527.

³²⁰ P. Morvan, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? Droit social, 2006 p. 707, n° 23.

certes : « Depuis le magistral ouvrage du professeur P. Roubier, nombreux furent les efforts de la doctrine pour faire une présentation rationnelle et scientifique d'une matière, celle du droit transitoire, qui se caractérise par sa richesse et sa complexité. Le praticien du droit administratif qui craint de se perdre dans ces édifices aux nombreuses chambres conserve précieusement dans son esprit les références des remarquables synthèses qu'en firent certains commissaires du gouvernement ».

Monsieur S. Lasvignes explique, par la suite, la portée de l'attendu de principe de l'arrêt KPMG en deux temps : « Le premier temps de ce raisonnement se présente comme la simple application du précepte bien connu selon lequel [les lois qui gouvernent la constitution d'une situation juridique ne peuvent porter atteinte, sans rétroactivité, aux situations juridiques antérieurement constituées. Il en résulte notamment qu'une situation valablement établie selon la loi, alors en vigueur, ne peut être tenue pour irrégulière en vertu d'une loi postérieure. Le second temps est une innovation dont on saisit facilement l'intérêt. Lorsqu'était en cause un texte susceptible d'affecter des situations juridiques établies avant son entrée en vigueur, le juge devait s'en tenir à un travail d'interprétation, en déclinant deux questions : le nouveau texte s'applique-t-il effectivement à ces situations ? Dans l'affirmative, l'effet rétroactif qui en résulte repose-t-il sur une habilitation du législateur ? Le recours au principe de sécurité juridique lui permet d'aller au-delà de la simple interprétation du texte. Il ne s'agit plus seulement de savoir si celui-ci s'applique ou ne s'applique pas. Il est désormais possible, dans le cas où un texte réglementaire doit être interprété comme s'appliquant légalement à des situations constituées, de contraindre son auteur à tempérer les effets de cette rétroactivité³²¹ ».

Si la doctrine dans son ensemble a salué l'avènement de la jurisprudence KPMG, elle était moins unanime à l'égard de sa portée. En effet, une partie de la doctrine reconnaît que le Conseil d'Etat a érigé la sécurité juridique en principe général du droit mais strictement limité à l'obligation d'édicter des mesures transitoires.

Dans ses conclusions sous l'arrêt Dame Lacroix de 2006, le rapporteur public Monsieur M. Guyomar a dressé un tableau de l'apport de l'arrêt KPMG. Ainsi, pour lui cette décision : « ne pose aucune obligation de principe d'édicter des mesures

³²¹ S. Lasvignes, Droit transitoire et sécurité juridique, Ou comment un nouveau principe peut raviver d'anciennes questions. In Mélanges en l'Honneur de Daniel Labetoulle 2007, p. 559 et s.

transitoires. Les termes « s'il y a lieu » le marquent clairement ... Votre décision KPMG ne pose donc aucune obligation systématique³²² ».

Paragraphe 2 : La sécurité juridique, un principe confirmé et étendu

La jurisprudence administrative ultérieure à l'arrêt KPMG a eu pour premier mérite de clarifier les points d'ombre qui entourait le principe de sécurité juridique. En réalité, il n'y a rien de nouveau dans la démarche du Conseil d'Etat. Celui-ci, fidèle à sa manière de production de la norme jurisprudentielle et jaloux du sens qu'il veut lui donner, consacre un principe et procède par petites touches pour lui donner le sens qu'il entend en fonction des cas d'espèces.

Le premier point d'ombre était relatif au bien-fondé de la consécration d'un principe général du droit. En effet, au lendemain de l'arrêt KPMG, la doctrine s'est partagée en trois courants, d'une part, ceux qui ont adopté la vision du Conseil d'Etat qui consiste à affirmer la consécration d'un principe général du droit. D'autre part, le courant qui, bien qu'il affirme l'existence d'un principe, considère la consécration implicite ayant besoin davantage de confirmation. Enfin, le courant qui ne voyait dans la jurisprudence KPMG qu'une simple obligation d'édicter des mesures transitoires, si besoin en est, en cas de changement de normes. Si aujourd'hui la question de la réalité d'une consécration expresse du principe de sécurité juridique ne se pose plus, la question relative à son sens et sa portée n'était pas encore résolue.

L'analyse de la jurisprudence administrative rendue en la matière depuis l'arrêt KPMG fera l'objet de ce paragraphe.

En l'état actuel de la jurisprudence rendue sur le fondement du principe de sécurité juridique, nous pouvons synthétiser son apport autour de trois axes, d'une part, le changement de législation, autrement-dit, les règles du conflit des normes réglementaires dans le temps (paragraphe 1). D'autre part, la régulation des changements de jurisprudence ou l'application de la norme prétorienne dans le temps (cette variante de la sécurité juridique sera étudiée dans la partie consacrée à

³²² M. Guyomar, Sécurité juridique et mesures transitoires, concl. Sur CE, sect. 13 décembre 2006, Mme. Lacroix. RFDA 2007, p. 6.

l'influence de la sécurité juridique sur le contentieux administratif). Et enfin, la qualité et la normativité des textes juridiques (paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Le principe de sécurité juridique et l'application de la norme dans le temps

L'une des causes de l'insécurité juridique demeure l'inflation normative. Un abattage légistique à la chaîne qui a remplacé l'art de légiférer d'autrefois. Cette production surdimensionnée des normes, au-delà du fait qu'elle est souvent dépourvue de toute clarté voire de logique juridique, pose le problème de sa prévisibilité et par conséquent de trouver des solutions aux conflits de normes dans le temps qu'elle cause. La consécration par le Conseil d'Etat d'un principe de sécurité juridique s'inscrit dans l'objectif du règlement des conflits des normes.

Avec l'arrêt KPMG, le Conseil d'Etat dans le souci d'apporter une solution à ce problème des conflits des normes dans le temps, a instauré l'obligation d'édiction, par le pouvoir réglementaire, de mesures transitoires en cas de changement de réglementation.

Saisi d'une autre affaire, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence. En effet, il s'agissait d'une commissaire aux comptes, Dame Lacroix, radiée de la liste des commissaires aux comptes pour non-paiement de ses cotisations professionnelles au titre des années 2003 et 2004. Or, pour être sur la liste des commissaires aux comptes, ceux-ci doivent s'acquitter des cotisations professionnelles comme prévu par le décret du 12 août 1969. Le haut conseil du commissariat aux comptes, dans une décision du 23 juin 2005, confirme sa radiation prononcée par la commission régionale d'inscription le 18 janvier 2005 et rejette, par la même, sa demande. C'est cette décision qui fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat.

L'affaire, comme le soulignait le rapporteur public dans ses conclusions, posait : « d'intéressantes mais complexes questions d'application du droit dans le temps ». En effet, avant que le haut conseil ne rende sa décision confirmative de la radiation de la requérante, l'état de droit en la matière a changé. Le décret du 12 août 1969, servant de base légale à la décision de la commission régionale, a été modifié par un décret du 27 mai 2005, c'est-à-dire, avant que le haut Conseil ne prenne sa décision de rejet. La question qui se posait est de savoir si la situation de la requérante est régie par les nouvelles dispositions de 2005 ou demeure soumise au décret de 1969. La requérante fait valoir que si la décision du Haut Conseil fait

application du décret de 2005, elle est entachée d'illégalité pour violation du principe de sécurité juridique en l'absence de mesures transitoires. En revanche, si la décision est fondée sur le décret de 1969, elle doit être annulée car elle méconnaît les règles nouvellement applicables. A vrai dire, la requérante soutenait que le Haut Conseil ne pouvait appliquer, à son égard, ni le décret de 2005 faute de mesures transitoires, ni celui de 1969 dont l'application reviendrait à consacrer la survie de la réglementation ancienne pour juger des situations en cours.

Le rapporteur public, dans ses conclusions, rappelle que la décision KPMG n'a eu, en aucun cas, pour vocation d'instaurer une obligation d'édicter des dispositions transitoires à chaque fois qu'il y a changement de législation. Mais seulement si, après un contrôle de proportionnalité, il s'avère que l'application immédiate de la nouvelle règle est disproportionnée par rapport aux bouleversements qu'elle engendre. Ainsi, le rapporteur public résume sa vision du principe de sécurité juridique en ces termes : « Si vous nous suivez, vous jugerez donc que l'autorité investie du pouvoir réglementaire, agissant dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle, a l'obligation d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique une réglementation nouvelle lorsque l'application immédiate de celle-ci s'avère impossible ou qu'elle entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics et privés en cause³²³ ». A partir de ce rappel de la portée du principe de sécurité juridique, le rapporteur public invite le Conseil d'Etat à répondre à la question de savoir si le haut conseil aurait dû fonder sa décision du 23 juin 2005 sur le décret du 27 mai 2005.

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat, avant de répondre sur les questions d'espèces, précise sa jurisprudence sur les mesures transitoires dans un attendu qui a tout l'air d'un attendu de principe ; « Considérant que 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 ; qu'en principe, les nouvelles normes ainsi édictées ont vocation à

³²³ M. Guyomar, op. cit. Dans ses conclusions, monsieur Guyomar a multiplié les références à l'œuvre du doyen Roubier comme s'il voulait prouver que la lecture de cette œuvre n'est pas jugée superflue. Une réponse en règle à l'article de P. Morvan dans la revue Droit social.

s'appliquer immédiatement, dans le respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs ; que, toutefois, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire, agissant dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle, d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, cette réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics et privés en cause ».

Par la suite, le Conseil d'Etat répond aux questions de l'espèce, d'une part, il juge que le principe de non-rétroactivité ne s'oppose à l'application du décret de 2005 que si celui-ci sert de fondement pour sanctionner le non-paiement des cotisations professionnelles dues au titre des années 2003 et 2004. Celles-ci étant considérées comme des situations déjà constituées sous l'empire de l'ancien décret. En revanche, le décret de 2005, s'applique immédiatement aux cotisations professionnelles dues au titre de l'exercice 2005. En effet, le Conseil d'Etat juge, qu'en l'espèce, il n'y avait pas besoin de dispositions transitoires étant donné l'intervalle de temps entre la date du décret (27 mai 2005) et la date à prendre en compte pour sanctionner, le cas échéant, l'omission de l'obligation de s'acquitter des cotisations dues (en l'occurrence le 31 décembre 2005). Le Conseil d'Etat n'a pas jugé utile de se lier les mains. En effet, il n'enferme l'obligation de recourir aux dispositions transitoires à aucune condition, et cela en dépit de la tentative du rapporteur public de réduire les hypothèses d'y recourir.

D'autre part, pour ce qui est de la procédure suivie par le Haut Conseil pour radier la requérante. Le Conseil d'Etat précise que la régularité d'une décision administrative s'apprécie en fonction des dispositions applicables à la date à laquelle celle-ci intervient. Le raisonnement est le suivant ; les règles de procédures non-contentieuses sont des actes administratifs dont la légalité s'apprécie le jour de leur signature, ici, en l'occurrence à la fin de la procédure. En conséquence, il juge que les actes de procédure accomplie sur le fondement de l'ancienne réglementation doivent être recommencés dans leur intégralité en conformité avec les nouvelles dispositions.

L'arrêt Dame Lacroix est d'une grande importance à deux égards ; d'abord, son attendu de principe précisant la portée de l'obligation d'édicter des mesures

transitoires au nom du principe de sécurité juridique. Ensuite, il précise que les actes de procédure non-contentieuse pris sur le fondement d'une règle, doivent être recommencés si cette règle change au cours de la procédure. En effet, le Conseil d'Etat considère qu'une procédure non-contentieuse est un tout indivisible³²⁴. Sur ce dernier point, le Conseil d'Etat adopte une solution à l'inverse de celle adoptée en cas de procédure répressive. Dans son arrêt de section du 17 novembre 2006 CNP Assurance, le Conseil d'Etat juge que les actes de procédures, en l'espèce les poursuites engagées contre la société CNP Assurance par la commission de contrôle (CCAMIP), accomplis conformément aux règles en vigueur, n'ont pas à être réitérés si lesdites règles changent au cours de la procédure³²⁵.

Dans une autre affaire concernant, cette fois, l'organisation d'un concours de fonction publique. Le juge administratif a eu l'occasion de soumettre l'administration au respect de la sécurité juridique. En l'espèce, il s'agissait des concours d'accès aux prestigieux postes de conseiller au Quai d'Orsay au titre de l'année 2007. Le 21 février, quatre arrêtés sont publiés au journal officiel annonçant la réforme du programme du concours. La réforme devait s'appliquer aux examens de la même année, au grand dam des candidats qui, souvent mettent deux à trois ans pour préparer ses concours, se retrouvent du jour au lendemain soumis à un programme autre que celui annoncé jusqu'au là³²⁶. Saisi par le syndicat CFDT-MAE, le Conseil

³²⁴ G. Eveillard a bien analysé la question du champ d'application dans le temps des règles de procédure non contentieuse : « Les conséquences de l'effet immédiat des règles de procédure non contentieuse doivent être précisées, car elles sont nettement moins assurées que le principe lui-même. En effet, il convient d'identifier le fait régi par la règle : s'agit-il de la procédure prise dans son ensemble ou de chaque formalité de cette procédure envisagée isolément ? Le choix entre la conception synthétique et la conception analytique est lourd de conséquences. Si l'on considère la procédure comme un tout, génératrice d'une situation constituée au seul moment de l'édition de la décision définitive, alors la règle nouvelle s'appliquera intégralement à la procédure en cours, y compris dans celles de ses étapes réalisées antérieurement à l'entrée en vigueur de la règle nouvelle. Si, en revanche, une conception analytique est retenue, c'est-à-dire que chaque formalité de la procédure est envisagée à elle seule comme une situation juridique, alors chaque formalité est régie par la règle en vigueur au jour où elle aura été accomplie et ne pourra être affectée par la modification ultérieure de cette dernière, y compris si cette modification intervient avant la fin de la procédure ». G. Eveillard, Sécurité juridique et mesures transitoires. RFDA 2007, p. 275.

³²⁵ CE, sect. 17 novembre 2006 CNP Assurance : « Considérant que si, en matière d'édition de sanctions administratives sont seuls punissables les faits constitutifs d'un manquement à des obligations définies par des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur à la date où ces faits ont été commis, en revanche, et réserve faite du cas où il en serait disposé autrement, s'appliquent immédiatement les textes fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure à suivre, alors même qu'ils conduisent à réprimer des manquements commis avant leur entrée en vigueur ; **que n'ont toutefois pas à être réitérés des actes de procédure régulièrement intervenus** » .

³²⁶ La nouvelle réforme change par exemple le programme des langues. Ainsi par exemple le turc initialement rattaché à la section Europe centrale et orientale est désormais rattaché à la section Méditerranée, Maghreb et Afrique.

d'Etat annule les arrêtés en cause sur le fondement de l'atteinte au principe de sécurité juridique. Les juges du Palais-Royal commence, dans un exercice de pédagogie, par reproduire à l'identique le considérant de principe de sécurité juridique³²⁷. Pour l'appliquer, ensuite, aux circonstances de l'affaire. En effet, après examen de celles-ci, le Conseil d'Etat conclut à l'annulation des arrêtés différés en tant qu'ils n'ont pas prévu de mesures transitoires vu les bouleversements qu'ils apportent aux programmes des concours. Ainsi, le Conseil d'Etat procède à un examen minutieux des circonstances de l'espèce : « Considérant que les dispositions des arrêtés attaqués introduisent des nouveautés substantielles dans les épreuves de ces concours, qui exigent un travail long et spécifique ; que si ces modifications ont pour objet d'adapter le recrutement de fonctionnaire à l'évolution des métiers diplomatiques et consulaires, il n'est pas soutenu que des motifs d'intérêt général exigeraient leur application immédiate ; qu'en contraignant les candidats à modifier les matières sur lesquelles doit porter leur préparation, dans des conditions susceptibles de les affecter de manière inégalitaire, ces arrêtés causent, de ce fait, à ces candidats des perturbations excessives par rapport à l'objectif poursuivi ; qu'ainsi, en ne prévoyant pas le report, d'une année à tout le moins, de l'entrée en vigueur de ces arrêtés, afin de permettre aux candidats de disposer d'un délai raisonnable pour s'y adapter, le ministre des affaires étrangères a méconnu le principe de sécurité juridique ; que le syndicat requérant est, dès lors, fondé à demander l'annulation de ces arrêtés, mais seulement en tant qu'ils ne comportent pas de mesures transitoires relatives aux concours susmentionnés ».

Outre son apport confirmatif de l'extension du principe de sécurité juridique à toutes les questions du droit transitoires (contrats en cours, actes de procédure, fonction publique), l'arrêt CFDT-MAE a le mérite de donner l'occasion au Conseil d'Etat d'apprécier la sécurité juridique du côté des créanciers de ce droit. En effet, dans les autres décisions en la matière, le juge administratif, innovation oblige, restreignait

³²⁷CE 25 juin 2007, CFDT-MAE. Revue AJFP 2007, p. 296. « Considérant que 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 ; qu' en principe, les nouvelles normes ainsi édictées ont vocation à s'appliquer immédiatement, dans le respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs ; que, toutefois, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire, agissant dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle, d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, cette réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics et privés en cause ».

son raisonnement et sa solution sous le seul angle objectif de l'affaire. Dans cette espèce, il procède autrement. Ainsi, comme pour insister sur ce changement à mi-chemin entre une démarche objective et une seconde subjective, le raisonnement est reproduit dans le sommaire accompagnant la publication de l'arrêt au recueil Lebon, il est écrit : « Dès lors, en contraignant les candidats à modifier les matières sur lesquelles doit porter leur préparation, dans des conditions susceptibles de les affecter de manière inégalitaire, ces arrêts causent à ces candidats des perturbations excessives par rapport à l'objectif poursuivi³²⁸ ».

Toujours dans le cadre de la fonction publique, le Conseil d'Etat a eu l'opportunité de diversifier encore plus les implications du principe de sécurité juridique. En l'espèce, était en cause une décision de la cour administrative d'appel du Douai annulant une délibération du conseil d'administration de l'établissement Réseau Ferré de France. Les juges du fond reprochaient au conseil d'administration de l'établissement public RFF l'irrégularité de sa composition. En effet, il était reproché au dit conseil d'adopter des délibérations en dépit de sa composition irrégulière en violation des dispositions de loi du 15 mai 2001. Celles-ci prévoyaient l'obligation pour les établissements publics de désigner un représentant des consommateurs. Saisi d'un recours en cassation, le Conseil d'Etat casse et annule l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai. Le Conseil d'Etat commence son examen de l'affaire par la rédaction d'un considérant rédigé en l'apparence d'un considérant de principe ; « Considérant qu'à moins que leur exécution soit impossible en l'absence de mesures réglementaires d'application, des dispositions législatives nouvelles entrent en vigueur, sauf si elles en disposent autrement, le lendemain de leur publication au journal officiel ; qu'une

³²⁸ En effet, Madame De Silva, dans ses conclusions sur l'affaire, élabore une véritable doctrine de la sécurité juridique. Ainsi, elle commence par rappeler que le moyen tiré de la violation du principe de sécurité juridique est opérant même en dehors des situations contractuelles en cours. Pour poursuivre en ces termes : « Toute réglementation nouvelle est susceptible d'impliquer des mesures transitoires, que le pouvoir réglementaire est tenu d'adopter, (lorsque l'application immédiate des règles nouvelles, de fond ou de procédure, entraînerait, au regard de leur objectif et de leurs effets, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause). En l'espèce, les règles nouvelles constituent des règles de fond, et sont indéniablement susceptibles de porter atteinte aux intérêts privés des candidats » Et de continuer à l'adresse du conseil d'Etat : « Le premier élément qu'il convient de rappeler, même si son intérêt est pour partie historique, est que votre jurisprudence antérieure aurait permis d'écarter très aisément l'argumentation développée par le syndicat CFDT. Tout d'abord, le principe de mutabilité des règlements et celui de l'absence de droit acquis au maintien d'une réglementation conduisent à justifier que le pouvoir réglementaire modifie, à tout moment, et pour l'avenir, les règles applicables ... Ces principes auxquels votre jurisprudence KPMG ne déroge d'ailleurs pas...Vous devez donc exercer un contrôle de proportionnalité entre les avantages recherchés par les nouvelles règles et les inconvénients causés aux candidats ». Isabelle De Silva, La sécurité juridique appliquée à la modification des règles des concours de la fonction publique. AJDA 2007, p. 1823.

loi qui implique la modification de la composition du conseil d'administration d'un établissement public ne peut toutefois, en l'absence de disposition expresse en ce sens, être regardée, même si son exécution n'est pas subordonnée à l'intervention d'un règlement d'application, comme s'appliquant aux mandats en cours ; que les modifications qu'il est nécessaire d'apporter, pour satisfaire aux nouvelles règles législatives, à la composition du conseil d'administration en cause doivent, en conséquence, intervenir à l'occasion du plus prochain renouvellement utile de ou des mandats concernés ou, au plus tard, lors du plus renouvellement général de ce conseil ».

Le Conseil d'Etat considère que la loi de 2001 imposait, certes, une obligation de nommer un représentant des consommateurs aux conseils d'administration des établissements publics. Toutefois, le législateur ne s'est pas prononcé expressément sur le sort des mandats en cours. Le Conseil d'Etat en conclut que la mise en conformité avec la loi de 2001 ne peut s'appliquer immédiatement mais seulement lors de la prochaine vacance d'un poste au sein de la catégorie concernée, en l'espèce la catégorie des personnes choisies en raison de leur compétence, ou le cas échéant lors du renouvellement générale du conseil d'administration. Le Conseil d'Etat reproche aux juges du fond de décider une application immédiate des dispositions de la loi de 2001. Il est vrai que les juges du Palais-Royal ne visent pas, certes, expressément le principe de sécurité juridique, mais implicitement le Conseil d'Etat privilégie la sécurité juridique des délibérations du conseil d'administration de RFF au lieu d'un risque de l'explosion des demandes d'annulation de toutes celles prises en l'absence d'un représentant des consommateurs en son sein. Preuve s'il en est besoin, le sommaire introductif de l'arrêt de section au recueil Lebon est rédigé en ces termes : « Il découle du principe de sécurité juridique et des nécessités inhérentes à la continuité du service public que les modifications apportées aux règles relatives à la composition du conseil d'administration d'un établissement public ne sont applicables, sauf disposition contraires et même si elles ne nécessitent pas de mesures d'application, qu'à compter du plus prochain renouvellement du conseil d'administration permettant de mettre en œuvre utilement ces modifications³²⁹ ».

³²⁹ CE, sect. 6 novembre 2009, RFF. Rec. Leb. 2010. Dans leur chronique à l'AJDA les responsable du centre de documentation du conseil d'Etat considère eux aussi que : « La décision ne reconnaît donc bien d'effet à l'article 5 de la loi du 28 juillet 1983, dans sa version modifiée par l'article 138 de la loi du 15 mai 2001, qu'à compter du renouvellement le plus proche du conseil d'administration de RFF – qu'il soit partiel ou total. Elle

En effet, le Conseil d'Etat ne pouvait imposer au législateur l'obligation d'édicter des mesures transitoires en vertu du principe de sécurité juridique. Toutefois, et comme l'y invite le rapporteur public, les juges administratifs procèdent à l'interprétation de la loi en tant qu'elle n'a pas pour objectif de remettre en cause une situation juridiquement constituée.

En matière militaire cette fois, la Cour administrative d'appel de Nancy a été saisie d'un recours en appel contre le décret du 19 septembre 2003 modifiant les conditions de versement de l'indemnité de départ aux militaires non officiers. Le ministre de la défense refusait au requérant, ancien sergent, le droit à l'indemnité et rejette sa demande au motif qu'à la date de sa radiation, le militaire ne remplissait pas la condition de durée minimale de service militaire (neuf ans) tel que fixé par le décret de 2003 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004. La Cour prend en compte la situation du militaire, d'une part, son contrat finissait avant le 1^{er} janvier 2004, d'autre part, un éventuel renouvellement dudit contrat était exclu, ensuite, la demande de prime de départ a été introduite avant l'entrée en vigueur du décret de 2003, et enfin, l'épreuve de réinsertion de l'ancien militaire. Tout ce mélange d'indices, objectif et subjectif, a permis à la Cour administrative d'appel de Nancy de juger que la nouvelle réglementation porte atteinte excessive aux intérêts privés. Le décret de 2003 est censuré combien même il a prévu un régime transitoire de trois mois. En effet, la Cour a estimé que le régime transitoire de trois mois ne pouvait bénéficier aux militaires, dont la situation est semblable à celle du requérant, qui subissent par conséquent une perte totale de leur prime de départ. C'est pourquoi, elle juge que le décret portait atteinte au principe de sécurité juridique, non pas parce qu'il ne prévoit pas des mesures transitoires mais parce qu'elles sont inadaptées à l'espèce.

ne mentionne pas expressément, cependant, le principe de sécurité juridique. Le fichage de la décision précise à cet égard le raisonnement mené, puisqu'il se réfère à la fois au principe de sécurité juridique et aux (nécessités inhérentes à la continuité du service public) desquels il découle que les modifications apportées aux règles relatives à la composition du conseil d'administration d'un établissement public ne sont applicables ... qu'à compter du plus prochain renouvellement du conseil d'administration permettant de mettre en œuvre utilement ces modifications. Le choix d'une application différée de la disposition législative en cause s'appuie donc, de façon certes implicite, mais bien réelle, à la fois sur le principe de sécurité juridique ... et sur le principe de continuité du service public ». S-J. Liéber et D. Botteghi, De l'entrée en vigueur d'une loi modifiant la composition du conseil d'administration d'établissements publics. AJDA 2010, p. 134.

Pour Monsieur M. Wallerich³³⁰, il s'agit d'une évolution du principe de sécurité juridique puisqu'il impose : « désormais à l'autorité administrative qui entend édicter des dispositions nouvelles, dans le domaine de la fonction publique comme dans d'autres matières, de réaliser une véritable étude d'impact de la réglementation nouvelle afin d'évaluer au mieux ses effets, en particulier les atteintes aux intérêts privés et publics en cause, qu'il convient de mesurer avec précision pour identifier ou mettre en évidence les excès éventuels et, le cas échéant, prévoir les mesures transitoires qui s'imposent ».

Néanmoins, le Conseil d'Etat n'est pas disposé à généraliser cette obligation d'édiction de mesures transitoires à tous les règlements. En effet, le principe demeure la mutabilité du règlement en vertu de la règle que nul n'a de droit acquis au maintien d'un règlement. Toutefois, l'application immédiate d'une nouvelle norme n'est possible que si elle n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à des situations légalement constituées avant son entrée en vigueur ou encore une atteinte excessive aux intérêts publics et privés en cause. Donc, tout est question d'examen in concreto de chaque espèce.

Dans une autre espèce où était en cause des demandes d'annulation d'un décret relatif à l'enseignement de la conduite et à l'animation de stages de sensibilisation à la sécurité routière, le Conseil d'Etat, loin de tout sophisme naturaliste, procède par un principe rodé pour aboutir à une solution d'espèce. Ainsi, après avoir rappelé le principe suivant : « Considérant que 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, qu'en principe, **les nouvelles normes ainsi édictées ont vocation à s'appliquer immédiatement**, dans le respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs ; que, toutefois, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire, agissant dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle, d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, cette réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi lorsque l'application immédiate des règles nouvelles, **de fond ou de**

³³⁰ M. Wallerich, La sécurité juridique appliquée à la modification des conditions de versement d'une indemnité. AJDA 2009, p. 2049.

procédure, entraînerait, au regard de leur objet ou de leurs effets, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause », le juge administratif décide, dans cette affaire, que : « Considérant, d'une part, que le décret [...] a prévu que les agréments pour l'organisation des stages de sensibilisation à la sécurité routière délivrés avant l'entrée en vigueur du décret demeuraient valides jusqu'au 30 juin 2010 pour permettre aux organisateurs déjà titulaires d'un agrément de se mettre en conformité avec les nouvelles exigences posées par le décret, que cette échéance a au demeurant été reportée au 1^{er} janvier 2011 [...] qu'en prolongeant ainsi la validité des agréments en cours, le pouvoir réglementaire a laissé à leurs bénéficiaires un délai raisonnable pour s'adapter à la modification de la réglementation ; que, d'autre part, l'application immédiate des nouvelles règles et de la nouvelle procédure aux demandes de premier agrément déjà déposées avant l'entrée en vigueur du décret mais non encore traitées n'entraîne pas une atteinte excessive aux intérêts privés en cause³³¹ ».

Si, en principe, le Conseil d'Etat censure un acte administratif pour atteinte à la sécurité juridique en tant qu'il ne prévoit pas des dispositions transitoires pour son entrée en vigueur. Le juge administratif laisse le soin aux autorités administratives concernées de fixer la portée de ces dispositions et d'en juger de leur suffisance. Néanmoins, au fur et à mesure que le principe de sécurité juridique atteint l'âge de maturité, le Conseil d'Etat renforce son office lorsqu'il s'agit de juger de l'atteinte à ce principe.

D'une part, le Conseil d'Etat se donne le pouvoir de fixer lui-même le délai de la période transitoire, en effet, dans sa décision *Addmedica*, le Conseil d'Etat juge que : « Considérant que l'exécution de la présente décision implique seulement que la demande de la société *Addmedical* soit réexaminée par le comité économique des produits de santé [...] ; qu'il y a lieu, par suite, d'enjoindre au comité de procéder à ce réexamen et de fixer, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, par convention avec la société requérante, ou à défaut, par décision unilatérale, le nouveau prix de vente [...] qu'en l'espèce, eu égard au principe de sécurité juridique qui s'attache à ce que (les médicaments *Siklos*) puissent continuer à être commercialisées en l'attente de l'intervention d'une

³³¹ Sécurité routière et sécurité juridique, CE, 11 février 2011 Société *Allo permis*. AJDA 2011. 1167.

nouvelle décision du comité fixant le prix³³² ». Ainsi, le Conseil d'Etat ne se limite pas à demander à l'autorité administrative une éventuelle mais nécessaire période transitoire, mais fixe lui-même cette période. Comme le relève Monsieur D. Connil : « le juge administratif n'impose pas à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter des mesures transitoires comme il le fait classiquement en application de la jurisprudence KPMG. Ici, le Conseil d'Etat énonce lui-même les mesures transitoires qui s'imposent en décidant que le prix de vente du médicament, fixé temporairement par la décision du comité économique des produits de santé [...] continuera à s'appliquer jusqu'à ce qu'une nouvelle décision en détermine le prix de manière définitive³³³ ».

La solution n'est pas sans rappeler la jurisprudence Techna³³⁴ rendue en 2006. En effet, dans cette décision le juge administratif, comme l'a relevé dans sa chronique Monsieur F. Melleray, le juge considère donc que lorsqu'un règlement ne comprend plus de dispositif transitoire à cause de son intervention en tant que juge des référés, c'est à lui de prévoir un tel dispositif dans sa décision de rejet au principal³³⁵.

Toutefois, le rapprochement des deux décisions ne va pas de soi, dans sa décision Techna, le juge administratif module une annulation qui l'a lui-même prononcé, alors que dans son arrêt Addmedica, le Conseil d'Etat se substitue à l'administration et fixe lui-même la période transitoire.

D'autre part, le Conseil d'Etat ne limite pas son contrôle à la seule question de l'existence ou non de dispositions transitoires pour accompagner l'entrée en vigueur des actes réglementaires, mais l'étend à apprécier si les dispositions en cause sont suffisamment protectrice de la sécurité juridique des destinataires de ces actes. Ainsi, comme le faisait remarquer Monsieur L. Derepas dans ses conclusions sous

³³² CE 14 mai 2014 Addmedica n° 363195.

³³³ D. Connil, Office du juge de l'annulation et modulation dans le temps des effets de la suspension ordonné en référé, op. cit.

³³⁴ Cette décision est traitée plus en détail à la partie réservée à la modulation des annulations contentieuses en vertu du principe de sécurité juridique, pp. 312-314.

³³⁵ F. Melleray, L'entrée en vigueur différée d'une décision de rejet du juge de l'excès de pouvoir. JCP Adm. n° 1-2, 8 Janvier 2007, n° 2001. En effet, Monsieur Melleray considère que le Conseil d'Etat a : « considéré qu'il lui revenait de se substituer à l'Administration [...] le Conseil d'Etat décide qu'il lui appartient, éventuellement d'office, de mettre en balance les difficultés liées à l'application immédiate de l'acte antérieurement suspendu et l'intérêt général s'attachant à cette entrée en vigueur et de déterminer s'il convient que la décision de rejet ne prenne effet qu'à une date ultérieure déterminée par ses soins et dont il assurera la publicité en prescrivant la publication de sa décision de rejet au journal officiel ». Le commentaire de Monsieur Connil va dans le même sens, celui-ci considère que : « le juge administratif se fait administrateur mais à une condition qu'il énonce : que l'administration soit elle-même dans l'impossibilité de parer aux difficultés résultant de la décision juridictionnelle. Le juge se substitue à l'administration, ce qui lui est, traditionnellement, prohibé ». D. Connil, Office du juge de l'annulation ..., op. cit. p. 1960.

l'arrêt Madame Le Gac et autres³³⁶ : « L'étendue de votre contrôle sur les délais d'entrée en vigueur des textes réglementaires paraît aujourd'hui quelque peu indécise. Il semble qu'en fait [...] tout dépend des motifs qui amènent l'administration à différer l'entrée en vigueur d'un règlement. Lorsque les délais d'entrée en vigueur sont justifiés par l'opportunité administrative [...] votre contrôle est cantonné à la censure de l'erreur manifeste d'appréciation [...]. En revanche, lorsque l'entrée en vigueur différée est justifiée par la protection de la sécurité juridique des destinataires de la règle de droit, c'est un contrôle normal que vous exercez³³⁷ ».

Moins tranchante est la position de Monsieur G. Eveillard qui considère que s'il est acquis que : « le juge a rapidement étendu son contrôle [...] au contrôle de la suffisance de dispositions transitoires existantes par rapport aux exigences de la sécurité juridique [...] c'est en vain que l'on chercherait dans la formulation de la jurisprudence une description plus précise des dispositions transitoires nécessaires. La vérité est qu'il n'en existe pas, du moins de manière générale³³⁸ ».

Plus récemment, le Conseil d'Etat s'est fondé sur le principe de sécurité juridique pour imposer un délai de prescription à l'administration fiscale. En effet, il s'agissait d'un contribuable qui se voit remettre en cause, par l'administration fiscale de la Polynésie française, son crédit d'impôt dont il avait bénéficié pendant quatre années successives. Pour prendre sa décision, l'administration fiscale s'est fondée sur l'article 184-2 du code des impôts de la Polynésie française qui dispose au sujet des avantages octroyés au titre de ce crédit d'impôt que : « Ces avantages sont remis en cause, et l'impôt dont le crédit a été préalablement accordé devient immédiatement exigible, nonobstant le cas échéant l'expiration des délais de prescription, dans les circonstances suivantes : [...] – non-respect des conditions prévues par les dispositions du présent article ».

Le Conseil d'Etat a considéré qu'une telle disposition permet à l'administration fiscale de remettre en cause le crédit d'impôt sans qu'aucun délai de prescription ne lui soit

³³⁶ CE 19 mars 2007, Madame Le Gac et autres, n° 300467, Lebon 123.

³³⁷ L. Derepas, L'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif. RFDA 2007, p. 770

³³⁸ G. Eveillard, Sécurité juridique et dispositions transitoires, Huit ans d'application de la jurisprudence KPMG. AJDA 2014 p. 492. Monsieur Eveillard rajoute, en effet, que : « le délai d'entrée en vigueur [...] est le plus souvent considéré comme suffisant, ou raisonnable. La méthode de contrôle du juge apparaît ici d'un classicisme éprouvé : il recourt au standard du délai raisonnable [...] sans indiquer quelles est la durée raisonnable du report de l'entrée en vigueur, tout simplement parce qu'il n'en existe, tout dépendant de l'objet de la règle nouvelle et de l'ampleur des modifications qu'elle apporte aux situations en cours, ainsi que l'importance de l'intérêt général s'attachant à une application rapide

opposé. Et de juger, sous l'allure d'un considérant de principe, que : « Considérant, en deuxième lieu, que le pouvoir réglementaire ne saurait, sans méconnaître le principe de sécurité juridique, instituer au profit de l'administration fiscale un droit de reprise excluant l'application de tout délai de prescription ; que par ailleurs, aucun principe constitutionnel ni aucun principe général du droit ne font obstacle à l'application d'un délai de prescription lorsque le bénéfice d'un dispositif fiscal a été obtenu par fraude³³⁹ ».

Le Conseil d'Etat donne raison aux juges d'appel qui ont estimé, d'une part, que de telles dispositions méconnaissaient le principe de sécurité juridique en excluant tout délai de prescription, et d'autre part, d'appliquer un délai de prescription de quatre ans au lieu du délai de trente ans issu de l'article 2262 du code civil.

Sous-paragraphe 2 : La qualité de la norme vecteur de sécurité juridique

Le principe de sécurité juridique, comme il a été présenté et appliqué par le juge administratif, n'a pas vocation à régir exclusivement le droit transitoire. Au-delà de la nouvelle obligation mise à la charge des autorités réglementaire d'édicter des mesures transitoires, le Conseil d'Etat dessine par petites touches l'éventail du principe de sécurité juridique. Ainsi, d'une part, ledit-principe justifie, désormais, la technique de modulation des décisions de justice, et d'autre part, il gouverne, directement et indirectement, la démarche du Conseil d'Etat à la recherche de normes de qualité.

En effet, un principe de sécurité juridique ne peut être efficient en l'absence de textes juridiques clairs et normatifs. Au nom de la sécurité juridique, le Conseil d'Etat est devenu le gardien de la qualité normative. En effet, les juges du Palais-Royal, dans cette démarche qualité, interviennent sur la norme en amont et en aval. En amont, le Conseil d'Etat joue désormais un rôle de conseiller du législateur dans le cadre de

³³⁹ CE, 23 juin 2014 M. B n° 355801. La sécurité juridique impose la prescription fiscale. AJDA 2014 p. 1350. Toutefois, le Conseil d'Etat rajoute à la fin de ce considérant que : « le moyen tiré de ce que la cour aurait méconnu les principes du droit de l'Union européenne selon lesquels l'exigence de sécurité juridique doit être conciliée avec l'intérêt public consistant à mettre fin aux situations frauduleusement acquises et n'imposerait à l'administration aucune autre obligation que celle d'agir dans un délai raisonnable doit également être écarté comme nouveau en cassation ». On peut en déduire à contrario, qu'un tel moyen aurait contrebalancé le respect dû à la sécurité juridique du contribuable.

l'élaboration des textes de loi. En aval, le Conseil d'Etat n'hésite pas à censurer les normes qui méconnaissent la sécurité juridique pour manque de clarté et d'intelligibilité.

A- Le conseil d'Etat et la fabrique d'un droit de qualité

Longtemps conseiller de l'administration, le Conseil d'Etat assiste désormais le parlement, ainsi, on peut parler ainsi de loi prise après avis du Conseil d'Etat.

La fonction consultative a toujours³⁴⁰ fait du Conseil d'Etat un acteur central dans le processus de production de la norme. La majorité des textes juridiques est adoptée après avis du Conseil d'Etat ce qui limitait, en quelque sorte, les incohérences voire les contradictions des textes. La réforme issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, a fait en sorte que la fonction consultative du Conseil d'Etat connaisse un nouvel essor. En effet, l'article 39 de la constitution dispose : « Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'Etat, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ». A travers cette saisine, le Conseil d'Etat devient, en outre, un conseiller des parlementaires dans la mise en œuvre de leur prérogative de proposer des lois. L'objectif est de s'assurer de la qualité de la norme d'origine parlementaire par le recours à l'expertise du Conseil d'Etat. Celui-ci examinera la compatibilité du texte proposé avec le droit en vigueur, c'est-à-dire, qu'elle procédera à un examen de constitutionnalité et de conventionalité de la proposition.

Toutefois, le parlementaire auteur de la proposition est associé à cet examen. En effet, l'article L 123-2 du code de la justice administrative issu de la loi du 15 juin

³⁴⁰ Comme le souligne Mme. H. Hoepffner déjà : « la constitution du 22 frimaire an VIII disposait dans son article 52 que le conseil d'Etat était chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. L'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII ajoutait : (le conseil d'Etat développe le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les conseils, des questions qui leur ont été présentées). Le droit d'interpréter les lois ne revenait plus au législateur comme sous l'empire de la loi des 16-24 août 1790 mais au conseil d'Etat, au moyen d'avis de portée générale qui contribuèrent extraordinairement à la puissance du conseil d'Etat autant qu'à sa contestation. En effet, ces avis, une fois approuvés par le Premier consul et insérés au Bulletin des lois, avaient en principe force de loi et s'imposaient aux tribunaux judiciaires, qui n'hésitaient pas à les citer dans le corps même de leurs décisions ». Les avis du Conseil d'Etat, essai de synthèse. RFDA 2009, p. 895.

2009 dispose : « L'auteur de la proposition de loi peut produire devant le Conseil d'Etat toutes observations. Il est entendu à sa demande par le rapporteur. Il peut participer avec voix consultative aux séances au cours desquelles l'avis du Conseil d'Etat est délibéré ».

Le Conseil d'Etat devient ainsi le pivot de la chaîne de production des normes. Il n'est plus seulement le juge de la légalité, il est devenu le garant de la sécurité juridique. Parce qu'il s'agit bien de garantir la sécurité juridique des normes en préparation et celle des éventuels destinataires de ces normes. Ainsi, comme le précise l'article L 112-1 du code de la justice administrative : « Le Conseil d'Etat participe à la confection des lois et ordonnances. Il est saisi par le Premier ministre des projets établis par le gouvernement. Le Conseil d'Etat émet un avis sur les propositions de loi, déposées sur le bureau d'une assemblée parlementaire et non encore examinées en commission, dont il est saisi par le président de cette assemblée. Le Conseil d'Etat donne son avis sur les projets de décrets et sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires ou qui lui sont soumis par le gouvernement. Saisi d'un projet de texte, le Conseil d'Etat donne son avis et propose les modifications qu'il juge nécessaires... ».

Dans ce contexte, il serait légitime de se poser la question sur la véritable nature du rôle du Conseil d'Etat, s'agit-il d'un simple rôle consultatif ou d'une fonction politique. Dans le souci de s'assurer de la qualité de la norme dès le stade de son élaboration, le Conseil d'Etat avait proposé dans son rapport de 2006, la généralisation du procédé des études d'impact accompagnant tous les projets de lois. Trois ans après, le vœu du Conseil d'Etat est réalisé à travers la loi organique de 2009³⁴¹. Désormais, tout projet de loi doit être précédé d'une évaluation préalable. L'évaluation préalable par le biais des études d'impact ne constitue pas une exception française. Le droit comparé regorge d'exemple en la matière notamment au Royaume-Uni, les Etats-Unis ou encore l'Allemagne et l'Espagne.

³⁴¹ La loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la constitution, dans son article 8 modifié par la loi organique du 28 juin 2010, dispose : « Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent. Ces documents définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation... ».

La technique de l'étude d'impact est loin d'être une nouveauté pour les autorités normatives françaises. Déjà en 1995, à la suite du rapport Picq³⁴², une circulaire du Premier ministre datée du 21 novembre 1995 prévoyait la nécessité d'accompagner tout projet de loi et projet de décret les plus importants d'une étude d'impact. L'objectif était : « d'endiguer la prolifération des textes législatifs et réglementaires qui rend aujourd'hui le droit obscur, instable et, finalement, injuste ... (l') étude d'impact doit permettre au parlement, comme au gouvernement, de légiférer à bon escient, en les éclairant, mieux qu'ils ne le sont actuellement, sur la portée et les incidences des projets qui leur sont soumis³⁴³ ».

En 1998, une autre circulaire est venue réaffirmer et compléter celle de 1995, elle dispose que : « l'objet de l'étude d'impact est en effet d'évaluer à priori les effets administratifs, juridiques, sociaux, économiques et budgétaires des mesures envisagées et de s'assurer, de manière probante, que la totalité de leurs conséquences a été appréciée préalablement à la décision publique. Il s'agit ainsi d'obtenir une meilleure adéquation des mesures proposées aux objectifs poursuivis pour une plus grande efficacité de l'action de l'Etat³⁴⁴ ».

A la suite du constat d'échec de ces circulaires et de bien d'autres qui leur sont ultérieures, le Conseil d'Etat s'est interrogé « sur l'opportunité de recourir à un instrument juridique de rang plus élevé dans la hiérarchie des normes que la circulaire et tendant à fixer quelques obligations de procédure en particulier à subordonner le dépôt d'un projet de loi devant les Assemblées à ce qu'il soit assorti d'une évaluation préalable de l'impact de la réforme³⁴⁵ ». Ensuite, le Conseil d'Etat propose de recourir à une loi organique prise sur le fondement d'un alinéa ajouté à l'article 39 de la constitution. Une option qui a eu les faveurs des pouvoirs publics puisque, comme nous l'avons déjà vu, c'est sur la base de ce conseil que la loi organique de 2009 fut adoptée.

³⁴² Rapport Picq, L'Etat en France. Servir une nation ouverte sur le monde, mai 1994.

³⁴³ Circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et le décret en Conseil d'Etat. JORF n°279 du 1 décembre 1995. En outre, la circulaire explique que : « l'étude d'impact fera ressortir, de façon à la fois plus claire et plus concrète que cela n'est fait aujourd'hui dans les exposés des motifs et les rapports de présentation, les avantages attendu de l'adoption d'un texte. Il convient d'abord d'analyser l'état de droit et la situation de fait existants et leurs insuffisances... ».

³⁴⁴ Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat. JORF n° 31 du 6 février 1998, p. 1912.

³⁴⁵ Rapport annuel du Conseil d'Etat de 2006, op. cit. p. 313.

L'étude d'impact est l'expression d'une sécurité juridique en amont. Ainsi, son objectif est de permettre de mieux légiférer et le Conseil, de son propre aveu³⁴⁶, est particulièrement attentif à son application scrupuleuse dans tous les textes qui lui sont soumis. En effet, le Conseil d'Etat est d'abord attentif au champ d'application de l'obligation de recourir à une étude d'impact. La loi de 2009 ne prévoit pas, pour le projet de ratification d'un traité, sa soumission à une étude d'impact, pourtant, la section des finances du Conseil d'Etat exige une analyse complète des documents accompagnant le projet et de ses effets sur l'ordre juridique français et sur sa compatibilité avec d'autres engagements internationaux de la France. Le Conseil d'Etat est attentif également au contenu des études d'impact, ainsi, lors de l'examen du projet loi relatif au Grand Paris « le Conseil d'Etat a veillé à ce que le contenu de l'étude d'impact soit en adéquation avec les dispositions du projet ; elle doit rendre compte, notamment, des consultations menées préalablement et concomitamment à son élaboration..., aux ressources envisagées pour la réalisation du réseau de transport public de Grand Paris et aux textes d'application qui seront nécessaires³⁴⁷ ».

Le stade ultime du contrôle opéré par le Conseil d'Etat est atteint lorsqu'il n'examine pas le projet et invite le gouvernement à revoir sa copie. Ainsi, lors de l'examen du projet de loi relatif à la garde à vue, le Conseil d'Etat a estimé que : « l'étude d'impact accompagnant le projet ne répond pas, sur des points importants, aux exigences résultant de l'article 8 de la loi organique... et invite en conséquence le gouvernement à compléter l'étude d'impact avant le dépôt du projet devant le parlement³⁴⁸ ».

Pour le vice-président du Conseil d'Etat, le mécanisme de l'étude d'impact enregistre un bilan positif. En effet, pour lui bien que : « le dispositif soit en phase de rodage, les premiers éléments permettent de constater que l'obligation d'accompagner les

³⁴⁶ Rapport annuel du Conseil d'Etat de 2010, p. 97 et s. Dans son rapport de l'année d'après, le Conseil d'Etat insiste sur l'importance des études d'impact, il y est écrit : « A de nombreuses reprises par le passé, dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'Etat a appelé l'attention du gouvernement sur la nécessité de disposer d'étude d'impact complète et cohérente pour l'examen des projets de texte » Et de rajouter plus loin « Des efforts restent néanmoins à accomplir pour ce qui est de l'analyse des projets au regard de leur compatibilité avec le droit de l'Union européenne et les engagements internationaux de la France. De la même façon, en matière de transposition de normes de l'Union européenne, les tableaux de concordance doivent encore être sensiblement améliorés ». Rapport annuel du Conseil d'Etat de 2011, p. 96.

³⁴⁷ Rapport 2010, op. cit. p. 98.

³⁴⁸ Rapport 2011, op. cit. 97.

projets de loi d'une étude d'impact permet d'améliorer la sécurité juridique du travail d'élaboration des lois et de justifier la nécessité de légiférer. Le Conseil d'Etat s'efforce de faire en sorte que l'étude d'impact soit conforme aux termes de loi organique, en appréciant de manière pragmatique les obligations imposées au gouvernement, mais avec une finalité : que cette étude soit complète et utile pour le débat parlementaire³⁴⁹ ».

Qu'il soit associé au gouvernement ou au parlement, le rôle de collaborateur que joue le Conseil d'Etat à l'occasion de l'élaboration des normes juridiques, est un gage de sécurité juridique. D'une part, son intervention permet aux organes concernés de bénéficier de son expertise pour aboutir à des textes clairs et précis. D'autre part, une telle collaboration constitue un moyen de prévenir des éventuels contentieux en rapport à la compatibilité de la norme en cause avec l'ordre juridique.

B - le Conseil d'Etat et le contentieux de la qualité normative

Nous avons vu plus haut que, l'un des signes, qui laissaient présager d'une imminente consécration d'un principe de sécurité juridique en droit positif français, était l'alignement de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur celle du Conseil Constitutionnel en matière de clarté et d'intelligibilité de la norme. En effet, le juge administratif a repris à son compte la jurisprudence constitutionnelle pour l'appliquer aux actes réglementaires.

Dans sa décision Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et la recherche publique SGEN CFDT du 8 juillet 2005, le juge administratif est revenu sur sa position initiale consistant à rejeter le moyen tiré de la violation par un acte réglementaire de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité du droit. Depuis 2005, une telle invocation est désormais opérante. Moins d'un an après, le Conseil d'Etat consacre le principe de sécurité juridique par sa décision KPMG de 2006. Celle-ci confirme, en outre, le principe de l'invocation opérante de

³⁴⁹ J-M. Sauvé, Le rôle du Conseil d'Etat dans la mise en œuvre des études d'impact. Intervention lors de la conférence organisée par l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense sur L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique.

l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme. Monsieur Aguila dans ses conclusions sur l'arrêt KPMG a traité cette question en ces termes : « La clarté de la règle de droit est un impératif auquel vous êtes particulièrement attachés, comme le montrent les considérations générales de votre Rapport pour 2006, consacrées, précisément au thème (sécurité juridique et complexité du droit) [...] La méconnaissance de l'exigence de clarté de la règle, souvent rappelée par vos formations administratives, doit être sanctionnée par vos formations contentieuses³⁵⁰ ». Malgré la fluctuation de la terminologie du Conseil d'Etat entre principe de clarté ou objectif d'intelligibilité, il n'en demeure pas moins que c'est bien un concept du Conseil Constitutionnel que le juge administratif a adopté et qui, l'associe désormais au principe de sécurité juridique, sauf cas où il est revendiqué seul³⁵¹.

Quel que soit l'appellation adoptée, c'est bien la sécurité juridique intrinsèque des textes qui est visée. Ce moyen, comme il ressort de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, concerne la complexité de la norme due à sa rédaction ambiguë et équivoque.

D'un autre côté, les lois de simplification du droit, notamment celle du 20 décembre 2007 instaurait une obligation faite à l'administration d'abroger les règlements illégaux ou devenus sans objet³⁵². Dans le contentieux liés au refus de l'administration de donner tout leur effet à ces dispositions légales, le Conseil d'Etat considère que compte tenu des exigences de clarté et d'intelligibilité de la norme et de la sécurité juridique en général, l'administration saisi en ce sens doit abroger les textes réglementaires devenus incompatibles avec une loi ultérieure³⁵³.

³⁵⁰ Y. Aguila, op. cit.

³⁵¹ A titre d'exemple l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 janvier 2008, CCI de Bordeaux et autres, inédit : « Considérant en deuxième lieu que les dispositions attaquées, qui ouvrent la faculté pour les entreprises dont le dossier comporte une demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, d'inscription modificative ou de radiation, de déposer celui-ci au greffe du tribunal compétent, ne méconnaissent nullement l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, qu'à les supposer fondés, les arguments des requérantes ... sont en tout état de cause inopérants ».

³⁵² L'article 1^{er} de cette loi dispose : « L'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ».

³⁵³ Ainsi, dans une instruction publiée au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique du 16/04/2009, on pouvait lire : « Le décret n° 81-501 du 12 mai 1981, pris pour l'application de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 [...] précisait les modalités d'exécution des jugements condamnant les personnes morales de droit public au paiement d'une somme d'argent. Aux termes de plusieurs évolutions juridiques [...] ainsi que l'injonction de le modifier comprise dans l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 3 Septembre 2007 (M. Dechelotte), il a été jugé

Le Conseil d'Etat lors de la rédaction de son rapport de 2006 a fixé sa philosophie en la matière³⁵⁴ : « En effet, si le juge administratif ne peut annuler un acte au motif qu'il est peu précis dès lors qu'il peut en préciser la portée, ainsi qu'il l'a confirmé dans une décision d'Assemblée du 5 mars 1999, Rouquette et autres, cette règle trouve exception lorsqu'il est entaché de contradictions internes le rendant inapplicables (CE, Sect. 7 mai 1965, Blanc et Truchet), ou s'il est tellement imprécis qu'il ne permet pas de mettre en œuvre les dispositions législatives qu'il est censé appliquer (CE, 12 juin 1998, Fédération des aveugles et handicapés visuels de France) ».

Pour Madame A. Jennequin : « Bien que très souvent invoqué par les requérants devant le Conseil Constitutionnel ou le Conseil d'Etat, l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la norme n'a, de plus, pas fait l'objet d'une utilisation remarquable. En premier lieu, alors que la possibilité d'une violation directe de l'intelligibilité de la norme en dehors de toute opération de conciliation a été admise, l'utilisation exclusive et isolée de cette norme de référence est relativement limitée. L'intelligibilité de la norme apparaît en réalité bien souvent comme une norme « accompagnée », le contrôle des dispositions législatives ou réglementaires par le juge constitutionnel ou administratif s'effectuant bien souvent au regard de l'intelligibilité en même temps qu'au regard d'une autre norme. En second lieu, le recours à l'objectif d'intelligibilité de la norme témoigne à priori davantage de sa capacité à valider les dispositions en cause que de son aptitude à fonder une censure Ce bilan mitigé oblige à interroger la pertinence de l'intégration de l'intelligibilité de la norme s'accommode mal de la juridicité³⁵⁵ ». Une opinion qui n'est démenti pas si on procède à un examen attentif des arrêts du Conseil d'Etat en la matière. En effet, l'écrasante majorité des arrêts des juges du Palais-Royal, bien qu'ils examinent le moyen tiré de la violation de l'intelligibilité, concluent souvent à son rejet.

Comme nous l'avons signalé plus haut, le juge administratif a accepté d'examiner l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi pour la première fois en 2004. Néanmoins, même avant cette date, le souci du manque de clarté des normes n'était pas absent du contentieux administratif. Dans un arrêt du 3

opportun d'abroger le décret susvisé pour le réécrire sous une forme mieux structurée et en accroître ainsi sa lisibilité ».

³⁵⁴ Conseil d'Etat, Rapport annuel 2006, op. cit. p. 294.

³⁵⁵ Anne Jennequin, L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat, Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme. RFDA 2009, p. 913.

avril 1998, le Conseil d'Etat, bien qu'il ne cite pas le principe constitutionnel, adopte une véritable démarche d'examen de qualité de la norme. En effet, sur un recours en annulation introduit par l'Association des producteurs vendeurs de fruits et légumes du Finistère contre un arrêté ministériel, l'Association reproche, notamment, à cet arrêté son manque de clarté des définitions qu'il donne de certains produits. Le Conseil d'Etat a estimé que : « si les requérants invoquent l'absence de clarté de la définition donnée, dans l'arrêté, de certains produits qui y sont visés, il ressort des pièces du dossier que les produits dont il s'agit figurent sur la liste de ceux qui sont régis par l'organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes... et sont par suite, en tout état de cause, clairement définis³⁵⁶ ».

Le Conseil d'Etat procède, sans le dire, à un véritable contrôle de l'intelligibilité des dispositions attaquées. Ce n'est qu'en 2004, comme signalé précédemment, que le Conseil d'Etat s'est référé expressément à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité dans sa jurisprudence Commune de Savigny-le-temple. Depuis, le Conseil d'Etat juge opérante l'invocation du moyen tiré de la violation du principe d'intelligibilité de la norme. Dans une affaire en matière pénitentiaire, la Section Française de l'Observatoire International des Prisons (SFOIP) demandait au Conseil d'Etat, notamment, l'annulation du décret du 30 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale, pris pour l'application de la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, en ce qu'il contient des dispositions ne répondant pas à l'objectif d'intelligibilité.

Le Conseil d'Etat écarte, certes, le moyen mais après avoir examiné son bien-fondé. En effet, il considère que : « Si le requérant soutient que l'article 6 du décret attaqué est inintelligible, il résulte de la combinaison des articles 721 et 729 du code de procédure pénale que les modalités d'attribution ou de retrait de durée de réduction de peine, et d'admissibilité à la libération conditionnelle, sont moins favorables pour les condamnés en état de récidive légale que pour ceux faisant l'objet d'une première condamnation ; que les dispositions attaquées tirent les conséquences de ces principes en tenant compte, d'une part, de la durée de la peine des détenus, et

³⁵⁶ CE, Sect. 3 avril 1998, n°174074, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

d'autre part, de ce qu'ils ont été ou non condamnés en état de récidive ; qu'ainsi le moyen doit être écarté³⁵⁷ ».

Saisi par un recours contre le décret du 23 février 2012 relatif au siège et au ressort des chambres régionales des comptes pour violation du principe de clarté, le Conseil d'Etat fidèle à sa jurisprudence examine le moyen mais sans aboutir à censurer le décret. Ainsi, pour le juge administratif : « le décret attaqué détermine de façon claire et sans ambiguïté le siège, le ressort et l'intitulé de chaque chambre régionale des comptes ; que, par suite, il n'a pas méconnu l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme³⁵⁸ ... ».

Comme le juge constitutionnel, le Conseil d'Etat contrôle, à travers de ce moyen, l'aisance de la compréhension intellectuelle de la norme par les destinataires. Cependant, le Conseil d'Etat ne subordonne pas ce contrôle aux seuls cas où est invoquée la violation du principe constitutionnel. Les juges du Palais-Royal, depuis la décision KPMG, contrôlent la clarté et l'intelligibilité de la norme administrative implicitement sur le fondement du principe de sécurité juridique. Le contentieux relatif aux impôts est, extrêmement riche en la matière, les recours des contribuables portent souvent sur la complexité des dispositions fiscales. Il en est ainsi dans une affaire où il a été reproché à l'administration fiscale, du fait de la complexité des textes fiscaux et de ses instructions, une atteinte à la sécurité juridique du contribuable. Les juges du fond avaient jugé que le moyen n'était pas opérant, ce à quoi le Conseil d'Etat avait répondu : « Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que M. et Mme. A sont fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Melun a jugé qu'ils ne pouvaient se prévaloir, pour s'opposer à l'application [...] de l'interprétation des dispositions de l'article 92K du code général des impôts résultant de la décision du Conseil d'Etat du 9 mars 2005, du principe général de sécurité juridique, au motif que ce principe serait seulement invocable à l'encontre des actes pris par les autorités françaises pour mettre en œuvre le droit communautaire³⁵⁹ ».

Récemment une décision de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) était attaquée devant le Conseil d'Etat pour manque de clarté, d'une part, et atteinte à la sécurité juridique, d'autre part, des

³⁵⁷ CE, Sect. 12 décembre 2007, n° 293993, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

³⁵⁸ CE, 20 mars 2013, n°357945, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

³⁵⁹ CE, 30 mars 2011, n°315066, Inédit au recueil Lebon.²

requérants. Le Conseil d'Etat répond, certes à deux questions distinctes sur des fondements différents, mais il aurait pu les associer. En effet, la rédaction des considérants 13 et 14 donne une réponse stricte au pourvoi ; « considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article 2 de la décision attaquée [...] désignent sans ambiguïté les personnes qui contrôlent de fait ce système ; que, dès lors, contrairement à ce que soutiennent les sociétés requérantes, les termes utilisés par la décision attaquée ne saurait être regardée comme méconnaissant l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi ;

Considérant en second lieu, que les requérants soutiennent que la décision attaquée aurait été prise en méconnaissance du principe de sécurité juridique, en ce qu'elle aurait méconnu le principe de confiance légitime et n'aurait pas été accompagnée de mesures transitoires ; que, toutefois, eu égard à l'objet et à la portée de la décision attaquée, les sociétés requérantes ne sauraient soutenir que le principe de confiance légitime était de nature à faire obstacle à son intervention, non plus que cette intervention aurait dû être accompagnée de mesures transitoires³⁶⁰ ».

Dans un autre arrêt, le Conseil d'Etat utilise les deux fondements alors que la question était unique. En l'espèce, il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret du 3 mai 2012 relatif à l'obligation de constituer des garanties financières en vue de la mise en sécurité de certaines installations classées pour la protection de l'environnement. Le Conseil d'Etat répond dans le même considérant que le décret en cause : « ne méconnaît par ailleurs ni le principe de sécurité juridique ni les objectifs constitutionnels de clarté et d'intelligibilité de la norme³⁶¹ ». Autrement-dit, le Conseil d'Etat contrôle également la qualité de la norme en vertu du principe de sécurité juridique associé à l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme. Il en est ainsi dans son arrêt AMF dans lequel le Conseil d'Etat a été saisi par un requérant qui s'est vu retirer sa carte professionnelle de responsable de la conformité pour les services d'investissement d'un recours en annulation. Le requérant reproche aux dispositions du règlement général de l'AMF leur manque de clarté en tant qu'il ne définit pas de manière précise la nature des faits de nature à mettre en doute l'honorabilité de la personne concernée. La rédaction du considérant laisse entendre que le principe de sécurité juridique englobe également le sens que le Conseil d'Etat se fait de l'objectif constitutionnel de

³⁶⁰ CE, 10 juillet 2013, n° 360397. Mentionné aux tables du recueil Lebon.

³⁶¹ CE, 12 juin 2013, n°360702, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

clarté. Il juge, en effet, que les dispositions en cause : « ne méconnaissent ni l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la norme ni, en tout état de cause, le principe de sécurité juridique³⁶² ».

Dans une autre espèce, le Conseil d'Etat vise dans son considérant la sécurité juridique avant la clarté. Il a décidé que : « Considérant, en premier lieu, que pour complexe que soit la méthode de calcul des redevances retenue par le décret attaqué, dont la technicité est inhérente au régime d'autorisation d'utilisation des fréquences radioélectriques, les dispositions du décret s'adressent à des professionnels titulaires de cette autorisation et répond à l'objectif d'une gestion optimale de ressources en radiofréquences conformément aux prescriptions de la directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 ; qu'il s'ensuit que le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte au principe de sécurité juridique et à l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la norme ne peut qu'être écarté³⁶³ ».

Saisi par l'Association de la Demeure Historique d'un recours en annulation contre le décret du 30 mars 2007 relatif aux monuments historiques. Cette fois, le Conseil d'Etat a retenu uniquement la référence au principe de sécurité juridique. En effet, il considère que : « l'article 20 du décret attaqué, relatif à la demande d'autorisation prévue à l'article L. 621-9 du code du patrimoine, précise à quel service doit être adressée la demande et fixe le nombre d'exemplaires à produire, les différents documents devant être joints à la demande, ainsi que la procédure et les délais d'instruction de la demande par le préfet de région ; que ces dispositions suffisamment précises ne méconnaissent pas le principe de sécurité juridique³⁶⁴ ».

Depuis la consécration du principe de sécurité juridique par l'arrêt KPMG en 2006, le Conseil d'Etat n'a pas cessé d'affiner, avec prudence certes, les contours de ce principe. Dans un premier temps, le principe de sécurité juridique portait uniquement sur les dispositions transitoires pour la réglementation applicable aux contrats en cours (l'espèce de l'arrêt KPMG). Ensuite, c'est la généralisation de la sécurité juridique à tout changement de réglementation (). Aussi, la sécurité juridique a été étendue également aux décisions jurisprudentielles à travers le procédé de la modulation. Enfin, la sécurité juridique s'applique à la qualité de la norme.

³⁶² CE, 6 décembre 2012, AMF n°348922, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

³⁶³ CE, 3 août 2011, n°337127, Inédit au recueil Lebon.

³⁶⁴ CE, 27 avril 2011, n°309709, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

Outre ses effets sur l'application du droit dans le temps d'une part, et sur la qualité de la norme juridique, d'autre part. Le principe de sécurité juridique cache mal son principal effet, et de loin le plus révolutionnaire, à savoir, le pouvoir du juge.

Sous-paragraphe 3 : La sécurité juridique, nouvel opium des juges ?

Le professeur Pierre Brunet a bien une réponse précise à la question. Dans un article, auquel nous avons emprunté le titre, il pointe ce déséquilibre fonctionnel au sein d'un équilibre institutionnel. En effet, à travers la recherche de la sécurité juridique, le juge n'aspire-t-il pas à devenir un législateur de fait. Monsieur Brunet écrit : « Admettons que le pouvoir d'empêcher ces normes (obscurcs et peu normatives) revienne au juge, à qui reviendra celui de produire des normes claires ? On pense spontanément aux organes législatifs ordinaires. Pourtant, ce sont eux que l'on accuse aujourd'hui d'être à l'origine du « désordre ». Quand bien même les juges conserveraient cette fonction aux législateurs ordinaires, il faut pourtant souligner qu'ils auront bien du mal à se conformer a priori aux exigences du juge tant est indéterminée l'idée même de sécurité juridique telle qu'elle résulte de la jurisprudence des juridictions qui s'y réfère. Ainsi, il y a fort à parier que des deux moyens d'atteindre la sécurité juridique – le pouvoir d'empêcher et le pouvoir de créer – le premier l'emportera sur le second. Là est d'ailleurs peut être la vraie fonction que remplit la « sécurité juridique » : celle de justifier que les juges doivent participer à la production des normes³⁶⁵ ».

En effet, lorsqu'on examine de manière approfondie le contexte juridique dans lequel a été consacré le principe de sécurité juridique, on ne peut occulter le rapport du Conseil d'Etat de 2006. Or, celui-ci, censé être une réflexion sur le mal normatif, se révèle comme un désaveu sanglant à l'égard des pouvoirs publics producteurs de normes, dont aucun ne trouve grâce à ces yeux.

Ainsi, le Conseil d'Etat agit en trois temps : Premier temps ; son rapport de 1991 qui ouvre le débat sur la qualité de notre droit. Deuxième temps ; le rapport de 2006 qui constate le consensus des pouvoirs publics et des pouvoirs juridiques sur la

³⁶⁵ P. Brunet, La sécurité juridique, Nouvel opium des juges. In *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*. Paris, LGDJ 2007, p. 247.

détérioration de la qualité du droit. Troisième temps ; puisque rien n'a été entrepris pour remédier à cette dégradation, le juge prend les choses en mains et consacre le principe de sécurité juridique.

Donc, il ne s'agit pas simplement d'un principe qui gouverne uniquement le droit transitoire, comme veut le croire une partie de la doctrine. Mais, bien au contraire d'un principe qui gouverne la production, l'entrée en vigueur et l'interprétation de la norme, le tout sous le contrôle du juge. Nous ne pouvons que nous réjouir d'une telle implication du juge sur le fondement de la sécurité juridique pour trouver la norme la plus juste, la plus efficace et la plus équitable.

