

Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. État des lieux, perspectives

Jimmy Robbe, Premier conseiller au tribunal administratif de Paris

L'essentiel

Le droit transitoire de la règle jurisprudentielle, qui est apparu en contentieux administratif avec la décision *Tropic*, s'est depuis lors étoffé. L'effet rétroactif du revirement demeure le principe, mais trois catégories d'exceptions ont expressément été consacrées. Si celles-ci ne devraient pas à l'avenir être considérablement étendues, il serait en revanche souhaitable que les parties aux litiges soient davantage associées par le juge, non dans le choix de procéder à un revirement, mais dans les conditions de son application dans le temps.

Nul ne conteste plus sérieusement, notamment en droit administratif, l'existence du pouvoir jurisprudentiel, entendu comme la faculté pour le juge d'édicter des règles générales ayant vocation à s'appliquer au-delà du litige où elles ont été consacrées⁽¹⁾. La règle prétorienne, qui à l'instar des dispositions législatives et réglementaires est appelée à évoluer, prend donc rang au sein de la hiérarchie des normes, à telle enseigne que l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » revient, en pratique, à postuler également que nul n'est censé ignorer la jurisprudence.

En outre, la mise en oeuvre de ce pouvoir jurisprudentiel revêt, comparativement au pouvoir réglementaire (qui en est dépourvu) et au pouvoir législatif (qui n'est autorisé à en faire usage que dans de strictes conditions), une caractéristique qui lui confère une efficacité particulière : la rétroactivité. Il revient à Jean Rivero d'en avoir, avec une remarquable clarté, expliqué les ressorts : « 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 »⁽²⁾. C'est dire que nul n'est censé ignorer la norme prétorienne à venir. Encore convient-il de préciser que cette rétroactivité n'a prise directe que sur les instances en cours, car ceux des litiges qui ont déjà fait l'objet d'une décision de justice irrévocable échappent, par hypothèse, à l'évolution jurisprudentielle consacrée ultérieurement⁽³⁾ (et donc à son application rétroactive).

Cette rétroactivité jurisprudentielle est parfaitement assumée par le Conseil d'État, qui la fait prévaloir sur le principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'une décision administrative en se plaçant au jour de son édicton, et donc d'après l'état du droit en vigueur à cette date. Ce principe, appliqué à la lettre, devrait conduire le juge à tenir compte de la jurisprudence établie à cette date, mais tel n'est pas le cas : la rétroactivité déploie si entièrement ses effets que la règle jurisprudentielle nouvelle trouve à s'appliquer même lorsque le juge de l'excès de pouvoir est saisi d'un acte administratif pris avant qu'elle soit consacrée, le requérant ne pouvant se prévaloir du principe de sécurité juridique pour invoquer le bénéfice de l'ancienne jurisprudence⁽⁴⁾. Dans la même veine, le juge de cassation saisi d'une ordonnance de référé statue en l'état de la jurisprudence à la date à laquelle il se prononce, et la portée rétroactive des revirements de jurisprudence le conduit à censurer pour erreur de droit un juge des référés qui avait pourtant correctement apprécié le doute créé par la valeur d'un moyen en l'état de la jurisprudence applicable à la date de son ordonnance, antérieure au revirement de jurisprudence⁽⁵⁾.

Les « effets dévastateurs »⁽⁶⁾ des revirements appliqués rétroactivement ont maintes fois été dénoncés comme

attentatoires à la sécurité juridique. En substituant une nouvelle règle jurisprudentielle à celle en considération de laquelle les sujets de droit avaient réglé leur conduite, le juge peut ainsi déjouer leurs prévisions, en sorte que l'application du revirement aux situations nouées avant sa consécration « conduit à sanctionner ceux-là mêmes qui se sont conformés au droit antérieur »⁽⁷⁾. Sensibles à cet inconvénient, le juge communautaire⁽⁸⁾ (devenu juge de l'Union européenne), puis le juge judiciaire⁽⁹⁾, ont admis que la consécration d'une solution prétorienne nouvelle pouvait, dans certains cas, être dissociée de son application à des faits antérieurs. Invité de toutes parts à leur emboîter le pas, le Conseil d'État a, lui aussi, franchi le Rubicon : c'est l'autre apport de la décision *Tropic*⁽¹⁰⁾. Le « droit transitoire de la règle jurisprudentielle »⁽¹¹⁾ est né.

Si le thème de la rétroactivité de la norme prétorienne nouvelle a déjà fait l'objet de réflexions doctrinales fournies⁽¹²⁾, y compris en ce qui concerne en particulier la justice administrative⁽¹³⁾, plusieurs raisons incitent à en renouveler l'abord, au premier rang desquelles figure le constat que, neuf ans après la décision *Tropic*, le droit transitoire de la règle jurisprudentielle s'est consolidé au fil des décisions intervenues depuis lors. C'est donc à l'aune de la jurisprudence récente qu'il convient de s'interroger sur le principe de cette rétroactivité, sur les exceptions dont il est assorti, et sur les évolutions souhaitables.

Un principe aux fondements fragilisés par la jurisprudence elle-même

Deux considérations, d'inégale pertinence, ont longtemps conduit le juge administratif à s'interdire de reporter dans le temps les effets de la règle prétorienne nouvelle⁽¹⁴⁾ : la portée déclarative de la jurisprudence et la prohibition des arrêts de règlement.

Le caractère déclaratif de la jurisprudence

La prétendue déclarativité de la règle jurisprudentielle se décline à deux niveaux, selon que l'intervention du juge se rattache à un texte ou qu'elle s'exprime *ex nihilo*.

D'abord, une règle jurisprudentielle précisant le sens exact qu'il convient de donner à une disposition textuelle ne ferait que révéler la portée qui aurait toujours été la sienne, de sorte que cette interprétation devrait logiquement trouver à s'appliquer à tous les litiges dont la résolution implique l'application de ce texte. Dans cette optique, peu importe que, à la date des faits ayant donné lieu au litige, cette interprétation jurisprudentielle n'était pas encore explicitement consacrée par le juge, puisque, supposée faire corps *ab initio* avec le texte, elle n'emporterait aucune véritable novation juridique. C'est ce qu'exprime indirectement le Conseil d'État lorsque l'interprétation qu'il donne d'un énoncé est présentée comme en résultant « nécessairement », ou comme tirée de la volonté de son auteur (par exemple, en ce qui concerne l'interprétation des lois, par la référence faite aux travaux parlementaires). L'idée que l'interprétation jurisprudentielle d'un texte serait indissociable de celui-ci trouve également un certain écho dans le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil d'État estimant que la conformité à la Constitution d'une disposition législative doit être appréciée en tenant compte de la jurisprudence qui en a apprécié la portée⁽¹⁵⁾.

Ensuite, en cas de norme jurisprudentielle énoncée indépendamment de tout texte, le juge est réputé se borner à en rappeler l'existence immémoriale, sans ajouter, à proprement parler, au corpus juridique. Témoigne discrètement de l'attachement passé du Palais-Royal à cette vision le fait d'avoir jugé qu'une décision reconnaissant l'existence d'un principe général du droit ne constitue pas une modification des règles de droit⁽¹⁶⁾.

Dans les deux cas de figure, le juge, qu'il précise la signification exacte d'une disposition textuelle ou qu'il identifie pour la première fois un principe non écrit, ne ferait donc que révéler un état du droit préexistant à sa décision, qu'expliciter une juridicité latente. En somme, en gommant l'aspect novatoire sur l'ordonnement juridique de la jurisprudence, et en récusant ainsi l'idée même de norme prétorienne nouvelle, les tenants d'un cantonnement du juge à une fonction purement déclarative⁽¹⁷⁾ tiennent pour inutile, et donc inopportun, l'aménagement dans le temps de tout apport jurisprudentiel.

Outre que cette approche repose sur une pure fiction, elle se trouve, plus radicalement, contredite par la réalité jurisprudentielle même⁽¹⁸⁾. Quelques illustrations en donneront la mesure.

La première est tirée de l'hypothèse où le juge, après avoir interprété une disposition constitutionnelle, législative ou réglementaire dans un sens précis, se ravise ensuite, et ce, alors qu'une interprétation jurisprudentielle supposée s'incorporer *ab initio* au texte devrait logiquement, en l'absence de modification apportée à celui-ci, demeurer inchangée. De tels revirements revenant sur une précédente interprétation de dispositions qui n'ont pas été modifiées sont assez fréquents¹⁹.

Un autre exemple est fourni par la décision *Société d'éditions et de protection route*²⁰. Cette société avait demandé au juge de faire application des principes dégagés par la jurisprudence *Gardedieu*²¹, en vertu desquels la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France. Le Conseil d'État a refusé de mettre en jeu ce régime de responsabilité, motif pris de ce que la critique formulée par la société requérante portait non sur la loi, mais sur la portée qui lui a été ultérieurement conférée par la jurisprudence, desserrant ainsi le lien supposé indissoluble entre la loi et l'interprétation qui en est donnée par le juge.

Quant à l'idée d'intemporalité qui caractériserait les principes généraux du droit, elle est jurisprudentiellement battue en brèche dans deux hypothèses : d'une part, lorsque le juge, après avoir nié expressément tel principe, en reconnaît ensuite l'existence²², et d'autre part, lorsque, après avoir consacré précisément tel principe²³, il en infléchit la portée²⁴.

Prenant enfin acte de ce que l'affirmation de la portée purement déclarative des règles jurisprudentielles n'ait tant l'évidence que le bon sens juridique, le Conseil d'État a signé l'acte officiel de décès de cette thèse, en qualifiant explicitement le changement de jurisprudence de « circonstance de droit nouvelle »²⁵.

La prohibition des arrêts de règlement

La seconde considération ayant longtemps rendu suspecte l'aménagement dans le temps des revirements de jurisprudence tient à la prohibition des arrêts de règlement²⁶. L'idée à l'oeuvre est que, si le juge est nécessairement habilité, en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi²⁷, à poser lui-même une règle de portée générale, une telle habilitation ne vaudrait que pour autant que cette norme jurisprudentielle est nécessaire à la solution du litige qui en est le support. L'interdiction de l'arrêt de règlement n'est donc pas celle faite au juge de poser une règle générale mais « de se saisir *proprio motu* d'une question de droit en l'absence de tout litige »²⁸. Admettre qu'une règle puisse être énoncée à l'avance par le juge, ce serait faire de celui-ci un prescripteur de règles de droit à l'image du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire, puisque seuls ces derniers sont aptes à édicter *in abstracto* des règles impersonnelles de portée générale et à fixer la date de leur entrée en vigueur. Il appartiendrait seulement à l'autorité juridictionnelle, plus modestement pourrait-on dire, de trancher les litiges qui lui sont actuellement soumis, l'édition d'une règle jurisprudentielle ne devant constituer qu'un moyen de s'acquitter de cet office.

Si cet argument, qui s'appuie sur une certaine conception de la séparation des pouvoirs, est sur le plan des principes bien plus convainquant que le précédent, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence administrative offre quelques exemples de décisions en indécatesse avec cette prohibition, car posant une règle nouvelle sans que le litige dont le juge était saisi en nécessitât l'édition. C'est, bien entendu, l'*obiter dictum* qui est ici visé²⁹, défini comme « un énoncé juridique qui, formulé dans un acte contentieux, apparaît superflu pour la solution contentieuse »³⁰.

Cette pratique des motifs surabondants manifeste souvent la volonté du juge de dire le droit et d'en annoncer l'application pour les litiges à venir. On en voudra notamment pour preuve les cas dans lesquels un énoncé est dans un premier temps formulé à la faveur d'un *obiter dictum*, pour se voir reconnaître dans un second temps le statut de véritable règle jurisprudentielle appliquée pour les besoins d'un procès³¹ : il s'agit alors d'une « formulation anticipative d'une jurisprudence »³². Ce procédé consistant en l'édition d'une norme inutile pour les besoins de la cause permet de faire l'économie du débat portant sur son application rétroactive ou sur son report dans le temps, coupant court aux critiques tirées, dans le premier cas, de l'atteinte à la sécurité juridique ou, dans le second, de la prohibition des arrêts de règlement. La formulation d'un *obiter dictum* met en évidence l'exercice par le Conseil d'État de son pouvoir jurisprudentiel « indépendamment de sa fonction juridictionnelle »³³, en ce que la création de la

norme est dissociée de son application aux faits de la cause. Si la séparation des pouvoirs ne s'en trouve pas dangereusement ébranlée, on conçoit cependant que se pose avec acuité la question de la légitimité du juge pour formuler une règle ne constituant pas la majeure du syllogisme conduisant au dénouement du litige. Le principe demeure donc celui de l'effet rétroactif de la jurisprudence.

