

AJDA 2014 p.501**D'AC ! à M6 en passant par *Danthony* (1)****10 ans d'application de la jurisprudence AC ! - Bilan et perspectives****Olga Mamoudy, Docteur en droit, ATER à l'université Paris I****L'essentiel**

Le 11 mai 2004, l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat consacrait le pouvoir de modulation dans le temps des effets de l'annulation pour excès de pouvoir. Dix ans après l'arrêt *Association AC !*, ce pouvoir est pleinement intégré dans l'office contemporain du juge administratif. La première « décennie AC ! » est riche d'enseignements. Le pouvoir de modulation n'est plus tout à fait le même aujourd'hui qu'au jour de sa naissance. Il a connu de nombreuses évolutions. Considérablement perfectionnée au fil des espèces, l'utilisation du pouvoir de modulation reste néanmoins perfectible. Plusieurs évolutions permettraient de corriger certains défauts de la technique de modulation telle qu'elle a été mise en oeuvre dans la jurisprudence de ces dix dernières années.

Depuis l'arrêt *AC !* du 11 mai 2004, le juge administratif a la possibilité de déroger au principe de l'effet rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir, en fixant lui-même la date de la prise d'effet de l'annulation qu'il prononce.

En 2014, il apparaît que le juge administratif s'est pleinement approprié ce nouveau pouvoir de modulation dans le temps. En témoignent les nombreuses applications de la jurisprudence *AC !* devant l'ensemble des juridictions administratives (2).

Le pouvoir de modulation dans le temps des effets de l'annulation pour excès de pouvoir est solidement ancré dans l'office du juge administratif, si bien que personne, au terme de sa première décennie d'existence, ne pose la question de l'abandon pur et simple de la jurisprudence *AC !*.

Dans l'ensemble, la doctrine organique et universitaire dresse un bilan positif de l'application de la modulation temporelle dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Depuis ses premiers pas jusqu'à la période la plus récente, la jurisprudence *AC !* enthousiasme et satisfait la plupart de ses observateurs.

La célébration des dix ans de cette jurisprudence est l'occasion de souligner à nouveau les avantages liés à la reconnaissance du pouvoir de modulation en 2004. Il est incontestable qu'en devenant le maître du champ d'application *ratione temporis* de l'annulation, le juge administratif a acquis un pouvoir lui permettant de protéger efficacement la stabilité des situations juridiques contre les effets néfastes liés à la rétroactivité de certaines annulations pour excès de pouvoir. Il est également vrai que le juge évite ainsi nombre de validations législatives. Il est encore indéniable que l'annulation dont les effets sont modulés dans le temps conduit, le plus souvent, au rétablissement de la légalité (suite à un grand nombre d'annulations dont les effets ont été modulés dans le temps, l'administration a remplacé les actes annulés, condamnés à terme à disparaître, par de nouveaux actes réguliers ; v. O. Mamoudy, thèse préc., § 974 et §§ 1076-1082). Enfin, il est certain que les « annulations évitées » (selon l'expression de B. Seiller, *L'illégalité sans l'annulation*, AJDA 2004. 963 (3)) se font plus rares en jurisprudence, dès lors que la modulation permet au juge de neutraliser, une fois l'annulation prononcée, tout ou partie de ses conséquences.

Un tel bilan, assurément positif, pourrait être jugé suffisant dès lors qu'il permet de constater les évidentes vertus de la jurisprudence *AC !* et de conclure à son indispensable pérennité. Toutefois, ce résumé ne reflète que de manière partielle et imparfaite l'ensemble des enseignements qui peuvent être tirés des dix premières années d'application de cette jurisprudence.

En dix ans, la jurisprudence *AC !* a dévoilé de nombreuses potentialités. Il convient dès lors de montrer

quelle est l'étendue des précisions et des changements apportés par le juge administratif au pouvoir de modulation depuis ses premières applications jusqu'aux applications les plus récentes.

En dépit de la recherche par le juge d'un perfectionnement constant du pouvoir de modulation, l'utilisation de la jurisprudence *AC !* n'est cependant pas exempte de critiques. Elle comporte des imperfections, qui figurent également au bilan de cette première décennie, et conduisent à envisager les évolutions permettant de les corriger.

I - Une jurisprudence précisée : les évolutions du pouvoir de modulation depuis 2004

Au lendemain de la première application du pouvoir de modulation dans le temps des effets de l'annulation, plusieurs questions restaient en suspens concernant les modalités de sa mise en oeuvre. Les dix premières années de « contentieux *AC !* » ont, en grande partie, permis d'y répondre. Le juge a également perfectionné le pouvoir de modulation au fil des espèces, pour l'adapter à des impératifs nés de la pratique qui n'avaient pas tous été envisagés en 2004.