Cette lecture des pouvoirs qu'exerce le juge au nom de la sécurité juridique n'est pas sans rappeler la doctrine de l'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain. En effet, pour ces deux courants, le juge n'est plus la simple bouche qui dit la constitution, son rôle a évolué pour devenir créateur de norme au nom de la constitution. Ainsi, pour Madame F. Michaut : « Pour les membres de l'école de la sociological jurisprudence et pour les représentants du mouvement réaliste américain, le juge interprète de la Constitution exerce un rôle créateur, effectue un choix politique [...] le juge en interprétant la Constitution doit être capable d'actualiser la signification de celle-ci, de prévoir et de prendre en compte les conséquences des décisions qui s'offrent à lui comme possibles. Ils semblent assez d'accord sur le fait que c'est un travail d'artiste qui est requis du juge, que celui-ci doit avoir le sens des problèmes de gouvernement, être un homme d'Etat, avoir une grande ouverture d'esprit, de l'imagination, le sentiment de ses propres limites. Ils envisagent le droit comme le moyen de régler des conflits, de ramener la paix, de concilier les intérêts³⁶⁶ ».

En somme, il s'agit de révolutionner le rôle du juge américain en le libérant de la dicta du précédent. Madame F. Michaut explique que pour l'école de la sociological jurisprudence et les réalistes américains, le juge : « doit être attentif à ce qui fait la spécificité d'une situation, à ce qui la distingue des situations antérieures sur lesquelles ses prédécesseurs ont déjà statué ou sur lesquelles la constitution peut sembler avoir tranché dans telle ou telle de ses dispositions. Il ne s'agit pas qu'il

³⁶⁶ F. Michaut, Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit. RIDC 1987, Vol. 39, n° 2, p. 343.

fasse n'importe quoi, qu'il décide en dehors du cadre tracé par le système juridique, mais qu'il découvre à partir de la lecture de ce système, la solution qui conviendra le mieux pour le cas dont il est saisi, un cas qui peut apparaître comme nouveau par définition³⁶⁷ ».

Une telle réflexion, qui sonne, au demeurant, comme une remise en cause du système de common law, n'est pas sans rappeler la technique des principes généraux du Conseil d'Etat et ses subtilités. En effet, à travers ces principes, le juge administratif joue le rôle d'un co-législateur ou d'un législateur bis, mais sans l'admettre réellement. Toutefois, ce rôle ne peut que s'intensifier avec la consécration du principe de sécurité juridique. En effet, au nom de la sécurité juridique, le juge examinera l'utilité de la norme en tant que telle, sans qu'il soit question d'un cas litigieux. Le Conseil d'Etat devient une sorte de régulateur de la production normative juste, cohérente et utile, mais seulement de son point de vue. Le rapprochement avec la pensée de l'école de la sociological jurisprudence, telle que décrite par Madame Michaut est sans équivoque. En effet, elle écrit : « Les membres de l'école de la sociological jurisprudence et les représentants du mouvement réaliste américain [...] le (juge) veulent actif, soucieux de la mise en harmonie des prescriptions juridiques, des solutions juridiques avec les conditions de vie, avec les besoins du moment. Ils affirment clairement cette option mais en même temps [...] ils s'efforcent de montrer que ce qu'ils préconisent n'est pas quelque chose de radicalement nouveau mais une attitude que le juge fait sienne bien souvent sans l'admettre véritablement ».

De tout ce qui précède, on peut de manière légitime se demander si la consécration du principe de sécurité juridique était de nature à révolutionner le pouvoir du juge administratif. La réponse à cette question revient à revisiter les recours rejetés par le Conseil d'Etat pour non violation du principe de sécurité juridique. En effet, les éventuelles violations du principe de sécurité juridique subissent, tout de même, une appréciation assez rigoureuse de la part du juge administratif. Comme le souligne, à juste titre, Monsieur G. Eveillard : « le contrôle du bilan aboutit le plus souvent à constater [...] que les inconvénients de l'application immédiate ne l'emportent pas sur ses avantages. [...] Soit l'intérêt général tenant à l'application immédiate l'emporte,

³⁶⁷ Op. cit. Madame Michaut.

soit la lésion des intérêts en cause n'est pas considérée comme suffisamment importante pour justifier des dispositions transitoires³⁶⁸ ». Ainsi, à titre d'exemple, dans un arrêt du 3 août 2011, le Conseil d'Etat était saisi d'un recours contre un arrêté du ministre de l'écologie qui exclut les activités commerciales et immobilières, qui ne sont pas nécessaires à l'exploitation des aéronefs, du périmètre des activités et des services pris en compte pour déterminer le tarif des redevances aéroportuaires. Le syndicat requérant demande l'annulation de l'arrêté, notamment, pour cause d'absence de dispositions transitoires. Le Conseil d'Etat, après avoir rappelé le considérant de principe en la matière³⁶⁹, rejette le pourvoi en estimant que : « l'arrêté attaqué, qui se borne à modifier le périmètre des activités prises en compte en vue de la détermination ultérieure des tarifs des redevances aéroportuaires, n'implique pas par lui-même et directement d'augmentation du tarif des redevances aéroportuaires ; qu'il ne saurait, par suite, entraîner une atteinte excessive aux intérêts des compagnies aériennes tenues à leur paiement justifiant l'édition de dispositions transitoires destinés à en différer l'application³⁷⁰ ».

Le constat qui ressort de cet arrêt, et de bien d'autres qui lui sont identiques, est que le Conseil d'Etat ne fait pas preuve d'un grand libéralisme lorsqu'il s'agit de juger de la nécessité ou non d'une période transitoire. Un autre élément pris en compte par le juge administratif en la matière destiné, à son tour, à restreindre davantage les conditions d'octroi d'une période transitoire, il s'agit de l'élément psychologique du requérant. En effet, dans d'autres espèces, le juge administratif prend en compte le contexte psychologique des destinataires de la nouvelle norme, plus ils sont aptes et capables à prévoir un changement de législation, moins leur sécurité juridique mérite

³⁶⁸ G. Eveillard, sécurité juridique et dispositions transitoires Huit ans d'application de la jurisprudence KPMG. AJDA 2014 p. 492

³⁶⁹ « Considérant que 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 ; qu'en principe, les nouvelles normes ainsi édictées ont vocation à s'appliquer immédiatement, dans le respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs ; que toutefois, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire, agissant dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle, d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, cette réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics et privé en cause ».

³⁷⁰ CE 3 août 2011 n° 336885, Fixation du montant de redevance aéroportuaire AJDA 2011 p. 2256

protection. Ainsi, par exemple, dans son arrêt du 6 octobre 2008³⁷¹, le Conseil d'Etat était saisi d'un recours pour excès de pouvoir exercé par la compagnie des architectes des monuments historiques à l'encontre du décret du 28 septembre 2007 destiné à adapter le droit français au droit communautaire, en ce qu'il ne comporte pas de dispositions transitoires. Le Conseil d'Etat, pour rejeter le recours, estime que : « Considérant [...] que la réforme opérée par le décret était prévisible dès lors que [...] le régime antérieur de restauration des monuments historiques classés avait donné lieu à un avis motivé de la commissions européenne aux autorités françaises ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les inconvénients [...] seraient excessifs par rapport à l'objectif d'intérêt général ». Dans son considérant, le Conseil d'Etat laisse entendre que la requérante ne pouvait pas ignorer l'existence d'un avis motivé de la commission et partant prévoir une mise en conformité du droit interne au droit communautaire. Autrement-dit, avant de juger de la pertinence de prévoir, ou non, une période transitoire, le juge administratif prend en considération, non seulement les facteurs objectifs de l'imprévisibilité du changement de la norme, mais également l'état psychologique du requérant lésé par ce changement. En effet, il s'agit pour le juge de déterminer l'étendue de la capacité intellectuelle du destinataire de la norme de prévoir son changement.

Une tendance subjectiviste qui tranche avec la tradition objective du juge administratif. Ainsi, comme le relève Monsieur G. Eveillard au sujet de la prise en compte de l'élément moral : « la prévisibilité du changement est difficilement susceptible de se rattacher aux éléments du bilan établis par les jurisprudences [sur la sécurité juridique] sauf à considérer que, en soi, l'atteinte brutale et imprévue à la situation juridique d'un administré puisse être considérée comme une atteinte à l'un de ses intérêts de nature purement psychologique, sa confiance dans la pérennité de cette situation – ce qui reviendrait, in fine, à une consécration indirecte du principe de confiance légitime – ou, du moins, comme un facteur aggravant de l'atteinte à un intérêt matériel, atteinte d'autant plus grave qu'elle n'était pas prévisible³⁷² ».

³⁷¹ CE, 6 octobre 2008 n° 310146. Annulation du statut particulier du corps des architectes en chef des monuments historiques. Recueil Lebon 2008.

³⁷² G. Eveillard, Sécurité juridique et dispositions transitoires, op. cit. p. 500

Conclusion de la première partie

De tout ce qui précède, une question se pose avec acuité. Quel impact aurait la consécration d'un principe de sécurité juridique sur notre droit administratif.

La seule constance chez la doctrine française à propos de la sécurité juridique était son hostilité à une éventuelle intégration d'un tel principe dans l'ordre juridique interne. La majorité de la doctrine exprimait un rejet irrévocable du principe de sécurité juridique, la première opposante demeure, Madame S. Calmes³⁷³ qui estime qu'il faut : « partir d'un constat, il est souvent invoqué, en droit communautaire notamment, que la sécurité juridique, pourtant reconnue par cet ordre comme étant un principe du droit positif, serait vide de contenu, que son absence n'aurait modifié en rien les solutions adoptées ; il semble, paradoxalement, que la nature axiomatique d'une notion n'entraîne pas nécessairement son caractère obligatoire, cet impératif n'apparaissant pas comme un principe de droit à part entière, mais plutôt comme une directive de conduite dont la méconnaissance ne saurait, à elle seule, justifier l'imposition de sanctions ».

Longtemps attentif et sensible aux arguments de cette doctrine hostile, le Conseil d'Etat a fini par céder aux appels d'une autre partie de la doctrine favorable elle à la consécration du principe de sécurité juridique en droit français.

³⁷³ S. Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime ..., op. cit. p. 120. Mme. Calmes rajoute que : « La sécurité juridique est axiomatique, de sorte que son évocation ne revêt finalement de signification particulière que par l'usage que décident d'en faire les acteurs –notamment les juges- d'un système juridique donné [...] Plus fonctionnelle que conceptuelle, elle ne serait finalement rien d'autre que le nom donné par le juge aux manifestations de son équité et de sa discrétionnarité. Par conséquent, elle constitue une notion polysémique, une exigence plurivoque, et les auteurs s'accordent pour admettre que les tentatives de définition de la sécurité juridique se heurtent à de sérieuses difficultés ». p. 156.

En effet, depuis son arrêt KPMG de 2006, c'est chose faite. Le droit administratif français reconnaît désormais un principe de sécurité juridique. L'objet de notre étude est d'examiner si ce principe a été tellement critiqué à juste titre ou non. Nous avons vu lors de l'examen de la portée du principe de sécurité juridique en première partie que le juge administratif arrive à trouver un sens et un dessein logique du principe de sécurité juridique. Il en ressort deux piliers, d'une part, la prévisibilité et la stabilité de la norme au lieu d'un changement brutal, d'autre part, la clarté, l'intelligibilité et la qualité. Madame S. Calmes, qui subdivise ces piliers de la sécurité juridique en trois structures (prévisibilité, accessibilité, stabilité), considère que : « La sécurité juridique peut donc être définie par le biais de cette trilogie [...] La fonction du topo sécurité juridique est donc en fin de compte réduite à un reste, que l'on pourrait appeler fiabilité inter- temporelle³⁷⁴ ». De prime abord, il n'y aurait aucune incompatibilité entre le principe de sécurité juridique et l'ordre juridique français, donc, on peut légitimement se demander pourquoi tant de critiques virulentes à son égard.

A vrai dire, la méfiance de la doctrine à l'égard du principe de sécurité juridique s'explique par son hostilité à ses corolaires, notamment la confiance légitime. La doctrine reproche aux corolaires du principe de sécurité juridique d'avoir une orientation subjective alors que l'ordre juridique français est traditionnellement d'orientation objective. Nous allons étudier le changement que le droit administratif français est en train d'opérer au nom de la sécurité juridique. Notre examen traitera d'une part, de la subjectivisation du droit administratif et, d'autre part, l'évolution du contentieux administratif.

³⁷⁴ S. Calmes, op. cit. p. 163.

DEUXIEME PARTIE : Une consécration qui en cache une autre, l'adoption de la confiance légitime

On a pu écrire que : « C'est une imprudence, une témérité dangereuse d'innover sans de puissants motifs ; ce serait aussi une pusillanimité bien nuisible au progrès des lumières, de vouer à l'usage une soumission aveugle et servile, de redouter une prudente réforme, lorsque les inconvénients en démontrent la nécessité »³⁷⁵. La consécration de la sécurité juridique s'inscrit bien dans ce postulat.

Qu'il soit une imprudente innovation ou une insoumission à l'usage, le principe de sécurité juridique est en passe, sinon de révolutionner notre droit administratif, au moins d'ouvrir la voie à sa remise en question. Hier encore, ce droit, objet de convoitises et d'émerveillements, devenu obsolète et difficilement défendable. Le droit administratif français jouait le rôle de l'éclaireur pour les droits administratifs étrangers, pour ne pas dire la source et l'exemple à suivre.

Hélas, ce droit administratif n'a pas pu, ou voulu, s'adapter de son plein gré à l'évolution de son environnement. En effet, notre droit administratif demeure gouverné par une logique d'autorisation, alors qu'il n'y a de place que pour la contractualisation. Une logique de centralisation, alors qu'il n'est qu'une composante de la mondialisation. Un droit de soumission à la légalité, alors que partout, on vénère l'émancipation des effets pervers de cette légalité.

Dans la première partie de notre recherche, nous avons essayé de démontrer comment le juge administratif français est arrivé à faire appel au principe de sécurité juridique pour renouveler et actualiser son œuvre devenue, en partie, obsolète. Dans le cadre de cette partie, nous allons essayer d'étudier la portée et les conséquences futures de l'application de la sécurité juridique.

³⁷⁵ A- M. Dupin, Manuel des avocats et des étudiants en Droit, De la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui la font et de ceux qui la citent. Bruxelles 1823. p. 320.

TITRE I : Le principe de sécurité juridique, une naturalisation de la confiance légitime

La consécration d'un principe de sécurité juridique en droit administratif français est tellement récente, qu'une étude de ce principe, ne peut prétendre pouvoir, d'ores et déjà, fixer ses contours et sa portée. Néanmoins, à partir de notre analyse des quelques jurisprudences rendues en la matière, nous avons pu dresser un tableau concernant la portée du principe de sécurité juridique.

Dans ce deuxième volet de notre étude, nous allons démontrer, à travers une approche comparative, que ce que le droit administratif français appelle le principe de sécurité juridique n'est, en fait, que l'équivalent du principe de protection de la confiance légitime du droit communautaire. Pourtant, le juge administratif lui-même s'obstine à refuser toute référence, en droit interne, à ce principe communautaire. Est-ce que la guerre des juges est en phase de tourner à une guérilla, non déplaise, aux promoteurs d'un dialogue des juges.

En effet, le Conseil d'Etat, influencé en cela par une grande partie de la doctrine, considère que le droit administratif français traditionnellement objectif est incompatible avec le principe de confiance légitime issu d'un système juridique subjectif. Nous allons montrer que le principe de confiance légitime n'est que partiellement subjectif, et que sa portée n'est pas plus subjective que celle du principe de sécurité juridique français.

Ce qui nous renvoie, par la suite, à étudier cette prétendue tradition objective. Parce que la soutenir et la défendre prouverait, de deux choses l'une ; ou bien notre droit administratif est plus protecteur que ceux du reste du monde, ou bien, notre conception de la protection du citoyen est inférieure à celle adoptée par le reste du monde occidental.

CHAPITRE I : Le principe de sécurité juridique ; stade ultime d'intégration de la confiance légitime en droit administratif français

Il s'agit d'un moyen entre les mains du juge pour corriger les effets pervers de la règle de droit de manière casuistique, c'est une forme d'équité au service d'une parfaite justice. Pour F. Hubeau³⁷⁶, la confiance légitime est l'instrument qui traduit le malaise du juge : « devant une modification de l'état du droit qui serait en soi légal, mais qui est à ce point brutale qu'il ne peut la tolérer au nom de l'idée qu'il se fait de la correction qui doit régir les rapports entre l'administration et les administrés ». A partir de cette définition, on peut déjà relever une certaine équivalence entre le principe de sécurité juridique français et le principe de protection de la confiance légitime en droit communautaire.

Toute la difficulté à insérer un tel principe dans le droit positif français tient au poids que représente l'administration dans les rapports juridiques en France. Le principe de confiance légitime découle d'une conception libérale de l'organisation étatique. En effet, dans un Etat jacobin, comme la France, dont l'administration est omniprésente à tous les échelons de l'activité publique, semi-publique et privée, ne peut que créer un désordre et une paralysie. Les conséquences du remède seront encore plus néfastes que le mal initial. Il serait plus aisé pour le juge de faire place à son équité lorsqu'il est confronté à une administration qui agit en dehors de son périmètre souverain. Cela renvoie à la question des manières d'administrer. Lorsque l'administration agit en tant que puissance publique expression de la souveraineté étatique, il va de soi que le principe de la protection de la confiance légitime des administrés n'aurait aucun intérêt, puisque l'appliquer reviendrait à discuter judiciairement à l'Etat sa légitimité. En revanche, lorsque l'administration agit comme

³⁷⁶ F. Hubeau, Le principe de protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la CJCE. Cah. droit européen 1983, p. 143.

un partenaire par exemple, elle se doit de respecter la confiance que placent en lui ces partenaires. D'autre diront, que cette analyse souffre de son manque de cohérence puisque en droit fiscal le principe de confiance légitime s'applique alors qu'il s'agit bel et bien d'un domaine de souveraineté. Il est vrai que l'impôt est l'expression de l'exercice de souveraineté. L'administration fiscale constitue même un moyen de gouvernement. Néanmoins, lorsque le juge applique le principe en droit fiscal, il le fait lorsque l'administration a commis une erreur, lorsque le changement de la législation a suivi le circuit normal, il n'y a aucune raison de le contester, en revanche, lorsque le changement intervient brutalement pour corriger une faute commise par l'administration, il y a bien lieu à protéger les assujettis de bonne foi qui n'ont pas induit l'administration fiscale en erreur.

Avant de conclure à l'équivalence des protections des principes de sécurité juridique français et du principe de confiance légitime communautaire (section 2), nous allons étudier le régime juridique du principe de la confiance légitime (section 1).

SECTION I : Le principe de la protection de la confiance légitime

Outre ses origines germaniques, le principe de protection de la confiance légitime appartient à la catégorie des principes fondamentaux du droit communautaire.

Classiquement, le droit français ne reconnaît pas l'existence, dans l'ordre juridique interne, d'un principe de protection de la confiance légitime. La doctrine considère généralement qu'un tel principe, par son caractère extrêmement subjectif, ne peut s'accommoder avec le droit français qui est un droit traditionnellement objectif.

La consécration du principe de confiance légitime par la CJUE était plus une réponse aux réclamations récurrentes des justiciables sur ce fondement que l'aboutissement d'une construction juridique à partir des conclusions des avocats généraux. En effet, si le principe de confiance légitime a été souvent réclamé par les parties, seuls les avocats généraux, dont le droit national le reconnaît, le mettaient en avant.

Nous allons examiner dans un premier temps le régime juridique de la confiance légitime, pour étudier ensuite, son application en droit comparé.

Paragraphe 1 : Le régime juridique du principe de la protection de la confiance légitime

Le recours au principe de protection de la confiance légitime n'est point automatique. Il ne suffit pas qu'une aspiration ou une attente soit contrariée, encore faut-il qu'il y ait une confiance à protéger. En effet, pour que le juge accepte une demande fondée sur le bénéfice de la protection de la confiance légitime, il faudrait la réunion d'un certain nombre de conditions. Toutefois, combien même ces conditions sont réunies, le juge peut donner raison à la personne publique source de la base de confiance.

Sous-paragraphe 1 : Les conditions d'une confiance légitime méritant protection

Il s'agit d'un ensemble de critères que le juge prend en compte avant de décider que les espérances de l'administré donnent lieu ou pas à l'application du principe de la protection de la confiance légitime.

A- Le préalable comme référence ; les comportements des organes source de confiance

Il s'agit de la source de confiance de l'administré. Cela consiste pour l'administré de croire dans la permanence d'une action ou omission de la part d'une personne censée agir conformément au droit. Ainsi, l'administré, par cette référence au comportement de l'administration à l'égard de situations similaires à la sienne, adopte un comportement conforme au dit-comportement. Le départ du mécanisme repose tout entier sur l'existence de cette source de confiance qui a influencé le comportement de l'administré. Cela renvoie à l'examen de deux questions ; d'une part, quelles-sont les personnes dont les comportements sont jugés source de confiance, d'autre part, quelles formes peuvent revêtir ces comportements.

Il s'agit de toutes les institutions habilitées à réglementer et produire des normes. Cela inclut, par exemple, les personnes représentant ou agissant au nom de l'autorité publique. Il en est ainsi du pouvoir législatif dans l'exercice de sa mission de légiférer sur des situations conclues par le passé. Autrement dit, lorsqu'il procède par

des lois rétroactives³⁷⁷. En effet, pour la Cour Constitutionnelle fédérale Allemande, il est impératif que le citoyen puisse avoir la certitude que son action est conforme au droit en vigueur et qu'elle ne sera pas remise en cause, à posteriori, par un droit ultérieur dont il n'a pas connaissance. Le citoyen, dont la confiance légitime fondée sur une législation en vigueur, ne peut se voir remettre en cause cette confiance par une loi antérieure.

Néanmoins, la personne publique la plus concernée par le principe de la confiance légitime demeure l'administration. Dans ses rapports avec les citoyens, l'administration doit être claire, précise et sans équivoque. Tout rapport administratif est valablement acquis, ou par autorisation ou par simple déclaration, ne peut faire l'objet d'un retrait sans violer le principe de protection de la confiance légitime, d'une part, du destinataire personnel de la décision, et d'autre part, celle de tous ceux se trouvant dans la même situation que le destinataire initial et qui auraient fondé leurs comportements sur celui de ce destinataire.

A la différence du législateur, où seuls les textes de lois sont une base de confiance, l'administration peut produire l'effet de confiance chez le citoyen par différents procédés. La base de confiance peut résulter d'une action claire et non équivoque de la part des services administratifs (information, renseignements) que d'une omission ou d'une tolérance administrative (exercice d'une activité sans autorisation). Également, la base de confiance peut être un acte administratif formulé d'une manière expresse (autorisations, nominations) ou un comportement tacite (promesses). La base de confiance peut résulter des actes et des comportements de toutes les personnes morales de droit public, locales ou nationales, générales ou spéciales, sectorielles ou territoriales.

Le citoyen peut, également, fonder ses espérances et sa confiance sur les décisions de justice. En principe, l'accomplissement d'un comportement ou d'une activité par un citoyen, exige de celui-ci qu'il agisse conformément au droit en vigueur. Or, le droit, comme texte de loi ou règlement, ne se suffit jamais à lui-même, il a constamment besoin de complément et de précision, d'où le rôle de la jurisprudence.

³⁷⁷ La cour fédérale distingue la vrai-rétroactivité de la fausse-rétroactivité. La première concerne les lois nouvelles qui reviennent sur les acquis et les situations entièrement consommée avant son entrée en vigueur. En revanche, les lois faussement rétroactive sont celles qui, bien que produites à posteriori, interviennent sur des situations conclues par le passé certes, mais dont l'exécution est prolongée dans le temps. Seule les premières sont interdites et censurées sur la base de la confiance légitime.

Ainsi, la jurisprudence devient une base de confiance lorsqu'elle prend le relais normatif. Il en ressort que le citoyen peut baser sa confiance légitime, pour accomplir une action, sur les considérations des juges à l'égard de celle-ci.

B- La situation de confiance dans le maintien du comportement préalable

C'est ce que Madame S. Calmes appelle, la confiance en la base. À la différence du précédent élément porté sur l'examen de l'organe dont l'acte est source de confiance. La question de la confiance en la base traite, quant à elle, de la question de l'applicabilité du principe de protection de la confiance légitime à partir de la situation de la personne qui en réclame le bénéfice.

En toute logique, le principe de confiance légitime s'applique suite à des agissements d'une personne publique à l'égard de son interlocuteur qui estime sa confiance lésée. Dans cette optique, il s'agit principalement, mais non exclusivement, de personnes de droit commun, qu'il s'agisse de personne physique ou de personne morale. Néanmoins, les personnes publiques aussi peuvent éventuellement recourir au principe de confiance légitime lorsque leurs attentes suscitées par une personne publique de rang supérieur ont été déçues. Il en est, par exemple, d'une commune à qui l'Etat refuse d'accorder un soutien promis ou un Etat européen qui a basé sa confiance sur le comportement des institutions communautaires.

Pour ce qui est des personnes morales de droit commun mais investies d'une mission de service public la question de leur statut pose problème. S'agit-il de personne source de confiance comme les personnes publiques, ou au contraire de simple destinataire de la base de confiance comme tout particulier. Pour Madame S. Calmes, il s'agit bel et bien de personnes source de confiance, elle écrit : « il s'agit cependant de déterminer si des personnes morales de droit privé investies de prérogatives de puissance publique – concessionnaires de missions de droit public ou collaborateurs de l'administration – peuvent être à l'origine de telles bases de confiance. La jurisprudence n'a pas envisagé un tel cas à notre connaissance, mais il nous semble à priori que ces personnes privées font dès lors partie de

l'administration au sens matériel du terme, et peuvent éventuellement, à ce titre, poser des bases de confiance³⁷⁸ ».

Nous ne pouvons souscrire complètement à l'analyse de Madame S. Calmes et cela pour deux raisons ; d'une part, les personnes privées investies d'une mission de service public non seulement ne se substituent pas à la personne publique, mais elles agissent sous son contrôle, et donc, elle seule qui demeure source de base de confiance, d'autre part, les rapports litigieux entre le délégataire et les administrés se règlent sur la base de la responsabilité contractuelle quand il s'agit d'usagers, ou encore sur la base de la responsabilité extracontractuelle pour les tiers (exemple : le droit de propriété). Toutefois, un doute subsiste toutefois en ce qui concerne les montages complexes où la ou les entreprises contractantes disposent d'une large autonomie qui dépasse celle du cadre classique de la délégation de service public.

Le principe de la protection de la confiance légitime est destiné, principalement, à la protection des personnes physiques ou morales, ainsi, tout particulier peut en réclamer le bénéfice à chaque fois qu'il s'avère que l'institution source de la base de confiance aurait manqué aux espérances qu'elle a créée dans son chef à travers cette base. Au même titre que les particuliers, le principe de confiance légitime bénéficie également aux fonctionnaires dans leurs rapports avec leur hiérarchie.

Il ressort de tous ses éléments que la protection de la confiance légitime nécessite un rapport direct, autrement-dit, seul un acte ou comportement personnalisé ou individualisé peut servir comme preuve de la violation de la confiance légitime. Cela renvoie à la question de savoir si des tierces personnes qui, en l'absence d'un tel lien personnel, peuvent recourir au principe de la confiance légitime. Avant de répondre, il faut d'abord fixer les contours de la notion de tiers à la base de confiance. Il faut distinguer les tiers relatifs des tiers définitifs. Les premiers sont les personnes qui, bien qu'étrangères au contentieux opposant un administré à une administration pour atteinte à la confiance légitime, n'en demeurent pas moins dans une situation équivalente à celle du dit administré. Partant, elles ont le droit à une protection équivalente. En revanche, les tiers qui, non seulement, n'ont aucun lien avec la base de confiance, mais en plus espèrent que le moyen tiré de la confiance en la base soit rejeté (on pense aux concurrents d'une entreprise en contentieux avec

³⁷⁸ S. Calmes, op. cit. p. 304.

l'administration). Dans ce cas de figure, cette catégorie de tiers n'a pas vocation à se prévaloir de la protection d'une éventuelle confiance légitime puisqu'ils n'ont fait que spéculer sur l'éventuel échec de l'action de la personne partie au litige. Parce que, par définition, on ne peut protéger un droit et son contraire. Cela nous pousse à exprimer quelques réserves sur le raisonnement de Madame S. Calmes qui semble admettre que : « Le principe de protection de la confiance légitime ne doit, dès lors, pas échouer par avance sur ce problème des personnes directement concernées ou non par l'engagement. Si le principe général de protection de la confiance légitime doit être admis, sa logique exige donc qu'il soit actionné sans restriction³⁷⁹ ».

C - La légitimité de la confiance

Pour bénéficier d'une protection, il ne suffit pas seulement d'avoir eu confiance, il faudrait en outre que cette confiance soit légitime. Il faut qu'à l'examen du dossier, il s'avère au juge le caractère logique et fondé de la confiance en la base. En effet, il faut qu'il ressorte des éléments du dossier, que l'administré ne s'attendait pas, en toute logique, à un éventuel changement de comportement. Cela renvoie à l'idée d'imprévisibilité. Ainsi, pour Madame A-L. Valembois : « Appliquée à la théorie de la protection de la confiance légitime, l'imprévisibilité implique que la rupture du pré-comportement de la personne publique soit survenue de manière brutale, ce qui se produit principalement dans deux hypothèses : en l'absence de dispositif transitoire et en l'absence d'informations suffisantes³⁸⁰ ». Cela reviendrait à ce que le juge vérifie si l'administré était capable ou non d'anticiper le changement comportement de la personne publique.

Pour juger de la légitimité de la confiance, le juge répond à un certain nombre d'éléments qui ont trait à des considérations à la fois objectives et subjectives du comportement des deux parties au litige. D'une part, le juge examine la bonne foi du requérant ; en effet, il faut que le juge arrive à la conclusion que l'administré n'était en mesure d'apprendre et par conséquent d'anticiper le changement effectué. Cela suppose que le juge dispose d'un modèle ou un standard de référence. On pense, par exemple, à la référence d'un opérateur avisé ou encore à la personne agissant

³⁷⁹ S. Calmes. Op. cit. p. 359.

³⁸⁰ A-L. Valembois, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, op. cit. p 243.

en bon père de famille. Toutefois, le juge ne met pas sur un même niveau les capacités d'un administré profane et ceux d'un organisme initié à anticiper le changement. Une telle appréciation s'effectue *in concreto*, de sorte que c'est l'ensemble des éléments de l'espèce qui donnera une idée au juge sur l'existence ou non chez le requérant de capacités lui permettant d'anticiper le changement. Comme le souligne Madame S. Calmes : « ce qui est raisonnablement prévisible par un simple bon père de famille [...] ou par un particulier prudent et avisé [...] ne peut susciter la violation de sa confiance, puisque cette confiance, si elle a été investie de manière déraisonnable et imprudente – même si elle est réelle – ne peut être légitime ; à l'inverse, lorsque les intéressés bons pères de famille ne pouvaient pas raisonnablement deviner que de nouvelles mesures viendraient soudain contredire les précédentes, leur confiance est fondée, donc, légitime³⁸¹ ». En revanche, l'administré fautif ou de mauvaise foi ne peut justifier la légitimité de sa confiance et par conséquent, ne peut faire appel au principe de protection de la confiance légitime. On ne peut s'empêcher de faire le parallèle avec le régime juridique du retrait des actes administratifs ; en effet, pour le juge administratif français, les actes obtenus par fraude ne créent pas de droits acquis et par conséquent il est possible de les retirer à tout moment.

D'autre part, le juge vérifie que la confiance était l'élément déterminant dans le choix du comportement adopté par l'administré. Cela élimine les situations où il est prouvé que l'administré allait de toute manière adopter un comportement identique même en l'absence d'une base de confiance. Il s'agit d'une sorte de lien de cause à effet entre la confiance en la base et les agissements en fonction de cette confiance. Pour Madame S. Calmes : « Ce lien de causalité est un élément subjectif qui fait défaut lorsque l'intéressé a pris des dispositions concrètes en étant de mauvaise foi ou sans connaître le pré-comportement public qui, d'un point de vue objectif, est censé être à l'origine de son activité. Est décisive la supposition subjective en vertu de laquelle le particulier se serait comporté différemment s'il n'avait pas eu confiance en la base [...] L'existence de la causalité entre la confiance et les dispositions prises par la personne confiante est donc, le plus souvent, tributaire de présomptions. Celles-ci impliquent une grande marge d'appréciation de la part du juge qui cherche ainsi à déterminer, en sondant la psychologie du requérant, si les espérances de ce dernier

³⁸¹ S. Calmes, op. cit. p. 382.

étaient fondées ou non, c'est-à-dire la confiance invoquée peut être, dans le cas d'espèce, qualifiée de légitime ou pas³⁸² ».

Nous pouvons en conclure que la confiance pour qu'elle soit légitime, il faut, en outre, qu'elle soit déterminante. Par ailleurs, le comportement de l'institution publique peut servir comme circonstance aggravante lorsqu'il s'avère que l'administré a été induit en erreur. En effet, si la base de confiance est caractérisée par sa portée erronée ou son inexactitude (fausses informations) le juge n'aura aucun mal à considérer qu'il est en présence d'une confiance légitime et qu'il faut la protéger.

Après cet examen des conditions de mise en œuvre du principe de confiance légitime, nous allons traiter, maintenant, des solutions qu'adopte le juge pour protéger cette confiance.

Sous-paragraphe 2 : Le règlement juridictionnel de la protection de la confiance légitime

Lorsque tous les éléments constitutifs de la confiance légitime sont réunis, le juge décide, en principe, des modalités à adopter pour protéger cette confiance légitime. Néanmoins, il arrive que, nonobstant son caractère fondé et légitime, le juge n'octroie aucune protection, notamment, lorsqu'il existe une urgence ou un intérêt public impérieux.

A – Les modes de protections de la confiance légitime

Les modes de règlement des litiges relatifs à la protection d'une confiance légitime varient en fonction des espèces. Il s'agit d'une matière contentieuse où l'office du juge tourne à plein régime. Il y a lieu de parler d'un véritable arbitrage entre la personne publique qui bénéficie d'un privilège du préalable et l'administré qui estime sa confiance légitime bafouée. Néanmoins, le juge procède par pragmatisme, ce qui explique la variété des solutions adoptées.

D'une part, il y a le maintien de la base de confiance, il en résulte que le juge peut donner raison et une totale satisfaction à l'administré en répondant positivement à sa

³⁸² S. Calmes, op. cit. p. 403.

demande ; en effet, le requérant obtient du juge le droit d'obliger l'administration à honorer l'engagement qui a servi de base de confiance. Cela reviendrait, le plus souvent, à ne pas appliquer le changement imprévisible au cas d'espèce par exemple. Madame S. Calmes qualifie, à juste titre, ce mode de protection de solution maximaliste qui consiste : « dans le maintien en faveur du sujet légitimement confiant de la situation antérieure issue du pré-comportement, donc dans une protection de stabilité concrète ; la personne publique doit se comporter conformément aux attentes fondées du citoyen, c'est-à-dire que le changement de ligne de conduite contesté est inapplicable à ce dernier³⁸³ ». Une telle solution n'est que la traduction du bon sens et de l'équité, nonobstant les règles exorbitantes de l'action publique. En effet, le juge raisonne, dans ce cas de figure, comme s'il est en présence d'une norme illégale. Néanmoins, une telle solution, si elle a le mérite de la simplicité, risque, au cas où elle est généralisée, d'être source de perturbation de l'action administrative.

Pour cela, le juge peut adopter d'autres alternatives comme mode de réparation. Ainsi, par exemple, il peut orienter sa solution, non pas vers le maintien de la base de confiance, mais au contraire vers le rejet de ce maintien tout en le compensant par une réparation du préjudice subi. Une solution que le juge peut adopter à partir du moment que le dit-préjudice est quantifiable financièrement. On a pu écrire au sujet de cette alternative qu'elle : « permet simultanément d'assurer la protection de la confiance et de faire en sorte que les intérêts publics percent pleinement ; elle ne limite pas la marge d'action des pouvoirs publics³⁸⁴ ». L'indemnisation financière peut être fondée soit sur la faute de l'administration qui aurait induit en erreur l'administré, il s'agit ici du même raisonnement que celui appliqué en matière du dol en droit des obligations. Ou bien, en l'absence d'une faute de l'administration, sur la rupture d'égalité devant les charges publiques.

³⁸³ S. Calmes, op. cit. p. 439.

³⁸⁴ S. Calmes, op. cit. p. 459. Néanmoins, il semble que cette situation n'a pas les faveurs de l'auteur. En effet, Mme. Calmes explique d'une part que : « même si l'indemnisation pouvait théoriquement procurer une compensation satisfaisante pour le citoyen, cette dernière est rarement la forme idéale de la protection de la confiance légitime » (p. 460). D'autre part, elle explique que vu son caractère indépendant, le principe de confiance légitime ne peut se voir intégrer dans le régime de la responsabilité des personnes publiques (pp. 466-467). En fin, Mme. Calmes considère que le recours à l'indemnisation ne doit être envisagé que si elle constitue la seule issue envisageable (p. 474).

Enfin, le juge peut limiter sa solution à la réparation du caractère imprévisible et brutal du changement du comportement de l'administration. Ainsi, la solution au litige sera destinée à limiter la brutalité du changement par l'instauration d'un régime transitoire. Cette solution limite les cas d'application et d'entrée en vigueur immédiate des changements. Ainsi, pour Monsieur G. Eveillard : « la confiance légitime affecte également la solution de principe en matière d'effet immédiat ; en effet, ce dernier est remis en cause par les exigences de la confiance légitime qui, en proscrivant les changements brutaux de normes sans pour autant faire obstacle à la mutabilité du droit, implique l'obligation d'accompagner la loi nouvelle de dispositions transitoires d'effet différé, ou du moins de mesures permettant l'indemnisation des destinataires de la loi, à chaque fois du moins que la loi ancienne a pu faire naître des espérances fondées. Ainsi, à peine d'engager sa responsabilité, l'autorité normative devra accompagner la modification de l'acte de mesures de nature à atténuer la brutalité du changement de règles applicables³⁸⁵ ». Pour sa part, Madame S. Calmes insiste sur le caractère adapté et peu coûteux des dispositions transitoires comme mode de protection de la confiance légitime³⁸⁶.

B – La priorité des intérêts publics

Combien même sont réunies toutes les conditions d'application du principe de protection de la confiance légitime, le juge peut être amené à donner raison à la personne publique accusée de violation de cette confiance. Malgré l'évidence de l'atteinte au principe de protection de la confiance légitime, le juge, pour des raisons tenant à l'intérêt général, valide une telle atteinte. Cela laisse entendre que le juge procède à une mise en balance des intérêts publics et privés en présence. Il s'agit d'un véritable contrôle de proportionnalité entre les impératifs de l'intérêt général poursuivis par la personne publique et la protection des intérêts particuliers des administrés. Il s'agit le plus souvent, pour le juge, de vérifier le bien-fondé des raisons qui ont poussé l'administration à agir de manière imprévisible.

³⁸⁵ G. Eveillard, Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit. p. 698.

³⁸⁶ S. Calmes, op. cit. p. 457.

Sur ce point, l'administration justifie le changement brutal du sens de son action par l'urgence. Et le juge examine la sincérité de la démarche administrative, d'une part, il vérifie s'il y a réellement urgence, et d'autre part, si la situation en question n'est pas devenue urgente du propre fait de l'administration elle-même. Le cas échéant, le juge procède à une balance des intérêts entre la sauvegarde de la confiance légitime revendiquée et le motif d'urgence avancé. Ainsi, par exemple, les changements de législation liés à une menace environnementale ou un danger de santé publique ne peuvent être écartés au profit de la protection d'une quelconque confiance aussi légitime soit-elle. En revanche, et comme nous l'avons déjà examiné, un intérêt financier de la personne publique (par exemple l'état des finances publiques) n'est pas considéré par le juge comme un intérêt public impérieux.

Par cet examen, le juge vérifie la proportionnalité de la mesure violant la confiance légitime à l'objectif d'intérêt général poursuivi. S'il s'avère que la protection de la dite-confiance n'est pas incompatible avec un tel intérêt, il sera jugé que la confiance de l'administré mériterait une protection.

A la lecture attentive de ces lignes, le lecteur ne peut s'empêcher de faire le rapprochement entre le principe de confiance légitime et certaines jurisprudences récentes du Conseil d'Etat rendues sur le fondement du principe de sécurité juridique. C'est de manière délibérée que nous avons omis de le signaler expressément à ce niveau de notre étude.

Après ce bref rappel du régime juridique de l'application du principe de protection de la confiance légitime, nous allons aborder la question de son application concrète par le juge.

Paragraphe 2 : Le principe de la confiance légitime en droit comparé

D'origine Allemande, le principe de confiance légitime tend de plus en plus à devenir un principe universel. Il est adopté par la quasi-totalité des états occidentaux ainsi que par les juges communautaires et européens.

Sous-paragraphe 1 : Le principe de confiance légitime dans le droit administratif des Etats européens

Pour les besoins de ce paragraphe, nous allons étudier le principe de confiance légitime en Europe à partir de la division que fait Monsieur M. Fromont³⁸⁷ des droits administratifs des Etats européens ; en effet, pour lui, les droits administratifs européens s'articulent autour de trois groupes (le groupe français, le groupe allemand et le groupe anglais).

A – Le principe de la confiance légitime dans le groupe Allemand (Allemand, Suisse, Pologne)

a- Le droit allemand

En Allemagne, le principe de protection de la confiance légitime bénéficie du statut d'un principe constitutionnel. Généralement, la doctrine s'accorde à rattacher le principe de confiance légitime à celui de la sécurité juridique qui est lui-même rattaché au principe de l'Etat de droit prévue par la loi fondamentale. Une autorité constitutionnelle qu'ils partagent, notamment, avec le principe de légalité de l'action administrative. Comme le souligne Monsieur J. Schwarze : « Si le rang constitutionnel qu'occupent les deux principes (confiance légitime et sécurité

³⁸⁷ M. Fromont, Droit administratif des Etats européens. Ed. Thémis droit PUF 2006. M. Fromont rajoute un quatrième groupe qui regroupe les pays influencés au départ par la conception française, mais qu'ils ont abandonnés par la suite pour la conception allemande, il s'agit notamment de l'Espagne et du Portugal.

juridique) leur confère autorité, même à l'égard des actes du législateur, leur place au même niveau que le principe de légalité implique, dans l'hypothèse d'un conflit, une mise en balance des intérêts en cause, en tenant compte de toutes les circonstances propres à chaque cas d'espèce³⁸⁸ ». Le rang constitutionnel qu'occupe la confiance légitime en Allemagne, fait de ce principe non seulement une variable d'ajustement entre les mains des juges mais tend également à inspirer les règles d'origine légale et réglementaire.

S'agissant d'un principe de rang constitutionnel, le principe de confiance légitime s'impose tout d'abord au législateur allemand ; en effet, la Cour constitutionnelle fédérale exige des lois, notamment, celles dont la portée rétroactive dans le temps porterait atteinte à la confiance légitime des citoyens. Il en résulte que le législateur ne doit pas mettre à mal la confiance du citoyen dans l'état du droit en vigueur au moment où il a agi. Pour ce qui est des lois faussement rétroactives, c'est-à-dire, celles qui s'appliquent à des situations en cours, la Cour Constitutionnelle allemande rompt avec l'automaticité de la protection de la confiance légitime ; en effet, comme le souligne M. P. Mouzouraki : « elle se limite ainsi à un contrôle minimum et ne censure le législateur que dans le cas où l'atteinte portée à la confiance du particulier dans le maintien de la disposition antérieure est trop grave par rapport au but visé par sa modification [...] d'une part, on peut trouver un certain nombre de décisions dans lesquelles la Cour Constitutionnelle censure la modification législative effectuée, admettant que le législateur aurait dû prévoir des mesures de transition, d'autre part, même dans le cas où la cour estime que l'intérêt général qui s'attache à la modification de l'état du droit l'emporte sur l'intérêt du particulier d'exiger le maintien en vigueur du régime antérieur, il n'est exclu qu'elle s'efforce, autant qu'elle peut, de concilier les intérêts en présence³⁸⁹ ».

En ce qui concerne les régimes juridiques allemand de l'abrogation et du retrait des actes administratifs, la loi allemande autorise en principe l'abrogation des actes administratifs créateurs d'obligations, néanmoins, elle prévoit des exceptions qui semblent inspirées directement par le principe de confiance légitime. Ainsi, l'abrogation est interdite lorsqu'il s'avère que l'autorité administrative a donné, à des

³⁸⁸ J. Schwarze, Droit administratif européen, 2^e éd. Bruylant 2009. p. 934.

³⁸⁹ P. Mouzouraki, Le principe de confiance légitime en droit Allemand, Français et Anglais : Un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens ? Bruylant 2011, p. 60.

tiers, des assurances dans le maintien de l'acte. En ce qui concerne, par ailleurs, l'abrogation des actes administratifs qui engendrent des droits, elle n'est possible que dans certains cas limitativement prévus par l'article 49 § 2 de la VwVfG. A leur égard, le principe de confiance légitime ne s'applique pas puisqu'ils sont, en principe, irrévocables et si l'abrogation intervient, elle le sera en fonction des dispositions légales. En revanche, pour le retrait des actes constitutifs de droits, le principe de confiance légitime trouve une pleine application ; en effet, comme le souligne, sur ce point, Monsieur Schwarze : « la conception traditionnelle en jurisprudence et en doctrine considérait le principe de libre abrogeabilité comme s'appliquant [...] l'idée selon laquelle la confiance du destinataire dans le maintien de l'efficacité juridique de l'acte administratif constitutif de droits était digne de protection, a été prise en considération de manière croissante³⁹⁰ ».

D'autre part, l'article 38§2 de la VwVfG transpose les règles de retrait et d'abrogation, issues des articles 48 et 49, aux situations de confiance de l'administré en des garanties ou promesses faites, à son égard, par la personne publique. Autrement-dit, les mêmes préoccupations relatives à la protection de la confiance légitime en matière de retrait et d'abrogation, gouvernent le régime de la faculté de l'administration de revenir sur ses promesses. En somme, le principe de protection de la confiance légitime encadre l'essentiel de l'action administrative en Allemagne à chaque fois que celle-ci est susceptible de contrarier les attentes légitimes d'un citoyen normal. Monsieur Mouzouraki insiste sur le fait que : « le droit allemand, afin de résoudre le conflit entre les exigences contradictoires s'attachant, d'une part, à la stabilité des situations créées par des actes administratifs réguliers et, d'autre part, à l'adaptation de ceux-ci aux nouvelles données, accorde la primauté à la première [...] Toutefois, il importe de noter que, même dans les matières dans lesquelles il se dessine un fort besoin d'adaptation des actes administratifs aux nouvelles données,

³⁹⁰ J. Schwarze, op. cit. p. 939. En effet, la loi de procédure administrative allemande prévoit certes, dans son article 48, le libre retrait des actes illégaux créateurs de droits, mais le subordonne aussi tôt à des exceptions gouvernées par le principe de confiance légitime. Ainsi le juge peut prononcer soit la possibilité de maintenir l'acte en question ou encore de compenser le préjudice par une indemnisation financière, à chaque fois qu'il s'avère que l'administré : « se soit fié au maintien de l'acte administratif et que cette confiance se révèle digne de protection [...] La confiance est digne de protection si le bénéficiaire a épuisé la prestation accordée, ou s'il a pris des dispositions patrimoniales telles qu'un retour à la situation antérieure ne serait réalisable qu'au prix de désavantages que l'on ne saurait raisonnablement exiger de lui ».

comme, par excellence, en droit de l'environnement, la confiance du bénéficiaire de l'acte est suffisamment protégée³⁹¹ ».

Outre le législateur et l'administration, les principes de sécurité juridique et de confiance légitime envahissent également la sphère juridictionnelle, voire jurisprudentielle. Ainsi, il ressort de la remarquable étude de Monsieur Mouzouraki à ce sujet, que le juge allemand prend en compte ces deux principes, lorsqu'il y a lieu de le faire, à l'occasion des différents contentieux. Il en est ainsi de l'intangibilité des effets produits par les lois ou les règlements déclarés invalides. Monsieur Mouzouraki explique que, d'une part, lorsque les lois et les règlements sont déclarés nuls, cette nullité ne remet pas en cause la validité des actes à qui la norme annulée a servi de base légale, en vertu de l'application combinée des articles 183 et 47§5 du code des tribunaux administratifs, d'autre part, le principe de confiance légitime peut servir de fondement pour que le juge autorise l'administration de ne pas revenir sur une situation née à la suite d'un acte annulé, notamment en limitant dans le temps ses annulations.

Enfin, en ce qui concerne les revirements de jurisprudence, bien qu'une partie de la doctrine allemande soit hostile³⁹² à leur appliquer le principe de protection de la confiance légitime, il n'en demeure pas moins un fil conducteur d'un régime jurisprudentiel transitoire. La jurisprudence ne rejetait pas catégoriquement le principe de confiance légitime en la matière ; en effet, par une décision du 16 décembre 1981 la Cour constitutionnelle fédérale, à l'occasion de changement de régime jurisprudentiel d'octroi de la carte d'expatrié, avait estimé que, lorsqu'elle voulait retirer cette carte aux personnes qui n'ont plus la qualité d'expatrié au vu de la nouvelle jurisprudence, l'administration devait agir sans pour autant nier toute valeur en la matière au dit principe. Ainsi, comme le souligne Monsieur Mouzouraki au sujet de cette décision : « Dans cette espèce, la Cour constitutionnelle fédérale a donc recouru à des règles de droit matériel, précisément à celles sur la révocation des actes administratifs, pour protéger la confiance des intéressés dans une

³⁹¹ P. Mouzouraki, op. cit. p. 124.

³⁹² Selon M. Mouzouraki, si une partie de la doctrine refusait l'application du principe de confiance légitime au revirement de jurisprudence, ce refus n'avait pas toujours le même justification. En effet, d'une part, il y a les auteurs qui estiment que la jurisprudence n'a pas la même fonction que la loi et partant elle n'est point soumise à la règle de la non-rétroactivité. D'autres auteurs y voient une forme de déni de justice puisque le requérant à l'initiative du revirement ne pourrait en bénéficier. En fin, il y a ceux qui estiment que le juge doit, à travers un effort pédagogique, annoncer à l'avance son souhait de procéder à l'abandon de la solution jurisprudentielle jusque-là adoptée. (pp. 262-268).

jurisprudence se rapportant aux conditions d'obtention d'un acte administratif ³⁹³». Pour ce qui est des décisions de la Cour fédérale de justice, le même auteur insiste sur ses formules qui expriment son attachement au respect de la confiance légitime. Cette formule, qui est une sorte d'un attendu de principe, est la suivante : « les décisions des cours Suprêmes ne sont pas des lois et ne produisent pas d'effets juridiques semblables aux effets qu'ont les lois. Lorsqu'il s'écarte d'une position antérieure, le juge ne viole pas l'article 20 §3, de la loi fondamentale, disposant que le pouvoir judiciaire est lié par la loi et par le droit. Les décisions juridictionnelles qui concernent la validité d'un rapport juridique entraînent des effets pour des faits qui ont eu lieu dans le passé. Cette pseudo-rétroactivité est en principe permise, comme c'est le cas aussi pour les lois. Les règles que la jurisprudence constitutionnelle a développées pour limiter la rétroactivité des lois ne peuvent être simplement transposées en matière de revirement de jurisprudence. Néanmoins, il y a des limites résultant du principe de sécurité juridique, qui signifie pour le citoyen, avant tout, la protection de sa confiance. Dans le cas où une partie pouvait se fier au maintien de l'état du droit qui existait alors et qu'après une mise en balance avec les intérêts opposés des autres parties et les intérêts de la collectivité, cette confiance l'emporte sur ceux-ci, la rétroactivité du revirement porte atteinte à une position juridiquement protégée ³⁹⁴ ».

Il ressort de ses exemples que le droit du contentieux administratif allemand, bien qu'il reconnaisse à la fois le principe de sécurité juridique et le principe de confiance légitime, donne une plus grande application au second, laissant au premier le rôle d'un principe matriciel étant donné sa portée générale. Cela tient à la particularité du droit Allemand ; en effet, comme le souligne Monsieur M. Fromont : « ce second principe (confiance légitime) est celui qui est le plus souvent invoqué, car seul il permet de faire intervenir une dimension subjective qui est tout à fait capitale dans un système juridique qui met l'accent plus sur les situations individuelles des partenaires

³⁹³ Op. cit. p. 270.

³⁹⁴ Cité par l'auteur. Celui-ci rajoute qu'il s'agit d'une formule adoptée depuis la décision du 18 décembre 1996. Celle-ci vient remplacer l'ancienne formule selon laquelle : « dans le cas d'une jurisprudence bien fixée, les valeurs juridiques de sécurité juridique et de confiance légitime se placent au premier rang et elles exigent, en général, le maintien de l'évolution juridique telle qu'elle s'est produite. Une entorse à la continuité de la jurisprudence ne peut être acceptée que de façon exceptionnelle, lorsqu'il y a des raisons prépondérantes ou sans conteste importantes qui y militent ». M. Mouzouraki. op. cit. p. 272.

de l'administration que sur la mission de défense et de promotion de l'intérêt public qui incombe à cette dernière³⁹⁵ ».

b- Les droits des pays du groupe allemand

Dans son rapport sur le concept de confiance légitime en droit suisse, Madame A. Morin estime que l'article 3 du code civil suisse relatif à la bonne foi traite de la confiance légitime ; en effet, il est écrit : « La bonne foi est donc une confiance infondée dans l'existence d'une certaine situation juridique. L'article 3 indique comment savoir si une telle confiance existe et mérite protection. Il constitue par conséquent une règle générale consacrée au concept de confiance légitime, valable pour l'ensemble du droit privé [...] mais aussi pour le droit public, dans la mesure où aucun intérêt public ne s'y oppose³⁹⁶ ». La rencontre entre la confiance légitime et la bonne foi, notamment, lorsqu'il s'agit de traiter d'une confiance infondée. Pour Madame Morin, le principe de la confiance [...] s'applique lorsqu'une personne croit à tort avoir reçu une certaine manifestation de volonté d'une autre personne, parce qu'elle donne à sa déclaration ou à son comportement un sens différent de celui que celle-ci voulait réellement lui conférer³⁹⁷ ».

Dans son analyse, l'auteur estime qu'il ressort de l'article 2 du code civil suisse une sanction au comportement déloyal de la partie qui a induit en erreur son co-contractant ; en effet, l'auteur considère que : « on reconnaît que le principe de la confiance se rapporte à l'article 2, car il sanctionne la création par la partie à laquelle il est opposé de l'apparence fallacieuse d'une certaine volonté juridique et concrétise de la sorte l'interdiction du comportement contradictoire ». La responsabilité fondée sur la bonne foi légitime en droit suisse constitue une source de responsabilité pour violation de la confiance, celle-ci permet à tout justiciable de recourir au juge, combien même il ne pourrait pas se prévaloir d'un régime protecteur de droit commun ; en effet, cette responsabilité fondée sur la violation de la bonne foi légitime, proche du concept de la protection de la confiance légitime, est « une

³⁹⁵ M. Fromont, op. cit. p. 262.

³⁹⁶ A. Morin, La confiance légitime en droit suisse des contrats. In la confiance légitime et l'estoppel. p. 377.

³⁹⁷ A. Morin, op. cit. p. 399.

institution juridique autonome, qui permet notamment à une personne de former une prétention contre une autre personne alors même qu'elle ne peut ni se prévaloir d'un contrat, ni invoquer les règles de la responsabilité civile ou de la gestion d'affaire sans mandat³⁹⁸ ». L'auteur démontre, exemples à l'appui, la ressemblance entre le principe de bonne foi en droit suisse et le principe de confiance légitime. Il en est ainsi lorsqu'il y a violation d'un devoir précontractuel.

Pour ce qui est du droit public, le juge suisse fait une large application du principe de confiance légitime à partir du couplage du principe de bonne foi au principe de sécurité juridique. Comme le relève, Madame S. Calmes en droit Suisse : « le rapport étroit entre protection de la confiance légitime et sécurité juridique peut également être déduit de la multitude de décisions qui font apparaître le principe de bonne foi – souvent relié à la protection de la confiance légitime – couplé au principe de sécurité juridique. Le grief fréquent, en vertu duquel l'administration viole le principe de sécurité juridique et le principe de bonne foi, indiquerait, en droit suisse, les deux piliers principaux du principe de protection de la confiance légitime³⁹⁹ ».

Il en ressort que, pour Madame S. Calmes, tout changement imprévisible et toute rétroactivité sont une violation de la sécurité juridique et de la bonne foi à partir du moment qu'ils portent atteinte à la confiance légitime. Toutefois, Madame S. Calmes, pousse l'analyse de la relation entre ces différents principes pour conclure qu'il ressort de la jurisprudence constitutionnelle de la cour fédérale Suisse que le principe de confiance légitime découle de l'article 4 de la constitution Suisse relatif à l'égalité juridique ; en effet, l'auteur souligne que « en déduisant le principe de confiance légitime directement de cet article 4, sans mentionner les maillons intermédiaires de la sécurité juridique – ou de la bonne foi – la protection de la confiance légitime deviendrait ainsi un principe constitutionnel autonome des théories citées⁴⁰⁰ ». Ce lien intime de la confiance légitime avec le principe de bonne foi influence l'issue du litige en cas de base de confiance irrégulière. Ainsi, s'il s'avère que le justiciable était de mauvaise foi, il n'y a pas lieu à protéger la prétendue confiance.

³⁹⁸ A. Morin, op. cit. p. 400.

³⁹⁹ S. Calmes, op. cit. p. 175.

⁴⁰⁰ S. Calmes, op. cit. p. 204.

B – Le groupe anglais (La Grande-Bretagne, Irlande, Danemark)

a- La Grande-Bretagne

En Grande-Bretagne, il n'existe pas, à vrai dire un principe de protection de confiance légitime, du moins de manière expresse ; en effet, le droit britannique ne consacre expressément aucun principe de sécurité juridique ou de confiance légitime. Néanmoins, si l'expression directe est absente, l'esprit de ces deux principes n'en demeure pas moins omniprésent pour protéger les citoyens et guider l'action des pouvoirs publics, notamment les autorités administratives. Il en ressort que le droit britannique arrive au même mode de protection équivalent mais à travers d'autres institutions juridiques⁴⁰¹. Il en est ainsi de la notion de « legitimate expectations » qui signifie « attentes légitimes ».

Peu après la consécration du principe de confiance légitime en Allemagne, le juge britannique a entamé lui aussi sa reconversion de juger sous le sceaux de l'équité. En 1964, dans sa célèbre décision de la chambre des lords *Ridge v/ Baldwin*, le lord Reid insiste sur l'obligation pour l'administration de respecter la justice naturelle (comprendre l'équité) à partir du moment que son action serait susceptible d'affecter les droits des individus. En 1969, le concept de legitimate expectations a été introduit par le Lord Denning dans l'affaire *Schmidt v/ Secretary of State for Home Affairs*.

Le Lord Denning considérait que les étudiants étrangers, à l'égard de qui l'administration peut refuser de renouveler le titre de séjour, ne disposent d'aucune attente légitime à ce que l'administration revienne sur sa décision. Trois ans plus tard, en 1972, la cour d'appel avait décidé, concernant une commune qui a augmenté les licences de taxi en violation de ses propres promesses, que celle-ci devait agir loyalement vis-à-vis des personnes concernées⁴⁰². Depuis, il est constant que les engagements et les promesses faites par l'administration aux administrés lui

⁴⁰¹ Comme le rapporte M. Mouzouraki, le professeur P. Craig estime que le concept de sécurité juridique, qui fonde les solutions du droit européen et des droits de l'Europe continentale, présente une parenté évidente avec la conception formelle de la rule of law et l'intérêt qu'attache cette règle à l'autonomie de l'individu et à sa possibilité de programmer sa vie. Ainsi, le fait de protéger les attentes légitimes des individus par les principes du droit administratif signifie satisfaire aux exigences de prévisibilité qui sont inhérentes à la rule of law. Cité par Mouzouraki, op. cit. p. 584, note de bas de page n° 87.

⁴⁰² J. Schwarze, op. cit. p. 950.

sont opposables. Comme le souligne Madame G. Cartier : « l'autorité administrative qui s'engage expressément à agir dans un sens ou d'une manière donnée risque fort de créer, chez l'administré visé par l'engagement, une attente légitime voulant que l'autorité respecte sa parole⁴⁰³ ».

Pour le professeur J. Schwarze : « Les dicta dans lesquels le concept de legitimate expectations a été appliquée caractérisent par une certaine ambiguïté. Ainsi, on ne voit pas toujours clairement si l'expectative se rapporte uniquement à l'audition loyalement octroyée en tant que telle, ou si elle se rapporte également au-delà, à l'obtention de l'avantage poursuivi⁴⁰⁴ ». Ainsi, il est établi dans la jurisprudence anglaise que les promesses des personnes publiques les engagent à chaque fois qu'elles créent des attentes légitimes chez leurs destinataires. Il en était ainsi en 1987 dans une affaire au sujet du régime juridique des écoutes téléphoniques, où la justice a considéré que : « les déclarations expresses et répétées du Ministre de l'Intérieur selon lesquelles il n'autoriserait l'interception d'appels téléphoniques que si des critères précis étaient respectés peuvent créer, chez les administrés, une attente légitime voulant que seuls ces critères seraient utilisés à cette fin⁴⁰⁵ ».

Aujourd'hui, le principe de confiance légitime et plus globalement celui de la sécurité juridique ne sont plus des inconnus du droit anglais. Demeure la question de l'origine de cette consécration ; s'agit-il d'une influence du droit européen ou d'une pure création anglaise équivalente. Pour Monsieur E. Carpano : « il est difficile d'apporter la preuve certaine d'une incidence directe du droit communautaire sur le droit administratif anglais en la matière. L'intégration de ce principe en droit anglais n'est pas, il est vrai, le résultat d'une confrontation directe du droit anglais avec le droit communautaire [...] Le principe de confiance légitime ferait partie de ces principes juridiques parallèles à ceux du droit communautaire qui ont fait leur apparition en droit administratif anglais [...] le droit communautaire a, si ce n'est servi de modèle, au moins constitué un stimulant dans sa promotion⁴⁰⁶ ».

Prolongeant la même analyse, Monsieur M. Fromont estime que : « Le droit anglais a développé depuis une vingtaine d'années la protection des attentes légitimes

⁴⁰³ G. Cartier, La théorie des attentes légitimes en droit administratif. RDUS 1992, n°23, p. 80.

⁴⁰⁴ op. cit. p. 950.

⁴⁰⁵ Affaire Secretary of State for the Home Department. Cité par G. Cartier, op. cit. p. 82.

⁴⁰⁶ E. Carpano, Etat de droit et droits européens. Edition L'Harmattan 2005, pp. 484-485.

(legitimate expectations. Mais bien que cette nouvelle jurisprudence soit née sous l'influence de la CJCE [...] elle ne se rattache pas au principe de sécurité juridique, mais plutôt au principe de loyauté (fairness) qui est plus familier aux juristes anglais⁴⁰⁷ ».

Pour ce qui est de sa portée, Monsieur P. Mouzouraki, estime que le principe des attentes légitime ne confère aux administrés qu'une protection procédurale ; en effet, celui-ci considère que : « il n'était pas sûr que le principe des attentes légitimes pouvait conférer au particulier une protection au fond, à savoir que, dans le cas où celui-ci pouvait s'attendre à ce qu'il obtienne un bénéfice, l'administration devrait honorer ses attentes, sauf si elle pouvait se prévaloir des raisons prépondérantes d'intérêt général s'y opposant⁴⁰⁸ ».

Outre la théorie des attentes légitimes, le droit britannique reconnaît une autre institution qui n'est pas sans lien avec le principe de protection de la confiance légitime. Il s'agit du principe de l'estoppel, celui-ci, issu du droit des contrats, s'applique également en droit administratif. Ce principe peut se présenter comme l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ; en effet, pour le professeur Schwarze, le principe de l'estoppel signifie que : « celui qui agit contractuellement en se fiant à un état de fait voit sa confiance protégée à l'encontre de celui qui a fixé cet état de fait ». Toutefois, dans un arrêt de 2002, la chambre des Lords, comme le relevait Monsieur P. Mouzouraki, a : « écarté le principe de l'estoppel du champ d'application du droit public, en estimant que le droit public avait déjà absorbé tout ce qui était utile des valeurs morales qui sous-tendaient ce principe et qu'il était temps de se tenir sur ses propres pieds⁴⁰⁹ ».

Toutefois, le principe des attentes légitimes du droit britannique demeure secondaire vis-à-vis du principe de légalité, notamment lorsqu'il s'agit d'un acte administratif irrégulier dont le retrait est possible à tout moment. Seuls les actes réguliers pris dans un domaine qui ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de l'administration peuvent fonder une attente légitime. Néanmoins, cette solution commence à montrer ses limites, essentiellement grâce à la jurisprudence de la Cour EDH. Celle-ci fait en sorte que le retrait de tel acte ne soit plus automatique et qu'il ne serait possible

⁴⁰⁷ M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, op. cit. p. 267.

⁴⁰⁸ P. Mouzouraki, op. cit. p. 585.

⁴⁰⁹ P. Mouzouraki, op. cit. p. 587.

qu'après un contrôle des intérêts en présence, à savoir d'une part, l'intérêt de l'administré et d'autre part, celui de la collectivité.

En ce qui concerne le respect par le juge britannique lui-même, du principe des attentes légitimes, il ressort de l'analyse faite par Monsieur P. Mouzouraki, que pour limiter les effets dévastateurs des annulations rétroactives, la jurisprudence fait place désormais à la modulation. Si, dans l'application de son pouvoir de modulation, le juge britannique dispose des mêmes moyens que son homologue allemand et français, mais surtout il les dépasse. En effet, au-delà du fait qu'il peut soit limiter la rétroactivité, soit la prononcer pour l'avenir ou encore ne la faisant intervenir qu'après un certain délai, le juge britannique peut également, pour des raisons d'équité et après un contrôle des intérêts en présence, prononcer la nullité mais sans la mettre en œuvre.

En ce qui concerne le traitement des revirements jurisprudentiels, le juge britannique a été amené à son tour à chercher une solution pour mieux protéger les attentes légitimes des justiciables ; en effet, celles-ci seraient mise à mal à cause de l'imprévisibilité du changement des normes prétorienne. L'atteinte aux attentes légitimes est d'autant plus forte que la règle du précédent caractérise la culture juridique britannique.

b- La confiance légitime dans les droits des autres Etats du groupe anglais

Il s'agit des Etats, dont le droit est influencé en grande partie par le droit anglais. Etudier le principe de confiance légitime sous cet angle est une chose qui n'est pas aisée, étant donné que le dit principe n'est pas un pur produit anglais. On peut parler, à ce sujet, d'un phénomène d'influence en cascade. Il en est ainsi du droit Irlandais ; en effet, celui-ci, sous l'influence à la fois du droit anglais et du droit communautaire a eu ses premiers contacts avec le principe de sécurité juridique et de confiance légitime. Ainsi, à l'instar du droit anglais, son homologue irlandais ne connaissait pas non plus ni le principe de confiance légitime ni celui de la sécurité juridique. Comme le souligne M. Carpano : « la Cour suprême d'Irlande a en effet consacré dans l'affaire Webb v/ Irland le principe de legitimate expectations, la doctrine considère

que la consécration de ce principe en droit irlandais résulte de la double influence du droit communautaire et de la décision de la House of Lords dans l'affaire GCHQ 1985 dans laquelle Lord Diplock reconnaissait expressément l'inspiration communautaire du principe⁴¹⁰ ».