Le caractère dérogoire du revirement prospectif

Le dogme de la rétroactivité jurisprudentielle ayant été abandonné, ainsi qu'il a déjà été dit, avec la décision *Tropic*, restaient à définir les critères en fonction desquels la règle jurisprudentielle pourrait (ou devrait) s'appliquer seulement pour l'avenir. Mais cette question n'a pas fait l'objet, de la part du juge, d'une systématisation, contrairement par exemple à la modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse, dont le guide d'utilisation a été livré concomitamment à la reconnaissance de ce nouveau pouvoir entre les mains du juge de l'excès de pouvoir par la décision *Association AC !* (34). Cependant, il est acquis que le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle revêt le caractère d'une exception (ce qui le rapproche, en cela, de l'annulation à effet différé d'une décision administrative). Le Conseil d'État a en effet pris soin de préciser qu'« il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance » (35). Selon une autre formule, dont la portée est similaire, « l'application rétroactive d'une jurisprudence nouvelle, qui ne comporte pas de réserve relative à son application dans le temps, n'est que l'effet des voies normales de recours au juge » (36). Si le principe de l'application rétroactive du revirement de jurisprudence ne présente plus un caractère absolu, les exceptions sont peu nombreuses. On en compte actuellement trois catégories.

Première exception : le droit à un recours juridictionnel effectif

Des garanties graduées

Le droit d'exercer un recours juridictionnel est au nombre des exigences constitutionnelles. Il est également protégé par le droit international : l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en garantit un exercice effectif à « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés ». Mais il ne revêt pas, par là-même, un caractère absolu dans tous ses aspects. La protection qui entoure ce droit est graduée, ce dont rend compte l'image des cercles concentriques, au nombre de trois.

Le plus étroit est constitué de ce qu'on pourrait appeler la substance moelle du droit au recours. Ainsi que le soulignent, en des termes identiques, le Conseil constitutionnel (37) et le Conseil d'État (38), qui fondent cette solution sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, « il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». Autrement dit, c'est ici le cœur même du droit au recours qui est, pour le passé comme pour l'avenir, mis à l'abri de toute atteinte de la part du législateur (et *a fortiori* du juge administratif). Une telle atteinte substantielle résulterait notamment de ce qu'une personne justifiant d'un intérêt à agir contre une décision administrative lui faisant grief se trouve « priv[ée] de tout droit au recours devant le juge de l'excès de pouvoir » (39). Le noyau dur du droit au recours ne peut donc être anéanti (40).

Cette substance du droit au recours forme également le deuxième cercle, qui se distingue subtilement du premier en ce que, ici, il ne s'agit pas d'interdire mais d'aménager dans le temps les effets d'une disposition nouvelle qui se borne à affecter les éléments constitutifs de ce droit, sans limiter ce dernier. C'est ce qu'énonce expressément la décision *Association des amis des paysages bourganiauds* (41), jugeant qu'« une disposition nouvelle qui affecte la substance du droit de former un recours pour excès de pouvoir contre une décision est, en l'absence de dispositions expresses contraires, applicable aux recours formés contre les décisions intervenues après son entrée en vigueur ». Cette application différée découle, en vertu de la jurisprudence *Sieur Bacqué* (42), de ce que « le droit de former un recours contre une décision d'une juridiction est fixé définitivement au jour où cette décision est rendue ». Et cette même décision précise ce que recouvre cette substance (ou - c'est équivalent - ces éléments constitutifs) : il s'agit des « voies selon lesquelles ce droit peut être exercé, ainsi que les délais qui sont impartis à cet effet aux intéressés ». Ce principe dégagé à propos des recours contre les décisions juridictionnelles « vaut

également pour les recours contre les actes administratifs. Et il vaut aussi bien pour les règles issues directement de textes législatifs ou réglementaires que pour celles qui ont été posées par la jurisprudence » [§\(43\)](#). Le noyau dur du droit au recours ne peut donc être affecté que pour l'avenir.

Le troisième cercle vise ainsi tous les autres aspects du droit au recours, c'est-à-dire ceux qui n'en constituent pas le coeur même. Il s'ensuit que les dispositions nouvelles qui, ayant une incidence sur l'exercice de ce droit mais qui ne portent atteinte ni n'affectent sa substance, s'appliquent à toutes les instances en cours. Selon la décision *Sieur Bacqué* précitée, il s'agit des « formes dans lesquelles le recours doit être introduit et jugé ».

L'application rétroactive des revirements n'affectant pas la substance du droit au recours

Avant d'aborder les normes prétorienne nouvelles ayant un effet sur le droit au recours sans en affecter sa substance, il importe de rappeler que peuvent - et même doivent - rétroagir celles qui, inversement, en permettent un usage plus étendu. Tel est le cas des revirements qui permettent de soumettre à la censure du juge des actes jusqu'alors considérés comme insusceptibles de recours en raison notamment de leur qualification de mesures d'ordre intérieur ou d'actes de gouvernement. Tel est également le cas lorsque le juge assouplit ses critères d'appréciation de l'intérêt à agir [§\(44\)](#) ou qu'il institue *ex nihilo* une nouvelle catégorie de recours [§\(45\)](#) (sauf, ainsi qu'on le verra, lorsque cette ouverture méconnaît l'impératif tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours).

« Les règles qui régissent les formes dans lesquelles le recours doit être introduit et jugé (...) ne sont pas (...) des éléments constitutifs de ce droit [de former un recours] » : cette formulation, issue de la décision *Santarnecchi* [§\(46\)](#) mais qui ne constitue qu'une reprise de la décision *Sieur Bacqué*, confirme la pérennité des principes posés par cette dernière.

Relèvent notamment de cette catégorie les évolutions relatives aux conditions d'octroi de l'aide juridictionnelle, d'où il résulte qu'une jurisprudence nouvelle retenant, par rapport à l'ancienne, une interprétation plus restrictive des dispositions régissant le bénéfice de cette aide est appliquée rétroactivement [§\(47\)](#).

Il en va également ainsi - c'est ce qui a été jugé à propos des évolutions textuelles, mais, comme déjà indiqué, l'analogie avec les évolutions jurisprudentielles est permise - des règles qui déterminent la juridiction compétente [§\(48\)](#), ou encore celles relatives à la motivation des requêtes [§\(49\)](#).

La solution est identique à propos de la fermeture prétorienne d'une voie de recours lorsqu'elle ne fait pas obstacle, eu égard au contexte contentieux dans lequel elle intervient, à ce que le juge puisse être saisi de la contestation en cause, soit que cette fermeture s'accompagne de l'ouverture concomitante d'une autre voie d'accès au juge, soit que deux modalités de saisir le juge coexistaient, dont l'une seulement est désormais exclue. Dans le premier cas, vient immédiatement à l'esprit la décision *Tropic* : si la fermeture pour le concurrent évincé d'une voie de recours (celle de l'excès de pouvoir contre les actes détachables préalables à la signature du contrat) n'a pas été regardée comme portant atteinte au droit au recours, c'est dans la stricte mesure où cette catégorie de justiciables s'est corrélativement vu offrir une nouvelle voie de recours (celle du plein contentieux en contestation de la validité du contrat ou de certaines de ses clauses), jugée au moins équivalente. Le second cas est illustré par la décision *Commune de Cavalaire-sur-Mer* [§\(50\)](#). Alors que la faculté d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les décisions opposant la prescription quadriennale avait, de façon générale, précédemment été consacrée [§\(51\)](#), le juge ferme cette voie mais uniquement dans un cas précis : celui où le créancier de l'administration, ayant saisi le juge d'un litige indemnitaire à l'occasion duquel l'administration a opposé la prescription quadriennale, conserve la faculté, qui lui était déjà ouverte, de contester le bien-fondé de cette décision devant ce même juge.

Le périmètre des moyens dont le bien-fondé est susceptible d'être examiné ne constitue pas, non plus, une question touchant au coeur du droit au recours. Ainsi, le juge peut appliquer à un litige en cours, sans méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif, un changement de jurisprudence conduisant à rendre inopérant un moyen jusqu'alors opérant [§\(52\)](#). C'est ce qui ressort, implicitement mais nécessairement, de la jurisprudence [§\(53\)](#) : on songe ici aux revirements, appliqués sans aménagement de leurs effets dans le temps, qui ont réduit de façon assez

drastique le champ des moyens pouvant utilement être présentés devant le juge des référés précontractuels ⁽⁵⁴⁾ ou devant le juge saisi d'un recours dirigé contre une décision par laquelle l'administration détermine les droits d'une personne à l'allocation de revenu minimum d'insertion (devenu revenu de solidarité active) ⁽⁵⁵⁾. Cet aspect ne se limite pas à l'opérance des moyens : l'extension de la jurisprudence *Intercopie* ⁽⁵⁶⁾ - qui, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, limite leur recevabilité ⁽⁵⁷⁾ - à « toutes les parties et devant toutes les juridictions administratives » ⁽⁵⁸⁾ n'a pas davantage été modulée dans le temps.

La modulation des revirements affectant la substance du droit au recours

Les règles qui affectent la substance du droit au recours sont celles qui, rappelons-le, régissent « les voies selon lesquelles ce droit peut être exercé, ainsi que les délais qui sont impartis à cet effet aux intéressés ».

En toute logique donc, tout revirement imposant soit un délai de recours contentieux là aucun n'était opposable, soit un raccourcissant du délai préexistant, ne devrait trouver à s'appliquer qu'aux décisions édictées postérieurement. Mais la décision *Czabaj* ⁽⁵⁹⁾ constitue une exception injustifiée à cette règle. Avant cette décision, en l'absence de mention des délais et voies de recours dans une décision individuelle, la jurisprudence, conformément à l'article R 421-1 du code de justice administrative, rendait inopposable le délai de recours de deux mois. Mais à l'occasion de ce revirement, le Conseil d'État a fait découler du principe de sécurité juridique l'exigence que le droit au recours soit exercé dans délai raisonnable. Il en résulte l'impossibilité, pour le destinataire d'une décision administrative individuelle, dont il a été établi, à défaut de notification, qu'il en a eu connaissance, de former un recours contentieux contre cette décision au-delà d'un tel délai, fixé en principe à un an. Alors même qu'il s'agit, par cette nouvelle jurisprudence, d'« opposer un nouveau délai de recours », celle-ci a été appliquée rétroactivement. La raison de cette mise en oeuvre pour le passé ne convainc guère : la substance du droit au recours ne serait pas affectée dans la mesure où cette nouvelle règle « a pour seul objet de borner dans le temps les conséquences de la sanction attachée au défaut de mention des voies et délais de recours ». Mais l'option consistant à trancher la question de l'application dans le temps d'une norme prétorienne nouvelle au regard de son objet ne nous paraît pas judicieuse : c'est l'effet sur le droit au recours qui devrait être pris en compte, puisqu'il s'agit uniquement de déterminer si une règle nouvelle en « affecte » la substance, sans qu'il y ait donc lieu de s'intéresser aux raisons du revirement et donc à sa finalité. Or, la jurisprudence *Czabaj* affecte incontestablement cette substance.

D'ailleurs, n'y a-t-il pas quelque paradoxe à regarder comme ayant été exercé au-delà d'un délai raisonnable le recours qui, au moment où il a été formé, n'était enserré dans aucun délai au regard de l'ancienne règle prétorienne ? Est-ce à dire, *in fine*, qu'il est déraisonnable pour un administré de se fier à la jurisprudence...?

La question du délai soulève également celle de l'événement à partir duquel il commence à courir. C'est ce qu'illustre la décision *Serval* du 17 décembre 2014 ⁽⁶⁰⁾, dont la portée ne peut être parfaitement comprise sans revenir également sur une précédente décision *Serval* du 16 mai 2012 ⁽⁶¹⁾. Les faits doivent être brièvement rappelés : M. Serval avait fait l'objet d'une sanction infligée par une chambre régionale de discipline des commissaires aux comptes, devenue définitive, mais à l'encontre de laquelle il avait néanmoins formé un recours en révision, rejeté pour irrecevabilité d'abord par cette même juridiction, puis en appel par le Haut Conseil du commissariat aux comptes, au motif qu'aucun texte n'ouvrait cette voie du recours en révision. À l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre la décision rendue par cette juridiction disciplinaire d'appel, le Conseil d'État a - c'est la première décision *Serval* du 16 mai 2012 - ouvert la voie du recours en révision à l'égard de certaines décisions passées en force de chose jugée rendues par les juridictions administratives ne relevant pas du code de justice administrative et pour lesquelles aucun texte n'a prévu l'existence d'une telle voie de recours, annulant ainsi la décision du Haut conseil, devant qui l'affaire était ainsi renvoyée. Pour rejeter une seconde fois l'appel formé par M. Serval, le Haut Conseil s'était alors fondé sur la tardiveté de ce recours, faisant application de l'autre apport de la première décision *Serval*, selon lequel le recours en révision doit être formé dans un délai de deux mois courant à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque. M. Serval s'étant également pourvu en cassation contre cette décision, le Conseil d'État - c'est la seconde décision *Serval* du 17 décembre 2014 - a de nouveau donné tort au Haut Conseil. C'est au nom du droit au recours que le juge administratif suprême a estimé que le délai applicable au recours en révision, qui ne pouvait être connu qu'à compter de cette première décision *Serval* (lue, rappelons-le, le 16 mai 2012), ne pouvait donc être opposé aux litiges où la cause de révision est apparue avant cette date, neutralisant ainsi la rétroactivité de cette nouvelle règle de forclusion. Ces décisions témoignent de la

façon dont le juge procède à un tri soigneux, au sein des nouvelles règles énoncées à l'occasion d'une même décision, entre celle qui doit être appliquée rétroactivement (la création d'un nouveau recours) et celle dont l'application pour le passé est neutralisée (la détermination du point de départ du délai dans lequel doit être exercé ce nouveau recours ⁽⁶²⁾).