A. La réponse aux questions posées en 2004

1. Un pouvoir mis en oeuvre pour l'annulation de tous types d'actes

En 2004, se posait la question de savoir si la modulation pourrait être mise en oeuvre pour l'annulation de n'importe quel acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le considérant de principe de l'arrêt *AC !* ne visait aucun type d'acte en particulier mais, au vu des critères posés pour la mise en oeuvre de la modulation, on pouvait penser que le pouvoir ne trouverait à s'appliquer que pour l'annulation d'actes réglementaires à large rayon d'action. Dans la plupart des cas, il est vrai que la modulation joue pour l'annulation d'actes de ce type, mais pas exclusivement. Ainsi, le pouvoir de modulation peut être appliqué pour l'annulation de décisions individuelles (CE 12 déc. 2007, *Sire et Vignard* ; CE, sect., 30 déc. 2010, *Robert*), ou, plus largement, de décisions non réglementaires (CAA Douai, 19 juill. 2011, n° 09DA00698, AJDI 2012. 22, chron. S. Gilbert¹ ; RDI 2011. 494, obs. R. Hostiou² ; CAA Nancy, 26 juin 2012, n° 11NC01258, *Ministre de l'économie, du développement durable, des transports et du logement c/ Devaux*, AJDA 2013. 421³, concl. V. Ghisu-Deparis⁴ ; D. 2012. 2557, obs. F. G. Trébulle⁵). Il peut aussi être mis en oeuvre pour l'annulation de clauses réglementaires d'un contrat administratif (CE 31 juill. 2009, *Ville de Grenoble*). Il n'y a donc pas de restriction *a priori* du champ d'application du pouvoir de modulation liée au type d'acte annulé. Seule compte la question de savoir si l'annulation rétroactive emporte des « conséquences manifestement excessives ».

2. Un pouvoir pouvant être actionné par les parties

Après sa première utilisation, prononcée d'office par le Conseil d'Etat, la question se posait de savoir si les parties pourraient présenter des conclusions tendant à la mise en oeuvre du pouvoir de modulation. Le Conseil d'Etat a tranché cette question dans la première décision d'application positive de la jurisprudence *AC !*. Dans l'arrêt *France Télécom* du 25 février 2005, la modulation dans le temps a été prononcée à la demande du défendeur et des intervenants, qui avaient présenté des conclusions « tendant à ce que le Conseil d'Etat limite dans le temps les effets de l'annulation ». Le pouvoir de modulation n'est donc pas un pouvoir propre du juge administratif, les parties peuvent lui demander d'en faire usage. Il relève toutefois de son office, ce qui signifie qu'il peut être mis en oeuvre en dehors de conclusions présentées en ce sens par les parties. Cela justifie d'ailleurs qu'un intervenant soit recevable à présenter des conclusions aux fins de modulation, alors même qu'aucune des parties n'en avait formulé (CE 28 avr. 2006, *Dellas*, en l'espèce, les conclusions ont finalement été rejetées). Les parties se sont pleinement saisies de cette possibilité. Les conclusions tendant à l'application de la jurisprudence *AC !* sont désormais courantes et le juge y fait droit plus souvent que ce que l'on aurait pu imaginer à l'origine.

3. Un pouvoir appliqué de manière moins exceptionnelle que prévu

Le considérant de principe de l'arrêt *AC !* prévoyait que le juge ne pourrait déroger « qu'à titre exceptionnel » au principe de l'effet rétroactif de l'annulation. Or, dix ans plus tard, on constate que la modulation est loin d'être si exceptionnelle dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Les commentateurs des *GAJA* relèvent ainsi, depuis la 17^e édition de 2009, que « la jurisprudence *Association AC !* a reçu une application plus fréquente et plus large que prévu » (M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands*

arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 19^e éd., p. 871). L'application de la modulation est devenue relativement courante, ce qui rompt avec la ligne originelle de la jurisprudence *AC !* (v., en ce sens, F. Melleray, note sous CE, sect., 30 déc. 2010, *Robert*, Dr. adm. mars 2011, p. 29).

L'assemblée du contentieux a récemment pris acte de ce décalage entre l'énoncé du considérant de principe de la décision *AC !* - qui traduisait l'esprit dans lequel l'application du pouvoir de modulation était envisagée en 2004 (v. concl. C. Devys sur l'arrêt *AC !*, préc., RFDA 2004. 454⁽³⁾) - et la façon dont le juge l'appliquait depuis 2004. Dans l'arrêt *Société M6* du 23 décembre 2013, le considérant de principe de l'arrêt *AC !* a été amputé des termes « à titre exceptionnel », jusqu'alors systématiquement repris dans les arrêts où ce considérant était cité *in extenso*⁽³⁾. Cette évolution du considérant de principe consacre l'abandon du caractère exceptionnel de la modulation et réduit, ce faisant, la portée du principe de la rétroactivité de l'annulation pour excès de pouvoir. Cet abandon doit être salué, dans la mesure où le considérant de principe de la jurisprudence *AC !* ainsi tronqué reflète enfin fidèlement la réalité contentieuse. D'un autre côté, cette coupe ciblée du considérant paraît préoccupante. En effet, la modulation avait été conçue comme devant conserver un caractère exceptionnel en raison des atteintes qu'elle porte au principe de légalité et au droit à une protection juridictionnelle effective. De ce point de vue, la banalisation de la jurisprudence *AC !* semble critiquable (v. *infra*).

Au-delà des réponses apportées par le juge à la plupart des interrogations formulées en 2004, la première « décennie *AC !* » a aussi été l'occasion de perfectionner la technique de modulation pour qu'elle puisse répondre aux spécificités de chaque espèce.

B. Le perfectionnement de la technique de modulation au fil des espèces

A s'en tenir à la rédaction du considérant de principe de l'arrêt *AC !* - inchangée sur ces points dans le récent arrêt d'assemblée *Société M6* du 23 décembre 2013 - le pouvoir de modulation permet au juge de déroger à la rétroactivité de l'annulation selon deux modalités : l'annulation au jour de la décision ou l'annulation à une date ultérieure déterminée par lui. Dans ces deux hypothèses, la modulation est prononcée « sous réserve des instances engagées » au jour de la décision prononçant l'annulation. Pour ces instances, l'annulation dont les effets sont modulés dans le temps conserve un effet rétroactif (v., par ex., CAA Versailles, 2 oct. 2012, n° 11VE02387, *M^{me} Abetso*, AJDA 2013. 152⁽³⁾ ; AJDI 2013. 489, étude F. Zitouni⁽³⁾).