Pour sa part, le professeur J. Schwarze, a une opinion nuancée sur la question ; en effet, il laisse penser qu'il n'existe pas un vrai principe de confiance légitime en droit Irlandais, néanmoins son esprit caractérise le raisonnement du juge irlandais dans certaines décisions. A ce sujet, le professeur J. Schwarze explique que la Cour Suprême, à l'occasion d'une affaire relative à une loi déclarée anticonstitutionnelles, voulait régler la question de la portée de cette inconstitutionnalité dans le temps et ses conséquences. A cette occasion, écrit le professeur J. Schwarze : « la Cour Suprême Irlandaise s'est référée en bloc à la motivation de la CJCE dans la deuxième affaire Defrenne, et en particulier [...] au point n°74⁴¹¹ ». Rappelant que dans ce fameux point n° 74, la CJCE avait constaté que dans l'ignorance du niveau global auquel les rémunérations auraient été établies, des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour des périodes passées⁴¹².

Le droit Ecossais, influencé par le droit anglais, ne connaît pas le principe de protection de la confiance légitime, mais a développé une institution qui se rapproche des institutions d'origines anglaises, à savoir l'estoppel et l'attente légitime. En effet, en droit Ecossais, c'est la doctrine of personal bar qui fait office d'équivalence. Dans son rapport de synthèse relatif au principe de confiance légitime en droit comparé, Madame B. Fauvarque-Cosson, au sujet de cette institution telle que décrite par le rapporteur écossais, écrit que : « L'inconsistency et l'unfairness constituent les concepts clés de la doctrine of personal bar. L'auteur explique que des parallèles peuvent être faits avec l'estoppel, mais que ces analogies possèdent leurs limites dans la mesure où [...] le droit anglais a multiplié les cas spécifiques d'estoppel avec

⁴¹⁰ E. Carpano, op. cit. p. 484.

⁴¹¹ J. Schwarze, op. cit. p. 973.

⁴¹² CJUE, 8 avril 1976, Defrenne II, aff. 43/75, Recueil, 1976, p. 455.

leurs règles propres [...] la doctrine du personal bar se rapproche de la théorie de l'abus de droit⁴¹³ ».

C – Le groupe français

Etant donné que le droit français fera l'objet d'un paragraphe à part, nos présents développements traiteront de la confiance légitime uniquement dans les autres pays de ce groupe. Force est de constater qu'une partie de ces pays, bien qu'inspirés par le droit français, sont devenus plus proche du groupe Allemand, justement à travers la consécration de la confiance légitime.

a – Le droit Espagnol

Jusqu'en 1978, le droit espagnol, influencé par le droit français, n'avait aucun principe ou notion juridique équivalente à la confiance légitime ou à la sécurité juridique. Néanmoins, les principes de loyauté et de bonne foi servaient de fondement pour la protection des individus. Sous la pulsion du droit administratif allemand, la constitution Espagnole de 1978 consacre le principe de sécurité juridique comme principe inhérents à l'Etat de droit ; en effet, pour M. Francisco Javier Amoros Dorda : « la seguridad jurídica, además es un principio recogido expresamente en nuestra vigente constitución española de 27 de diciembre de 1978, que garantiza en su artículo 9, número 3, los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos⁴¹⁴ ».

A partir du principe de sécurité juridique, désormais principe constitutionnel, la jurisprudence espagnole a déduit la consécration de la protection de la confiance légitime dans l'ordre juridique espagnol. Comme le soulignent les professeurs Alonso

⁴¹³ B. Fauvarque-Cosson, La confiance légitime et l'estoppel. Rapport de synthèse. In Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3. Décembre 2007.

⁴¹⁴ F.J. Amoros Dorda, Seguridad Jurídica, in seminario SOCINFO, Madrid 9 mai 2012.

Garcia et Maria Consuelo⁴¹⁵, le principe de sécurité juridique a servi de fondement à la consécration de la responsabilité pécuniaire de l'Etat, et à partir de là, la jurisprudence en a déduit l'existence d'un principe de confiance légitime au profit des administrés. Pour la doctrine espagnole, le principe de protection de la confiance légitime constitue l'une des trois des composantes du principe global de la sécurité juridique. Les deux autres étant la publicité et les procédures d'élaboration prédéterminées⁴¹⁶.

Le droit espagnol ne s'est pas totalement détaché de l'influence française, notamment en ce qui concerne le régime des actes administratifs ; en effet, les procédures d'annulation et de révocation en droit espagnol varient selon que l'acte concerné est, ou non, créateur de droit.

b- Le droit belge

Bien qu'il n'existe aucun principe de protection de la confiance légitime en droit belge, justice et doctrine n'ignore rien de celui-ci. En effet, la doctrine belge considère que la confiance légitime trouve une protection équivalente à travers la notion de l'apparence. Ainsi, dans leur contribution au congrès de l'Académie internationale de droit comparé en 2006, Sophie Stijns et Ilse Samoy soulignaient qu'il : « existe de nombreuses dispositions dans le code civil qui attribuent des effets juridiques à des situations apparentes [...] la présence de ces applications légales disparates, a inspiré la doctrine et la jurisprudence et elles ont le mérite d'avoir tenté de développer une théorie d'une portée générale [...] Ainsi, la doctrine contemporaine a-t-elle tenté de dégager une théorie générale de la confiance légitime, analysant systématiquement ses conditions, son fondement et ses effets⁴¹⁷ ». Les deux auteurs relèvent que la doctrine belge désigne la même

⁴¹⁵ A. Garcia, M. Consuelo, la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, Martial Pons, Madrid 1999, p. 109.

⁴¹⁶ Le professeur Amoros Dorda considère que: « podemos considerar que los elementos integrantes básicos del principio de seguridad jurídica son tres: a) la publicidad de las normas y los actos jurídicos; b) la existencia de una forma prefijada para ellos y c) la estabilidad de las situaciones y posiciones jurídicas consolidadas. De la conjunción de esos tres factores resulta esa cualidad del ordenamiento que hace que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse ». In Seguridad jurídica op. Cit.

⁴¹⁷ S. Stijns et I. Samoy, La confiance légitime en droit des obligations belge. In La confiance légitime et l'estoppel sous la direction de B. Fauvarque-Cosson, p. 167, op. cit.

situation juridique de confiance légitime ou d'apparence selon qu'elle est du courant néerlandophone ou du courant francophone⁴¹⁸.

Néanmoins, dans un arrêt du 27 mars 1992, la Cour de cassation belge s'est bien inspirée du juge communautaire pour consacrer un principe de confiance légitime ; en effet, le juge belge avait dit pour droit dans cet arrêt : « les principes généraux de bonne administration comportent le droit à la sécurité juridique implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme étant une règle fixe de conduite et d'administration ; qu'il s'ensuit qu'en principe, les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans le chef du citoyen⁴¹⁹ ».

Le régime juridique de la protection de la confiance légitime est identique à celui appliqué par le juge communautaire. Ainsi, Monsieur P. Marchal note que : « n'est pas recevable, le moyen pris de la violation du principe de confiance légitime, dès lors que le requérant n'invoque pas de manière précise les trois conditions qui devraient être réunies pour qu'il soit applicable, à savoir une erreur de l'administration, une attente légitimement suscitée à la suite de cette erreur et l'absence d'un motif grave permettant de revenir sur cette erreur⁴²⁰ ».

Dans son rapprochement entre la théorie de l'apparence et la protection de la confiance légitime, un auteur a pu écrire que : « la notion d'apparence comprend ainsi deux éléments essentiels : un élément matériel ou objectif, à savoir l'existence d'une situation de faits juridiques ostensible, apparente, et un élément psychologique ou subjectif, à savoir la croyance dans le chef d'une ou de plusieurs personnes à la réalité juridique de cette situation de fait⁴²¹ ».

Comme nous l'avons déjà examiné plus haut le principe de confiance légitime en droit belge découle du principe de sécurité juridique qui lui-même est rattaché aux principes de bonne administration. C'est ce que relève Amaryllis Bossuyt, qui estime que selon : « la Cour de cassation, les principes généraux de bonne administration qui s'imposent notamment à l'Administration des finances et à l'office national de

⁴¹⁸ S. Stijns et I. Samoy, op. cit. p. 170

⁴¹⁹ Cité par Monsieur Bruno Peeters, La relation entre le principe de sécurité juridique et le principe de l'égalité : un processus d'Echternach. p. 4. (Document en accès libre sur le web).

⁴²⁰ P. Marchal, Répertoire pratique du droit belge, Principes généraux du droit. Bruylant 2014.

⁴²¹ R. Kruithof, La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase. RCJB 1991, n° 4 (cité par Stijns et Samoy, op. cit.).

sécurité sociale comportent le droit à la sécurité juridique et le principe de confiance [...] Le droit à la sécurité juridique implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme une règle fixe de conduite et d'administration, et que les services publics sont, en principe, tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils font naître en son chef⁴²² ».

Monsieur V. Sepulchre, pour sa part, définit le principe de confiance légitime en droit belge en ces termes : « selon ce principe, la croyance légitime du sujet de droit doit être honorée lorsque ce dernier a agi en fonction de cette croyance et lorsque cette croyance est basée sur un acte légal de l'administration : ainsi, l'administration doit donc respecter les accords qu'elle donne et les décisions qu'elle prend sur une question de fait⁴²³ ».

Sous-paragraphe 2 : L'application de la protection de la confiance légitime par le juge communautaire

La reconnaissance du principe de confiance légitime dans l'ordre juridique communautaire est intervenue bien après celle du principe de sécurité juridique. En effet, dès 1961, la Cour de justice fondait sa jurisprudence sur le principe de sécurité juridique déduit de la qualité d'Etat de droit de la communauté, celui de la confiance légitime, en revanche, n'a été reconnu expressément par la cour qu'ultérieurement. C'est à partir des années soixante-dix⁴²⁴ que la confiance légitime a fait son apparition dans la jurisprudence communautaire. La reconnaissance du principe de confiance légitime s'est faite progressivement ; au début, il a été consacré comme

⁴²² A. Bossuyt, Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in *Au-delà de la Loi, Actualités et évolutions des principes généraux du droit*. Anthémis 2006 p. 179.

⁴²³ V. Sepulchre, Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal, op. cit. p. 56.

⁴²⁴ Néanmoins, M. Denys Simon estime que : « la première mention explicite du principe apparaît dans un arrêt du 13 juillet 1965 sous la forme de l'appréciation de la situation de confiance à laquelle la requérante pouvait prétendre ». La confiance légitime en droit communautaire, in *Mélanges Alfred Rieg*, p. 735.

une règle supérieure de droit protégeant les particuliers⁴²⁵, puis comme un principe fondamental de la communauté⁴²⁶, et enfin, comme un principe général⁴²⁷. Il en découle que le principe de protection de la confiance légitime constitue un principe général du droit communautaire que les actes des institutions communautaires doivent respecter sous peine d'illégalité. L'avocat général Monsieur Ph. Léger, dans ses conclusions sous l'affaire Belgique c/ Commission en 2006, estime que : « au regard de son application (le principe de protection de la confiance légitime) dans la jurisprudence, nous pouvons dire que la violation de ce principe est admise lorsque les conditions suivantes se trouvent satisfaites. Tout d'abord, il doit exister un acte ou un comportement de l'administration communautaire susceptible d'avoir généré cette confiance ; en effet, selon la jurisprudence, le principe de protection de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'un acte communautaire que dans la mesure où la communauté elle-même a créé au préalable une situation susceptible d'engendrer cette confiance⁴²⁸ ».

Comme le relève Monsieur J. Schwarze : « le principe de protection de la confiance légitime a acquis une importance particulière dans le cadre de la jurisprudence qui a commencé à se développer au début des années soixante-dix, à propos du problème du pseudo rétroactivité de certaines réglementation [...] il est actuellement considéré par la cour comme principe fondamental de la communauté faisant partie de l'ordre juridique de la communauté⁴²⁹ ».

La consécration expresse de la confiance légitime remonte à l'arrêt Commission c/ Conseil rendu en 1973 ; en effet, le juge communautaire estime dans cette affaire

⁴²⁵ CJUE, 13 mai 1975 CNTA c/ Commission. Aff. 74/74 : « la commission, en n'ayant pas assorti le règlement de mesure transitoires protégeant la confiance que l'opérateur pouvait légitimement avoir dans la réglementation communautaire, a violé **une règle supérieure de droit** et engagé ainsi la responsabilité de la communauté ».

⁴²⁶ CJUE, 14 octobre 1999 Atlanta c/ Communauté Européenne. Aff. C 104/97 : « le Tribunal a exactement rappelé, au point 55 de l'arrêt attaqué, la jurisprudence constante selon laquelle **le principe de la protection de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la communauté**, mais que les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires, et cela spécialement dans un domaine comme celui des organisations communes des marchés, dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique ».

⁴²⁷ CJUE, 19 mai 1992 Mulder c/ Conseil et Commission. Aff. Jointes C 104/89 et C 37/90 : « A cet égard, il convient de rappeler, en premier lieu, qu'ainsi que la Cour l'a déclaré dans les arrêts du 28 avril 1988, Mulder et von Deetzen, précités, ces règlements ont été arrêtés en violation **du principe de la confiance légitime, qui est un principe général de droit communautaire, de rang supérieur, visant la protection des particuliers** ».

⁴²⁸ CJUE Belgique et Forum 187 c/ Commission. Conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger du 9 février 2006.

⁴²⁹ J. Schwarze, op. cit. p. 919.

que le conseil ayant pris un engagement à l'égard des fonctionnaires ne peut pas y revenir dessus sans violer le principe de confiance légitime. La Cour avait estimé que : « si l'emploi de ces termes, joint à la mention qu'il y a lieu de tenir compte des deux indicateurs, montre la volonté du conseil de ménager une marge d'appréciation entre ces chiffres, cette expression n'a cependant pas la portée extensive que la défenderesse lui attribue et qui, d'ailleurs, viderait de bon sens l'effet obligatoire constaté ci-dessus ; Qu'il en résulte qu'en fixant les augmentations prévues aux articles 1 à 4 du règlement attaqué au-dessous du niveau résultant de l'indicateur inférieur [...] le conseil a violé la règle de la protection de la confiance légitime [...] Que, toutefois, en vue d'éviter une discontinuité dans le régime des rémunérations, il y a lieu de faire application de l'article 174§2, du traité de façon que les articles annulés continuent de produire effet jusqu'au moment où le conseil aura édicté, consécutivement au présent arrêt, un nouveau règlement⁴³⁰ ». (Aff. 81/72) confirmé après par l'arrêt CNTA c/ Commission (Aff. 74/74). D'autres arrêts du juge communautaire ont confirmé cette tendance ; en effet, dans son arrêt Töpfer, la CJUE a estimé que : « le moyen tiré de la violation de ce principe (confiance légitime) est recevable dans le cadre d'un recours en vertu de l'article 173, le principe en question faisant partie de l'ordre juridique communautaire, de sorte que sa méconnaissance constituerait une violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application⁴³¹ ».

Cette consécration du principe de confiance légitime était le résultat, de l'influence des droits des Etats membres, notamment, par le biais des avocats généraux qui, dans leurs conclusions, proposent à la cour des solutions fondées sur des raisonnements juridiques imprégnées de leurs systèmes juridiques.

La Cour de Justice, dans sa fonction normative, a fait en sorte d'élaborer un droit communautaire qui découle des systèmes juridiques des Etats membres. Ce travail comparatiste de ces systèmes aboutit à l'adoption de la solution la plus progressiste. L'avocat général Lagrange le souligna lors de ses conclusions à l'occasion de l'arrêt Hoogovens c/ Haute Autorité : « Ainsi, la jurisprudence de la Cour, dans la mesure, très large, où elle fait appel aux droits nationaux pour dégager les règles de droit relatives à l'application du traité, ne se contenterait pas de puiser ses sources dans

⁴³⁰ CJUE 5 juin 1973, Commission c/ Conseil. Aff. 81/72 Recueil 1973 p. 575.

⁴³¹ CJUE 3 mai 1978 Töpfer c/ Commission. Aff. 112/77 Recueil 1978 p. 1019.

une sorte de moyenne plus ou moins arithmétique entre les diverses solutions nationales, mais choisirait dans chacun des pays membres celles qui, compte tenu des objets du traité, lui paraîtraient les meilleures ou, si l'on veut employer ce mot, les plus progressistes ». La Cour de Justice considère que la confiance légitime est un droit appartenant à tout particulier dans le chef de qui l'administration a créée des espérances fondées.

Le principe de confiance légitime, combiné au principe de la sécurité juridique, occupe une place prépondérante en droit communautaire ; en effet, vu son rang de principe général de droit communautaire, il s'impose à toutes les institutions communautaires. Pour Monsieur J. Schwarze : « le principe de confiance légitime [...] au-delà de l'action administrative, lie également le législateur communautaire ». Autrement-dit, le principe de confiance légitime peut être considéré comme un principe des droits administratif et constitutionnel de la communauté européenne. En ce qui concerne son application aux actes administratifs, le principe de confiance légitime a fixé la doctrine de la cour de justice, notamment en matière de disparition des actes administratifs.

Le juge communautaire, combien même il a été inspiré essentiellement par le juge allemand, a adopté, plus ou moins, une conception assez pragmatique du principe de confiance légitime résultant d'un mélange des jurisprudences européennes en la matière. Il en découle un raisonnement compatible avec les différentes identités juridiques nationales européennes, notamment, en ce qui concerne les conditions d'application du dit-principe. Comme tous les juges nationaux dont la jurisprudence se fonde sur le principe de confiance légitime, le juge communautaire exige une base de confiance, c'est-à-dire, un comportement de la puissance publique ayant fait naître dans le chef du justiciable des espérances fondées.

Dans un arrêt du 17 décembre 1992, le tribunal de première instance de l'union européenne (TPI) avait jugé que : « le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire a fait naître dans son chef des espérances fondées. En revanche, aucun fonctionnaire ne peut invoquer une violation du principe de la confiance légitime, en l'absence d'assurances précises que lui aurait fourni l'administration [...] même si le requérant a obtenu des services

de la commission confirmation des droits qu'il revendiquait, un tel engagement n'a pu créer une situation de confiance légitime, aucun fonctionnaire d'une institution communautaire ne pouvant valablement s'engager à ne pas appliquer le droit communautaire. En effet, des promesses qui ne tiennent pas compte des dispositions statutaires ne sauraient créer une confiance légitime dans le chef de celui auquel elles s'adressent⁴³² ».

Dans une autre espèce où le Parlement contestait le fait que le principe de confiance légitime puisse bénéficier à une personne qui ne fait pas partie du personnel, la Cour a estimé que : « Contrairement à cette affirmation du Parlement, il y a lieu de dire que le droit de réclamer la protection de la confiance légitime ne se limite pas au personnel des institutions communautaires, mais s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration a fait naître dans son chef des espérances fondées⁴³³ ». Aussi, dans sa décision Kühn, la Cour a eu l'occasion de réaffirmer cette exigence en ces termes : « Il convient de constater, en outre, que le principe de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'une réglementation communautaire que dans la mesure où la Communauté elle-même a créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime⁴³⁴ ».

Le juge communautaire exige une base de confiance suffisamment claire et précise qui découle des actes ou comportements des institutions communautaires. Ainsi, la jurisprudence communautaire a donné lieu à plusieurs sortes de comportements pouvant servir comme base de confiance. En effet, il peut s'agir d'un engagement pris par l'administration communautaire ou ses représentants, c'est ce qui ressort du raisonnement adopté par le TPI à l'occasion de son arrêt Efisol.

A l'occasion de cette affaire, dite-Efisol, le tribunal avait estimé que : « le principe de protection de la confiance légitime fait partie de l'ordre juridique communautaire. Le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire, **en lui fournissant des assurances précises**, a fait naître dans son chef des espérances fondées. Cependant, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à

⁴³² TPIUE, Holtbecker c/ Commission 17 décembre 1992. Aff. T 20/91.

⁴³³ CJUE, 19 mai 1983 Vassilis Mavridis c/ Parlement européen. Aff. 289/81. Recueil 1983 p. 01731.

⁴³⁴ CJUE, 10 janvier 1992 Kühn c/ Landwirtschaftskammer. Aff. C 177/90. Recueil 1992 p. I-00035.

affecter ses intérêts, il ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée⁴³⁵ ».

Le contentieux de la fonction publique communautaire est extrêmement riche en la matière, dans une affaire portant sur un litige opposant un ancien fonctionnaire à la CJUE son ancien employeur, représentée par le Greffier agissant en tant qu'autorité investie du pouvoir de nomination (AIPN). Le requérant reproche à la cour de l'avoir débouter de sa demande d'appliquer à ses bulletins de pensions de quatre années les coefficients correcteurs fondés sur le coût de la vie à Bonn au lieu de les établir sur la base du coût de la vie à Berlin devenue, entre temps, la capitale de l'Allemagne. En effet, la Cour a estimé que la réclamation était tardive et donc irrecevable. Le requérant saisi le TPIUE en faisant valoir qu'il n'y a pas eu retard puisque les coefficients correcteurs appliqués jusque-là étaient des coefficients provisoires, et dont le Conseil s'était engagé à en fixer la portée de manière définitive. Que dans ce contexte, il a fondé sa confiance légitime sur le dit-engagement du Conseil.

Par une ordonnance rendue le 20 janvier 1998, le Tribunal avait estimé qu'à travers les notes infrapaginales des règlements sur lesquels se fondent le requérant, le Conseil s'était uniquement réservé la possibilité de modifier les coefficients correcteurs pour l'Allemagne, sans s'imposer l'obligation de revenir rétroactivement sur la fixation de ceux-ci et de souligner que : « il est de jurisprudence constante qu'un fonctionnaire ne saurait invoquer une violation du principe de la protection de la confiance légitime en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration [...] le requérant ne saurait prétendre que le Conseil a créé dans son chef une confiance légitime lui permettant d'espérer qu'il pouvait échapper à l'application des délais statutaires susmentionnés⁴³⁶ ». Dans son pourvoi, le requérant avait demandé l'annulation de l'ordonnance du TPI, dans son arrêt la CJUE avait décidé que : « c'est à bon droit que le Tribunal [...] a rappelé qu'un fonctionnaire ne saurait invoquer une violation du principe de la protection de la confiance légitime en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration. Or [...] l'interprétation proposée par le requérant ne constitue que l'une des significations possibles des dispositions litigieuses. En ce qui concerne

⁴³⁵ TPIUE, 16 octobre 1996 *Efisol SA c/ Commission*. Aff. T 336/94.

⁴³⁶ TPIUE, 20 janvier 1998 *Max Kögler c/ CJCE*. Aff. T 160/96. Recueil de jurisprudence, fonction publique 1998, p. I-A-00015 ; p. II-00035.

l'expression (sans préjudice des décisions que le Conseil est appelé à prendre), il ressort d'une comparaison des différentes versions linguistiques que le Conseil se réserve la possibilité de modifier les coefficients correcteurs. Il s'ensuit donc que, si les règlements [...] n'excluent pas la possibilité que le Conseil adopte de nouveaux coefficients correcteurs avec effet rétroactif, ils ne permettent nullement de considérer une telle hypothèse comme certaine. Dans ces circonstances [...] le Conseil n'a pas créé, dans le chef du requérant, une confiance légitime lui permettant d'espérer qu'il pouvait échapper à l'application des délais statutaires pour former une réclamation⁴³⁷ ».

Mais pour que le comportement soit fondé, claire et précis, le juge communautaire exige, en outre, que l'auteur du comportement soit habilité à le faire, il en résulte qu'un acte, dont l'auteur agit en dehors de ses compétences, ne peut être source de confiance légitime. Le tribunal a pu juger que : « les dispositions d'interprétation de la réglementation de couverture [...] ont été portées à la connaissance et sont accessibles aux fonctionnaires et agents des institutions communautaires. Il s'ensuit que l'administration, en s'abstenant d'attirer l'attention du requérant sur lesdites dispositions d'interprétation, n'a pu faire naître dans son chef une espérance fondée que l'AIPN rembourserait les frais [...] De même, le fait que l'administration n'ait pas engagé de démarches en vue d'agréer la British School comme établissement médical ou paramédical ne saurait constituer, en tant que tel, une violation du principe invoqué⁴³⁸ ».

À travers ses exemples, il apparaît que le juge communautaire adopte une conception stricte de la notion de base de confiance. Il en est ainsi dans une espèce rendue en 1998 en matière d'aides d'Etat. Il s'agissait en l'occurrence, d'une entreprise allemande ayant contacté, par des lettres personnelles, les membres de la commission en marge d'une procédure de contrôle de compatibilité de l'aide publique accordée à cette entreprise. L'un des membres de la commission répond par lettre que la Commission a approuvé l'aide en question. Le Tribunal avait estimé que : « les autorités allemandes, seul interlocuteur institutionnel de la commission, devaient nécessairement avoir conscience que celle-ci n'avait pas approuvé le projet (d'aide d'Etat). Il en va de même pour Preussag, qui aurait dû d'autant plus s'assurer,

⁴³⁷ CJUE, 25 mai 2000 Max Kögler c/ CJCE. Aff. C 82/98 P. Recueil de la jurisprudence 2000-I-03855.

⁴³⁸ TPIUE, 16 mars 1993 Blackman c/ Parlement. Aff. Jointes T 33/89 et T 74/89.

auprès de ces autorités, de l'autorisation de ce projet qu'elle avait connaissance de la position négative de la commission à son égard. Dans ces conditions, la réponse apportée, dès le 21 décembre 1994, par la lettre signée par M. Bangemann [...] n'était pas de nature à donner à la requérante l'assurance que la Commission était revenue sur sa position⁴³⁹ ».

Il arrive, également, que le comportement, base de confiance, prenne la forme de renseignements émanant de l'administration, notamment, en ce qui concerne l'application dans le temps d'un régime juridique donné. En 1977, pour faire face à un surplus de production de lait, un règlement du 17 mai 1977 a institué une période de non-commercialisation pendant cinq ans en contrepartie du paiement d'une prime. En 1984, un autre règlement fut adopté pour fixer un prélèvement supplémentaire sur les quantités de lait livrées qui dépassent une quantité de référence. Celle-ci serait celle de la production de l'année 1981, en principe, mais les Etats membres peuvent adopter celle de 82 ou 83. La défense reprochait à ce dispositif la violation, notamment, de la confiance légitime étant donné qu'il empêche les opérateurs ayant choisi de se soumettre au régime de non-commercialisation de reprendre la production faute, pour eux, de disposer d'une production de référence. La Cour avait jugé qu'un tel opérateur : « lorsqu'il a, comme en l'espèce, été incité, par un acte de la communauté, à suspendre la commercialisation pour une période limitée [...] peut légitimement s'attendre à ne pas être soumis, à la fin de son engagement, à des restrictions qui l'affectent de manière spécifique en raison précisément du fait qu'il avait fait usage des possibilités offertes par la réglementation communautaire [...] Contrairement aux affirmations de la commission, une telle exclusion totale et permanente, pour toute la durée d'application de la réglementation en matière de prélèvement supplémentaire, qui a pour effet d'empêcher les producteurs concernés de reprendre la commercialisation de lait à la fin de la période de cinq ans, n'était pas prévisible pour ces producteurs au moment où ils prenaient, temporairement, l'engagement de ne pas livrer de lait [...] Un tel effet porte donc atteinte à la confiance légitime que ces producteurs pouvaient avoir dans le caractère limité des effets du régime auquel ils se soumettaient⁴⁴⁰ ».

⁴³⁹ TPIUE, 31 mars 1998 Preussag Stahl c/ Commission. Aff. T 129/96. Recueil 1998 p. 609.

⁴⁴⁰ CJUE, 28 avril 1988 Mulder c/ Ministre de l'agriculture et de la pêche Aff. 120/86. Recueil 1998 p. 2321.

Dans un autre arrêt lié à la même affaire, la cour avait jugé que : « la responsabilité de la communauté est engagée à l'égard de chaque producteur qui a subi un préjudice réparable du fait qu'il a été empêché de livrer du lait [...] Cette responsabilité est fondée sur l'atteinte à la confiance légitime que les producteurs, incités par un acte de la communauté à suspendre la commercialisation de lait pour une période limitée, dans l'intérêt général et contre paiement d'une prime, pouvaient placer dans le caractère limité de leur engagement de non-commercialisation. Cependant, le principe de confiance légitime ne fait pas obstacle à ce que, sous un régime tel que celui du prélèvement supplémentaire, des restrictions soient imposées à un producteur, en raison du fait qu'il n'a pas commercialisé de lait pendant une période déterminée, antérieure à l'entrée en vigueur dudit régime, pour des raisons étrangères à son engagement de non-commercialisation⁴⁴¹ ».

Pour ce qui est de la confiance dans le maintien du comportement initial, le juge communautaire estime que la confiance méritant protection suppose un changement brutal et imprévisible. Autrement-dit, il faut que le justiciable ne soit pas en mesure de prévoir le changement du comportement adoptée jusque-là par l'administration communautaire. Le juge communautaire estime qu'il y a confiance légitime et il y a lieu de la protéger lorsqu'il ressort des faits que le requérant pouvait raisonnablement se fier au maintien ou à la stabilité de la situation ainsi créée. Dans l'affaire dite, Beurre de Noël, des entreprises Néerlandaise, qui produisent et commercialisent des margarines, ont demandé réparation du préjudice qu'elles auraient subi du fait de l'action « Beurre de Noël » qui consiste à faire écouler le beurre à prix réduit pour réduire les quantités stockées. Les requérants reprochaient à la Commission, entre autres, ses déclarations publiques et répétées allant dans le sens de l'abandon des solutions du type « Beurre de Noël » alors que la solution finalement adoptée par la commission était en totale contradiction avec les dites-déclarations, ce qui n'est pas sans violer leur confiance légitime.

La Cour de Justice avait estimé, dans son arrêt⁴⁴², que : « Il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que la possibilité de se prévaloir du principe de la protection de la confiance légitime est ouverte à tout opérateur économique dans le

⁴⁴¹ TPIUE, 13 janvier 1999 Bernhard Bücker-Lensing c/ Le Conseil et la Commission. Aff. T 1/96. Recueil 1999 p. II-00001.

⁴⁴² CJUE, 11 mars 1987 Van den Bergh et Van Dijk Food c/ Commission. Aff. 265/85. Recueil 1987 p. 01155.

chef duquel une institution a fait naître des espérances fondées. En outre, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée. En l'espèce, il n'a pas été établi que la Commission se serait engagée, avant l'adoption de la mesure litigieuse, à ne plus recourir à des actions du type Beurre de Noël. Elle a tout au plus indiqué qu'il conviendrait, à l'avenir, de mettre en œuvre de tels programmes avec modération [...] les stocks de beurre se sont fortement accrus entre 1983 et 1984. On ne pouvait exclure, dans ces conditions, l'adoption d'une nouvelle opération du type action Beurre de Noël et un opérateur économique prudent et avisé devait tenir compte de cette possibilité. Dès lors, le moyen tiré de la méconnaissance du principe de confiance légitime doit être rejeté ».

Dans l'affaire Irish Farmers Association, il était reproché à la Communauté l'adoption de mesures destinées à lutter contre la persistance d'une production de lait excédentaire par le biais, notamment, de la suspension de la production en contrepartie d'une indemnisation. Les demandeurs prétendent qu'ils auraient pu s'attendre, sur le fondement de la législation communautaire en la matière, à ce que la suspension en cause demeure provisoire et accompagnée d'indemnité. Dès lors que la suspension temporaire s'est transformée en réduction définitive, les requérants s'attendaient légitimement à ce que leur perte définitive soit compensée. Dans sa réponse, la Cour de justice⁴⁴³ avait estimé que : « Selon une jurisprudence constante de la Cour, dans le domaine des organisations de marchés, dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le fait qu'ils ne seront pas soumis à des restrictions résultant d'éventuelles règles de la politique des marchés ou de la politique de structure. Le principe de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'une réglementation communautaire que dans la mesure où la Communauté elle-même a créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime ». La Cour a estimé, en effet, que l'indemnité était proportionnée à l'effort supporté par les producteurs. Néanmoins, le caractère dégressif de l'indemnité accordée est lié au fait

⁴⁴³ CJUE, 15 avril 1997 *The Irish Farmers Association c/ Ministre de l'agriculture*. Aff. C 22/94. Recueil 1997 p. I-01809.

que les efforts des producteurs se réduisent avec le temps, et donc, les producteurs devaient s'attendre à ce que cette indemnité soit abrogée à un moment donné. Il en résulte pour la Cour que : « Au vu des considérations qui précèdent, il convient de constater que les demandeurs au principal disposaient d'éléments suffisants leur permettant de s'attendre, eu égard, notamment, à la persistance de la situation excédentaire du marché, aux autres mesures successives de réduction ».

Un tel raisonnement est réitéré par la Cour dans son arrêt *Di Lenardo et Dilexport*, en effet, dans cet arrêt, la cour procède à travers un effort de pédagogie qui caractérise sa jurisprudence, à fixer le modèle de l'analyse en ces termes : « Quant à la possibilité de se prévaloir de la protection de la confiance légitime, elle est ouverte à tout opérateur économique dans le chef duquel une institution a fait naître des espérances fondées. Toutefois, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée [...] De plus, si le principe de protection de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la Communauté, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires, et cela spécialement dans un domaine comme celui des organisations communes des marchés, dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique⁴⁴⁴ ».

En troisième lieu, le juge communautaire exige que la confiance, pour qu'elle mérite protection, soit légitime. Autrement-dit, le requérant qui invoque la confiance légitime doit être de bonne foi. Toute illégalité manifeste et tout fait frauduleux rend toute invocation de la confiance légitime vouée à l'échec.

Ainsi, dans une affaire⁴⁴⁵ opposant la Commission à une entreprise italienne au sujet des quotas de production, celle-ci, reprochait à la commission d'avoir calculé ses quotas de production de manière erronée. En effet, elle reproche à la Commission : « de ne pas l'avoir avertie en temps opportun du dépassement de son quota de livraison. De plus, la longue période entre la constatation du dépassement

⁴⁴⁴ CJUE 15 juillet 2004 *Di Lenardo et Dilexport c/ Ministre du commerce*. Aff. C 37/02 et C 38/02. Recueil 2004-I-06911.

⁴⁴⁵ CJUE, 12 décembre 1985 *Sideria SpA c/ Commission*. Aff. 67/84. Recueil 1985 p. 03983.

et la décision infligeant une amende lui aurait fait espérer une solution favorable. Dans ces conditions, infliger une amende violerait le principe de la confiance légitime ». Pour sa part, bien que reconnaissant que ces quotas ont été calculés de manière erronée, la Commission a infligé à l'entreprise italienne une amende pour dépassement des dits-quotas, en effet, elle estime que : « elle n'a pas à avertir les entreprises, celles-ci connaissant parfaitement leurs obligations et la sanction de leur non-respect. Par ailleurs, la décision infligeant des amendes a été précédée d'auditions qui ont empêché la naissance de faux espoirs ». La Cour de justice, dans son arrêt, rejette le moyen tiré de la violation de la confiance légitime. Elle estime que : « Ce principe (confiance légitime) ne peut en effet être invoqué par une entreprise qui s'est rendue coupable d'une violation manifeste de la réglementation en vigueur ».

Dans une autre espèce, rendue cette fois en matière d'aide à la construction de nouveaux navires de pêche⁴⁴⁶. Des entreprises espagnoles ont entamé des projets de constructions navales et à ce titre, elles ont bénéficié d'aides publiques, mais après une dizaine d'année de l'octroi des aides et 32 mois des rapports d'audit, la commission a exigé le remboursement des aides accordées. Les entreprises requérantes reprochaient à la commission la violation du principe de confiance légitime en raison de la longueur des délais qui se sont écoulés entre les décisions d'octroi des concours financiers et les décisions de suppression de ceux-ci. En effet, les entreprises requérantes estiment que : « Le comportement de la Commission dans cette affaire constituerait, tout d'abord, une violation du principe de la protection de la confiance légitime, dans la mesure où, entre le moment où les aides ont été octroyées aux requérantes et celui où les décisions ordonnant leur suppression ont été adoptées, les requérantes n'ont pu disposer d'aucun indice indiquant que la Commission considérait qu'elles avaient commis des illégalités ». Dans sa décision, le TPI a jugé que : « selon la jurisprudence de la Cour, le principe de la protection de la confiance légitime ne peut pas être invoqué par une entreprise qui s'est rendue coupable d'une violation manifeste de la réglementation en vigueur. La Cour a par ailleurs indiqué que s'il convient de veiller au respect des impératifs de la sécurité juridique protégeant des intérêts privés, il importe également de les mettre en balance avec les impératifs du principe de légalité protégeant des intérêts publics et

⁴⁴⁶ TPIUE, 24 avril 1996 *Industria Pesqueras Campos c/ Commission*. Aff. T 551/93. Recueil 1996. p. II-00247.

de promouvoir ces derniers lorsque le maintien d'irrégularités est de nature à violer le principe d'égalité de traitement [...] les requérantes ont commis, en parfaite connaissance de cause, des violations manifestes de la réglementation en vigueur [...] Par conséquent [...] le Tribunal considère, d'une part, que les requérantes ne sauraient se prévaloir d'une atteinte à une prétendue confiance légitime ».

Il ressort, donc, d'une jurisprudence constante du juge communautaire que le requérant doit être exempt de tout reproche. Ainsi, en matière de concours financiers, le TPI a pu juger que : « la requérante ne pourrait utilement invoquer le principe de protection de la confiance légitime. En effet, le bénéficiaire d'un concours financier communautaire ne peut pas légitimement s'attendre, dans le cas d'une méconnaissance des conditions d'octroi de ce dernier, au paiement de l'intégralité du montant accordé. Dans cette hypothèse, il ne saurait dès lors se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime en vue d'obtenir le paiement du solde du montant total du concours initialement accordé⁴⁴⁷ ».

Il ressort de cet examen de la jurisprudence des Etats européens et celle du juge communautaire que le principe de confiance légitime, dans son application, est soumis à des conditions strictes dont l'examen relève de l'appréciation souveraine des juges.

⁴⁴⁷ TPIUE, 15 octobre 1997 IPK c/ Commission. Aff. T 331/94. Recueil 1997 p. II-01665.

SECTION II : La résistance à l'infiltration du droit français par le principe de confiance légitime

Le droit français est un droit basé sur la réalisation de l'intérêt général par le respect de la légalité. Il s'agit d'un droit dont la légalité constitue le socle et le fondement, néanmoins un ensemble d'institutions, inspirées par la sécurité juridique, jouent le rôle d'un contrepoids à la légalité excessive. En effet, dans un droit administratif français fondé tout entier sur l'incarnation et la sauvegarde du bien public, il n'y avait guère de place à la reconnaissance d'un droit des justiciables au respect de leur confiance légitime dans le système. La fidélité absolue à l'intérêt général autoriserait-elle des petites infidélités au profit des intérêts particuliers.

Paragraphe 1 : Le scepticisme de la doctrine française à l'égard de la confiance légitime

Le principe de protection de la confiance légitime, tel que qu'on l'a examiné plus haut, fait l'objet d'un certain rejet de la part de la doctrine française majoritaire. La critique dans son ensemble s'articule autour de trois axes. D'une part, l'origine étrangère du principe de protection de la confiance légitime, d'autre part, le caractère subjectif de sa mise en œuvre. Et enfin, son impact sur l'action administrative. Le chef de file de ce courant demeure Madame S. Calmes, qui, tout au long de ses recherches, n'a cessé de tirer à boulet rouge⁴⁴⁸ sur l'idée d'introduire la confiance légitime en droit français. Pour cette raison, nous nous baserons essentiellement sur ses opinions dans le présent paragraphe.

En effet, pour Madame S. Calmes, le principe de confiance légitime, compte tenu de ses origines étrangères, constitue une menace pour l'ordre juridique français au cas où celui-ci venait à le consacrer comme principe général de droit. Il s'agirait, dans les faits, d'une simple importation d'un principe étranger par ses origines germaniques d'une part, et par sa portée subjective d'autre part. Une caractéristique qui tranche avec la portée objective de l'ordre juridique français. M. Prevedourou⁴⁴⁹ considère qu'avant d'importer un principe de l'étranger, il faudrait avant tout s'interroger sur sa portée dans son propre pays. C'est-à-dire, procéder à un pré-examen de sa compatibilité avec la tradition juridique française. L'opinion de Madame S. Calmes est plus tranchée, en effet, elle souligne que : « L'alignement délibéré de la conception française sur la conception allemande [...] risquerait de revêtir la forme d'une véritable substitution [...] le principe subjectif de protection de la confiance légitime ne pourrait pas, en tant que règle de droit positif, s'intégrer sans heurts dans l'ordre juridique français classique afin d'y assurer la protection des particuliers

⁴⁴⁸ Mme. Calmes adopte des propos sévères contre toute tentative de consécration de la confiance légitime en droit français. A titre d'exemple ce passage : « dans le cadre de la conception traditionnelle française, qui met l'accent sur les prérogatives de puissance publique [...] qu' (elle) englobe souffriraient de l'introduction dans le système d'un monstre basé sur le subjectivisme et la psychologie sociale. Ce principe risquerait bien plus d'être un virus, contagieux et perturbateur, qu'une avancée facteur de progrès du droit ». S. Calmes, op. cit. p. 495.

⁴⁴⁹ E. Prevedourou, Le principe de confiance légitime en droit public français. Athènes, 1998 (cité par S. Calmes p. 492).

contre les bouleversements de leur situation juridique subjective ; il serait, tel un virus, un facteur d'implosion de notre conception traditionnelle du droit [...] La protection de la confiance légitime, dans la mesure où elle aspire avant tout au maintien des situations juridiques favorables à l'intéressé nonobstant leur caractère illégal, entre en contradiction ouverte avec la solution prescrite par la loi, et représente une perforation de la légalité⁴⁵⁰ ». Monsieur Pacteau, pour sa part, considère que : « Le problème est que notre conception objective de la légalité empêche qu'on puisse ainsi se prévaloir d'une illégalité, non plus que d'une promesse que l'administration n'avait en fait pas le droit de formuler⁴⁵¹ ». Pour ce courant doctrinal, la consécration en droit français du principe de confiance légitime sonnerait la fin de la conception objective française.

Outre son origine étrangère, Madame S. Calmes considère que le principe de confiance légitime, par sa portée subjective, constitue un concept incompatible avec le droit français, celui-ci étant traditionnellement un droit objectif. Un argument repris par la quasi-totalité de la doctrine hostile à la transposition du dit-principe au droit français. Pour l'auteur, ce subjectivisme découle de sa nature « Hautement » casuistique, celle-ci fait en sorte que le juge, dans l'application qu'il fait de ce principe, sera amené à arbitrer entre des intérêts contraires et faire dépendre ses solutions des faits de chaque espèce. Autrement-dit, il s'agirait d'une justice rendue au cas par cas, alors que le droit français serait basé sur des institutions juridiques déterminées de manière objective. Madame S. Calmes voit derrière cette casuistique deux phénomènes de nature à déstabiliser l'architecture juridique française. D'une part, la casuistique qui résulte de la protection de la confiance légitime est porteuse d'une certaine flexibilité illimitée de l'ordre juridique. L'auteur écrit : « la relativisation de la protection des situations juridiques, notamment par le biais du principe casuistique de protection de la confiance légitime, permet également les ajustements ; cette flexibilité du droit autorise des adaptations sans réformes formelles [...] Cependant, une trop grande flexibilité peut mettre en péril les objectifs essentiels de l'ordre juridique. Ce dernier doit permettre une application du droit qui tient compte tant du besoin d'innovation que du besoin de stabilité [...] Mais, il (principe de confiance légitime) est tellement subjectif et casuistique que de cette

⁴⁵⁰ S. Calmes, op. cit. p. 492.

⁴⁵¹ B. Pacteau, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? AJDA 1995 p. 151.

tentative louable de compromis résulte, en fin de compte, une incertitude totale quant au résultat concret adopté⁴⁵² ». D'autre part, elle estime que de ce caractère casuistique découle la consécration d'une arme entre les mains du juge qui peut l'utiliser comme il le souhaite. La confiance légitime permettrait au juge de devenir un législateur bis puisqu'il tirerait de ce principe le pouvoir de rendre une justice discrétionnaire.

Madame S. Calmes considère que : « L'analyse des solutions contingentes auxquelles donne lieu la mise en œuvre du principe de protection de la confiance permet ainsi de qualifier ce dernier de principe à la fois psychologique quant à ses conditions d'application, et politique quant à ses effets [...] Le choix de l'admission d'un tel principe suppose un transfert du pouvoir de décision sur le juge qui a, ce faisant, pour rôle de faire respecter une certaine « éthique ». Il n'a donc pas pour fonction de raisonner en termes de droit applicable, mais en termes de comportements et de sentiments humains⁴⁵³ ». Pour sa part, Monsieur P. Vincent dans ses conclusions sous l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 17 juin 1999 estimait que : « le principe de confiance légitime n'en continue pas moins d'être considéré avec circonspection par le juge administratif, attitude motivée tant par la dimension subjective que revêt la notion de confiance légitime du bénéficiaire de l'acte, allant à l'encontre de la conception française, qui cherche la conciliation entre les deux préoccupations parfois antagonistes de légalité et de sécurité juridique par l'édiction de normes objectives⁴⁵⁴ ».

Le Professeur D. Truchet, par ailleurs, directeur des travaux de Madame S. Calmes, n'est pas non plus favorable à l'intégration de la confiance légitime dans l'ordre juridique français. Il écrit à ce sujet : « Faut-il aller plus loin et en faire un principe général du droit français, applicable même lorsque le droit communautaire n'est pas en cause ? [...] Le Conseil d'Etat s'y refuse pour de bonnes raisons : le principe de confiance légitime n'ajouterait sans doute aucune garantie nouvelle à celles dont le citoyen dispose déjà, notamment au titre de la sécurité juridique. Il s'insérerait mal dans notre droit administratif qui reste dominé par la conception objective des droits du citoyen, alors que la confiance légitime repose sur une vision subjective des droits

⁴⁵² S. Calmes, op. cit. p. 487.

⁴⁵³ S. Calmes, op. cit. p. 490.

⁴⁵⁴ P. Vincent, Le faible impact du principe de confiance légitime en droit administratif français. RFDA 2000, p. 254.

exercés par une personne en fonction des relations individuelles qu'elle entretient avec l'administration⁴⁵⁵ ».

Paragraphe 2 : La fragilité de la critique

L'hostilité de la majorité de la doctrine française à une éventuelle intégration du mécanisme de la protection de confiance légitime aussi forte soit elle, n'en demeure pas moins fondée sur des arguments fragiles ne pouvant résister à un examen approfondi. Nous allons articuler notre réponse autour de deux axes ; d'une part, l'argument tiré de l'origine étrangère du principe de confiance légitime, et d'autre part, celui basé sur son incompatibilité avec le droit français.

Sous-paragraphe 1 : une origine étrangère et incompatibilité contestables

La doctrine française, dans ses critiques à l'égard du principe de confiance légitime, met l'accent sur son origine allemande. Un argument qui confortait également la position du conseil d'Etat dans son refus de consacrer la confiance légitime en tant que principe général du droit. On a pu expliquer combien il était désagréable pour un juge d'appliquer des concepts qui lui sont étrangers et dont il ne maîtrise pas les contours. Néanmoins, un examen attentif de la question permet de relativiser un tel refus de naturalisation. Au contraire même, on serait même tenté de dire, qu'il s'agit d'un principe auquel le juge administratif français est familier, si ce n'est plus que le juge allemand, au moins au même titre que lui.

A – La confiance légitime est-elle étrangère au Conseil d'Etat ?

Nous avons eu l'occasion dans la première partie d'examiner quelques applications jurisprudentielles de la confiance légitime en droit administratif. Nous avons

⁴⁵⁵ D. Truchet, Droit administratif, Thémis droit PUF, 2011, p. 160.

également vu comment le Conseil d'Etat s'est déployé à censurer toute tentative allant dans ce sens. Néanmoins, la haute juridiction en accepte l'application lorsqu'elle est en présence d'un contentieux en rapport avec le droit communautaire. Le Conseil d'Etat considère, en effet, que le moyen fondé sur la violation de la confiance légitime comme inopérant, et par conséquent ne l'examine pas à chaque fois que l'acte litigieux n'est pas de ceux pris par les autorités nationales pour la mise en œuvre du droit communautaire. Le juge administratif répond souvent par cette formule : « Considérant que le moyen tiré de la méconnaissance du principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit de l'union européenne, est inopérant à l'encontre de la décision attaquée qui n'a pas été prise pour l'application du droit communautaire (droit européen) ».

Autrement-dit, à chaque fois que le droit communautaire est en cause, le Conseil d'Etat, juge national du droit communautaire, saisi sur la base du principe de confiance légitime doit l'appliquer et de recourir à la CJUE, si besoin est, à travers une question préjudicielle. Donc, le principe de confiance légitime, en tant que principe général du droit communautaire, non seulement n'est pas complètement étranger à notre juge administratif, mais s'impose à lui. La première décision, à notre connaissance, par laquelle le Conseil d'Etat admet l'application du principe de confiance légitime, a été rendue en 2001⁴⁵⁶. Dans cette espèce, il était question de la légalité du décret du 24 mars 2000 relatif à la modulation des paiements accordés aux agriculteurs au titre des régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune, pris en application du règlement du 17 mai 1999. Les requérants reprochaient au décret, notamment, sa violation du principe de confiance légitime par sa portée rétroactive. Dans son arrêt, le Conseil d'Etat avait décidé que : « Considérant [...] que pour mettre en œuvre ce règlement, le gouvernement pouvait décider la réduction des paiements accordée à raison des régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune pour l'ensemble de l'année en cours, à la condition de respecter le principe de confiance légitime applicable en matière de droit communautaire ; que le gouvernement a annoncé publiquement dès le mois de mai 1999 son intention de mettre en place la modulation des aides permise par le règlement susmentionné et [...] a consulté sur son projet de modulation le conseil supérieur d'orientation et de coordination de

⁴⁵⁶ CE, Ass. 11 juillet 2001, Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres.

l'économie agricole et alimentaire, où sont représentées les organisations syndicales d'agriculteurs ; que, dans ces conditions, les producteurs prudents et avisés ont été mis en mesure dès avant le début de l'année 2000 de prévoir l'adoption de la mesure litigieuse ; que, par suite, les moyens tirés de la méconnaissance des principes de confiance légitime et de non-rétroactivité doivent être écartés ».

La démarche du Conseil d'Etat est identique à celle adoptée par le juge communautaire ; en effet, celui-ci considère que le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître dans son chef des espérances fondées. Toutefois, le juge communautaire pose un bémol à cette règle, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait se prévaloir d'une confiance légitime dans le cas où cette mesure est adoptée⁴⁵⁷.

Toujours dans le domaine des aides au monde agricole, le Conseil d'Etat, dans un litige opposant l'Office de développement de l'économie agricole des DOM à un producteur de bananes au sujet du retrait d'une partie de l'aide accordée, a procédé à un véritable alignement jurisprudentiel. Les juges du palais-royal ont jugé que : « Considérant qu'ainsi que l'a jugé la CJCE [...] en l'absence de disposition communautaire, les modalités de récupération d'une aide indûment versé sur le fondement d'un texte communautaire sont soumis aux règles de droit national, sous réserve que l'application de ses règles se fasse de façon non discriminatoire au regard des procédures visant à trancher des litiges nationaux de même type et qu'elle ne porte pas atteinte à l'application et à l'efficacité du droit communautaire ou n'ait pour effet de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile la récupération des sommes octroyées ; que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale exclut la répétition d'une aide indûment versée en prenant en compte des critères tels que la protection de la confiance légitime, la disparition de l'enrichissement sans cause ou l'écoulement d'un délai⁴⁵⁸ ».

⁴⁵⁷ Arrêt du TPIUE du 16 octobre 1996, Efisol c/ Commission. T-336/94.

⁴⁵⁸ CE, Sect. 26 novembre 2010, ODEADOM. N°330320.

Que le moyen tiré de la violation du principe de protection de la confiance légitime soit fondé ou inopérant, il n'en demeure pas moins soumis au contrôle du juge administratif. Cela prouve, si besoin en est, que celui-ci connaît parfaitement le principe de confiance légitime, et qu'il ne lui est étrangers que par son interprétation. D'autant plus que les droits nationaux ayant adopté le principe de confiance légitime, combien même étant de tradition juridique objective, n'ont pas eu de mal à l'intégrer. On se poserait légitimement la question pourquoi le droit administratif français en ferait exception.

B – une incompatibilité, la dimension subjective du principe de confiance légitime

Le principal argument des opposants français au principe de confiance légitime est fondé sur son incompatibilité avec l'ordre juridique français du fait de sa portée subjective. L'examen du régime juridique du principe de confiance légitime démontre que cet argument est, sinon infondé, au moins exagéré.

En effet, l'examen de l'élément subjectif n'est qu'un élément constitutif de la confiance légitime parmi d'autres éléments objectifs, aussi bien déterminants les uns que les autres. Certes, la confiance en la base est appréciée de manière subjective, mais l'examen de la base de confiance et l'examen de la balance des intérêts, sont examinés de manière objective. En outre, même dans son examen de la dimension subjective, le juge tend de plus en plus à objectiver un tel examen.

L'élément subjectif, rappelons-le, consiste en l'imprévisibilité du changement pour le requérant. Il s'agit d'apprécier la validité d'un acte réglementaire ou non réglementaire à l'aune d'une situation individualisée. Donc, en somme, le danger que pointe la doctrine serait la prise en compte, par le juge, de la situation subjective du requérant pour apprécier l'imprévisibilité du changement. Pourtant, le concept d'imprévisibilité n'est pas étranger au droit positif français, la portée de la notion de force majeure en dit long sur celle de l'imprévisibilité. La seule différence, consiste dans le fait qu'en matière de confiance légitime, il s'agit d'une imprévisibilité normative qui serait susceptible de contrarier la volonté et l'action des personnes

publiques. L'examen de l'imprévisibilité, combien même il serait accompli sous le sceau de la subjectivité, le recours du juge à la technique du standard tend à réduire la portée de ce subjectivisme.

Ainsi, comme il ressort de la jurisprudence communautaire, l'examen de l'imprévisibilité d'un changement normatif s'effectue sur la base d'un standard à savoir la notion d'opérateur averti. Dans son arrêt *Gerekens et Procola*, la Cour avait jugé qu' : « En ce qui concerne la violation éventuelle de la confiance légitime des intéressés, il convient de rappeler que la possibilité de se prévaloir de la protection de la confiance légitime est ouverte à tout opérateur économique dans le chef duquel une institution a fait naître des espérances fondées [...] Le principe de protection de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'une réglementation que dans la mesure où les pouvoirs publics eux-mêmes ont créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime [...] En outre, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée⁴⁵⁹ ».

Cette subjectivité, qui fait de la confiance légitime une notion étrangère à l'ordre juridique français, se trouve limitée à travers l'examen de la légitimité de la confiance. En effet, le juge communautaire, lorsqu'il contrôle la source et la base de la confiance légitime, procède à un véritable contrôle de légalité. Ainsi, il ressort de la jurisprudence communautaire que l'invocation de la confiance légitime ne peut être fondée sur une base illégale. Pour Monsieur D. Simon⁴⁶⁰ : « Cette application extensive du principe *fraus omnia corrumpit* pourrait être contestée, dans la mesure où l'illégalité du comportement des institutions n'implique pas nécessairement la mauvaise foi du justiciable, ce dernier pouvait se fier légitimement à la présomption de légalité s'attachant aux actes des institutions jusqu'à leur annulation juridictionnelle. On pourrait même prétendre que la protection des droits des justiciables s'impose d'autant plus que le comportement de l'administration communautaire est illégal. Il semble toutefois que le juge communautaire s'en tienne

⁴⁵⁹ CJUE, 15 juillet 2004 *Willy Gerekens et Association agricole pour la promotion de la commercialisation laitière Procola c/ Luxembourg*. Aff. C 459/02. Recueil 2004-I-07315.

⁴⁶⁰ D. Simon, *La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ?*, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruxelles Buylant, 2000.

à une conception stricte de la légalité objective, qui implique que des droits légitimes ne puissent naître d'une situation illégale ».

Déjà en 1978, le juge communautaire avait estimé que le moyen basé sur la violation de la confiance légitime n'était pas fondé lorsque la base de confiance est illégale. Il a jugé en l'espèce que : « la circonstance que la commission avait, en ce qui concerne des exportations antérieures comparables à celles envisagées par la requérante, calculé la compensation sur des bases certes plus avantageuses mais dépassant l'objectif des règlements [...] ne pouvant pas conférer à la requérante un droit au maintien de ces calculations inexactes ; que par contre, la commission était, dès que l'inexactitude de ces calculs était constatée, tenue de la rectifier dans l'intérêt financier de la communauté et afin de prévenir la naissance de positions privilégiées⁴⁶¹ ». Dans une autre espèce, le TPI avait jugé que : « les entreprises bénéficiaires d'une aide d'Etat ne sauraient avoir une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure dont un opérateur économique diligent doit être en mesure de s'assurer⁴⁶² ».

Sous-paragraphe 2 : Le véritable poids du principe de protection de la confiance légitime

Tout au long de notre étude du principe de protection de la confiance légitime, nous avons mis l'accent sur l'examen auquel se livrent les juges, et notamment celui exercé par le juge communautaire. Il ressort de l'étude de ces jurisprudences une conception assez restrictive des différentes conditions d'application de ce principe. Une conception tellement restrictive que le régime juridique de la confiance légitime a été construit plus à partir des arrêts de rejet que par des arrêts d'admission de la confiance légitime. Une reconnaissance de la confiance légitime comme principe général de droit ne signifie pas son admission rigide et automatique à chaque fois qu'il est revendiqué dans le cadre d'un contentieux. Donc, l'argument consistant à relever que la consécration de la confiance légitime est un risque pour le droit français perde de sa pertinence. Parce qu'il ne s'agit pas de consacrer un principe

⁴⁶¹ CJCE Töpfer, op. cit.

⁴⁶² TPIUE Preussag Stahl c/ Commission, op. cit.

contre d'autres mais de les faire coexister en intelligence pour la protection des citoyens dans leurs rapports avec les institutions publiques.

Paradoxalement, cet argument n'a pas échappé au chef de file du courant opposé à la reconnaissance du principe de protection de la confiance légitime en droit français. En effet, Madame S. Calmes estime que : « Les effets concrets du principe français de protection de la confiance légitime, si ce dernier venait à être admis – comme principe général ou comme principe circonscrit dans certains domaines ciblés – en droit positif interne, seraient nous semble-t-il minimales : la tradition juridique française amènerait les pouvoirs publics, notamment le juge, à éviter d'appliquer le principe et, en cas d'application, à ne pas accorder de protection effective de la confiance des intéressés⁴⁶³ ».

Une analyse qui n'est pas fautive mais qui mérite tout de même deux précisions. D'une part, Madame S. Calmes fonde son analyse sur une vision de choc des conceptions objective et subjective. Pour les tenants de cette analyse, toute application de la confiance légitime en droit français est une négation du principe de la légalité, alors qu'ils coexistent parfaitement dans les autres systèmes juridiques européens et étrangers. D'autre part, Madame S. Calmes semble pencher, en cas de coexistence des deux principes, vers la primauté de principe de la légalité sur la confiance légitime, le premier neutralise le second. Une telle conception repose sur une vision idéaliste de la légalité qui n'existe pas. Comme nous l'avons vu en première partie, personne ne conteste le rôle du principe de la légalité en ce qu'il assure une certaine sécurité juridique objective, néanmoins, il arrive aussi, qu'il peut porter préjudice à cette sécurité juridique.

Il ressort de tout ce qui précède que le principe de confiance légitime n'est pas ce monstre qu'une partie de la doctrine veut bien nous faire croire. Néanmoins, si le principe en lui-même n'a rien de déstabilisant en tant que tel, l'application et la conception que peut se faire le juge de ce principe peut être un facteur déstabilisateur. Or, et comme nous l'avons relevé plus haut, les juges qui appliquent le principe de confiance légitime, le font de manière pragmatique. Il s'agit pour eux de trouver un équilibre entre l'équité et l'intérêt général. Madame S. Calmes ne dit pas autre chose lorsqu'elle écrit : « Lorsque le principe de protection de la confiance

⁴⁶³ S. Calmes, op. cit. p. 570.

légitime est actionné, ses chances d'aboutir à une protection effective de l'intéressé sont, à priori, faibles, vu les nombreuses conditions requises pour ce faire. Il est vrai que ces conditions sont par nature souples, de sorte que les autorités publiques, notamment les juges, peuvent les faire jouer de manière plus ou moins stricte, selon leur bon vouloir. Or, le juge communautaire, dans un système à la fois empreint de subjectivisme – sous l'influence allemande – et d'objectivisme – sous l'influence française – [...] semble, aujourd'hui encore, peu enclin à aller jusqu'au bout de la logique de ce dernier (le principe), et à l'appliquer concrètement en faveur du requérant ; il n'admet, en fin de compte, que rarement la violation du principe⁴⁶⁴ ».

A partir de tout ce qui précède, nous pouvons estimer que le droit administratif français, ne peut craindre aucune incompatibilité avec le principe de confiance légitime.

Paragraphe 3 : La confiance légitime en droit français, un principe qui règne mais ne gouverne pas

Malgré le rejet catégorique du principe de la confiance légitime de la part de la doctrine française, force est de constater que son influence n'est pas toujours loin. Une influence de plus en plus visible qu'on est en droit de se demander si le principe de confiance légitime n'est pas en train de faire son entrée en droit français.

Sous-paragraphe 1 : La sanction du comportement administratif déloyal

Au sujet de la présence du principe de confiance légitime en droit français, Monsieur R. Chapus estime que : « le principe n'est pas étranger au droit national. Il y est depuis longtemps, mais discrètement, illustré par la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des renseignements erronés et des promesses non tenues. Il l'a été aussi, en fait, par un arrêt ancien (et oublié) du Conseil d'Etat, reconnaissant

⁴⁶⁴ S. Calmes, op. cit. p. 572.

la responsabilité de l'administration engagée par la brusquerie, non justifiée, d'un changement de son comportement⁴⁶⁵ ».

En effet, le juge administratif s'est confronté à plusieurs reprises à des espèces où étaient en cause des agissements administratifs en contradiction avec la loyauté qu'exigent les relations administration/citoyen. Madame M. Deguerque estime que : « l'engagement pris par l'administration est tellement précis, ou qu'il revête tous les aspects de l'opération administrative régulière, qu'il crée une véritable obligation d'ordre moral, que le juge fait respecter en dehors de tout texte. Le manquement à la parole donnée et la confiance légitime trompée sont ainsi toujours jugés constitutifs de fautes de service, qu'ils surviennent dans un cadre contractuel ou précontractuel ou en dehors de toute perspective de cette nature⁴⁶⁶ ».

Dans un arrêt datant de 1922, le Conseil d'Etat avait estimé que la responsabilité de l'Etat peut être engagée du fait du manquement à ses engagements. Il s'agit d'engagements pris à l'égard de soldat polonais que la France a ignoré par la suite. Ainsi, le Conseil d'Etat avait jugé que : « en portant ces conditions à la connaissance des officiers de complément, l'Administration de la guerre a agi de façon à leur donner la conviction qu'elle leur offrait la faculté de prendre du service dans l'armée polonaise [...] qu'en tout cas, ces officiers, en souscrivant leur contrat d'engagement, devaient légitimement penser qu'ils auraient, en tout état de cause, droit, pendant six mois, au paiement de la double solde [...] que dans ces circonstances, les interventions de l'administration de la guerre [...] sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat⁴⁶⁷ ». Le juge administratif donne raison aux requérants dans le chef de qui l'administration a créé des espérances fondées qu'elle a par la suite trompées. Dans son commentaire de la décision, Hauriou écrivait : « l'opération faite par l'administration de la guerre ressemble visiblement à une gestion d'affaire [...] Quand le gérant d'affaire est l'administration publique, la confiance qu'il inspire par son caractère officiel est d'autant plus forte et l'obligation de ne pas la tromper est d'autant plus stricte⁴⁶⁸ ».

⁴⁶⁵ R. Chapus, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien 15^e éd. p. 106.

⁴⁶⁶ M. Deguerque, Promesses, renseignements, retards. Rép. Dalloz. La Responsabilité de la puissance publique, juin 2011.

⁴⁶⁷ CE, 30 juin 1922 Lamiable et autres, Sirey 1922, III^e partie, p. 25. Note Hauriou. La jurisprudence administrative de 1892 à 1929. Notes d'arrêts réunies et classées par André Hauriou. Tome 1 p. 567.

⁴⁶⁸ Note Hauriou, op. cit. p. 572.

Si Hauriou choisit de fonder la responsabilité sur le fondement de la gestion d'affaires, nous pensons que si uniquement parce qu'à cette date, le principe de confiance légitime n'était pas né en Allemagne. Autrement, le Doyen toulousain aurait procédé à un rapprochement, sur ce point, entre le droit allemand et le droit français. En effet, la base de confiance en l'espèce est l'accord signé par l'administration, dont le caractère précis n'est contesté par personne. La confiance en la base, quant à elle, découle du caractère officiel de l'entité source de la base de confiance. Pour ce qui est du troisième élément du mécanisme de la confiance légitime, à savoir l'imprévisibilité du changement, il est contenu dans le caractère obligatoire des engagements par lesquels s'oblige l'administration publique sauf lorsqu'un intérêt public l'exige, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Pour Madame Deguegue : « le comportement de l'administration ou certains de ses agissements peuvent être analysés par le juge comme un manquement à une promesse, dès lors que la conviction que leur destinataire a pu légitimement acquérir s'est révélée infondée⁴⁶⁹ ».

Comme en matière de confiance légitime en droit communautaire, le concept de la faute due aux promesses non tenues en droit français a prospéré en matière de droit économique et en droit de la fonction publique. Ainsi, dans une espèce rendue à propos d'un refus d'un permis de construire après l'avis favorable des services compétent et le paiement des sommes dues à celui-ci, le Conseil d'Etat saisi par la société requérante en vue d'annuler ce refus de permis, avait estimé que : « aucune illégalité n'étant établie à l'encontre des décisions relatives à la création de la voie nouvelle et au refus de délivrance du permis litigieux, lesdites décisions ne sauraient être regardées comme constitutives de fautes susceptibles d'engager vis-à-vis de la société requérante la responsabilité d'une collectivité publique. Mais considérant qu'en poursuivant le recouvrement de participations financières au titre d'un permis de construire non encore délivré, et en laissant croire ainsi à la société que le dit permis lui était acquis, les services de la ville de Nice ont commis une faute qui a causé à la société un dommage [...] Considérant qu'il résulte de tout ce qui a été dit ci-dessus que la Société est fondée à réclamer à l'Etat réparation des dommages qui sont résulté pour elle de la faute de service susmentionnée⁴⁷⁰ ». Le Conseil d'Etat

⁴⁶⁹ M. Guergue, op. cit.

⁴⁷⁰ CE 26 octobre 1973 SCI résidence Arcole. Requête n°87909. Recueil Lebon 601.

juge qu'il s'agit d'une responsabilité pour faute, celle-ci étant provoquée par la violation par l'administration des espérances qu'elle a fait naître dans le chef de la société.

Dans une autre espèce, où étaient en cause les assurances données par un maire ayant créées des espérances légitimes dans le chef d'un entrepreneur concernant un projet immobilier abandonné par la suite. Saisi en cassation, le Conseil d'Etat avait jugé que : « Considérant, d'une part, que le courrier du 19 juin 1990 (une lettre du maire) n'a pu [...] faire naître un marché de travaux publics ; que, toutefois, le maire [...] en incitant ainsi la société à exposer des dépenses sans qu'un marché régulier ait été préalablement conclu, commis une faute de nature à engager la responsabilité de la commune [...]. Le maire a également commis une faute de nature à engager la responsabilité de la commune en incitant cette société à engager les travaux de construction de l'usine en cause en l'absence même de permis de construire [...] qu'il résulte de l'instruction que l'ambiguïté ainsi entretenue par le maire a été déterminante dans la décision de la société d'engager sur la base des assurances ainsi données, de nouvelles dépenses en vue de l'exécution des travaux en cause, qu'en incitant ainsi la société à se fier à ces engagements, qui n'ont finalement pas été honorés par l'association (que la société a cru légitimement qu'elle agit pour le compte de la commune du fait de sa présidence par le maire et de sa communication par les voies officielles de la mairie) [...] le maire a commis une faute de nature à engager la responsabilité de la commune⁴⁷¹ ».