Quant à la décision *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris* ⁽⁶³⁾, elle fait apparaître qu'une jurisprudence nouvelle portant sur la détermination de la juridiction compétente, en principe regardée comme n'affectant pas la substance du droit au recours ⁽⁶⁴⁾, voit cependant ses effets repoussés dans le temps au nom de ce droit. Dans cette espèce, le conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris avait décidé de porter plainte contre un membre, M. Banon, devant la juridiction disciplinaire dudit ordre. La demande de poursuites fut rejetée. M. Banon estimant, à bon droit, cette plainte manifestement infondée, avait présenté, non pas devant cette même juridiction disciplinaire, mais devant le tribunal administratif de Paris, des conclusions indemnitaires dirigées contre le conseil départemental, afin d'obtenir réparation des préjudices résultant de cette citation abusive. Le tribunal administratif ayant, par un jugement du 16 octobre 2001, rejeté au fond ces conclusions, et appel ayant été interjeté, la cour administrative d'appel de Paris a, dans son arrêt du 9 mai 2005, pour sa part estimé fautif l'usage abusif fait par le conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris de son pouvoir d'engager des poursuites disciplinaires, le condamnant ainsi à verser à l'intéressé la somme qu'il réclamait (soit 0,15 €...). Saisi en cassation, le Conseil d'État a consacré une règle qui n'était pas jusqu'alors expressément posée : le juge compétent pour statuer sur une action principale est seul compétent pour statuer sur les conclusions indemnitaires pour citation abusive, qui ne peuvent être présentées qu'à titre reconventionnel dans l'instance ouverte par cette action principale, dont elles ne sont pas détachables. Autrement dit, ici, les conclusions indemnitaires pour citation abusive présentées par M. Banon ne pouvaient, en principe, être présentées qu'à titre reconventionnel, *i.e.* devant la juridiction disciplinaire saisie de la plainte dont il soutenait qu'elle avait été abusivement déposée. Le Conseil d'État en a logiquement déduit que la cour administrative d'appel aurait dû, s'il avait été fait application de ces règles, annuler le jugement par lequel le tribunal administratif s'est prononcé au fond sur la demande indemnitaire de l'intéressé (laquelle avait été portée devant une juridiction incompétente pour en connaître), puis constater le non-lieu à statuer sur ces conclusions indemnitaires pour citation abusive (la juridiction disciplinaire s'étant déjà prononcé sur la plainte, ces conclusions indemnitaires ne pouvaient lui être renvoyées). Mais le Conseil d'État a néanmoins considéré qu'il convenait en l'espèce de reporter dans le temps les effets de cette règle. Cette dernière, il est vrai, se borne à déterminer la juridiction compétente et ne peut, prise en elle-même, être regardée comme privant les administrés du droit au recours. Toutefois, dans le cas particulier de l'espèce, l'application rétroactive de ce transfert de compétence aurait, *de facto*, conduit à reprocher à M. Banon de ne pas avoir reconventionnellement présenté ses conclusions indemnitaires pour citation abusive devant la juridiction disciplinaire saisie de la plainte, alors que la nouvelle règle posant la compétence exclusive de cette juridiction pour en connaître n'a justement été consacrée qu'après que la plainte fût rejetée.

Ont également été jugées comme n'étant applicables qu'aux recours formés contre les décisions intervenues après leur entrée en vigueur les dispositions législatives instaurant un recours administratif préalable obligatoire (RAPO) ⁽⁶⁵⁾. Il en va de même de celles emportant une appréciation plus restrictive de l'intérêt à agir ⁽⁶⁶⁾. Mais là cesse l'analogie évoquée précédemment. En effet, après avoir jugé que les entreprises déclarées attributaires d'un contrat à l'issue de la procédure de passation avaient intérêt à agir à l'encontre de cette procédure de passation du contrat et étaient donc habilitées à saisir le juge des référés précontractuels ⁽⁶⁷⁾, le Conseil d'État n'a pas jugé nécessaire de moduler dans le temps le revirement par lequel il a ensuite dénié tout intérêt à agir à cette catégorie d'entreprises ⁽⁶⁸⁾.

Deuxième exception : la stabilité des relations contractuelles en cours

Rétroactivité et survie de la loi ancienne

On doit à Paul Roubier ⁽⁶⁹⁾ d'avoir distingué les trois schémas suivant lesquels peut se régler la question, ô combien délicate, de l'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles : 1) soit le contrat en cours demeure exclusivement régi par les dispositions législatives et réglementaires applicables à la date de sa conclusion : c'est la survie de la loi ancienne ; 2) soit les dispositions nouvelles sont applicables au contrat en cours, mais uniquement à compter de leur entrée en vigueur, les effets juridiques produits dans le passé demeurant régis par les dispositions applicables à la date de conclusion dudit contrat : c'est l'effet immédiat de la loi nouvelle ; 3) soit les

dispositions nouvelles régissent les effets passés et futurs du contrat : et c'est seulement dans cette hypothèse que l'on peut, au sens strict du terme, parler de rétroactivité.

Longtemps, le Conseil d'État ne distinguait pas très nettement l'effet immédiat de l'effet rétroactif, ou plutôt englobait le premier dans le second, jugeant en 2006, dans sa décision *KPMG* (70), 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 ». Ce n'est qu'en 2009, avec sa décision *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet* (71), qu'il s'est ensuite rallié, à l'invitation de son rapporteur public, et pour reprendre les termes de ce dernier, à « la distinction entre les deux types d'effets - rétroactivité *stricto sensu* ou application immédiate ». Ce retour à la pureté des principes se manifeste par la circonstance que le juge, amené à devoir se prononcer sur « l'application des normes nouvelles (...) à une situation contractuelle en cours », n'affirme pas, cette fois, qu'il y aurait rétroactivité de ces dispositions.

Sur cette question de la rétroactivité jurisprudentielle en matière contractuelle, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État ne retiennent pas une approche identique.

Le contrat en cours et la jurisprudence nouvelle du Tribunal des conflits

Le juge des conflits, dans sa décision *M^{me} Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France* (72), a abandonné la jurisprudence *Entreprise Peyrot* (73), laquelle, posant le postulat que « la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État », en déduisait que les contrats conclus pour cette exécution, par le maître de l'ouvrage, fût-il une personne privée, étaient soumis aux règles du droit public. Récusant la prémisse de ce raisonnement, le Tribunal des conflits estime désormais qu'« une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État ». Autrement dit, ces contrats conclus entre personnes privées, dont l'une - la société concessionnaire - n'agit pas comme mandataire d'une personne publique, relèvent du droit privé.

À cette occasion, le Tribunal des conflits a indiqué, réactivant un principe qu'il avait déjà consacré (74), que « la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu », mais dont l'application l'a cette fois conduit à juger que, si en principe ces contrats s'inscrivent désormais dans le giron du droit privé, ceux « qui l'ont été antérieurement par une société concessionnaire d'autoroute sous le régime des contrats administratifs demeurent régis par le droit public et les litiges nés de leur exécution relèvent des juridictions de l'ordre administratif ». Quoique cette référence aux contrats conclus « antérieurement (...) sous le régime des contrats administratifs » manque de clarté, il faut comprendre que l'événement constituant le point de rupture entre l'ancienne et la nouvelle qualification est la date d'« entrée en vigueur » de ce revirement de jurisprudence, fixée au jour même de la lecture de la décision (soit le 9 mars 2015). Telle est également l'interprétation qui en a été faite par le Conseil d'État qui, se référant expressément à la décision *Rispal*, a posé que seuls « les contrats conclus par une société concessionnaire antérieurement au 9 mars 2015 sous le régime des contrats administratifs demeurent régis par le droit public » (75). On peut se demander si une entrée en vigueur fixée au lendemain n'eût pas été plus judicieuse (76)...

Ce revirement revêt donc un caractère prospectif, de par son inapplicabilité aux contrats signés jusqu'au 8 mars 2015. C'est là une nette confirmation de ce que la nature particulière de l'office du Tribunal des conflits (à savoir, à titre principal, résoudre les conflits de compétence entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif) n'est pas rebelle à la mise en oeuvre d'un droit transitoire de la règle jurisprudentielle (77). S'il y a ici survie de la loi ancienne (en ce que le régime de droit public reste applicable), c'est là un effet mécanique du maintien de la jurisprudence ancienne (dès lors que le régime applicable découle de la qualification du contrat).

Si un léger bémol peut être mis, c'est seulement au regard du fondement retenu. Contrairement aux préconisations du commissaire du gouvernement, qui l'invitait à se fonder sur l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, le Tribunal des conflits a préféré asseoir le report dans le temps du revirement sur le caractère intangible de la nature juridique des contrats à leur date de signature. Or l'automaticité de cette approche paraît peu compatible avec le pragmatisme qui devrait présider au choix de l'aménagement dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. Outre les décisions citées sur le droit

au recours, en témoigne l'hypothèse suivante : un contrat de recrutement d'un agent public est conclu, qui est regardé, en l'état de la jurisprudence à sa date de signature, comme relevant du droit privé ; cinq ans après, un revirement intervient, sans modulation dans le temps, faisant dériver cette catégorie de contrats vers le droit public (78). Il est raisonnable de penser que, compte tenu de cette innovation opérée par le juge, les parties ont ensuite pris acte de cette nouvelle qualification. Un litige relatif à l'exécution dudit contrat s'élève quelques années après ce revirement. Serait-il vraiment opportun d'apprécier sa nature, et donc le droit applicable, à sa date de signature ? Les parties étant réputées avoir tenu compte de cette nouvelle qualification rétroactive, ne serait-ce pas, ce faisant, déjouer une seconde fois leurs prévisions ? Il s'agit sans doute là d'un cas d'école peu probable (ne serait-ce qu'en raison du caractère désormais prospectif des évolutions jurisprudentielles affectant la nature juridique d'un contrat), mais il démontre malgré tout qu'en matière contractuelle, à une démarche purement mécanique, devrait être préférée une approche dont la plasticité permet la prise en considération d'autres éléments que la seule volonté des parties à la date de signature du contrat. Tel est le cas lorsque, à l'instar du Conseil d'État, la question de la modulation est examinée 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.

Le contrat en cours et la jurisprudence nouvelle du Conseil d'État

Si le domaine contractuel n'échappe pas au principe de l'effet rétroactif des changements de jurisprudence, il semble toutefois bénéficier, comparativement aux autres branches du droit administratif, d'un traitement singulier, caractérisé par une approche davantage systématique. C'est ainsi que l'application rétroactive d'un revirement sera exclue si elle aboutit à ce que soit méconnu l'« impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours » (selon les termes de la jurisprudence *Tropic*).

C'est en vertu de cet impératif que, dans cette décision *Tropic*, le Conseil d'État a prévu que, sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de cette décision (soit le 16 juillet 2007), le nouveau recours de pleine juridiction ouvert aux concurrents évincés ne pouvait être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date. Sans une telle modulation en effet, il eût été loisible aux concurrents évincés, en l'absence de mesures de publicité faisant courir le délai de ce nouveau recours, de l'exercer à tout moment à l'encontre de tous les contrats dont la procédure de passation a été engagée avant le 16 juillet 2007, ce qui, pour d'évidentes raisons de stabilité contractuelle, a voulu être évité.

La jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* (79), qui a étendu le recours *Tropic* aux tiers autres que les concurrents évincés, a suivi une démarche quasiment identique. Mais au lieu de retenir un tuilage déterminé selon la date à laquelle a été engagée la procédure de passation du contrat, le Conseil d'État a préféré repousser dans le temps l'extension de ce recours aux tiers qui n'en bénéficiaient pas en fonction de la date de signature du contrat, seuls ceux conclus à compter de la lecture de la décision (le 4 avril 2014) étant visés par cette extension (80).