Selon les arrêts *AC !* et *Société M6*, il semble qu'il n'y ait pas eu d'évolution dans la jurisprudence sur les questions relatives à la portée temporelle de la modulation. L'analyse de l'ensemble des applications du pouvoir de modulation conduit toutefois au constat inverse.

1. Le juge n'est pas enfermé dans l'alternative annulation au jour de la décision/annulation à une date ultérieure

Le juge peut prononcer une annulation à une date antérieure à celle de la décision (CE 13 janv. 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE* ; CE 17 déc. 2010, *SFIB*), technique parfois qualifiée de « modulation pour le passé » (O. Bui-Xuan, *Modulation pour le passé des effets d'une annulation contentieuse*, AJDA 2011. 854⁽³⁾). Il peut également ne pas fixer de date future pour l'annulation (CE 17 juill. 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*). Le juge a ainsi diversifié les modalités temporelles du pouvoir de modulation. Il choisit entre ces différentes modalités en fonction des particularités et des besoins de l'espèce. L'annulation prononcée au jour de la décision et l'annulation à une date antérieure ont jusqu'alors toujours été appliquées pour protéger les effets d'actes qui ne sont plus en vigueur au moment où le juge examine leur légalité. La modulation permet ici de conférer un caractère définitif à l'acte annulé ayant produit tous ses effets, elle ne conduit donc pas au rétablissement de la légalité. Lorsqu'elle intervient au jour de la décision d'annulation (v. CE 11 mai 2004, *Association AC !* ; CE 21 nov. 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*), la modulation protège plus longtemps que nécessaire l'acte annulé. Cela a donc amené le juge à faire coïncider la date d'annulation avec celle de la sortie de vigueur de l'acte annulé - hypothèse de modulation pour le passé - afin que la modulation couvre exactement le champ d'application temporel de l'acte annulé.

L'annulation à une date ultérieure est souvent prononcée pour permettre à l'administration de remplacer l'acte annulé qui n'a pas épuisé ses effets par un nouvel acte légal. En principe, cette modulation ne couvre pas tous les effets futurs de l'acte annulé et entraîne le rétablissement de la légalité (v., par ex., CE 19 déc. 2008, *Kierkowski-Chatal* ; CE 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies* ; CE 27 mai 2011, *Laboratoires Pharma 2000*). Il arrive toutefois que la date fixée par le juge corresponde à la date future à

laquelle l'acte annulé aura épuisé ses effets (v. CE 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne* ; CE 21 nov. 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, préc.). L'annulation à une date ultérieure a alors les mêmes effets que l'annulation sans date, elle permet de protéger l'acte illégal pour toute la durée de son application, y compris future, soit de « réputer définitifs "par avance" » (selon l'expression d'A. Courrèges, concl. sur CE 21 nov. 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, préc., non publiées) tous les effets de l'acte annulé. Dans ces hypothèses, la légalité ne sera pas non plus rétablie par l'administration.

Pour l'heure, ces perfectionnements de la technique de modulation ne sont pas traduits dans le considérant de principe de la jurisprudence *AC !*. Ce dernier ne reflète pas l'ensemble des possibles ouvert au juge pour fixer la date de l'annulation dont les effets sont modulés dans le temps. La réserve des instances en cours continue également d'y figurer comme une obligation, ce qui n'est, là encore, qu'en partie fidèle à l'évolution du pouvoir de modulation.

2. Le juge administratif peut lever la réserve des instances en cours

Le juge administratif ne réserve pas toujours le sort des instances engagées au jour de la décision d'annulation lorsqu'il fait application du pouvoir de modulation.

L'obligation est, certes, posée à l'identique dans le considérant de principe de la jurisprudence *AC !* tel qu'il apparaît dans de nombreuses décisions, notamment dans l'arrêt *Société M6*. Cependant, entre mai 2004 et décembre 2013, le régime de cette obligation a évolué. Tout d'abord, le juge a parfois mis en oeuvre le pouvoir de modulation sans réserver le sort des actions contentieuses en cours et sans s'en justifier d'aucune manière (v., par ex., CE 12 déc. 2007, *Sire et Vignard*, préc. ; CE 5 mars 2008, *Société NRJ TV et Société TF1* ; CAA Versailles, 19 juin 2008, n° 07VE00440, *Commune de Brières-les-Scellés* ; CE 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies*, préc. ; CE, sect., 30 déc. 2010, *Robert*, préc.). Dans certains arrêts, on constate même une disparition de la réserve du considérant de principe de la jurisprudence *AC !* (v., par ex., CE 12 déc. 2007, *Sire et Vignard*, préc. ; CE, sect., 30 déc. 2010, *Robert*, préc.). Restant difficiles à expliquer, ces disparitions de la réserve semblent, à tout le moins, inviter à relativiser la portée de l'obligation de réserver le sort des instances en cours.

Ensuite, dans l'arrêt *SFIB* du 17 décembre 2010, le Conseil d'Etat a prévu expressément que le juge puisse lever la réserve des actions contentieuses en cours. Cette évolution s'est traduite dans un nouveau considérant de principe, venant compléter celui de 2004. Tout en réaffirmant que « lorsque le juge administratif décide de limiter dans le temps des effets de l'annulation de l'acte attaqué devant lui, il est tenu, au regard du droit des justiciables à un recours effectif, de réserver les actions contentieuses engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause à la date de sa décision d'annulation », ce considérant prévoit « qu'il lui revient toutefois de tenir compte de ces actions contentieuses dans son appréciation de la nécessité de différer dans le temps les effets de l'annulation ». Par cette formulation euphémique, le Conseil d'Etat consacre la possibilité de déroger à l'obligation de réserver le sort des actions contentieuses en cours. Cette dérogation rend donc possible une modulation sans réserve des instances en cours, permettant au juge de protéger non seulement l'acte annulé mais aussi les actes pris pour son application, contestés avant la décision d'annulation. Une telle solution peut s'imposer dans l'hypothèse où, en raison d'un nombre élevé d'instances en cours au jour de la décision d'annulation, la protection de ces dernières reviendrait à priver la modulation de tout son intérêt.

