

CHRONIQUE

Le lien territorial
Jean-Marie Pontier

618

JURISPRUDENCE

• Organes des collectivités locales

Quel est l'organe compétent en matière d'attribution de logements de fonction ?
Conclusions Vincent Daumas

625

• Domaines public et privé des collectivités locales

Une personne publique pouvait-elle décider de ne pas autoriser le déploiement du réseau d'un opérateur de communications électroniques ?
Conclusions Nathalie Escaut

628

• Services publics locaux

En cas de déclaration d'illégalité de la délibération fixant le tarif de l'eau, la collectivité locale peut-elle adopter une nouvelle délibération avec effet rétroactif ?
Conclusions Marie-Astrid de Barmon
Observations Sébastien Ferrari

633

• Fonction publique territoriale

La faute d'un agent public peut-elle être établie par le rapport d'un détective privé ?
Conclusions Vincent Daumas

645

Un suicide, ou une tentative de suicide, peut-il être un accident de service ?
Conclusions Vincent Daumas

658

...

Table des matières thématique

CHRONIQUE

- Le lien territorial618

JURISPRUDENCE

Organes des collectivités locales

- CE 16 juillet 2014, *Commune de Plan-de-Cuques*.....625

Domaines public et privé des collectivités locales

- CE 2 juillet 2014, *Société Colt Technology Services*.....628

Services publics locaux

- CE S. 28 avril 2014, *Mme Anchling et autres*.....633

Fonction publique territoriale

- CE 16 juillet 2014, *M. Freddy G*.....645
- CE 16 juillet 2014, *Mme G*.....658

Finances publiques locales

- CE 16 juillet 2014, *Ministre chargé du Budget c/ Commune de Cherbourg-Octeville*.....666

Contentieux des collectivités locales

- TC 16 juin 2014, *Société d'exploitation de la Tour Eiffel c/ Société Séchaud Bossuyt et autres*.....673
- CE 23 juillet 2014, *Commune de Vendranges*680

- BRÈVES DE JURISPRUDENCE 686

- L'OFFICIEL EN BREF..... 690

- MODÈLE D'ACTE..... 695

Bernard Poujade

Professeur agrégé à l'Université
Paris Descartes
Avocat au Barreau de Paris

Mattias Guyomar

Conseiller d'État
Professeur associé à l'Université de Paris XI

Édouard Geffray

Maître des requêtes au Conseil d'État

Michel Degoffe

Professeur agrégé à l'Université
Paris Descartes

et

Jean-Claude Bonichot

Conseiller d'État

Xavier Cabannes

Professeur à l'Université Paris-Descartes

Claire Cornet

Administrateur territorial

Lionel Fourny

Ancien Directeur général des services du département de la Moselle
– Président de l'Association des directeurs généraux et directeurs
général adjoints des services des départements et régions

Laetitia Janicot

Professeur agrégé à l'Université de Cergy-Pontoise

Christian Pisani

Notaire, SCP Durant des Aulnois Pisani Thabeault & Dubost

Olivier Ritz

Conseiller du comité de direction de la Caisse des dépôts

Rémy Schwartz

Conseiller d'État
Professeur associé à l'Université de Paris I

François Séners

Maître des requêtes au Conseil d'État

Christophe Soulard

Conseiller à la Cour de cassation – Professeur associé à l'Université
de Lorraine

Laurent Touvet

Conseiller d'État

Le Grand Paris

La loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (Maptam) a prévu la création au 1^{er} janvier 2016 de la Métropole du Grand Paris (MGP), englobant les 124 communes de Paris et des départements de la Petite Couronne. Elle a prévu dans le même temps la dissolution des EPCI (Établissements Publics de Coopération Intercommunale) existant en son sein, et la création d'un échelon intermédiaire sans véritable autonomie entre les communes et la MGP, les « territoires ».

Le Premier ministre vient d'ailleurs de rappeler que la disparition des conseils généraux situés dans le périmètre de la Métropole du Grand Paris s'imposait « avec évidence ».

Beaucoup aspirent en effet à ce que la gouvernance de cette aire métropolitaine se dessine plus rapidement et que le rôle de chaque collectivité soit clarifié.

Le Premier ministre a évoqué le financement d'un projet phare, à savoir Grand Paris Express, grand métro périphérique de la banlieue parisienne, confirmant le versement de 1,4 milliard d'euros pour les transports dans le cadre du contrat de plan État région 2015-2020.