Le caractère prospectif des revirements opérés par les décisions *Tropic* et *Département de Tarn-et-Garonne* n'est donc pas lié au souci d'aménager dans le temps l'application d'une règle de fond nouvelle à des situations contractuelles en cours : eu égard à leur objet (la nature des recours ouverts au tiers en matière contractuelle), insusceptible d'affecter en soi les droits et obligations nés des contrats en cours, ces revirements ne trouvent pas leur fondement dans l'impératif de sécurité juridique tenant à ce que le contenu de la loi des parties ne soit pas bouleversé, mais dans celui tenant à ce que l'existence même de ces contrats en cours ne puisse être contestée, à tout moment, par l'exercice de ce nouveau recours de pleine juridiction.

Cette approche devrait, en théorie, présenter l'avantage d'offrir des perspectives assez larges, compte tenu de la variété des situations dans lesquelles elle paraît susceptible de jouer, mais à l'heure actuelle, le Conseil d'État n'a paralysé l'effet rétroactif d'aucune jurisprudence nouvelle posant une règle de fond...

Troisième exception : le droit au respect des biens

Droit transitoire de la règle jurisprudentielle et droit européen des droits de l'homme

Le principe de sécurité juridique, qui « tend notamment à garantir aux justiciables une certaine stabilité des situations juridiques »⁽⁸¹⁾, est regardé comme « nécessairement inhérent »⁽⁸²⁾ au droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Un lien particulier peut être établi avec l'article 13 de la Convention, en ce sens que « l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité des dispositions légales et de la jurisprudence assurent l'effectivité du droit d'accès à un tribunal »⁽⁸³⁾. Ce principe de sécurité juridique aurait pu constituer un terrain particulièrement propice, du fait de sa transversalité, au développement des exceptions au principe de l'effet rétroactif des revirements de jurisprudence.

Mais les effets concrets découlant de ce principe sont restés en deçà des potentialités qu'il recèle. Au grief soulevé par des requérants, tiré de ce que leur juridiction nationale aurait méconnu le droit à un recours effectif ainsi que celui à un procès équitable en procédant à un revirement de jurisprudence, la Cour rétorque « qu'il s'agit là des modalités d'application du droit interne, qui, en l'absence d'arbitraire dans les cas d'espèce, échappe à sa compétence »⁽⁸⁴⁾. C'est que, selon les juges de Strasbourg, « les exigences de sécurité juridique (...) ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante »⁽⁸⁵⁾. Si elle admet qu'une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice, dès lors que l'absence d'une approche dynamique et évolutive empêcherait tout changement ou amélioration, la Cour européenne des droits de l'homme exige cependant, en cas de « jurisprudence bien établie », que la juridiction nationale suprême donne les raisons substantielles pour expliquer son revirement de jurisprudence⁽⁸⁶⁾.

Sous ces réserves, l'une de fond (l'absence d'arbitraire) et l'autre de forme (la motivation du revirement), la Cour ne trouve donc guère à redire au caractère évolutif de la jurisprudence. En revanche, elle n'a pas encore abordé frontalement la question de l'application rétroactive d'un revirement. Quoi qu'il en soit, l'évolution de la norme prétorienne étant regardée comme « relev[ant] de l'application du droit interne »⁽⁸⁷⁾, c'est sur le fondement d'une autre exigence du droit européen des droits de l'homme que le droit transitoire de la règle jurisprudentielle s'est enrichi : le droit au respect des biens.

La somme allouée par un jugement devenu définitif : un bien à respecter

La spécificité de certains préjudices, et notamment leur caractère évolutif ou le fait qu'ils concernent des mineurs, rend parfois nécessaire l'intervention de plusieurs décisions juridictionnelles, l'une pour accorder une indemnité provisoire, en réparation des postes de préjudice dont l'étendue précise a déjà pu être déterminée, et la suivante, rendue soit après la consolidation des dommages, soit après l'obtention de la majorité de la victime, pour fixer définitivement le montant global des sommes dues. Dans de tels cas de figure, le juge déduit de ce total l'indemnité précédemment versée par l'auteur du dommage en exécution du premier jugement. Cette réparation en deux temps ne soulève aucune difficulté lorsque les modalités selon lesquelles sont déterminés les préjudices sont identiques d'un jugement à l'autre. Qu'en est-il, en revanche, dans le cas où, entre le premier et le second jugement, un revirement de jurisprudence modifie la donne dans un sens défavorable à la victime ?

La portée rétroactive de la règle jurisprudentielle nouvelle cède ici sous le poids du droit européen des droits de l'homme. En effet, le Conseil d'État a accepté d'utiliser les stipulations de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantissent à toute personne physique ou morale le droit au respect de ses biens, pour moduler dans le temps les effets d'un tel revirement. Longtemps, en cas d'erreur médicale ayant compromis les chances de guérison ou de survie d'un patient, le juge administratif condamnait le service public hospitalier à verser une indemnité couvrant l'intégralité des préjudices constatés⁽⁸⁸⁾. Depuis la décision *Centre hospitalier de Vienne*⁽⁸⁹⁾, ce n'est plus le dommage en tant que tel qui est regardé comme résultant de la faute commise, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu, de sorte que seule doit être réparée une fraction de celui-ci déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue. Ainsi, dans un litige indemnitaire où des sommes avaient été versées en attendant la fixation définitive de l'indemnité et calculées sur la base de la règle jurisprudentielle antérieure, qui permettait une réparation intégrale du préjudice, le Conseil d'État considère, dans sa décision *Centre hospitalier de Dinan*⁽⁹⁰⁾, que ces stipulations de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel font obstacle à ce que ces sommes soient remises en cause. Il ne s'agissait pas de déterminer si ces sommes devaient être restituées ou pas (le premier jugement qui les avait allouées étant devenu définitif), mais de trancher le point de savoir si, au stade du jugement procédant à la fixation définitive de l'indemnité, devait être appliquée l'ancienne ou la nouvelle règle jurisprudentielle.

Le Conseil d'État a répondu à cette question de façon subtile, en deux temps : 1) l'autorité de la chose jugée du premier jugement, en tant qu'il a condamné l'établissement public hospitalier à réparer intégralement les dommages (et non une fraction de ceux-ci déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue), ne fait pas obstacle à ce qu'il soit procédé à la fixation définitive de l'indemnité due en tenant compte du seul préjudice réparable (la perte de chance) : c'est là une application rétroactive, en ce qui concerne la nature du préjudice à indemniser, de la règle jurisprudentielle nouvelle issue de la décision *Centre hospitalier de Vienne* ; 2) mais les sommes allouées par ce premier jugement sont regardées 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 fondamentales, et donc comme définitivement acquises, de sorte qu'elles ne peuvent venir en déduction de l'indemnité due au titre de la perte de chance : se trouve ainsi neutralisée, en creux, l'application rétroactive de la jurisprudence *Centre hospitalier de Vienne* en tant que, pour la détermination de l'étendue du préjudice indemnisable, elle impliquait en principe cette déduction (91).

Une modulation dans le temps ne relevant pas de l'office du juge ?


Ne peut qu'être approuvé le souci de protéger le bien que constitue la somme versée en exécution d'un jugement devenu définitif. Ce qui interroge, en revanche, c'est le fait que l'application rétroactive ou non d'une évolution jurisprudentielle dépend de l'invocation par la partie intéressée au litige du moyen tiré de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il ressort des termes mêmes de la décision *Centre hospitalier de Dinan* que la règle prétorienne nouvelle aurait été appliquée pleinement, et donc la déduction opérée, si ce moyen n'avait pas été présenté. D'ailleurs, dans un litige similaire, mais où ce moyen n'avait pas été invoqué, le juge n'a procédé à aucun report dans le temps du revirement, et déduit du montant total de l'indemnité due au titre de la perte de chance la somme déjà allouée par un précédent jugement devenu définitif (92). Or subordonner l'application prospective d'un revirement à l'invocation d'une argumentation en ce sens par l'une des parties au litige n'a rien d'évident. Ainsi que l'expose Paul Cassia (93), « la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence nouvelle est un pouvoir propre du juge : il n'est pas utile que l'une des parties (...) le saisisse de conclusions en ce sens ». Sous prétexte que le moyen tiré de la méconnaissance du droit international n'est pas d'ordre public (94), il ne faut pas perdre de vue ce qui est ici fondamentalement en cause : l'office du juge. Lorsque ce dernier décide de reporter dans le temps les effets d'un revirement qui affecte la substance du droit au recours ou qui porte une atteinte excessive à la stabilité des relations contractuelles en cours, il n'y procède pas après avoir vérifié qu'était invoqué devant lui le moyen adéquat. Rien ne justifie qu'il en aille différemment s'agissant de la protection des biens, qui, dès lors qu'elle s'insère dans la problématique plus générale de l'application *ratione temporis* d'une règle prétorienne nouvelle, devrait être appréhendée d'office par le juge.

Les perspectives

Vers davantage de revirements prospectifs ?

Il n'existe aucune raison de penser que l'état actuel du droit transitoire de la règle jurisprudentielle pourrait être modifié dans sa ligne de répartition, où la rétroactivité tient lieu de principe et le report dans le temps, d'exception. Pas plus qu'il n'y a lieu de croire que le champ des exceptions pourrait s'étendre considérablement.

Cependant, la nature même de certains revirements, s'ils étaient à l'avenir consacrés, devrait conduire à leur application différée dans le temps. Tel serait le cas, on l'a vu, de toute règle jurisprudentielle nouvelle affectant la substance du droit au recours. Sauf cas particulier, semblent également ne jouer que pour l'avenir les revirements portant sur la nature juridique - de droit public ou de droit privé - des contrats. Si le Conseil d'État poursuivra sans doute une démarche casuistique, laquelle a du reste le mérite de ne pas corseter par des critères figés à l'avance l'exercice de son pouvoir de modulation, on peut en revanche conjecturer que les prochaines hypothèses de mise en oeuvre de ce pouvoir correspondront peu ou prou aux deux critères proposés par le rapport *Molfessis*. Par le premier, il s'agit « de rechercher s'il existe une disproportion manifeste entre les avantages attachés à la rétroactivité normale du revirement et les inconvénients qu'emporterait cette rétroactivité sur la situation des justiciables ». Le juge s'attache alors à déterminer dans quelle mesure seraient déjouées les prévisions légitimes des parties, établies

sur la base de l'ancienne jurisprudence, l'inconvénient pouvant être jugé moindre lorsque la nouvelle ne s'analyse pas en un véritable revirement  (95). Le second critère tient à la « mise en évidence d'un impérieux motif d'intérêt général qui justifierait l'exception apportée à la règle générale de rétroactivité ». Les trois catégories d'exception admises au principe de l'effet rétroactif procèdent, directement ou indirectement, de ces considérations (l'impérieux motif d'intérêt général englobant la nécessité de préserver la substance du droit au recours).


Un domaine particulier pourrait sans doute impliquer le report dans le temps de la règle jurisprudentielle sans que l'atteinte aux anticipations des sujets de droit doive nécessairement revêtir un caractère excessif : c'est celui de la répression administrative, tant sont fortes ses ressemblances avec le droit pénal, où la rétroactivité ne trouve guère sa place (hors la rétroactivité *in mitius*).

En outre, il ne faut pas s'en tenir aux seules évolutions jurisprudentielles futures. En effet, si l'application différée dans le temps d'une innovation prétorienne est le plus souvent décidée à l'occasion du litige qui en constitue le support, les décisions *Serval* et *Centre hospitalier de Dinan* démontrent que cette modulation peut également être réalisée après que le revirement a déjà été consacré.

Vers un débat portant sur l'application dans le temps du revirement ?

La jurisprudence a vocation à évoluer et la règle jurisprudentielle nouvelle à régir en principe tous les litiges en cours, peu important que les faits ou actes juridiques à leur origine aient été accomplis avant la consécration de cette règle. Ces deux points - celui de la modification de la norme prétorienne et celui de sa mise en oeuvre *ratione temporis* - relèvent incontestablement de l'office du juge. Si le premier est susceptible de concerner l'ensemble des sujets de droit, le second intéresse plus particulièrement tant les parties au litige support du revirement que les parties aux autres litiges en cours. Le rapport *Molfessis* estime à ce propos que la question de la modulation dans le temps du revirement devrait spécifiquement faire l'objet d'un débat contradictoire entre les parties, ce qui impliquerait que ces dernières soient préalablement avisées par le juge de l'évolution jurisprudentielle envisagée.

C'est que les observations susceptibles d'en résulter pourraient s'avérer utiles à la réflexion du juge. Les décisions *M. et M^{me} Moret* et *Centre hospitalier de Dinan*, dont il ressort que la modulation d'un revirement est décidée dans la seule mesure où le moyen approprié a été présenté, nous semblent en réalité révéler que c'est la nécessité même de cette modulation qui est apparue au juge après que l'une des parties l'en eut averti par l'invocation de ce moyen. En tout état de cause, le revirement devant s'appliquer uniquement pour l'avenir lorsqu'apparaît une disproportion manifeste entre les avantages attachés à sa rétroactivité et les inconvénients que celle-ci emporterait sur la situation des justiciables, les parties doivent être considérées comme étant particulièrement à même d'exposer au juge quels seraient ces inconvénients.