Pour l'heure - si l'on met de côté la mystérieuse disparition de la réserve dans certains arrêts - la dérogation prévue par l'arrêt *SFIB* n'a pas reçu d'application positive. Toutefois, cette évolution mérite d'être notée. En effet, rien n'exclut à l'avenir que le juge administratif puisse utiliser le considérant de principe relatif à la réserve des actions contentieuses en cours pour neutraliser cette dernière, dès lors que les circonstances de l'espèce le justifieraient.

En définitive, le seul perfectionnement de la technique de modulation qui ait été traduit par un changement durable du considérant de principe de la jurisprudence *AC !* est relatif au régime de l'obligation pour le juge de recueillir les observations des parties lorsqu'il envisage de faire application du pouvoir de modulation. Ce changement, opéré dans l'arrêt du 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, a été repris par l'assemblée du contentieux dans l'arrêt du 23 décembre 2013, *Société M6* (préc.). Le considérant de principe prévoit désormais que le juge peut prononcer la modulation « 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 ». Ce changement de rédaction prend acte d'une pratique du Conseil d'Etat consistant à décider de l'application de la jurisprudence *AC !* dans une procédure en deux temps (v. D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, AJDA 2013. 1876⁽¹⁾). A trois reprises, après avoir

prononcé des annulations, la haute juridiction a décidé de surseoir à statuer sur la date d'effet de ces annulations afin de recueillir les observations des parties sur l'éventualité d'une application de la modulation. Dans les trois affaires où cette procédure a été appliquée, les effets de l'annulation ont *in fine* été modulés dans le temps (v. CE, sect., 12 mai 2010 et 7 mars 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme* ; CE 28 nov. 2011 et 1^{er} juin 2012, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique et autres* ; CE 4 juill. 2012 et 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*). Le Conseil d'Etat a ainsi élaboré une procédure spécifique pour les cas où, au moment où se décide l'annulation, le juge n'a pas été en mesure de provoquer les observations des parties sur la question de la modulation, qui se trouve finalement dans le débat. Cette évolution de jurisprudence traduit l'attachement du Conseil d'Etat, constamment renouvelé depuis 2004, à l'obligation de recueillir les observations des parties.

L'étude des dix premières années d'application de la jurisprudence *AC !* permet de mettre en évidence l'importance et l'étendue des précisions apportées par le juge au régime du pouvoir de modulation. La technique de modulation peut, cependant, encore être perfectionnée.

II - Une jurisprudence perfectible : les évolutions envisageables du pouvoir de modulation

L'heure du bilan est aussi celle des suggestions. Au terme de la première décennie de contentieux *AC !*, la mise en oeuvre de la technique de modulation reste perfectible. Certaines questions ne sont pas réglées clairement, ce qui entraîne des incertitudes et conduit, parfois, à des solutions paradoxales. La portée de la dérogation à la règle de l'économie des moyens, prévue de manière continue par le considérant de principe de la jurisprudence *AC !* est, à ce jour, encore incertaine. Elle pourrait être fixée pour une meilleure lisibilité des décisions de modulation. Toutefois, une telle précision se trouverait dépourvue d'intérêt si le juge venait à abandonner le critère tiré de la nature de l'irrégularité de l'acte annulé lorsqu'il décide de mettre en oeuvre (ou non) le pouvoir de modulation. L'abandon de ce critère semble souhaitable - à une exception près - dès lors que son utilisation par le juge, n'est pas, en l'état actuel de la jurisprudence, parfaitement cohérente.

A. La précision de la portée de l'obligation de l'examen de l'ensemble des moyens

Aujourd'hui encore, la rédaction du considérant de principe de la jurisprudence *AC !* laisse penser que l'application de la modulation ne peut être décidée par le juge qu'au terme d'un bilan entre, d'une part, les avantages de la modulation pour la stabilité des situations juridiques et, d'autre part, ses inconvénients du point de vue de la légalité et des droits des justiciables. Cela implique que le juge soit obligé, pour décider s'il y a lieu de moduler, d'examiner « l'ensemble des moyens d'ordre public ou invoqués devant lui pouvant affecter la légalité de l'acte en cause ». Cette obligation est prévue depuis 2004 et n'a jamais été retranchée du considérant de principe de la jurisprudence *AC !*.

Concernant l'obligation d'examiner l'ensemble des moyens pouvant affecter la légalité de l'acte, la jurisprudence se révèle toutefois plus complexe qu'il n'y paraît. La présence de la formule de l'économie des moyens dans nombre de décisions prononçant une modulation peut, tout d'abord, étonner. A première vue, il est difficile de comprendre pourquoi cette formule se trouve dans des décisions où le juge a l'obligation d'examiner l'ensemble des moyens. On pourrait être tenté d'en déduire que le juge ne respecte pas toujours l'obligation posée par le considérant de principe de la jurisprudence *AC !*. Il serait dès lors possible que la modulation puisse être prononcée sans que le juge ait examiné exhaustivement la légalité de l'acte annulé. Cela amène à se demander quelle est la portée de cette obligation. Dans la jurisprudence, quatre lectures de l'obligation d'examiner l'ensemble des moyens peuvent être recensées. La première en traduit une conception extensive. Elle conduit le juge, alors même qu'un seul moyen est de nature à entraîner l'annulation, à se prononcer explicitement sur l'ensemble des autres moyens invoqués devant lui pour les rejeter (v. CE 5 mars 2008, n° 286273, *Société TF1* et n° 281451, *Société NRJ TV*).