Le Conseil d'Etat fait preuve, dans cette espèce, d'un libéralisme qui dépasse même celui qui découle de l'application du principe de confiance légitime et d'un subjectivisme au moins équivalent à celui lié à ce même principe. En effet, malgré l'irrégularité de la base de confiance que l'entreprise, en tant qu'opérateur économique avisé, pouvait facilement détecter, le Conseil d'Etat privilégie, en dépit de la légalité, la légitimité de la confiance en la base même irrégulière. Cette légitimité découle, implicitement mais nécessairement, de l'application de la bonne foi et la théorie de l'apparence.

Madame S. Calmes, dont on salue l'honnêteté intellectuelle, n'a pas occulté l'étude de la responsabilité du fait des renseignements et pratiques de l'administration.

⁴⁷¹ CE, sect. 26 sept. 2007. Société Procédés et Matériels de Construction. Requête n° 247277. Inédit au recueil.

En effet, elle estime au sujet de ce régime de responsabilité que : « il s'agit implicitement pour le juge, de savoir si cette confiance est ou non légitime. Or, il semble parfois combiner la faute et cette logique de la confiance légitime. D'abord, en droit de la fonction publique, notamment, la question de la légitimité de la confiance semble avoir été prise en compte par le Conseil d'Etat, mais toujours sans que le mécanisme de protection de la confiance légitime soit pour autant expressément appliqué⁴⁷² ».

Sous-paragraphe 2 : La protection de la confiance légitime du contribuable

S'il y a bien un domaine juridique qui pourrait servir de laboratoire d'expérimentation du principe de confiance légitime en droit français c'est, bel et bien, le droit fiscal. Plus encore, l'étude de certains aspects liés à la fiscalité permet d'identifier des mécanismes juridiques qui ne sont rien d'autre qu'une protection de la confiance légitime qui ne dit pas son nom. En effet, l'étude de l'histoire de la notion de doctrine fiscale prouve que le droit français, bien avant le droit allemand, protégeait la légitimité subjective au détriment de la légalité objective. Ainsi, la doctrine s'accorde sur le fait que la première protection équivalente à la confiance légitime en matière fiscale découle de la délibération du Conseil d'administration de la Régie de l'Enregistrement du 21 février 1832. La dite-délibération recommandait : « de ne pas donner effet rétroactif aux décisions administratives lorsqu'elles sont favorables au Trésor et de ne les appliquer qu'à partir du moment où les contribuables ont pu en avoir connaissance⁴⁷³ ».

Cette forme de protection de la bonne foi subjective constitue déjà une forme de protection de la confiance légitime. Ainsi, comme l'affirme, Monsieur B. Delaunay⁴⁷⁴ : « Elle (l'opportunité de cette consécration) ne s'impose pas avec évidence dès lors que l'on constate que l'exigence de protection de la confiance

⁴⁷² S. Calmes, op. cit. p. 621.

⁴⁷³ J. Buisson, La sécurité fiscale. L'Harmattan 2011, p. 40. D. Wouako, Le temps et le recouvrement de l'impôt. Thèse de doctorat soutenue en 2012 à l'université Panthéon-Assas, p. 124. Les deux auteurs se basant sur les travaux du professeur J.J. Bienvenu, Naissance de la doctrine administrative. RFFP 2001 N° 75. p. 11 et s.

⁴⁷⁴ B. Delaunay, Faut-il reconnaître un principe de confiance légitime en droit fiscal ? in La sécurité fiscale op. cit. p. 47.

légitime est déjà présente dans les textes depuis fort longtemps. Une note du 23 mars 1928 affirmait déjà qu'il est des cas où la bonne foi du contribuable est tellement évidente qu'il apparaît injuste de réclamer l'impôt rétroactivement. Recourir à la protection de la confiance légitime n'implique donc pas nécessairement la consécration d'un principe correspondant ».

Dans un droit qui présente tous les symptômes de maux quantitatifs et qualitatifs, l'administration fiscale, dans un souci de simplification pour ses fonctionnaires et pour les contribuables, donne sa propre interprétation des textes fiscaux. Néanmoins, jusqu'à 1959, l'administration fiscale pouvait changer de doctrine en toute imprévisibilité au détriment des contribuables. Par la loi du 28 décembre 1959, la représentation nationale a posé le principe de l'opposabilité de l'interprétation administrative par le contribuable à l'administration et au juge. Dispositions reprises par la suite à l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales :

« Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause du rehaussement poursuivi par l'administration est différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration. Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente. Sont également opposables à l'administration, dans les mêmes conditions, les instructions ou circulaires publiées relatives au recouvrement de l'impôt et aux pénalités fiscales ».

Cette interprétation des textes fiscaux, qu'on qualifie habituellement de doctrine administrative, s'impose bien évidemment au contribuable lui-même. Il s'agit là de la principale manifestation du principe de confiance légitime en droit français.

En effet, le mécanisme est le suivant ; il y a une interprétation des dispositions fiscales par l'administration qui joue le rôle d'une base de confiance, et ce, même lorsqu'elle est illégale. Ensuite, l'exécution par le contribuable, de ses obligations fiscales, conformément à cette interprétation manifeste sa confiance en la base. En effet, en cette matière, le caractère légitime de la confiance est présumé de manière irréfutable contrairement au droit communautaire où il faut que la confiance soit

légitime. Enfin, l'interdiction du changement imprévisible de la base de confiance ; il s'agit là, ni plus ni moins, d'une traduction en droit français de la protection de la confiance légitime. On peut objecter que cette démonstration ne prend pas en compte la confrontation du changement imprévisible aux intérêts publics. En effet, en matière fiscale, les intérêts publics et privés en présence, pour reprendre l'expression de la jurisprudence, ne peuvent être que financier, et comme nous l'avons étudié à travers la jurisprudence communautaire, l'intérêt financier n'est pas considéré comme un prétexte valable en cas de changement imprévisible.

Dans son avis Madame Monzani, rendu le 8 mars 2013, le Conseil d'Etat a élaboré un véritable régime juridique de la doctrine administrative. En l'espèce, le Conseil d'Etat était saisi pour avis par les juges d'appel de Bordeaux à l'occasion d'un contentieux opposant une contribuable à l'administration fiscale au sujet du changement de la doctrine administrative appliquée aux musiciens. L'avis demandé portait sur la question de savoir quels sont les effets de l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir de l'acte exprimant une doctrine administrative fiscale.

Comme le note Monsieur Olivier Fouquet⁴⁷⁵, dans son commentaire de l'avis, le Conseil d'Etat a procédé à une véritable théorisation de l'article L. 80 A du LPF. Dans son avis, le Conseil d'Etat estime que les dispositions de cet article : « n'ont ni pour objet ni pour effet de conférer à l'administration fiscale un pouvoir réglementaire ou de lui permettre de déroger à la loi. Elles instituent, en revanche, un mécanisme de garantie au profit du redevable qui, s'il l'invoque, est fondé à se prévaloir, à condition d'en respecter les termes, de l'interprétation de la loi formellement admise par l'Administration, même lorsque cette interprétation ajoute à la loi ou la contredit ». Pour Monsieur O. Fouquet : « Le point 1 (de l'avis) n'apporterait donc par lui-même aucune véritable innovation juridique, sinon par son expression particulièrement claire d'un concept déjà admis, encore que la rédaction adoptée est partiellement reprise de l'arrêt du 20 octobre 2000 Mlle. Bertoni [...] s'il ne devait être rapproché des termes eu égard à l'objectif de sécurité juridique poursuivi par l'article L. 80 A du LPF qui figurent au début du point 2 de l'avis⁴⁷⁶. Car, à bien y réfléchir, cet objectif de

⁴⁷⁵ O. Fouquet, Les conséquences de l'annulation d'une instruction administrative sur l'application de l'article L. 80 A du LPF. DF n° 15, 11avril 2013, comm. 240.

⁴⁷⁶ Le point 2 : Il en résulte, eu égard à l'objectif de sécurité juridique poursuivi par l'article L. 80 A précité, qu'en dépit de l'effet rétroactif qui s'attache normalement à l'annulation pour excès de pouvoir, les dispositions de cet article permettent à un redevable, alors même que serait ultérieurement intervenue l'annulation par le juge de l'acte, quel qu'il soit, par lequel elle avait été exprimée, de se prévaloir à l'encontre

sécurité juridique n'est rien d'autre que le principe de confiance légitime, propre au droit communautaire que le Conseil d'Etat s'est toujours refusé à transposer dans le droit public français. En résumé, l'analyse que le Conseil d'Etat fait de l'article L. 80 A du LPF nous paraît consacrer une règle de confiance légitime à la française, ce qui n'est sans doute pas sans intérêt lorsqu'il s'agira d'apprécier l'opposabilité de la doctrine énonçant une interprétation en contradiction avec le droit de l'Union européenne ».

Déjà en 2008, Monsieur O. Fouquet considère qu'il existe une protection de la confiance légitime en droit français à travers le dispositif destiné à sécuriser l'interprétation de la norme fiscale. En effet, il écrit : « En vertu des articles L. 80 A et L. 80 B du LPF, les positions formelles de l'administration sur des questions de droit ou de fait lui sont opposables, y compris lorsqu'elles contreviennent à la loi. Cette protection du contribuable est plus étendue en France que dans la plupart des autres Etats de l'OCDE, comme cela a déjà été relevé dans les rapports Gibert et Austry (2002) et peut, dans une certaine mesure, être considérée comme l'équivalent en droit fiscal français du principe de confiance légitime issu de la jurisprudence de certains pays européens⁴⁷⁷ ».

Faire le parallèle entre le régime juridique de la doctrine fiscale et le principe de protection de la confiance légitime n'est, en fait, qu'un aspect de la question plus globale relative au caractère objectif du contentieux fiscal. En effet, si ce raisonnement, minoritaire en l'occurrence, est possible, c'est parce que de deux choses l'une, ou bien le contentieux de l'impôt n'est pas totalement objectif, ou bien c'est le principe de confiance légitime qui n'est pas exclusivement subjectif. Or, le caractère objectif du contentieux fiscal ne fait pas de doute, ainsi comme le relève à juste titre Monsieur Collet : « la nature du contentieux (fiscal) dépend en premier lieu de la nature du lien de droit qui unit initialement les parties au litige [...] On trouve là, dans sa plus simple expression, la conséquence première du principe de légalité de l'impôt, inscrit à l'article 34 de la constitution, selon lequel il revient au législateur de déterminer l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement de l'impôt. Pour l'établissement et le paiement de sa dette fiscale, le contribuable est ainsi placé dans

de l'Administration de l'interprétation qui, dans les conditions prévues par l'article L. 80 A, était formellement admise par cette dernière »

⁴⁷⁷ Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : Une nouvelle approche. Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique présenté par M. Olivier Fouquet, président de Section au Conseil d'Etat. Juin 2008.

une situation indiscutablement statutaire⁴⁷⁸ ». Par ailleurs, le principe de confiance légitime, comme nous l'avons vu plus haut, n'est pas dénué de tout aspect objectif. A notre avis, il ne s'agit là que de la preuve de la possible alliance entre objectivisme et subjectivisme au sein d'un même régime juridique.

Cependant, le Conseil d'Etat⁴⁷⁹, dans un avis récent, rendu à propos de la question de savoir si le mécanisme de l'estoppel peut trouver application en droit fiscal. Comme nous l'avons déjà vu, l'estoppel et la confiance légitime offre des protections équivalente. Alors que dans cet avis le juge administratif rejette le premier tout insistant sur le caractère protecteur, en droit interne, du second. En effet, le juge administratif répond par la négative sur la question de savoir si : « il existe en droit fiscal, une règle générale de procédure en vertu de laquelle une partie ne pourrait, après avoir adopté une position claire ou un comportement non ambigu sur sa future conduite à l'égard de l'autre partie, modifier ultérieurement cette position ou ce comportement d'une façon qui affecte les rapports de droit entre les parties et conduise l'autre partie à modifier à son tour sa position ou son comportement, règle relevant dans certains systèmes juridiques du principe dit de l'estoppel ».

Le conseil d'Etat, dans le même avis, rejette l'estoppel mais fait l'éloge de la protection de la confiance légitime qui découle de l'article L. 80 A du LPF, tout en se gardant de qualifier de la sorte cet article.

Comment le Conseil d'Etat peut soutenir la chose et son contraire. D'une part, admettre, même implicitement, la protection de la confiance légitime des contribuables, comme le souligne Monsieur Collet, dans son commentaire : « il s'agit alors de constater que le droit fiscal entend garantir la sécurité juridique à travers des mécanismes éminemment subjectifs, qui permettent aux contribuables de faire valoir la croyance qu'ils avaient pu – légitimement – nourrir dans la signification d'une règle, dans sa stabilité, ou encore dans la manière dont l'administration allait leur appliquer [...] ce point de vue subjectif est bel et bien au cœur de deux séries de garanties rappelées par le Conseil d'Etat dans son avis du 1 avril 2010 ». D'autre part, le juge administratif rejette l'adoption de l'estoppel dans le domaine de l'impôt

⁴⁷⁸ M. Collet, Le principe de l'estoppel est-il soluble dans le contentieux objectif ? RJEP n° 678 Août 2010, comm. 42.

⁴⁷⁹ CE, avis 1 avril 2010, SAS Marsadis, n° 334465, jurisData n° 2010-003067.

en raison de son caractère subjectif incompatible avec la portée objective des règles législatives et réglementaires fiscales.

Le raisonnement du Conseil d'Etat peut être justifié, comme le soutient Madame Belrhali-Bernard⁴⁸⁰, par le fait qu'il existe déjà d'autres mécanismes pour protéger la confiance légitime des contribuables, et partant, l'institution de l'estoppel n'est pas nécessaire en la matière. Une opinion fondée mais ne justifie que partiellement le raisonnement des juges du Palais-Royal, puisque c'est à cause de son caractère subjectif que l'institution de l'estoppel est écartée du droit fiscal.

On peut aussi considérer que dans une matière qui relève du domaine de la loi, le Conseil d'Etat considère, implicitement, que seule une loi peut, le cas échéant, faire introduire l'estoppel ou un mécanisme équivalent en droit fiscal, comme c'est le cas pour la confiance légitime et le régime de la doctrine administrative. Mais là aussi on peut nous objecter, à juste titre, que le Conseil d'Etat a déjà consacré des principes généraux en considérant qu'une loi s'en est inspirée. On peut en conclure que c'est par simple manque de détermination que le Conseil d'Etat refuse de s'engager dans la voie du subjectivisation du droit administratif.

⁴⁸⁰ H. Belrhali-Bernard, Le Conseil d'Etat refuse d'adopter l'estoppel. AJDA 2010. p. 1327. « le second point de l'avis évoque en effet trois garanties au bénéfice du contribuable qui sont autant d'arguments pour considérer que l'estoppel n'est pas nécessaire en la matière ».

CHAPITRE II : La sécurité juridique, une source de subjectivisation du droit administratif

De tout ce qui précède, nous pouvons relever que par le principe de sécurité juridique, le Conseil d'Etat n'a fait que donner un statut juridique national à la protection de la confiance légitime. Comme l'a bien souligné, le professeur P. Brunet, la sécurité juridique et la confiance légitime ne sont que les deux revers de la même médaille. Cela emporte deux conséquences, d'une part, notre droit administratif n'a jamais été de tradition exclusivement objective, d'autre part, le principe de sécurité juridique s'inscrit et prolonge un mouvement de subjectivisation du droit administratif français.

SECTION I : L'objectivité du droit administratif français, un postulat mis à mal par le principe de sécurité juridique

La doctrine dans sa majorité estime que le droit administratif français est exclusivement de tradition objective. Toutefois, il y a toujours eu un courant minoritaire qui considérait que notre droit administratif n'était pas dénué de toute portée subjective. La consécration d'un principe de sécurité juridique, qui n'est que l'équivalent de celui de la protection de la confiance légitime, peut s'interpréter comme un abandon, partiel, de la conception objectiviste.

Paragraphe 1 : Sécurité juridique et confiance légitime, une équivalence des protections

Après la consécration du principe de sécurité juridique plusieurs questions restaient en suspens. Ainsi, nous avons essayé en première partie de répondre à certaines d'entre elles, notamment celles concernant sa portée et son domaine d'intervention. D'autres questions, en revanche, feront l'objet de ces lignes.

La sécurité juridique est-elle la confiance légitime ?

La position du Conseil est-elle tenable ?

Sous-paragraphe 1 : Le rapport entre sécurité juridique et confiance légitime

Après l'étude de la jurisprudence administrative, rendue sur la base du principe de sécurité juridique et l'analyse de la notion de confiance légitime en droit comparé, il était légitime de se poser la question de leur rapport étant donné leur ressemblance.

On ne peut répondre à cette question que lorsqu'on analyse les rapports qu'entretiennent sécurité juridique et confiance légitime en droit communautaire, censé être une source d'inspiration du Conseil d'Etat en la matière.

La majorité de la doctrine s'accorde sur le fait que la sécurité juridique et la confiance légitime sont deux institutions différentes. En ce qui concerne le premier, le concept de sécurité juridique, qu'on qualifie de principe abstrait et objectif, on lui reproche souvent son imprécision et ses contours incertains. Autrement-dit, un principe objectif dont la vocation est d'aboutir à un idéal juridique normatif garantissant stabilité, clarté et transparence des situations juridiques. Pour Madame S. Calmes : « la sécurité juridique, en son sens large, objective et abstraite, est indifférente à la nature de la situation en cause. Elle vise à garantir la fiabilité dans le temps de l'ordre juridique dans son ensemble, que la situation en question soit bénéfique ou onéreuse [...] elle exige notamment du droit, de façon générale et abstraite, qu'il ne soit pas rétroactif, ni foisonnant, et qu'il soit public, cohérent, clair et précis⁴⁸¹ ».

En revanche, le principe de protection de la confiance légitime est considéré par la doctrine comme un principe de portée subjective ayant pour rôle de protéger des

⁴⁸¹ S. Calmes, op. cit. p. 167.

situations personnelles concrètes à chaque fois que la confiance légitime a été ignorée. Il en résulte que la confiance légitime est plus large que la sécurité juridique. Ainsi, Madame S. Calmes estime que : « la protection de la confiance légitime couvre a priori un champ qui dépasse la seule dimension temporelle stricte de la limitation de l'instabilité du droit et de l'imprévisibilité des changements normatifs, car une confiance en des informations erronés, en des promesses même illégales non tenue ou en toute pratique, est susceptible d'être protégé⁴⁸² ».

Si, généralement, la doctrine est unanime de considérer que la sécurité juridique et la confiance légitime sont deux institutions distinctes, cette unanimité perd, un peu, de sa teneur lorsqu'il s'agit de traiter la question relative à la relation de ces deux institutions entre elles.

La majorité de la doctrine parle du principe de confiance légitime comme un corollaire du principe de sécurité juridique. Il en est ainsi de Madame H. Muscat qui écrit à ce sujet que : « Le principe communautaire du respect de la confiance légitime, inspiré d'un concept allemand qui est un corollaire de celui de sécurité juridique, doit être entendu comme reconnaissant aux particuliers le droit d'évoluer dans un environnement juridique stable, c'est-à-dire à l'abri des modifications imprévisibles des règles de droit⁴⁸³ ». Pour sa part, Monsieur S. Altindag considère que : « la protection de la confiance légitime est un principe général du droit communautaire admise par la CJCE, et qui a pour origine le droit interne de l'Allemagne et de la Hollande. Elle s'étend dans le droit interne des autres Etats en tant que modalité ou forme d'expression du principe de la sécurité juridique⁴⁸⁴ ».

D'autres, en revanche, contestent ce lien de corrélation et estime que d'autres principes viennent fonder la confiance légitime, notamment les principes de bonne administration et le respect des droits acquis. Ainsi, on a pu écrire : « si le principe de confiance légitime est rattaché principalement au principe de sécurité juridique [...] le principe de confiance légitime se trouve au cœur d'une nébuleuse de principes venant complexifier son appréhension conceptuelle [...] le principe de confiance

⁴⁸² S. Calmes, op. cit. 169.

⁴⁸³ H. Muscat, Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen. L'Harmattan 2001, p. 186.

⁴⁸⁴ S. Altindag, La concurrence fiscale dommageable – la coopération des Etats membres et des autorités communautaires. L'Harmattan, 2009, p. 169.

légitime dénote une certaine conception de l'équilibre nécessaire dans un Etat de droit entre la sécurité juridique et la légalité⁴⁸⁵ ».

Pour sa part, Madame R. Boustia semble partager le fondement de la confiance légitime entre l'Etat de droit et le droit à une bonne administration. Elle écrit : « le principe de confiance légitime [...] fondé sur le principe de sécurité juridique, il apparaît en effet comme le corollaire de tout Etat de droit [...] la confiance légitime [...] peut également être envisagée comme une notion renfermant, en substance, l'idée de cohérence de l'action administrative⁴⁸⁶ ». Dans le même ordre d'idée, on peut citer Madame E. Bernard qui estime que : « la protection de la confiance légitime est fréquemment associée, dans la jurisprudence communautaire, à d'autres principes, sans que les limites des uns et des autres ne soient clairement posées. Les requérants invoquent ainsi souvent de manière indistincte la confiance légitime et la sécurité juridique, la non-rétroactivité des actes communautaires, le respect des droits acquis, le principe de bonne administration ou même le respect des droits de la défense. Mais c'est essentiellement au principe de sécurité juridique que la protection de la confiance légitime est fréquemment assimilée⁴⁸⁷ ».

Enfin, il y a ceux qui considèrent qu'il y existe bien un lien de corrélation mais dans le sens inverse, c'est-à-dire, c'est le principe de sécurité juridique qui est le corollaire du principe de la confiance légitime. Il en est ainsi de Monsieur A. Masson qui estime que : « le principe de confiance légitime a pour corollaire celui de sécurité juridique qui est également reconnu par la jurisprudence de la CJUE⁴⁸⁸ ». Ou encore de considérer que la confiance légitime est une limitation de la sécurité juridique. C'est ce que relève Madame S. Calmes qui, après avoir démontré la remise en cause, y compris en Allemagne, de la chaîne de déduction ; Etat de droit, sécurité juridique et confiance légitime, en estimant que : « certains auteurs occultent le thème de la sécurité juridique ou bien coupent court à tout raisonnement déductif en la matière en annonçant simplement que, la sécurité juridique n'étant qu'un simple postulat, elle ne forme pas une base juridique suffisante pour la théorie de la protection de la confiance, ils cherchent donc ailleurs les sources directes de cette théorie dans les

⁴⁸⁵ E. Carpano, *Etat de droit et droits européens*, op. cit. p. 360.

⁴⁸⁶ R. Boustia, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. L'harmattan 2010, p. 248.

⁴⁸⁷ E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*. Bruylant 2009, p. 268.

⁴⁸⁸ A. Masson, *Droit communautaire – droit institutionnel et droit matériel*. Ed. Larcier 2008, p. 212.

droits fondamentaux, la bonne foi ou la proportionnalité⁴⁸⁹ » aboutit à la conclusion suivante : « L'idée que la protection de la confiance légitime viendrait, dans une certaine mesure, mettre en œuvre et, ce faisant, limiter la sécurité juridique, nous paraît juste⁴⁹⁰ »⁴⁹¹ .

L'analyse que se fait la doctrine des rapports qu'entretiennent les deux concepts ; sécurité juridique et confiance légitime, se base essentiellement sur l'apport jurisprudentiel, notamment communautaire. Or, cet apport jurisprudentiel est lui-même objet de critique pour cause de son incohérence. Ainsi, comme le relève Monsieur D. Simon au sujet de la présentation des critères de la protection de la confiance légitime : « une telle présentation est le produit d'une systématisation ex post des solutions jurisprudentielles, qui ne procèdent que rarement à une taxinomie, que la décision du juge vise moins à établir une cohérence jurisprudentielle abstraite qu'à fournir des réponses casuistiques à des situations juridiques et factuelles concrètes⁴⁹² ».

Ce manque de cohérence jurisprudentiel rend difficile toute entreprise de synthétisation de l'aveu même du juge J-P Puissochet, pour qui cette difficulté : « est accrue par le fait que le principe de confiance légitime n'est la plupart du temps pas isolé dans les arrêts et qu'il apparaît en liaison avec d'autres principes ou concepts de droit communautaire, souvent de manière subsidiaire. Au premier rang de ces principes figure le principe de sécurité juridique, mais, on le trouve aussi associé au respect des droits acquis, au devoir de sollicitude, au devoir de bonne administration, à la protection des droits de la défense voire au principe d'égalité ou de proportionnalité⁴⁹³ ».

Au vu de ces critiques, non moins crédibles que les opinions inverses, on peut légitimement douter de l'existence d'une quelconque dérivation entre ces différents principes. Comme le relève l'un des pères fondateurs du droit administratif européen : « la Cour de Justice n'a pas adopté de position tranchée sur la question

⁴⁸⁹ S. Calmes, op. cit. p. 176.

⁴⁹⁰ S. Calmes, op. cit. p. 181.

⁴⁹¹ Néanmoins l'auteur semble tout de même privilégier la chaîne de déduction : Etat de droit - sécurité juridique – confiance légitime. En effet, Mme. Calmes arrive à cette conclusion après avoir pu examiner que ni les droits fondamentaux, ni la bonne foi et encore moins la proportionnalité ne peuvent être les sources du principe de confiance légitime.

⁴⁹² D. Simon, La confiance légitime en droit communautaire, op. cit. p. 736.

⁴⁹³ J-P Puissochet, Vous avez dit confiance légitime, in L'Etat de droit, op. cit. p. 586.

essentiellement théorique d'un rapport de dérivation entre sécurité juridique et de protection de la confiance légitime [...] (parfois) le principe de la protection de la confiance légitime est cependant appliqué sans référence à un rapport avec le principe de sécurité juridique⁴⁹⁴ ».

Pour notre part, nous estimons qu'avant de résoudre la question de la source du principe de confiance légitime, il faut tout d'abord, résoudre la question des rapports entre la légalité et la sécurité juridique. Ainsi, si on considère que la sécurité juridique est une qualité inhérente à la légalité, et partant, une obligation qui s'impose au pouvoir normatif. Il en ressort, dans ce cas de figure, que la confiance légitime apparaît comme un contrepoids à cette légalité, et devient, donc, un principe autonome puisqu'il exprime un droit subjectif des citoyens. En revanche, si l'on considère, la sécurité juridique, non pas comme un élément de la légalité, mais comme un droit des citoyens contre les effets pervers de cette légalité, dans cette configuration, la confiance légitime joue le rôle de la traduction concrète de la sécurité juridique. Enfin, si on considère que la légalité est un élément de la sécurité juridique qui est elle-même une traduction de l'Etat de droit, dans ce cas-là, la confiance légitime et la légalité sont deux principes autonomes qui traduisent par leur équilibre la sécurité juridique.

C'est cette dernière possibilité qui nous paraît la plus proche de la vérité. La sécurité juridique résulterait donc de cet équilibre entre le subjectif et l'objectif. Si on devait retenir une métaphore pour illustrer nos propos, nous penserons à l'image d'un train où règne un Etat de droit, dont la locomotive est la sécurité juridique et les deux voies sont la légalité et la confiance légitime. Telle n'est pas l'idée retenue par le Conseil d'Etat, du moins jusqu'à présent, en effet, le juge administratif ne veut pas enfermer son pouvoir normatif dans un schéma restrictif. En se gardant de toute entreprise de classification, le Conseil d'Etat se donne la liberté de jongler entre la légalité et la sécurité juridique.

⁴⁹⁴ Jürgen Schwarze, Droit administratif européen, op. cit. p. 995.

Sous-paragraphe 2 : La confiance légitime et la sécurité juridique, une équivalence des protections

Au lendemain de la consécration par le Conseil d'Etat, à travers l'arrêt KPMG, du principe de sécurité juridique, la majorité de la doctrine en avait déduit, à juste titre, l'exclusion du principe de confiance légitime du droit français. En effet, dans le même arrêt de principe, les juges du Palais-Royal consacrent, d'une part, le principe de sécurité juridique et, d'autre part, ils rejettent les arguments tirés de la violation du principe de confiance légitime, combien même le rapport du litige avec le droit communautaire n'était pas inexistant. A la lecture de l'arrêt, et si on s'arrête à la seule interprétation littérale de ses considérants, c'est cette opinion qui s'impose ; la confiance légitime ne s'applique pas en droit interne. Seulement une lecture d'ensemble, et vu tout ce qui précède, ce rejet, devient un rejet de terme et non de contenu. Nous avons vu qu'il existe une certaine protection de la confiance légitime implicite en droit administratif et en droit fiscal interne.

Le raisonnement du Conseil d'Etat était le suivant ; le principe de protection de la confiance légitime ne s'applique qu'aux litiges nés à l'occasion de l'application du droit communautaire, en revanche, lorsque le litige est du droit interne, son application est écartée. La doctrine majoritaire s'est accommodée avec cette position du principe tenue par le Conseil d'Etat soit par conviction, ou soit dans l'attente de jours meilleurs pour que ce principe soit étendu à tous les litiges soumis au juge administratif. Toutefois, les uns et les autres, à force de se focaliser sur la portée subjective du principe, ont occulté le principal. En effet, la question principale, à nos yeux, qu'aurait dû se poser la doctrine, notamment celle favorable à la transposition de la confiance légitime en droit interne, était celle de savoir si par ce partage le Conseil d'Etat n'avait pas consacré une rupture d'égalité des requérants. Ainsi, ceux dont le litige est lié au droit communautaire ont le droit à ce que leur confiance légitime soit protégée, en revanche, les autres, n'en avaient pas le droit.

Pour répondre à cette question, de deux choses l'une ; ou bien, il existe réellement une discrimination entre les requérants, du fait qu'ils ne sont pas soumis à un traitement égalitaire selon qu'ils se fondent sur le droit interne ou sur le droit

communautaire, ou bien cette rupture d'égalité n'est qu'apparente, mais dans les faits il existe une certaine équivalence des protections. Cela revient à reconnaître qu'il existe un mécanisme, de droit interne, équivalent au principe de protection de la confiance légitime applicable en droit communautaire.

A partir de tout ce qui précède, nous pouvons estimer que les deux options coexistent. En effet, le droit administratif français procède souvent à cette rupture d'égalité des requérants dans l'examen de leur prétention, néanmoins, et comme nous l'avons vu, il essaie de mettre en place une protection équivalente notamment en matière fiscale. Par le biais de cette protection équivalente, le Conseil d'Etat applique la confiance légitime mais sans prononcer le mot.

A travers cette logique de l'équivalence des protections, les droits nationaux, régulés en cela par le juge communautaire, adoptent un socle commun de protections des droits fondamentaux. Ce socle commun à travers le dialogue des juges aboutit à une compatibilité entre les droits nationaux. Si le Conseil d'Etat n'a été qu'un participant passif à ce dialogue, il faut lui reconnaître ces dernières années un sursaut européen.

On peut en déduire que le principe de sécurité juridique, récemment consacré par le Conseil d'Etat, n'est que l'équivalent français du principe de la protection de la confiance légitime du droit communautaire, ou du moins, qu'il l'a comme corollaire. En effet, il ressort de la jurisprudence administrative rendue sur le fondement du principe de sécurité juridique, un rapport de plus en plus décomplexé du Conseil d'Etat avec le mécanisme de la confiance légitime. Ainsi, comme le relève Monsieur G. Eveillard : « le Conseil d'Etat retient de manière assez fréquente la circonstance que les destinataires de la réglementation nouvelle ne pouvaient prétendre ne pas être informés de l'imminence d'un changement de réglementation pour réclamer une application différée des nouvelles règles et l'adjonction à celles-ci de dispositions transitoires [...] Il ne s'agit, ni plus ni moins que d'une prise en compte, à rebours, des attentes légitimes des administrés, caractéristique du contrôle du principe de confiance légitime⁴⁹⁵ ».

Le Conseil d'Etat, lui-même, adopte les éléments de langage de la confiance légitime. En effet, dans un arrêt du 9 mai 2012, le juge administratif avait considéré

⁴⁹⁵ G. Eveillard, Sécurité juridique et dispositions transitoires, op. cit.

qu'une disposition fiscale peut créer une espérance légitime, autrement-dit, une telle disposition peut servir comme une base de confiance. Ainsi, le Conseil d'Etat décide dans cette affaire que : « la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas commis d'erreur de droit, ni inexactement qualifié les faits en jugeant la [requérante] pouvait utilement invoquer une espérance légitime devant être regardée comme un bien au sens des stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁹⁶ ».

Toutefois, le Conseil d'Etat s'efforce de cantonner son raisonnement sur le terrain strictement objectif. Comme l'a relevé Monsieur D. Bailleul : « Par le réflexe du juge de la légalité, et sans doute aussi par commodité, le Conseil d'Etat s'est finalement rendu à [une] solution simple et objective où réapparaît un peu la logique abstraite du procès en excès de pouvoir, l'espérance légitime se muant ainsi d'une certaine manière en espérance légale⁴⁹⁷ ». Madame L. Tartour observe, pour sa part, que : « l'influence du principe communautaire de confiance légitime sur le droit fiscal interne est croissante. Et en se référant au concept d'espérance légitime, lui aussi casuistique, le juge fiscal participe certainement à l'ascension du principe de protection de la confiance légitime en droit français [...] ces dispositifs fiscaux peuvent être perçus comme la matérialisation du principe de protection de la confiance légitime en droit interne, mais surtout ils illustrent une nouvelle fois la frontière fragile entre ce dernier et le principe de sécurité juridique⁴⁹⁸ ».

D'autres y voient une réapparition de la confiance légitime, à l'instar de Madame C. Broyelle qui estime que : « L'évolution du régime de responsabilité vers la protection de la confiance légitime se perçoit jusque dans les détails, notamment dans les limites posées à l'indemnisation. Dans l'état antérieur du droit, toute une palette de techniques était utilisée pour éviter un engagement trop libéral de la responsabilité [...] peu à peu, ces freins ont disparu, mais le Conseil d'Etat n'a pas pour autant renoncé à toute limite⁴⁹⁹ », et de rajouter plus loin, que : « Dans leurs relations avec l'administration, les citoyens sont désormais en droit de tabler sur une certaine

⁴⁹⁶ S. Brondel, L'espérance légitime née d'un dispositif fiscal peut être un bien au sens de la Conv. EDH. AJDA 2012 p. 974.

⁴⁹⁷ D. Bailleul, De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit. AJDA 2010 p. 1828.

⁴⁹⁸ L. Tartour, Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français. RDP 2013, n° 2 p. 307.

⁴⁹⁹ C. Broyelle, Confiance légitime et responsabilité publique. RDP 2009, n° 2 p. 321.

stabilité du droit. L'idée dépasse le cadre de la responsabilité, et le droit positif se trouve aujourd'hui émaillé de mécanismes de protection de la confiance légitime⁵⁰⁰ ».

Toutefois, il n'est pas exclu, à notre avis, de penser que le juge administratif prenne, de plus en plus, en compte, même fut secrètement, la confiance légitime dans les litiges indemnitaires, ce n'est que parce qu'en fin de compte seul l'assureur de la personne publique qui supportera la charge de la condamnation. Quoiqu'il en soit juridiquement, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de l'application de la confiance légitime sous couvert de sécurité juridique.

Mais pour arriver à cette conclusion de l'équivalence des protections, il faudrait lire l'arrêt KPMG à la lumière de l'arrêt Arcelor⁵⁰¹. Par cet arrêt d'assemblée, le Conseil d'Etat a fait un grand pas vers le dialogue avec le juge communautaire. Dans cette espèce, était contestée, devant le Conseil d'Etat, la constitutionnalité d'un décret qui transpose, à l'identique, une directive en tant qu'il méconnaît les principes constitutionnels de propriété, la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité. Dans son arrêt d'Assemblée, le Conseil d'Etat se fonde d'un considérant de principe qui sonne comme un ralliement de celui-ci au juge communautaire. L'importance et la lucidité pragmatique du raisonnement adopté par le Conseil d'Etat nous incitent à reproduire ce considérant :

« Considérant que si, aux termes de l'article 55 de la constitution [les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie], la suprématie, ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions de valeur constitutionnelle ; qu'eu égard aux dispositions de l'article 88 – 1 de la constitution, selon lesquelles [la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences], dont découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives, le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition des directives, le contrôle de constitutionnalité des

⁵⁰⁰ Id.

⁵⁰¹ CE, Ass. 8 février 2007 Société Arcelor. RFDA. 2007. p. 384 concl. Guyomar. 564, 578 et 601 notes Levade ; AJDA. 2007 p. 577, chro. Lenica et Boucher. Europe, mars 2007 D. Simon, JCP 2007. II. 10049, note Cassia ; JCP Adm. 2007. 2081, note G. Drago ; LPA 28 février 2007 comm. Chaltiel.

actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles ; qu'alors, si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, ***il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général de droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des communautés européennes d'une question préjudicielle [...] qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général de droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées*** ».

De la lecture de ce considérant, ressort une sorte d'influence réciproque entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique communautaire, cette influence se traduit par l'équivalence des protections par les deux ordres des droits fondamentaux. Donc, le Conseil d'Etat tient à la protection équivalente assurée par le juge communautaire qui, lui-même, en vertu de l'article 6 du Traité sur l'Union Européenne se base, notamment, sur les traditions constitutionnelles des Etats membres pour définir cette protection équivalente. Comme le souligne Monsieur F-X. Millet⁵⁰² : « si la notion de protection équivalente permet dans une certaine mesure de pacifier les rapports entre le droit de l'Union et les droits internes, elle demeure fruste compte tenu notamment de la conception des droits fondamentaux qui lui est sous-jacente ainsi que d'une approche partielle de l'identité des ordres juridiques. En revanche, est à retenir l'intuition selon laquelle les chocs systémiques peuvent être amortis en

⁵⁰² F-X. Millet, Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux. RFDA 2012, p. 307.

substituant une logique bien comprise des droits fondamentaux à une logique stricte des ordres juridiques ».

Une lecture de l'arrêt KPMG, à la lumière de l'apport de l'arrêt Arcelor, nous pousse à se demander si entre le principe de sécurité juridique de droit interne et le principe de confiance légitime, il n'y aurait pas une équivalence des protections. Il serait intéressant de prospecter la démarche qu'adopterait le juge administratif dans le cas de figure, où il est saisi d'un recours contre un acte de transposition de droit communautaire pour violation, par l'acte transposé, du principe de sécurité juridique. Ou bien le Conseil d'Etat estimerait qu'il y a équivalence des protections entre les deux ordres, et dans ce cas-là, soit il statue sur la question, ce qui revient à reconnaître implicitement le principe de confiance légitime, soit, il saisit, par voie préjudicielle, le juge communautaire, dont l'interprétation s'impose au juge interne même en dehors des limites de la question⁵⁰³, et là aussi le juge administratif se trouvera obligé d'adopter la conception communautaire de la sécurité juridique, notamment en son aspect protecteur de la confiance légitime. En revanche, s'il estime qu'il n'y a pas d'équivalent, la guerre des juges aura bien lieu.

Cette guerre qui semble de plus en plus improbable grâce à cette orientation vers les droits fondamentaux équivalents.

Comme le précisait l'avocat général Monsieur P. Maduro dans ses conclusions sur l'arrêt société ARCELOR⁵⁰⁴ : « l'article 6 TUE exprime le respect dû aux valeurs constitutionnelles nationales. Il indique aussi les remèdes propres à prévenir un réel conflit avec celles-ci, notamment en ancrant les fondements constitutionnels de l'Union dans les principes constitutionnels communs aux Etats membres. Par cette disposition, ces derniers se sont assurés que le droit de l'union ne menacera pas les valeurs fondamentales de leurs constitutions. Simultanément toutefois, ils ont transféré le soin de protéger ces valeurs dans le champ du droit communautaire à la Cour de justice. A cet égard, le Conseil d'Etat est dans le vrai s'il présume l'existence d'une identité entre les valeurs fondamentales de sa constitution et celles de l'ordre juridique communautaire [...] l'examen de la compatibilité des actes communautaires

⁵⁰³ CE, Ass. 11 déc 2006, société De Groot En Slot Allium, Lebon p. 512, concl. F. Seners ; AJDA 2007, 136 Chro. Landais et Lenica. « Considérant [...] qu'alors même qu'il ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel, cette interprétation du traité et des actes communautaires, que la Cour était compétente pour donner en vertu du a) et du b) de l'article 234 du traité CE, s'impose au Conseil d'Etat ».

⁵⁰⁴ CJUE (grande chambre), 16 décembre 2008 Société Arcelor. Aff. C 127/ 07, Recueil de la jurisprudence 2008 I – 09895. Conclusions de l'avocat général M. Polares Maduro présentées le 21 mai 2008.

avec les valeurs et principes constitutionnels des Etats membres ne peut être effectué qu'au travers du droit communautaire lui-même, et est limité, pour l'essentiel, aux valeurs fondamentales qui font partie de leurs traditions constitutionnelles communes ».

La protection équivalente à travers le dialogue des juges apparaît comme un moyen pragmatique pour faire respecter la primauté du droit communautaire, non pas seulement par la CJUE, mais essentiellement par les juges nationaux.

Paragraphe 2 : La fin de la dominance du courant objectiviste

Pendant longtemps en droit administratif, une seule vérité avait triomphé, celle de sa nature objective. Tous les défenseurs de cette idée ont rejeté, chacun à sa manière, toute reconnaissance de l'existence de droits publics subjectifs. L'idée dominante était, et l'est encore chez les traditionalistes, que la reconnaissance de droits subjectifs aux administrés opposables à l'administration porte en lui le risque d'entraver l'action administrative. Cette action administrative censée agir au nom de l'intérêt général sans qu'elle soit gênée par des intérêts personnels.

Le courant objectiviste, ayant dominé l'arène de la réflexion sur le sujet, avait imposé une lecture du droit administratif fondée sur des concepts objectifs (la compétence, l'institution, l'acte...). Sans aller jusqu'à nier toute pertinence, voire toute logique, à la démonstration objectiviste, d'autres voies se sont élevées pour défendre une autre conception. En effet, une partie de la doctrine avait appelé à une lecture du droit administratif à travers une conception subjective. Malheureusement, cette conception n'a pas pu franchir le cercle de la réflexion pour voir le jour. Non pas que cette doctrine souffrait d'un quelconque déficit de rationalisme intellectuel, mais il faut reconnaître qu'elle n'avait pas eu les faveurs du Conseil d'Etat.

Actuellement, une véritable tempête subjectiviste perturbe le calme, régnant jusque-là, dans le ciel objectiviste du droit administratif français. Cette tempête, qui n'est qu'à ses débuts, signe le début de la fin du droit administratif objectif. Ce mouvement de métamorphose n'est autre chose que l'aboutissement à la reconnaissance de

droits publics subjectifs aux citoyens opposables à la toute puissante et impénétrable administration. C'est ce que d'autres appellent plus sobrement l'influence du droit européen sur les catégories du droit public.

La consécration par le Conseil d'Etat du principe de sécurité juridique qui porte en ses gènes celui de la protection de la confiance légitime n'est que le résultat de cette métamorphose.

Sous-paragraphe 1 : Les conceptions des pères fondateurs du droit administratif

A partir du XIX^e siècle, une montée en puissance des théories subjectivistes a commencé à voir le jour. Comme le soulignait Monsieur B. Plessix⁵⁰⁵ : « Par son épaisseur historique, par son adaptabilité au libéralisme, par sa sophistication intellectuelle et juridique, par sa dimension comparatiste, la théorie des droits publics subjectifs des administrés avait tout pour être l'archétype de la grande création doctrinale de la III^e République ». Un tel mouvement a provoqué une levée de bouclier de la part des objectivistes. En effet, pour ce courant, il est impensable que les relations administration / administré peuvent se nouer sous la forme d'un rapport de droit emportant des droits et des obligations de l'une à l'égard de l'autre.

Comme le relevait, dans sa thèse, Monsieur N. Foulquier : « Le vice irrémédiable du droit subjectif tenait, selon Duguit, à ses origines jus-naturalistes. S'il lui concédait d'avoir épaulé les conquêtes des libertés depuis le XVI^e siècle, il fallait dorénavant l'abandonner. Le droit subjectif n'avait aucune valeur scientifique et n'était qu'un legs des idées métaphysiques de la Modernité [...] Duguit reprochait aux Modernes et à leurs féaux d'avoir retenu la volonté comme qualité substantielle de l'individu, pour fonder l'ordre juridique. Pour le Doyen de Bordeaux, il était inconcevable que le Droit de la société fût le produit des volontés individuelles⁵⁰⁶ ».

En effet, Duguit estime qu'il faut : « écarter absolument le point de vue subjectiviste, parce que de ce point de vue il est totalement insoluble. On ne peut arriver à formuler

⁵⁰⁵ B. Plessix, Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République. In Les droits publics subjectifs des administrés. Acte de colloques organisé par l'AFDA les 10 et 11 juin 2010. p. 34.

⁵⁰⁶ N. Foulquier, Les droits publics subjectifs des administrés, Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle. Nouvelle Bibliothèque des Thèses. Dalloz 2003, p. 182.

et à résoudre le problème du droit que du point de vue objectiviste, auquel je me place exclusivement dans tout cet ouvrage. Plus que jamais, je persiste à penser que c'est la condition indispensable pour établir une théorie vraiment réaliste du droit de l'Etat et donner des solutions qui puissent être qualifiées de scientifiques⁵⁰⁷ ». Duguit écrit plus loin que cette reconversion vers l'objectivisme juridique est due au fait que : « le subjectivisme qui pendant des siècles avait suffi à rendre raison de la protection due aux diverses situations juridiques, était impuissant devant les transformations profondes du monde moderne [...] de même le subjectivisme juridique devenait sans force et sans efficacité devant les transformations d'ordre solidariste qui s'accomplissaient de nos jours⁵⁰⁸ ».

En effet, pour Duguit, comme pour tous les tenants de l'objectivisme, ce qui poserait problème c'est la transformation des rapports de droit administration/administré en une sorte de rapports synallagmatiques gouvernés par l'égalité des parties.

Hauriou pour sa part, à la différence de Duguit, s'est employé à embrasser le subjectivisme pour mieux l'étouffer. En effet, au début, Hauriou semblait faire de la place au subjectivisme dans sa conception de droit public.

Cette ouverture de Hauriou sur la conception subjective se prolonge à travers les recherches de son disciple J. Barthélemy⁵⁰⁹. Celui-ci demeure, avec Bonnard, les grandes figures du courant subjectiviste en droit public français. Le professeur B. Plessix résume la trajectoire du Doyen de l'école de Toulouse en ces termes : « Le professeur de Toulouse est alors connu pour avoir fait une percée remarquable dans le subjectivisme tout en ayant une vue déjà précise de ce qui est le droit administratif [...] Si Hauriou a osé personnifier l'administration et subjectiver la puissance publique, il ne s'est pourtant encore jamais risqué à entrevoir le droit administratif comme un ensemble de relations réciproques entre la puissance publique détentrice de droits subjectifs et les administrés également détenteurs de droits subjectifs sur cette même puissance publique. Un goût personnel déjà prononcé pour la sociologie et l'objectivisme, les linéaments de sa théorie de l'institution, une certaine crainte de fragiliser l'autorité de la puissance publique, la volonté d'un minimum de fidélité au

⁵⁰⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*. Tome I. Troisième éd. Paris 1927. p. 19.

⁵⁰⁸ L. Duguit, *op. cit.* p. 24.

⁵⁰⁹ J. Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*. Paris LGDJ 1899.

droit positif, notamment au caractère de plus en plus objectif du recours pour excès de pouvoir, l'incitent à ne pas s'engager plus loin dans l'immédiat⁵¹⁰ ».

En effet, Hauriou, en analysant les droits publics subjectifs à partir de la notion des droits acquis, estime qu'il faut distinguer selon que l'administration agit en tant que puissance publique ou en tant que collaboratrice de l'administré. Il écrit : « Dans la situation de puissance publique, les relations de l'administration et de l'administré sont de pur voisinage [...] l'administration est obligée seulement à ne pas sortir de la légalité en tant qu'elle règle la chose publique ; les actes de puissance publique qui violent la légalité entendue de cette façon objective sont annulés [...]. Dans la situation de gestion [...] les deux parties en présence ne sont pas à l'état de voisinage, mais à l'état de collaboration [...] Quand l'administration fait des actes de gestion, ce n'est plus seulement pour elle-même c'est aussi pour son collaborateur ; les allemands diraient que la situation devient subjective⁵¹¹ ».

Hauriou semblait bien être un tenant, sinon d'un subjectivisme total, au moins d'une conception mixte conjuguant l'objectif et le subjectif. Toutefois, par ses développements de la notion d'individualité objective dans son Précis de droit public, Hauriou, sans exclure l'élément subjectif, conclut à la primauté de l'élément objectif. En effet, le chef de l'école de la puissance publique estime que : « la personnalité juridique a pour support l'individualité objective d'une institution prise dans son ensemble [...] ainsi, les éléments de l'intérêt, du pouvoir de décision, de la fonction, avant d'être à la personne subjective, sont à l'individualité objective, puisque nous les retrouvons dans des institutions dont la personnalité n'est pas encore dégagée. Or, quand elle est née, il n'y a point de raison pour que ces mêmes éléments se détachent de l'individualité objective pour s'attacher à la personne subjective⁵¹² ».

Il faudrait analyser à la loupe tous les écrits du professeur Hauriou pour savoir exactement, si ce changement à l'égard de la prise en compte de l'élément objectif procède d'un prolongement d'analyse. Ou bien un ralliement à la pensée du Duguit, et par la même une rupture avec la sienne. Monsieur N. Foulquier s'est posé la question en ces termes : « On peut cependant se demander s'il ne s'agissait pas aussi d'une manière de légitimer les rapports d'autorité qui limitaient les droits

⁵¹⁰ B. Plessix, Droits publics subjectifs des administrés..., op. cit. p. 39.

⁵¹¹ M. Hauriou, La gestion administrative, étude théorique de droit administratif. Paris 1899, p. 64 et s.

⁵¹² M. Hauriou, Principes de droit public. Deuxième éd. Paris 1916, p. 90.

subjectifs des administrés. Sinon, comment comprendre que ce qui, vingt ans plutôt, était susceptible d'une analyse subjective, devenait dorénavant nécessairement objectif, malgré les progrès de la jurisprudence administrative ?⁵¹³ ».

Après le rejet du concept des droits publics subjectifs par les pères fondateurs de notre droit administratif du 19^e siècle, il était très difficile de venir soutenir le contraire. Néanmoins, l'analyse de ce rejet révèle, comme l'a brillamment soulevé, dans sa thèse, Monsieur N. Foulquier, une unité de façade parce que chacun avait une raison différentes des autres.

Deux auteurs ont essayé, par la suite, de reprendre le flambeau du subjectivisme ; le premier est J. Barthélemy, disciple d'Hauriou, rédige une thèse de doctorat consacré à la théorie des droits publics subjectifs des administrés. Au sujet de cette thèse, Monsieur B. Plessix écrit : « Peut-être est-il alors permis de voir plutôt dans cette thèse de Joseph Barthélemy une étape transitoire dans la pensée de Maurice Hauriou, une tentative confiée à un jeune élève, un test, dont le résultat négatif justifiera d'être rapidement laissé de côté, n'apportant rien à la façon dont Maurice Hauriou avait conçu son système et sa vision de l'Etat et du droit autour de la puissance publique et de l'institution⁵¹⁴ ». Dans ses recherches, Barthélemy partait des postulats de son maître ; d'une part la théorie de l'institution, et d'autre part, celle de la gestion administrative. En effet, J. Barthélemy partait de l'idée que le recours pour excès de pouvoir est un contentieux des droits et non un contentieux des intérêts. Pour lui, le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux fondé sur la violation d'un droit subjectif⁵¹⁵. Ainsi, il écrit : « le recours pour excès de pouvoir est la défense des droits subjectifs contre les actes de puissances publiques ; les droits subjectifs étant à la puissance publique non des buts, mais les limites, le recours pour excès de pouvoir ne peut aboutir qu'à une limitation de la puissance publique⁵¹⁶ ».

N. Foulquier a bien résumé la pensée de J. Barthélemy en écrivant : « Pour Barthélemy, la simple violation de la loi ne justifiait pas une action en justice. Les administrés ne pouvaient saisir le juge de la violation d'une loi que si celle-ci visait

⁵¹³ N. Foulquier, *Les droits publics ...*, op. cit. p. 189.

⁵¹⁴ B. Plessix, op. cit. p. 39.

⁵¹⁵ B. Plessix, op. cit. p. 42.

⁵¹⁶ J. Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris 1899, p. 121. (Cité par N. Foulquier p. 586 et par B. Plessix p. 42).

leurs intérêts personnels et non l'intérêt de la collectivité. Autrement dit, selon Barthélemy, le droit subjectif à la légalité n'existait qu'associé aux droits publics subjectifs que le recours pour excès de pouvoir protégeait [...] en effet, en associant ce droit aux autres droits publics subjectifs substantiels et en considérant que tous les droits subjectifs étaient des limites à la puissance publique, Barthélemy soutenait que les actes discrétionnaires n'étaient légaux que s'ils n'entamaient pas inutilement les droits des particuliers⁵¹⁷ ».

Si Monsieur N. Foulquier laisse entendre que l'apport de la thèse de J. Barthélemy n'a pas été estimé à sa juste valeur, notamment par sa légitimation du recours pour excès de pouvoir. Monsieur B. Plessix, en revanche, est plus catégorique dans son rejet, en estimant que : « dire que ces limites pouvaient être qualifiées de droits subjectifs des administrés n'apportait rien au progrès du contentieux de l'excès de pouvoir ; cela avait en revanche le fâcheux inconvénient de s'éloigner du droit positif, de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, depuis le Second empire, révélait sans ambiguïté que les limites à l'arbitraire administratif trouvaient leur source dans la loi⁵¹⁸ ».

Le second auteur, en revanche, était un disciple de Duguit, il s'agit de R. Bonnard. L'étude de R. Bonnard des droits publics subjectifs est, surtout, une histoire d'un paradoxe. Toute sa démarche était d'inclure, en droit administratif, un raisonnement subjectif tout en restant fidèle à la conception de son professeur ; Duguit. Celui-ci, comme nous l'avons vu, avait basé toute sa conception du droit public sur le rejet définitif de toute tentative de subjectivisation de ce droit. Monsieur B. Plessix résume l'entreprise de R. Bonnard en ces termes : « il y a bien chez Bonnard la volonté de fabriquer tout de même un produit dérivé, qui, comme il le dit lui-même, est tiré de la pensée de Duguit, pour apporter à l'édifice incontesté de l'objectivisme juridique une pierre inédite : celle du droit public subjectif. Il ne s'agit donc absolument pas de renier le système objectiviste savamment construit par Duguit [...] Il s'agit simplement, en matière de droit administratif, de réinterpréter le droit subjectif dans un système objectiviste⁵¹⁹ ».

⁵¹⁷ N. Foulquier, Les droits publics subjectifs... op. cit. p. 586 et 587.

⁵¹⁸ B. Plessix, op. cit. p. 43.

⁵¹⁹ B. Plessix, op. cit. p. 47.

En effet, malgré la revendication de son attachement à l'œuvre de son maître, R. Bonnard n'hésite pas à souligner sa différence. Par exemple, lorsqu'il estime que : « en ce qui concerne les points de vue de Duguit et de Kelsen, il ne paraît guère possible de les suivre à raison de ce qu'ils éliminent complètement de la technique du droit l'idée de droit subjectif et réduisent tout à la règle de droit et aux pouvoirs et devoirs qui en découlent. C'est qu'en effet, au-delà de ces phénomènes juridiques, il en est d'autres qui se produisent lorsque les individus entrent en rapport les uns avec les autres [...] les systèmes purement objectifs ne rendent pas compte comme il convient de cette participation de l'individu à la vie du droit⁵²⁰ ».

Cela étant dit, pour le Doyen Bonnard, le droit public subjectif coïncide avec la soumission de l'administration au contrôle du juge seul capable d'introduire une certaine égalité des droits entre l'administration et l'administré. En effet, pour le disciple de Duguit, les droits publics subjectifs ne sont possibles que : « si on l'envisage comme un pouvoir d'exiger en vertu des règles de droit. Cependant, avec cette notion de droit subjectif, il reste, quand on retient l'idée de souveraineté de l'Etat, une difficulté pour le droit public subjectif de l'administré. Pour que le pouvoir d'exiger en vertu des règles de droit puisse appartenir à l'administré vis-à-vis de l'administration, il faut admettre que l'Etat, quoique souverain, est soumis au droit, puisque avec cette notion du droit subjectif, c'est une règle de droit qui vient imposer à l'Etat de donner satisfaction à l'exigence du particulier. C'est alors la question de l'Etat de droit qui se pose et sur laquelle il faut prendre une position affirmative pour rendre possible le droit public subjectif de l'administré⁵²¹ ». Il s'agit, pour R. Bonnard, comme fut le cas pour J. Barthélémy, de développer un droit public subjectif à la légalité qui se manifeste par le recours pour excès de pouvoir, celui-ci, étant, pour lui, un recours subjectif.

Comme le relève Monsieur N. Foulquier : « Bonnard était proche de Marie et de ses devanciers. La puissance publique était bien l'enjeu du droit subjectif à la légalité administrative. Ce droit était le moyen pour les particuliers de peser sur la puissance publique et d'en obtenir un exercice régulier et conforme à leurs intérêts [...] Le contentieux de l'excès de pouvoir n'échappait pas à ce schéma [...] non seulement (il) était un contentieux subjectif, mais il ne pouvait en aller autrement. Le droit

⁵²⁰ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*. Réédition Dalloz 2006, p. 41.

⁵²¹ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit. p. 53.

subjectif à la légalité administrative n'en était que la formalisation qui avait manqué, selon Bonnard, à la bonne intelligence de cette institution⁵²² ».

A notre avis, le Doyen Bonnard a bien réussi, plus que J. Barthélémy, à mettre en évidence une véritable lecture subjective de notre droit administratif. Et s'il y a bien un tort à lui reprocher, c'est bien celui d'une incompatibilité temporelle. En effet, les droits publics subjectifs des administrés, version Bonnard, s'arrêtent là où l'administration agit en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Seulement, lorsqu'il développe sa théorie, le droit administratif était le régime de l'exercice de la puissance publique et du pouvoir discrétionnaire.

Ainsi, nous ne pouvons souscrire à l'opinion de Monsieur B. Plessix lorsqu'il estime que : « puisqu'il n'y a jamais de droit subjectif là où il y a pouvoir discrétionnaire, Bonnard se contente d'un droit subjectif à la légalité externe [...] on en revient ainsi à Serrigny, sans avoir le sentiment qu'une valeur ait été ajoutée à la présentation du recours pour excès de pouvoir en termes de violation des situations juridiques objectives. On peut même se demander si la théorie dérivée de Bonnard ne conduit pas à une régression dans la protection des administrés et dans l'explication du droit positif, puisque sa théorie n'intègre nullement le recours de celui qui se trouve en présence d'obligations administratives établies dans l'intérêt général⁵²³ ».

Bien que la vérité objective ait triomphé, il n'en demeure pas moins que la conception subjective n'est pas loin. Parce que tout simplement, adopter une lecture subjective du droit administratif, reviendrait à reconnaître l'émancipation de l'administré. Une émancipation qui se trouve aujourd'hui à un stade avancé, mais qui reste cantonner dans une obsession objectiviste. Comme le relève Monsieur F. Melleray pour expliquer le retour à l'étude des droits subjectifs en droit public : « La doctrine a longtemps négligé de le faire, en partie par méfiance envers une notion venue d'ailleurs (l'Allemagne bien sûr) mais encore parce qu'elle se désintéresse trop souvent des questions théoriques. [...] Peut-être assiste-t-on aujourd'hui, pour des raisons tenant à un probable changement de paradigme du droit administratif (hier droit centré sur l'administration et aujourd'hui prioritairement orienté [...] dans le sens

⁵²² N. Foulquier, Les droits publics subjectifs des administrés, op. cit. p. 591.

⁵²³ B. Plessix, op. cit. p. 49.

de la promotion et de la défense des intérêts des administrés) à une spectaculaire évolution⁵²⁴ ».

Ou encore Monsieur N. Foulquier, le chef de file des néo-subjectivistes, qui conclut sa thèse en ces termes : « L'affirmation actuelle des droits publics subjectifs en droit administratif français n'est pas une révolution, mais une révélation. Malgré les pétitions de principe de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir, voire – aux dires de Léon Duguit – du droit administratif dans son ensemble, ce ne furent là qu'approximations, métaphores devenues dogmes, sans cesse démenties par la jurisprudence. Il s'agissait d'expressions exagérées de l'originalité indéniable des relations administratives, développées afin de préserver l'autonomie et du droit administratif et de l'autorité publique⁵²⁵ ».

Sous-paragraphe 2 : La sécurité juridique, un élément du renouveau subjectiviste

L'autre apport du principe de sécurité juridique est de remettre ces querelles doctrinales à l'ordre du jour. En effet, la majorité de la doctrine, drapée d'une sorte de vertu objectiviste, a applaudi ce nouveau-né, en tant qu'il respecte la tradition objective du droit administratif français. A travers l'examen que nous avons consacré au parallélisme entre le principe de sécurité juridique français et celui de la confiance légitime issu du droit communautaire, nous pouvons affirmer que le Conseil d'Etat a opté pour une sorte de subjectivisation modérée. En effet, en vertu de cette conception, les rapports synallagmatiques administration/citoyens se nouent sous le signe de l'interdépendance. Cette subjectivisation modérée, à travers une interdépendance des droits et des devoirs, tranche avec le subjectivisme absolu où le créancier du droit prend l'ascendant sur le débiteur. Autrement-dit, le droit administratif d'aujourd'hui tend de plus en plus à une subjectivisation de ses notions et de ses bases. Un tel mouvement n'a été possible que sous l'impulsion d'une métamorphose des rapports administration/ citoyens.

⁵²⁴ F. Melleray, in les droits publics subjectifs des administrés, op. cit. p. 23.

⁵²⁵ N. Foulquier, op. cit. p. 694.

En effet, dans sa quête d'égalité des droits et des moyens pour les défendre entre les personnes publiques et les personnes privées, force est de constater que le droit positif n'a pas réussi à relever les secondes au niveau des premières. En revanche, l'ouverture sur l'économie de marché et l'adoption de plus en plus de droits fondamentaux ont réussi à faire descendre l'administration au même niveau de protection que le citoyen. Toutefois, en raison de l'exercice de la souveraineté, des pans entiers de l'action publique demeurent privilégiés. Cela renvoie à la lecture tripartite, que nous avons proposée de l'action administrative. En effet, nous avons considéré que l'action administrative n'est pas la même selon qu'il s'agit de gouverner, administrer ou servir. Seul le premier volet peut prétendre à être un droit objectif étant donné son caractère politique et son rôle de détenteur de la souveraineté. Par contre, les deux autres paliers ne peuvent se détacher d'une conception subjective étant donné leur rôle à la construction d'une cohésion sociale. D'ailleurs, pour s'en convaincre, il suffit d'observer, d'une part, le développement du procédé contractuel au détriment de l'acte administratif unilatéral, et d'autre part, l'effacement des services extérieurs de l'Etat au profit des agences et des autorités régulatrices autonomes.

Comme le relève N. Foulquier : « Le contrat étant traditionnellement associé au droit subjectif, le développement de la contractualisation de l'action publique participe à l'acceptation de la notion, de droit public subjectif. En effet, dès lors que l'exercice de la puissance publique peut faire l'objet de conventions, peu d'obstacles s'élèvent encore contre l'acceptation générale du fait que la puissance publique est bien l'objet des droits publics subjectifs des administrés⁵²⁶ ».

Dans cette optique, la récente consécration du principe de sécurité juridique apparaît comme un aboutissement vers une subjectivisation du droit administratif. En effet, par son volet équivalent au principe de protection de la confiance légitime, issu du droit communautaire, le principe de sécurité juridique protège notamment un droit public subjectif au respect par l'autorité publique de la croyance légitime du citoyen. C'est ce qui ressort, plus particulièrement, des arrêts Lacroix et Techna. Le juge administratif se base sur la psychologie du demandeur pour statuer, néanmoins, la portée de ce psychologisme est à minimiser étant donné le recours du juge à des

⁵²⁶ N. Foulquier, op. cit. p. 505.

garde-fous destinés à faire prévaloir équité. Ainsi, il y a le recours à la technique du standard, l'exigence de la bonne foi ou encore l'exception due à la protection d'un intérêt public.

L'analyse des arrêts rendus, par le juge administratif, sur le fondement du principe de sécurité juridique démontre qu'il s'agit d'espèces rendues en dehors de la sphère du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Autrement dit, l'analyse de Bonnard, objet de toutes les critiques, se trouve aujourd'hui fondée. En effet, tout en respectant les fondements objectifs de notre droit administratif, il y a bel et bien des droits publics subjectifs opposables à la puissance publique.

D'ailleurs, dans ses travaux qui datent de 2001, c'est-à-dire, bien avant le prononcé de l'arrêt KPMG, N. Foulquier estimait que : « le principe de la confiance légitime puisse être le fondement d'un droit public subjectif, cela ne fait pas de doute : cela résulte de son objet [...] Le principe de la confiance légitime peut, sans conteste, être le fondement d'un droit public subjectif des particuliers ». Et de rajouter plus loin, avec un ton sanglant, que : « c'est finalement dans sa mise en œuvre que ce droit est vilipendé à cause de ses accointances avec le subjectivisme ou le psychologisme et la menace qu'il fait peser sur l'efficacité de l'ordre juridique, en faisant dépendre l'opposabilité des normes d'autorité, telles que les lois et règlements, de l'acceptation ou de l'attitude psychologique des particuliers [...] D'aucuns disent que c'est le monde à l'envers : le principe d'autorité au fondement de la puissance publique est renié. C'est même le Droit tel qu'il s'était construit en Occident, comme légitimation du pouvoir politique de domination, qui est remis en cause. On comprend alors le grief de subjectivisme⁵²⁷ ». Malgré la pertinence du propos et la solidité du raisonnement, l'analyse est excessive. En effet, Monsieur Foulquier, comme c'est le cas de la majorité de la doctrine qui s'est intéressée au principe de confiance légitime, pêche par une surestimation de la portée de ce principe et de ses conséquences. D'ailleurs, c'est à cause de cette surestimation que le principe de confiance légitime est considéré, par l'auteur, comme source de désordres, d'incertitudes et d'insécurité juridique⁵²⁸ et par la suite de lui nier la qualité de droit public subjectif.

⁵²⁷ N. Foulquier, op. cit. p. 512.

⁵²⁸ N. Foulquier, op. cit. p. 512.

Par son apport subjectif, le principe de sécurité juridique consacre, pour nous, un droit public subjectif. Toutefois, celui-ci n'est pas une négation des obligations objectives des administrés. La démarche du juge administratif n'est pas d'avoir, en fonction des modes, une préférence pour l'un ou l'autre, mais de juger en équité, en faisant ressortir celle-ci d'un équilibre entre le subjectivisme assimilé à la confiance légitime et l'objectivisme du principe de légalité. Dans cette entreprise, le juge administratif aura besoin de faire appel à d'autres principes. Ceux-ci auront pour objectif de lui donner une vue d'ensemble.

SECTION II : La protection subjective comme conséquence de la sécurité juridique. Les sous-principes de la sécurité juridique

Le principe de sécurité juridique, version française, porte bien dans ses germes, le principe de confiance légitime issu du droit communautaire. Cette sorte d'équivalence des protections, entre droit interne et droit communautaire, ne peut être crédible et efficace que si le droit administratif français reçoit les autres notions nécessaires à cette équivalence. Parce que pour atteindre l'équilibre optimal entre la sécurité juridique et la légalité, il faut recourir à d'autres notions qui ont pour rôle d'assurer une application rationnelle et une compatibilité totale.