Mais ce projet, qui va avoir un impact sur de nombreuses communes, lieux d'implantation des futures gares, est paradoxalement encore peu pris en compte par ces dernières, faute de concertation ou faute d'initiative locale ; or, la politique urbaine de ces communes sera nécessairement affectée et il est nécessaire de tirer profit de cette opportunité.

Comme pour le reste de notre pays, mais sans doute encore plus compte tenu des enjeux majeurs en terme d'attractivité, il y a urgence à doter le Grand Paris d'institutions efficaces.

Bernard POUJADE

En cas de déclaration d'illégalité de la délibération fixant le tarif de l'eau, la collectivité locale peut-elle adopter une nouvelle délibération avec effet rétroactif ?

Résumé

La collectivité locale est habilitée à fixer rétroactivement le montant d'une redevance pour service rendu lorsque la délibération tarifaire initiale a été déclarée illégale par le juge administratif.

Toutefois, la nouvelle délibération doit être adoptée dans le respect des motifs constituant le support nécessaire du jugement déclarant la première délibération illégale. Elle ne peut ainsi avoir pour effet de valider les titres exécutoires émis sur le fondement de la délibération illégale. L'objet d'une telle délibération doit se limiter, pour le passé, à la régularisation de la situation des usagers ayant contesté les montants de redevance irrégulièrement mis à leur charge.

Tarif de l'eau ■ Déclaration d'illégalité de la délibération fixant le montant du tarif de l'eau ■ Conséquence ■ Habilitation de la collectivité locale à adopter une nouvelle délibération avec effet rétroactif ■ Portée de la nouvelle délibération ■ Détermination, dans le respect des motifs constituant le support nécessaire de la déclaration d'illégalité, du tarif ■ Existence.

CE S. 28 avril 2014, *Mme Anchling et autres*, req. n° 357090 – M. Odinet, Rapp. – Mme de Barmon, Rapp. public – SCP Coutard, Munier-Apaire, SCP Didier, Pinet, Av.

► Décision qui sera publiée au Recueil Lebon.

Conclusions

Marie-Astrid de Barmon, rapporteur public

Les habitants de la commune de Mittersheim estiment que le Syndicat intercommunal des eaux de Domnom-lès-Dieuze (le SIEDD) a rompu l'égalité entre usagers du service public de l'eau en leur appliquant un tarif plus élevé qu'aux abonnés des autres communes membres du syndicat. Environ trois cents d'entre eux ont contesté devant le tribunal d'instance de Château-Salins les titres exécutoires émis par le syndicat correspondant à leurs factures d'eau des premier et second semestres 2003.

Le juge judiciaire a sursis à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative se soit prononcée sur la validité de six délibérations fixant le prix

de l'eau, adoptées par le SIEDD entre avril 1988 et mars 1993. Saisi de cette question préjudicielle, le tribunal administratif de Strasbourg a déclaré les six délibérations illégales par un jugement du 10 novembre 2005, non pas pour méconnaissance du principe d'égalité entre les usagers, mais pour un vice de procédure, le conseil syndical n'ayant pas délibéré à la majorité de ses membres. Par des jugements du même jour, confirmés en appel, le tribunal administratif, se prononçant cette fois-ci sur des recours pour excès de pouvoir contre des décisions de refus d'abrogation des délibérations, a toutefois jugé que le tarif supérieur réclamé

aux usagers de Mittersheim était justifié par leur différence de situation, cette commune et sa zone touristique devant être approvisionnées en eau à partir d'une autre source que celle de Domnom-lès-Dieuze.

Le syndicat des eaux a entendu tirer les conséquences de ces jugements. Par une délibération du 16 mars 2006, il a décidé « qu'il n'y avait pas lieu de revenir sur la facturation passée et de procéder à quelque réajustement que ce soit d'une part, et de maintenir le prix de l'eau tel qu'il a été arrêté et facturé aux différents usagers sur la période du 11 avril 1988 au 31 décembre 2003 d'autre part ».

Le tribunal d'instance de Château-Salins s'est prononcé après l'adoption de cette délibération. Il a cependant estimé qu'un acte administratif ne pouvant ni avoir d'effet rétroactif ni couvrir une illégalité déclarée par le juge administratif, la délibération de 2006 ne pouvait, pas plus que les délibérations initiales, être le fondement légal des titres en litige. Il a été d'avis que devait être appliquée la dernière délibération légale datant de 1988 et a ordonné la rectification des titres en découlant.