La deuxième lecture traduit une conception restrictive de la portée de l'obligation. Après avoir prononcé l'annulation, le juge examine et rejette par prétérition l'ensemble des autres moyens pouvant affecter la légalité de l'acte en cause. Il précise alors, dans les motifs relatifs à la modulation, « qu'aucun autre moyen [que celui ou ceux qu'il a retenus] n'est de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué » (v., par ex., CE 12 déc. 2007, *Sire*, préc. ; CE 19 déc. 2008, *Kierkowski-Chatal*, préc. ; CE 8 juill. 2009, *Commune de Saint-Dié-des-Vosges* ; CE 24 avr. 2013, *GIFAM* ; CE 17 juill. 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, préc. ; CE, ass., 23 déc. 2013, *Société M6*, préc.).

Une troisième lecture consiste à donner un sens encore plus restrictif à l'obligation. Le Conseil d'Etat a en effet jugé que lorsque le juge fait application de la jurisprudence *AC !*, l'examen de l'ensemble des moyens invoqués devant lui peut être entièrement implicite. Ainsi, alors même que l'annulation est fondée sur un seul moyen et que le juge ne dit rien, au stade de la modulation, au sujet des autres moyens invoqués devant lui, il faut en conclure que ce dernier a « implicitement mais nécessairement jugé qu'aucun [de ces moyens] n'était susceptible d'être accueilli » (v. CE 23 juill. 2010, *Département du Nord*). Le silence du juge peut donc valoir examen et rejet implicites des moyens soulevés devant lui (autres que celui entraînant l'annulation de l'acte).

La quatrième lecture de cette obligation diffère des trois précédentes car elle permet au juge de prononcer la modulation sans examiner (même implicitement) l'ensemble des moyens pouvant affecter la légalité de l'acte en cause. La modulation peut ainsi être prononcée « quel que puisse être le bien-fondé des autres moyens soulevés par les requérants » (v. CE 21 nov. 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, préc.).

La diversité des solutions retenues suscite plusieurs réserves. En premier lieu, on ne parvient pas à justifier l'élaboration par le juge de trois régimes distincts pour le respect d'une seule et même obligation. Ces différences de régimes compliquent inutilement la jurisprudence et contribuent à entretenir de fâcheuses confusions. Lorsque la décision d'annulation dont les effets sont modulés dans le temps comporte la formule de l'économie des moyens et que le juge ne dit rien ensuite, au stade de la modulation, sur le bien-fondé des autres moyens soulevés devant lui, cela invite plutôt à penser qu'il n'a pas examiné ces moyens. La jurisprudence gagnerait en lisibilité si, d'une part, la formule de l'économie des moyens disparaissait des décisions de modulation et, d'autre part, le respect de l'obligation apparaissait, le cas échéant, de manière explicite dans la décision par la formule d'examen et de rejet par préterition selon laquelle « aucun autre moyen n'est de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué ».

Enfin, l'arrêt *Association des hôpitaux privés sans but lucratif* ayant reconnu la possibilité pour le juge de ne pas respecter cette obligation, on peut se demander si, dans toutes les décisions où le juge ne dit rien des autres moyens que celui justifiant l'annulation, il a vraiment procédé à leur examen et rejet implicites. Or, les enjeux attachés au non-respect de cette obligation sont importants : si le juge n'est pas tenu d'examiner la légalité de l'acte de manière exhaustive avant de se prononcer sur une éventuelle modulation, cette dernière peut alors être décidée quelles que soient ses conséquences en termes de respect de la légalité. L'examen du rôle de la nature de l'irrégularité dans la décision de mettre en oeuvre la modulation permet, en grande partie, de confirmer cette analyse.

B. L'abandon du critère de la nature de l'irrégularité de l'acte

Dans le bilan que le juge est invité à faire entre les inconvénients de la modulation pour le respect de la légalité et ses avantages pour la sécurité juridique, on peut penser que plus l'irrégularité entachant l'acte annulé est considérée comme grave et moins le juge est enclin à mettre en oeuvre la modulation. Suivant cette logique, pour une annulation fondée, par exemple, sur un moyen d'ordre public ou sur plusieurs moyens de légalité interne, les inconvénients d'une modulation en termes de légalité pèsent très lourd dans la balance et les « exigences [du juge] sur le caractère manifestement excessif des conséquences de l'effet rétroactif de ces annulations en sont accrues » (C. Devys, concl. sur CE 18 oct. 2006, n° 276359, *Fédération des services CFDT et autres*, Dr. soc. 2006. 1096¹). En revanche, pour une annulation fondée sur un unique vice de procédure, le juge peut admettre plus facilement d'utiliser la modulation. Dans l'ensemble toutefois, aucune irrégularité ne peut, en elle-même, faire obstacle à la mise en oeuvre du pouvoir de modulation.

Cette présentation, que l'on peut déduire de certaines décisions de modulation et conclusions de rapporteurs publics²(4) - et que l'on retrouve souvent en doctrine - ne reflète toutefois qu'en partie l'état de la jurisprudence concernant le rôle du critère tiré de la nature de l'irrégularité.

La première décennie de contentieux *AC !* conduit, pour plusieurs raisons, à proposer l'abandon de ce critère, en réservant toutefois la question de l'annulation fondée sur la violation du droit de l'Union européenne.