Le rapport *Molfessis* recommande en outre que cette question de la modulation soit également l'objet d'un débat au-delà des parties. Si cette ouverture des débats a été envisagée afin de susciter les observations des organisations et représentants des intérêts en cause, le recours à l'*amicus curiae* a également été mentionné. La mission susceptible d'être confiée à ce tiers au litige, telle qu'elle a été précisée par la jurisprudence, le permet sous certaines conditions. En effet, la demande adressée à l'*amicus curiae* « ne peut porter que sur des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine, lesquels peuvent être des questions de droit, à l'exclusion de toute analyse ou appréciation de pièces du dossier »  (96). Les données propres au litige ne pouvant être appréhendées par l'*amicus curiae*, ce dernier ne devrait alors se prononcer qu'*in abstracto* sur la question de l'aménagement dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. En revanche, dès lors que c'est au titre de sa compétence ou de ses connaissances qu'il est consulté, il semble exclu que l'*amicus curiae* puisse être consulté pour se faire le porte-parole des organisations et représentants des intérêts en cause. En l'état du droit et de la jurisprudence en matière de mesures d'instruction, il n'existe aucune procédure permettant de recueillir les observations de ceux-ci sur la question de l'application dans le temps d'une évolution jurisprudentielle.

La nécessité qu'il y aurait d'organiser un tel débat avant le dénouement du procès pourrait cependant se heurter à une difficulté, tenant à ce que, en liant par avance le juge dans la détermination de la règle de droit applicable, l'exercice du pouvoir jurisprudentiel s'en trouverait ainsi déplacé : alors que ce pouvoir s'est toujours exprimé dans les seuls motifs du jugement rendu, il s'agirait alors d'anticiper sur cette consécration officielle car la nouvelle règle

serait, en amont de la décision juridictionnelle, annoncée dans le cadre de l'instruction du litige.

Comment surmonter cet écueil ? L'article R. 611-7 du code de justice administrative, relatif à l'obligation de communication des moyens susceptibles d'être relevés d'office par le juge, ne paraît pas un outil approprié (97). Certes, la consécration officielle de la règle jurisprudentielle nouvelle demeurerait ainsi l'apanage de la formation de jugement, les parties ayant seulement été informées de ce que le jugement à intervenir était susceptible d'être réglé sur le fondement de ce changement, mais le juge ne peut, lorsqu'il dénoue un litige sur le terrain juridiquement approprié, fût-ce celui résultant d'une jurisprudence nouvelle, être regardé comme soulevant d'office un « moyen ». En outre, et surtout, la solennité qui doit s'attacher à la consécration d'une règle jurisprudentielle nouvelle s'accommode difficilement d'un procédé où l'éventualité de cette nouveauté serait annoncée aux parties par l'envoi d'une lettre. À quoi l'on peut ajouter que même la simple annonce d'une possible jurisprudence nouvelle suppose une réflexion préalable, dont on imagine malaisément qu'elle puisse être menée dans le cadre trop étroit de l'article R. 611-7 (notamment dans la mesure où la communication d'un moyen relevé d'office n'intervient pas nécessairement après le prononcé des conclusions du rapporteur public).

Une autre voie semble donc préférable : il pourrait s'agir d'un jugement avant-dire-droit énonçant la règle jurisprudentielle nouvelle et sursoyant à statuer sur le litige jusqu'à ce que les parties aient débattu de l'opportunité d'en reporter dans le temps les effets. Le Conseil d'État admet d'ailleurs qu'il puisse être procédé ainsi pour l'application de la jurisprudence *Association AC !* : après avoir prononcé l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision administrative, le juge administratif peut surseoir à statuer sur la date d'effet de cette annulation jusqu'à ce que les parties aient débattu de la question de savoir s'il y a lieu de limiter dans le temps les effets de cette annulation (98).

En informant ainsi les parties du revirement avant le dénouement du litige, le juge, non seulement forgerait plus utilement sa conviction sur la question de son application dans le temps, mais aussi assurerait le respect d'une exigence qui irrigue désormais abondamment le procès administratif : la loyauté.

Vers une réorientation des moyens au regard de la nouvelle jurisprudence ?

Non seulement une règle jurisprudentielle oriente le comportement des sujets de droit, mais elle peut également déterminer la teneur des moyens présentés par les parties à un procès. En effet, ces moyens sont théoriquement articulés par référence à l'état du droit que les parties croient applicable à leur litige, et donc à la norme prétorienne ancienne, la nouvelle n'étant, par hypothèse, connue qu'après lecture de la décision consacrant ce revirement, et donc après l'échange des écritures. Or les exigences de la procédure contradictoire, ainsi que et surtout la loyauté de la procédure, devraient imposer, lorsqu'il y a véritable revirement, et selon sa portée, que les parties soient mises à même de discuter de la règle sur le fondement de laquelle leur litige sera effectivement tranché, c'est-à-dire de calibrer leurs écritures au regard de la jurisprudence nouvelle (99).

Un pas en ce sens a été franchi avec la décision *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême* (100), qui précise l'office du juge lorsqu'il s'apprête à régler un litige en faisant application d'une règle jurisprudentielle nouvelle qui n'a été consacrée, par une précédente décision, que postérieurement à la clôture de l'instruction du litige en cause, et alors que les parties n'en ont pas préalablement débattu. En pareille hypothèse, le juge doit, eu égard aux exigences de la procédure contradictoire (101), mettre ces parties à même de présenter leurs observations sur le terrain résultant de cette nouvelle jurisprudence (102). Pour ce faire, le Conseil d'État précise que le juge peut, par un jugement avant-dire droit (103), indiquer qu'il entend régler le litige sur ce terrain et demander en conséquence aux parties de formuler leurs observations sur celui-ci. Deux des verrous posés par cette décision pourraient être reconsidérés.

Le premier porte sur la nature du revirement. L'information préalable des parties n'est imposée qu'en cas de règle jurisprudentielle nouvelle conduisant à un changement de « terrain juridique ». Il s'agit donc d'imposer « au juge de ne pas faire application d'une solution jurisprudentielle nouvelle qui bouleverserait la face du litige sans en avoir au préalable averti les parties » (104). Seuls sont donc visés, semble-t-il, les cas où les observations formulées par les parties par référence à l'ancienne règle étant parfaitement inexploitable pour l'application de la nouvelle, un nouveau débat autour de cette dernière doit nécessairement s'engager. On peut se demander s'il ne serait pas

opportun d'envisager une telle obligation d'information des parties chaque fois que le changement jurisprudentiel rendrait de nouvelles observations simplement utiles à la formation de la conviction du juge, c'est-à-dire chaque fois que les moyens des parties seraient susceptibles d'être utilement reformulés, et ce, alors même que les termes du litige ne seraient pas profondément modifiés ⁽¹⁾. À tout-le-moins, une acception plus large de la notion de changement de terrain juridique paraît souhaitable.

Le second verrou tient au choix du litige où l'information des parties sur le revirement doit être délivrée. La décision *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême* l'impose, non pour les litiges qui servent de support à une règle jurisprudentielle nouvelle, mais pour ceux où, après la clôture de l'instruction (et par hypothèse avant que ces litiges soient tranchés), une telle règle a été consacrée par une précédente décision. Le fondement de cette décision résidant dans la volonté d'assurer aux parties un débat loyal, c'est-à-dire un débat « sans piège et sans surprise, qui ne laisse pas la place aux coups de théâtre » ⁽²⁾, à plus forte raison cette même exigence de loyauté devrait imposer également cette information des parties « dans l'hypothèse où la juridiction saisie du litige procéderait elle-même, à l'occasion de son examen, à un revirement de jurisprudence » ⁽³⁾.

Le cas échéant, le jugement avant-dire-droit aurait donc pour objet d'officialiser la nouvelle solution jurisprudentielle et de surseoir à statuer sur les conclusions des parties, de telle façon que celles-ci puissent, d'une part, présenter leurs observations sur le point de savoir s'il est nécessaire d'en reporter dans le temps les effets ⁽⁴⁾, et d'autre part, formuler leurs moyens au regard de cette nouvelle jurisprudence dans le cas où le juge, après avoir pris connaissance de ces observations, ne paralyserait pas le principe de l'effet rétroactif.

Mots clés :

CONTENTIEUX * Procédure administrative contentieuse * Pouvoirs et devoirs du juge * Modulation dans le temps
* Règle jurisprudentielle nouvelle

(1) Ce pouvoir ne nous paraît pas sérieusement menacé par la prolifération des textes. N'est-ce d'ailleurs pas l'inverse si l'on considère que chaque nouvelle disposition appelle, le plus souvent, une précision jurisprudentielle, et que la nécessité d'assurer une cohérence d'ensemble à cet empilement parfois désordonné de lois et de règlements renforce, *de facto*, la liberté du juge pour les interpréter ? Pour une controverse sur ce point : D. Linotte, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », AJDA 1980. 632 ; S. Rials, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », AJDA 1981. 115 ; D. Linotte et S. Rials, « Conclusion d'une controverse », AJDA 1981. 202.

(2) J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA 1968. 15.

(3) CE, sect., 1^{er} oct. 2010, n° 314297 ⁽⁵⁾, *Époux Rigat*, Lebon p. 352 ⁽⁶⁾ ; AJDA 2010. 1855 ⁽⁷⁾ ; *ibid.* 2202 ⁽⁸⁾, chron. D. Botteghi et A. Lallet ⁽⁹⁾.

(4) CE, 14 juin 2004, n° 238199 ⁽¹⁰⁾, *Société civile immobilière Saint-Lazare*, Lebon T. 563-692-844 ⁽¹¹⁾ ; RDI 2004. 462, obs. P. Soler-Couteaux ⁽¹²⁾.

(5) Ces points ressortent, non des motifs, mais du fichage au Lebon de la décision *Société Placoplâtre* (CE, 12 oct. 2005, n° 277300 ⁽¹³⁾, Lebon T. p. 1032 ⁽¹⁴⁾ ; AJDA 2005. 2474 ⁽¹⁵⁾, concl. Y. Aguila ⁽¹⁶⁾).

(6) Concl. J. Arrighi de Casanova sur CE, ass., 23 oct. 1998, n° 160246 ⁽¹⁷⁾, *Électricité de France*, Lebon p. 365 ⁽¹⁸⁾ ; AJDA 1998. 1017 ⁽¹⁹⁾, concl. J. Arrighi de Casanova ⁽²⁰⁾ ; D. 1999. 484 ⁽²¹⁾, note J.-P. Amadei ⁽²²⁾ ; RDI 1999. 75, obs. C. Lavalie ⁽²³⁾ ; RFDA 1999. 578, note C. Lavalie ⁽²⁴⁾.

(7) C. Mouly, « Le revirement pour l'avenir », JCP n° 27, 1994, I 3776.

(8) CJCE, 8 avr. 1976, aff. 43/75, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Rec. CJCE p. 455, § 69 s. CJCE, 8 avr. 1976, n° 43/75, Rev. UE 2015. 547, étude L. Allart

(9) Cass., ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, Bull. ass. plén., n° 15 ; D. 2007. 835, et les obs., note P. Morvan ; RTD civ. 2007. 72, obs. P. Deumier ; *ibid.* 168, obs. P. Théry.

(10) CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Société Tropic travaux signalisation*, Lebon p. 360, concl. D. Casas ; AJDA 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ibid.* 1497, tribune S. Braconnier ; *ibid.* 1777, tribune J.-M. Woehrling ; D. 2007. 2500, note D. Capitant ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 2008. 42, obs. R. Noguellou ; *ibid.* 2009. 246, obs. R. Noguellou ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas ; *ibid.* 917, étude F. Moderne ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud ; *ibid.* 935, étude M. Canedo-Paris ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Rittleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar.


(11) Selon l'expression de MM. Lenica et Boucher dans leur chron. préc. (AJDA 2007. 1577).

(12) On peut mentionner à ce titre le rapport *Molfessis (Les revirements de jurisprudence - Rapport remis à Monsieur le Premier président G. Canivet par le groupe de travail présidé par N. Molfessis, Litec, 2005)*.

(13) B. Seiller (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica, 2007.






