La Cour de cassation a toutefois annulé ses jugements au motif que le tribunal d'instance avait ainsi porté une appréciation sur la régularité de la délibération du 16 mars 2006 et sur son caractère rétroactif qui relevait de la seule compétence du juge administratif. Elle a renvoyé les parties devant le tribunal d'instance de Metz, qui les a invitées à poser au juge administratif la double question suivante, tenant à la fois du recours en interprétation et en appréciation de validité : cette délibération est-elle entachée d'irrégularités et a-t-elle un caractère rétroactif ?

Le tribunal administratif de Strasbourg a répondu que le syndicat avait pu légalement adopter une délibération fixant rétroactivement la tarification de l'eau pour les années 1988 à 2003. Vous êtes régulièrement saisis de l'appel formé par les usagers requérants contre son jugement, dont il vous appartient de connaître en vertu de l'article R. 321-1 du code de justice administrative.

À l'appui de leur requête, les requérants soutiennent que la délibération du 16 mars 2006 est entachée d'une rétroactivité illégale. C'est ce moyen qui a justifié que cette affaire soit portée devant votre formation de jugement, car il vous donne l'occasion de vous prononcer sur la question inédite de la légalité d'une délibération fixant rétroactivement le montant d'une redevance pour service rendu, lorsque la délibération tarifaire initiale n'a pas été annulée mais a seulement été déclarée illégale.

Il vous faut au préalable prendre parti sur l'interprétation de la délibération en litige, comme vous y invite le juge judiciaire. Ses termes ne sont pas d'une grande clarté mais il ne fait aucun doute qu'elle doit être regardée

comme rétroactive, ainsi que l'a jugé le tribunal administratif. C'est ce qu'affirme l'auteur de la décision lui-même et tant le contexte judiciaire de son adoption que la décision distincte du même jour de relever les tarifs de l'eau pour l'avenir, confirment sans ambiguïté l'intention du syndicat de fixer le tarif de l'eau pour la période allant de 1988 à 2003. La portée rétroactive de la délibération ne fait d'ailleurs pas débat. C'est la légalité de cette rétroactivité que contestent vivement les requérants et qu'il vous revient maintenant d'apprécier.

I. Dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir, votre jurisprudence sur la rétroactivité des délibérations tarifaires est bien établie. Le principe de non-rétroactivité des actes réglementaires, dégagé précisément à propos de la fixation des tarifs d'électricité par votre décision d'Assemblée *Société du Journal L'aurore*¹, en demeure une pierre angulaire. La fixation rétroactive de tarifs de services publics reste, par principe, illégale, et vous n'hésitez pas à appliquer cette règle avec une certaine rigueur. Vous avez, par exemple, jugé qu'une délibération modifiant en cours d'année le tarif des redevances d'eau potable applicable à cette année était affectée en sa totalité d'une rétroactivité illégale² ou encore censuré des délibérations fixant le tarif de l'eau devant s'appliquer à compter du prochain relevé des compteurs, dès lors qu'elles se seraient appliquées à des consommations d'eau effectuées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle tarification³.

Votre jurisprudence a toutefois apporté des tempéraments au principe de non-rétroactivité. Vous jugez qu'un acte réglementaire peut et même doit disposer pour le passé lorsque sa rétroactivité est la seule manière de régulariser *a posteriori* une situation illégale résultant d'un vide juridique. En l'absence de toute mesure antérieure fixant le prix réglementé d'un service

ou les paramètres de calcul de la rémunération d'un agent public, l'autorité réglementaire est tenue de conférer une portée rétroactive à ses actes⁴.

Dans le même esprit, vous admettez que des règlements relatifs à la fixation de tarifs ou de cotisations s'appliquent rétroactivement à une période pour laquelle la réglementation n'était pas inexistante, mais l'est devenue à la suite d'une annulation par le juge administratif⁵. En exécution de votre décision *SA GDF Suez et ANODE*⁶ du 10 juillet 2012 annulant les tarifs du gaz, vous avez même enjoint aux ministres de prendre un nouvel arrêté fixant rétroactivement ces tarifs pour la période couverte par l'annulation⁷.

Lorsque sont en cause les montants de redevances pour service rendu, vous justifiez la rétroactivité par l'obligation d'assurer la continuité du service délivré en contrepartie, impératif incompatible avec la persistance d'un vide juridique⁸.