En effet, pour en arriver là, le droit administratif se doit de s'ouvrir à plus de subjectivisme. Il en va de l'efficacité et la raison d'être d'un principe de sécurité juridique. Cette ouverture sur le subjectivisme n'est pas forcément à l'avantage du citoyen, ni un parti-pris contre l'autorité publique. Mais tout simplement la prise en compte, de façon concrète, du contexte de tout litige entre les deux principes.

L'ouverture du droit administratif français sur le subjectivisme passe par l'adoption d'un ensemble de principes, ou plus précisément des sous-principes, qui guideront le juge dans sa recherche, de la plus possible, équité. Nous distinguerons les sous-principes qui seront amenés à gouverner l'action des pouvoirs publics de ceux applicables aux citoyens.

Paragraphe 1 : La subjectivisation de l'action administrative

Le principe de sécurité juridique, à travers son corollaire de la protection de la confiance légitime, introduit plus de subjectivisme au sein de notre droit administratif réputé objectif. Ce subjectivisme aura, de plus en plus, tendance à se généraliser si le juge administratif va jusqu'au bout de la logique de sécurité juridique. En effet, d'autres sous-principes, fédérés par le principe de sécurité juridique, viendraient gouverner l'action administrative.

Sous-paragraphe 1 : Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité n'est pas complètement étranger au droit administratif français. En effet, traditionnellement, c'est en matière des mesures de police administrative que ce principe s'emploie à réaliser une certaine régulation de l'action administrative. Déjà en 1974, G. Braibant estimait que : « Le principe de proportionnalité n'a pas été reconnu en droit, jusqu'à présent, dans le système français ; il n'a été affirmé, comme tel, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine ; mais ce n'est pas à dire qu'il n'y joue aucun rôle. Le terme de « proportion » a été employé à plusieurs reprises, dans les arrêts du Conseil d'Etat, les conclusions de ses commissaires du gouvernement et les commentaires de la doctrine. Et même lorsqu'elle n'apparaît pas, l'idée est sous-jacente. Le juge administratif français a, en somme, appliqué le principe de proportionnalité sans le savoir, ou, plus exactement, sans le dire⁵²⁹ ».

En effet, dès 1909, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger que les pouvoirs publics ne peuvent limiter une liberté publique que dans les strictes limites du nécessaire. C'était à l'occasion d'une affaire où était en cause un acte administratif portant restriction à la liberté des cultes. Le Conseil d'Etat censure l'acte en cause en estimant que : « Si le maire est chargé, par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa

⁵²⁹ G. Braibant, Le principe de proportionnalité. In le juge et le droit public ; Mélanges offerts à Marcel Waline 1974 Tome II. p. 298.

mission avec le respect des libertés garanties par les lois. Il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté rendu par application de l'article 97 précité, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi⁵³⁰ ».

L'idée est la suivante : pour que l'exercice d'une liberté soit limité, il faudrait non seulement que l'ordre public soit menacé, encore faut-il que l'exécution des mesures de police ne peut rétablir l'ordre. C'est ce qui ressort de la jurisprudence Benjamin. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait jugé que : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ; dès lors, sans qu'il y ait besoin de statuer sur le moyen tiré du détournement de pouvoir, les requérants sont fondés à soutenir que les arrêtés attaqués sont entachés d'excès de pouvoir⁵³¹ ». En effet, le juge administratif censure les actes des pouvoirs publics, limitant l'exercice d'une liberté, à chaque fois que les moyens utilisés sont jugés disproportionnés par rapport au risque porté à l'ordre public.

Le juge administratif fait appel à la proportionnalité à chaque fois que des mesures administratives en question seraient susceptibles d'entraver l'exercice d'une liberté publique. Ainsi, le droit administratif français utilise le principe de proportionnalité à travers sa recherche de l'équilibre entre l'exercice des libertés publiques et le maintien de l'ordre. Il s'ensuit qu'à chaque fois que les mesures administratives adoptées dépassent l'objectif recherché, le juge administratif censure de telles mesures. Le principe de proportionnalité, en tant que règle d'une relative à une bonne administration, permet au juge de veiller sur l'adéquation entre les objectifs et les moyens mis en œuvre pour les réaliser⁵³².

⁵³⁰ CE, 19 février 1909, Abbé Olivier, Rec. 181. RDP 1910 note Jèze.

⁵³¹ CE, 19 mai 1933, Benjamin. S. 1934.3.1 concl. Michel, note Mestre.

⁵³² Dans sa préface de la thèse de Monsieur X. Philippe intitulée « Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française », Monsieur Ch. Debbasch parle du principe de proportionnalité en ces termes : « un principe fondamental qui inspire non seulement l'action de l'administration mais aussi toute activité humaine. Chaque être humain avant d'agir calcule les avantages et les inconvénients de ses actes et les confronte aux règles morales et juridiques auxquelles il adhère ou qui s'imposent à lui. W. Jellinek cité par l'auteur disait plaisamment (le problème de la proportionnalité est de

Outre le domaine de la police administrative, le principe de proportionnalité se trouve à s'appliquer dans le domaine de l'expropriation. En effet, dans ce domaine, le juge administratif, qui était attaché à juger de manière générale et abstraite le contentieux lié à cette matière, s'est résigné à développer l'idée de la proportionnalité, notamment, à une époque caractérisée par le développement de l'interventionnisme économique de la puissance publique. Cette reconversion à la proportionnalité s'est illustrée à travers le contrôle de la balance des intérêts, celui-ci se traduit par une balance tripartite ; bilan – coût – avantages. Déjà en son temps, la doctrine à exprimer sa méfiance à l'égard d'un tel contrôle.

Ainsi, on a pu considérer que : « la règle (bilan - coût – avantages) consacre, en effet, une extension caractérisée des pouvoirs du juge. Elle le conduit, non seulement à exercer un contrôle normal, sur les motifs de fait, mais à contrôler l'adéquation de la mesure administrative à ces motifs de fait, c'est-à-dire à substituer sa propre décision à celle de l'administration ; or, l'on peut [...] craindre que statuant *sur pièces, et longtemps après, il ne vienne ajouter à l'arbitraire de l'administration, un arbitraire à posteriori du juge*⁵³³ ».

Monsieur M. Fromont, en revanche, estime que cette théorie du bilan n'est en rien le principe de proportionnalité appliqué aux libertés publiques. En effet, pour lui, la jurisprudence du bilan : « met en œuvre un simple contrôle de l'intérêt public. S'inspirant de la technique de rationalisation des choix budgétaires, alors fort en vogue [...] par la technique du bilan, le juge ne s'assure pas de l'existence d'une certaine proportionnalité entre les atteintes portées aux droits des individus et le but poursuivi, mais il s'assure de l'existence d'un réel intérêt public, lequel doit résulter du solde positif produit par la comparaison entre tous les inconvénients présentés par la mesure et l'avantage obtenu par la promotion de l'intérêt public visé par la mesure⁵³⁴ ». En revanche, Madame S. Calmes estime, pour sa part, qu'il n'y aurait : « aucune différence de nature entre le contrôle que Monsieur M. Fromont nomme contrôle de proportionnalité et le contrôle du bilan, qui seraient tous deux des

savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon). Il faudrait ajouter que c'est aussi de savoir si l'on a le droit de tirer sur des moineaux et si cela correspond aux préceptes auxquels on adhère. C'est dire la dimension de toute étude de la proportionnalité : elle ne se résout pas en équation, elle comporte des variables et des inconnues que l'on ne peut négliger ». PUAM 1990.

⁵³³ J. Lemasurier, Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « Bilan – Coût – Avantages », Mélanges Waline, op. cit. p. 560.

⁵³⁴ M. Fromont, Le principe de proportionnalité. AJDA 1995, p. 156.

contrôles de proportionnalité, dans lesquels de nombreux intérêts doivent éventuellement être pesés. Seule une différence de degré les distinguerait [...] la proportionnalité telle que l'entend l'auteur exigeant une stricte adéquation de la mesure à l'intérêt public, alors que la proportionnalité du bilan-coût-avantages est en effet plus approximative⁵³⁵ ».

Pour Monsieur J-M. Maillot : « si [le principe de proportionnalité] apparaît comme une technique essentielle offrant au contrôleur le pouvoir d'étendre son examen de l'acte contrôlé, la notion de proportionnalité semble destinée à demeurer un « standard juridique » dans la mesure où elle ne constitue pas une norme à part entière⁵³⁶ ».

En revanche, pour Brunessen et Sirinelli, la proportionnalité est : « au service d'autres intérêts qu'elle permet de faire prévaloir ou non selon les cas. Elle est indivisible des libertés fondamentales dont elle contribue à assurer le respect⁵³⁷ ».

On n'a pu reprocher au principe de proportionnalité de conduire à un glissement de la légalité vers l'opportunité chaque fois que la qualification des faits découle, non de critères objectifs, mais d'une appréciation subjective⁵³⁸. Il s'agirait, en effet, d'un passage du contrôle normal de la légalité, par l'examen de la conformité de l'acte aux règles qui s'imposent à son auteur, vers un contrôle maximum qui, lui en revanche, consiste à examiner son adaptation aux circonstances dans lesquelles il est pris⁵³⁹. Il s'agit de la coexistence équilibrée entre, d'une part, les formes du contrôle juridictionnel effectué par le juge administratif, et d'autre part, la nature de la compétence administrative en cause (liée ou discrétionnaire). Mais vu du côté du citoyen, la lecture de cet équilibre, à travers le principe de proportionnalité, se présente sous la forme d'une gradation de la protection de la sécurité juridique. Celle-ci, allant d'une sécurité juridique normale à une sécurité juridique minimale.

Sous l'impulsion du droit européen, le principe de proportionnalité, et indépendamment de toute référence au principe de sécurité juridique, entame sa percée en droit administratif français. Néanmoins, il s'agit plus d'une généralisation, voire une extension, qu'une reconversion au libéralisme. En effet, le Conseil d'Etat a

⁵³⁵ S. Calmes, op. cit. p. 259.

⁵³⁶ J-M. Maillot, La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Dalloz 2003. p. 305.

⁵³⁷ B. Bertrand et J. Sirinelli, La proportionnalité. In L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, sous la direction de J-B Auby. p. 625.

⁵³⁸ J. Waline, Droit administratif. Précis Dalloz, 23^e éd. 2010. p. 632.

⁵³⁹ D. Truchet, Droit administratif, PUF 4^e éd. 2011. p. 223.

commencé par recourir à la proportionnalité en matière de police administrative. Autrement-dit, dans un domaine régalien caractérisé par un pouvoir discrétionnaire. Il en résulte que le juge français est plus libéral que son homologue européen sur cet aspect de la question. En effet, le droit européen, en revanche, a développé le principe de proportionnalité dans le cadre du respect des libertés économiques. Comme le relèvent MM. Brunessen et Sirinelli : « L'emprise du droit de l'union européenne sur le droit public français suit un schéma similaire à l'influence du libéralisme politique. Il s'agit moins d'un bouleversement des conceptions existantes que d'un approfondissement de celle-ci [...] L'étendue des raisons d'intérêt général susceptibles de justifier les dérogations à ces libertés se trouve compensée par le contrôle rigoureux de leur proportionnalité⁵⁴⁰ ».

Comme c'est le cas pour le principe de confiance légitime, le principe de proportionnalité, avant de devenir un principe général du droit communautaire, est un principe d'origine allemande. Néanmoins, les juges de Luxembourg n'adoptent pas complètement la même conception que leurs homologues allemands. Deux raisons justifient cette différence d'approche, d'une part, ce n'est qu'en 1970 que le juge communautaire a commencé à se référer au principe de proportionnalité, alors qu'outre Rhin, celui-ci est vieux d'un siècle, d'autre part, la jurisprudence communautaire, ayant vocation à s'appliquer sur tout le territoire des Etats membres, assure une mise en compatibilité avec tous les systèmes juridiques de ces Etats. Le professeur J. Schwarze dénombre trois sortes de contrôles, effectués par le juge communautaire, sur le fondement de la proportionnalité. Il s'agit, pour l'éminent professeur, d'une part, d'un contrôle d'adéquation⁵⁴¹, d'autre part, d'un contrôle de nécessité⁵⁴² et enfin un contrôle de proportionnalité stricto sensu⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Op. cit. p. 631.

⁵⁴¹ J. Schwarze, Droit administratif européen, op. cit. p. 901. « La cour de justice des communautés européennes a certes jugé dans certains arrêts qu'une mesure n'est conforme au principe de proportionnalité du droit communautaire que lorsque le moyen employé permet adéquatement d'atteindre le but poursuivi [...] La cour est consciente des difficultés qu'il y a à prévoir de manière exacte l'efficacité de mesure prises par les autorités. Elle se borne donc, dans son contrôle, à vérifier si au moment de leur adoption, les mesures n'étaient pas manifestement inapte à atteindre le but fixé ».

⁵⁴² J. Schwarze, p. 903 : « il (le contrôle de la nécessité) dans la plupart des cas où la cour de justice a recouru au principe de proportionnalité [...] le critère de nécessité signifie qu'une mesure n'est licite que lorsqu'il n'existe pas de moyen moins rigoureux pour atteindre le but visé. Parmi plusieurs instruments possibles (et adéquats), on ne peut donc choisir que celui qui entraîne les conséquences les moyens sévères ».

A travers le principe de sécurité juridique, le principe de proportionnalité fait du juge une sorte d'arbitre dont l'intervention n'est plus de sanctionner ou annuler mais, au contraire, de concilier les intérêts opposés en l'espèce. Le principe de proportionnalité entre en relation avec le principe de sécurité juridique lorsque le juge administratif contrôle, s'il y a une atteinte à la sécurité juridique à partir d'un examen de la portée de l'atteinte aux intérêts publics et privés en cause. Ainsi, comme le souligne Monsieur Cassia : « Dans l'affaire Sté. KPMG, le Conseil d'Etat a retenu le caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi par le décret litigieux des perturbations causées par ce texte aux relations contractuelles nées avant son entrée en vigueur⁵⁴⁴ ».

En effet, le juge examine la nécessité des moyens adoptés, leur adéquation au but poursuivi, et enfin, s'il n'y a pas disproportion entre les moyens mis en œuvre et les atteintes aux intérêts en présence, d'autre part, il y a recours à la proportionnalité, lorsque le juge examine, cette fois, la question de la réparation du dommage dû à la violation de la sécurité juridique. Nous avons vu que le juge communautaire, lorsqu'il estime qu'il y a violation de la confiance légitime, ne recourt qu'exceptionnellement à l'annulation de l'acte en cause. En effet, au choix de l'annulation, la CJUE peut lui substituer une modulation, une suspension ou une indemnisation. Il s'ensuit que le Conseil d'Etat devrait adopter la même démarche. Bien sûr cela emporte le risque d'une justice casuistique, dirait Madame S. Calmes, mais justement, n'est-ce pas, le premier rôle qui s'impose naturellement à toute justice.

Sous-paragraphe 2 : Le principe de la loyauté

Outre la consécration d'un sous-principe de proportionnalité, le principe de sécurité juridique nécessite la reconnaissance d'un devoir de loyauté de la personne publique. La consécration de ce devoir représente le mécanisme le plus délicat dans

⁵⁴³ J. Schwarze, p. 904 : « Enfin, la cour procède également, depuis peu, à un contrôle de la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire à une mise en balance de l'utilité d'une mesure pour la collectivité, d'une part, et de la restriction apportée aux droits protégés des ressortissants communautaires, d'autre part ».

⁵⁴⁴ P. Cassia, op. cit.

la mise en œuvre du principe de sécurité juridique. En effet, une fois que ce principe est reconnu comme un devoir dont le respect s'impose aux personnes publiques, deux conséquences en découlent ; d'une part, la personne publique doit honorer tout engagement pris à l'égard du citoyen, tant que celui-ci n'y renonce pas, d'autre part, une moralisation de l'action publique. Ce deuxième volet ne fera pas l'objet de développement particulier dans le présent travail étant donné son caractère objectif et son existence dans des dispositifs juridiques disparates. Néanmoins, elle mériterait quelques mots. La moralisation de l'action publique sous peine de sanction demeure l'un des facteurs les plus efficaces pour assurer la sécurité juridique des citoyens dans leurs rapports avec la puissance publique. La moralisation est une notion plus politique que juridique, mais qui évoque un dispositif répressif. A titre d'exemple, le délit d'octroi d'avantage injustifié⁵⁴⁵, plus célèbre sous l'appellation du délit du favoritisme. Instauré par la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché, renforcée par celle du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, le délit de favoritisme exige, sous peine de sanction répressive, une certaine probité et une moralité aux acheteurs publics.

Donc, la loyauté en droit administratif aurait pour conséquence que la personne publique honore tout ce qu'a été source d'espérances pour le citoyen. Ce volet de la loyauté, poussé à son maximum, présenterait le plus grave inconvénient du principe de sécurité juridique. En effet, la personne publique se trouve obligée d'honorer un engagement, source de confiance pour l'administré, et ce même en cas de changement du régime juridique.

Adopter la loyauté maximale comme solution pour les conflits des normes dans le temps serait, à nos yeux, un frein aux changements des dispositifs juridiques et une rupture de l'égalité des citoyens devant ces dispositifs. On peut même soutenir, qu'une loyauté sans limite serait l'ennemi de la démocratie. Les menaces qu'engendre son effet pervers dépasse, et de loin, les bienfaits espérés de cette

⁵⁴⁵ L'incrimination du délit d'octroi d'avantage injustifié est stipulée au code pénal dans son article L 432-14 : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargée d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service publics ».

loyauté. Néanmoins, un point d'équilibre est possible entre ces deux extrêmes. Tout d'abord, la personne publique peut, d'elle-même, faire preuve de loyauté envers les citoyens tant qu'elle ne contrarie pas l'intérêt général, même si elle demeure une exception à la légalité au nom de la sécurité juridique.

L'exigence de loyauté des personnes publiques n'est pas nouvelle, il suffit d'analyser les obligations déontologiques qui s'imposent aux agents publics. Toutefois, il s'agit d'une loyauté minimaliste, en effet, celle-ci se cantonne à un simple devoir de neutralité et une obligation d'impartialité. Toutefois, le juge administratif s'est souvent prononcé en fonction de considérations de loyauté, notamment, en matière de contentieux contractuel. Ainsi, comme l'affirme Monsieur P. Bourdon : « En droit administratif, le principe de loyauté des relations contractuelles a toujours été implicitement admis [...] En somme, la loyauté contractuelle est une donnée ancienne de la jurisprudence relative au contrat administratif illégal. Bien que le principe se soit fait de plus en plus discret à partir du deuxième quart du XX^e siècle, son influence n'a jamais disparu⁵⁴⁶ ».

Récemment, la notion de loyauté a fait une remarquable irruption dans le droit des contrats publics. Dans un arrêt rendu le 28 décembre 2009⁵⁴⁷, le Conseil d'Etat a consacré la possibilité, pour les parties à un contrat administratif, d'invoquer devant le juge la violation de l'obligation de loyauté. En effet, en l'espèce, il s'agissait d'un contrat conclu entre deux communes, l'une des deux, la commune de Villeneuve-lès-Béziers, avait décidé de ne plus exécuter le dit-contrat, et de le résilier. La commune de Béziers, qui est l'autre co-contractant, saisit le juge du contrat pour réclamer des dommages et intérêts. Les juges de fond ont estimé, comme le soutenait la commune de Villeneuve-lès-Béziers, que le contrat était entaché de nullité et, par conséquent, de rejeter le recours de la commune de Béziers. Saisi en cassation, le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la cour d'appel à la lumière de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. En effet, les juges du Palais-Royal estiment que :

« Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en

⁵⁴⁶ P. Bourdon, Le contrat administratif illégal. Dalloz 2014, p. 712-714.

⁵⁴⁷ CE, Assemblée 28 décembre 2009, Commune de Béziers. Recueil Lebon 2010 n° 304802. Office du juge saisi d'un contrat signé par le maire avant transmission au préfet de la délibération l'y autorisant.

apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesure de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, 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, son annulation ;

Considérant, en second lieu, que, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne régler le litige sur le terrain contractuel ».

Il en résulte que le juge administratif, avant de juger la portée de l'irrégularité qui entache le contrat, juge avant tout la légitimité de la demande en annulation à la lumière de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. En effet, il s'agit d'empêcher un abus de droit, cela se rapproche de ce que les privatistes appellent ; le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Comme a pu le relever L. Marguery : « L'exigence de loyauté des relations contractuelles de l'arrêt Béziers est analysée comme une traduction de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui [...] puisqu'elle interdit à une partie de se contredire ou de changer de position⁵⁴⁸ ».

⁵⁴⁸ Laure Marguery, La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel. RFDA 2012. 663.

Ce mouvement de métamorphose, d'inspiration subjectiviste, du droit administratif se présente comme une chaîne où la loyauté n'est qu'un maillon parmi tant d'autres. C'est ainsi qu'on a soutenu que : « l'emploi progressif de la notion de loyauté par le juge administratif est significatif d'une hybridation croissante du droit administratif. Le métissage avec le droit privé, voire l'appropriation par le droit administratif de certains concepts propre au droit privé, peuvent être en exergue. Il est donc question d'une notion, a priori inhérente au droit privé, qui semble toutefois pénétrer le domaine du droit public⁵⁴⁹ ».

La question de la possible généralisation de l'exigence de loyauté à toutes les matières de droit public se pose d'elle-même. En effet, là aussi, on ne peut pas donner une réponse valable pour l'ensemble de notre droit public. C'est en fonction des trois niveaux de la mise en œuvre des politiques publiques que cette exigence doit être graduée. Elle est totale lorsqu'il s'agit d'administrer et de servir, en revanche, elle demeure relative lorsqu'il s'agit de gouverner. Cette portée relative se justifie par le souci de ne pas provoquer un immobilisme du droit et mettre en échec toute tentative de changement juridique. Quoiqu'il en soit, lorsque le juge constate le manque de loyauté, absolue ou relative, il y a lieu de conclure à un abus de droit. Celui-ci étant un effet pervers de la soumission des rapports publics à une conception objective du droit. Pour le juge, il s'agira d'examiner si manque de loyauté il y a, et d'examiner sa proportionnalité à la protection de l'intérêt public en cause. Dans l'affirmative de la première question, et la négative à la seconde, il y a bien une présomption d'atteinte à la sécurité juridique. Cette présomption devient irréfragable si le juge arrive à juger que le citoyen, qui estime son droit à la sécurité juridique violé, était de bonne foi.

Paragraphe 2 : L'exigence de bonne foi avant le droit à la sécurité juridique

L'enfant terrible de l'école de Bordeaux, G. Jèze recommandait dans son ouvrage, Les principes généraux du droit administratif : « de prendre garde de ne pas abuser des raisonnements purement logiques, rigoureusement déduits de maximes

⁵⁴⁹ Ana Beduschi-Ortiz, La notion de loyauté en droit administratif. AJDA 2011. p. 944.

juridiques courantes. A coup sûr, les maximes et les solutions purement logiques qu'on en tire sont très séduisantes par leur simplicité, leur rigueur, leur précision mathématique. Pourtant les argumentations exclusivement déductives et logiques sont très dangereuses. Le juriste a à résoudre non pas des problèmes de mathématique pure mais des problèmes sociaux éminemment complexes ; il doit s'efforcer de concilier les intérêts divers en conflit, d'obtenir le maintien de la paix sociale ».

Le principe de la sécurité juridique, qui se traduit comme le respect par l'administration de l'équité dans ses rapports avec l'administré, exige en retour de ce même administré de mériter cette protection. En effet, l'examen du respect de l'équité par l'administré se traduit par sa bonne foi. Et c'est là toute la complexité de juger la sécurité juridique. Parce qu'enfin de compte assurer la sécurité juridique d'une partie reviendrait à provoquer une insécurité juridique de l'autre, étant donné que le juge se trouve saisi pour départager deux ou plusieurs intérêts antagonistes. Il s'agit, en effet, non pas de juger la sécurité juridique, mais, au contraire, des sécurités juridiques. Et c'est à partir d'un équilibre entre ces sécurités juridiques, à travers l'examen de ces trois sous-principes, que le juge assure la sécurité juridique qui mérité protection, en fonction des éléments de l'espèce.

La réalisation et l'aboutissement à une sécurité juridique n'est pas le fruit que d'obligations incombant, exclusivement, aux personnes publiques. Il faut, en outre, d'autres conditions que doit remplir le citoyen, il s'agit essentiellement de l'obligation de bonne foi. Il s'agit d'examiner la légitimité de l'aspiration du citoyen à une protection de sa sécurité juridique. La bonne foi de celui-ci est la condition qui rend légitime son aspiration à la sécurité juridique.

Le principe de bonne foi est le pendant de l'exigence de loyauté dans la mise en œuvre du principe de sécurité juridique. Le premier exprime l'état d'esprit du citoyen créancier du droit à la sécurité juridique, le second, en revanche, gouverne l'attitude des pouvoirs publics. En effet, si l'examen, par le juge, de la loyauté et la proportionnalité se focalise sur le comportement de l'administration, l'examen de la bonne ou mauvaise foi, en revanche, prend en compte celui du citoyen. Cette prise en compte de l'existence ou non de la bonne foi de l'administré se décline en deux subdivisions ; d'une part, la bonne foi comme état psychologique, et d'autre part, la

bonne foi comme un standard juridique. L'un s'intéresse à l'élément subjectif, l'autre prend en compte la situation de bonne foi de manière objective. A cet égard, la bonne ou mauvaise foi du citoyen découle de l'examen de son comportement. En effet, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'à chaque fois qu'il y a eu violation du principe de la sécurité juridique, le créancier de ce droit était de bonne foi.

Les cabinets d'audit, la dame Lacroix ou encore la société Techna ont tous été de bonne foi, en effet, il ressort des éléments de ces espèces une caractéristique commune, à savoir leurs espérances légitimes, ici en l'occurrence, la sauvegarde de la législation antérieure, suscitées par les actes ou les pratiques des pouvoirs publics, allaient se réaliser. Il en résulte que si le juge estimait que ces requérants étaient de mauvaise foi, le dénouement de leurs procès serait tout autre.

En matière de sécurité juridique, l'examen de la bonne foi, aussi bien dans son volet objectif que subjectif, diffère en fonction de la qualité du demandeur d'une part, et de la question litigieuse d'autre part. Pour la première partie de la distinction, plus le requérant est une personne avisée, moins sa bonne foi est déterminante. Par exemple, une entreprise ou un organe d'expert ne peut attaquer un changement de législation en soutenant uniquement qu'elle s'attendait de manière légitime au maintien de l'ancienne législation. En revanche, une personne profane, sans qualification particulière, sa bonne foi s'avère déterminante. D'autre part, la nature de la question litigieuse peut influencer les conséquences de la bonne foi. En effet, à chaque fois que l'intérêt public ne peut être réalisé que par l'atteinte à l'intérêt de la personne en cause, la bonne foi ne peut donner lieu qu'à une indemnisation du préjudice né de l'atteinte à la sécurité juridique. Cependant, lorsqu'il s'avère que l'intérêt public peut être réalisé autrement, la sécurité juridique doit être assurée.

En revanche, lorsqu'il s'avère que la condition de bonne foi n'est pas réalisée, toute prétention à la sauvegarde de la sécurité juridique, se trouve infondée. En effet, le citoyen, qui fait preuve de mauvaise foi, ne peut solliciter avec succès la protection de sa sécurité juridique. En droit administratif français, la prise en compte de la mauvaise foi n'est qu'implicite. Par exemple, en matière de retrait des actes créateurs de droit acquis, le Conseil d'Etat a toujours décidé que le retrait de tels actes est possible à tout moment lorsqu'ils étaient obtenus par fraude. Ainsi, il est de

jurisprudence constante que les actes administratifs obtenus par des manœuvres frauduleuses, c'est à dire à travers une mauvaise foi, ne peuvent être créateurs de droits acquis opposables à l'administration. De la même sorte, lorsque la sécurité juridique est invoquée pour protéger une situation frauduleuse, elle a vocation à être rejetée.

La rencontre entre mauvaise foi et sécurité juridique peut intervenir à la suite, soit de manœuvres frauduleuses, ou à travers des omissions. Dans le premier cas, l'administré, devant une situation régulière, s'est mis délibérément en situation d'insécurité juridique à travers des procédés frauduleux. Dans ce cas-là, l'administré, présumé de bonne foi, induit en erreur l'administration, il s'ensuit qu'il est inconcevable qu'il aspire à une quelconque protection de sa sécurité juridique, celle-ci étant inexistante. Dans le second, l'administré n'induit pas en erreur l'administration mais profite d'une situation irrégulière ; en effet, si le citoyen, malgré sa connaissance de l'irrégularité de sa situation, spécule sur l'ignorance ou la tolérance de l'autorité publique, il est normal que dans ce jeu de chance il n'y a aucun droit à la sauvegarde de la sécurité juridique. Par contre, lorsque le citoyen s'est fié aux actes ou aux pratiques des pouvoirs publics, et ayant cru sincèrement en leur régularité, il n'a pas à supporter les conséquences de telles erreurs, sa sécurité juridique doit être protégée.

TITRE II : Le juge administratif à l'épreuve du principe de sécurité juridique

Loin de nous l'idée d'appliquer ici au Conseil d'Etat l'expression populaire de l'arroseur arrosé. Néanmoins, lorsqu'on connaît le degré d'implication des conseillers d'Etat dans la fabrication du droit, il est légitime qu'ils soient les premiers à tirer les conséquences qui s'imposent en vertu de ce principe. Il s'agit, pour nous, d'étudier la métamorphose qui s'impose au contentieux administratif en vertu du principe de la sécurité juridique. En effet, sous l'effet du principe de sécurité juridique, aussi bien le pouvoir juridictionnel que jurisprudentiel du Conseil d'Etat, se trouvent influencés.

CHAPITRE I: Le principe de sécurité juridique, une subjectivisation du contentieux de l'excès de pouvoir

La consécration d'un principe de sécurité juridique a pour principal apport la reconnaissance d'un droit public subjectif à une sécurité juridique. Ce nouveau droit public subjectif métamorphose la nature du recours pour excès de pouvoir. En effet, il s'agit du passage d'un recours à l'objectivité douteuse à un recours dont le subjectivisme devient certain. Ce volontarisme du juge administratif n'est qu'un aboutissement d'un long processus d'évolution du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, comme l'a très bien présagé Monsieur F. Melleray : « La croissance du recours pour excès de pouvoir est terminée et nul ne conteste plus son caractère juridictionnel [...] le recours pour excès de pouvoir est désormais entré dans une phase de mutations accélérées. Deux aspirations de plus en plus pressantes font en effet vaciller le cadre classique. On pourrait les résumer en deux formules : plus d'effectivité et plus de sécurité. L'heure est à une valorisation accrue des intérêts personnels du requérant, afin qu'à l'ère des satisfactions de principe succède celle des satisfactions concrètes⁵⁵⁰ ».

⁵⁵⁰ F. Melleray, Essai sur la structure du contentieux administratif français. LGDJ 2001, p. 11.

SECTION I : Le recours pour excès de pouvoir, le mythe du recours objectif

De nature objective, le recours pour excès de pouvoir, dans sa configuration classique, ne permettait au juge que la possibilité de sanctionner une illégalité, mais en aucun cas de reconnaître au requérant un droit à l'encontre de l'administration. Postulat cardinale de Monsieur Laferrière, le recours pour excès de pouvoir est un procès fait à un acte. Comme le souligne F. Blanco : « Dans une perception classique, le recours pour excès de pouvoir apparaît comme une voie objective, destinée à sanctionner tout manquement de l'administration à la règle de droit. Le juge administratif réprime, au moyen d'un tel recours, une infraction à la légalité⁵⁵¹ ».

⁵⁵¹ F. Blanco, Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. PUAM 2010, p. 55

Paragraphe 1 : Le recours pour excès de pouvoir, un recours fait à un acte

La question qui se pose est de savoir comment ce postulat du procès fait à un acte s'est imposé et devenue acquis pour la doctrine administrativiste.

Sous-paragraphe 1 : Le recours pour excès de pouvoir, un recours objectif pour censurer les illégalités

L'histoire du droit administratif regorge de citations louant la création du recours pour excès de pouvoir. Cette arme destinée à n'éradiquer que les supports juridiques de l'arbitraire administratif. Et pourtant, les pères fondateurs de notre droit administratif y ont vu et cru une révolution.

Déjà en 1878, L. Aucoc écrivait : « Parmi les créations de la jurisprudence du Conseil d'Etat, il n'en est pas qui soit plus originale et qui nous paraisse mieux mériter d'être mise en relief que l'institution des recours pour excès de pouvoirs. La nécessité de donner des garanties aux droits des citoyens et d'assurer la marche régulière de l'administration a conduit, il y a longtemps déjà, le Conseil d'Etat à admettre ces recours sans qu'ils eussent une base dans un texte de loi formel⁵⁵² ».

Le Doyen Duguit y voyait une institution des plus remarquables ; en effet, dans son traité de droit constitutionnel, le Doyen Duguit résume la portée de ce mécanisme en ces termes : « Le recours pour excès de pouvoir étant une voie de droit objective d'annulation, il en résulte que le conseil d'Etat saisi d'un pareil recours ne peut que refuser d'annuler ou prononcer l'annulation. Il n'est saisi que d'une question de légalité objective : il ne peut donc ni reconnaître une situation subjective, ni la créer par sa décision ; il ne peut, par suite, prononcer de condamnation, par exemple condamner l'administration à une indemnité, ordonner une restitution, une mesure

⁵⁵² L. Aucoc, Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'Etat. Extrait du compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques, Paris 1878.

d'exécution, accorder une permission. C'est la conséquence logique et nécessaire du caractère objectif du recours⁵⁵³ ».

Dans sa remarquable thèse, Monsieur F. Blanco résume très bien l'engouement de la doctrine pour le recours pour excès de pouvoir. Il écrit : « Pierre de touche de notre édifice national de contentieux administratif, le recours pour excès de pouvoir généra, il est vrai, pendant longtemps l'admiration sans partage de la doctrine. Il fit ainsi, tour à tour, l'objet de louanges et d'appréciations les plus dithyrambiques. Gaston Jèze y voyait « la plus merveilleuse création des juristes », ainsi que « l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés individuelles ».

Le Doyen Ripert percevait également dans son développement « une page magnifique dans notre histoire juridique contemporaine ». Le recours pour excès de pouvoir put, par ailleurs, être tour à tour qualifié d' « orgueil de notre droit administratif » (A. De Laubadère) ou de « la cité française » (Hauriou), de voie de recours admirable [apparaissant] comme le contrepoids de l'arbitraire administratif » (M. Thiery), de « pièce essentielle du système français de protection des libertés » (D. Loschak), d' « une des institutions les plus remarquables et les plus protectrices du droit moderne » (L. Duguit), ou encore de « création admirable de notre plus haute juridiction administrative [...] par laquelle les droits individuels sont protégés [...] plus efficacement que dans tout autre système » (F. Burdeau) »⁵⁵⁴.

Pourtant, ce cortège des louanges du recours pour excès de pouvoir s'accommode mal avec sa portée strictement objective. Cette nature objective, en l'occurrence, ne faisait du recours pour excès de pouvoir qu'un moyen pour faire respecter la légalité mais en aucun cas une voie de recours pour défendre les droits des administrés. Cumulant les fonctions de juge et de doctrine, Monsieur Laferrière pouvait écrire que : « Le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès fait à une partie, c'est un procès fait à un acte. La requête n'est dirigée ni contre l'agent qui a fait l'acte, ni contre la personne civile (Etat, département ou commune) dont cet agent a pu servir les intérêts, mais contre la puissance publique, au nom de laquelle il a agi. Il suit de là que si, dans la procédure d'excès de pouvoir, il y a un demandeur, il n'y a pas à

⁵⁵³ L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, troisième édition. Tome II La théorie générale de l'Etat. Paris E. de Boccard. 1928, p. 508.

⁵⁵⁴ F. Blanco, Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, op. cit. p. 26.

proprement parler de défendeur, de partie adverse, comme dans les affaires dites entre parties⁵⁵⁵ ».

Le professeur R. Chapus souscrit à l'idée du procès fait à un acte en estimant qu'elle est : « excellente. Elle fait bien apparaître le caractère objectif du recours, traduisant ce qu'est la seule question posée au juge : l'acte attaqué est-il légal ? Il ne s'agit pas pour le juge de reconnaître que le requérant est titulaire d'un droit à l'encontre de l'administration, ou que cette dernière est tenue par une obligation à l'égard du requérant⁵⁵⁶ ».

Le recours pour excès de pouvoir, tel qu'il découle de l'analyse de Laferrière, se présente comme le stade ultime du puritanisme administratif. En effet, il en résulte que le citoyen se pose comme un contrôleur de la légalité de l'action administrative disposé à attaquer toute illégalité administrative sans contrepartie quelconque. Le professeur Hauriou, dans sa note sous l'arrêt Ville d'Avignon du 8 décembre 1899, avait bien résumé la position du requérant en excès de pouvoir en l'assimilant à un ministère public poursuivant la répression d'une contravention⁵⁵⁷.

Sous-paragraphe 2 : Le dogme du recours objectif, un raisonnement ou une confusion

Cet engouement de la doctrine pour le recours pour excès de pouvoir n'est-il pas au fond un contre sens historique. En effet, faire de ce recours une arme destinée uniquement à censurer les actes illégaux n'est que la survivance du contrôle hiérarchique de l'époque de la justice retenue. Néanmoins, ne s'agit-il pas là du prix

⁵⁵⁵ Il serait bien légitime de se poser la question sur cette doctrine imposée par un juge qui, en l'occurrence, diffère des situations où la jurisprudence se trouve influencée par le débat doctrinal.

⁵⁵⁶ R. Chapus, Droit du contentieux administratif. Montchrestien, 13ème éd. 2008, p. 223.

⁵⁵⁷ Le Conseil d'Etat dans cet arrêt avait décidé que : « Considérant que la voie de la tierce opposition est ouverte seulement aux parties contre les décisions qui préjudicient à leurs droits et lors desquelles ni elles, ni ceux qu'elles représentent, n'ont été appelées ; - **Considérant que les instances engagées par application des dispositions des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties** ; que, si le Conseil d'Etat peut admettre les personnes, qui se prévalent d'un intérêt au maintien des actes de la puissance publique attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, à lui présenter leurs observations avant le jugement de ces instances, la circonstance que les intéressés n'auraient pas usé de cette faculté ne peut leur ouvrir la voie de la tierce opposition pour remettre en discussion des décisions d'annulation rendues définitivement par le Conseil d'Etat à l'égard de tous ».

à payer pour mettre en œuvre une classification pertinente du contentieux administratif.

Le postulat du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, en dépit de son succès doctrinal, n'en demeure pas moins un sujet en débat ; en effet, la conception objective du contentieux de l'excès de pouvoir apparaît comme le résultat d'une double confusion, plus au moins délibérée. D'une part, la confusion entre le recours pour excès de pouvoir moyen d'annulation et le recours en cassation devant le Conseil d'Etat, d'autre part, la confusion entre sa nature comme recours hiérarchique sous le régime de la justice retenue et celle qui devrait être la sienne à partir du moment qu'il est devenu un parfait recours juridictionnel. En effet, à l'origine le recours d'excès de pouvoir, tel que consacré par la loi des 7 et 14 octobre 1790, se distinguait du recours hiérarchique exercé devant le Conseil d'Etat. Il en résulte une assimilation, à contrario, à un recours en cassation. Ainsi, comme le souligne Madame. Boussard : « la majorité de la doctrine du XIX^e siècle assimile le Conseil d'Etat à un tribunal de cassation quand il est saisi d'un recours sur le fondement de la loi des 7 et 14 octobre 1790⁵⁵⁸ ».

Aucoc considère que le recours pour excès de pouvoir, tel qu'il est issu de la loi des 7 et 14 octobre 1790, n'était pas un recours contentieux. En effet, les recours contentieux normaux permettent au juge administratif d'avoir une réelle emprise sur les questions de fait et de droit relatives à l'affaire dont il est saisi. En revanche, à travers le recours pour excès de pouvoir, estime Aucoc, le juge administratif joue tout simplement le rôle d'une cour de cassation⁵⁵⁹. Mais à partir du décret du 25 mars

⁵⁵⁸ S. Boussard, L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat, un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz 2002, p. 33. L'auteur explique que la notion même d'excès de pouvoir était empruntée à la procédure civile de cassation. Ainsi, elle explique qu'à l'origine : « L'excès de pouvoir apparaît en matière civile en 1791 avec l'institution du pourvoi pour excès de pouvoir dans le but de faire annuler les actes du juge judiciaire – et non les jugements – empiétant sur le pouvoir exécutif et sur le pouvoir législatif. Sous le Consulat, l'excès de pouvoir devient un cas d'ouverture dans le pourvoi en cassation entre parties ainsi que dans le pourvoi dans l'intérêt de la loi ... La notion est à son apogée à la fin de la Monarchie de Juillet. Elle ne cessera de se restreindre par la suite. Les cas dans lesquels la Cour de cassation sanctionnait un excès de pouvoir s'étant transformés en de simples cas de violation de la loi ». Néanmoins, l'auteur explique que devant le Conseil d'Etat la notion d'excès de pouvoir avait un sens différent de celui adopté par son homologue judiciaire. En effet, Madame. Boussard souligne que : « l'excès de pouvoir, tel qu'il est utilisé par le Conseil d'Etat comme instrument de délimitation de son contrôle, était défini par rapport à la théorie dite du (scandale). Le contrôle était donc limité aux questions de compétences – entendues strictement – et aux irrégularités formelles des actes à la condition que celle-ci soient suffisamment graves ». p. 38 - 39.

⁵⁵⁹ Dans ses conclusions sous l'arrêt Bizet CE, 13 mars 1867, L. Aucoc s'adressait au Conseil d'Etat en ces termes : « Votre jurisprudence est arrivé à faire deux grandes catégories parmi les recours qui sont soumis à la juridiction administrative suprême ; le contentieux administratif proprement dit, et les recours pour excès de

1852, le recours pour excès de pouvoir s'est largement développé à la suite des contestations contentieuses résultant de l'exercice des nouvelles prérogatives préfectorales issues de ce décret. C'est dans ce contexte juridique que le doyen Aucoc met en œuvre sa classification des contentieux administratif⁵⁶⁰. Celle-ci était fondée sur l'étendue des pouvoirs dont dispose le juge selon qu'il s'agit d'un pouvoir de substitution, d'un pouvoir d'interprétation ou d'un pouvoir d'annulation. A ce pouvoir d'annulation correspond un pouvoir de cassation qui se limite à annuler un acte irrégulier sans le remplacer.

Néanmoins, l'enrichissant apport d'Aucoc sur la question n'a pas pu trancher toutes les questions en débat. Pourtant, une grande partie de la doctrine considère que la classification de Laferrière n'a été rendue possible qu'à partir des travaux d'Aucoc. En effet, Monsieur F. Melleray estime qu'Aucoc était l'une des grandes victimes de la monopolisation de la paternité de la classification du contentieux administratif par Laferrière. Sur la question, Monsieur F. Melleray écrit : « Léon Aucoc [...] mérite pourtant un meilleur sort que celui que lui réservent aujourd'hui les auteurs

pouvoirs. Pour les matières qui rentrent dans le contentieux proprement dit, la juridiction administrative apprécie le fond même des questions qui lui sont soumises, elle substitue sa décision à celle de l'administration [...]. Mais à côté de cet ordre de recours, votre jurisprudence, fondée sur la loi des 7-14 octobre 1790, a établi un autre ordre de recours qui a une nature toute spéciale, le recours pour excès de pouvoirs. Ici, le juridiction administrative suprême ne statue plus dans les mêmes conditions que sur les matières du contentieux administratif ; elle joue le rôle de cour de cassation ; elle se borne à vérifier si l'administrateur dont l'acte lui est déféré est resté dans la limite de ses pouvoirs ».

⁵⁶⁰ Dans un célèbre article dans la revue des Deux Mondes, M. Aucoc avait écrit que : « La théorie des recours pour excès de pouvoirs est encore plus une création dans le sens propre du mot. Il ne s'agissait plus ici de donner le commentaire d'un texte, il s'agissait à peu près de faire sortir ce texte du néant, et l'on y a réussi. Rien de plus net et de plus précis que l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives » La dernière partie de ce texte est toute nouvelle ; les lois antérieures sur l'organisation et les attributions du conseil ne parlaient que du contentieux administratif. Et cependant la loi de de 1872, nous l'avons dit, n'a fait que consacrer une très longue jurisprudence. L'autorité du Conseil d'Etat en matière de contentieux administratif ne suffisait pas en effet pour protéger les citoyens contre certaines illégalités commises par les autorités administratives. On n'a compris sous cette dénomination que les affaires dans lesquelles le Conseil d'Etat peut réformer les décisions des autorités qui lui sont subordonnées, et substituer une décision à celle qu'il annule ou prescrire que l'acte attaqué soit modifié dans le sens qu'il détermine. Il en est ainsi quand il réforme un décret qui liquidait la pension d'un fonctionnaire, ou bien la décision d'un ministre qui réglait le décompte d'un fournisseur, ou bien encore un arrêté de conseil de préfecture qui fixe l'indemnité due à un particulier pour le dommage que lui a causé l'exécution d'un travail public. Il y a pourtant un grand nombre d'actes des gens de l'administration, des permissions, des règlements de police qui, par leur nature, ne comportent pas un contrôle analogue ç celui d'un juge d'appel. On ne pourrait pas admettre qu'une juridiction quelconque remplaçant ces actes par un acte différent ; mais on comprend qu'une juridiction peut et doit être appelée à les annuler, comme fait la cour de cassation à l'égard des décisions judiciaires, quand ils contreviennent à la loi, surtout quand ils sont entachés d'incompétence ou d'excès de pouvoir. On comprend aussi la nécessité d'un recours semblable à l'égard des juridictions administratives qui statuent en dernier ressort ». Aucoc, Le Conseil d'Etat et Les recours pour excès de pouvoirs. In Revue des Deux Mondes Tome 29, 1878 p. 19.

présentant la classification formelle. Certains ne citent même pas son nom et d'autres se bornent à un renvoi de pure forme à ses écrits. Il y là une injustice certaine car si Léon Aucoc a moins retenu l'attention qu'Edouard Laferrière, il n'en est pas moins celui qui « a sans doute le plus directement préparé l'œuvre » de ce dernier. Au moins, en ce qui concerne la classification des recours, nous souscrivons donc à l'appréciation de Monsieur R. Guillien qui a pu écrire qu' « on n'a pas assez mis en relief, croyons-nous, les liens qui pouvaient unir Aucoc et Laferrière. Nous pensons qu'il faut considérer le second comme un vrai disciple du premier »⁵⁶¹.

En effet, l'œuvre de Laferrière, dont les réflexions avaient une portée partiellement rétrospective, vient compléter celle d'Aucoc, dont la démarche était totalement prospective. Ainsi, Laferrière a pu mettre un terme à deux controverses ; d'une part, il élabore un critère de distinction entre ce qui relève du contentieux de l'excès de pouvoir et ce qui relève de la pleine juridiction, d'autre part, il met fin à la confusion entre annulation et cassation.

Concernant la première question, Laferrière a fondé la distinction entre recours pour excès de pouvoir et pleine juridiction sur la nature des actes objet du contentieux. Dans son traité, Laferrière fonde sa classification de contentieux sur la distinction entre acte d'autorité et acte de gestion. Ainsi, il écrit : « Lorsque les actes et décisions de l'administration ont le caractère d'actes de commandement et de puissance publique, ils ne peuvent pas être révisés et réformer par la juridiction administrative, ils ne peuvent être qu'annulés, et seulement pour illégalité, non pour inopportunité ou fausse appréciation des faits. Le seul recours contentieux qui puisse être dirigé contre les actes de cette nature est le recours à fin d'annulation qui porte le nom de recours pour excès de pouvoir⁵⁶² »⁵⁶³.

Par ailleurs, en ce qui concerne la distinction entre recours en annulation et recours en cassation, l'apport de Laferrière est incontestable. Ainsi, comme l'écrit Monsieur F. Blanco : « La séparation progressive des fonctions administratives et

⁵⁶¹ Cité par F. Melleray, Essai sur la structure du contentieux administratif français, op. cit. P. 37.

⁵⁶² E. Laferrière, Traité... tome 1 p. 17

⁵⁶³ Dans sa réflexion à propos de la gestion administrative, M. Hauriou démontre d'une part que la distinction actes d'autorité/actes de gestion a été déjà formulée, bien avant Laferrière, notamment par Dareste, Gautier et Ducrocq. D'autre part, il pointe la limite de la distinction chez Laferrière. En effet, il écrit : « il n'a manqué à Laferrière qu'une théorie de la gestion pour formuler lui-même explicitement l'opposition établie au texte ». M. Hauriou, La gestion administrative, Etude théorique de droit administratif. Paris 1899. p. 2 (note de bas de page n° 2).

juridictionnelles – et la démarcation de plus en plus nette entre actes administratifs et les actes de juridiction – a servi de toile de fond à la distinction progressive entre les deux voies de recours. Ce n'est pourtant véritablement qu'à la fin du XIX^e siècle que les deux branches du contentieux de l'annulation furent nettement distinguées. L'œuvre de Laferrière, dont le rôle dans l'établissement de la distinction formelle des contentieux sera par la suite souligné, a eu un impact déterminant dans la séparation des deux voies de droit. Avant lui, la doctrine confondait souvent totalement recours pour excès de pouvoir et recours en cassation. Ainsi, jusqu'à la première édition du *Traité de Laferrière*, nombre d'études doctrinales présentent de manière indifférenciée les différents recours en annulation, que ces derniers s'exercent contre des actes administratifs ou contre des actes juridictionnels⁵⁶⁴ ».

Il est indéniable que l'œuvre de Laferrière a eu son moment de gloire en tant que base pédagogique de la classification des contentieux. Néanmoins, la démonstration de Laferrière ne répond pas à la question primordiale de la différenciation des recours de point de vue de leurs effets. En somme, Laferrière ne fait que diviser le recours de cassation en deux branches ; d'une part, un recours en cassation contre les décisions juridictionnelles, d'autre part, un recours en cassation contre les décisions administratives. Le premier, étant le véritable recours en cassation devant le Conseil d'Etat statuant en dernier ressort, alors que le second n'est que le recours pour excès de pouvoir. A travers cette distinction des deux voies de recours, Laferrière n'a fait que tirer les conséquences du passage de la justice retenue à la justice déléguée.

Se pose la question du fondement de la prétendue nature objective du recours pour excès de pouvoir. En effet, Laferrière subdivise le recours en annulation en deux recours ; une cassation juridictionnelle et une cassation administrative. Mais en réalité, nous pensons, qu'il ne représente qu'une extension du contrôle du juge de cassation sur des matières jusque-là jugées par le Conseil d'Etat, sous le régime de la justice retenue, en tant qu'organe hiérarchique de l'administration. Dans cette configuration de la question, il nous paraît évident que historiquement, le recours pour excès de pouvoir, tel qu'il a été conceptualisé par la doctrine dominante, n'a été, en réalité, qu'une entrave à la sécurité juridique des administrés.

⁵⁶⁴ F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*. PUAM 2010, p. 75.

Paragraphe 2 : Le recours pour excès de pouvoir ; une sécurité juridique objective fictive

Enfermer à l'intérieur d'un choix binaire annulation/rejet, le recours pour excès de pouvoir se révèle d'une médiocre protection des administrés. Une telle médiocrité s'accommode mal avec les vertus que lui prêtaient la majorité des pères fondateurs de notre droit administratif. Comme le relevait Monsieur F. Blanco : « Dans le cadre d'une conception résolument objectiviste du contentieux de l'excès de pouvoir, le requérant à l'origine du procès, paraît relativement effacé. Il actionne une puissante mécanique qui le dépasse⁵⁶⁵ ».

Le droit administratif était tellement un droit de puissance publique que la seule possibilité de faire annuler les actes de cette puissance est vécue comme une révolution. Or, du point de vue de ses effets concrets pour le citoyen d'une part, et des pouvoirs du juge en la matière d'autre part, on ne peut que relativiser cet engouement pour cette voie de recours.

Néanmoins, une partie de la doctrine a pu mettre en évidence la portée limitée du recours pour excès de pouvoir en vue d'assurer une réelle sécurité juridique des citoyens lésés par les actes de la puissance publique. Ainsi, L. Marie qui, en 1901, se posait des questions sur l'avenir du recours pour excès de pouvoir écrivait : « Tel qu'il est organisé et tel qu'il fonctionne à l'heure présente en matière administrative [...] le recours pour excès de pouvoir, nous paraît mériter à juste titre le reproche qui vient d'être formulé d'être une institution qui n'est pas ou qui n'est plus en harmonie avec le principe juridique qui se trouve à sa base et qui lui sert de fondement. A notre sens, il y a désaccord entre les traits particuliers qui caractérisent le recours en question, qui lui donnent sa physionomie propre, et l'idée dominante sur laquelle il repose et dont il n'est que l'application ; il y a défaut de corrélation entre l'institution elle-même et le principe dont elle est la conséquence et le produit⁵⁶⁶ ».

⁵⁶⁵ F. Blanco, Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. PUAM 2010, p. 68.

⁵⁶⁶ L. Marie, L'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative. RDP 1901. II. p. 265. Dans un deuxième volet de cette réflexion dans la même revue, L. Marie reproche au recours pour excès de pouvoir : « de donner insuffisamment satisfaction à l'idée sur laquelle il repose, c'est de n'être pas complètement d'accord avec le principe dont il est une manifestation, c'est-à-dire la nécessité de l'intervention d'une autorité juridictionnelle dans les litiges soulevés par les actes de l'administration. Il est possible d'affirmer que l'organisation de ce recours, après avoir constitué un progrès pour le droit administratif en élargissant le domaine du recours contentieux, est plutôt aujourd'hui, dans certains cas, un obstacle aux

Hauriou, pour sa part, n'est pas plus tendre sur la question de l'avenir du recours pour excès de pouvoir. Dans sa note sur l'arrêt Boussuge du 29 novembre 1912 Hauriou estime que : « Le changement, c'est que le recours pour excès de pouvoir pâlit et s'efface de plus en plus derrière le recours contentieux ordinaire [...] Il y a vingt-cinq ans que le recours pour excès de pouvoir est frappé à mort [...] Si le recours pour excès de pouvoir n'est plus qu'une façon moins couteuse d'engager un procès contre l'Administration, en limitant volontairement l'efficacité de l'instance à l'annulation d'un acte, si l'on a perdu la foi que l'on avait autrefois en son originalité propre et en sa corrélation avec la nature même de l'action administrative, alors, fatalement, la théorie propre de ce recours, telle qu'elle avait été construite autrefois, se démolira pièce à pièce et son originalité s'effacera [...] C'est de 1860 à 1889 que le recours pour excès de pouvoir a réalisé pleinement son type original. Pendant ces trente années, il a véritablement été une institution cohérente et harmonieuse. Depuis lors, il se survit ; nous l'admirons encore de confiance, mais il est comme cette étoile temporaire des Gémeaux, que nous voyons dans le ciel, et dont l'exaltation lumineuse a peut-être disparu déjà depuis des centaines d'années, tellement elle est loin de nous. Nous l'admirons encore, et il n'est déjà plus, ou, du moins, il n'est plus qu'une pièce de musée, un objet d'art délicat, une merveille de l'archéologie juridique⁵⁶⁷ ».

Dans ses célèbres réflexions naïves à propos de l'efficacité du recours pour excès de pouvoir, le Huron du Palais-Royal ne cachait pas sa déception. Celui-ci résume la situation en ces termes : « une décision administrative apparemment arbitraire vient frapper un individu : elle reçoit exécution, si l'Administration le veut, sans que le juge y mette obstacle. Si cette exécution produit tout son effet dans l'instant, tout est donc dit, et l'annulation, après coup, ne pourra faire que ce qui a été n'ait point été. Si elle se prolonge dans le temps, l'annulation laisse, à l'administration, le soin de décider elle-même des moyens propres à rétablir le droit, sans que le juge ose, sur ce point, faire autre chose que lui suggérer de rares et timides directives, sans qu'il accepte, ni

progrès de ce même recours contentieux, une entrave au développement et à l'application de cette idée que l'administration est soumise aux règles de droit et peut être contrainte d'observer ces règles à la suite de l'intervention d'une autorité juridictionnelle. Ce reproche est la conséquence de ce caractère spécial du recours pour excès de pouvoir d'après lequel par cette voie on ne peut jamais obtenir que l'annulation de l'acte attaqué [...] Saisi d'un recours pour excès de pouvoir le Conseil d'Etat ne se reconnaît qu'un droit, celui d'annuler l'acte qui lui est déféré, et rien de plus ». §IV L'insuffisance du recours pour excès de pouvoir en tant que recours juridictionnel. RDP 1901. II. p. 495 et s.

⁵⁶⁷ M. Hauriou, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, Tome II, p. 413 et s (pp. 417-419).

d'enjoindre, ni de décider lui-même. Et si elle refuse de tirer les conséquences de l'annulation, la victime n'a d'autre recours que l'obtention lointaine d'une éventuelle indemnité. Mais alors, pourquoi dit-on parfois, de votre grand juge, qu'il se comporte, à l'égard de l'Administration, comme un chef hiérarchique ?⁵⁶⁸ ».

Un an plus tard, Monsieur J. Rivero renouvelle son scepticisme provocateur, dans un article intitulé « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits ». En effet, Monsieur J. Rivero écrit : « Au moment de hasarder quelques remarques critiques sur le recours pour excès de pouvoir, on éprouve un certain malaise ; tant de maîtres ont loué sans restriction le chef-d'œuvre de la juridiction administrative que la critique, ici, prend facilement allure de blasphème. De la part des membres de la haute assemblée, cette unanimité dans l'admiration ne saurait surprendre : le Conseil d'Etat, justement fier de son œuvre, est, comme tout corps, peu enclin à l'autocritique [...] Or, du point de vue de la garantie des particuliers, le recours pour excès de pouvoir présente deux points faibles, d'une gravité telle qu'ils lui ôtent fréquemment toute utilité pratique : l'absence de tout caractère suspensif, la nature et les suites de la décisions d'annulation. Sur ces deux points, le juge administratif, dont on a justement, sur tant d'autres, loué les hardiesses vis-à-vis de l'administration, ne s'est pas départi d'une timidité qui infirme toutes les thèses sur le caractère hiérarchique que le recours devrait à son origine⁵⁶⁹ ».

Une autre partie de la doctrine pousse encore plus loin la critique en estimant que la voie du recours pour excès de pouvoir est devenu une voie dépassée et inadaptée à la protection et la promotion des intérêts des citoyens. C'est ce qui avance, par exemple Monsieur F. Melleray ; en effet, celui-ci estime que : « Le modèle classique du recours pour excès de pouvoir [...] ne pouvait se maintenir en l'état du fait des évolutions récentes de notre société. La valorisation exclusive du principe de légalité au bénéfice de la totalité sociale s'avère en contradiction avec des aspirations dont l'importance, alors même qu'elles ne sont pas nouvelles, n'a cessé de croître depuis les années 1970 [...] De même, s'est développée une exigence accrue de ce que certains nomment la sécurité juridique [...] le modèle classique du recours pour

⁵⁶⁸ J. Rivero, Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir. D 1962, chr. p. 37.

⁵⁶⁹ Jean Rivero, Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits. In Mélanges Jean Dabin Tome II, 1963, p. 824 et 825.

excès de pouvoir est largement dépassé tant il est inadapté à la promotion des intérêts individuels des requérants et par trop attentatoire à la pérennité des situations juridiques⁵⁷⁰ ».

En somme, le déclin de l'institution du recours pour excès de pouvoir n'est que la conséquence de son incapacité à s'adapter pour assurer une réelle sécurité juridique des citoyens. Il est incontestable que l'institution du recours pour excès de pouvoir a largement influencé l'élaboration du recours en annulation en contentieux communautaire. Néanmoins, le dialogue du juge administratif français avec son homologue communautaire n'a pas su ou voulu tirer profit de ce rapprochement entre les deux ordres pour faire évoluer l'institution du recours pour excès de pouvoir.

Dans sa préface de la thèse de Monsieur D. Bailleul⁵⁷¹, Monsieur G. Lebreton souligne au sujet du recours pour excès de pouvoir qu'il a : « endossé les habits de l'idéal républicain en incarnant le triomphe de la volonté générale, qui résulte de la capacité de chaque citoyen à dépasser ses propres intérêts particuliers pour contribuer à découvrir un intérêt général transcendant [...] Lors de la seconde moitié du XX^e siècle, pourtant, la statue s'est effritée. Victime de la remise en cause de l'idéal républicain par la montée en puissance de l'individualisme libéral, qui inspire la théorie de l'Etat de droit et la philosophie des droits fondamentaux de la personne humaine, le recours pour excès de pouvoir a progressivement perdu son pouvoir de séduction. C'est désormais le contentieux administratif allemand, Hérault des intérêts individuels des administrés contre la puissance publique délégitimée, qui fait figure de modèle dominant⁵⁷² ».

Sans aller jusqu'à réclamer la mise en retraite du recours pour excès de pouvoir, Jean-Marie Woehrling⁵⁷³ estime que ce recours a rempli sa mission initiale qui consiste à soumettre l'action administrative au principe de légalité. Néanmoins, le Magistrat estime plus loin que : « Au XIX^e siècle, le recours pour excès de pouvoir était conçu comme une sorte de recours en cassation. Cette caractéristique cassatoriale subsiste dans le recours en annulation contemporain [...] le juge de

⁵⁷⁰ F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, op. cit. p. 378 et s.

⁵⁷¹ D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*. LGDJ 2002.

⁵⁷² Préface G. Lebreton in *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir...* op. cit.

⁵⁷³ Jean-Marie Woehrling, *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?* in *Mélanges Guy Braibant, l'Etat de droit*. Dalloz 1996, p. 782.

l'annulation statue sur la légalité d'une décision prise par l'administration et non pas sur le bien-fondé des prétentions de parties[...] Pour le requérant qui ne souhaite que la disparition d'un acte défavorable, le recours pour excès de pouvoir est tout à fait approprié [...] En revanche, un recours en annulation est inadéquat quand il s'agit d'obtenir la reconnaissance d'un droit ou l'édiction d'un acte refusé par l'administration ».

Avec l'avènement du principe de sécurité juridique comme principe général de notre droit administratif, il serait légitime de se demander si le maintien d'une conception classique du recours pour excès et une conception moderne de la sécurité juridique ne relève pas d'un oxymore juridique. Comment peut-on défendre un droit public subjectif, qui est la sécurité juridique, au moyen d'un recours caricaturé comme objectif. Monsieur P. Delvolvé s'est penché sur la question des liens entre le recours pour excès de pouvoir et les droits subjectifs en ces termes : « A priori, les deux définitions, sinon s'opposent, du moins sont parallèles l'une à l'autre et ne se rencontrent pas. L'opposition apparaît si l'on observe que le recours pour excès de pouvoir appartient au contentieux objectif alors que les droits subjectifs ne peuvent donner lieu qu'à un contentieux subjectif. Cette systématisation était sans doute déjà caricaturale à l'époque où le recours pour excès de pouvoir a pris son plein essor (c'est, pour l'essentiel, la première moitié du XX^e siècle). Elle l'est devenue encore plus depuis que les droits subjectifs et le recours pour excès de pouvoir se sont renforcés : ils finissent par se rencontrer⁵⁷⁴ ».

⁵⁷⁴ P. Délvolvé, Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs. In La conscience des droits Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. Dalloz 2011, p. 219.

SECTION II : Le contentieux administratif sous le feu du principe de sécurité juridique

Paragraphe 1 : Une subjectivisation du recours pour excès de pouvoir à travers le principe de sécurité juridique

Sous-paragraphe 1 : L'échec de la théorie de la subjectivisation par le droit à la légalité

Le triomphe de la conception objectiviste du recours pour excès de pouvoir, telle qu'elle a été développée par Lafférière, ne doit pas faire perdre de vue quelques tentatives de porter le débat sur l'existence d'un droit public subjectif de la légalité. Dans ses travaux, Monsieur N. Foulquier⁵⁷⁵ avait mis l'accent sur ces tentatives à travers les travaux de Serrigny, Léon Marie, Léon Michoud, Roger Bonnard⁵⁷⁶ ou encore de Joseph Barthélémy.

Notre propos n'a pas pour vocation de revenir sur l'apport de tous ces juristes sur la question. Toutefois, nous mettrons l'accent sur le travail de Monsieur J. Barthélémy étant donné le caractère complet et logique de sa démonstration. A ce sujet, Monsieur N. Foulquier souligne que : « Barthélémy apportait une précision importante : la jurisprudence administrative ne reconnaissait aucun droit subjectif général à la légalité. Les particuliers ne disposaient, selon cet auteur, d'un droit subjectif à la légalité des actes administratifs que lorsque les prescriptions constitutionnelles, législatives, etc., invoquées avaient pour objet de protéger les intérêts individuels [...]. Autrement dit, le droit subjectif à la légalité des actes administratifs n'était pas général et ne pouvait donc être poursuivi en justice par n'importe qui⁵⁷⁷ ». En effet, pour J. Barthélémy, les administrés disposent d'un droit public subjectif à la légalité mais simplement de manière casuistique, et c'est à

⁵⁷⁵ N. Foulquier, Les droits publics subjectifs ..., op. cit. p. 584 et s.

⁵⁷⁶ Le professeur R. Bonnard a pu écrire à propos de la distinction des contentieux objectif et subjectif que : « Sur la base de la notion du droit subjectif qui vient d'être dégagée, on va pouvoir maintenant établir ce qui rentre respectivement dans chacun des contentieux objectif et subjectif. Or, à cet égard, on se propose d'affirmer et de démontrer que, de tous les contentieux, le contentieux de la répression pénale est le seul qui soit un contentieux objectif, que tous les autres contentieux sont des contentieux subjectifs, qu'ainsi le contentieux de la légalité des actes juridiques est un contentieux subjectif, tout comme le contentieux des exécutions matérielles [...] Il s'agit donc d'abord de démontrer que le contentieux de la légalité des actes juridiques a, tout comme le contentieux des exécutions matérielles, le caractère de contentieux subjectif. Il en est ainsi parce que dans ces deux contentieux la contestation a également pour objet la violation d'un droit subjectif. Car il existe un droit subjectif à la légalité des actes comme il existe un droit subjectif aux exécutions matérielles ». R. Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration. Dalloz 2006 (réédition), p. 66

⁵⁷⁷ N. Foulquier, op. cit.

travers le recours pour excès de pouvoir que ces administrés demandent au juge administratif de faire respecter ce droit subjectif. Ainsi Monsieur J. Barthélémy écrit : « Le recours pour excès de pouvoir est un moyen juridique à la disposition des particuliers pour astreindre l'administration à l'observation de la loi objective. C'est un moyen par lequel le particulier invoque subjectivement la loi objective : pourquoi ne pas dire dès lors que c'est l'exercice d'un droit subjectif ?⁵⁷⁸ ».

Une telle démonstration, au même titre que les autres, n'ont pas eu les faveurs de la doctrine dominante.

En effet, comme l'explique Monsieur N. Foulquier, l'échec de la conception du droit subjectif à la légalité est dû, avant tout, à l'attitude de ses propres défenseurs. Ceux-ci, de Hauriou à Bonnard, en passant par Jacquelin, Marie et Barthélémy, n'ont pas mis l'énergie qu'elle fallait pour imposer leurs idées. L'intervention par la suite de Marcel Waline et de Bruno Kornprobst était insuffisante pour renverser le culte de la tradition objective.