L'abandon du critère tiré de la nature de l'irrégularité de l'acte semble opportun car son utilisation aboutit à des solutions paradoxales, voire incohérentes. De manière générale, ce critère ne joue un rôle que lorsque l'annulation est fondée sur un unique vice de procédure pour justifier d'autant plus facilement la mise en oeuvre du pouvoir de modulation (v., par ex., CE 19 déc. 2008, *Kierkowski-Chatal*, préc. ; CE 8 juill. 2009,

Commune de Saint-Dié-des-Vosges, préc.). En revanche, lorsque l'annulation est fondée sur plusieurs irrégularités (v., par ex., CE, ass., 11 avr. 2012, *GISTI* ; CE, ass., 23 déc. 2013, *Société M6*, préc.) ou sur un moyen d'ordre public (v., par ex., CE 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies*, préc. ; CE 2 déc. 2011, *FNATH* ; CE 24 avr. 2013, *GIFAM*), le critère n'a pas d'effet restrictif sur la mise en oeuvre du pouvoir de modulation. Dès lors que le juge constate que l'annulation rétroactive entraînerait des conséquences manifestement excessives, il module dans le temps ses effets sans que la gravité de l'irrégularité de l'acte annulé ait une influence sur cette décision. Ainsi, il est vraisemblable que dans les hypothèses où la modulation a joué pour des annulations fondées sur d'uniques vices de procédures, cette dernière se serait imposée, en définitive et en tout état de cause, même si les actes en question avaient été entachés d'irrégularités considérées comme plus graves. L'appréciation de la légalité de l'acte annulé et la question, différente, de l'appréciation des conséquences de l'annulation rétroactive sont indépendantes. Il n'est donc pas certain que la référence dissymétrique à ce critère ait un intérêt. En outre, il apparaît pour le moins délicat de procéder à un classement des vices entraînant l'annulation de l'acte en fonction de leur gravité. Cela est d'autant plus embarrassant qu'aujourd'hui, seuls les vices de procédure les plus graves entraînent l'annulation de l'acte. Il y a ainsi un léger paradoxe dans les décisions où se cumulent les jurisprudences *AC !* et *Danthy* lorsqu'au stade de l'annulation, le juge reconnaît la gravité de l'irrégularité de procédure et, qu'au stade de la modulation, il se réfère à la « nature de l'irrégularité » (sous-entendu de procédure donc *in fine* pas si grave que cela) pour justifier en partie la modulation (v., par ex., CE, ass., 23 déc. 2011, *Danthy*, préc. ; CE 17 juill. 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, préc.). Pour l'ensemble de ces raisons, il serait souhaitable que le juge ne fasse plus référence à la « nature de l'irrégularité de l'acte en cause » au sein des motifs le conduisant à retenir la modulation.

Cet abandon devrait toutefois réserver les cas d'annulations fondées sur la méconnaissance du droit de l'Union européenne.

Lorsqu'il envisage de faire application de la jurisprudence *AC !*, le juge administratif ne réserve aucun sort particulier aux annulations fondées sur la violation du droit de l'Union européenne (v., en ce sens, D. Casas, concl. sur CE 23 févr. 2005, n° 264712¹, *ATMMP*, BJCP 2005, n° 40, p. 194). Il se reconnaît ainsi le pouvoir de maintenir en vigueur une norme de droit interne contraire au droit de l'Union européenne, s'il apparaît que sa disparition rétroactive aurait des conséquences manifestement excessives (v. CE 17 juin 2011, *Canal + Distribution*). Sur le plan des principes, cette solution est contraire à celle retenue par la Cour de justice en la matière. La Cour a jugé que les juridictions nationales ne peuvent décider d'elles-mêmes, sans poser de question préjudicielle, le maintien provisoire d'une norme nationale contraire au droit de l'Union. La Cour se réserve une compétence exclusive pour autoriser un tel maintien et fixe des conditions restrictives que le juge national doit ensuite, le cas échéant, examiner pour décider s'il y a lieu, en définitive, de mettre en oeuvre le pouvoir de modulation (v. CJUE 8 sept. 2010, n° C-409/06, *Winner Wetten GmbH*, pt 67 ; AJDA 2010. 2305, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat² ; CJUE 28 févr. 2012, n° C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, pt 63 ; AJDA 2012. 995, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat³ ; RFDA 2012. 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci⁴ ; *ibid.* 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci⁵). Pour respecter la jurisprudence de la Cour, l'application de la jurisprudence *AC !* devrait être soumise à un régime spécifique quand l'annulation est fondée sur la violation du droit de l'Union. Dès lors qu'il envisage une application positive de la modulation dans cette hypothèse, le juge administratif doit prévoir l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

Exception faite de l'annulation fondée sur le droit de l'Union, l'abandon du critère tiré de la nature de l'irrégularité s'impose. Cet abandon conduirait à modifier le considérant de principe de la jurisprudence *AC !* sur plusieurs points. Le bilan « coûts-avantages » entre les exigences de la légalité et celles de la sécurité juridique pourrait, tout d'abord, disparaître de ce considérant. Cela permettrait de rendre compte plus fidèlement de l'état de la jurisprudence. En effet, le critère déterminant pour la mise en oeuvre de la modulation est celui des conséquences manifestement excessives de l'annulation rétroactive pour la sécurité juridique, conséquences que le juge apprécie indépendamment de la question de l'irrégularité de l'acte annulé. Le bilan supprimé, l'obligation d'examen de l'ensemble des moyens n'aurait alors plus de raison d'être⁶(5) et pourrait, à son tour, être éliminée du considérant de principe de l'arrêt *AC !*, ce qui dissiperait de manière radicale l'ensemble des incertitudes actuelles relatives à sa portée.