La légalité de la fixation rétroactive de tarifs est ainsi subordonnée au constat d'un vide juridique, qu'il résulte de l'omission d'adopter les mesures réglementaires requises ou de leur annulation pour excès de pouvoir.

C'est d'ailleurs pourquoi, dans ce second cas de figure, la rétroactivité n'est admise que si l'annulation du règlement initial n'a pas pu faire revivre un règlement antérieur légal auquel il s'était substitué. L'acte annulé pour excès de pouvoir est réputé n'avoir jamais abrogé les disposi-

⁴ Voyez votre décision de Section du 11 janvier 1952, *Lesueur et autres*, req. n° 2601 : Rec., p. 29 ; et vos décisions d'Assemblée du 8 mars 1967, *Caisse régionale de sécurité sociale de Paris*, req. n° 66363 : Rec. p. 108, et du 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, req. n° 08003 : Rec., p. 41.

⁵ 20 janvier 1988, *Ministre c/ Syndicat des exploitants agricoles d'Arles et de Berre*, req. n° 59984 : Rec., p. 18 ; s'agissant des tarifs de l'eau, voyez vos décisions du 19 avril 2000, *Commune de la Bresse*, req. n° 157920 et du 9 avril 2004, *M. Escurat*, req. n° 252988 : inédites ; ou de redevances aéroportuaires pour services rendus, CE 19 mars 2010, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA)*, req. n° 305047 : Rec., T., p. 622.

⁶ À publier au Recueil.

⁷ Req. n° 353356.

⁸ Décisions *Commune de la Bresse, Escurat et SCARA*, préc.

¹ 25 juin 1948 : Rec., p. 289 ; *GAJA*, 18^e éd. n° 60.

² 18 mars 1988, *Commune de Poggio-Mezzana*, req. n° 67695 : Rec., T., p. 605.

³ CE 11 juin 1993, *Commune de Rai*, req. n° 112810 : Rec., T., p. 592.

tions antérieures qu'il remplaçait. Par conséquent, avant d'admettre la fixation rétroactive des tarifs par un nouvel acte, vous recherchez si le tarif en vigueur immédiatement avant le tarif annulé peut recevoir une application prolongée pendant la période concernée par l'annulation ; en cas de réponse positive, vous accordez le cas échéant, en plein contentieux, la décharge de la différence résultant de l'application de ces deux tarifs⁹. Si au contraire la réglementation tarifaire antérieure n'a été adoptée que pour une période précise déjà arrivée à son terme, par exemple pour une seule année, l'annulation de la délibération établissant le prix de l'eau n'a pas pour effet de faire revivre les tarifs de l'année précédente, devenus caducs, et l'autorité compétente est fondée à fixer rétroactivement le montant de la redevance¹⁰.

En recours pour excès de pouvoir, réalisme économique et pragmatisme juridique se rejoignent ainsi heureusement pour justifier des entorses au principe de non-rétroactivité lorsque les impératifs de continuité du service public l'exigent. Une telle dérogation est-elle possible dans le cas particulier où le règlement tarifaire n'est pas annulé pour excès de pouvoir mais déclaré illégal dans le cadre d'un recours sur renvoi de l'autorité judiciaire ?

II. A) La réponse affirmative apportée par le tribunal administratif à cette question se heurte à première vue aux fondements mêmes de l'exception d'illégalité. Comme vous le savez, la déclaration d'illégalité d'un acte réglementaire, qu'elle intervienne en réponse à une question préjudicielle du juge judiciaire ou à une exception d'illégalité soulevée de manière incidente dans un litige relevant de la compétence du juge administratif, n'emporte pas les mêmes effets que l'annulation pour excès de pouvoir.

Alors que l'acte annulé pour excès de pouvoir disparaît rétroactivement et que son invalidation vaut *erga omnes*, l'acte dont l'illégalité a été reconnue

par voie d'exception n'est pas anéanti ; ses effets s'en trouvent seulement paralysés à l'égard des requérants qui ont excipé de son irrégularité, sans que ce constat fasse obstacle à son application dans d'autres espèces. L'acte déclaré illégal ne peut plus recevoir application à l'avenir¹¹. Mais il subsiste intact dans l'ordonnement juridique, comme l'affirme explicitement votre décision *SA Transolver Service*¹². Vous en avez déduit dans votre décision d'Assemblée *Bargain* qu'une exception d'illégalité d'un acte réglementaire reconnue fondée par le juge n'a pas pour effet de faire revivre rétroactivement les dispositions abrogées par ce texte¹³.