Il faut rajouter à cela, comme nous l'avons vu plus haut, l'allergie de la doctrine dominante à une quelconque conception subjective du recours pour excès de pouvoir. Une allergie qui va au-delà de la doctrine publiciste. Ainsi, on a pu écrire : « C'est le droit public qui a attiré l'attention sur cette éventualité à propos du recours pour excès de pouvoir. Certes, quelques « extrémistes » (Joseph Barthélémy, R. Bonnard) ont soutenu que les administrés jouissent d'un droit subjectif à la légalité, dont la violation ouvrirait un recours en annulation à caractère subjectif : mais ces vues n'ont pu s'imposer, et à juste titre : la légalité est objective et abstraite⁵⁷⁹ ».

Dans son édifiant travail, Monsieur N. Foulquier démontre comment la consécration d'un droit subjectif à la légalité administrative était ressentie, à tort, comme une condamnation du recours pour excès de pouvoir, voire la dualité juridictionnelle. Les tenants de la théorie du droit subjectif à la légalité mettaient en avant l'existence, au profit des administrés d'un ensemble d'intérêts individuels juridiquement protégés dont la protection est la vocation première du recours pour excès de pouvoir.

⁵⁷⁸ J. Barthélémy, *Essaie d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*. Thèse Toulouse, 1899. Cité par Magali Mancía, *Développement au nom du caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir*. Les petites affiches du 20 juin 2006 p. 8.

⁵⁷⁹ H. Motulsky, *Le droit subjectif et l'action en justice*, Archives de Philosophie du Droit, 1964, p. 215.

En revanche, les objectivistes réfutaient cette analyse en estimant, comme le relève Monsieur N. Foulquier, que : « le recours pour excès de pouvoir était objectif parce que sa première finalité n'était pas la protection de l'intérêt individuel, mais la préservation de l'ordre au sein des services administratifs, qui était un préalable au maintien de l'ordre social ⁵⁸⁰ ». Le débat fut tranché au profit des seconds à la suite du remplacement de la notion d'intérêts individuel par le concept d'intérêt à agir.

En effet, comme le relève avec Monsieur N. Foulquier, dans cet objectif de dissocier l'intérêt individuel juridiquement protégé et l'intérêt à agir : « la doctrine s'efforça d'objectiver les conditions de recevabilité tenant au requérant, pour ainsi prolonger le dogme du procès fait à un acte. Pour ce faire, toute une réflexion s'engagea, sous l'impulsion de l'Ecole de Bordeaux, sur le caractère objectif des voies de recours. Il fut alors prétendu que la cause du recours pour excès de pouvoir devait être totalement dissociée de l'intérêt individuel du requérant ⁵⁸¹ ». Autrement dit, avec l'avènement de la notion d'intérêt à agir, il n'y avait plus de coïncidence automatique entre l'intérêt du requérant et celui du réel titulaire du droit individuel lésé.

Ainsi, par exemple, le Doyen Hauriou expliquait au sujet de l'histoire du développement du recours pour excès de pouvoir comment la tradition objective faisait obstacle à l'adoption d'une conception subjective. Le passage mérite d'être cité tant il révèle que l'objectivisme en la matière ne s'imposait pas de lui-même comme une vérité absolue, voire un fétichisme juridique. Le Doyen Hauriou écrit : « la violation de la loi fut admise comme quatrième ouverture dans des conditions bien curieuses. Il avait toujours existé un recours contentieux en annulation pour violation de la loi lorsque le réclamant pouvait invoquer un droit acquis lésé par la décision illégale, mais ce recours était complètement distinct du recours pour excès de pouvoir ; afin de le faire bénéficier de la dispense des frais et de celle du ministère de l'avocat, le Conseil d'Etat eut l'idée de l'incorporer au recours pour excès de pouvoir et de faire de la violation de la loi et des droits acquis une quatrième

⁵⁸⁰ N. Foulquier, op. cit. p. 348.

⁵⁸¹ N. Foulquier, op. Cit. 359. En effet, plus loin, p. 362, M. Foulquier écrit que : « une telle construction devait rejaillir sur la notion de cause de la demande puisque l'intérêt à agir devenait une condition extérieure au principe de légalité [...] Pour la majorité de la doctrine, il était évident que les causes de la demande devaient se comprendre indépendamment de la situation personnelle du requérant. Il en allait du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. Tout devait être rapporté à l'acte attaqué lui-même, dans sa confrontation avec l'ordre juridique. La cause de la demande ne se trouvait pas dans la situation juridique que le particulier voulait protéger, mais dans les défauts mêmes que l'acte administratif pouvait présenter. Cette construction était un autre moyen de dissocier le recours pour excès de pouvoir de toute idée de droit ».

ouverture. Mais cette incorporation allait ouvrir une crise prolongée, car la violation de la loi ne présentait pas les mêmes caractères que les cas primitifs d'excès de pouvoir. La preuve en est qu'elle exigeait une condition que les cas primitifs n'exigeaient pas du tout, la condition d'un droit violé concomitante à la condition de la violation de la loi. On commença par constater purement et simplement la différence en disant que, dans les trois ouvertures primitives, le recours pour excès de pouvoir était donné pour simple intérêt froissé, tandis que dans la quatrième, il n'était donné que pour un droit violé. Mais, tout de suite, il s'engagea une lutte intestine dont l'issue devait être l'assimilation des quatre ouvertures. On put se demander un moment si la condition du droit violé ne serait pas exigée dans les quatre ouvertures et si le recours ne deviendrait pas ainsi subjectif, mais la tradition l'emporta, la condition du droit violé fut au contraire éliminée de la quatrième ouverture qui ainsi, au point de vue de la recevabilité, devint semblable aux autres et le recours resta entièrement objectif⁵⁸² ».

Il en va sans dire que c'est la vérité des objectivistes qui a triomphé. Promis à des jours meilleurs, les fondements subjectifs du droit administratif ont cédé la place à la conception objective. A ce sujet, Monsieur N. Foulquier écrit : « le droit subjectif à la légalité apparaît rétrospectivement avoir tout autant, sinon plus pâti, des enjeux quant à la construction du droit administratif français et à son autonomie que des confusions à la définition de droit subjectif [...] L'acceptation de ce droit n'est plus aujourd'hui une remise en cause du recours pour excès de pouvoir et du droit administratif dans son ensemble. Tout au contraire, elle légitime ce recours en explicitant sa nature subjective⁵⁸³ ».

Toutefois, le renouveau actuel qui s'abat sur notre droit administratif n'est-il pas de nature à remettre ces questions sur la table, notamment, sur le fondement du respect de droit subjectif à la sécurité juridique.

⁵⁸² M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public. Dalloz 2002 (réédition), p. 408.

⁵⁸³ N. Foulquier, op. cit. p. 643.

Sous-paragraphe 2 : Le recours pour excès de pouvoir et le droit public subjectif à la sécurité juridique

Nous avons vu qu'à l'origine, le droit administratif était un droit de privilèges et d'autorité. Il s'agissait d'un droit élaboré pour la primauté de la puissance publique au nom de l'intérêt général. Aujourd'hui, deux facteurs ont modifié cette conception traditionnelle du droit administratif ; d'une part, la crise du modèle jacobin adopté comme mode de gestion de la chose publique, en effet, l'administration centrale ne dispose plus ni des moyens, ni de la légitimité pour intervenir à tous les niveaux pour répondre, de manières adaptées et spécifiques, aux besoins du corps social, d'autre part, la passerelle que procure le droit européen, fait ressortir d'autres modèles d'organisation, non moins protecteurs des citoyens, si ce n'est mieux. Comme le souligne Monsieur F. Blanco : « L'émergence progressive de l'Etat-providence va modifier quelque peu la donne, l'administré n'espère plus l'abstention de l'Etat, mais l'accomplissement par celui-ci de prestation positives. Il attend de lui la délivrance d'autorisations, de titres, d'agrément et de divers avantages. Cette évolution est d'ailleurs également perceptible en dehors de nos frontières. [...] Initialement conçu comme un instrument de protection de l'individu contre le pouvoir, le contrôle juridictionnel de l'administration doit s'adapter à une telle évolution⁵⁸⁴ ».

Si notre modèle administratif montre des signes d'inadéquation et des incompatibilités avec les réalités sociales actuelles, c'est parce que, en outre, ce qu'on appelait, jusque-là, le sujet ou l'administré s'est émancipé pour devenir un citoyen aux multiples facettes. En effet, tour à tour, il est à la fois, citoyen, usager, client, consommateur, collaborateur ou encore partenaire.

Dans ce contexte, la consécration d'un principe de sécurité juridique peut être perçue légitimement comme une réponse, de la part du juge administratif, aux imperfections et aux limites de la protection des citoyens par la légalité objective. Aujourd'hui, le pouvoir administratif se trouve doublement contrôlé, d'une part, l'administration doit respecter les obligations objectives qui découlent du respect du principe de légalité, et d'autre part, ne pas porter atteinte aux droits individuels des citoyens en vertu du principe de sécurité juridique. Dans le premier cas de figure, le juge administratif

⁵⁸⁴ F. Blanco, Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. PUAM 2010, p. 168.

applique la conception classique du droit administratif objectif. En revanche, dans le second cas de figure, le juge administratif ne peut faire abstraction des considérations subjectives de chaque espèce.

Partant de ce postulat, faut-il en déduire que dans le contentieux de l'annulation, le principe de sécurité juridique aboutit à une subjectivisation du recours pour excès de pouvoir. En effet, le contentieux de l'excès de pouvoir a toujours été considéré comme un contentieux exclusivement de légalité, désormais, cette exclusivité est dépassée, du moins elle n'est plus justifiée, si tenté qu'il en soit peu justifiée.

Lorsque le recours pour excès de pouvoir est fondé sur la violation du droit à la sécurité juridique, le juge administratif se trouve, de fait, saisi d'une demande en justice qui se confond avec un droit individuel lésé. Autrement dit, il n'est plus possible de dissocier, comme fut le cas avant, l'action en justice du droit du requérant lésé. Il s'agit bien d'une révolution de concept, toutefois, il ne faut pas exagérer sa portée. Comme nous l'avons vu plus haut, combien même admis en tant que droit public subjectif, le principe de sécurité juridique se trouve neutraliser par la technique des standards qu'adopterait le juge administratif. Mais, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un mouvement de (re)subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, à travers lequel, le juge administratif rend sa décision à partir d'un contexte empreint de subjectivisme. En effet, l'examen de l'atteinte au principe de sécurité juridique oblige le juge à prendre en compte la situation individuelle du requérant. Cette prise en compte se traduit par un jugement casuistique aussi bien au stade de la recevabilité qu'au stade de l'examen du fond du litige. En effet, au-delà de l'examen des faits, c'est la situation personnelle, autrement-dit subjective, du requérant qui sera déterminant pour juger qu'il y a eu ou non atteinte à sa sécurité juridique.

Dans une telle configuration, le juge de l'excès de pouvoir se trouve amené à juger au cas par cas en tenant compte, non seulement les données objectives des faits, mais également leur portée subjective. Il en résultera nécessairement une lecture casuistique des décisions à rendre. Il ne s'agira plus de prononcer une annulation ou un rejet en se fondant sur l'unique respect de la légalité, qui, bien qu'il demeure essentiel, se trouve concurrencer, voire minimiser, par les indicateurs subjectifs des parties. Ainsi comme le relève Monsieur F. Blanco : « Instrument purement abstrait

de contrôle de légalité, le recours pour excès de pouvoir offre dans bien des cas au plaideur une satisfaction morale. L'annulation, sanction normalement attaché à toute illégalité, consacre la victoire du droit que celles du requérant⁵⁸⁵ ». Depuis la consécration d'un droit public subjectif à la sécurité juridique des administrés, le juge administratif n'est plus lié par la stricte légalité pour dire le droit.

Désormais, le recours pour excès de pouvoir se révèle comme un moyen de répondre aux métamorphoses des rapports qu'ont les citoyens avec l'administration. Cette métamorphose est le parallèle d'un changement de la notion de l'intérêt général. En effet, aujourd'hui le pouvoir réglementaire n'est plus seul à être responsable de la notion d'intérêt général à cause de son ouverture sur la société. Notre société se trouve confrontée à une multitude d'intérêts généraux, ainsi il y a un intérêt général économique, un intérêt général social et un intérêt général sociétal. A chaque fois que le juge administratif se trouve saisi d'une demande d'annulation d'un acte administratif touchant ces domaines, celui-ci ne peut faire abstraction des attentes subjectives des citoyens et leurs devenir en cas d'annulation pour une simple illégalité.

⁵⁸⁵ P. Florian, Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, op. cit. p. 165.

Paragraphe 2 : La sécurité juridique et la casuistique dans le contentieux administratif

Comme le relève Monsieur Ch. Pollmann : « Le développement, voire la multiplication de droits subjectifs atteste ainsi non seulement l'individualisation et la juridicisation des sociétés contemporaines. Il constitue aussi à la fois une cause et une conséquence de la tournure contentieuse que prend cette emprise grandissante du discours juridique. Le besoin de la justice en droits subjectifs au profit des particuliers concorde d'ailleurs avec la place grandissante des droits fondamentaux, subjectifs, par rapport aux principes de séparation des pouvoirs (droit public interne) et des Etats (droit public international)⁵⁸⁶ ».

S'il est encore relativement prématuré de conclure à une totale reconversion du juge administratif au dogme subjectif, force est de constater qu'une telle reconversion n'est plus à ses stades de construction. La doctrine administrative s'est totalement décomplexée à propos de la question de la subjectivisation du droit administratif, notamment, celle qui touche le contentieux administratif. Monsieur B. Seiller écrit à ce sujet : « une importante évolution est en cours depuis une quinzaine d'années en contentieux administratif, qui conduit à une meilleure protection des droits subjectifs des administrés par le juge administratif. Principalement étudiée à propos du contentieux de l'excès de pouvoir, où, il est vrai, elle est d'autant plus spectaculaire qu'elle n'était prévisible, cette évolution touche depuis peu également le plein contentieux subjectif [...] en ce début de siècle, le juge administratif, même lorsqu'il statue en matière d'excès de pouvoir, ne se borne à constater l'illégalité des actes de l'administration et tranche la situation litigieuse [...] Il (le juge administratif) ne feint plus d'ignorer que le procès fait à l'acte est un litige entre des parties. Le juge administratif ne flotte plus dans les espaces éthérés, ne se livre plus à de purs syllogismes, prononçant une parole qui, précédemment devait suffire à la satisfaction du requérant⁵⁸⁷ ».

⁵⁸⁶ Ch. Pollmann, Le contentieux comme foyer de création concrète et progressive du droit. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008. 61, p. 107.

⁵⁸⁷ B. Seiller, Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux. In *Les droits publics subjectifs des administrés*, la collection Débats et Colloques de l'AFDA n° 4. 2011, p. 192/193.

Le droit à la sécurité juridique n'est pas réduit à influencer la seule solution que le juge doit apporter à un contentieux, mais il s'étend à tous les stades du litige.

Ainsi, récemment le Conseil d'Etat s'est illustré par une subjectivisation de l'examen de la notion de l'intérêt à agir. Dans cette affaire était en cause la procédure de passation d'un appel d'offre en vue de l'attribution d'un marché de service relatif au transport et le tri de déchets ménagers. Le pouvoir adjudicateur, en l'occurrence, un Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Elimination des Ordures Ménagères du Secteur Est de la Sarthe (SMIRGEOMES), a soumis ce marché à l'Accord de l'OMC sur les marchés publics de 1994⁵⁸⁸ signé à l'époque de l'Uruguay Round. En effet, en vertu de cet accord, l'ouverture de la concurrence n'est plus limitée aux pouvoirs adjudicateurs communautaires mais s'étend à tous ceux des Etats signataires. Sur la saisine d'une entreprise (Société Passenaud Recyclage) dont l'offre n'avait pas été retenue, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes donne raison à la requérante en estimant que le marché en cause n'était pas couvert par l'accord sur les marchés publics et annule la procédure de passation engagée par la SMIRGEOMES. Celle-ci se pourvoit en cassation devant le Conseil d'Etat contre l'ordonnance d'annulation. Dans sa décision, le Conseil d'Etat censure l'ordonnance des juges administratifs de Nantes en portant le débat sur la notion d'intérêt à agir. Ainsi, dans un considérant qui a tout l'air d'une formulation de principe, les juges du Palais Royale estiment : « qu'en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements, qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que, par suite, en annulant la procédure de passation litigieuse au motif que le syndicat aurait indiqué à tort dans les avis d'appel public à la concurrence que le marché était couvert par l'Accord sur les marchés publics, sans rechercher si cette irrégularité, à la supposer établie, était susceptible d'avoir

⁵⁸⁸ En vertu de son article premier, cet accord s'applique à toute à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres de l'OMC, notamment, les marchés des services de voiries et d'enlèvement des ordures.

lésé ou risquait de léser la société Passenaud Recyclage, le juge des référés a commis une erreur de droit et a ainsi méconnu son office ; qu'il en résulte que la SMIRGEOMES est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a prononcé l'annulation de la procédure de passation du marché⁵⁸⁹ ».

Dans ses conclusions, le rapporteur public, Monsieur B. Dacosta n'a pas manqué d'attirer l'attention du Conseil d'Etat sur la notion d'intérêt à agir en ces termes : « En premier lieu, vous avez retenu une conception particulièrement extensive de l'intérêt à agir [...] en jugeant que tout candidat potentiel à l'attribution d'un marché public est recevable à invoquer n'importe quel manquement, sans qu'il doive justifier que ce manquement lui a, en fait, causé le moindre préjudice : pour reprendre les termes de votre décision Société Stereau du 16 oct. 2000, « une entreprise candidate à l'obtention d'un marché (est) susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence» [...] Vous appliquez donc au référé précontractuel, sans états d'âme, le principe selon lequel l'intérêt à agir s'apprécie au regard des conclusions et non des moyens, alors même qu'une telle lecture du texte revient à neutraliser l'une des conditions qu'il impose⁵⁹⁰ ».

Dans son commentaire de l'arrêt SMIRGEOMES, Monsieur P. Delvolvé est très critique à l'égard de la solution qui prévalait jusqu'ici. Ainsi, il considère que : « Tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence pouvait être invoqué, quelle que fût son incidence sur la situation du requérant [...] Peu importaient, les conséquences de ces manquements sur l'entreprise requérante : une entreprise candidate à l'obtention d'un marché étant susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge du référé précontractuel pouvait déduire des irrégularités qu'il relevait qu'elle était fondé à demander la suspension de la passation du marché sans rechercher si ces irrégularités lui ont en fait porté préjudice. Ainsi le référé précontractuel apparaissait comme purement objectif⁵⁹¹ ».

La nouvelle solution consacrée par la jurisprudence SMIRGEOMES révèle encore une fois de plus l'ascendant de la sécurité juridique sur la légalité en droit administratif. En effet, comme le souligne le Professeur Delvolvé : « Le référé

⁵⁸⁹ CE. Sect. 3 Octobre 2008 SMIRGEOMES. Publié au recueil Lebon 2008.

⁵⁹⁰ Conclusions de B. Dacosta sous l'arrêt SMIRGEOMES, Recueil Lebon 2008.

⁵⁹¹ P. Delvolvé, Limitations des moyens invocables dans le référé précontractuel. RFDA 2008, p. 1139.

précontractuel a pu être détourné de sa finalité en étant utilisé parfois sous forme d'un chantage pour obtenir certains avantages en contrepartie d'un désistement : d'une moralisation de la vie administrative, il aboutissait à une perversion de la procédure contentieuse ».

Pour des raisons de sécurité juridique, la notion d'intérêt à agir est examinée désormais au cas par cas. En effet, combien même, le requérant dispose du droit d'ester en justice, encore faut-il, qu'il soit effectivement lésé. Si d'un point de vue de la légalité, le requérant peut porter sa prétention devant le juge, la sécurité juridique peut s'y opposer au nom de la sauvegarde des intérêts en présence. En effet, dans son commentaire de l'arrêt Département du Tarn et Garonne, Monsieur F. Rolin⁵⁹² se résigne à constater que : « le Conseil d'Etat choisit, dans le contentieux contractuel de transposer purement et simplement le système du contentieux allemand : Nécessité d'un droit public subjectif lésé pour que le recours soit recevable [...] La seule incertitude demeure celle de savoir si la notion d'intérêt sera étendue plus ou moins largement que celle de droit public subjectif en droit allemand ». Et de rajouter plus loin : « le Conseil d'Etat pour la première fois depuis l'arrêt Dame Lamotte remet en cause la possibilité de former un recours objectif contre certains actes administratifs, au profit d'un système de recours subjectif inspiré par le droit administratif allemand. Une telle atteinte à l'équilibre général du contentieux administratif ne peut être une œuvre qui appartienne, en propre et sans contrôle au juge administratif⁵⁹³ ».

⁵⁹² F. Rolin, Du recours pour excès de pouvoir de l'Etat légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'Etat contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne. RDP 2014, n° 5, p. 1198.

⁵⁹³ Idem.

CHAPITRE II : la jurisprudence administrative à l'épreuve de la sécurité juridique

En tant que droit public subjectif, le principe de sécurité juridique constitue un rempart, à la disposition des justiciables, contre la brutalité et la complexité de la norme prétorienne. En effet, dans son rapport de 2006, le Conseil d'Etat avait dénoncé toutes les causes, conjoncturelles et structurelles, qui multiplient les foyers gangrénés par l'insécurité juridique. Néanmoins, manque à sa dénonciation l'insécurité juridique due à sa propre jurisprudence.

Lorsqu'on connaît la portée de la jurisprudence du Conseil d'Etat en tant que source de notre droit administratif, toute insécurité juridique touchant celui-ci est nécessairement, sinon exclusivement, d'origine jurisprudentielle. Pourtant le Conseil d'Etat n'en fait aucune allusion, ce qui voudrait dire de deux choses l'une, ou bien, le Conseil d'Etat estime que sa jurisprudence n'est que la bouche de la loi, et l'insécurité qu'elle traduit n'est que celle de la norme législative, ou bien, l'insécurité juridique en droit administratif n'est que le résultat du poids de la codification, et que par conséquent, ce droit doit rester indéfiniment jurisprudentiel. Quoiqu'il en soit, le rôle de la jurisprudence administrative dans la prolifération de la jurisprudence administrative est bien réel.

SECTION I : La sécurité juridique du justiciable et la norme prétorienne dans le temps

Le principe de sécurité juridique a pour vocation de permettre au juge administratif de lutter contre les effets pervers des normes juridiques. En effet, au-delà de la norme législative et réglementaire, le principe de sécurité juridique s'intéresse également à la norme jurisprudentielle. Outre les imperfections qui caractérisent sa rédaction et sa diffusion, la jurisprudence devient facteur d'insécurité juridique essentiellement dans son rapport avec le temps. L'application de la norme prétorienne dans le temps peut, en effet, être source d'insécurité juridique notamment en cas de revirements et la rétroactivité des annulations.

Paragraphe 1 : L'insécurité juridique par la norme prétorienne

L'application et l'élaboration de la norme prétorienne peuvent donner lieu à une certaine atteinte à la sécurité juridique. En effet, celle-ci se trouve affectée, d'une part, à travers l'effet rétroactif des annulations contentieuses, et d'autre part, à cause de l'application immédiate de la règle prétorienne nouvelle à l'occasion des revirements de jurisprudence.

Sous-paragraphe 1 : L'insécurité juridique par la rétroactivité des annulations contentieuses

Une annulation d'un acte pour illégalité emporte de graves conséquences pour la sécurité juridique aussi bien de la personne destinataire du dit acte, que celle de tierce personne. En effet, lorsque le juge, à la suite d'un recours pour excès de pouvoir, se prononce pour l'annulation de l'acte contesté, la dite annulation anéantit l'acte en cause depuis ses origines. La censure dans le contentieux de l'annulation est rétroactive, ainsi, l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé juridiquement. La logique de cette solution découle du fait que le juge ne fait que constater l'existence d'irrégularité contenue dans l'acte qui lui est déféré, une irrégularité qui lui colle depuis l'origine. Et étant donné que la décision d'annuler le dit acte relève de la simple approche déclarative, il est de toute logique que l'annulation soit prononcée de manière rétroactive. L'acte est ainsi réputé comme n'être jamais intervenu.

Toutefois, on peut opposer à cette conception de la décision déclarative, une autre conception selon laquelle la décision d'annulation serait une décision constitutive. En effet, l'acte annulé, combien nul depuis l'origine, n'en demeure pas moins un acte normatif ayant produit des effets juridiques. La décision d'annulation apparaît ainsi comme une décision porteuse d'une autre norme qui annule et remplace l'acte annulé. En revanche, si on parle de décision déclarative, cela voudrait dire qu'il y a une simple constatation d'une nullité sans portée normative puisqu'il faudrait revenir, une nouvelle fois, devant le juge pour en tirer toutes les conséquences. En outre,

dire que la décision d'annulation ne peut être qu'une décision déclarative, n'est qu'une manière de dénier au juge tout pouvoir normatif. C'est l'application du principe qui voudrait que le juge soit la bouche de la loi. Enfin, comment peut-on soutenir que la décision d'annulation ne peut être que déclarative, et s'attendre au même temps à ce que le juge fasse en sorte que cette annulation ne soit pas dommageable pour les intérêts des justiciables ?

Pour Monsieur F. Blanco : « Appliquée à la sentence rendue en excès de pouvoir, une telle conception explique largement la dimension bivalente de l'annulation. Par une première opération intellectuelle, le juge constate une illégalité contenue dans un acte administratif qui lui est déféré. Cette opération de constatation relève bien de la fonction déclarative poursuivie par le recours pour excès de pouvoir [...] la conception duale de l'acte juridictionnel à laquelle nous souscrivons pleinement, explique ainsi selon nous pourquoi la sentence d'annulation n'est pas, et ne peut être, ni totalement déclarative, ni exclusivement constitutive⁵⁹⁴ ».

La gravité de la rétroactivité des annulations pour excès de pouvoir est plus dévastatrice ici qu'ailleurs puisqu'un recours en cette matière n'est pas suspensif. Malgré le sérieux de la contestation l'acte peut continuer à produire ses effets et créer autant de situations juridiques sur lesquelles il faudrait revenir en cas d'annulation. Déjà en 1961, Monsieur G. Braibant se posait la question sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir, pour ce pilier de la doctrine administrative : « l'utilité réelle du recours pour excès de pouvoir dépend, en dernière analyse, des conséquences juridiques qui s'attachent aux annulations contentieuses, et de la suite qui leur est donnée en pratique [...] Le conseil d'Etat considère que l'autorité des annulations pour excès de pouvoir a un caractère d'ordre public [...] Cette jurisprudence se fonde sur l'idée que les actes annulés sont réputés n'être jamais intervenus⁵⁹⁵ ». Ainsi, dans un exemple que le Maître des requêtes d'alors donne lui-même, démontre bien les effets aberrants de la rétroactivité des annulations contentieuses. Il s'agissait de l'annulation d'un tableau d'avancement, mais l'administration, après avoir réintégré les agents, n'avait pas jugé utile de refaire le dit tableau : « le commissaire du gouvernement avait proposé d'admettre cette solution, par une interprétation souple de la chose jugée. Mais le conseil d'Etat ne l'a

⁵⁹⁴ F. Blanco, Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Presse Universitaire d'Aix-Marseille 2010, p. 200.

⁵⁹⁵ G. Braibant, Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir. EDCE 1961.N°15, p. 53.

pas suivi ; il a rappelé que les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus, il a ajouté qu'aucune circonstance ne peut le faire revivre, ni dispenser l'administration de les refaire, et il a précisé que cette réfection ne peut se heurter à des droits acquis, aucun droit n'ayant pu naître d'actes qui ont été annulés⁵⁹⁶ ».

A chaque annulation contentieuse de ses actes, l'administration se trouve en face d'un vide juridique auquel elle doit remédier. Le remède consisterait à tirer toutes les conséquences de la décision du juge, sauf que celle-ci souffre généralement d'un déficit de motivation. L'administration sait que son acte est illégal mais ne connaît pas toutes ses éventuelles illégalités sur lesquelles le juge ne s'est pas prononcé. La rétroactivité des annulations contentieuses est doublement préjudiciable à la sécurité juridique des administrés d'autant plus qu'elles sont revêtues de l'autorité absolue de la chose jugée. Ainsi, on a pu signaler que l'une des caractéristiques du recours pour excès de pouvoir est que : « les jugements d'annulation ont l'autorité absolue de la chose jugée : c'est incontestablement de son origine historique que le recours pour excès de pouvoir tire cette particularité. Etant à l'origine un acte administratif du souverain, pris sur simple proposition du Conseil d'Etat, l'annulation pour excès de pouvoir s'apparentait étroitement au retrait d'un acte administratif par son auteur ; elle a conservé ce caractère et, comme telle, elle a nécessairement l'effet erga omnes de l'acte administratif lui-même⁵⁹⁷ ».

Devant le vide juridique que pourrait créer la décision d'annulation, l'administration a le devoir de réagir et tirer toutes les conclusions qui découlent d'une telle décision. Comme l'a bien expliqué Monsieur Massot : « Dans cette hypothèse, l'administration doit tirer toutes les conséquences de la fiction du caractère rétroactif de l'annulation prononcée, notamment quant aux mesures prises par voie de conséquence de la décision annulée, qui doivent elles-mêmes tomber, et quant au droit applicable à la nouvelle mesure, qui doit intervenir rétroactivement : ce ne peut être que le droit applicable lors de l'intervention de la première décision⁵⁹⁸ ».

⁵⁹⁶ G. Braibant, op. cit. p. 54.

⁵⁹⁷ J. Massot, Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif. EDCE 1979- 1980. N°31. p. 111.

⁵⁹⁸ J. Massot, op. cit. p. 119.

Dans ses conclusions sous l'arrêt Rodière, le commissaire de gouvernement attirait déjà l'attention du Conseil d'Etat sur les dangers de la rétroactivité en ces termes : « Mais lorsqu'au contraire il s'agit de l'annulation des mesures qui affectent un agent, comme membre d'une collectivité, par comparaison avec ses camarades, dans son classement, dans son rang. Il semble impossible que l'Administration n'opère pas un reclassement régulier conforme à l'esprit de votre décision [...] votre décision d'annulation, qui pourra, qui devra peut-être dorénavant, préciser les effets qu'elle comporte ; vous limiteriez ainsi l'application de la rétroactivité aux cas où vous renverriez devant le Ministre pour qu'il fixe, sous votre contrôle, la situation des divers fonctionnaires en cause⁵⁹⁹ ».

Le danger, que fait peser sur les rapports juridiques, les annulations rétroactives a été dénoncé par tous les pères fondateurs de notre droit administratif, mais sans que cette dénonciation soit faite sous le label de la protection de la sécurité juridique. Gaston Jèze, dans ses notes de jurisprudence publiées à la revue de droit public en 1913, estimait que les annulations contentieuses doivent respecter un équilibre subtil, voire une théorie nuancée, entre les intérêts en présence, à savoir l'intérêt général et l'intérêt social. Le professeur G. Jèze écrit : « On peut affirmer que les solutions auxquelles conduit une logique rigoureuse et abstraite sont trop rigides pour donner satisfaction aux besoins de la vie sociale. Dans un pays arrivé à un certain degré de civilisation et de perfectionnement juridique, le législateur et, à défaut du législateur, la jurisprudence doivent imaginer une théorie très souple⁶⁰⁰ ».

⁵⁹⁹ Conclusions de M. Cohen-Salvador sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 décembre 1925, Rodière. Pourtant le Conseil d'Etat reste fidèle à son principe en estimant dans son arrêt que : « Considérant que s'il est de principe que les règlements et les décisions de l'autorité administrative, à moins qu'ils ne soient pris pour l'exécution d'une loi ayant un effet rétroactif, ne peuvent statuer que pour l'avenir, cette règle comporte évidemment une exception lorsque ces décisions sont prises en exécution d'un arrêt du Conseil d'Etat, lequel, par les annulations qu'il prononce, entraîne nécessairement certains effets dans le passé, à raison même de ce fait que les actes annulés pour excès de pouvoir, sont réputés n'être jamais intervenus ; qu'à la suite de décisions prononçant l'annulation de nominations, promotions, mises à la retraite, révocation de fonctionnaires, l'administration qui, pendant toute la durée de l'instruction du pourvoi, a pu accorder des avancements successifs aux fonctionnaires irrégulièrement nommés a pourvu au remplacement des agents irrégulièrement privés de leur emploi, doit pouvoir réviser la situation de ces fonctionnaires et agent pour la période qui a suivi les actes annulés ». RDP 1926, p. 33.

⁶⁰⁰ G. Jèze, Note de jurisprudence. Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques. RDP 1913 p. 294.

Sous-paragraphe 2 : L'insécurité juridique due à l'immédiateté des revirements

Outre l'insécurité juridique due à la rétroactivité des annulations contentieuses, la norme prétorienne nuit également par l'immédiateté de ses revirements.

A) – les revirements de jurisprudences devant le Conseil d'Etat⁶⁰¹

Monsieur Ch. Mouly a écrit : « Dans un Etat de droit, où les solutions juridiques tracent le paysage dans lequel chaque individu détermine ses prévisions et ses actions, seuls sont admissibles des normes et solutions connues de tous au moment où les prévisions sont formées et les actions engagées. Les normes ne doivent pas être rétroactive, car la rétroactivité fausse les données ; elle spolie ceux qui se sont engagés en fonction de l'état de droit antérieur ; elle mine la prévisibilité et bafoue la croyance commune. Elle porte atteinte au principe supérieur de sécurité juridique, dont la Cour européenne des droits de l'homme fait grand cas ».

La problématique de l'atteinte à la sécurité juridique à travers les revirements de jurisprudence pose la question de la valeur du précédent. En principe, à contentieux identiques solutions semblables, le succès obtenu par un plaideur incite d'autres personnes, se trouvant dans la même situation que celui-ci, à prendre exemple sur sa démarche. Néanmoins, à la différence des juges anglo-saxons, le Conseil d'Etat n'attache pas une valeur juridique à la règle du précédent, tout au plus, il ne s'agirait

⁶⁰¹ S'il y a un article qui traite de la question et à l'égard duquel la doctrine est unanime, c'est les lignes de Jean Rivero qui en donne une explication éclairante, nous ne pouvons en faire l'économie : « L'arrêt de règlement n'ayant pas cours dans notre droit, il n'y a pour 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, dans la mesure où le juge procède ainsi, en vertu de son pouvoir normatif, à une modification de la règle antérieure, la règle nouvelle va produire 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. Or, au moment où le fait s'est déroulé, où l'acte a été pris, la règle jurisprudentielle était, par hypothèse, fixée dans un certain sens. Ce n'est cependant pas cette règle, en vigueur à l'origine du litige, qui lui sera appliquée, mais celle que le juge lui substituera au terme de celui-ci. Il y a donc 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 ».

que d'une simple indication. Ainsi, comme le relève Monsieur T. Fortsakis : « L'attachement du juge au précédent relève en France d'un ordre purement moral, sans force légale aucune. Cela ne suffit par ailleurs pas à dissiper complètement son caractère coercitif car il s'agit là d'une obligation morale impérieuse, dictée par la nécessité de la sécurité juridique, qui consiste à donner aux mêmes textes la même interprétation et à appliquer dans les hypothèses identiques ou seulement analogues les mêmes principes⁶⁰² ». Toutefois, plusieurs considérations entrent en compte pour juger de la solidité d'un précédent. En droit administratif, le Conseil d'Etat joue le rôle d'une cour régulatrice d'un droit essentiellement jurisprudentiel, notamment lorsqu'il statue à travers sa formation la plus solennelle, autrement dit, en Assemblée, cela lui donne l'occasion de rendre des arrêts de principes destinés à jouer le rôle d'une norme juridique stable et durable. Toutefois, cette stabilité n'est pas sans limite, au fur et à mesure que le temps passe elle peut se révéler inefficace ou inadaptée, ce qui fait ressurgir l'idée de son abandon.

Un tel abandon revient à ce que le juge applique à un litige une règle de droit qui n'était pas en vigueur à la date à laquelle, ont été entrepris les actes objet du litige. Non seulement le changement est imprévisible mais en plus il s'applique immédiatement aux instances en cours. Une telle manifestation de l'imprévisibilité de la norme ne peut que contredire les prévisions et les attentes légitimes des requérants sur la base d'un comportement des organes juridictionnels. Il en ressort que tout revirement a pour effet de mettre à mal la sécurité juridique des justiciables. Ceux-ci se retrouvent obligés de répondre des conséquences d'une illégalité source de responsabilité pour des actes ou des faits jusque-là jugés légaux.

La règle juridique nouvellement élaborée, se trouve amenée à s'appliquer à des situations qui lui sont antérieures. Ainsi, comme le relevait le Professeur B. Pacteau : « le Conseil d'Etat rejette et récuse [...] toute prétention des justiciables à échapper à l'application des principes, règles et raisonnements qu'il formule aujourd'hui mais qui n'existaient pas forcément au moment de l'acte ou de l'opération en cause dans le procès [...] le juge, ainsi qu'il l'a certes toujours fait, énonce une

⁶⁰² Théodore Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*. LGDJ 1987, p. 270.

règle et il l'applique tout de suite, à des situations antérieures, donc rétroactivement⁶⁰³ ».

En 1998, dans ses conclusions dans l'affaire portant sur le statut juridique des biens d'EDF, Monsieur Arrighi de Casanova pointait la question en ces termes : « Que la règle jurisprudentielle soit rétroactive, voilà qui est aussi certain qu'inévitable, du moins en l'état actuel de droit. En indiquant la solution juridique qui doit être donnée à un litige, le juge se borne à le trancher en précisant le droit qui lui est applicable – telle est du moins la fiction dans laquelle vit depuis longtemps le droit français. Même lorsqu'il le fait en dégagant une règle nouvelle, il n'est pas censé exercer un pouvoir normatif auquel s'appliquerait le principe énoncé à l'article 2 du code civil ; et c'est précisément parce qu'il ne dispose pas d'un tel pouvoir que le juge n'a pas davantage celui d'édicter des dispositions transitoires. Il ne peut donc que faire comme si la règle qu'il énonce avait déjà existé à la date à laquelle le litige s'est noué ».

Monsieur Y. Aguila à son tour n'avait pas ménagé ses efforts pour en finir avec la rétroactivité prétorienne du Conseil d'Etat. Ainsi, lors de ses conclusions sur l'affaire Placoplâtre⁶⁰⁴ Monsieur Y. Aguila propose au Conseil d'Etat de : « considérer que l'intervention d'une nouvelle jurisprudence, postérieure à l'ordonnance de référé, n'a pas à être prise en compte par le juge de cassation [...] le juge des référés [...] est un juge de l'urgence, qui statue au vu des pièces du dossier, en l'état de l'instruction [...] Dans cet esprit, il nous paraît tout de même difficile de censurer un juge pour n'avoir pas tenu compte d'une évolution de jurisprudence postérieure à son ordonnance⁶⁰⁵ ».

Pour sa part, Monsieur Y. Struillou, dans ses conclusions sous l'arrêt Société Leroy Merlin, pointait le paradoxe qui découle du fait que : « ce que ni la loi, ni le règlement ne pourraient faire – porter atteinte à des droits acquis par l'édiction de nouvelles règles modifiant la définition des voies de recours et conduisant à fermer définitivement l'accès au juge aux justiciables – la jurisprudence aurait le pouvoir de le faire [...] Le paradoxe n'est pas sans fondement : il trouve son explication dans la

⁶⁰³ B. Pacteau, La rétroactivité jurisprudentielle, insupportable ? in le droit administratif : permanences et convergences, mélanges en l'honneur de J-F. Lachaume. Dalloz 2007. p. 807.

⁶⁰⁴ Dans cette affaire, il était reproché au juge des référés d'avoir entaché son ordonnance d'une erreur de droit tel que celui-ci a été interprété par le juge de cassation dans une autre affaire jugée ultérieurement.

⁶⁰⁵ Y. Aguila, L'erreur de droit, le juge des référés et le juge de cassation. AJDA 2005, p. 2474.

nature même de la règle jurisprudentielle et de l'office du juge [...] Cependant, si l'application rétroactive de la nouvelle règle conduit mécaniquement à rejeter pour irrecevabilité les recours et fermer définitivement l'accès au juge pour les tiers intéressés, il est difficile de ne pas considérer que cette solution ne porte pas atteinte à la substance du droit à un recours⁶⁰⁶ ».

Pour leur part, les plumes de la doctrine après-vente du Conseil d'Etat considéraient que : « le droit gagnerait à l'adoption par les juges français d'un pouvoir de modulation dans le temps des effets de la norme jurisprudentielle. La sécurité juridique en serait incontestablement la grande gagnante [...] on ne peut nier que la rétroactivité de la jurisprudence consiste à appliquer pour le passé une règle dont les administrés, les acteurs économiques et sociaux, les citoyens, ne pouvaient avoir connaissance et qui peut avoir pour effet de déjouer leurs anticipations⁶⁰⁷ ».

On a pu également juger que la rétroactivité des revirements peut remettre en cause ce qui a été rationnellement calculé par les acteurs économiques. Ainsi dans son rapport sur les revirements de jurisprudence, Monsieur Molfessis⁶⁰⁸ estime : « En raison même de cette imprévisibilité, la rétroactivité des revirements de jurisprudence peut produire des effets fondamentalement anti-économiques. Nul n'ignore que les processus d'anticipation, qui reposent pour partie sur la prévisibilité du droit, ont partie liée avec le dynamisme économique. La sécurité juridique est indispensable au fonctionnement d'un marché rationalisé et à la prise de choix des opérateurs sur ce marché ».

B) – Les revirements de la jurisprudence des autres juges :

a) – La Cour de Cassation.

⁶⁰⁶ Conclusions sous CE sect. 10 mars 2006 Société Leroy Merlin, Req. n° 278220. Voir aussi ; Quand l'exposition de la théorie de l'obligation de recours administratif préalable cache la question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence. AJDA 2006, p. 796.

⁶⁰⁷ C. Landais et F. Lenica, Quand l'exposition de la théorie de l'obligation de recours administratif préalable cache la question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence. AJDA 2006. 796.

⁶⁰⁸ Les revirements de jurisprudences. Rapport remis au premier président de la Cour de Cassation M. Guy Canivet du 30 novembre 2004. Groupe de travail présidé par N. Molfessis. Paris, Litec LexisNexis, 2005.

Selon un principe bien ancré en droit privé, la Cour de Cassation juge que nul n'a droit à une jurisprudence figée. Toutefois, la prise en compte grandissante de la sécurité juridique des justiciables a poussé la doctrine et l'institution judiciaire de se poser des questions sur l'utilité du caractère rétroactif de la jurisprudence. Ainsi, comme le soulignait Monsieur W. Dross : « son (le revirement) caractère rétroactif est difficilement tolérable dans une société magnifiant la sécurité juridique. Comment le juge pourrait-il prétendre contrôler de plus en plus étroitement la rétroactivité des lois sans qu'on lui reproche de voir la paille et d'ignorer la poutre⁶⁰⁹ ».

Comme le juge administratif, le juge civil s'est retrouvé confronté au problème de la rétroactivité de sa jurisprudence. Seulement, que l'orthodoxie l'emportait sur la sécurité juridique. Il en était ainsi, par exemple, dans un arrêt du 9 octobre 2001. En l'occurrence, il s'agissait, d'un enfant né handicapé indépendamment de toute faute commise par le médecin responsable de l'accouchement. L'enfant à sa majorité a cherché à poursuivre le médecin pour son manquement au devoir d'information. Les juges du fond avaient estimé qu'à l'époque des faits il n'existait aucune obligation d'information. Saisi en cassation, la Cour avait décidé que : « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés, et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée⁶¹⁰ ». Il en découle que la cour de cassation a fondé sa décision sur l'état du droit lorsqu'elle a été saisie, et non pas sur celui de l'époque des faits.

Deux mois après que le Conseil d'Etat ait rendu sa décision Association AC !, la Cour de Cassation, par un arrêt du 8 Juillet 2004, a procédé, via la deuxième chambre civile, pour la première fois à ce qu'on appelle un revirement prospectif. En effet, la deuxième chambre civile construit un raisonnement en deux temps ; dans un premier temps, elle avait soumis l'action civile fondée sur l'atteinte à la présomption d'innocence à une règle de prescription nouvelle. Et dans un deuxième temps, elle rejette le pourvoi en estimant que l'application immédiate de cette règle inédite au procès en cours reviendrait à priver la victime de son droit à un procès équitable tel que prévu par l'article 6§1 de la Conv. EDH. Dans une autre espèce, mais cette fois-

⁶⁰⁹ W. Dross, La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? A propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence. D 2006, p. 472.

⁶¹⁰ Cass. Civile 1^{re}, 9 octobre 2001, Bull. civ. I. N° 291. RTD civ. 2002, p. 176.

ci devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, il était question, comme en 2004, de choisir le régime de prescription pour les actions en réparation des atteintes à la présomption d'innocence. La Cour de cassation choisit le régime de la courte prescription (3 mois) et non celle de droit commun, toutefois, les juges précisent que : « si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que Madame X n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, en lui interdisant l'accès au juge⁶¹¹ ». Même s'il n'est pas présent expressément, ce n'est pas le principe de sécurité juridique qu'a été retenu comme fondement à cette décision mais le droit à un procès équitable. Ce pouvoir, que s'approprie le juge pour mettre les justiciables à l'abri de l'effet déstabilisateur de la rétroactivité des normes jurisprudentielles, est une expression de son équité. Ainsi, comme le soulignait à juste titre Monsieur Morvan : « La Cour de Cassation n'adopte pas seulement le revirement prospectif. Elle le fait sur l'autel de l'équité [...] Dans le droit au procès équitable, l'équitable l'emporte sur le procès qui reste subalterne. Si le droit d'accéder au juge se trouve ici poussé sur le devant de la scène, cette publicité est trompeuse. La démarche ne procède pas d'un mimétisme servile au droit anglo-américain qui privilégierait une garantie procédurale des droits fondamentaux. Elle renoue avec une racine profonde du droit français qui promeut l'équité comme source informelle du droit. L'article 6, paragraphe 1, de la Conv. EDH est le masque sous lequel elle avance⁶¹² ».

Cependant, là où nous ne pouvons suivre Monsieur Morvan dans son raisonnement, c'est lorsqu'il met l'équité en opposition à la sécurité juridique. En effet, il considère que : « le revirement prospectif [...] est commandé par une double équité, objective ou subjective. L'équité fournit le critère de mise en œuvre que n'offriront jamais les notions de sécurité juridique, de confiance légitime ou d'attentes légitime exotiques, diffuses et arbitraires [...] c'est donc bien le concept d'équité et lui seul qui, au sein de l'article 6§1 Conv. EDH, doit servir de guide exclusif. Les principes de sécurité

⁶¹¹ Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2006. BICC 656, mars 2007, p. 26.

⁶¹² P. Morvan, Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable. D. 2007. p. 835.

juridique ou de confiance légitime importés du droit communautaire [...] leur consécration ne ferait qu'instiller une vive insécurité juridique⁶¹³ ». Ainsi, si on suit ce raisonnement, on arrive à cette équation ; la rétroactivité de la jurisprudence porte atteinte à la sécurité juridique des justiciables, mais limite cet effet rétroactif sur le fondement du principe de la sécurité juridique serait porteur d'insécurité juridique.

b) – Les juges européens

La Cour EDH, dans une affaire⁶¹⁴ concernant la mutation d'un salarié, avait à se prononcer sur l'application des revirements jurisprudentiels. En l'espèce, un ressortissant macédonien ayant travaillé pour une société publique pendant 30 ans fut muté, sans raisons valables, sur un autre poste. Après que les juges de fond lui ont donné raison, la cour suprême le déboute et donne raison à l'employeur. Dans son recours devant la CEDH, le requérant reproche, entre autres, à la cour suprême de revenir, sans aucune motivation, sur sa jurisprudence établie jusque-là, en vertu de laquelle toute mutation doit être justifiée. En somme, c'est le fait de procéder à un revirement sans motivation qui est reproché, essentiellement, à la Cour suprême. La Cour EDH a raisonné en deux temps ; d'une part, elle considère que l'évolution de la jurisprudence n'est pas par elle-même contraire à une bonne administration de la justice et que les principes de sécurité juridique et de confiance légitime n'ouvrent pas un droit à une jurisprudence constante, d'autre part, la Cour considère que toutefois, le fait de revenir sur une jurisprudence bien établie avec une insuffisante motivation peut conduire à la violation de l'article 6 §1 de la Conv. EDH.

A l'occasion de l'affaire *Marckx*, où était en cause le régime d'égalité entre l'enfant naturel et l'enfant légitime en Belgique, la Cour EDH devait répondre à l'argument avancé par le gouvernement Belge selon lequel ; si le droit belge est déclaré incompatible avec le Conv. EDH, cela aboutirait à ouvrir la voie à de nombreux requérants potentiels pour contester les partages successoraux et ce depuis la Conv. EDH est entrée en vigueur en Belgique (1955). Dans son arrêt, la Cour EDH estime

⁶¹³ P. Morvan, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*. D. 2005, p. 247.

⁶¹⁴ Cour EDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c/ Ex République yougoslave de Macédoine*. Req. N° 36815/03.

qu'elle : « interprète la convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais elle n'ignore pas que des différences de traitements entre enfants naturels et enfants légitime [...] ont durant de longues années passé pour licites et normales [...] Eu égard à cet ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'Etat belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt. Certains Etats contractants dotés d'une cour constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue : leur droit public interne limite l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi⁶¹⁵ ».

Dans son arrêt *Cossey*⁶¹⁶, la Cour EDH fixe le cadre de ses revirements en ces termes : « la Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures [...] Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles ».

En ce qui concerne la CJUE, dans une affaire opposant la France à la commission au sujet du système d'octroi de points gratuits pour les retraites complémentaire jugé incompatible au droit communautaire par les services de la commission. Une incompatibilité qui n'était pas contestée par la France, néanmoins, le gouvernement français demandait à la Cour d'une part, en vertu du principe de confiance légitime que la cour ne peut condamner la France à adopter un système égalitaire depuis l'origine, ce qui aurait pour effet de lui faire supporter une lourde charge financière. D'autre part, il a été soutenu qu'en vertu du principe de sécurité juridique le système en cause doit être apprécié en fonction du régime juridique applicable à l'époque où la convention a été signée. La cour dans son arrêt, a estimé qu'il : « convient de relever que ce n'est qu'à titre exceptionnel que la Cour peut, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a

⁶¹⁵ Cour EDH, plénière, 13 juin 1979 *Marckx c/ Belgique*. Requête n°6833/74.

⁶¹⁶ Cour EDH, plénière, 27 septembre 1990 *Affaire Cossey c/ Royaume-Uni*. Requête n° 10843/84.

interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi. Cette limitation ne peut être admise, selon la jurisprudence constante de la Cour, que dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée⁶¹⁷ ».

Dans une autre espèce, la CJUE a eu l'occasion de se prononcer sur les circonstances à l'occasion desquelles elle choisit de limiter la portée de ses arrêts d'interprétation. En effet, la Cour stipule : « selon une jurisprudence constante, l'interprétation que [...] la cour de justice donne d'une disposition de droit communautaire claire et précise [...] il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation [...] Eu égard à ces principes, une limitation des effets de l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation apparaît tout à fait exceptionnelle⁶¹⁸ ».

⁶¹⁷ CJUE, 24 septembre 1998, Affaire C 35/97 Commission c/ France.

⁶¹⁸ CJUE (6eme chambre), 11 août 1995 Roders, affaires jointes C367/93, C368/93, C369/93.

Paragraphe 2 : Le principe de sécurité juridique et la stabilisation de la norme prétorienne dans le temps

La problématique de la rétroactivité est un exemple criant du dilemme dans lequel s'est mis le juge de choisir entre légalité ou la sécurité juridique. Par sa conception objective, le juge n'a fait que renforcer la première pour bien sacrifier la seconde. Rétablir la légalité devient une source d'insécurité juridique, puisque ce rétablissement intervient de manière rétroactive. Cela revient à faire supporter aux destinataires de l'acte annulé les conséquences de la faute de l'administration. D'autant plus que ces personnes n'ont pas induit ni par action ni par omission l'administration en erreur, il est donc injuste de permettre à l'administration de se contredire au détriment des administrés. Par cet effet rétroactif des annulations contentieuses, le juge administratif crée une situation de vide juridique par définition rétroactif, lui-même, ce qui oblige l'administration à remonter le temps juridique pour tirer les conséquences de cette annulation et procéder aux corrections qui s'imposent. Outre les destinataires de la décision d'annulation, le dit- vide juridique concerne également les administrés dont les actions sont encore pendantes devant les tribunaux et qui portent sur des questions analogues.

Depuis des décennies est apparue l'idée de concilier les conséquences d'une illégalité et un traitement pragmatique des rapports administratif.

Sous-paragraphe 1 : La modulation des annulations contentieuses en vertu du principe de sécurité juridique

Nous avons déjà traité de l'adoption par le juge administratif du principe de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses⁶¹⁹. L'adoption d'un tel procédé par le juge administratif se présente comme un avant-gout à la consécration d'un principe général de sécurité juridique qui, lui-même, est un sas d'adaptation de droit administratif au nouveau juge administratif. En effet, la

⁶¹⁹ CE, Ass. 11 mai 2004, Association A.C !

modulation de la jurisprudence du juge administratif, comme le souligne Monsieur A. Van Lang, constitue un : « phénomène qui s'intègre dans une évolution d'ensemble marquée par une conception extensive de l'office du juge administratif, qui s'appuie sur l'accroissement de ses pouvoirs résultant de la loi. Les maîtres mots de cette évolution sont la pédagogie, l'efficacité et la sécurité juridique⁶²⁰».

Toutefois, de l'aveu même du juge administratif, ce pouvoir de modulation est d'une application exceptionnelle. Il s'en suit que l'annulation rétroactive, expression du principe de légalité, demeure le principe à l'égard duquel la modulation, expression de l'office du juge, n'est qu'une exception.

Pour recourir à la modulation d'une annulation contentieuse, le juge administratif procède à un véritable contrôle de proportionnalité entre, d'une part, les conséquences de l'annulation rétroactive à l'égard des situations qui se sont constituées sur le fondement de l'acte annulé, et d'autre part, les inconvénients qui découleraient de maintenir en vigueur un acte illégal en dépit du principe de légalité et du droit à un recours effectif. Bien que consacré ultérieurement, il n'en demeure pas moins que la modulation des annulations contentieuses a pour base juridique le principe de sécurité juridique.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat que le recours à la modulation se justifie à partir du moment que, comme fut le cas dans l'affaire Association AC !, un grand nombre d'actes ou faits juridiques peuvent être sérieusement affectés par l'effet rétroactif de l'annulation. Ce qui n'était pas le cas aux yeux du juge administratif au sujet des annulations prononcées à la suite de recours contre certaines dispositions du code des marchés publics. Dans cette affaire, et malgré la prise de position du rapporteur public Monsieur Cassas en faveur de la modulation des éventuelles annulations, le Conseil d'Etat ne l'a pas suivi et a décidé de rejeter les conclusions dirigées en ce sens : « Sur les conclusions tendant à ce que le Conseil d'Etat limite dans le temps les effets des annulations prononcées par la présente décision : Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de limiter dans le temps les effets des annulations prononcées par la présente décision⁶²¹». Bien entendu, les juges du Palais-Royal ne précisent pas

⁶²⁰ A. Van Lang, De l'usage du bilan dans l'après-jugement. In Le droit administratif : permanence et convergences, Mélanges en l'honneur de J-F Lachaume, op. cit. p. 1073.

⁶²¹ CE, 23 février 2005. Association pour la transparence et la moralité des marchés publics. N°264712 publié au recueil.

lesquelles des circonstances de l'espèce qui ne justifient pas le recours à la modulation. Néanmoins, le contexte de l'affaire laissait présager ce refus, en effet, d'une part, avant que le Conseil d'Etat ne rende son arrêt, les sites professionnels spécialisés en matière d'achat public (le Moniteur, Achat public, la Gazette des Communes) faisaient état de l'anticipation de la part des acheteurs publics les éventuelles annulations et, d'autre part, toute modulation reviendrait à préserver des dispositions contraires au droit communautaire préexistant.

Le recours à la modulation peut se justifier par l'impératif de préserver la continuité du service public. En effet, dans une espèce où le juge administratif annule la nomination irrégulière d'un magistrat, il a été jugé que : « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique, en principe, que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif – après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause – de prendre en considération, d'une part les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics et privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation, qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à l'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 ; Considérant que l'irrégularité de la nomination d'un magistrat est de nature à entraîner la nullité des jugements et procédures auxquelles il a concouru, qu'il résulte du supplément d'instruction auquel il a été procédé que, compte tenu de la nature de motif d'annulation retenu et alors qu'aucun autre moyen n'est de nature à justifier l'annulation prononcée par la présente décision, l'annulation rétroactive de la nomination de M. B. porterait, eu

égard à la nature et à la durée des fonctions qu'il a exercées en qualité de procureur de la République [...] une atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public de la justice ; que, dès lors, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de ne prononcer l'annulation de la nomination de M. B. qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de la présente décision ⁶²²». Ainsi, pour sauvegarder la sécurité juridique que tout justiciable est en droit d'attendre d'un service public de la justice, le juge administratif peut aller jusqu'à maintenir une situation juridique irrégulière au-delà même de la date de la décision constatant cette irrégularité.

C'est en fonction des circonstances de l'espèce et les preuves avancées par les parties que le juge apprécie les éventuelles atteintes à la sécurité juridique par la rétroactivité de l'annulation.

Ainsi, comme le relève Monsieur G. Pellissier : « l'appréciation des effets dans le temps de l'annulation contentieuse est une opération concrète d'une conception objective de la preuve, il appartient aux parties, que le juge a invité à présenter leurs observations, de produire tous les éléments d'information nécessaire. A défaut, si les effets perturbateurs de l'annulation rétroactive n'apparaissent pas avec évidence dans le dossier, le juge appliquera toujours le principe, à savoir la rétroactivité, plutôt que l'exception ⁶²³ ».

Le Conseil d'Etat, dans l'exercice pragmatique de son office, peut fonder la modulation sur les conséquences financières de l'annulation rétroactive. Il s'agit ni plus ni moins que de l'application du principe de confiance légitime. Ainsi, dans une affaire concernant la programmation de certaines chaînes de la TNT, en l'occurrence MCM et NRJ12, le Conseil d'Etat était amené à annuler les autorisations qui leurs sont accordées par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) mais en contrepartie, les deux chaînes de la TNT s'engageaient à diffuser des œuvres européennes et francophones. Le problème portait sur les modalités d'exécution de ces obligations que le juge administratif estime illégales. Cependant, en raison du caractère indivisible des dispositions en causes, leur annulation emporterait avec elle l'ensemble de la convention d'exploitation octroyée par le CSA. Cette rupture

⁶²² CE, 12 déc. 2007 M. S, n° 296072.

⁶²³ G. Pellissier, Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC !. Une nouvelle dimension de l'office du juge. RJEP n° 656, Août 2008.

immédiate des autorisations d'émettre des programmes obligerait les chaînes à cesser immédiatement leur activité avec toutes les conséquences financières sur leurs partenaires et leurs salariés dont les droits financiers ne seront plus honorés. Tout cela conduirait, comme le rappelait le rapporteur public dans ses conclusions, à de nombreux contentieux contre l'Etat pour engager sa responsabilité en vue de réparer les préjudices subis à la suite de cette annulation. Pour cela, le rapporteur public oriente ses conclusion vers le recours à la modulation en ces termes : « nous croyons pouvoir en déduire que se trouvent réunies les conditions pour qu'il soit décidé de moduler les effets de l'annulation contentieuse, aux fins de limiter les effets excessifs d'une annulation à effet rétroactif et bien entendu immédiat ».

Ainsi, le juge examine aussi bien les faits de l'espèce que les éventuelles conséquences de l'annulation pour admettre la modulation. En raison de la richesse du considérant du point de vue de la méthode adoptée par le juge pour moduler ses annulations, nous le reproduisons en entier : « Considérant que, compte tenu de la nature de ses dispositions, qui ne sont pas divisibles de celles de l'ensemble de la convention, l'illégalité de l'article 3-2-1 justifie l'annulation intégrale de la convention et, par voie de conséquence, contrairement à ce que soutient le CSA, celle de l'autorisation à laquelle elle est annexée ; que toutefois, l'illégalité commise ayant seulement porté sur la définition des modalités selon lesquelles le service s'acquitterait de l'obligation légale de diffusion d'œuvres audiovisuelles européennes et francophones et n'ayant pas été de nature à influencer sur le choix du projet de la société MCM, l'annulation de l'autorisation n'a pas pour conséquence nécessaire l'organisation d'une nouvelle mise en concurrence pour l'attribution de la fréquence allouée à cette société ; qu'elle permet au CSA, sans procéder à un nouvel appel aux candidatures, de délivrer à la société MCM [...] une nouvelle autorisation assortie d'une convention donnant aux heures de grande écoute une définition adéquate tenant compte de la thématique de la chaîne et des règles de programmation ; que, dans ces conditions, et compte tenu des effets excessifs d'une interruption de la diffusion du service au regard tant de l'intérêt général qui s'attache au développement de la télévision numérique terrestre que des intérêts de la société MCM, il y a lieu de différer l'effet de l'annulation jusqu'au 1^{er} juillet 2008⁶²⁴ ».

⁶²⁴ Dans le sommaire accompagnant la décision au recueil Lebon il est précisé que : « b) En principe, une décision par laquelle le conseil supérieur de l'audiovisuel a adopté le projet d'avenant à la convention d'une

Dans son arrêt Sire du 12 décembre 2007, le Conseil d'Etat était confronté à l'annulation d'un décret portant nomination d'un magistrat. Pour les juges du Palais-Royal : « l'irrégularité de la nomination d'un magistrat est de nature à entraîner la nullité des jugements et procédures auxquels il a concouru ; qu'il résulte du supplément d'instruction auquel il a été procédé que [...] l'annulation rétroactive de la nomination de Monsieur Baboulenne porterait, eu égard à la nature et à la durée des fonctions qu'il a exercées [...] une atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public de la justice ; que, dès lors, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de ne prononcer l'annulation de la nomination de M. Baboulenne qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de la présente décision⁶²⁵ ». Là aussi, c'est l'impératif de la sécurité juridique qui l'emporte puisque une annulation rétroactive réduirait à néant les procédures auxquelles les magistrats concernés ont participé ainsi que les décisions juridictionnelles auxquelles ils ont été associés. Il s'agit à la fois de préserver le bon fonctionnement du service public de la justice ainsi que la préservation de la confiance légitime en la chose jugée.

Le régime de la modulation des annulations a connu récemment une petite révolution. Depuis 2004, le juge administratif dans le même arrêt annule et module l'effet de cette annulation. Or, récemment, le Conseil d'Etat adopte une procédure en deux temps ; dans un premier temps il prononce l'annulation, et dans un deuxième temps il statue sur les effets dans le temps de cette annulation⁶²⁶.

Désormais, l'attendu de principe se voit attribuer une autre forme de rédaction, en effet, dans son arrêt fédération nationale des transporteurs routiers du 15 mai 2013, le Conseil d'Etat a jugé que : « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de

chaîne de télévision et cet avenant, lorsqu'ils sont annulés, sont réputés n'être jamais intervenus. Toutefois, compte tenu des effets excessifs d'un retour immédiat aux règles de programmation définies dans la convention initiale et des risques qu'il comporterait pour la pérennité du service, il y a lieu de différer l'effet de l'annulation ».

⁶²⁵ CE, 12 décembre 2007. Sire. Et du même date CE Vignard. M. Guyomar, L'application de la jurisprudence Association AC ! à l'annulation d'une décision individuelle. AJDA 2008. 638.

⁶²⁶ CE, 12 mai 2010, Fédération départementale des chasseurs de la Drôme, n° 325657, publié au recueil ; CE, 28 novembre 2011, Association sauvons l'université, n° 341775, publié au recueil.

l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif – après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause – de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation, ou, lorsqu'il a décidé de surseoir à statuer sur cette question, dans sa décision relative aux effets de cette annulation, que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision prononçant l'annulation contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, 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 détermine⁶²⁷ ».

Cette évolution de l'annulation-modulation en deux temps a le mérite de laisser le temps à l'instauration d'un dialogue entre les parties et le juge à propos de la pertinence ou non d'une modulation. En effet, il arrive que le juge administratif soit dans l'incapacité de déterminer, à partir des circonstances de l'espèce, un éventuel caractère excessif des effets rétroactifs d'une annulation. Bien que le fait de laisser du temps aux parties pour recueillir leur avis, ce même temps peut vider la technique de la modulation de sa substance. Ainsi comme le souligne Monsieur D. Connil : « la pratique entraîne inévitablement un décalage dans le temps entre le moment où l'annulation est prononcée et le moment où ses effets sont définitivement déterminés. Or, si ce décalage est trop important, cela nuit à l'efficacité même de la modulation [...] si la modulation permet de rechercher un meilleur équilibre entre légalité et sécurité juridique, la pratique de la procédure en deux temps pourrait mettre à mal l'objectif même que la modulation poursuit⁶²⁸ ».

⁶²⁷ CE, 15 mai 2013 Fédération Nationale des Transporteurs Routiers, Req. n° 337698.

⁶²⁸ D. Connil, Modulation des conséquences et conséquences de la modulation. AJDA 2013. 1876.

Jusqu'ici nous n'avions étudié que des cas de décisions prononçant une annulation. Cependant, la modulation ne se limite pas exclusivement aux décisions d'annulation. En effet, le juge administratif peut recourir à ce procédé également pour moduler dans le temps les effets d'une décision de rejet. C'est ce qui ressort de la décision Techna rendu par le Conseil d'Etat le 27 octobre 2006. Dans cette affaire était en cause la suspension des dispositions du décret du 1^{er} Août 2003 relatif à l'étiquetage des aliments destinés aux animaux d'élevage sur le fondement de l'article L 521-1 du code de justice administrative en attendant la réponse de la CJUE au sujet de la conventionalité de la directive que le décret en cause transpose. La Cour ayant répondu par l'affirmative, le doute sur la conventionalité de la directive a été écarté. Et donc en toute logique, la suspension du décret de transposition devait prendre fin au lendemain de la décision de la CJUE. Toutefois, les sociétés requérantes ont orienté leur prétention, devant le juge national, sur le terrain de l'effet brutal qu'aurait pour elles une éventuelle fin de la suspension du décret en question. En principe, lorsque, s'avère infondé, le recours tendant à l'annulation d'un acte suspendu, une telle suspension cesse et l'acte retrouve toute sa vocation à s'appliquer. Or dans cette affaire, le Conseil d'Etat en vertu du principe de sécurité juridique a orienté sa décision vers une autre solution. En effet, les juges du Palais-Royal estime que le rejet du recours infondé peut donner lieu à un report des effets de ce rejet. Dans ses conclusions, le rapporteur public attirait l'attention du conseil d'Etat sur le fait que la suspension du décret dans : « l'attente de la réponse de la ex CJCE (a) suspendu le temps juridictionnel, mais pas le temps réel et la période transitoire [...] est expirée sans avoir pu, de fait, produire la plénitude de ses effets. Si vous rejetez la demande d'annulation des nouvelles règles d'étiquetage [...] ce changement brutal de réglementation suscitera, à n'en pas douter, de redoutables conséquences pour toute la filière concernée [...] Nous sommes donc d'avis qu'il entre dans l'office du juge administratif de rétablir, au nom de la sécurité juridique, un dispositif transitoire que seule la procédure juridictionnelle a empêché de fonctionner⁶²⁹ ».

Ainsi, le considérant de principe du l'arrêt Techna dispose :

« Sur les conséquences du rejet des conclusions aux fins d'annulation :

⁶²⁹ F. Séners, Pouvoirs du juge et effets juridiques indirects du rejet d'une demande en annulation. Conclusions sur Conseil d'Etat, section, 27 octobre 2006, Société Techna et autres. RFDA 2007. 265.