Au moment d'achever ce bilan, un constat s'impose : la reconnaissance par le Conseil d'Etat du pouvoir de modulation dans le temps des effets de l'annulation en 2004 a répondu à la nécessité d'une conciliation maîtrisée entre les exigences de la légalité et celles de la stabilité des situations juridiques. De ce point de vue, la fin du « diktat de la rétroactivité »⁷(6) est un incontestable progrès et l'on ne saurait envisager un retour à l'état antérieur de la jurisprudence. La première décennie *AC !* n'est, assurément, pas la dernière.

Les dix prochaines années permettront sans doute d'apporter une réponse à la question des conséquences de la modulation sur un éventuel recours en responsabilité. Il s'agit, en effet, d'une des seules interrogations formulées en 2004 n'ayant pas reçu de réponse contentieuse en 2014. Souhaitons également que la décennie à venir conduise le juge administratif à parfaire encore davantage la technique modulateur.

Enfin, il conviendra de prêter une attention particulière aux conséquences de la suppression des termes « à titre exceptionnel » du considérant de principe de la jurisprudence *AC !*. La banalisation de la modulation pourrait se révéler désastreuse pour l'avenir du recours pour excès de pouvoir. En effet, il convient de garder à l'esprit qu'aussi bénéfique soit-elle pour la stabilité des situations juridiques, la modulation permet toujours de priver l'annulation pour excès de pouvoir de la plupart - voire de l'intégralité - de ses effets. Afin que l'effet rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir, « garantie pour le justiciable »⁽⁷⁾, reste le principe, la modulation devrait rester (ou redevenir ?) une véritable exception.

Pour en savoir plus

O. Mamoudy, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse Paris I.

J.-H. Stahl, An I ap. *AC !* : les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC !*, RJE 2005. 355.

J. Arrighi de Casanova, *La jurisprudence AC !*, Just. et cass. 2007. 15.

G. Pellissier, *Quatre ans d'application de la jurisprudence AC !*, RJE 2008. 3.

J.-E. Schoettl, *Ce fut AC !*, AJDA 2014. 116⁽⁸⁾.

C. Landais et F. Lenica, *La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir*, AJDA 2004. 1183⁽⁹⁾.

N. Boulouis et A. Courrèges, *Passé et avenir des annulations contentieuses*, *La Lettre de la justice administrative* juill. 2004, n° 4.

F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010, pp. 507-555.

D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012, §§ 1063-1183.

CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC !*, Lebon 197 avec concl.⁽¹⁰⁾ ; AJDA 2004. 1183⁽¹¹⁾, chron. C. Landais et F. Lenica⁽¹²⁾, et 1049, tribune J.-C. Bonichot⁽¹³⁾ ; D. 2004. 1603, chron. B. Mathieu⁽¹⁴⁾, et 2005. 26, obs. P.-L. Frier⁽¹⁵⁾ ; RFDA 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges⁽¹⁶⁾, et 454, concl. C. Devys⁽¹⁷⁾.

CE 12 déc. 2007, n° 296072, *Sire*, Lebon⁽¹⁸⁾ ; AJDA 2008. 638⁽¹⁹⁾, concl. M. Guyomar⁽²⁰⁾ ; D. 2008. 1457⁽²¹⁾, note P.-O. Caille⁽²²⁾ ; AJFP 2008. 172⁽²³⁾, note R. Gueguen⁽²⁴⁾ et n° 296818, *Vignard*, AJFP 2008. 172⁽²⁵⁾, note R. Gueguen⁽²⁶⁾.

CE, sect., 30 déc. 2010, n° 329513, *Robert*, Lebon⁽²⁷⁾ ; AJDA 2011. 4⁽²⁸⁾ ; Constitutions 2011. 385, obs. O. Le Bot⁽²⁹⁾.

CE 31 juill. 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société Gaz électricité de Grenoble (GEC)*, Lebon⁽³⁰⁾ ; AJDA 2009. 1522⁽³¹⁾.

CE, sect., 25 févr. 2005, n° 247866, *France Télécom*, Lebon⁽³²⁾ ; AJDA 2005. 997⁽³³⁾, chron. C. Landais et F. Lenica⁽³⁴⁾ ; RFDA 2005. 802, concl. E. Prada-Bordenave⁽³⁵⁾ ; RTD eur. 2006. 301, chron. D. Ritleng⁽³⁶⁾.

CE 28 avr. 2006, n° 242727, *Dellas*, Lebon⁽³⁷⁾ ; AJDA 2006. 1462⁽³⁸⁾.

CE 23 déc. 2013, n° 363702, *Métropole Télévision (M6), Télévision Française 1 (TF1)*, Lebon⁽³⁹⁾ ; AJDA 2014. 4⁽⁴⁰⁾.




CE 17 juin 2011, n° 324816, *Canal + Distribution, Canal + Terminaux, Motorola SAS, Simavelec, Société Rue du commerce*, Lebon⁽⁴¹⁾ ; RTD eur. 2011. 888, obs. D. Ritleng⁽⁴²⁾.