La déclaration d'illégalité ne crée donc à proprement parler aucun vide juridique justifiant une réglementation rétroactive, puisque l'acte entaché d'illégalité lui survit. Mais elle rend inapplicable à la fois le texte antérieur légal et les dispositions illégales : dans notre affaire, en l'absence de délibération rétroactive, il n'y a plus aucun tarif légalement applicable. La combinaison des jurisprudences *Ponard* et *Bargain* aboutit à un faux vide qui cache une véritable situation de blocage, insatisfaisante dans ses conséquences juridiques et pratiques.

B) En effet, la déclaration d'illégalité d'un règlement tarifaire a paradoxalement des effets plus radicaux que son annulation contentieuse.

Alors qu'en recours pour excès de pouvoir, comme on l'a vu, l'annulation fait revivre la tarification antérieure ou autorise l'adoption d'une réglementation rétroactive, selon les cas, la déclaration d'illégalité prive la redevance de toute base réglementaire légale. Lorsque le tarif initial a été invalidé pour un motif de pure forme, l'usager requérant ne peut espérer d'un recours pour excès de pouvoir, dans le meilleur des cas, qu'une décharge partielle du montant facturé si un tarif antérieur plus faible lui est appliqué, et peut ne rien obtenir du tout s'il se voit appliquer rétroactivement le même tarif. Pour un

vice de forme identique, la déclaration d'illégalité devrait en principe lui permettre d'obtenir la décharge totale de l'obligation de payer.

Il en découle deux difficultés. La première, d'ordre juridique, a été mise en exergue par le président Genevois dès 1981¹⁴ : un usager mécontent a intérêt à ne pas attaquer la réglementation tarifaire par voie d'action, pour la contester ultérieurement par voie d'exception, à l'occasion de recours dirigés contre les titres exécutoires émis à son encounter.

La seconde est d'ordre pratique : la déclaration d'illégalité empêche le jeu de votre jurisprudence dégagée dans le contentieux de l'annulation pour prévenir les conséquences de l'absence de tarif légal sur la continuité du service public. Or, un contentieux massif peut faire peser une menace réelle sur l'équilibre des finances de l'autorité qui en a la charge, comme l'illustre la présente affaire. L'exception d'illégalité étant perpétuelle, un vice de forme dont les conséquences juridiques n'auraient pas été purgées dans le délai de recours contentieux peut fragiliser sa situation financière sans autres limites temporelles que l'adoption d'une nouvelle délibération pour l'avenir et le jeu de la prescription sur les titres émis antérieurement. Une déclaration d'illégalité aux effets démultipliés par le nombre de recours, ou demain par une « class action », laisse ainsi planer une incertitude plus attentatoire à la sécurité juridique qu'une annulation pour excès de pouvoir.

C) Vous pourriez certes être tentés de maintenir votre jurisprudence en l'état et de vous en remettre à l'intervention du juge judiciaire.

Vous n'êtes, il est vrai, pas juge du principal dans les litiges relatifs à l'exécution des contrats d'abonnement conclus entre les usagers et l'autorité exploitant le service public industriel et commercial de fourniture d'eau potable, contrats de droit privé qui relèvent de la seule compétence du

⁹ CE S. 6 octobre 1972, *Ville de Bourges c/ Dame Plagne*, req. n° 80837 : Rec., p. 617.

¹⁰ Décisions *Commune de la Bresse et Ecurat*, préc.

¹¹ CE S. 14 novembre 1958, *Sieur Ponard*, req. n° 35399 : Rec., p. 554.

¹² CE 27 mai 2002, req. n° 227338 : Rec., p. 176.

¹³ 18 janvier 1980, req. n° 14397 : Rec., p. 29.

¹⁴ Cf. sa note à l'*A/JDA* du 20 septembre 1981 sur la décision d'Assemblée *Ordre des architectes* : Rec., p. 429.

juge judiciaire comme vous le jugez de manière constante ¹⁵.

Cependant, les voies de droit civil que peut emprunter la collectivité, son concessionnaire ou son fermier pour obtenir la restitution de la contrepartie financière du service effectivement rendu à l'utilisateur ne sont pas entièrement satisfaisantes.