Considérant que le rejet d'une requête tendant à l'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge administratif statuant en référé a en principe pour effet que cet acte trouve ou retrouve application dès le prononcé de cette décision juridictionnelle ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet est de nature, compte tenu des difficultés de tous ordres qui peuvent en résulter et auxquelles l'administration ne serait pas en état de parer immédiatement elle-même, à porter atteinte au principe de sécurité juridique, notamment dans le cas où, comme en l'espèce, la suspension a été prononcée avant tout début d'exécution d'un acte prévoyant une période transitoire dont le terme est depuis lors écoulé, il appartient au juge administratif, le cas échéant d'office, d'apprécier, en prenant en compte tant les difficultés susmentionnées que l'intérêt général qui s'attache à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, s'il y a lieu de décider que sa décision de rejet, en tant qu'elle met fin à la suspension précédemment prononcée, ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine et, en ce cas, de prescrire la publication de sa décision au JORF [...] qu'en l'espèce, doivent être conciliés, d'une part, l'objectif de sécurité sanitaire que poursuivent les nouvelles dispositions et l'obligation de pourvoir à la transposition d'une directive communautaire et, d'autre part, le principe de sécurité juridique, reconnu tant en droit interne que par l'ordre juridique communautaire, qui implique au cas présent que les entreprises [...] puissent bénéficier, en ce qui concerne les règles d'étiquetage de ces produits, d'une période transitoire, d'ailleurs prévue par le décret du 1^{er} août 2003, leur permettant de s'adapter aux prescriptions nouvelles ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, il y a lieu de reporter au 1^{er} février 2007 la date d'effet de la présente décision, en tant qu'elle met fin à la suspension des dispositions de l'article 4 du décret du 1^{er} août 2003⁶³⁰ ».

Par cette solution, le Conseil d'Etat a poussé plus loin encore son office. Au lieu de demander à l'administration de fixer une autre période de transition, pour permettre aux producteurs d'écouler leurs stocks et se mettre en conformité avec la nouvelle réglementation, le juge administratif se substitue à l'administration et aménage lui-même un temps transitoire au nom de la sécurité juridique. Ainsi le juge administratif finalise l'architecture de son office par cette décision. En effet, désormais, il se

⁶³⁰ CE, sect. 27 octobre 2006 Société Techna et autres. Req. N° 260767. Recueil Lebon 451. RFDA 2007. p 265 conclusions Sénors, p. 601 Note Roblot-Troizier ; AJDA 2006, p. 2385, chro. Landais et Lenica ; D. 2007, p. 621 note Cassia.

reconnaît la faculté de différer dans le temps les effets de ses décisions rejetant les demandes en annulations d'acte administratif (réglementaire en l'espèce).

Sous-paragraphe 2 : La modulation des effets de la nouvelle règle prétorienne en vertu du principe de sécurité juridique

Le principe de sécurité juridique constitue une source de stabilisation de la norme prétorienne. En effet, à travers la technique de modulation, le principe de sécurité juridique donne au juge administratif le moyen de mettre fin aux inconvénients des revirements jurisprudentiels en tant que la norme prétorienne constitue une base légitime de confiance.

A) - La modulation comme réponse aux inconvénients de l'immédiateté des revirements

A partir du moment où le mécanisme de la modulation des annulations contentieuses bénéficia d'un consensus favorable et d'une acceptation quasi-instantanée, se posait la question de la possibilité et l'opportunité de transposer ce mécanisme sur le régime de l'application de la règle prétorienne dans le temps. Si le juge administratif oblige, au nom de la sécurité juridique, le pouvoir réglementaire à prévoir des dispositions transitoires à chaque fois que l'une de ses normes est de nature à déstabiliser l'ordonnement juridique, pourquoi ce juge n'appliquera pas, à lui-même, cette règle pour réguler la portée rétroactive de ses propres normes. Comme le précisait J. Saison-Demars⁶³¹ : « Comment le juge administratif pouvait-il justifier de jouer avec le temps de l'annulation contentieuse et obliger l'administration à aménager le temps de son action, tout en refusant de prendre en compte l'instabilité juridique créée par l'application de la nouvelle règle jurisprudentielle à une situation de fait antérieure régie par un régime juridique distinct. C'est bien évidemment la consécration de la reconnaissance de son pouvoir normatif qui retenait le juge administratif. En acceptant de limiter dans le temps les effets d'une évolution jurisprudentielle dans une affaire dans laquelle il se reconnaît également la possibilité d'annuler le contrat ou certaines de ses clauses avec effet différé, l'étape est franchie dans le cadre d'un mouvement d'adhésion générale ».

⁶³¹ J. Saison-Demars, L'office du juge administratif face au temps, « à la recherche du temps perdu... le temps retrouvé ». Droit Administratif n° 2, Février 2012, étude 4.

Comme l'avait déjà présagé M. Arrighi de Casanova : « Les juridictions suprêmes ne pourront, en effet, indéfiniment rester indifférentes aux effets parfois dévastateurs des arrêts énonçant une règle nouvelle, qu'ils opèrent ou non un revirement ».

Quelques mois après le refus des juges du Palais-Royal de s'octroyer le pouvoir de moduler dans le temps les règles qu'il pose. Le Conseil d'Etat, peut être sous l'effet de la voix du rapporteur public M. Struillou qui raisonné encore⁶³², a sauté le pas et consacré son pouvoir de moduler les revirements de sa jurisprudence. Il s'agit plus, à notre avis, de la fin d'une légende que de l'abandon d'un mythe fondateur comme le soulignait Monsieur B. Seiller⁶³³. En effet, pour celui-ci, le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation : « ont reconnu leur propre pouvoir normatif et mis à bas un mythe exprimé ». Le Conseil d'Etat, comme nous l'avons déjà évoqué, n'a jamais voulu assumer les conséquences de son pouvoir normatif. Et pourtant personne ne conteste que le gouvernement des conseillers d'Etat soit en marche. Il ne s'agirait, écrit Monsieur Seiller : « que de prendre acte d'une situation de fait depuis longtemps admise et de l'assujettir aux exigences contemporaines de l'Etat de droit ».

Est-ce que la bouche de la loi est devenue incontrôlable ? Ainsi au nom de la sécurité juridique, le juge administratif fixe désormais lui-même le régime transitoire de ses règles prétoriennes. Monsieur B. Pacteau, pour sa part, estime que le juge administratif, par cette faculté de moduler l'application d'une règle prétorienne : « entend respecter le passé, mais aussi et surtout, il engage bel et bien l'avenir. Il régleme que qu'on le veuille ou non, surtout qu'on voit souhaiter que la décision de revirement définisse elle-même comment elle sera mise en œuvre ».

Néanmoins, on a pu soutenir que la modulation des revirements ne s'impose pas comme celle des annulations parce que, avance-t-on, souvent le Conseil d'Etat, à l'occasion de ces revirement adopte des règles plus avantageuses et protectrices des intérêts des requérants. D'autres, en revanche, considèrent que retarder l'application d'un revirement reviendrait à priver de cette nouvelle règle les requérants dont les recours, qui portent sur la même question juridique, objet du

⁶³² Dans ses conclusions sur l'affaire Leroy Merlin du 10 mars 2006, M. Yves Struillou invitait la section du contentieux du Conseil d'Etat à ne pas faire application à l'espèce en cours de jugement de la solution jurisprudentielle qu'il lui proposait ».

⁶³³ B. Seiller, La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne, tentative iconoclaste de systématisation. In Le dialogue des juges, mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois. Dalloz 2009, p.977.

revirement, sont en cours d'examen par les juges administratifs. Ainsi, pour J-J. Stahl et A. Courrèges : « un revirement conduit le juge à retenir une solution qu'il regarde comme préférable à l'ancienne ; retarder la mise en œuvre de cette solution préférable, et la priver d'effet à l'égard des litiges contemporains de celui qui a donné lieu au revirement, peut ainsi apparaître singulier. En tout cas, on ne peut que souligner que le fait qu'aujourd'hui le Conseil d'Etat soit appelé à intervenir principalement par la voie de la cassation aurait pour effet d'allonger les délais de prise d'effet des revirements de jurisprudence. On peut ajouter que serait avivé le risque de voir les juridictions de première instance et d'appel adopter des solutions divergentes, certaines s'en tenant à la jurisprudence ancienne, d'autres anticipant sur la jurisprudence nouvelle parce qu'elle l'estimeraient plus adéquate au règlement des litiges portés devant elles⁶³⁴ ».

Dans une affaire concernant l'attribution d'un marché public, la société Tropic travaux signalisation, dont la candidature n'a pas été retenue par le pouvoir adjudicateur, a saisi le juge administratif en vue de l'annulation de la décision rejetant son offre. Déboutée en première instance, la société Tropic s'est pourvue en cassation devant le Conseil d'Etat. Dans son arrêt, le Conseil d'Etat, réuni en Assemblée a consacré solennellement, outre la reconnaissance d'une nouvelle voie de recours pour le concurrent évincé d'un marché public, la modulation dans le temps de la norme prétorienne. Au sujet de cet apport, on a pu parler de : « la consécration solennelle de ce que l'on peut appeler le droit transitoire de la règle jurisprudentielle⁶³⁵ ».

Dans ses conclusions, le rapporteur public Monsieur D. Casas ne proposait cette modification de la jurisprudence qu'avec une main tremblante ; en effet, il commence par exposer les éventuelles conséquences procédurales de la solution proposée puisque : « Les conditions d'accès au juge des différentes catégories de requérants pourraient se trouver substantiellement modifiées, certains requérants pouvant par exemple agir en référé suspension quand ils ne le pouvaient pas, mais se voyant en contre-partie fermer la voie du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable. La solution présente donc deux caractéristiques : elle modifie fortement les modalités d'accès au juge pour de nombreux justiciables et bouleverse des

⁶³⁴ J-J. 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, p. 438.

⁶³⁵ F. Lenica et J. Boucher, Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence. AJDA 2007. 1577.

habitudes bien ancrées. C'est pourquoi nous nous sommes demandés s'il n'y aurait pas lieu, dans ces conditions tout de même très particulières, de prévoir que le changement de jurisprudence auquel nous vous suggérons de procéder ne produira d'effet qu'à compter d'une date déterminée⁶³⁶ ».

Cette prudence dans le raisonnement, qui cache tout de même une certaine réticence, s'explique par l'hostilité du rapporteur public au mécanisme de la modulation. En effet, pour Monsieur Casas, la modulation des revirements de jurisprudence : « est susceptible de heurter des principes particulièrement importants qui régissent, dans notre système institutionnel, les pouvoirs des juges. A cet égard, nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle le juge qui a fixé une règle jurisprudentielle nouvelle pourrait ne pas l'appliquer au litige dont il est saisi. Une telle façon de procéder, qui consiste en fait à s'abstraire du litige et du justiciable en les regardant seulement comme les supports fortuits d'une construction intellectuelle autonome, nous semble peu compatible avec ce qu'est l'office d'un juge et avec la règle figurant à l'article 5 du code civil. A nos yeux, l'office du juge est toujours de régler les litiges particuliers qui sont portés à son attention, en confrontant les données de chaque espèce à la règle de droit. Or, prétendre régler un litige donné en lui faisant application de l'ancienne règle de droit [...] c'est à notre avis, ne pas remplir pleinement un office de juge [...] la solution consistant à dégager une règle nouvelle pour ne pas l'appliquer à l'espèce nous paraît difficilement compatible avec la prohibition des arrêts de règlement⁶³⁷ ».

Il ressort de la lecture de ces passages, et de l'aveu même du rapporteur public, une certaine contestation de la légitimité du juge de choisir la date d'entrée en vigueur de la norme prétorienne. Néanmoins, en dépit de cette hostilité à la modulation des revirements, Monsieur Casas s'est résigné à proposer, à titre exceptionnel, au juge de procéder en l'espèce par voie de modulation. Ce caractère exceptionnel découle du fait que : « la nature de l'innovation jurisprudentielle proposée [...] concerne une question de pure procédure administrative contentieuse et est susceptible, si l'on n'y prend garde, de créer un certain désordre dans une matière qui s'y prête sans doute encore plus mal que les autres [...] C'est pourquoi, tout en réservant la question de

⁶³⁶ D. Casas, Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs, Conclusions sur CE, Assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe. RFDA 2007, p. 696.

⁶³⁷ D. Casas, op. cit.

savoir s'il faudrait moduler les effets d'une jurisprudence nouvelle portant sur l'interprétation d'une disposition de fond, nous pensons qu'en l'espèce, il n'est pas impossible et qu'il est peut-être même opportun de décider vous-même du moment de l'entrée en vigueur des nouveaux principes jurisprudentiels⁶³⁸ ».

Cette sorte de dialogue intra-juridiction est révélateur du déphasage entre, d'une part, l'esprit libéral du contexte jurisprudentiel européen et constitutionnel, et dans certaine mesure quelque membre du Conseil d'Etat et, d'autre part, les réserves voire les résistances traditionnalistes au changement.

Quoiqu'il en soit, suivant les conclusions de son rapporteur public, le Conseil d'Etat décide, en l'occurrence « qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamentaux 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 date⁶³⁹ ».

Bien que le principe demeure celui de l'application immédiate des règles jurisprudentielles, le juge administratif consacre, à travers cette décision, la possibilité de reporter l'application de la norme prétorienne. Cette nouvelle règle jurisprudentielle, le Conseil d'Etat la déduit à partir du principe de sécurité juridique. À travers cet arrêt, le Conseil d'Etat applique à lui-même les conséquences de la jurisprudence KPMG. En effet, la jurisprudence Tropic instaure désormais un droit transitoire juridictionnel à travers lequel la sécurité juridique des justiciables ne soit plus mise à mal par les changements brusques des lignes jurisprudentielles. Ainsi comme le souligne Monsieur Cassia concernant : « la seconde innovation véhiculée par la décision du 16 juillet 2007, relative à la modulation dans le temps des effets d'une décision juridictionnelle. Sur un plan général, on saluera l'application du principe de l'arrêt KPMG du 24 mars 2006 aux changements de jurisprudence [...] il était prévisible, comme cela a pu être remarqué sans grand mérite donc [...] que le

⁶³⁸ D. Casas, op. cit.

⁶³⁹ CE, Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux signalisation.

régime de l'édition des décisions administratives déteindrait sur celui des revirements ou évolutions de jurisprudence⁶⁴⁰ ».

Comme l'ont bien noté les responsables du centre de documentation du Conseil d'Etat, MM. Lenica et Boucher : « de même qu'il est nécessaire pour le juge d'avoir égard à sa propre jurisprudence, il est normal et légitime pour le justiciable de régler son comportement en fonction de celle-ci ; et si cette attitude est normale et légitime, alors il faut admettre que le caractère rétroactif du changement éventuel de la règle jurisprudentielle peut, en déjouant les prévisions des sujets de droit, poser problème⁶⁴¹ ».

Dans un arrêt du 6 juin 2008⁶⁴², la section du contentieux du Conseil d'Etat avait décidé que les règles dégagées par la décision, qui ne sont pas édictées par un texte et qui ne résulteraient d'aucune jurisprudence antérieure, ne pouvaient être opposées au requérant de l'espèce sans méconnaître son droit au recours. Autrement dit, c'est pour préserver la confiance légitime et la sécurité juridique du requérant que la règle consacrée par la solution de l'espèce ne lui sera pas appliquée. C'était la solution proposée par le rapporteur public, Monsieur J-P Thiellay dans ses conclusions sur l'affaire : « Toutefois, il ne vous échappera pas qu'une telle décision, en annulant l'arrêt de la Cour qui a donné satisfaction à M. Banon pour le motif qu'il aurait dû aller devant le conseil régional de l'ordre, revient à lui opposer la règle de droit dégagée aujourd'hui qu'il ne pouvait objectivement pas connaître. Pour tous les praticiens mis en cause dans une procédure disciplinaire postérieurement à la lecture de votre décision, la règle sera claire et elle leur permettra de former des conclusions reconventionnelles devant cette instance disciplinaire [...] Formulée de cette manière cette difficulté est celle que rencontrent toutes les jurisprudences nouvelles, dont l'effet rétroactif est bien connu [...] Nous vous proposons donc de ne pas opposer à M. Banon l'incompétence du juge administratif qu'il a saisi ».

L'exercice de l'office du juge en matière de modulation des revirements de jurisprudence varie en fonction des espèces qui lui sont soumis. Désormais casuistique et subjectivisme sont à l'honneur dans le temple de l'objectivité. Pour

⁶⁴⁰ P. Cassia, Le nouveau recours contre le contrat : questions périphériques de procédure contentieuse. AJDA 2007. p. 1964.

⁶⁴¹ F. Lenica et J. Boucher, Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence. Op. cit.

⁶⁴² CE, sect. 6 juin 2008, n° 283141, publiée au Recueil Lebon.

fixer la durée de la période transitoire, le juge se fonde sur les éléments du dossier et raisonne au cas par cas.

B) – La norme prétorienne à l'épreuve de la protection de la confiance légitime

Si on pose la question autrement, elle peut se reformuler en ces termes ; les justiciables peuvent-ils se prévaloir de l'atteinte portée à leur confiance en la stabilité des règles jurisprudentielles. à cette question de savoir si la règle jurisprudentielle peut-elle constituer une base de confiance ?, Monsieur D. Connil répond par l'affirmative mais sous condition. En effet, il estime que : « dès lors que la règle jurisprudentielle est claire et précise, dès lors que le précédent est certain et permet de fonder son action, la jurisprudence peut accéder au statut de base de confiance⁶⁴³ ».

A contrario, pour Monsieur D. Connil, toute jurisprudence qui ne présente pas ou plus de telles caractéristiques ne peut servir comme une base de confiance. Autrement dit, originaire du même ordre de juridiction, la jurisprudence serait soumise à une distinction selon qu'elle est ou non une base de confiance. Classification qui ne dispose d'aucun intérêt légitime à notre avis, en effet, nous considérons que toute décision du juge administratif est porteuse d'une norme prétorienne destinée à remplir le rôle d'une base de confiance.

Pour ce qui est de la confiance en la base, cet élément ne présente aucune difficulté pour le démontrer. En effet, à partir du moment où c'est le justiciable lui-même qui se présente devant la juridiction, qu'il soit demandeur ou défendeur, il y a bien confiance en la base, et il s'attend à ce que le juge adopte la même solution à son égard.

Mais avant de fonder sa démarche sur un précédent, le justiciable doit en amont chercher si ce précédent est légitimement digne de sa confiance. Monsieur D. Connil souligne, à juste titre, que : « le justiciable est averti des règles existantes dans lesquelles il peut avoir une confiance raisonnable [...] Une meilleure lisibilité de la règle jurisprudentielle est alors indispensable et ne pourrait être qu'une avancée bienvenue ».

⁶⁴³ D. Connil, L'office du juge administratif et le temps. Dalloz 2012. p. 496

Bien entendu, en l'état actuel de la jurisprudence, recourir au principe de la confiance légitime peut s'avérer difficile voire compliqué. Mais, au fur et à mesure que cette jurisprudence évolue sous le sceau de la sécurité juridique par sa qualité, son accessibilité et sa stabilité, à ce moment-là, au demeurant très proche, on peut parler d'une solide base de confiance.

Enfin, une confiance légitime trahie, cette trahison de la confiance légitime peut prendre deux formes : soit un revirement brutal et imprévisible de la solution jurisprudentielle jusque-là appliquée, soit, une résistance de la part d'un juge isolé à appliquer la jurisprudence officielle.

Dans le premier cas, le juge procède à la modulation de ses revirements, dans le second, le double degré de juridiction présente une garantie. Néanmoins, lorsqu'il n'y a lieu ni à une modulation, ni à un réexamen de l'affaire, le justiciable est en droit d'engager la responsabilité des juges pour violation de sa confiance légitime qui découle du principe de sécurité juridique. Bien entendu, là aussi, le juge procéderait par un bilan entre la confiance à protéger et les exigences de l'intérêt général.

A notre avis, il n'y a rien de valable qui s'oppose à ce que les requérants fassent appel aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime à l'encontre de tout changement brutale de la norme prétorienne. La majorité de la doctrine, qui a traité du sujet de l'application de la confiance légitime à la jurisprudence administrative française, hésite et doute de la pertinence de cette possibilité. Notamment, Monsieur D. Connil qui estime que « la règle jurisprudentielle n'est pas forcément très adaptée à la confiance légitime. La difficulté d'identifier avec certitude et précision une règle prétorienne en raison d'un caractère plus ou moins accessible et plus ou moins prévisible freine la mise en œuvre d'une protection de la confiance légitime des justiciables [...] Le principe de confiance légitime peut également apparaître comme un risque de pétrification du droit⁶⁴⁴ ».

Une telle réticence découle d'une doctrine qui, à notre humble avis, ne tire pas toutes les conclusions du raisonnement adopté par le juge administratif à l'occasion de l'affaire Techna. En effet, pour que le juge procède à un renouvellement de la période transitoire, parmi les éléments qu'il prend en compte, il y a l'ordonnance du juge du Conseil d'Etat des référés du 29 octobre 2003 qui suspend le décret du 1^{er}

⁶⁴⁴ D. Connil, op. cit. p. 496.

août 2003, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Le prononcé d'une suspension prouve, en tout cas ne dément pas, l'existence d'un doute sérieux sur la validité du décret dû au fait qu'il transpose une directive non conforme au traité instituant la communauté européenne. D'autant plus que la France n'était pas isolée, puisque le juge britannique a saisi la CJUE d'une question préjudicielle. Le rapporteur public, dans la solution qu'il propose au Conseil d'Etat, prend en compte l'état d'esprit des requérants. Pour lui : « Toute la filière avait anticipé, à la suite des renvois préjudiciels, une invalidation des nouvelles règles et elle n'a pas mis à profit le temps écoulé pour s'adapter » et de rajouter plus loin : « difficile, en premier lieu, de considérer que les professionnels concernés ont eu tort de ne pas anticiper l'échec des recours contentieux [...] Selon la jurisprudence communautaire relative à l'application de la confiance légitime, les producteurs prudents et avisés ne doivent pas se laisser surprendre par ce qui est prévisible. Mais la décision que vous allez rendre ne l'est pas réellement ».

Le rapporteur public fait, à juste titre, référence au principe de confiance légitime, parce qu'il s'agissait bel et bien d'une confiance légitime. D'autant plus, poursuit le rapporteur, que si : « il est bien sûr possible, par principe, que le juge de l'excès de pouvoir n'annule pas un acte sur la légalité duquel le juge des référés a eu des doutes sérieux justifiant sa suspension, cette occurrence est en pratique assez rare [...] la suspension qu'il ordonne est fréquemment l'antichambre de l'annulation ». Nous avons là un exemple de l'application de la protection de la confiance légitime en raison d'une décision de justice. Autrement-dit, il appartient à tout justiciable dont la situation prouve qu'une décision de justice, même provisoire, a fait naître dans son chef des attentes et des espérances légitime, de réclamer au juge le respect de cette confiance légitime.

Toutefois, la base de confiance serait plus solide et plus légitime lorsqu'elle s'appuie sur une jurisprudence constante, une telle notion qui renvoie à une règle prétorienne qui se répète dans le temps. En effet, comme le souligne Madame V. Coq : « la jurisprudence constante renvoie à une règle jurisprudentielle qui se répète effectivement à plusieurs reprises dans le temps. La constance est donc la marque de l'invariance car la jurisprudence n'évolue pas dans la répétition⁶⁴⁵ ». Il arrive

⁶⁴⁵ V. Coq, Qu'est-ce que la « jurisprudence constante » ? RFDA 2014 p. 223

même que le juge administratif, lui-même, qualifie une jurisprudence de constante. Ainsi, par exemple, on pouvait lire dans un arrêt du 24 juin 2013 : « que, toutefois, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat statuant au contentieux par une jurisprudence constante depuis sa décision n° 03373 du 6 juillet 1977, l'imposition forfaitaire annuelle est [...] due par les sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés qui existent au 1^{er} janvier de l'année d'imposition⁶⁴⁶ ».

Dans une autre décision, le Conseil d'Etat juge que : « il résulte des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, telles qu'interprétées par le Conseil d'Etat selon une jurisprudence constante depuis sa décision n° 19079 du 10 juin 1981⁶⁴⁷ ». Il arrive également que les rapporteurs publics y font allusions, ainsi pour un exemple récent, Madame M-A de Barmon affirme dans ses conclusions sous l'arrêt Société Syngenta Seeds SAS du 11 juin 2014 : « Il est certes de jurisprudence constante que la légalité d'une décision s'apprécie à la date à laquelle elle a été prise et que le juge de l'excès de pouvoir ne peut prendre en compte les justifications rapportées devant lui que pour autant qu'elles attestent de faits antérieurs à la décision attaquée ».

⁶⁴⁶ CE 24 juin 2013, Société France Télécom n° 366492, inédit au recueil (cité par Madame Coq, supra)

⁶⁴⁷ CE 23 juin 2014 n° 360708, mentionné aux tables du recueil Lebon 2014

SECTION II : Le principe sécurité juridique, un moyen de clarté et l'intelligibilité de la jurisprudence administrative

Le conseil d'Etat, pas trop bavard, aussi bien sur ses choix que sur ses créations jurisprudentielles, a toujours eu recours à l'imprectoria brevitatis. Monsieur D. de Béchillon, dans son article, le juge et son œuvre, un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'Etat note que : « la puissance que confère au conseil d'Etat le poids de l'histoire et la profondeur de son acceptation par notre système juridique rendent possible l'imprectoria brevitatis, la capacité à imposer une décision sans s'en expliquer. Nombre d'innovations importantes sont ainsi passées dans le droit positif sans justification exprimée, comme si elles allaient de soi [...] la création prétorienne, on le sait bien, a ainsi beaucoup avancé masquée⁶⁴⁸ ». Le juge administratif n'avait, comme fut le cas pour les tribunaux judiciaires, de textes qui lui imposaient de motiver ses décisions. Comment voulez-vous imposer à un Roi ou Ministre de motiver sa décision, cela équivaut une obligation de se justifier. Ainsi, on a pu écrire que : « pendant très longtemps, des décisions ont pu être rendues en matière contentieuse administrative sans être nullement motivées parce qu'aucun texte n'en avait fait une obligation à l'autorité qui les émettait. Nous voulons parler des hypothèses où le Ministre statuait en qualité de juge [...] la jurisprudence et la doctrine ont admis qu'en matière contentieuse administrative, le Ministre devait intervenir en qualité de juge de droit commun⁶⁴⁹ ».

Cette concision du juge administratif qui le différencie du juge judiciaire découle de la nature même de cette institution qui est le Conseil d'Etat, comme l'exprimait avec talent Monsieur Serrigny : « Au Conseil d'Etat, c'est le Roi qui parle, qui décide, qui ordonne ; son langage doit être bref, concis, incisif. A la cour de cassation, ce sont

⁶⁴⁸ D. de Béchillon, Le juge et son œuvre, un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. in l'architecture du droit Mélanges en l'honneur du professeur M. Troper, Economica, 2006, p. 359.

⁶⁴⁹ M. Noel, Les motifs dans les décisions des juridictions administratives. RDP 1924, p. 350.

des magistrats qui interprète la loi et qui doivent rendre raison aux justiciables de leurs décisions⁶⁵⁰ ».

⁶⁵⁰ Cité par Charles debbaches et Jean-Claude Ricci, contentieux administratif, 6^e édition, Dalloz, Paris 1994, p 447.

Paragraphe 1 : L'insécurité juridique due à la crise qualitative de la norme prétorienne

A travers l'histoire de leur formation, les jugements administratifs brillaient par leur mutisme. Un mutisme qui règne encore, mais dans une moindre mesure, est une forme de rite confessionnel hérité par le juge administratif de l'époque de la justice-retenue. Pour A. de Laubadère, deux traits caractérisent la jurisprudence administrative ; le laconisme et le mutisme : « Le premier est légendaire. Le souci de concision qu'il traduit et qui relève de l'exercice de style lui vaut un respect que laisse apparaître la qualification d'imperatoria brevitatis mais qui n'en oppose pas moins un certain obstacle à une compréhension facile, complète et assurée de la signification des décisions [...] Le mutisme rend (l'accès à la jurisprudence) impossible [...] ces silences [...] traduisent parfois, les penchants d'un juge peu bavard... ou le souci de ne pas engager l'avenir [...] Le lecteur des arrêts du Conseil d'Etat reste ainsi assez largement tributaire des explications et des commentaires qui peuvent lui venir du Palais-Royal lui-même, ceux qui élaborent la jurisprudence étant naturellement les mieux placés pour en révéler la signification, la portée, voire les secrets⁶⁵¹ ».

La jurisprudence administrative a cette particularité d'être riche par son contenu que par ses non-dits. Autrement-dit, en plus d'une lecture directe des arrêts, une lecture à contrario ou in fine, ne se révèle jamais superflu.

Sous-paragraphe 1 : Juger en silence, les non-dits dans la motivation

Probablement insensible aux conseils prodigués par Voltaire, le Conseil d'Etat use du silence pour parler⁶⁵². En effet, comme le souligne Y. Gaudemet : « Il arrive [...] que les décisions du juge administratif, celles principalement du Conseil d'Etat et parfois du Tribunal des Conflits, soient intéressantes surtout par ce qu'elles ne disent pas. Le juge choisit ainsi de traiter telle question par prétérition : ce n'est pas dire

⁶⁵¹ A. De Laubadère, Le Conseil d'Etat et l'incommunicabilité. EDCE 1979-1980. N° 31. p. 17.

⁶⁵² Voltaire écrit : « Quand tu voudras parler, ne dit mot pour bien faire ». in La comtesse de Givri, acte III, scène I.

qu'elle ne reçoit aucune réponse, mais celle-ci est implicite. C'est évidemment là une méthode de prudence et de sagesse ; ainsi s'explique qu'elle trouve particulièrement sa place dans la rédaction de décisions qui marquent un retournement de la jurisprudence ou la première apparition d'un principe nouveau ; la solution nouvelle s'incorpore alors au droit positif, mais elle le fait avec une extrême discrétion, par le moyen du silence du juge⁶⁵³ ».

Cette question du non-dit a depuis toujours intrigué la doctrine, même au sein du Conseil d'Etat lui-même, mais sans poser de problème d'équité particulier. Sans doute, son âge de maturité et son caractère franco-français expliquent pourquoi le silence dans le jugement était jusque-là, plus au moins toléré. En effet, née pour protéger l'administré de la domination administrative, la jurisprudence du Conseil d'Etat était jugée plus sur son fond que sur sa forme. La fin l'emportait sur les moyens. En outre, il n'existait pas, comme de nos jours, une protection équivalente, voire supérieure, de la part des autres juges.

Commentant les méthodes suivies par le Conseil d'Etat dans la rédaction de ses décisions, Monsieur R. Latournerie a pu écrire que : « On sait qu'elles se signalent, à cet égard, par une concision très dense, qui élimine rigoureusement non seulement tout superflu, mais encore toute affirmation quelque peu suspecte d'engager prématurément la jurisprudence, sans nécessité absolue. Sans manquer, si peu que ce soit, à la rigueur logique, ni à la clarté, les motifs ou, comme l'on dit, les attendus de ces décisions poussent même plus loin les précautions. Ils s'efforcent, chaque fois qu'il est possible, de réserver discrètement une place à diverses éventualités qu'un avenir plus ou moins prochain peut faire apparaître⁶⁵⁴ ».

Toutes ces raisons ont contribué à marquer le droit administratif par le sceau de l'incommunicabilité. On a pu se poser la question de savoir si ce handicap de l'incommunicabilité du droit administratif n'est-il pas dû à son caractère d'être un droit jurisprudentiel. Le problème serait-il solutionné si notre droit administratif était un droit codifié ; rien n'est moins sûr. Ainsi, on a pu écrire que : « un droit administratif purement législatif aurait été victime de nombreuses déstabilisations dues aux

⁶⁵³ Y. Gaudemet, Les méthodes du juge administratif. LGDJ PARIS 1972, réédité en 2014 collection LGDJ Anthologie du Droit. P. 103.

⁶⁵⁴ Roger Latournerie, Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat, in Le Conseil d'Etat Livre jubilaire, 1952, p. 221.

secourses de notre vie politique [...] Au nombre des mérites que l'on attache généralement à un droit jurisprudentiel, l'on met toujours au premier plan la souplesse, la faculté d'adaptation. Mais l'on ajoute aussitôt que ces avantages sont compensés par un inconvénient qui est celui de la moindre prévisibilité des solutions et donc une certaine diminution de la sécurité juridique⁶⁵⁵ ».

Désormais, le principe de sécurité juridique appelle plus de transparence de la part du juge administratif dans l'exercice de son pouvoir normatif.

Historiquement, il a fallu attendre un décret du 30 décembre 1862 pour imposer aux Conseils de préfecture l'obligation de motiver leurs jugements. Mais dès 1818, le Conseil d'Etat a adopté l'obligation pour toute décision juridictionnelle d'être motivée⁶⁵⁶. Cependant, cette obligation de motivation des arrêtés des conseils de préfectures bénéficiait d'une interprétation assez soft, voire tolérante, de la part du Conseil d'Etat.

Pour Monsieur M. Noël : « Cette tolérance du Conseil d'Etat à l'égard des arrêtés des Conseils de préfecture est assez critiquable. En laissant au juge la liberté d'adopter les conclusions d'une des parties, d'un rapport d'expertise ou de tout autre acte émanant d'une autre pensée que la sienne, on lui permet souvent d'opter pour le moindre effort, on ne l'oblige pas en tout cas à clarifier et à ordonner le débat dans son esprit⁶⁵⁷ ». Ce n'est qu'en 1935, qu'elle sera consacrée de manière solennelle comme une règle générale de procédure applicable même sans texte⁶⁵⁸.

Le juge administratif adopte une motivation qui suit une structure bien particulière, on l'appelle la technique de la phrase unique, il s'agit des considérants. La motivation est généralement divisées selon des titres (recevabilité, compétence, fond) ce schéma évite que les décisions soient compacts. La motivation se caractérise par la brièveté de son contenu. Comme l'avait écrit Monsieur Noël dans un article en 1924, mais dont la teneur est toujours d'actualité : « quand il motive ses décisions, le Conseil d'Etat ne le fait jamais très clairement. Il résout le plus souvent la question

⁶⁵⁵ G. Vedel, Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? EDCE 1979-1980. N° 31. p. 31.

⁶⁵⁶ Ainsi dans un arrêt du 9 mai 1834 du Conseil d'Etat avait jugé que : « Considérant que les sieurs Lafargue et Loches avaient réclamé une indemnité de 36 539 fr. pour diverses causes énumérées distinctement en 27 chefs de réclamation, et qu'en allouant à ces entrepreneurs une indemnité de 9000 fr. sans statuer séparément sur chacun desdits chefs de demande, le conseil de préfecture n'a pas suffisamment motivé son arrêt ».

⁶⁵⁷ M. Noël, op. cit. p. 356.

⁶⁵⁸ CE, sect. 1 mars 1935 Platon, CE, 5 déc. 1924 sieurs Légillon.

par la question. Après avoir largement visé les textes sur lesquels il se fonde, il énonce en un considérant, en général unique et toujours très bref, la conclusion qui découle de ces textes au regard du litige, mais il faut souvent rechercher la méthode d'interprétation qui lui permet de dégager cette conclusion⁶⁵⁹ ».

Monsieur Petit estime que le contenu de la motivation est : « gouverné par une norme jurisprudentielle, celle de la suffisance de la motivation. Une telle norme est évidemment très imprécise et laisse une ample liberté d'appréciation au juge chargé d'en assurer l'interprétation et l'application ». La règle de la suffisance de la motivation diffère dans son application en fonction des espèces, par exemple, plus les moyens de droit et de fait invoqués par les parties sont riches et précis, plus la réponse du juge doit être nourrie. Un autre exemple, Les juges du fond doivent permettre par leur motivation au juge de cassation d'exercer son pouvoir.

Toutefois, la motivation des décisions du juge administratif souffre de cette caractéristique d'être concise. Ainsi, pour Monsieur J. Petit, l'imperatoria brevitatis suscite : « des critiques dont la tonalité dominante est que le juge administratif ne s'explique pas suffisamment, ni sur la solution de l'espèce, ni sur l'éventuelle teneur jurisprudentielle de sa décision⁶⁶⁰ ».

Autrefois, on parlait d'incommunicabilité du conseil d'Etat. Une incommunicabilité qui tend, sinon à disparaître, au moins à se réduire. Ce changement, qui a été facilité par le contact qu'a le Conseil d'Etat avec les juridictions européennes et étrangères, ne peut que s'amplifier davantage pour aboutir à une communicabilité parfaite. Celle-ci découle de l'exigence de clarté et d'intelligibilité de la norme jurisprudentielle qui découle elle-même du principe de sécurité juridique appliqué au juge administratif.

Ainsi, pour le juge administratif, la motivation demeure un élément intrinsèque à l'arrêt, autrement dit, son rôle consiste à énoncer le fondement juridique du dispositif mais en aucun cas de procéder à une construction pédagogique complète. Chaque décision est une pièce qu'il faut rajouter à un puzzle que seul le Conseil d'Etat connaît plus en moins le dessein. Contrairement à la CJUE par exemple dont les décisions sont de véritables synthèses juridiques où sont exposés les questions posées, les arguments pour et contre ...etc.

⁶⁵⁹ M. Noel, op. cit. p. 367.

⁶⁶⁰ J. Petit, La motivation des décisions du juge administratif français, in La motivation en droit public. Dalloz 2013, p. 213.

En plus de la concision, le juge administratif procède également par les non-dits. L'implicite est un dogme pour le juge administratif, le comble c'est lorsque le conseil d'Etat applique, pour la première fois un principe sans l'énoncer, sans préciser son contenu (par exemple son arrêt KPMG).

En dépit de tous les prétextes qu'a adoptés la doctrine pour trouver une justification à une telle concision, il n'y en a aucune qui trouve grâce à nos yeux. A notre avis, la seule et unique raison qui justifie cette démarche est l'incapacité du conseil d'Etat à assumer son audace. C'est un juge qui a besoin de se cacher derrière la hiérarchie des normes pour exercer son pouvoir normatif pour qu'il ne soit pas répandu que le droit administratif fait une place à la subjectivité du juge. Ainsi, comme l'a très bien expliqué F. Malhière dans sa thèse : « Formalisation de la confrontation entre la règle de droit affirmée, qui constitue la prémisse majeure, et l'énoncé des faits qualifiés, formant la prémisse mineure, la motivation présente la décision comme l'application automatique des prémisses par déduction. Cette présentation renforce l'autorité rationnelle de la décision, tout en niant le pouvoir créateur du juge. Tenant la règle de droit et la situation de fait pour des données incontestables, la brièveté syllogistique éclipse le pouvoir d'invention du juge⁶⁶¹ ».

La technique jurisprudentielle du Conseil d'Etat se joue à la fois de l'expression et du silence. Pour comprendre la jurisprudence, il faut combiner le noir sur blanc et le blanc sans noir. Ainsi, F. Malhière rajoute plus loin que : « Derrière le laconisme des juges se cache un silence. Derrière ce silence, il y a un déni. Le déni de la subjectivité du juge. La motivation brève joue le rôle de masque, de déguisement derrière lequel le juge se dissimule pour rendre la décision de la juridiction à laquelle il appartient⁶⁶² ».

Libéré de la contrainte liée à la qualité de l'auteur, le Conseil d'Etat continue à faire évoluer ses institutions à sa guise. Ainsi, comme le soulignait Monsieur Serrigny : « la jurisprudence du conseil d'Etat c'est la source la plus abondante et la plus sûre du droit administratif [...] si cette jurisprudence est importante, elle a grand besoin d'être étudiée pour être comprise. Il n'en est pas des décisions du conseil d'état comme celle de la cour de cassation. Cette cour expose presque toujours les raisons détaillées des solutions qu'elle adopte : on voit qu'elle ne craint pas de faire

⁶⁶¹ F. Malhière, La brièveté des décisions de justice. Dalloz 2013, Volume 125, p. 100.

⁶⁶² F. Malhière, op. cit. p. 151.

de la doctrine, et qu'elle veut convaincre ceux qu'elle juge. Le Conseil d'Etat, au contraire, ne donne presque jamais de motifs développés des arrêts qu'il prononce : il décide la plupart du temps la question par la question ; on dirait qu'il craint de poser des principes de droit et de faire des théories, de peur de se lier par ses précédents ».

L'imperatoria brevitatis qu'adopte le conseil d'Etat lors de la rédaction de ses arrêts a toujours donné une jurisprudence excessivement avare en motivation. La brièveté et la concision du style de rédaction des décisions du conseil d'Etat qui, se voulait être preuve d'une rigueur dans le raisonnement, avait bien des effets pervers. En effet, cette imperatoria brevitatis révèle un dialogue entre administrateurs, autrement-dit, le juge administratif lié par le poids de ses origines s'adresse dans ses arrêts à l'administration comme étant non un juge mais un responsable hiérarchique. Pour Monsieur Noel : « si on considère qu'il s'agit d'un corps intimement lié à l'administration, qui joue un rôle très important d'administrateur délibérant et qui fatalement tient compte, dans sa tâche juridictionnelle, des nécessités du bon fonctionnement des services publics [...] encore aujourd'hui, à l'occasion du recours pour excès de pouvoir, il statue un peu comme un véritable supérieur hiérarchique annulant les actes de ses subordonnés, on doit être tout naturellement conduit pour toutes ces raisons, à penser qu'il doit avoir au contraire une tendance à agir suivant les méthodes de l'administration, et à ne motiver que très brièvement ses arrêts⁶⁶³ ».

Cette tendance à rendre des décisions avares en informations juridiques a, souvent mis l'administration dans l'embarras. L'administration déboutée se trouve démunie devant un texte incompréhensible, voir une énigme juridique. Cela engendre bien des difficultés d'exécution des décisions d'annulations susceptibles de donner lieu, elles aussi à son tour, à des contentieux liés à son exécution.

Parce qu'elle est en face d'une censure de l'un de ses actes, mais une censure-énigme, l'administration aura tout le loisir de jouer sur de telles ambiguïtés pour reprendre un acte qui ne contredit pas ses visions.

Par ses formulations laconiques et le manque de clarté de ses décisions, le conseil d'Etat ferait le lit de l'arbitraire administratif. Il serait facile pour l'administration de se cacher derrière l'imprécision d'une décision pour ne tirer de son dispositif que les

⁶⁶³ M. Noel, op. cit. p. 359.

conséquences qui vont dans son sens. Faut-il rappeler les propos de G. Braibant⁶⁶⁴ : « L'inexécution de la chose jugée prend, le plus souvent, la forme passive de l'inertie : l'Administration ne procède pas aux mesures qui seraient nécessaires pour donner une suite pratique à l'annulation prononcée [...] l'ampleur de ces résistances, il ne faut pas les exagérer, et parler, comme on l'a fait parfois, de rébellion ou d'insurrection des Administrations contre les décisions du Conseil d'Etat. Il ne faut pas non plus les minimiser [...] la vérité se situe sans doute quelque part entre ces deux extrêmes ».

Toutefois, la motivation minimaliste des arrêts a le mérite de faciliter l'adaptation du droit à l'évolution de la vie dans la cité. Ainsi, comme le souligne F. Malhière : « La rédaction des arrêts permet aux cours régulatrices de conserver la maîtrise de l'adaptation du droit aux faits, et par la même de la politique jurisprudentielle qu'elles entendent mener [...] En laissant planer certains doutes sur la portée de la règle de droit dégagée, les juges s'offrent l'occasion de pouvoir en vérifier l'application par les autorités inférieures et de préciser ainsi leur jurisprudence⁶⁶⁵ ».

Sous-paragraphe 2 : La règle de l'économie des moyens : l'expression sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens ou juger à travers des non-dits

Le juge administratif n'est pas obligé de répondre à tous les moyens qui sont invoqués (l'économie des moyens) ; en effet, il n'indique pas s'il les admet ou pas, et surtout il ne justifie pas son choix. Pourtant la clarté de la norme jurisprudentielle voudrait qu'il faille une réponse explicite à chaque moyen. Le silence gardé par le juge bien qu'il présente l'avantage de le laisser libre de toute engagement dans le

⁶⁶⁴ G. Braibant, op. cit.

⁶⁶⁵ F. Malhière, La brièveté des décisions de justice, op. cit. p. 331. Néanmoins, l'auteur rajoute plus loin que : « Si la motivation elliptique des décisions évite aux juges suprêmes d'hypothéquer leur jurisprudence future, elle ne permet pas à leurs destinataires d'en prévoir les éventuels changements. Sans en dévoiler les raisons déterminantes ni en délimiter la portée exacte, la formulation sibylline de la règle de droit par les juges suprême favorise la mutabilité de la jurisprudence mais ne facilite pas l'anticipation de ses évolutions. Bien qu'il n'existe pas de droit acquis à une jurisprudence figée ou constante, la sécurité juridique, parce qu'elle est liée à la stabilité de la jurisprudence, impose de rendre les revirements de jurisprudence à la fois moins fréquents et plus prévisibles. Or, en facilitant le changement sans le préparer, la motivation brève s'oppose à la bonne réception de la jurisprudence » p. 408.

raisonnement, ne satisfait ni la sécurité juridique du requérant débouté à la limite du déni de justice, ni celle des autres requérants potentiels sur la même question puisque par définition elle demeure ambiguë. Même pour Monsieur J. Petit, en principe hostile à une généralisation de la motivation explicite des moyens, admet qu'une « motivation explicite est, dans certains cas, recommandable [...] quand le rejet d'un moyen d'ordre public comporte une solution nouvelle ou suppose de trancher une question importante, le juge devrait s'interdire de statuer implicitement pour faire apparaître les raisons du nouvel état du droit de sorte que celui-ci soit pleinement éclairé ».

Pour Monsieur R. Cristine : « Très classiquement, le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir n'examine pas toujours tous les moyens soulevés par le requérant. Il le fait lorsqu'il rejette le recours : un tel rejet ne peut être adopté que si aucun des moyens invoqués n'est de nature à conduire à l'annulation de l'acte contesté. Lorsque, au contraire, le juge donne satisfaction au requérant, il le fait si parmi les moyens invoqués il en trouve un qui conduit à l'annulation de l'acte attaqué, il prononce celle-ci sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête⁶⁶⁶ ». Une telle démarche souffre d'un paradoxe qui n'est pas sans mettre à mal la sécurité juridique qu'on est en droit d'attendre des rapports juridiques avec l'administration. En effet, les décisions de rejet qui, demeurent tout de même des décisions caractérisées par une autorité relative de la chose jugée, bénéficie d'un examen complet de la part du juge. Alors qu'au sujet des décisions d'annulation qui, sont rendues *erga omnes*, le juge adopte une démarche minimaliste.

Cet état du droit s'explique par le fait que : « le rejet du recours n'aboutit pas à un brevet de légalité. Il signifie seulement – et uniquement – que les moyens soulevés par le requérant à l'appui de ses conclusions en annulation n'étaient pas de nature à justifier l'anéantissement de l'acte contesté. Rien n'empêche en théorie un autre requérant [...] de contester le même acte et d'en obtenir victorieusement l'annulation, en soulevant d'autres vices de légalité susceptibles d'en provoquer la chute⁶⁶⁷ ».

⁶⁶⁶ R. Cristine, Peut-on abandonner l'économie des moyens ? L'article L.600-4-1 du code de l'urbanisme. In les métamorphoses du droit, hommage à J.-M. Rainaud. L'Harmattan 2009. p. 254.

⁶⁶⁷ F. Blanco, Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, op. cit. p. 254.

Plus grave encore, le juge ne s'explique pas sur les moyens qu'il juge inopérants. Alors qu'en principe lorsque le juge rejette un recours, il doit se prononcer sur les moyens présentés en demande.

En principe, le juge administratif rend sa décision sur le fondement d'un moyen mais sans se prononcer sur les autres. Ainsi, les annulations peuvent être fondées sur une seule illégalité même s'il y en a plusieurs. Une technique mise en avant par le juge administratif dans sa quête d'efficacité de l'administration de sa justice. C'est également un moyen justifié par l'impératif de célérité d'une justice encombrée. Le problème c'est qu'en fondant sa décision sur l'illégalité d'un seul moyen, l'administration est en droit de se poser la question sur la pertinence des autres moyens passés sous silence. De deux choses l'une, ou bien ils sont inopérants, et dans ce cas, elle n'est pas obligée de les prendre en considération lorsqu'elle tirera les conséquences juridiques de l'annulation, ou bien, ils peuvent être porteurs d'illégalité à propos de laquelle le juge ne s'est pas prononcé, ne pas les prendre en compte reviendrait à tenter le risque d'un autre contentieux. Par cette pratique, le juge administratif porte atteinte à la sécurité juridique des parties au litige. En effet, lorsqu'il procède à une analyse minimum, l'objectif du juge est d'être rapide dans le traitement des prétentions. Mais rapide ne veut point dire efficace, encore moins juste, aussi bien envers l'administré qui a besoin de savoir combien il a été victime, qu'envers l'administration, qui est en droit d'attendre du juge administratif de lui expliquer avec pédagogie la conduite qu'elle doit désormais suivre. Souvent, le juge recourt à la technique de l'économie des moyens lorsque la solution du litige est déterminée par un seul moyen, qu'il soit soulevé par les parties ou d'office. Comme l'explique Monsieur V. Haim, la formule de l'économie des moyens : « se rencontre dans deux cas. D'une part, dans les décisions d'annulation prises sur recours pour excès de pouvoir. Puisqu'une décision doit être légale en tous ses éléments, une illégalité suffit à l'annuler sans qu'il soit besoin de statuer aussi sur d'éventuelles autres illégalités. D'autre part, dans les décisions de rejet lorsque ce rejet trouve son motif dans la compétence liée de l'administration⁶⁶⁸ ».

Ainsi, on a pu écrire que : « Toutes les décisions du conseil d'Etat reposent sur la mise en œuvre du principe dit de l'économie des moyens. Ce principe, dont la valeur

⁶⁶⁸ V. Haim, Le jugement, Répertoire de contentieux administratif. Dalloz 2011.

juridique n'a jamais été énoncée, si tant est qu'il en ait une [...] exige tout particulièrement qu'une décision ne contienne que des motifs utiles pour parvenir au dispositif qu'elle pose [...] il convient toutefois de souligner que cette règle constitue incontestablement un des modes d'autocontrôle de Conseil d'Etat, qui s'interdit ainsi de juger au-delà du litige et qui évite d'engager l'avenir de sa jurisprudence lorsque cela n'est pas nécessaire⁶⁶⁹ ».

Une telle pratique ne peut que renforcer l'insécurité juridique des requérants. C'est pourquoi, de plus en plus, la doctrine, notamment en matière d'excès de pouvoir, appelle à abandonner cette vicieuse technique de l'économie des moyens. Pour Monsieur Petit : « l'institution de l'obligation pour le juge de faire un bilan aussi complet que possible des illégalités présenteraient en effet trois avantages. En premier lieu, (elle) serait plus conforme à la fonction d'intérêt général du recours pour excès de pouvoir et, plus spécifiquement, à sa fonction pédagogique en attirant l'attention de l'administration sur l'ensemble des illégalités qu'elle a pu commettre ».

Déjà en 1977, le Professeur R. Chapus exprimait des vœux en ce sens en estimant qu'il : « serait normal que le principe soit que les jugements et arrêts doivent rendre un compte entier de la situation des décisions attaquées au regard de la légalité. C'est dire que la démarche du juge, quand il annule, devrait se rapprocher de ce qu'elle est quand il rejette la demande. Si c'est aller trop loin que de souhaiter que tous les moyens fondés [...] soient pris en considération dans la rédaction du jugement, il conviendrait au moins que le juge réponde à ceux des moyens qui, en l'espèce, sont effectivement de nature à provoquer l'annulation⁶⁷⁰ ».

Ainsi, il serait souhaitable de généraliser la solution adoptée en matière d'urbanisme (article L600-4-1). Le juge prend en compte tous les moyens avant de procéder à une éventuelle modulation.

Comme l'a souligné Monsieur D. Péano : « demeure la question des moyens, dont l'efficacité reste à mesurer, utiles pour assurer une meilleure compréhension des décisions. Si, d'une façon générale, il ne faut pas porter à la règle de l'économie des moyens qui ne consiste pas à privilégier nécessairement les vices de forme et à s'y

⁶⁶⁹ F. Rolin, Les qualités des décisions du Conseil d'Etat, in La qualité des décisions de justice (sous la direction de Pascal Mbongo) colloque à la faculté de droit et des sciences de Poitiers les 8 et 9 mars 2007.

⁶⁷⁰ R. Chapus, De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile. EDCE 1977-1978. N°29. p. 63.

réfugier, une atteinte disproportionnée au but poursuivi, il est possible de modifier les habitudes de rédaction [...] on peut penser à la généralisation, en dehors même du contentieux de l'urbanisme, de l'obligation de statuer sur l'ensemble des moyens susceptibles de fonder une annulation⁶⁷¹ ».

Plus vigoureuse est la critique portée par Monsieur J-M Woehrling, notamment au sujet du recours pour excès de pouvoir. En effet, le Magistrat estime que : « Dès lors qu'un moyen opérant est fondé, l'acte est annulé, sans que le juge se prononce sur les autres moyens ni sur la position juridique qui aurait été légale. Cet aspect limité du recours pour excès de pouvoir le rend difficilement compréhensible pour des non spécialistes :

- Le rejet d'un tel recours ne signifie pas que l'acte attaqué soit légal mais seulement que les moyens soulevés étaient mal fondés ou inopérants.
- L'annulation d'un acte administratif ne signifie pas forcément que la position de l'administration était erronée ...
- la décision du juge administratif ne renseigne que partiellement les parties sur leurs droits et obligations : sans méconnaître la règle prohibant l'*infra petita*, le juge peut se borner à annuler un acte sur le fondement d'un seul des moyens soulevés, le requérant ni l'administration ne sachant alors qu'elle était la valeur des autres moyens⁶⁷² ».

En somme et, comme le souligne Monsieur J-P Martin : « le risque est qu'en ne se parlant, d'une certaine façon, qu'à lui-même, le juge oublie de parler aux autres, oublie de les prendre dans leur dimension de récepteur d'un message complexe et qui, par définition, les touche en premier chef⁶⁷³ ».

Pour Monsieur F. Blanco : « la pratique de l'économie des moyens ne favorise guère l'intelligibilité et la clarté des sentences juridictionnelles. Elle est même la source d'un certain hermétisme, quelque peu en décalage avec les grandes tendances jurisprudentielles contemporaines. L'heure est, en effet, à la valorisation de la

⁶⁷¹ D. Péano, Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives. AJDA 2011, p. 612.

⁶⁷² J-M. Woehrling, Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? in Mélanges Guy Braibant ; L'Etat de droit. Dalloz 1996, p. 783. Le Magistrat rajoute que : « L'information juridique donnée par un jugement d'excès de pouvoir est donc assez réduite : on statue sur le bien-fondé de certains des arguments juridiques des parties à la date de la décision et non sur la solution à donner à un litige. De ce fait, il n'est pas étonnant que les jugements de recours pour excès de pouvoir donnent naissance à de nombreux litiges d'exécution ».

⁶⁷³ La motivation en droit public, op. cit. p. 277.

fonction pédagogique du juge administratif. Or, cette dimension didactique des jugements passe également [...] par la sélection des moyens susceptibles de donner à l'annulation toute sa portée et son effectivité⁶⁷⁴ ».

Si aujourd'hui, nous en avons fini avec cette quasi-omerta de l'incommunicabilité, c'est parce que, juge et doctrine, s'accordent pour prendre exemple sur les jurisprudences étrangères. Ainsi, comme a pu le relever, à juste titre, Monsieur Y. Aguila dans son constat sur l'existence des non-dits dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : « le juge ne dit pas tout. Il y aurait un décalage entre les motifs officiels du jugement et ses motifs officieux. C'est ce qu'on peut appeler la théorie du syllogisme paravent [...] Ce décalage apparaît nettement lorsqu'on compare les jugements français avec ceux rendus dans les pays de Common Law, et même aujourd'hui à Strasbourg : d'un côté, une motivation laconique, voire lapidaire, qui va directement au résultat [...] de l'autre côté, l'exposé détaillé des avantages économiques, sociaux, éthiques ou moraux de l'interprétation retenue par le juge⁶⁷⁵ ».

⁶⁷⁴ F. Blanco, Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Op. cit. p. 178.

⁶⁷⁵ Y. Aguila, L'officieux et le non-dit dans le jugement du Conseil d'Etat, in L'officieux et le non-dit dans le jugement, conférence organisée par la cour de cassation dans le cadre du cycle Les méthodes de jugement 2004-2005.

Paragraphe 2 : L'intelligibilité et la clarté sur le fondement du principe de sécurité juridique

Toujours dans le cadre de cette démonstration de l'application du principe de sécurité juridique à la norme prétorienne du Conseil d'Etat lui-même, nous allons voir comment par le respect de la sécurité juridique, la jurisprudence du Conseil d'Etat deviendrait une base de confiance des justiciables à protéger. Un tel travail sur la clarté et l'intelligibilité de la norme prétorienne, si dans un premier temps aura pour effet d'augmenter les délais d'instruction des contentieux, il finira par faire gagner un temps précieux par la suite. En effet, au fur et à mesure que sa jurisprudence se précise et clarifie, les contentieux diminuent et les divergences entre les juges de fond, sinon disparaissent, au moins elles deviennent rare.

Sous-paragraphe 1 : L'apport pédagogique de l'adoption de la motivation détaillée

Au-delà de son rôle de cour régulatrice de la jurisprudence administrative, le Conseil d'Etat, étant donné son rôle central dans l'élaboration du droit en général, l'oblige à s'ouvrir et à expliquer, à défaut de s'expliquer.

Bien avant la consécration du principe de sécurité juridique, la Haute juridiction s'est peu à peu ouverte sur le monde des non-initiés. De plus en plus, l'information est à portée de tout le monde (rapport annuel, études et documents, conférences, colloque...). Ce rôle pédagogique du Conseil d'Etat ne trouve pas son équivalent en matière contentieuse. Comme nous l'avons démontré plus haut, la jurisprudence administrative se caractérise par la concision. Alors, que c'est en matière contentieuse que l'effort pédagogique doit se concentrer. Ainsi, comme le relève M. Connil : « La motivation des décisions de justice a une vertu pédagogique en ce qu'elle permet de faire comprendre aux parties les raisons pour lesquelles la solution retenue l'a été et d'expliquer à l'ensemble des justiciables ce qui garantit une meilleure information des justiciables quant à leurs droits et obligations et offre une définition plus claire de la règle de droit de sorte que sa signification sera plus

assuré, prévenant ainsi un certain nombre de contentieux qui auraient pu être déclenchés en raison du doute⁶⁷⁶ ».

La motivation des décisions de justice dépasse ici son statut primitif d'exigence d'un procès équitable. Cette motivation, qui rassure le justiciable en lui donnant l'impression qu'il n'y a aucune place à l'arbitraire judiciaire, fait de la jurisprudence un acte générateur d'adhésion de la part des justiciables. En effet, comme le souligne M. Berthier : « comment adhérer à la décision de justice si cette dernière n'est pas motivée, c'est-à-dire si elle ne repose pas sur une base objectivement acceptable : le droit ? Il convient malgré tout d'aller plus loin dans la recherche de la persuasion⁶⁷⁷ ». Autrement dit, il ne suffit plus de rendre des décisions conformes à la légalité pour qu'elles soient source d'adhésion, encore faudrait-il qu'elles soient rendues sous le signe de la pédagogie.

Aujourd'hui, la demande en faveur de plus de motivation découle de sa portée qui n'est plus qu'interne mais a tendance à s'extérioriser pour expliquer. La motivation est une exigence de qualité de la justice dans sa globalité. En effet, outre le message juste et équitable qu'elle procure au requérant, la motivation joue un rôle pédagogique et préventif pour les autres justiciables. On a pu relever que malgré le style concis de sa jurisprudence, il n'en demeure pas moins que le Conseil d'Etat élabore ses décisions dans un cadre détaillé à travers les conclusions des rapporteurs publics. Ainsi, Monsieur Y. Aguila considère que : « le juge français, comme ses collègues américains ou anglais, se fonde, lui aussi, sur ces facteurs qu'on qualifie d'extra-juridiques, pour rendre sa décision. La preuve, on peut la trouver dans les conclusions des commissaires du gouvernement [...] En tout cas, on trouve bien dans ses conclusions toutes sortes de considérations, d'équité, d'efficacité économique, de justice sociale ou encore de politique jurisprudentielle⁶⁷⁸ ».

Par la motivation le juge doit rendre compte de sa décision. Ainsi, comme on a pu le relever au sujet de l'arrêt Taxquet rendu par la Cour EDH à propos de la motivation des décisions des juridictions d'Assises : « cette dernière (la motivation) est à

⁶⁷⁶ D. Connil, op. cit. p. 513.

⁶⁷⁷ L. Bertier, Regard européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative. RFDA 2008, p. 245.

⁶⁷⁸ Y. Aguila, L'officieux et le non-dit dans le jugement du Conseil d'Etat, op. cit.

présent une véritable garantie procédurale qui n'est respectée que si le justiciable est à même de comprendre et donc d'accepter la décision de justice. Or, seul un contrôle approfondi de la motivation permet de vérifier si pareille mission est remplie. Cet accroissement parallèle de l'importance de l'exigence de la motivation et de l'ampleur de son contrôle a un but pédagogique à l'égard des parties au procès et à l'égard de la société⁶⁷⁹ ».

Entre le style du juge administratif français caractérisé par la concision et celui du juge de Common Law très détaillé, il doit bien exister un juste milieu. Cependant, le Conseil d'Etat a commencé à changer son style et de recourir à davantage de motivation. De plus en plus, les juges du palais royal procèdent dans leur raisonnement par pédagogie, d'où le recours à des considérants très détaillés qui se déclinent en véritables guides pour les tribunaux administratifs.

Le juge administratif, rappelons-le, produit des normes par voie jurisprudentielle, qui, à défaut d'une satisfaisante motivation, sa clarté et partant sa qualité, seraient battus en brèche. Et on voit mal le Conseil d'Etat reprocher à tous les organes normatifs de l'Etat leur rôle dans la prolifération de l'insécurité juridique, sans donner lui-même l'exemple.

La motivation adéquate du point de vue de la sécurité juridique des justiciables serait celle où le juge détaille sa motivation tout en la rattachant à des précédents. Mais uniquement à l'occasion d'un revirement ou de la réponse à une question nouvelle et complexe. De sorte qu'un arrêt, qui traite l'une de ses questions, se présente comme un résumé des grandes lignes directrices de la matière sur laquelle le juge statue.

Sous-paragraphe 2 : La norme jurisprudentielle et l'exigence de qualité, un rempart contre l'insécurité juridique

Le juge administratif est confronté à son tour à la démarche qualité. Toutefois, l'accent a été mis plus sur la qualité des juges et de la justice pour délaissé celle relative à leur pouvoir prétorien. Les deux approches sont liées, puisque le fait

⁶⁷⁹ L. Berthier et A. Blandine Caire, La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme. RFDA 2009. 677.

d'atteindre une jurisprudence de qualité révèle un service public de justice qualitatif. En revanche, la réciproque n'est pas toujours valable. A chaque fois qu'elle s'est intéressée à la question, la doctrine a toujours reproché à la jurisprudence du Conseil d'Etat son manque de clarté. Fondée sur des concepts abstraits, la jurisprudence administrative préfère la souplesse conceptuelle à la rigueur intellectuelle, ce qui n'est pas sans effets sur son intelligibilité.

Pour Monsieur T. Fortsakis : « La généralité des formules que suggèrent le contenu d'un concept se trouve inévitablement à l'origine de l'incertitude qui pèse souvent sur la définition exacte de celui-ci⁶⁸⁰ ». Ce déficit de clarté est dû principalement au numéro d'équilibriste qu'entretien le juge administratif entre deux exigences, en apparence complémentaires mais en réalité contradictoires, d'une part la simplicité, et d'autre part la précision. Ainsi, comme l'avait très justement exprimé Monsieur R. Latournerie : « Le concept ou le principe devra, d'autre part, présenter des contours suffisamment arrêtés pour offrir les prises requises au raisonnement juridique et prévenir toute confusion avec des concepts ou des principes plus ou moins analogues. Mais aussi, il devra garder assez de malléabilité et de plasticité, ou, du moins, de virtualités internes pour joindre, dans des proportions raisonnables ... une certaine faculté d'adaptation⁶⁸¹ ».

A- Les composantes d'un standard de justice, une jurisprudence de qualité

Que signifie une jurisprudence de qualité ?

En guise de réponse, on a pu écrire que : « une décision de justice est considérée comme étant de qualité lorsqu'elle est claire, motivée, adaptée à la situation litigieuse, et bien évidemment rendue en conformité avec le droit⁶⁸² ». Ce raisonnement réduit l'approche qualitative des décisions de justice en ce qu'elle respecte la légalité. Alors que par définition une décision de justice est l'expression

⁶⁸⁰ T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme ..*, op. cit. p. 352.

⁶⁸¹ R. Latournerie, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*. In *Le Conseil d'Etat Livre jubilaire 1952*, p. 219.

⁶⁸² L. Berthier, *Regards européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative*. RFDA 2008. p. 245.

de la légalité, autrement, il s'agirait d'un arbitraire. En outre, cette conception lierait la qualité de la jurisprudence à celle de la légalité. Alors qu'une justice de qualité est celle, notamment, qui corrige les éventuelles incohérences de la légalité. Il s'ensuit qu'une jurisprudence de qualité est celle qui, outre sa conformité à la légalité, cherche l'adaptation la plus juste des travers de cette légalité au justiciable.

Dans son examen de la qualité de la jurisprudence administrative à partir du référentiel normatif, Monsieur Berthier considère que sur la base de ce critère, une décision de justice est réputée de qualité lorsqu'elle est : « acceptée, comprise, assimilée par ce même justiciable, lui permettant alors d'aboutir à ce sentiment indéfinissable et propre à chacun de satisfecit et ce même si le procès est perdu ».

La qualité normative peut résulter également de l'efficacité économique de la norme. En effet, le droit en général, et la jurisprudence en particulier, sont jugés en fonction de leur attractivité économique. La Banque Mondiale dresse, par le biais de sa filiale la Société financière internationale, les fameux rapports Doing Business. Ceux-ci sont élaborés en vue d'évaluer la capacité de la norme juridique, y compris prétorienne, à être source d'attractivité économique dans un contexte mondialisé et procèdent à un classement par pays.

Le droit français relativement novice en la matière, il va sans dire qu'il occupe dans ce classement une place peu honorable. Pour Monsieur B. du Marais : « Pour lutter à armes égales contre le dénigrement dont notre Droit est l'objet, mais aussi disposer en France d'une véritable capacité d'expertise en matière d'évaluation de notre système juridique, il s'agit de développer l'intelligence – la compréhension – des effets du droit sur les composantes de la croissance économique⁶⁸³ ». Dans ces rapports, il est plus question de dumping juridique que de préoccupations qualitatives.

La notion de qualité prend ici le sens d'efficacité, c'est-à-dire, la capacité du droit en général et la jurisprudence en particulier, de s'inspirer de la vision, qu'a d'elle, le justiciable. Comme le souligne Monsieur J-M. Sauvé : « le système juridique est une composante socio-culturelle de la compétitivité économique. Pour offrir un cadre

⁶⁸³ B. du Marais, Entre la Jamaïque et le Kiribati, Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale. In La sécurité juridique et la complexité du droit. Rapport public du Conseil d'Etat 2006, p. 377.

favorable à l'exercice des activités économiques, le droit doit d'abord être l'expression d'un système juridique qui protège les libertés économiques [...] tel est le sens de l'obligation faites aux collectivités publiques, que ce soit dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique [...] ou que ce soit lorsqu'elles entendent prendre en charge une activité économique [...] le droit doit également être la source d'une sécurité juridique suffisante en garantissant l'accessibilité, la stabilité et la prévisibilité des règles juridiques [...] Pour favoriser la compétitivité, le droit doit également proposer des outils juridiques qui permettent aux acteurs économiques de mener à bien et de développer leurs activités⁶⁸⁴ ».