(14) On ne fera que mentionner brièvement une autre considération, suivant laquelle la règle jurisprudentielle nouvelle étant supposée plus juste que la précédente, à laquelle elle a été préférée, son application rétroactive ne serait pas susceptible de véritablement léser les parties au litige (il faudrait alors raisonner identiquement en ce qui concerne les lois et règlements, et par suite ériger leur rétroactivité en source de bienfait pour les sujets de droit...). Cet argument est lié, en contentieux administratif, à l'idée que le revirement de jurisprudence serait souvent plus favorable à l'administré et que seule l'administration pourrait s'en trouver déstabilisée. Mais « cette façon de raisonner n'est admissible qu'autant que l'on prend parti pour l'administré, contre l'administration » (J. Rivero, article préc.). En outre, certaines évolutions jurisprudentielles peuvent s'avérer défavorables aux intérêts des administrés.









(15) CE, 25 juin 2010, n° 326363, *Mortagne*, Lebon p. 217 ; AJDA 2010. 1355, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi (v. aussi, CE, 16 juill. 2010, n° 334665, *SCI La Saulaie*, Lebon p. 315 ; AJDA 2010. 1453 ; RFDA 2010. 1257, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud). Le Conseil constitutionnel a adopté une position similaire, jugeant qu'« en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » (Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, relative à l'adoption au sein d'un couple non marié, AJDA 2011. 705, tribune E. Sagalovitsch ; D. 2010. 2744, obs. I. Gallmeister, note F. Chénéde ; *ibid.* 2011. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2298, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; AJDI 2014. 124, étude S. Gilbert ; AJ fam. 2010. 487, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 489, obs. C. Mécaray ; Constitutions 2011. 75, obs. P. Chevalier ; *ibid.* 361, obs. A. Cappello ; RTD civ. 2010. 776, obs. J. Hauser ; *ibid.* 2011. 90, obs. P. Deumier ; v. égal. décisions Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, D. 2011. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; RFDA 2011. 353, étude G. Eveillard ; Constitutions 2011. 361, obs. A. Cappello ; RTD civ. 2011. 90, obs. P. Deumier et Cons. const., 11 févr. 2011, n° 2010-101 QPC) D. 2011. 513, obs. A. Lienhard.












(16) CE, 3 déc. 1980, n° 19433 , *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public* (inédit).








(17) Montesquieu ne voyait pas les choses autrement, qui attribuait aux juges la seule fonction de « bouche qui prononce les paroles de la loi ».



(18) Et aussi par l'action du Parlement lorsqu'il prend le contre-pied d'une jurisprudence par l'adoption d'une disposition allant en sens contraire : en pareille hypothèse, l'interprétation qui avait été donnée au texte de loi par le juge ne peut être regardée comme contenue en germe dans la disposition en cause.














(19) Par ex., estimant d'abord qu'en vertu de l'art. 3 de la Charte de l'environnement, relève du domaine législatif la définition des « conditions » de la prévention des atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement ou, à défaut, de la limitation de leurs conséquences (CE, 24 juill. 2009, n° 305314 , *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique CRII GEN*, Lebon p. 294  ; AJDA 2009. 1516 , obs. S. Brondel  ; *ibid.* 1818 , chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi  ; D. 2010. 2468, obs. F. G. Trébulle  ; RFDA 2009. 963, concl. E. Geffray  ; *ibid.* 1269, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier  ; Constitutions 2010. 117, obs. O. Le Bot  ; RTD eur. 2010. 453, chron. D. Rittleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ), le Conseil d'État a ensuite estimé que cet art. 3 réserve au législateur la définition du « cadre » de la prévention et de la limitation des conséquences des atteintes à l'environnement (CE, ass., 12 juill. 2013, n° 344522 , *Fédération nationale de la pêche en France*, Lebon p. 192, concl. E. Cortot-Boucher  ; AJDA 2013. 1479  ; *ibid.* 1737 , chron. X. Domino et A. Bretonneau  ; D. 2014. 104, obs. F. G. Trébulle  ; AJCT 2013. 581, obs. M. Moliner-Dubost  ; RFDA 2013. 1255, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau  ; *ibid.* 2014. 97, concl. E. Cortot-Boucher  ; *ibid.* 115, note J. Robbe ), ce qui, au-delà du glissement sémantique, traduit un léger renforcement du pouvoir réglementaire d'application des lois.





(20) CE, sect., 23 juill. 2014, n° 354365 , *Société d'éditions et de protection route*, Lebon p. 238  ; AJDA 2014. 1581  ; *ibid.* 2538 , note C. Broyelle  ; RFDA 2014. 1178, concl. A. Lallet  ; *ibid.* 1186, note A. Blandin  ; RTD eur. 2015. 431, obs. D. Rittleng .

(21) CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522 , *Gardedieu*, Lebon p. 78, concl. L. Derepas  ; AJDA 2007. 585 , chron. F. Lenica et J. Boucher  ; *ibid.* 1097, tribune P. Cassia  ; D. 2007. 659, et les obs.  ; *ibid.* 1214, chron. G. Clamour  ; RFDA 2007. 361, concl. L. Derepas  ; *ibid.* 525, note D. Pouyaud  ; *ibid.* 789, note M. Canedo-Paris  ; RTD civ. 2007. 297, obs. J.-P. Marguénaud .

(22) Symptomatique du caractère situé dans le temps de la règle jurisprudentielle est le principe obligeant l'autorité compétente à faire droit à une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal. D'abord nié (CE, sect., 6 nov. 1959, *Coopérative laitière de Belfort*, Lebon p. 581), puis affirmé (CE, 12 mai 1976, n° 96436 , *Leboucher et Tarandon*, Lebon p. 249  ; AJDA 1977. 261), ce principe a ensuite été désavoué (CE, sect., 30 janv. 1981, n° 16148 , *Ministre du travail et de la participation c/ Société Afrique France Europe transaction*, Lebon p. 33 ), pour être finalement consacré comme principe général du droit par l'Assemblée du contentieux (CE, ass., 3 févr. 1989, n° 74052 , *Compagnie Alitalia*, Lebon p. 44  ; AJDA 2014. 99, chron. M. Guyomar et P. Collin .

(23) Par ex., en jugeant que les « principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique » font obstacle à la mise en jeu de cette responsabilité « dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive » (CE, ass., 29 déc. 1978, n° 96004 , *Darmont*, Lebon p. 542 .

(24) En estimant désormais, et en vertu théoriquement des mêmes principes que ceux visés par la jurisprudence *Darmont*, que « la responsabilité de l'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers » (CE, sect., 18 juin 2008, n° 295831 , *Gestas*, Lebon p. 230  ; AJDA 2008. 1237  ; RFDA 2008. 755, concl. C. de Salins  ; *ibid.* 1178, note D. Pouyaud ). Il est vrai que cet infléchissement a été imposé par la jurisprudence européenne (CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01 , *Gerhard Köbler c/ Autriche*, AJDA 2003. 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert  ; *ibid.* 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert  ; *ibid.* 423, étude J. Courtial  ; D. 2003. 2546, et les obs.  ; RSC 2004. 178, chron. L. Idot  ; RTD eur. 2015. 232, obs. C. Yannakopoulos  ; *ibid.* 232, obs. C. Yannakopoulos ).

(25) CE, 22 mai 2013, n° 350551 , *Clabaut*, Lebon p. T. 675-773  ; AJDA 2013. 1081  ; AJFP 2014. 64  ; RLCT 2013, note E. Glaser.




















(26) Cette prohibition est posée à l'art. 5 du code civil, en vertu duquel « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

(27) C. civ., art. 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

(28) M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Dalloz, 2014.

(29) À ce sujet : M. Deguerge, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », in : P. Rimbault (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, 2011, p. 229.

















(30) M. Lannoy, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, thèse, préface de M. Deguerge, Dalloz, 2016.




(31) On songe notamment à la décision dite *Beziers I* (CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802 , *Commune de Béziers*, Lebon p. 509  ; AJDA 2010. 4  ; *ibid.* 142 , chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi  ; D. 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou  ; AJCT 2010. 114, Pratique O. Didriche  ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser  ; *ibid.* 519, note D. Pouyaud  ; RTD com. 2010. 548, obs. G. Orsoni  ; Rev. UE 2015. 370, étude G. Eckert , qui définit précisément l'office du juge du contrat saisi par les parties par voie d'exception (lorsque le litige porte sur l'exécution du contrat), ainsi que celui du même juge saisi par les parties par voie d'action (lorsque le litige porte directement sur la validité même du contrat), et ce, alors que l'affaire en cause, qui relevait de la première catégorie, ne nécessitait pas que le régime afférent à la seconde fût défini. On peut également mentionner la décision *Société fermière de Campoloro et autre* (CE, 18 nov. 2005, n° 271898 , Lebon p. 515  ; AJDA 2006. 137 , chron. C. Landais et F. Lenica  ; *ibid.* 2007. 1218, étude P. Cassia  ; D. 2006. 13  ; RFDA 2006. 341, note P. Bon , qui indique pour la première fois les conditions d'engagement de la responsabilité de l'État pour abstention du préfet à user des pouvoirs dont il dispose en cas de carence d'une collectivité territoriale à exécuter une décision de justice passée en force de chose jugée, alors qu'en l'espèce il s'agissait uniquement d'un litige d'excès de pouvoir dirigé contre le refus d'un préfet de mettre en oeuvre ces pouvoirs.







(32) *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, thèse, préc.










(33) *Ibid.* Encore que, et ainsi que le rappelle ladite thèse, si la règle énoncée à la faveur d'un *obiter dictum* n'est pas


mise en oeuvre pour le litige en cause, elle n'en reste pas moins formulée à l'occasion d'un litige, et servira, on vient de le voir, de fondement pour le dénouement des litiges à venir.

(34) CE, 11 mai 2004, n° 255886 , *Association AC !*, Lebon p. 197  ; AJDA 2004. 1183 , chron. C. Landais et F. Lenica  ; *ibid.* 1049, tribune J.-C. Bonichot  ; *ibid.* 1219, étude F. Berguin  ; *ibid.* 2014. 116, chron. J.-E. Schoettl  ; D. 2004. 1499, et les obs.  ; *ibid.* 1603, chron. B. Mathieu  ; *ibid.* 2005. 26, obs. P.-L. Frier  ; *ibid.* 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire  ; Just. & cass. 2007. 15, étude J. Arrighi de Casanova  ; Dr. soc. 2004. 762, étude P. Langlois  ; *ibid.* 766, note X. Prétot  ; RFDA 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges  ; *ibid.* 454, concl. C. Devys .



(35) CE, 2 sept. 2009, n° 297013 , *Assistance publique de Marseille*, Lebon T. p. 917-949  ; AJDA 2009. 1584 .

(36) CE, 7 oct. 2009, n° 309499 , *Société d'équipement de Tahiti et des Iles*, Lebon T. p. 737-917  ; AJDA 2009. 2480 , note J.-D. Dreyfus  ; *ibid.* 2437, chron. S. Nicinski, E. Glaser et P.-A. Jeanneney  ; *ibid.* 2010. 1062, étude E. Untermaier .

(37) Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC , consid. 83, AJDA 1996. 371 , note O. Schrameck  ; D. 1998. 156 , obs. J. Trémeau  ; *ibid.* 145, obs. J.-C. Car  ; *ibid.* 147, obs. A. Roux  ; *ibid.* 153, obs. T. S. Renoux  ; RFDA 1997. 1, étude F. Moderne .














(38) CE, 29 avr. 2015, n° 387773 , *SAS Clinique d'Occitanie*.







(39) Décision préc. n° 96-373 DC, consid. 85.












(40) Par ex., il a été jugé que les dispositions qui ne permettent de contester la légalité des décisions par lesquelles le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence refuse la protection du secret des affaires ou accorde la levée de ce secret qu'à l'occasion d'un recours contre la décision rendue par l'Autorité sur le fond, font obstacle, le cas échéant, à l'exercice d'un recours ou d'une action en référé contre ces décisions devant le juge compétent, et que, eu égard à l'ampleur et au caractère potentiellement irréversible des effets de ces décisions, et alors même que le préjudice qu'elles sont susceptibles d'occasionner pourrait être réparé par la voie d'une action indemnitaire, ces dispositions portent atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif (CE, 10 oct. 2014, n° 367807, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées*, Lebon  ; AJCA 2014. 386, obs. I. Luc .

(41) CE, 11 juill. 2008, n° 313386 , Lebon T. p. 845-970  ; AJDA 2008. 1413  ; *ibid.* 2025 , concl. A. Courrèges  ; RDI 2008. 461, obs. P. Soler-Couteaux .

(42) CE, sect., 13 nov. 1959, n° 38805, *Secrétaire d'État à la reconstruction et au logement et ministre des Anciens combattants et victimes de la guerre c/ Sieur Bacqué*, Lebon p. 593 ; D. 1960. 332 concl. Heumann.