La voie de l'enrichissement sans cause est fermée dans l'hypothèse qui nous occupe. L'action *de in rem verso* se heurte à un double obstacle. D'une part, l'existence de rapports contractuels entre le fournisseur d'eau et l'utilisateur exclut tout enrichissement sans cause ¹⁶. D'autre part, l'illégalité de la délibération tarifaire est une faute de l'appauvri qui empêche qu'une action intentée sur ce terrain soit couronnée de succès ¹⁷.

Surtout, les conséquences de la déclaration d'illégalité de la délibération tarifaire sur la solution du litige devant le juge judiciaire apparaissent incertaines. La jurisprudence de la Cour de cassation n'est guère fournie sur cette question et il nous faut avouer que nous ne la trouvons pas claire comme de l'eau de roche.

La seule certitude est qu'elle a explicitement repris à son compte votre jurisprudence *Bargain* en refusant à une entreprise le bénéfice du tarif de distribution de l'eau en vigueur avant l'intervention de l'acte déclaré illégal ¹⁸.

Elle juge que les usagers d'un service public, qui sont des tiers au contrat d'affermage ou de concession du service de distribution d'eau confié à un syndicat intercommunal, ne peuvent utilement exciper, après l'expiration du

délai de recours contentieux, que de l'illégalité des clauses tarifaires elles-mêmes, et non des vices entachant les conventions d'affermage dans laquelle ces clauses sont insérées ¹⁹. L'illégalité des tarifs eux-mêmes semble entraîner la nullité du contrat d'abonnement et la décharge intégrale des sommes facturées à l'utilisateur. Dans les autres cas, la déclaration d'illégalité du contrat d'affermage n'a aucune incidence sur l'exécution du contrat d'abonnement, contrat de droit privé juridiquement distinct, de sorte que les redevances réclamées sont dues par l'utilisateur ²⁰. Cette ligne jurisprudentielle apparaît comme toute équilibrée. Mais elle se déduit de décisions éparses et c'est surtout la doctrine civiliste qui leur donne cette cohérence ²¹. Elle mériterait d'être confirmée par un arrêt de principe. En attendant, les positions divergentes des juges du fond témoignent d'un certain embarras quand il s'agit de tirer les conséquences des déclarations d'illégalité de règlements tarifaires.

Au total, l'état actuel du droit contraint l'autorité réglementaire à exercer des voies de droit civil difficilement praticables car elles exigent de multiplier les instances individuelles pour réparer les conséquences de l'illégalité d'un acte réglementaire. En cas d'illégalité des clauses tarifaires, le juge civil n'a d'autre choix que de remettre en cause la relation contractuelle. La collectivité ou son délégataire ne peuvent alors récupérer le montant de la redevance, alors que tel aurait pu être le cas si la délibération illégale avait été annulée.

On le voit, la déclaration d'illégalité produit paradoxalement des effets plus importants que ceux de l'annulation pour excès de pouvoir, que ce soit devant le juge administratif, en faisant obstacle au remplacement de

l'acte inapplicable par un acte antérieur valide ou par une nouvelle délibération tarifaire, ou dans le règlement au fond du litige devant le juge judiciaire. Or, ce constat s'inscrit en porte-à-faux avec votre jurisprudence sur l'exception d'illégalité, tout entière sous-tendue par l'objectif légitime de limiter les effets d'une irrégularité qui n'est révélée qu'après que l'acte qui en est entaché est devenu définitif.

Pour ces motifs, l'option du *statu quo* nous semble devoir être écartée. Sans empiéter sur la compétence du juge judiciaire, ce que nous ne saurions vous suggérer, sa jurisprudence n'interdit pas d'explorer, dans les limites de votre compétence, des solutions plus globales de nature à simplifier et unifier un contentieux écartelé entre les deux ordres de juridictions. Deux autres solutions sont envisageables :

- la première consiste à assimiler les effets de la déclaration d'illégalité et de l'annulation, en faisant revivre les dispositions du règlement antérieur auquel s'était substitué le règlement déclaré illégal ;
- la seconde consiste à admettre la légalité d'une délibération fixant rétroactivement le tarif d'une redevance pour service rendu.

III. Les requérants militent en faveur de la première solution. Ils vous encouragent à juger que la déclaration d'illégalité des délibérations tarifaires fait revivre l'ancienne tarification, illégalement abrogée. Celle-ci peut alors à nouveau produire effet, pour autant qu'elle ne soit pas devenue caduque, aussi longtemps que n'y est pas substitué un nouveau règlement légal.