L'une des conceptions de la qualité des normes prétoriennes découle de la jonction qu'effectue la qualité rédactionnelle de ces normes entre le respect de la légalité et l'assurance de sécurité juridique. Autrement dit, une jurisprudence quand bien même conforme à la légalité peut être une source d'insécurité juridique, donc il s'agira d'une jurisprudence valable mais sans pour autant être de qualité. En effet, dans cette conception de la qualité, l'accent est mis sur le degré d'adhésion des justiciables à la norme prétorienne. Ainsi, comme l'explique Monsieur L. Berthier : « le référentiel normatif consacre l'idée de justesse objective et constitue peut-être la première idée que l'on se fait d'une décision de justice de qualité : sa conformité au droit. Mais la justesse comporte une dimension subjective, et la justice de tenter de déterminer un équilibre entre le respect objectif de la norme et l'intérêt subjectif des parties au procès[...] appliqué aux décisions de justice, ce rapport consumériste tendrait à considérer la décision de justice comme un véritable produit devant nécessairement, pour être de qualité, être acceptée, comprise, assimilée par ce même justiciable, lui permettant alors d'aboutir à ce sentiment indéfinissable et propre à chacun de satisfecit et ce même si le procès est perdu [...] La persuasion est alors cette force qui sait utiliser le langage comme un véritable outil générateur de conviction, permettant une adhésion plus ou moins totale [...] Toutefois, l'adhésion⁶⁸⁵ ».

La qualité de la jurisprudence reflète une jurisprudence de qualité, en effet, en outre de son respect de la légalité, c'est par sa clarté, sa prévisibilité et son efficacité que la jurisprudence administratives est comprise et acceptée. Il s'agit d'un ensemble

⁶⁸⁴ J-M. Sauvé, L'arme du droit. Intervention au colloque Ordre et transgression, les leviers juridiques du progrès, organisé à l'occasion du bicentenaire du rétablissement du Barreau de Paris. 26 juin 2010.

⁶⁸⁵ L. Berthier, Regards européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative. RFDA 2008 p. 245.

d'éléments constitutifs d'une jurisprudence de qualité. En effet, comme le relève Monsieur Péano : « la première qualité d'une décision de justice est qu'elle soit prise rapidement et définitivement pour vider le litige dont il a saisi le juge [...] Nombreux sont ceux qui considèrent qu'il convient d'assurer, à côté de la rapidité de prise de décision, une meilleure lisibilité et intelligibilité des décisions des juridictions [...] Au total, les trois éléments que sont la rapidité, l'intelligibilité et la prévisibilité, constituent les composantes essentielles de la qualité des décisions⁶⁸⁶ ».

La qualité de la jurisprudence en général, et plus particulièrement celle rendue par le juge administrative, fait l'objet d'un examen critique de plus en plus poussé de la part de la doctrine. Cibler les ratés de la qualité donne l'image d'un juge dans l'improvisation, jugeant au cas par cas mais en fonction de standard objectif. Il est vrai que la démarche juger le tout mais s'exprimer le moins possible est compatible avec l'interdiction des arrêts de règlements. Toutefois, il n'est pas certain qu'elle satisfait le requérant qui est destinataire de la décision, victime de ses insuffisances et juge de sa qualité.

B- La refonte de la qualité rédactionnelle, une révolution en marche

Insensible aux critiques à l'encontre de son œuvre jurisprudentielle, et notamment la qualité de sa rédaction, le Conseil d'Etat s'est engagé sur la voie de la modernisation. Comme nous l'avons vu plus haut, le style de rédaction des décisions constitue un héritage qui remonte jusqu'à l'époque de l'Ancien Régime. Un style qui n'est ni complètement judiciaire, ni exclusivement administratif, un mélange de style dû à un mélange des fonctions juridictionnelles et administrative. Comme le relevait Monsieur J. Massot, il a fallu attendre le Règlement du Conseil établi en 1738 par le chancelier d'Aguesseau pour moderniser la rédaction des arrêts du juge administratif. En effet, dans son étude de l'histoire de la procédure administrative Monsieur J. Massot considère que : « Point n'est besoin non plus ici de rappeler que la règle en usage pour toutes les décisions de justice de l'Ancien Régime était celle de l'absence d'explication des motifs⁶⁸⁷ ». Pour cet auteur, le titre XIII de la II^o partie

⁶⁸⁶ D. Péano, Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives. AJDA 2011, p. 612.

⁶⁸⁷ J. Massot, La continuité de la procédure contentieuse administrative. Bibliothèque de l'école des chartes. 1998, Tome 156, p. 77.

du règlement du chancelier d'Aguesseau et son commentaire par Tolozan en 1786 mettent en lumière des traits de la rédaction des arrêts qui demeurent d'actualité. En effet, Monsieur Massot met l'accent sur : « le soin demandé au rapporteur dans la rédaction des deux parties de l'arrêt, le (vu des pièces) d'une part, et le dispositif d'autre part⁶⁸⁸ ».

Depuis, le style de rédaction des décisions évolue peu à peu aussi bien au niveau de la forme qu'au niveau du fond. Néanmoins, les arrêts gardent leurs subdivisions classiques⁶⁸⁹ :

- 1^{ère} partie Les visas : Elle englobe les conclusions des parties, les moyens produits et les étapes de l'instruction.
- 2^{ème} partie Les motifs : L'exposé du raisonnement qui conduit à la solution.
- 3^{ème} partie Le dispositif : Le prononcé du jugement.

Ainsi, le fameux syllogisme du Conseil d'Etat ; visas (la majeure), motifs (la mineure) et dispositifs (la rencontre entre les deux). Le tout rapporté, d'un point de vue syntaxique, à travers une phrase unique, celle-ci commence par la juridiction décide⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Tolozan écrit dans son commentaire du règlement d'Aguesseau : « Cette minute est composée d'un vu des pièces et d'un dispositif. Comme ils doivent servir l'un et l'autre à leur intelligence réciproque, ils méritent une égale attention. Il faut en conséquence que le vu soit assez clair et assez exact pour faire apercevoir les motifs de la décision et que cette décision se rapporte tellement au vu, que tous les chefs de demande qui formaient la contestation se trouvent nettement jugés et qu'ils ne laissent aucun doute, ni aucune incertitude dans l'exécution ». Jean-François Tolozan, Règlement du Conseil, précédé de l'explication des différents articles compris dans chacun des chapitres. Paris 1786. Cité par Jean Massot.

⁶⁸⁹ Comme le relevait le Professeur Yves Gaudemet dans sa remarquable thèse : « Les décisions juridictionnelles du juge administratif sont coulées dans un moule formel unique. La subdivision de chaque décision en visas, motivation et dispositif est classique. Cette construction a certainement son explication historique. Ce qui cependant est surtout important – du point de vue qui est le nôtre - c'est que l'adoption d'un certain formalisme correspond à l'exercice de la fonction arbitrale du juge administratif telle qu'elle a été caractérisée. Le juge apporte au litige qui lui a été soumis une solution qui s'incorpore au droit positif et bénéficie d'une autorité particulière, l'autorité de la chose jugée ; l'adoption d'une forme imposée, toujours la même, en est le corollaire ». in Les méthodes du juge administratif, LGDJ 1972 p. 78.

⁶⁹⁰ Le professeur Y. Gaudemet écrit à ce sujet que : « Du point de vue grammatical, la décision de justice constitue une seule phrase dont la proposition principale est traditionnellement scindée entre le sujet (le Tribunal administratif de ...) qui figure au début de la décision, et un ou plusieurs verbes (par ces motifs, décide ... donne acte ..) qui introduisent le dispositif ; les visas et les motifs constituent ainsi du point de vue syntaxique autant de propositions incidentes ou subordonnées, reliées nécessairement à la proposition principale par des locutions conjonctives (considérant que ...), ou par la conjonction « que » ; la rédaction du dispositif accole parfois à la phrase principale des propositions subordonnées écrites au gérondif (infirmant, rejetant, ...) » in Les méthodes du juge administratif, op. cit. p. 86.

Le vice-président du Conseil d'Etat, dans une mission confiée au Président Philippe Martin, a souhaité engagé une réflexion approfondie sur le style de rédaction et le syllogisme de la jurisprudence administrative.

Ainsi, de l'aveu même des rédacteurs du rapport rédigé à l'issue de cette mission (ci-après le rapport) : « il est rapidement apparu que l'objectif d'amélioration de l'intelligibilité des décisions de justice, qui répond à une attente des justiciables (personnes privées comme administrations), tenait autant à leur forme et à leur style qu'à leur contenu et que les modes de rédaction devaient avant tout permettre d'exprimer aussi clairement, précisément et complètement que possible les motifs pour lesquels le juge adopte une solution⁶⁹¹ ».

L'objectif de la réflexion était de trouver les moyens pour aboutir à un équilibre entre d'une part, un enrichissement de la motivation et une facilité du style de rédaction, et d'autre part, la conservation du raisonnement rigoureux.

Les rédacteurs du rapport envisagent, dans une optique de simplification, un changement dans la présentation de ces trois parties dans les arrêts. En effet, pour la présentation des conclusions des parties, il est proposé de les regrouper pour chaque partie au sein d'un même paragraphe ou lieu de les distinguer⁶⁹². De même que la question de la mention des moyens dans la partie visas a été largement débattue et controversée. À la différence de la CJUE ou la CEDH qui exposent de manière globale les moyens des parties dans un paragraphe réservé à cet effet, le juge administratif français procède à un simple rappel sous forme de visas. Une telle pratique constitue un manquement au devoir d'intelligibilité de la règle prétorienne, parce que le justiciable n'est pas sûr que toute sa cause a été entendue si on ne lui communique pas les visas.

Ainsi, les rédacteurs du rapport pointent l'insuffisance de la communication des visas : « d'une part, la notification des visas aux parties ne correspond actuellement pas à la pratique de toutes les juridictions. D'autre part, les visas ne figurent qu'exceptionnellement dans les bases de données et ne sont jamais publiés, que ce soit dans le recueil des décisions de la juridiction administrative ou dans les revues

⁶⁹¹ Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative. Conseil d'Etat Avril 2012.

⁶⁹² Proposition n°1 : Regrouper, pour chaque partie au litige, la mention, dans l'ordre chronologique, des mémoires qu'elle a produits dans un paragraphe unique.

juridiques ». Pour en finir avec cet inconvénient, il est proposé que l'analyse des moyens ne figure plus dans les visas mais dans les motifs (proposition n°2).

En ce qui concerne les modes de rédaction, le rapport pointe, comme c'est le cas des autres sources du droit, la difficulté à simplifier lorsqu'il s'agit de juger une réglementation complexe. En effet, pour juger la qualité de la norme prétorienne, le rapport prend à son compte les mêmes arguments que ceux avancés pour juger la dégradation de la qualité des autres sources du droit. Pour les rédacteurs : « le développement de réglementations complexes, telles que les réglementations économiques, environnementales, fiscales ou encore contractuelles, génèrent des contentieux hautement spécialisés, d'une grande technicité [...] les parties de ces litiges attendent de la décision non seulement qu'elle apporte des réponses précises et justes à leurs argumentations, mais aussi qu'elle conforte la sécurité juridique dont leurs activités ont besoin⁶⁹³ ».

Néanmoins, outre cette complexité extrinsèque, c'est surtout la lisibilité des décisions de justice qui est en cause. Hormis les spécialistes, le style de rédaction n'est pas à la portée de tout le monde surtout pas les justiciables. Pour améliorer la lisibilité de la jurisprudence administrative, les rédacteurs du rapport distinguent, d'une part, les décisions rendus dans les contentieux de masse (exemple droit des étrangers) pour lesquels il est possible de garder le syllogisme mais de la simplifier, ils considèrent que : « le simple usage du terme (considérant) et la syntaxe de la phrase unique, par l'accumulation des (que) et des (points-virgules) qu'elle induit ainsi que par la longueur de la phrase qui en résulte, peuvent constituer par eux-mêmes un obstacle à la compréhension de la décision⁶⁹⁴ ».

D'autre part, en ce qui concerne les décisions rendues dans des domaines complexes nécessite une refonte étant donné l'inadéquation du style de la phrase unique avec l'impératif du justifier le respect de la hiérarchie des normes et leur interprétation ainsi que la justification de leur application ou leur inapplication à l'espèce. Le rapport relève que dans les domaines complexes, il est de plus en plus difficile de rédiger une jurisprudence : « claire sous la forme actuelle de la phrase unique et aboutit souvent à une rédaction multipliant les subordonnées, dans laquelle

⁶⁹³ Rapport du groupe ..., op. cit. p. 9.

⁶⁹⁴ Rapport du groupe ..., op. cit. p. 12.

le lecteur se perd et perd le fil du syllogisme que cette syntaxe particulière a pourtant pour fonction de rendre évident ».

Mais, simplifier le style de rédaction de la jurisprudence administrative n'aurait de sens que s'il est accompagné d'un enrichissement de la motivation. Comme nous l'avons déjà signalé, une parfaite compréhension de la jurisprudence administrative aujourd'hui n'est point concevable en dehors des conclusions du rapporteurs. Le rapport est très critique à l'égard de l'idée que la jurisprudence est le résultat de la jonction de ce qui est dit et non-dit dans la décision. Ainsi, il juge excessives : « certaines des motivations des décisions de la juridiction administrative [qui] se résument encore à de simple affirmation, qui ne font pas ou pas suffisamment apparaître les raisons de l'interprétation que le juge donne de la règle de droit et de son application aux faits de l'espèce ».

Les auteurs du rapport insistent sur le fait que : « Toute évolution du mode de rédaction devra ainsi être assortie de garanties de la rigueur et de la précision du raisonnement du juge, afin d'éviter toute dérive rédactionnelle. Ces garanties pourront s'exprimer à travers de nouvelles contraintes formelles mieux adaptées aux nécessités contemporaines de la motivation ».

Conclusion générale

Le principe de sécurité juridique pouvait être étudié à partir de l'analyse du texte ou du contexte. En effet, étudier le principe de la sécurité juridique à partir de la seule jurisprudence issue de l'arrêt KPMG limite la portée dudit principe aux seules considérations liées au droit transitoire et à la qualité de la législation. En revanche, l'étudier à partir de son contexte, aussi bien interne qu'international et communautaire, ouvre de nouvelles perspectives de recherches. Et c'est cette dernière option que nous avons retenue pour notre travail. Evidemment, notre problématique n'allait pas de soi, nous dirions même qu'elle était minoritaire. Comment imaginer le Conseil d'Etat consacrer un principe venu d'ailleurs, le prouver, c'était l'objectif que nous nous sommes fixés pour notre travail.

Au lendemain de la consécration du principe de sécurité juridique, la principale question que se posait la doctrine était de savoir s'il avait un lien de filiation avec le principe communautaire de protection de la confiance légitime. En effet, la majorité de la doctrine estimait que notre droit administratif, de tradition objective, ne pouvait être compatible avec le principe de confiance légitime, principe de portée subjective. Nous avons prouvé, exemples à l'appui, que ni le principe de sécurité juridique, ni celui de la protection de la confiance légitime, n'étaient étrangers à notre droit administratif. Une fois consacré, le principe de sécurité juridique est-il capable de réaliser les objectifs qui ont dicté une telle consécration ?

La sécurité juridique, une garantie de la protection de la confiance légitime :

Notre postulat est de considérer que le principe de sécurité juridique fédère un ensemble de principes relatif à l'intelligibilité de la norme juridique. Parmi ces principes, la protection de la confiance légitime demeure la principale innovation, voire une révolution. Comme le faisait remarquer récemment le vice-président du Conseil d'Etat : « Longtemps, le droit français a été présenté comme étranger, sinon hostile, à une approche subjective de la sécurité juridique. On a voulu y trouver l'identité d'un modèle – et parfois d'un contre-modèle. Son approche domine certes [...] Toutefois [...] le principe de sécurité juridique consacré par un arrêt d'Assemblée du 24 mars 2006, permet désormais de répondre d'une manière plus fine et plus

concrète aux attentes des justiciables et, notamment, des entreprises ». Et de rajouter plus loin : « Ces transformations de l'office du juge témoignent d'une prise en considération plus fine, plus concrète et plus subjective du comportement des parties [...] cette approche plus subjective de la sécurité juridique invite désormais le juge à prendre en considération les espérances légitimes des acteurs économiques ».

Notre postulat s'est confirmé à travers cette phrase tirée d'une intervention de Monsieur J-M Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat : « les exigences de sécurité juridique et de confiance légitime sont devenues, dans leur diversité, mais aussi leur unité, en seulement une décennie, le moteur le plus puissant et la perspective la plus stimulante de rénovation de notre droit public »⁶⁹⁵.

La consécration de la sécurité juridique, en général, et de la confiance légitime, en particulier, a pour principal but de rendre notre droit administratif plus compétitif. Renforcer l'attractivité du droit ne peut être que bénéfique pour l'économie nationale. En effet, le droit est un agrégat qui, par son efficacité, participe à la croissance économique à travers la sécurité et la confiance qu'il procure aux investisseurs et aux marchés financiers⁶⁹⁶. Toutefois, la consécration de la confiance légitime en droit interne ne bénéficie pas uniquement au monde de l'entreprise, mais également aux citoyens dans leurs rapports avec les pouvoirs publics. Outre l'attractivité économique qu'il procure, le principe de confiance légitime procure également une attractivité sociale. Contrairement à ce qu'affirme Monsieur N. Foulquier, qui estime que la confiance légitime « répond au souci des industriels d'écartier les pouvoirs publics du jeu concurrentiel⁶⁹⁷ ».

Au-delà de son apport en attractivité pour l'économie nationale et de son subjectivisme protecteur des individus à l'égard de l'action publique, la consécration des principes de sécurité juridique et de confiance légitime s'inscrit dans le cadre d'un mouvement d'harmonisation des droits administratifs des Etats européens. Une telle harmonisation de ces différents ordres juridiques aboutira à terme à l'instauration d'un droit administratif européen. Comme le relève avec talent Monsieur J. Schwarze : « Une vue d'ensemble des principes juridiques de la légalité de

⁶⁹⁵ J-M Sauvé, intervention lors du colloque L'entreprise et la sécurité juridique organisé par la Société de législation comparée le 21 novembre 2014.

⁶⁹⁶ En ce sens, voir Bertrand du Marais, Entre la Jamaïque et le Kiribati, Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale. In le rapport du Conseil d'Etat de 2006, p. 377.

⁶⁹⁷ N. Foulquier, Les droits publics subjectifs des administrés, op. cit. p. 509.

l'administration, de l'égalité de traitement, de la proportionnalité, de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime ainsi que du procès loyal et régulier analysés dans les chapitres précédents, prouve que la communauté dispose déjà d'un fond de normes de droit administratif en tout point comparable à celui des droits administratifs des Etats membres [...] Le processus de formation et d'évolution vers un système de droit administratif communautaire n'est pas encore achevé. Un droit administratif européen dans le sens d'un système complet et épanoui sur le plan dogmatique est pour le moment encore en devenir⁶⁹⁸ »

⁶⁹⁸ J. Schwarze, Droit administratif européen, op. cit. p. 1505.

BIBLIOGRAPHIE

Traité, manuels et ouvrages généraux et spécialisés

Altindag (S), La concurrence fiscale dommageable – la coopération des Etats membres et des autorités communautaires. L'Harmattan, 2009.

Aucoc (L), Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'Etat. Extrait du compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques, Paris 1878.

Barthélemy (J), Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français. Paris LGDJ 1899.

Bergel (J-L), Théorie général du droit, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2012.

Bernard (E), La spécificité du standard juridique en droit communautaire. Bruylant 2009.

Bonnard (R), Précis de droit administratif, LGDJ, 1940.

Bonnard (R), Le contrôle juridictionnel de l'administration. Réédition Dalloz 2006

Bossuyt (A), Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in Au-delà de la Loi, Actualités et évolutions des principes généraux du droit. Anthemis 2006.

Bousta (R), Essai sur la notion de bonne administration en droit public. L'harmattan 2010.

Boy (L), sous-dir. Sécurité juridique et droit économique, éd. Larcier 2008.

Buisson (J), La sécurité fiscale. L'Harmattan 2011.

Carbonnier (J), Flexible droit, LGDJ 1992.

Carpano (E), Etat de droit et droits européens. Edition L'Harmattan 2005.

Carré de Malberg (R), Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés. Librairie du recueil Sirey 1933.

Chapus, (R), Droit du contentieux administratif, Montchrestien 13eme éd. 2008.

Chapus, (R), Droit administratif général, T.I, Montchrestien, 15 eme éd.

Chevalier (E), Bonne administration et union européenne, Bruylant 2014.

Chevalier (J), L'Etat post-moderne. LGDJ 2014.

Chevalier (J), L'Etat de droit. Montchrestien

Chevalier (J), Science administrative, PUF 2007.

Cozian (M), Droit des sociétés, éd. LexisNexis, 2013.

Delvolve (P), L'acte administratif, Paris, Sirey, coll. Droit public 1983.

Delvolvé (P), Droit public de l'économie. Dalloz, 1998.

Duez (P), La responsabilité de la puissance publique. Dalloz 1938.

Duffour (G), Traité général de droit administratif appliqué, Paris 1868.

Duguit (L), Manuel de droit constitutionnel, 1923.

Duguit (L), Traité de droit constitutionnel. Tome I. Troisième éd. Paris 1927.

Duguit (L), Traité de droit constitutionnel, troisième édition. Tome II La théorie générale de l'Etat. Paris E. de Boccard. 1928.

Dupin (A-M), Manuel des avocats et des étudiants en Droit, De la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui la font et de ceux qui la citent. Bruxelles 1823.

Faguet (E), Le libéralisme. L'ancienne librairie Lecène Paris 1903.

Fauvarque-Cosson (B), La confiance légitime et l'estoppel. Société de législation comparée. 2007.

Ferrand (J), Césarisme et démocratie. Paris Plon nourrit, 1904.

Fortsakis (T), Conceptualisme et empirisme en droit administratif français. LGDJ 1987

Fromont (M), Droit administratif des Etats européens. Ed. Thémis droit PUF 2006

Hauriou (M), Précis de droit administratif et de droit public général. Paris 1900.

Hauriou (M), La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, T I. II. III.

Hauriou (M), La gestion administrative, étude théorique de droit administratif. Paris 1899.

Hauriou (M), Principes de droit public. Deuxième éd. Paris 1916.

Israël, (J-J), La régularisation en droit administratif, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981.

Jeanneau (B), Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Recueil Sirey 1954.

Kelsen (H), Théorie pure du droit, LGDJ Bruylant, coll. La pensée juridique 1999.

Laferrière (E), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1896.

Lassalle (F), Théorie systématique des droits acquis, Consiliation du droit positif et de la philosophie du droit. Trad. Ch. Andler.

Maillot (J-M), La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Dalloz 2003.

Marchal (P), Répertoire pratique du droit belge, Principes généraux du droit. Bruylant 2014.

Masson (A), Droit communautaire – droit institutionnel et droit matériel. Ed. Larcier 2008.

Melleray (F), Essai sur la structure du contentieux administratif français. LGDJ 2001.

Morand-Deville (J), Droit administratif, Montchrestien coll. Cours, éd. 2011.

Michelet (J), Histoire de la révolution française, Tome I, 1868.

Muscat (H), Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen. L'Harmattan 2001.

Odent (R), Contentieux administratif, (1977) réédition 2007, Tome I.

Ost (F), L'amour des lois, la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratique. L'Harmattan, 1996.

Poitou, La liberté civile et le pouvoir administratif, Paris 1869.

Porte (M), La jurisprudence et l'équité. Grenoble 1899.

Raucent (L), Pour une théorie critique du droit, Gembloux 1975.

Rosanvallon (P), La légitimité démocratique. Editions du Seuil 2008.

Roubier (P), Théorie général du droit, Dalloz 2005.

Rouvillois (F), Le droit. Flammarion 1999.

Ripert (G), Le déclin du droit, LGDJ 1949.

Schmitt (C), Les trois types de pensée juridique, PUF coll. Droit Ethique Société 1995.

Schwarze (J), Droit administratif européen, 2^o éd. Bruylant 2009

**Sepulchre (V), Droit de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal.
Larcier 2005.**

Truchet (D), Droit administratif, PUF Thémis 2011, 4° éd.

Waline (J), Droit administratif, Dalloz 23 éd. 2010.

Thèses et mémoires

Bailleul (D), L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français. LGDJ 2002.

Ben Merzouk (E), La sécurité juridique en droit positif. Thèse dactyl. Université Paris II 2003.

Blanco (F), Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. PUAM 2010.

Bourdon (P), Le contrat administratif illégal. Dalloz 2014.

Boussard (S), L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat, un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz 2002.

Calmes (S), Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français. Dalloz 2001.

Douet (F), Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français, Bibliothèque de droit privé LGDJ 1997.

Eveillard (G), Les dispositions transitoires en droit public français. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses 2007.

Foulquier (N), Les droits publics subjectifs des administrés, Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle. Nouvelle Bibliothèque des Thèses. Dalloz 2003

Fournol (I), Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français, thèse dactyl. Université Paris II 1999.

Gaudemet (Y), Les méthodes du juge administratif. LGDJ PARIS 1972, réédité en 2014 collection LGDJ Anthologie du Droit.

Lafaix (J-F), Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats administratifs, Nouvelles Bibliothèque des Thèses 2007.

Malhière (F), La brièveté des décisions de justice. Dalloz 2013, Volume 125,

Mouzouraki (P), Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais ; un exemple de convergence des droits administratifs européens ? Bruylant 2011.

Philippe (X), Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française. PUAM 1990.

Raimbault (Ph), Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français. LGDJ 2009.

Saillant (E), L'exorbitance en droit public, Nouvelle Bibliothèque des thèses (volume 109) Dalloz 2011.

Tallineau (L), Les actes particuliers non-créateurs de droits. Poitiers 1972.

Thiery (M-J), Les actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Camille Robbe éditeur 1912.

Touboul (F), Le principe de sécurité juridique, essai de législation. Thèse dactyl. Université Paris XI Sceaux, 1996.

Tsatsabi (E), Le principe de sécurité juridique dans le contentieux administratif français. Université Paris II 2007.

Valembois (A-L), La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique, LGDJ 2005.

Williamson (S), La sécurité juridique contentieuse à l'épreuve de l'article L. 600-3 du code de l'urbanisme. Mémoire de DEA Université de Nantes 1998.

Wouako (D), Le temps et le recouvrement de l'impôt. Thèse de doctorat soutenue en 2012 à l'université Panthéon-Assas,

Zevounou (L), Les usages de la notion de concurrence en droit. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public 2012.

Articles et chroniques

Aguila (Y), L'erreur de droit, le juge des référés et le juge de cassation. AJDA 2005, p. 2474.

Aguila (Y), L'officieux et le non-dit dans le jugement du Conseil d'Etat, in L'officieux et le non-dit dans le jugement, conférence organisée par la cour de cassation dans le cadre du cycle Les méthodes de jugement 2004-2005.

Amoros Dorda (F-J), Seguridad Jurídica, in seminario SOCINFO, Madrid 9 mai 2012

Amselek (P), L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales. RDP 1982 p. 275.

Auby (J-B), Confiance légitime. DA Juin 2001, Repères p. 3.

Aucoc (L), Le Conseil d'Etat et Les recours pour excès de pouvoirs. In Revue des Deux Mondes Tome 29, 1878 p. 19.

Bailleul (D), De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légal de conserver un droit. AJDA 2010 p. 1828.

Béchillon, de (D), Le juge et son œuvre, un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. in l'architecture du droit Mélanges en l'honneur du professeur M. Troper, Economica, 2006, p. 359.

Beduschi-Ortiz (A), La notion de loyauté en droit administratif. AJDA 2011. p. 944.

Benhamou (Y), Cursives remarques sur la sécurité juridique, LPA 3 mai 1996 n° 54, p. 19.

Berhali-Bernard (H), Le Conseil d'Etat refuse d'adopter l'estoppel. AJDA 2010. p. 1327.

Bertier (L), Regard européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative. RFDA 2008, p. 245.

Berthier (L) et Blandine Caire (A), La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme. RFDA 2009. 677.

Bertrand (B) et Sirinelli (J), La proportionnalité. In L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, sous la direction de J-B Auby. p. 625.

Bienvenu (J-J), Naissance de la doctrine administrative. RFFP 2001 N° 75. p. 11

Blondiaux (L), Sintomer (Y), L'impératif délibératif, Politix vol. 15, n° 57, 2002, p. 17.

Braibant (G), Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir. EDCE 1961.N°15, p. 53.

Braibant (G), Du simple au complexe, 40 ans de droit administratif, EDCE 1994, p. 415.

Braibant (G), Le principe de proportionnalité. In le juge et le droit public ; Mélanges offerts à Marcel Waline 1974 Tome II. p. 298.

Brondel (S), L'espérance légitime née d'un dispositif fiscal peut être un bien au sens de la Conv. EDH. AJDA 2012 p. 974.

Broyelle (C), Confiance légitime et responsabilité publique. RDP 2009, n° 2 p. 321

Brunet (P), La consécration du principe de sécurité juridique. RDC 2006, n° 3, p. 856.

Brunet (P), La sécurité juridique, Nouvel opium des juges. In Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak. Paris, LGDJ 2007, p. 247.

Brunet (P), Le concept de sécurité juridique : Oxymore ou Pléonasme ? Université Buenos Aires. Novembre 2012.

Boissard (S), 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. Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 11, Décembre 2001.

Boulouis (J), Quelques observations à propos de la sécurité juridique, Liber amicorum Pierre Pescatore 1987, p. 53.

Bosc (V), Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre, RDP 1926, p. 186.

Burdeau (G), Le déclin de la loi. Archives de philosophie du droit, 1963, p. 35.

Carcassonne (G), Société de droit contre Etat de droit, Mélanges G. Braibant, Etat de droit, Dalloz 1996, p. 37.

Cartier (G), La théorie des attentes légitimes en droit administratif. RDUS 1992, n°23, p. 80.

Casas (D), Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs, Conclusions sur CE, Assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe. RFDA 2007, p. 696.

Cassia (P), La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes. D 2006, p. 1190.

Cassia (P), Le nouveau recours contre le contrat : questions périphériques de procédure contentieuse. AJDA 2007. p. 1964.

Chapus (R), De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile. EDCE 1977-1978. N°29. p. 63.

Chevalier (J), Le droit administratif, droit de privilèges ? Revue Pouvoir 1988, n° 46, p. 57.

Cintura (P), L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif, RIDC 1972, p. 676.

Collet (M), Le principe de l'estoppel est-il soluble dans le contentieux objectif ? RJEP n° 678 Août 2010, comm. 42.

Connil (D), Modulation des conséquences et conséquences de la modulation. AJDA 2013. 1876.

Connil (D), Office du juge de l'annulation et modulation dans le temps des effets de la suspension ordonnée en référé. AJDA 2014, p. 1955.

Coq (V), Qu'est-ce que la « jurisprudence constante » ? RFDA 2014 p. 223

Cristau (A), L'exigence de sécurité juridique. D 2002, p. 2814.

Cristine (R), Peut-on abandonner l'économie des moyens ? L'article L.600-4-1 du code de l'urbanisme. In les métamorphoses du droit, hommage à J-M. Rainaud. L'Harmattan 2009. p. 254.

Deguergue (M), Promesses, renseignements, retards. Rép. Dalloz. La Responsabilité de la puissance publique, juin 2011.

Delamarre (M), La sécurité juridique et le juge administratif français. AJDA 2004, p. 186.

Delaunay (B), Faut-il reconnaître un principe de confiance légitime en droit fiscal ? in La sécurité fiscale. p. 47.

De Laubadère (A), Le Conseil d'Etat et l'incommunicabilité. EDCE 1979-1980. N° 31. p. 17.

Delvolvé (P), Limitations des moyens invocables dans le référé précontractuel. RFDA 2008, p. 1139.

Dévolvé (P), Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs. In La conscience des droits Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. Dalloz 2011, p. 219.

Derepas (L), L'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif. RFDA 2007, p. 770.

De Silva (I), La sécurité juridique appliquée à la modification des règles des concours de la fonction publique. AJDA 2007, p. 1823.

Dieu (F), La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique, AJDA 2006, p. 2428.

Dross (W), La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? A propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence. D 2006, p. 472.

Dutheillet de Lamothe (O), La sécurité juridique, le point de vue du juge constitutionnel. Rapport du Conseil d'Etat 2006, p. 369.

Encinas de Munagorri (R), Application immédiate d'un décret à des contrats en cours : Le Conseil d'Etat exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique. RTD Civ. 2006, p.527.

Eveillard (G), Sécurité juridique et mesures transitoires. RFDA 2007, p. 275.

Eveillard (G), Sécurité juridique et dispositions transitoires, Huit ans d'application de la jurisprudence KPMG. AJDA 2014, p. 492.

Fauvarque-Cosson (B), La confiance légitime et l'estoppel. Rapport de synthèse. In Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3. Décembre 2007

Fluckiger (A), Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal. Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 21, 2007.

Fouquet (O), Les conséquences de l'annulation d'une instruction administrative sur l'application de l'article L. 80 A du LPF. DF n° 15, 11avril 2013, comm. 240.

Frison-Roche (M-A), William (B), Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi. D 2000, chro. p. 361.

Fromont (M), Le principe de proportionnalité. AJDA 1995, p. 156.

Fromont (M), Le principe de sécurité juridique, AJDA 1996, n° spécial p. 178.

Garcia (A), M. Consuelo, la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, Martial Pons, Madrid 1999, p. 109.

Groulier (C), L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexion sur un sésame contentieux. RFDA 2008, p. 941.

Guglielmi (G), Le droit s'écrit dans les communiqués de presse ? Mélanges Alain Fenet 2008.

Guyomar (M), Sécurité juridique et mesures transitoires. RFDA 2007, p. 6.

Guyomar (M), L'application de la jurisprudence Association AC ! à l'annulation d'une décision individuelle. AJDA 2008. 638.

Haïm (V), Le jugement, Répertoire de contentieux administratif. Dalloz 2011.

Hanicotte (R), Le juge face au retard des textes d'application. RDP 1986, p. 1667.

Heers (M), La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? RFDA 1995, p. 963.

Heuschling (L), L'Etat de droit, in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public. Dalloz 2010, p. 545.

Hoepffner (H), Les avis du Conseil d'Etat, essai de synthèse. RFDA 2009, p. 895.

Hostiou (R), Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif, RFDA 2012, p. 423.

Hubeau (F), Le principe de protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la CJCE. Cah. droit européen 1983, p. 143.

Jennequin (A), L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat. Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme. RFDA 2009, p. 913.

Jèze (G), Note de jurisprudence. Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques. RDP 1913 p. 294.

Jèze (G), Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants, RDP 1922, p. 377.

Kruithof (R), La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase. RCJB 1991, n° 4

Labetoulle (D), Principe de légalité et principe de sécurité juridique. Mélanges G. Braibant, l'Etat de droit, Dalloz 1996, p. 404.

Labetoulle (D), Le vice procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation, Mélanges Y. Jegouzo, Dalloz 2009, p. 479.

Lagarde (X), Jurisprudence et insécurité juridique, D 2006, p. 678.

Landais (C) et Lenica (F), Quand l'exposition de la théorie de l'obligation de recours administratif préalable cache la question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence. AJDA 2006. 796.

Landais (C), Lenica (F), Sécurité juridique : la consécration. AJDA 2006, p. 1028.

Landais (C), Lenica (F), Le droit transitoire : arrêt sur image. AJDA 2007, p. 358.

Lasvignes (S), Droit transitoire et sécurité juridique, ou comment un nouveau principe peut raviver d'anciennes questions. Mélanges de D. Labetoulle 2007, p. 559.

Latournerie (R), Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat, in Le Conseil d'Etat Livre jubilaire, 1952, p. 221.

Lemasurier (J), Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « Bilan – Coût – Avantages », Mélanges Waline, p. 560.

Lenica (F) et Boucher (J), Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence. AJDA 2007. 1577.

Liéber (S-J), Botteghi (D), De l'entrée en vigueur d'une loi modifiant la composition du conseil d'administration d'établissements publics. AJDA 2010, p. 134.

Llorens (F) Soler-Couteaux (P), L'évolution du contentieux contractuel des contrats publics, vers plus de pragmatisme. CMP, novembre 2004, p. 3.

Loschak (D), Le principe de légalité, mythes et mystifications, AJDA 1981, p. 389.

Luchaire (F), La sécurité juridique en droit constitutionnel français. Cahiers du Conseil Constitutionnel 2001, n° 11, p. 67.

Manin (B), Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique. Le Débat, 1985, n° 1, p. 72.

Majza (B), Equité et droits fondamentaux, CRDF 2002, p. 88.

Maisani (P), Weiner (F), Réflexion autour de la conception post-moderne du droit. Revue Droit et Société, n° 27, 1994.

Mancia (M), Développement au nom du caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir. Les petites affiches du 20 juin 2006 p. 8.

Marguery (L), La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel. RFDA 2012. 663.

Marie (L), L'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative. RDP 1901. II. p. 265.

Massot (J), Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif. EDCE 1979- 1980. N°31. p. 111.

Massot (J), La continuité de la procédure contentieuse administrative. Bibliothèque de l'école des chartes. 1998, Tome 156, p. 77.

Massot (J), Validation législative. Rép. Dalloz Contentieux administratif, 2007.

Mathieu (B), La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient. Mélanges Patrice Gélard, Montchrestien, 1999, p. 301.

Mathieu (B), Réflexion en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique. Cahiers du Conseil Constitutionnel 2001, n° 11, p. 106.

**Mathieu (B), Sécurité juridique, le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur. La JCP
générale n°4, 27 janvier 2014, doc. 116. éd.**

Melleray (F), L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? AJDA 2006, p. 803.

Melleray (F), L'entrée en vigueur différée d'une décision de rejet du juge de l'excès de pouvoir. JCP Adm. n° 1-2, 8 janvier 2007, n° 2001.

Michaut (F), Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit. RIDC 1987, Vol. 39, n° 2, p. 343.

Milano (L), Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi. RDP 2006, n°3.

Millet (F-X), Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux. RFDA 2012, p. 307.

Moderne (F), A la recherche d'un fondement constitutionnel du principe de protection de la confiance légitime. Mélanges Louis Dubois (Au carrefour des droits), Dalloz 2002, p. 595.

Moderne (F), Sécurité juridique et sécurité financière. RFDA 2006, p. 483.

Moleffessis (N), Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système contre lui-même. Rapport du Conseil d'Etat 2006, p. 391.

Morvan (P), Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon. D. 2005, p. 247.

Morvan (P), Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? Droit social 2006, p. 709, n° 4 et 5.

Morvan (P), Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable. D. 2007. p. 835.

Motulsky (H), Le droit subjectif et l'action en justice, Archives de Philosophie du Droit, 1964, p. 215.

Mouly (Ch), Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? PA 4 mai 1994, n°53, p. 9.

Noel (M), Les motifs dans les décisions des juridictions administratives. RDP 1924, p. 350.

Pacteau (B), La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? AJDA 1995, p. 151.

Pacteau (B), La rétroactivité jurisprudentielle, insupportable ? in le droit administratif : permanences et convergences, mélanges en l'honneur de J-F. Lachaume. Dalloz 2007. p. 807.

Péano (D), Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives. AJDA 2011, p. 612.

Pellissier (G), Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC ! Une nouvelle dimension de l'office du juge. RJEP, n° 656, Août 2008, étude 7.

Petit (J), La motivation des décisions du juge administratif français, in La motivation en droit public. Dalloz 2013, p. 213.

Plessix (B), Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République. In Les droits publics subjectifs des administrés. Acte de colloques organisé par l'AFDA les 10 et 11 juin 2010. p. 34.

Pollmann (Ch), Le contentieux comme foyer de création concrète et progressive du droit. Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2008. 61, p. 107.

Terré (F), La crise de la loi. Archives de philosophie du droit, 1980, p. 17.

Raimbault (P), Soulas de Russel (D), Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point. RIDC Vol. 55, n°1, 2003, p. 85.

Rivero (J), Le juge administratif : un juge qui gouverne, D. 1951, Chron. p. 21.

Rivero (J), Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir. D 1962, chr. p. 37.

Rivero (J), Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits. In Mélanges Jean Dabin Tome II, 1963, p. 824 et 825.

Rivero (J), Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle. AJDA 1968, p. 15.

Rolin (F), Les qualités des décisions du Conseil d'Etat, in La qualité des décisions de justice (sous la direction de Pascal Mbongo) colloque à la faculté de droit et des sciences de Poitiers les 8 et 9 mars 2007.

Rolin (F), Du recours pour excès de pouvoir de l'Etat légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'Etat contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne. RDP 2014, n° 5, p. 1198.

Sauvé (J-M), L'arme du droit. Intervention au colloque Ordre et transgression, les leviers juridiques du progrès, organisé à l'occasion du bicentenaire du rétablissement du Barreau de Paris. 26 juin 2010.

Sauvé (J-M), intervention lors du colloque L'entreprise et la sécurité juridique organisé par la Société de législation comparée le 21 novembre 2014.

Saison-Demars (J), L'office du juge administratif face au temps, « à la recherche du temps perdu... le temps retrouvé ». Droit Administratif n° 2, Février 2012, étude 4.

Seiller (B), La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne, tentative iconoclaste de systématisation. In Le dialogue des juges, mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois. Dalloz 2009, p.977.

Seiller (B), Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux. In Les droits publics subjectifs des administrés, la collection Débats et Colloques de l'AFDA n° 4. 2011, p. 192/193.

Sénars (F), Pouvoirs du juge et effets juridiques indirects du rejet d'une demande en annulation. Conclusions sur Conseil d'Etat, section, 27 octobre 2006, Société Techna et autres. RFDA 2007. 265.

Stahl (J-H), Courrège (A), La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. RFDA 2004, p. 438.

Stijns (S) et Samoy (I), La confiance légitime en droit des obligations belge. In La confiance légitime et l'estoppel sous la direction de B. Fauvarque-Cosson, p. 167.

Simon (D), La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ?, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruxelles Buylant, 2000.

Tartour (L), Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français. RDP 2013, n° 2 p. 307.

Tesoka (L), Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français. AJDA 2006, p. 2214.

Van Lang (A), De l'usage du bilan dans l'après-jugement. In Le droit administratif : permanence et convergences, Mélanges en l'honneur de J-F Lachaume, op. cit. p. 1073.

Valembois (A-L), La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français. Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°17, mars 2005.

Vedel (G), Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, p. 36.

Vedel (G), Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? EDCE 1979-1980. N° 31. p. 31.

Vincent (P), Le faible impact du principe de confiance légitime en droit administratif français. RFDA 2000, p. 254.

Wallerich (M), La sécurité juridique appliquée à la modification des conditions de versement d'une indemnité. AJDA 2009, p. 2049.

Waline (M), Le pouvoir normatif de la jurisprudence, Mélanges Scelle, T II, p. 623.

Woehrling (J-M), Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? in Mélanges Guy Braibant, l'Etat de droit. Dalloz 1996, p. 782.

Woehrling (J-M), Un aspect méconnu de la gestion administrative : La régularisation des procédures et des décisions illégales, RFAP 2004/3, p. 540.

Woehrling (J-M), L'obligation d'édicter des mesures transitoires comme instrument de la protection des situations juridiques constituées. RDP 2007, n° 1, p. 285.

Jurisprudences

Jurisprudence administrative,

CE, 23 juillet 1823, Veuve Murat, R, 545, S, 1828, II, 246.

CE, 2 juillet 1836, Boidron, R, 371, S, 1836,2, 443.

CE, 19 février 1909, Abbé Olivier, Rec. 181. RDP 1910 note Jèze.

CE, 28 juin 1918, Heyriès, Lebon 651, S, 1922. 3. 49.

CE, 28 février 1919, Dame Dol et Laurant, RDP 1919, 338.

CE, 30 juin 1922 Lamiable et autres, Sirey 1922, III° partie, p. 25. Note Hauriou.
La jurisprudence administrative de 1892 à 1929. Notes d'arrêts réunies et classées par André Hauriou. Tome 1 p. 567.

CE, 30 novembre 1923, Couiteas, RDP 1924, p. 74 et p. 208.

CE, 26 décembre 1925, Rodière. Rec. Lebon. GAJA 2003, n°43, p. 268.

CE, 19 mai 1933, Benjamin. S. 1934.3.1 concl. Michel, note Mestre.

CE, 8 juin 1934, Augier, D. 1934, 31.

CE, 17 juin 1931, Ville de Castelnaudray, D. 1932, 3, p. 28.

CE, 28 mai 1937, Decerf, R, 534, S, 1937, 3, 73.

CE, Sect. 21 octobre 1938, Lote, Rec. 786.

CE, 7 janvier 1944, Lecoq, JCP 1944, 2663.

CE, 3 mai 1946, Dame Vve. Goguet, JCP 25 décembre 1947, 4006.

CE, Ass. 29 avril 1949, Carrau, Lebon p. 186.

CE, 30 mai 1952, Dame Kirkwood. Rec 291, RDP 1952, 781.

CE, Ass. 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, AJ 1954, p. 5.

CE, Ass. 29 octobre 1954, Rougier, RDP 1955, p. 187.

CE, Ass. 24 juin 1960, Sté. Frampar et Sté. France édition et publication, Lebon p. 412.

CE, Sect. 27 janvier 1961, Daunizeau. AJ 1961, p. 75.

CE, Sect. 16 novembre 1962, Industr. de tôlerie, AJ 1963, p. 170.

CE, Ass. 13 janvier 1968, Dame Perrot, AJDA 1968, p. 179.

CE, Ass. 8 janvier 1971, Dame Desamis, AJDA 1971, p. 297.

CE 26 octobre 1973 SCI résidence Arcole. Requête n°87909. Recueil Lebon 601.

CE, Sect. 21 mars 1975, Ministre des finances c/ Sieur X, Lebon p. 217.

CE, Sect. 23 juillet 1976, URSSAF du Jura, AJDA 1976, p. 416.

CE, Ass. 20 décembre 1985 SA Etablissements Outter, RFDA 1986, 513. D 1986, 283.

CE, Sect, 23 octobre 1987, Société nachfolger company, RFDA 1988, 345.

CE, 20 octobre 1989, Nicolo, RFDA 1989, 812.

CE, Ass. 29 juin 1990, GISTI, R 171, AJDA 1990, 621.

CE, 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, Rec. 368.

CE, Ass. 13 décembre 1991, Nkodia, Lebon p. 439, AJDA 1992, p. 114.

CE, Sect. 15 avril 1992, Polat, Lebon tables p. 981.

CE, 2 novembre 1992 Kherouaa, D. 1993, 108.

CE, 29 juillet 1994, Préfet de Seine-maritime, R, 732.

TA. de Strasbourg, 8 décembre 1994, Freymuth, AJDA 1995, p. 555.

CE, Ass. 17 février 1995, Marie et Hardouin, Rec. 82 et 83, AJ 1995, p. 379.

CE, Ass. 17 février 1995, Aillaud, AJDA 1995, p. 223.

CE, 23 avril 1997, GISTI, R, 142, RFDA 1997, 585.

CE, Ass. 5 décembre 1997, Mme. Lambert, AJDA 1998, p. 152.

CE, Sect. 3 avril 1998, n° 174074, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 9 novembre 1998, Sacko, Lebon tables p. 958.

CAA. Nancy, 17 juin 1999, Freymuth, n° 95NC00226.

CE, 26 février 2001, Mme. Fadiadji, Lebon tables, p. 993.

CE, 27 juillet 2001, Préfet de police c/ Kamdoum, Lebon tables, p. 993.

CE, Ass. 26 octobre 2001, Ternon, Rec. p. 497, concl. Sénors. RFDA 2002, p. 77.

CE, Sect. 6 novembre 2002, Mme. Soulier, Lebon 369.

CE, Sect. 18 décembre 2002, Mme. Duvignères, RFDA 2003, 274.

CE, 30 juillet 2003, Garde des sceaux ministre de la justice c/ M. Remli, Lebon 366.

CE, Sect. 3 décembre 2003, M. El Bahi, RFDA 2004, p. 733.

CE, Ass. 11 mai 2004, Association AC !, Rec. 197. AJDA 2004, p. 1049.

CE, 23 février 2005. Association pour la transparence et la moralité des marchés publics. N°264712 publié au recueil.

CE, Ass. 24 mars 2006, Sté. KPMG. Rec. 154. AJDA 2006, p. 1028. RDC 2006, p. 856.

CE, sect. 27octobre 2006 Société Techna et autres. Req. N° 260767. Recueil Lebon 451.

CE, 22 janvier 2007, Maruani, AJDA 2007, p 1190.

CE, Ass. 8 février 2007 Société Arcelor. RFDA. 2007. p. 384 concl. Guyomar. 564, 578 et 601 notes Levade.

CE, 19 mars 2007, Madame Le Gac et autres. Req. n° 300467, Leb. 123.

CE, 25 juin 2007, CFDT-MAE. Revue AJFP 2007, p. 296.

CE, sect. 26 sept. 2007. Société Procédés et Matériels de Construction. Requête n° 247277. Inédit au recueil.

CE, sect. 12 décembre 2007, n° 293993, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE. Sect. 3 Octobre 2008 SMIRGEOMES. Publié au recueil Lebon 2008.

CE, 6 octobre 2008 n° 310146. Annulation du statut particulier du corps des architectes en chef des monuments historiques. Recueil Lebon 2008.

CE, 19 décembre 2008, Kierzowski-chatal. AJDA 2008, p. 2427.

CE, Assemblée 28 décembre 2009, Commune de Béziers. Recueil Lebon 2010 n° 304802.

CE, avis 1 avril 2010, SAS Marsadis, n° 334465, jurisData n° 2010-003067.

CE, Ass. 11 déc 2006, société De Groot En Slot Allium, Lebon p. 512, concl. F. Seners ; AJDA 2007, 136 Chro. Landais et Lenica.

CE, 11 février 2011 Sté. Allo permis. AJDA 2011, p. 1167.

CE, 23 février 2011, La CIMADE, n° 334022, mentionné aux tables.

CE, 30 mars 2011, n°315066, Inédit au recueil Lebon.

CE, 7 avril 2011, Association SOS Racisme, n° 343387.

CE, 27 avril 2011, n°309709, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 3 août 2011, n°337127, Inédit au recueil Lebon.

CE 3 août 2011 n° 336885, Fixation du montant de redevance aéroportuaire AJDA 2011 p. 2256.

CE, Ass. 23 décembre 2011, Danthony, n°335033, publié au recueil.

CE, 16 avril 2012, Comité Harkis et vérité, n° 335140.

CE, 6 décembre 2012, AMF n°348922, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 20 mars 2013, n°357945, Mentionné aux tables du recueil Lebon

CE, 27 mars 2013, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, n° 360248.

CE, 12 juin 2013, n°360702, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 10 juillet 2013, n° 360397. Mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 14 mai 2014, Société Addmedical, n°363195.

CE, 23 juin 2014, M. B. Req. n° 355801. AJDA 2014, p. 1350.

Cour de Cassation

Arrêt Jacques Vabres 24 mai 1975

Cass. Civile 1^{re}, 9 octobre 2001, Bull. civ. I. N° 291. RTD civ. 2002, p. 176.

Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2006. BICC 656, mars 2007, p. 26.

Conseil Constitutionnel

Décision n°80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi de validation administratif, Publié au JO du 24 juillet 1980, p. 1868.

Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'indication relative à la réduction du temps de travail. AJDA 1998, p. 495.

Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes. D 27 janvier 2000, p. VII.

Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Les cahiers du Conseil Constitutionnel n° 18.

Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 21.

Décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007. Les Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 22.

.

TPIUE,

TPIUE, Holtbecker c/ Commission 17 décembre 1992. Aff. T 20/91.

TPIUE, 16 mars 1993 Blackman c/ Parlement. Aff. Jointes T 33/89 et T 74/89.

TPIUE, 24 avril 1996 Industria Pesqueras Campos c/ Commission. Aff. T 551/93. Recueil 1996. p. II-00247.

TPIUE, 16 octobre 1996 Efisol SA c/ Commission. Aff. T 336/94.

TPIUE, 15 octobre 1997 IPK c/ Commission. Aff. T 331/94. Recueil 1997 p. II-01665.

TPIUE, 20 janvier 1998 Max Kögler c/ CJCE. Aff. T 160/96. Recueil de jurisprudence, fonction publique 1998, p. I-A-00015 ; p. II-00035.

TPIUE, 31 mars 1998 Preussag Stahl c/ Commission. Aff. T 129/96. Recueil 1998 p. 609.

TPIUE, 13 janvier 1999 Bernhard Bucker-Lensing c/ Le Conseil et la Commission. Aff. T 1/96. Recueil 1999 p. II-00001.

CJUE,

CJUE, 15 juillet 1964, Da Costa. Aff. 6-64.

CJUE, 5 juin 1973, Commission c/ Conseil, Aff. 81/72, Rec. p. 575.

CJUE, 13 mai 1975 CNTA c/ Commission. Aff. 74/74

CJUE, 8 avril 1976, Defrenne c/ Sabena, Aff. 43/75, Rec. p. 455.

CJUE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. C-106/77, Rec. CJCE p. 629.

CJUE 3 mai 1978 Töpfer c/ Commission. Aff. 112/77 Recueil 1978 p. 1019.

CJUE, 19 mai 1983 Vassilis Mavridis c/ Parlement européen. Aff. 289/81. Recueil 1983 p. 01731.

CJUE, 12 décembre 1985 Sideria SpA c/ Commission. Aff. 67/84. Recueil 1985 p. 03983.

CJUE, 11 mars 1987 Van den Bergh et Van Dijk Food c/ Commission. Aff. 265/85. Recueil 1987 p. 01155.

CJUE, 28 avril 1988 Mulder c/ Ministre de l'agriculture et de la pêche Aff. 120/86. Recueil 1988 p. 2321.

CJUE, 10 janvier 1992 kühn c/ Landwirtschaftskammer. Aff. C 177/90. Recueil 1992 p. I-00035.

CJUE, 19 mai 1992 Mulder c/ Conseil et Commission. Aff. Jointes C 104/89 et C 37/90.

CJUE, 7 juillet 1992, Parlement c/ Conseil, Aff. 295/90, Rec. p. 4616.

CJUE (6eme chambre), 11 août 1995 Roders, affaires jointes C367/93, C368/93, C369/93.

CJUE, 15 avril 1997 The Irish Farmers Association c/ Ministre de l'agriculture. Aff. C 22/94. Recueil 1997 p. I-01809.

CJUE, 28 mai 1998, Parlement c/ Conseil, Aff. C-22/96, Rec. I. p. 3231.

CJUE, 24 septembre 1998, Affaire C 35/97 Commission c/ France.

CJUE, 14 octobre 1999 Atlanta c/ Communauté Européenne. Aff. C 104/97.

CJUE, 25 mai 2000 Max Kögler c/ CJCE. Aff. C 82/98 P. Recueil de la jurisprudence 2000-I-03855.

CJUE 15 juillet 2004 Di Lenardo et Dilexpot c/ Ministre du commerce. Aff. C 37/02 et C 38/02. Recueil 2004-I- 06911.

CJUE, 15 juillet 2004 Willy Gerekens et Association agricole pour la promotion de la commercialisation laitière Procola c/ Luxembourg. Aff. C 459/02. Recueil 2004-I-07315.

CJUE (grande chambre), 16 décembre 2008 Société Arcelor. Aff. C 127/ 07, Recueil de la jurisprudence 2008 I – 09895.

CEDH,

CEDH, plénière, 13 juin 1979 Marckx c/ Belgique. Requête n°6833/74.

CEDH, plénière, 27 septembre 1990 Affaire Cossey c/ Royaume-Uni. Requête n° 10843/84.

CEDH, 28 octobre 1999, Affaire Zielinski et Pradal c/ France.

CEDH, 14 janvier 2010, Atanasovski c/ Ex République yougoslave de Macédoine. Req. N° 36815/03.

Rapports et Textes officiels

Cour de Cassation (Belgique), Les principes généraux du droit 2002.

Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit. Rapport public 2006.

Conseil d'Etat, Rapport public 2010

Conseil d'Etat, Consulter autrement, participer effectivement. Rapport public 2011.

Warsmann (J-L), Simplifions nos lois pour guérir un mal français. La documentation française 2009.

OCDE, Réforme de la réglementation en France. Rapport public 2004.

Académie des sciences morales et politiques, La confection de la loi (sous la direction de R. Drago). Mars 2003.

Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique présenté par M. Olivier Fouquet, président de Section au Conseil d'Etat. Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : Une nouvelle approche. Juin 2008.

Les revirements de jurisprudences. Rapport remis au premier président de la Cour de Cassation M. Guy Canivet du 30 novembre 2004. Groupe de travail présidé par N. Molfessis. Paris, Litec LexisNexis, 2005.

Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative. Conseil d'Etat Avril 2012.

TABLE DES MATIERES

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	6
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	12
PREMIERE PARTIE : De la sécurité légale à la sécurité juridique.....	27
TITRE I : La sécurité légale, une sécurité juridique objective	29
CHAPITRE I : La sécurité juridique objective par la légalité, l'histoire d'une complémentarité....	30
SECTION I : La légalité, un passage d'un régime arbitraire à une sécurité légale	31
Paragraphe 1 : Le dogme de la légalité ; une sécurité juridique objective pour les administrés	31
Paragraphe 2 : La légalité, une sécurité juridique objective contre l'arbitraire.....	35
Paragraphe 3 : La symbolique de la légalité, une acceptation de l'atteinte légitime à la sécurité légale	43
SECTION II : La sécurité légale à travers la structuration du droit par la légalité.....	47
Paragraphe 1 : L'élargissement vertical de la légalité ; coordination des sources de la légalité.....	47
Paragraphe 2 : Le renforcement de la sécurité juridique objective par une légalité horizontale.....	57
Sous-paragraphe 1 : La lutte du juge administratif contre l'immunité du droit sous-terrain. L'exemple du contentieux des circulaires administratives.....	57
Sous-paragraphe 2 : Le contentieux des mesures d'ordre intérieur.....	59
Paragraphe 3 : Le renforcement de la sécurité juridique objective à travers les techniques contentieuses	63

Sous-paragraphe 1 : La technique de substitution de base légale.....	63
Sous-paragraphe 2 : La technique de substitution des motifs.....	67
CHAPITRE II : Légalité et sécurité juridique objective, le temps de la contradiction	71
SECTION 1 : La sécurité juridique par l’atteinte à la légalité	72
Paragraphe 1 : Les exceptions à la légalité en raison de la sécurité juridique.....	72
Sous-paragraphe 1 : La théorie des circonstances exceptionnelles.....	72
Paragraphe 2 : La théorie des droits acquis	78
Paragraphe 3 : La correction des illégalités ; la régularisation comme alternative à l’annulation.....	84
SECTION II : Le respect de la légalité au détriment de la sécurité juridique	92
Paragraphe 1 : les lois de validation.....	92
Paragraphe 2 : Les privilèges de l’action publique	97
Sous-paragraphe 1 : Les actes administratifs inaccessibles et insusceptibles de recours	97
Sous-paragraphe 2 : La marge de manœuvre de l’action publique	104
Paragraphe 3 : Normativité complexe source d’insécurité juridique	107
TITRE II : LA SECURITE JURIDIQUE DU DROIT	113
CHAPITRE I : LA CONSECRATION DE LA SECURITE JURIDIQUE EN DROIT FRANÇAIS.....	115
SECTION I : La notion de sécurité juridique en droit administratif	115
Paragraphe 1 : Les tentatives jurisprudentielles d’une consécration du principe	116
Paragraphe 2 : Les débats de la doctrine	120
SECTION II : Les signes annonciateurs de la fin des réticences du conseil d’Etat à l’égard du principe de sécurité juridique	126
Paragraphe 1 : La jurisprudence consacrant la technique de modulation des annulations	128

Sous-paragraphe 1 : La notion de modulation dans le temps des annulations contentieuses	128
Sous-paragraphe 2 : L'adoption de la modulation par le juge administratif	133
Paragraphe 2 : La prise en compte de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité.....	139
Sous-paragraphe 1 : Le principe de clarté et celui d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme, La sécurité juridique du point de vue du Conseil Constitutionnel.....	139
Sous-paragraphe 2 : L'application des principes constitutionnels aux actes administratifs	145
CHAPITRE II : La consécration d'un principe de sécurité juridique	148
SECTION I : Le débat doctrinal autour du principe de sécurité juridique.....	149
Paragraphe 1 : L'arrêt KPMG consacre-t-il un nouveau principe de sécurité juridique ?...	149
Paragraphe 2 : La sécurité juridique ; un principe en débat	154
SECTION II : Les développements jurisprudentiels du principe de sécurité juridique (8 ans d'application de la jurisprudence KPMG).....	158
Paragraphe 1 : L'obligation d'édicter des mesures transitoires.....	158
Sous-paragraphe 1 : Le principe de sécurité juridique et l'application de la norme dans le temps.....	167
Sous-paragraphe 2 : La qualité de la norme vecteur de sécurité juridique	179
A- Le conseil d'Etat et la fabrique d'un droit de qualité.....	180
B - le Conseil d'Etat et le contentieux de la qualité normative	184
Sous-paragraphe 3 : La sécurité juridique, nouvel opium des juges ?	191
Conclusion de la première partie	196
DEUXIEME PARTIE : Une consécration qui en cache une autre, l'adoption de la confiance légitime	198
TITRE I : Le principe de sécurité juridique, une naturalisation de la confiance légitime	200

CHAPITRE I : Le principe de sécurité juridique ; stade ultime d'intégration de la confiance légitime en droit administratif français.....	201
SECTION I : Le principe de la protection de la confiance légitime	203
Paragraphe 1 : Le régime juridique du principe de la protection de la confiance légitime	204
Sous-paragraphe 1 : Les conditions d'une confiance légitime méritant protection	204
A- Le préalable comme référence ; les comportements des organes source de confiance	204
B- La situation de confiance dans le maintien du comportement préalable	206
C - La légitimité de la confiance	208
Sous-paragraphe 2 : Le règlement juridictionnel de la protection de la confiance légitime	210
A – Les modes de protections de la confiance légitime	210
B – La priorité des intérêts publics	212
Paragraphe 2 : Le principe de la confiance légitime en droit comparé.....	214
Sous-paragraphe 1 : Le principe de confiance légitime dans le droit administratif des Etats européens.....	214
A – Le principe de la confiance légitime dans le groupe Allemand (Allemand, Suisse, Pologne)	214
a- Le droit allemand.....	214
b- Les droits des pays du groupe allemand	219
B – Le groupe anglais (La Grande-Bretagne, Irlande, Danemark)	222
a- La Grande-Bretagne	222
b- La confiance légitime dans les droits des autres Etats du groupe anglais	225
C – Le groupe français	227
a – Le droit Espagnol	227

b- Le droit belge.....	228
Sous-paragraphe 2 : L'application de la protection de la confiance légitime par le juge communautaire	230
SECTION II : La résistance à l'infiltration du droit français par le principe de confiance légitime	243
Paragraphe 1 : Le scepticisme de la doctrine française à l'égard de la confiance légitime	244
Paragraphe 2 : La fragilité de la critique.....	247
Sous-paragraphe 1 : une origine étrangère et incompatibilité contestables.....	247
A – La confiance légitime est-elle étrangère au Conseil d'Etat ?	247
B – une incompatibilité, la dimension subjective du principe de confiance légitime	250
Sous-paragraphe 2 : Le véritable poids du principe de protection de la confiance légitime	252
Paragraphe 3 : La confiance légitime en droit français, un principe qui règne mais ne gouverne pas	254
Sous-paragraphe 1 : La sanction du comportement administratif déloyal.....	254
Sous-paragraphe 2 : La protection de la confiance légitime du contribuable	258
CHAPITRE II : La sécurité juridique, une source de subjectivisation du droit administratif.....	264
SECTION I : L'objectivité du droit administratif français, un postulat mis à mal par le principe de sécurité juridique.....	265
Paragraphe 1 : Sécurité juridique et confiance légitime, une équivalence des protections	266
Sous-paragraphe 1 : Le rapport entre sécurité juridique et confiance légitime	266
Sous-paragraphe 2 : La confiance légitime et la sécurité juridique, une équivalence des protections	271
Paragraphe 2 : La fin de la dominance du courant objectiviste	277
Sous-paragraphe 1 : Les conceptions des pères fondateurs du droit administratif	278

Sous-paragraphe 2 : La sécurité juridique, un élément du renouveau subjectiviste.....	285
SECTION II : La protection subjective comme conséquence de la sécurité juridique. Les sous-principes de la sécurité juridique	289
Paragraphe 1 : La subjectivisation de l'action administrative.....	290
Sous-paragraphe 1 : Le principe de proportionnalité	290
Sous-paragraphe 2 : Le principe de la loyauté	295
Paragraphe 2 : L'exigence de bonne foi avant le droit à la sécurité juridique	299
TITRE II : Le juge administratif à l'épreuve du principe de sécurité juridique.....	303
CHAPITRE I : Le principe de sécurité juridique, une subjectivisation du contentieux de l'excès de pouvoir	304
SECTION I : Le recours pour excès de pouvoir, le mythe du recours objectif	305
Paragraphe 1 : Le recours pour excès de pouvoir, un recours fait à un acte.....	306
Sous-paragraphe 1 : Le recours pour excès de pouvoir, un recours objectif pour censurer les illégalités.....	306
Sous-paragraphe 2 : Le dogme du recours objectif, un raisonnement ou une confusion.....	308
Paragraphe 2 : Le recours pour excès de pouvoir ; une sécurité juridique objective fictive	313
SECTION II : Le contentieux administratif sous le feu du principe de sécurité juridique.....	318
Paragraphe 1 : Une subjectivisation du recours pour excès de pouvoir à travers le principe de sécurité juridique.....	319
Sous-paragraphe 1 : L'échec de la théorie de la subjectivisation par le droit à la légalité	319
Sous-paragraphe 2 : Le recours pour excès de pouvoir et le droit public subjectif à la sécurité juridique	323
Paragraphe 2 : La sécurité juridique et la casuistique dans le contentieux administratif ..	326

CHAPITRE II : la jurisprudence administrative à l'épreuve de la sécurité juridique.....	330
SECTION I : La sécurité juridique du justiciable et la norme prétorienne dans le temps.....	331
Paragraphe 1 : L'insécurité juridique par la norme prétorienne.....	332
Sous-paragraphe 1 : L'insécurité juridique par la rétroactivité des annulations contentieuses	332
Sous-paragraphe 2 : L'insécurité juridique due à l'immédiateté des revirements	336
A) – les revirements de jurisprudences devant le Conseil d'Etat.....	336
B) – Les revirements de la jurisprudence des autres juges :	339
a) – La Cour de Cassation.	339
b) – Les juges européens	342
Paragraphe 2 : Le principe de sécurité juridique et la stabilisation de la norme prétorienne dans le temps	345
Sous-paragraphe 1 : La modulation des annulations contentieuses en vertu du principe de sécurité juridique.....	345
Sous-paragraphe 2 : La modulation des effets de la nouvelle règle prétorienne en vertu du principe de sécurité juridique	355
A) - La modulation comme réponse aux inconvénients de l'immédiateté des revirements	355
B) – La norme prétorienne à l'épreuve de la protection de la confiance légitime	361
SECTION II : Le principe sécurité juridique, un moyen de clarté et l'intelligibilité de la jurisprudence administrative	365
Paragraphe 1 : L'insécurité juridique due à la crise qualitative de la norme prétorienne..	367
Sous-paragraphe 1 : Juger en silence, les non-dits dans la motivation.....	367
Sous-paragraphe 2 : La règle de l'économie des moyens : l'expression sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens ou juger à travers des non-dits.....	373

Paragraphe 2 : L'intelligibilité et la clarté sur le fondement du principe de sécurité juridique	379
Sous-paragraphe 1 : L'apport pédagogique de l'adoption de la motivation détaillée....	379
Sous-paragraphe 2 : La norme jurisprudentielle et l'exigence de qualité, un rempart contre l'insécurité juridique	381
A- Les composantes d'un standard de justice, une jurisprudence de qualité.....	382
B- La refonte de la qualité rédactionnelle, une révolution en marche	385
Conclusion générale	390
BIBLIOGRAPHIE.....	394