(43) Concl. O. Henrard sur CE, sect., 5 févr. 2016, n° 383149 , *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport* (Lebon  ; AJDA 2016. 234  ; *ibid.* 479  ; *ibid.* 1120  ; *ibid.* 479, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet , note J.-F. Lafaix  ; D. 2016. 1419 , note M.-C. Vincent-Legoux  ; AJCT 2016. 329, obs. J.-D. Dreyfus  ; RFDA 2016. 301, concl. O. Henrard ). Dans le même sens : « cette solution [celle issue de la décision *Sieur Bacqué*] a ensuite été appliquée aux décisions administratives » (concl. X. de Lesquen sur CE, 26 janv. 2015, n° 373715, *Santarnecchi*) Lebon  ; AJDA 2015. 1130 .







(44) À propos de l'entorse au principe selon lequel une association ayant un ressort national ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation d'une décision ayant un impact seulement local : CE, 4 nov. 2015, n° 375178 , *Association « Ligue des droits de l'homme »*, Lebon p. 375  ; AJDA 2016. 316 , note C. Doubovetzky  ; *ibid.* 2015. 2119  ; AJCT 2016. 222, obs. P. Jacquemoire .






(45) À propos du recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, ouvert par la décision dite *Béziers II* (CE, sect., 21 mars 2011, n° 304806 , *Commune de Béziers*, Lebon p. 117  ; AJDA 2011. 591  ; *ibid.* 670 , chron. A. Lallet  ; D. 2011. 954, obs. M.-C. de Montecler  ; RDI 2011. 270, obs. S. Braconnier  ; AJCT 2011. 291 , obs. J.-D. Dreyfus  ; RFDA 2011. 507, concl. E. Cortot-Boucher  ; *ibid.* 518, note D. Pouyaud .





(46) CE, 26 janv. 2015, *Santarnecchi*, préc.


(47) CE, 31 oct. 2008, n° 315418 , *M^{me} Bensaadoue*, Lebon p. 393  ; AJDA 2008. 2092 .

(48) Décision *Santarnecchi* préc.





(49) CE, 15 nov. 2010, n° 314674 , *Conseil départemental de l'ordre des médecins des Bouches-du-Rhône*, Lebon p. 436  ; AJDA 2010. 2237 . On songe également ici au revirement ayant conduit à faire regarder l'obligation de présenter des moyens d'appel comme non remplie lorsque le requérant se borne à se référer à sa demande de première instance jointe à sa requête (CE, sect., 11 juin 1999, n° 173972-173973-173974, *Office public d'habitations à loyer modéré de la ville de Caen*, Lebon p. 178  ; RDI 1999. 646, obs. F. Llorens  ; RFDA 2000. 331, concl. C. Bergeal ). Il est vrai que cette évolution jurisprudentielle a été consacrée avant que le Conseil d'État accepte, pour la première fois en 2007, de déroger au principe de l'effet rétroactif de la norme prétorienne nouvelle, si bien que son report dans le temps était en tout état de cause difficilement envisageable, mais les conclusions sur cette affaire démontrent, par leur total silence à cet égard, que cette nouvelle obligation spécifique de présenter des moyens d'appel n'a soulevé aucune interrogation sur le point de savoir si la substance du droit au recours en était affectée.










(50) CE, 15 nov. 2012, n° 355755 , *Commune de Cavalaire-sur-Mer*, Lebon p. 384  ; AJDA 2013. 356 , note F. Hoffmann  ; *ibid.* 2012. 2192 .








(51) CE, 10 janv. 2007, n° 280217 , *M^{me} Martinez*, Lebon T. p. 772-1003  ; AJDA 2007. 121  ; AJFP 2007. 195 , (si les motifs de cette décision ne font pas explicitement apparaître cette solution, il n'en va pas de même du fichage au Lebon, qui indique que « la décision opposant la prescription quadriennale peut être contestée par la voie du recours en excès de pouvoir »).

(52) Naturellement, dans le cas opposé, c'est-à-dire celui d'un revirement ayant pour effet de rendre opérant un moyen qui ne l'était pas, la rétroactivité joue tout autant (v. en ce sens, CE, 5 mars 2014, n° 364500 , *Latour*).

(53) Et explicitement de certaines conclusions des rapporteurs publics : « Les choses se présentent différemment lorsque l'évolution des règles - qu'elles soient textuelles ou jurisprudentielles - se traduit par une réduction des moyens recevables ou, comme en l'espèce, opérants, réduction qui, normalement, ne peut être regardée comme affectant la substance du droit de former un recours pour excès de pouvoir » (concl. B. Dacosta sur CE, 13 févr.





2015, n° 373645 , *Communauté d'agglomération d'Epinal*, AJDA 2015. 1219 , note Jean-Eudes Martin-Lavigne  ; *ibid.* 671, étude P. Idoux, S. Nicinski et E. Glaser .

(54) CE, sect., 3 oct. 2008, n° 305420 , *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, Lebon p. 324, concl. B. Dacosta  ; AJDA 2008. 1855  ; *ibid.* 2161 , chron. E. Geffray et S.-J. Liéber  ; *ibid.* 2374, étude P. Cassia  ; RDI 2008. 499, obs. S. Braconnier  ; RFDA 2008. 1128, concl. B. Dacosta  ; *ibid.* 1139, note P. Delvolvé  : caractère opérant des seuls moyens qui sont susceptibles d'avoir lésé le requérant ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.






(55) CE, sect., 27 juill. 2012, n° 347114 , *Labachiche*, Lebon p. 299  ; AJDA 2012. 1548  ; *ibid.* 1845 , chron. X. Domino et A. Bretonneau  ; AJCT 2012. 624, obs. E. Aubin  ; RFDA 2012. 922, concl. C. Landais  : caractère opérant des seuls moyens qui permettent au juge de déterminer les droits de l'intéressé à cette allocation (à l'exclusion, notamment, des moyens de légalité externe).






(56) CE, sect., 20 févr. 1953, n° 9772, *Société Intercopie*, Lebon p. 88.

(57) En ce qu'un requérant qui a présenté, dans le délai de recours contentieux, des moyens se rattachant à une seule cause juridique, n'est pas recevable, après l'expiration de ce délai, à invoquer des moyens se rattachant à l'autre cause juridique, hors le cas du moyen d'ordre public.








(58) CE, 27 juin 2011, n° 339568 , *Conseil départemental de Paris de l'ordre des chirurgiens-dentistes c/ Bessis*, Lebon T. Lebon p. 1106-1131  ; AJDA 2011. 2023 , concl. R. Keller .

(59) AJDA 2016. 1629 , L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet.

(60) CE, 17 déc. 2014, n° 369037 , *Serval*, Lebon p. 392  ; AJDA 2015. 1427 , note A. Claeys  ; *ibid.* 2014. 2501 .

(61) CE, sect., 16 mai 2012, n° 331346 , *Serval*, Lebon p. 225  ; AJDA 2012. 1397 , chron. X. Domino et A. Bretonneau  ; RFDA 2012. 730, concl. C. Roger-Lacan .

(62) Tel n'est pas toujours le cas : la décision dite *Beziers II*, créant de toutes pièces le recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, et autorisant rétroactivement l'exercice de celui-ci, a cependant opposé à la partie qui l'avait formé la tardiveté de sa requête, présentée plus de deux mois à compter de la date à laquelle elle avait été informée de cette mesure (alors que cette partie, à cette date, ignorait certainement qu'il serait ensuite jugé qu'aucun principe ni aucune disposition, notamment pas les dispositions de l'art. R. 421-5 du code de justice administrative, estimées inapplicables, n'imposent qu'une mesure de résiliation soit notifiée avec mention des voies et délais de recours).

(63) CE, sect., 6 juin 2008, n° 283141 , *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*, Lebon p. 204  ; AJDA 2008. 1124  ; *ibid.* 1316 , chron. E. Geffray et B. Bourgeois-Machureau  ; RFDA 2008. 689, concl. J.-P. Thiellay  ; *ibid.* 964, note B. Pacteau .

(64) Confirmant l'application à toutes les instances en cours, y compris à celles engagées avant leur entrée en vigueur, des textes modifiant les règles déterminant la juridiction compétente : CE, 4 mars 2016, n° 389513, *Canale* (solution implicite), Lebon [📄](#) ; AJDA 2016. 933 [📄](#).

(65) CE, 27 janv. 1997, n° 141182 [📄](#), *Comité départemental du Vaucluse de la Fédération française de pétanque et jeu provençal*, Lebon T. p. 667 [📄](#) ; AJDA 1997. 387 [📄](#), concl. R. Abraham [📄](#) ; D. 1998. 32 [📄](#), obs. J.-F. Lachaume [📄](#)). On notera cependant (mais nous sommes en 2005, soit avant *Tropic*) l'application rétroactive de la jurisprudence *Louis* (CE, 28 sept. 2005, n° 266208 [📄](#), Lebon p. 401 [📄](#) ; AJDA 2006. 103 [📄](#), note A.-M. Mazetier [📄](#) ; *ibid.* 2005. 1869 [📄](#) ; *ibid.* 2425, tribune B. Seiller [📄](#) ; D. 2006. 689 [📄](#), obs. J. Penneau [📄](#)) alors que son objet était d'étendre l'obligation de former un RAPO institué par des dispositions législatives ou réglementaires à toutes les personnes justifiant d'un intérêt pour l'exercer, y compris à celles qui ne sont pas mentionnées par ces dispositions (il s'agissait donc, vis-à-vis de ces dernières, d'instaurer un RAPO). Moins d'un an après, le Conseil d'État a été saisi d'un litige soulevant la question de l'application de ce principe au cas des décisions prises en matière d'urbanisme commercial, ce qui a été l'occasion pour lui d'abandonner partiellement ledit principe, plus précisément de le cantonner aux seules décisions prises par les instances ordinales (CE, sect., 10 mars 2006, n° 278220 [📄](#), *Société Leroy-Merlin*, Lebon p. 118 avec les conclusions [📄](#) ; AJDA 2006. 796 [📄](#), chron. C. Landais et F. Lenica [📄](#) ; *ibid.* 681, tribune B. Seiller [📄](#) ; D. 2006. 1237 [📄](#), note H. Gelas [📄](#) ; RFDA 2006. 550, concl. Y. Struillou [📄](#) ; RTD civ. 2007. 72, obs. P. Deumier [📄](#)).

(66) CE, 11 juill. 2008, n° 313386 [📄](#), *Association des amis des paysages bourganiauds*, préc. ; v. égal., CE, 18 juin 2014, n° 376113 [📄](#), *SCI Mounou*, Lebon p. 163 [📄](#) ; AJDA 2014. 1292 [📄](#) ; D. 2014. 1378 [📄](#) ; AJCT 2014. 564, obs. M.-C. Mehl-Schouder [📄](#).

(67) CE, 19 sept. 2007, n° 296192 [📄](#), *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole*, Lebon T. p. 952-1007 [📄](#) ; AJDA 2007. 1781 [📄](#).

(68) CE, 23 déc. 2011, n° 350231 [📄](#), *Département de Guadeloupe*, Lebon T. p. 1021 [📄](#) ; AJDA 2012. 7 [📄](#) ; *ibid.* 442 [📄](#), note P. Cassia [📄](#).

(69) *Le droit transitoire*, 2^e éd., Dalloz, 1960.

(70) CE, ass., 24 mars 2006, n° 288460 [📄](#), *Société KPMG, Société Ernst & Young Audit*, Lebon p. 154 [📄](#) ; AJDA 2006. 1028 [📄](#), chron. C. Landais et F. Lenica [📄](#) ; *ibid.* 841, tribune B. Mathieu [📄](#) ; *ibid.* 897, tribune F. Melleray [📄](#) ; D. 2006. 1224 [📄](#) ; *ibid.* 1190, chron. P. Cassia [📄](#) ; *ibid.* 1226, point de vue R. Dammann [📄](#) ; Rev. sociétés 2006. 583, note P. Merle [📄](#) ; RFDA 2006. 463, concl. Y. Aguila [📄](#) ; *ibid.* 483, note F. Moderne [📄](#) ; RTD civ. 2006. 527, obs. R. Encinas de Munagorri [📄](#).

(71) CE, ass., 8 avr. 2009, n° 271737 [📄](#) et 271782, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, Lebon p. 116 [📄](#) ; AJDA 2009. 676 [📄](#) ; *ibid.* 1090 [📄](#), chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi [📄](#) ; *ibid.* 1747, étude S. Nicinski [📄](#) ; D. 2009. 1209, et les obs. [📄](#) ; RFDA 2009. 449, concl. E. Geffray [📄](#) ; RTD civ. 2010. 58, obs. P. Deumier [📄](#) ; RTD com. 2009. 699, obs. G. Orsoni [📄](#).

(72) T. confl., 9 mars 2015, n° 3984, Lebon p. 499 [📄](#) ; AJDA 2015. 481 [📄](#) ; *ibid.* 1204 [📄](#) ; *ibid.* 601, tribune G. Clamour [📄](#), chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe [📄](#) ; AJCT 2015. 403, obs. J.-D. Dreyfus [📄](#) ; RFDA 2015. 265, concl. N. Escaut [📄](#) ; *ibid.* 273, note M. Canedo-Paris [📄](#) ; RTD com. 2015. 247, chron. G. Orsoni [📄](#).