A) Cette thèse implique de revenir sur votre jurisprudence *Bargain*. Elle a ses défenseurs, et non des moindres : le président Genevois a marqué ses distances avec la solution retenue par cette décision d'Assemblée et se félicitait dans une note à l'AJDA du 20 septembre 1981 de l'évolution jurisprudentielle qu'il décelait dans la décision *Ordre des architectes*, rendue un an plus tard ²². Les professeurs

¹⁵ CE S. 13 janvier 1961, *Département du Bas-Rhin* : Rec., p. 38 ; 13 mars 1998, *Vindevogel* : req. n° 190751 ; 30 décembre 2002, *Commune de Quaix-en-Chartreuse*, req. n° 241240 : Rec., p. 495 ; voyez également les arrêts du Tribunal des conflits *Thomas* du 19 février 1990, req. n° 2589 : Rec., T., p. 618, et pour un service intercommunal de distribution d'eau, *Berger* du 22 juin 1992 : Rec., T., p. 840.

¹⁶ Com. 4 novembre 1982, au *Bull.* n° 331.

¹⁷ Voir, par exemple, Com. (1^{re} ch. civ.) 15 décembre 1998, au *Bull.* civ. I, n° 363 ; Com. 18 mai 1999, au *Bull.* civ. IV n° 104 ; pour une application en matière de distribution d'eau, dans une hypothèse différente de la nôtre, voyez les arrêts de la Cass. civ. (1^{re} ch.) du 17 octobre 2007, 05-11.257, diffusée et de la ch. com. du 3 avril 2012, 10-19.074, diffusée.

¹⁸ Cass. civ. (1^{re} ch.) 30 juin 2004 : *Bull.* I, n° 196.

¹⁹ Voyez les arrêts de la 1^{re} ch. civ. du 6 février 2001 : *Bull.* civ. I, n° 27 p. 18 et du 18 septembre 2002 : *Bull.* civ. I, n° 208, p. 160.

²⁰ Cass. civ. (1^{re} ch.) 30 juin 2004 : *Bull.* I, n° 197 ; Cass. civ. (1^{re} ch.) 11 janvier 2005, n° 03-12.591, diffusée ; Cass. civ. (1^{re} ch.) 22 février 2005, n° 03-12.711, diffusée.

²¹ Notes du doyen Renard-Payen et du professeur Gaudemet sur l'arrêt du 18 septembre 2002 (Cass. civ. (1^{re} ch.), *Association des consommateurs de la Fontaulière et autres c/ Société Saur France* : *CJEG* n° 595, février 2003.

²² 29 avril 1981, req. n° 12851 : Rec., p. 197.

Chapus ²³ et Seiller ²⁴ appellent plus ouvertement encore de leurs vœux un abandon de la solution consacrée dans la décision *Bargain*.

Inspirés par la préoccupation de ne pas paralyser l'action administrative, ils vous invitent à dépasser l'obstacle logique qui vient de la survivance de l'acte illégal dans l'ordonnancement juridique. L'acte entaché d'illégalité étant inapplicable, il serait concevable de le traiter comme s'il avait été annulé, pour éviter ce qui s'apparente dans les faits à un vide juridique. Cette thèse repose aussi sur l'idée qu'il est indifférent que l'illégalité ait été révélée dans le cadre d'un recours en appréciation de légalité ou d'un recours pour excès de pouvoir. Elle privilégie le principe de légalité. À l'appui de cette solution, le président Genevois a proposé un raisonnement juridique subtil : il consiste à affirmer que l'illégalité du règlement implique celle de ses dispositions abrogatives qui se trouveraient elles-mêmes paralysées dans leurs effets, ce qui aurait pour conséquence de faire revivre la réglementation irrégulièrement abrogée. L'illégalité du règlement contaminerait ses dispositions abrogatives qui ne pourraient plus être appliquées, ouvrant la voie à la remise en vigueur du règlement antérieur.

B) Pour séduisant qu'il soit, nous ne vous proposons pas de reprendre ce raisonnement à votre compte.