- CE 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthony, Lebon* ; AJDA 2012. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau et RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier, 296, note P. Cassia, et 423, étude R. Hostiou.
- CE 4 juill. 2012, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers, Lebon* ; AJDA 2012. 1379 et CE 15 mai 2013, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers, Lebon* ; AJDA 2013. 1876, note D. Connil.
- CE 24 juill. 2009, n° 305314, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique CRII-GEN, Lebon* ; AJDA 2009. 1818, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi et CE 24 juill. 2009, n° 305315, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique CRII-GEN, Lebon* ; RFDA 2009. 963, concl. E. Geffray.
- CE 28 mars 2012, n° 341067, *Confédération générale des petites et moyennes entreprises, Lebon* ; AJDA 2012. 677.
- CE 13 janv. 2010, n° 305944, *Syndicat national CGT-Force ouvrière de l'ANPE, AJDA* 2010. 1222.
- CE 17 déc. 2010, n° 310195, *Association SFIB, UFC Que Choisir, SA Rue du commerce, Lebon* ; AJDA 2011. 854, note O. Bui-Xuan.
- CE 17 juill. 2013, n° 354103, *Conseil national de l'ordre des médecins, Lebon*.
- CE 21 nov. 2008, n° 305292, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif, Lebon* ; AJDA 2008. 2201.
- CE 19 déc. 2008, n° 312553, *Kierkowski-Chatal, Lebon* ; AJDA 2008. 2427.
- CE 3 mars 2009, n° 314792, *Association française contre les myopathies, Lebon* ; AJDA 2009. 461.
- CE 27 mai 2011, n° 337369, *Laboratoires Pharma 2000, Lebon* ; AJDA 2011. 1704.
- CE 16 mai 2008, n° 290416, *Département du Val-de-Marne, Lebon* ; AJDA 2008. 1504, note F. Crouzatier-Durand ; AJFP 2008. 228, note F. Berguin.
- CE 5 mars 2008, n° 281451, *Société NRJ TV* et n° 286273, *Société TF1, Lebon*.
- CE, sect., 12 mai 2010 et 7 mars 2011, n° 325657, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme, Lebon*.
- CE 28 nov. 2011 et 1^{er} juin 2012, n° 341775, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique et autres, Lebon*.
- CE 8 juill. 2009, n° 314236, *Commune de Saint-Dié-des-Vosges, Lebon* ; AJDA 2010. 398, note M. Touzeil-Divina.
- CE 24 avr. 2013, n° 353280, *Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipements ménagers (GIFAM), AJDA* 2013. 1780.
- CE 23 juill. 2010, n° 333730, *Département du Nord*.
- CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI, Lebon* ; AJDA 2012. 936, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2012. 1712, note B. Bonnet ; RFDA 2012. 547, concl. G. Dumortier, et 560, note M. Gautier.
- CE 2 déc. 2011, n° 347497, *FNATH, Lebon*.

Mots clés :


CONTENTIEUX * Procédure administrative contentieuse * Jugement * Pouvoirs et devoirs du juge * Modulation dans le temps

(1) L'AJDA, dans son n° 9/2014, a publié un dossier intitulé « Actualité du droit transitoire », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Jacques Petit, La rétroactivité *in mitius*, p. 486  ;
- Gweltaz Eveillard, Sécurité juridique et dispositions transitoires, p. 492  ;
- Elodie Saillant, L'application des règles nouvelles aux contrats en cours, p. 509 .


(2) On dénombre une quarantaine d'applications de la jurisprudence *AC !* devant le Conseil d'Etat et une dizaine devant les cours administratives d'appel (pour une liste exhaustive, v. O. Mamoudy, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse Paris I, 2013, § 53). La jurisprudence des tribunaux administratifs étant difficilement accessible, un chiffre exact ne peut être donné. Toutefois, ce pouvoir est mis en oeuvre devant ces tribunaux, comme le montrent plusieurs jugements (v., par ex., TA Amiens, 28 mai 2009, n° 0602049, *Association de défense de l'environnement des riverains de l'aéroport de Beauvais-Tillé*, AJDA 2009. 1678  ; TA Grenoble, 20 juill. 2009, n° 0506115, *Payerne et autres*, AJDA 2009. 2082 , note P. Picquet ).

(3) V., par ex., CE, sect., 25 févr. 2005, *France Télécom* ; CE 12 déc. 2007, *Sire* ; CE 17 juin 2011, *Canal + Distribution* ; CE, ass., 23 déc. 2011, *Danthy* ; CE 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers* (préc.). Ces termes avaient disparu du considérant de principe de l'arrêt *AC !* dans un certain nombre d'arrêts antérieurs à l'arrêt *Société M6* (préc.). Toutefois, la portée de cette disparition était difficile à évaluer dans la mesure où ces arrêts ne reproduisaient pas intégralement le considérant de principe de 2004, y effectuant plusieurs coupes (v. CE 24 juill. 2009, *CRII-GEN* ; CE 28 mars 2012, *CGPME*, préc.).

(4) V., par ex., C. Devys, concl. préc. sur CE, ass., 11 mai 2004, *AC !* ; M. Guyomar, concl. sur CE 19 déc. 2008, *Kierkowski-Chatal*, préc., Gaz. Pal. janv. 2009, p. 14 ; G. Dumortier, concl. sur CE, ass., 23 déc. 2011, *Danthy*, RFDA 2012. 284 .

(5) La seule raison de maintenir cette obligation pourrait résulter du fait que la plupart du temps, à la suite d'une annulation dont les effets sont modulés dans le temps, l'administration a l'obligation de remplacer l'acte annulé. L'examen exhaustif de la légalité de l'acte annulé par le juge permettrait à l'administration de procéder à ce remplacement sachant précisément ce qu'elle doit corriger pour prendre un nouvel acte légal.

(6) Selon l'expression de J. Gourdou, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, Thèse Pau, 1996, dactyl., p. 761.

(7) V. M. Guyomar, concl. sur CE 12 déc. 2007, *Sire* et *Vignard*, préc., AJDA 2008. 641  : « Garantie pour le justiciable, l'effet rétroactif de l'annulation demeure le principe ».