(73) T. confl., 8 juill. 1963, n° 1804¹, Lebon p. 787².

(74) T. confl., 16 oct. 2006, n° 3506¹, *Caisse centrale de réassurance (CCR) c/ Mutuelle des architectes français*, Lebon p. 640² ; AJDA 2006. 2382³, chron. C. Landais et F. Lenica⁴ ; RFDA 2007. 284, concl. J.-H. Stahl⁵ ; *ibid.* 290, note B. Delaunay⁶ ; RTD com. 2007. 37, obs. G. Orsoni⁷ ; JCP Adm. 2007, 2077, note B. Plessix ; BJCP 2006. 419, concl. J.-H. Stahl.

(75) CE, 17 juin 2015, n° 383203¹, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône*.

(76) Et d'ailleurs, dans ses conclusions sur cette affaire *Rispa*, M^{me} Escaut proposait justement « de n'appliquer cette nouvelle qualification qu'aux contrats signés après la lecture de [la] décision ».


(77) Déjà en ce sens : AJDA 2008. 200¹, note J. Robbe.

(78) L'hypothèse envisagée n'est pas entièrement improbable si l'on songe aux nombreux contrats initialement regardés comme relevant du droit privé, et dont le régime juridique a été rétroactivement modifié par l'application de la jurisprudence dite « *Berkani* », en vertu de laquelle les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi (T. confl., 25 mars 1996, n° 3000¹, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon*, Lebon p. 535² ; AJDA 1996. 399³ ; *ibid.* 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux⁴ ; D. 1996. 598⁵, note Y. Saint-Jours⁶ ; AJFP 1996. 4⁷ ; *ibid.* 5, note P. Boutelet⁸ ; Dr. soc. 1996. 735, obs. X. Prétot⁹ ; RFDA 1996. 819, concl. P. Martin¹⁰), à condition que ce SPA soit géré par une personne publique (T. confl., 14 févr. 2000, n° 3170¹, *Groupement d'intérêt public « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » c/ M^{me} Verdier*, Lebon p. 748² ; AJDA 2000. 465³ ; *ibid.* 410, chron. M. Guyomar et P. Collin⁴ ; D. 2000. 90⁵ ; AJFP 2000. 13⁶ ; *ibid.* 14, obs. J. Mekhantar⁷ ; RTD com. 2000. 602, obs. G. Orsoni⁸).

(79) CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994¹, *Département de Tarn-et-Garonne*, Lebon p. 70, concl. B. Dacosta² ; AJDA 2014. 764³ ; *ibid.* 1035⁴ ; *ibid.* 945, tribune S. Braconnier⁵, chron. A. Bretonneau et J. Lessi⁶ ; D. 2014. 1179, obs. M.-C. de Montecler⁷, note M. Gaudemet et Angélique Dizier⁸ ; RDI 2014. 344, obs. S. Braconnier⁹ ; AJCT 2014. 375¹⁰, obs. S. Dyens¹¹ ; *ibid.* 380, interview S. Hul¹² ; *ibid.* 434, Pratique O. Didriche¹³ ; *ibid.* 2015. 32, Pratique S. Hul¹⁴ ; AJCA 2014. 80, obs. J.-D. Dreyfus¹⁵ ; RFDA 2014. 425, concl. B. Dacosta¹⁶ ; *ibid.* 438, note P. Delvolvé¹⁷ ; RTD com. 2014. 335, obs. G. Orsoni¹⁸ ; Rev. UE 2015. 370, étude G. Eckert¹⁹.

(80) Si cette décision *Tarn-et-Garonne* a ouvert le recours de pleine juridiction à tous les tiers, elle a également restreint l'appréciation de l'intérêt à agir des requérants : seuls sont recevables à saisir le juge du contrat les tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses. Les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ainsi que le préfet échappent naturellement à cette interrogation portant sur leur intérêt à agir, de même que ne leur est pas davantage applicable l'autre apport de cette décision *Tarn-et-Garonne*, qui limite le champ des moyens susceptibles de prospérer (les autres tiers ne peuvent désormais invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office). Il a été jugé que, le nouveau recours *Tarn-et-Garonne* ne trouvant à s'appliquer qu'aux contrats signés à compter de la lecture de cette même décision, ces nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt à agir et à présenter des moyens ne valent également, pour ces tiers, que pour les recours dirigés contre les contrats conclus à compter du 4 avr. 2014 (CE, sect., 5 févr. 2016, n° 383149¹, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport*, Lebon² ; AJDA 2016. 234³ ; *ibid.* 479⁴ ; *ibid.* 1120⁵ ; *ibid.* 479, chron. L. Duthillet de Lamothe et G. Odinet⁶, note J.-F. Lafaix⁷ ; D. 2016. 1419⁸, note M.-C. Vincent-Legoux⁹ ; AJCT 2016. 329, obs. J.-D. Dreyfus¹⁰ ; RFDA 2016. 301, concl. O. Henrard¹¹).



(81) CEDH, 20 oct. 2011, n° 13279/05 , *Nedjet Sahin et Perihan Sahin*, § 57.

(82) CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74 , *Marckx c/ Belgique*, § 58.

(83) CEDH, 8 mars 2012, n° 23228, *Legrand c/ France*, § 34.









(84) CEDH, 23 oct. 2001, n° 57381/00 , *Kozlova et Smirnova c/ Lettonie*.








(85) CEDH, 18 déc. 2008, n° 20153/04, *Unedic c/ France*, § 74, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss .

(86) CEDH, 14 janv. 2010, n° 36815/03 , *Atanasovski c/ « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, § 38, AJDA 2010. 997, chron. J.-F. Flauss .


(87) CEDH, 8 mars 2012, *Legrand c/ France*, préc.

(88) CE, 19 mars 2003, n° 195007 , *Centre hospitalier régional et universitaire de Caen c/ Fistikci*, Lebon p. 138 .





(89) CE, sect., 21 déc. 2007, n° 289328 , *Centre hospitalier de Vienne c/ Joncart*, Lebon p. 546  ; AJDA 2008. 11  ; *ibid.* 135  , chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau  ; RFDA 2008. 348, concl. T. Olson  ; *ibid.* 1023, étude S. Boussard  ; RDSS 2008. 567, obs. D. Cristol .

(90) CE, 22 oct. 2014, n° 368904 , *Centre hospitalier de Dinan*, Lebon p. 316  ; AJDA 2015. 292 , note A. Minet  ; *ibid.* 2014. 2095  ; D. 2015. 2283, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon  ; RDSS 2014. 1159, obs. D. Cristol .

(91) En pratique donc, l'indemnisation dont a bénéficié la victime a certes été moins élevée que celle qui aurait résulté de l'application exclusive de l'ancienne règle jurisprudentielle (en vertu de laquelle cette victime aurait perçu une indemnité couvrant l'intégralité des préjudices constatés), mais elle a néanmoins été plus importante que celle acquise si la nouvelle règle jurisprudentielle avait pleinement rétroagi (car, outre l'indemnité due au titre de la perte de chance, c'est-à-dire la seule à laquelle une victime peut désormais prétendre en ce cas, la victime a conservé la somme versée en exécution du premier jugement, couvrant partiellement les préjudices constatés).

(92) CE, 15 mars 2013, n° 337496 , *M. et M^{me} Moret*.

(93) *Les grands arrêts du contentieux administratif*, n° 69.

(94) Sur ce point : CE, sect., 11 janv. 1991, n° 90995, SA « *Morgane* », Lebon p. 9  ; AJDA 1991. 149  ; *ibid.* 111, chron. E. Honorat et R. Schwartz  ; RFDA 1991. 652, concl. M.-D. Hagelsteen .

(95) Ainsi, à propos des conventions d'occupation du domaine public conclues sur le fondement de l'art. L. 46 du code des postes et des communications électroniques, il a été jugé que tout tiers est recevable à former à leur rencontre un recours de pleine juridiction, mais le Conseil d'État n'a pas modulé dans le temps cette règle, qui n'a pas été considérée comme opérant un revirement, puisqu'il s'est simplement agi de faire application et non d'étendre le recours déjà organisé par la jurisprudence *Département de Tarn-et Garonne* à un type de contrat particulier, conclu postérieurement à cette décision (CE, 2 déc. 2015, n° 386979, *École centrale de Lyon*, Lebon T. p. 667-756-803 ; AJDA 2016. 736, note C. Roux ; *ibid.* 2015. 2350 ; AJCT 2016. 266, obs. R. Bonnefont).

(96) CE, 6 mai 2015, n° 375036, *Caous*, Lebon p. 163 ; AJDA 2015. 959 ; *ibid.* 1545, note D. Connil.

(97) On notera cependant que le Rapport *Molfessis* recommande que, devant la Cour de cassation, les observations des parties soient sollicitées selon la procédure de l'art. 1015 du code de procédure civile, lequel, en tant qu'il dispose que le président de la formation ou le conseiller rapporteur doit aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office, constitue l'équivalent judiciaire de l'art. R. 611-7 du code de justice administrative.

(98) CE, 12 mai 2010, n° 325657, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, Lebon T. p. 627-919-988-1000 ; Dr. soc. 2010. 1131, obs. J. Barthélémy.

(99) Ces exigences sont nécessairement remplies, et la proposition qui suit sans objet, lorsque la règle jurisprudentielle nouvelle est consacrée par une décision annulant un jugement ou arrêt et que le Conseil d'État renvoie ensuite l'affaire au juge du fond, devant lequel les parties pourront ainsi échanger sur cette nouvelle base.

(100) CE, sect., 19 avr. 2013, n° 340093, *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême*, Lebon p. 105 ; AJDA 2013. 823 ; *ibid.* 1276, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; RTD civ. 2013. 561, obs. P. Deumier.



(101) Mais les commentateurs avisés de cette décision n'ont pas manqué de rattacher cette obligation au souci de loyauté du procès administratif (chron. préc. AJDA 2013. 1276).

(102) En l'espèce, était intervenue la décision Béziers I précitée, en vertu de laquelle l'irrégularité d'un contrat n'entraîne pas invariablement le constat de sa nullité, si bien qu'il s'agissait alors de faire débattre les parties sur le terrain de la responsabilité contractuelle alors que, croyant le contrat frappé de nullité au regard de la règle jurisprudentielle ancienne, elles avaient uniquement débattu sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle et sur celui de la responsabilité quasi-délictuelle.


(103) On retrouve ici la méthode préconisée plus haut.

(104) Concl. V. Dumas sur CE, sect., 16 juill. 2014, n° 355201, *M. Freddy G.*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 2014. 1460 ; *ibid.* 1701, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; AJFP 2015. 110, Commentaire J. Fialaire ; AJCT 2014. 625, obs. C. Logéat ; RFDA 2014. 924.

(105) Par ex., à l'occasion du revirement plaçant les autorités consulaires en situation de compétence liée pour refuser un visa d'entrée en France demandé par un étranger sous le coup d'un arrêté expulsion encore en vigueur (CE, 10 janv. 2007, n° 277418, *Rennou*, Lebon p. 4 ; AJDA 2007. 810, concl. M. Guyomar, qui revient sur : CE, 25 oct. 2000, n° 212311, *Khlaïlia*, Lebon p. 459), il est probable qu'une information des parties sur cette évolution aurait conduit le requérant à compléter son argumentation en présentant en outre les seuls moyens

opérants en cas de compétence liée, c'est-à-dire ceux tendant à remettre en cause l'existence même de celle-ci, notamment au regard du droit international (en effet, afin de vérifier si l'administration se trouve en situation de compétence liée, il appartient au juge de statuer sur les moyens tirés de la méconnaissance de stipulations internationales : CE, 4 oct. 2000, n° 200724 , *Bertin*, Lebon p. 384 ). Il convient, inversement, de relever que la nature même de certains revirements rend parfaitement inutile toute réorientation des débats : c'est le cas lorsque leurs écritures présentées sur la base de l'ancienne jurisprudence peuvent être réutilisées pour l'application de la nouvelle sans que leur portée s'en trouve ainsi réduite (on songe, notamment, aux revirements portant sur la nature du contrôle exercé par le juge sur les motifs d'une décision ou encore ceux qui, en matière indemnitaire, abandonnent l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de la puissance publique).

(106) X. Domino, « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Nouv. Cah. Cons. const.* 2014/3, n° 44, p. 35-47.

(107) *Chron. préc.* AJDA 2013. 1276 .

(108) Le cas échéant en confiant, en outre, à l'*amicus curiae* une mission d'ordre général sur ce point.

Copyright 2025 - Dalloz – Tous droits réservés