1) Il revient inéluctablement à faire produire à la déclaration d'illégalité les mêmes effets qu'une annulation. Or, il n'est pas souhaitable de revenir sur la clé de voûte de l'exception d'illégalité selon laquelle l'invalidité d'un acte reconnue fondée après l'expiration du délai de recours ouvert contre cet acte ne saurait le faire disparaître. Juger le contraire reviendrait à priver de toute portée le délai de recours contentieux qui contribue à l'équilibre délicat entre principes de légalité et de sécurité juridique. Le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire, récemment réaffirmé dans

vos avis de Section *Mme Okosun* ²⁵ ne se conçoit que dans la mesure où la déclaration d'illégalité n'emporte pas les mêmes effets que l'annulation. Le temps fragilise en effet l'acte réglementaire ; il suffit pour s'en convaincre de songer que l'on peut se prévaloir, dans le cadre de l'exception d'illégalité, non seulement de tous les moyens qui auraient pu être soulevés à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir tendant à son annulation, mais aussi de moyens tirés de ce que son maintien en vigueur est devenu illégal à la date à laquelle il en a été fait application, du fait d'un changement des circonstances de droit ou de fait ²⁶. Aligner les effets de la déclaration d'illégalité sur ceux de l'annulation serait introduire un redoutable facteur d'instabilité des situations nées sous l'empire du texte déclaré illégal, dans les hypothèses où il n'aurait pas créé de droits acquis. Cette évolution irait à rebours de la volonté dont témoigne votre jurisprudence récente de circonscrire la portée des annulations pour excès de pouvoir.

2) Certaines de vos décisions ont pu être présentées comme des exceptions à la jurisprudence *Bargain* ayant vocation à être généralisées. Mais nous ne partageons pas cette lecture : elles procèdent à nos yeux d'un raisonnement différent, compatible avec la décision *Bargain*. Lorsque vous avez accepté de faire produire des effets juridiques à un règlement antérieur pour tirer les conséquences d'une déclaration d'illégalité, il s'agissait de revenir à l'application de dispositions d'une valeur normative supérieure, ou au régime de droit commun auquel dérogeait l'acte déclaré illégal.

Si le courant de jurisprudence illustré par les décisions d'Assemblée *Dame veuve Caffort* ²⁷, *Saingery* ²⁸ et *Ordre des architectes* dénie toute valeur juridique à des dispositions réglementaires qui ont illégalement abrogé des dispositions de nature législative, c'est parce qu'il a été contrevenu à la séparation des pouvoirs et à la hiérarchie des normes.

Dans l'affaire de Section *Commune de Boulazac* ²⁹, vous n'étiez pas non plus confrontés à un règlement nouveau illégal abrogeant un règlement ancien mais à un règlement dérogatoire faisant exception à une réglementation de portée générale : dans cette hypothèse, l'illégalité du règlement dérogatoire a nécessairement pour effet de rendre applicable le régime de droit commun ³⁰.

Dans le même esprit, avant que le législateur n'en dispose autrement, vous aviez jugé que la déclaration d'illégalité du plan d'occupation des sols provoque le retour non pas au plan immédiatement antérieur mais au règlement national d'urbanisme dont l'acte illégal n'était qu'une déclinaison mais qu'il n'avait évidemment pu abroger ³¹.

Comme le soulignait votre commissaire du gouvernement Rony Abraham dans ses conclusions sur la décision *Commune de Boulazac*, l'on ne doit pas hésiter à faire produire tous ses effets à un régime de droit commun auquel il a été dérogé illégalement par un régime spécial ; mais l'on peut sérieusement hésiter à faire application d'un acte qui a disparu de l'ordonnancement juridique lorsque l'acte subséquent n'a pas été lui-même rétroactivement anéanti. C'est ce dernier cas de figure, bien différent des précédents, qui vous est aujourd'hui soumis.

3) Il convient de bien mesurer les implications d'un revirement de votre jurisprudence *Bargain*. Cette solution aurait des conséquences très larges car nous ne voyons pas comment vous pourriez la cantonner à la déclaration d'illégalité prononcée sur renvoi du juge judiciaire ; elle devrait être étendue à l'exception d'illégalité dans son ensemble.

En outre, une telle évolution devrait logiquement s'accompagner d'une remise en cause du second pilier de l'exception d'illégalité, l'autorité relative de la chose jugée. Les requérants,

²³ *Droit du contentieux administratif*, n°s 1231 à 1235, 13^e édition, p. 1115.

²⁴ *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, thèse, Paris 2, 1995 (cf. p. 578).

²⁵ 30 décembre 2013, req. n° 367615 : à publier au Recueil.

²⁶ CE Ass. 2 janvier 1982, *Ah Won* : Rec., p. 33.

²⁷ 4 février 1966 : Rec., p. 77.

²⁸ 21 juillet 1972 : Rec., p. 555.

²⁹ Mars 1990 : Rec., p. 57.

³⁰ 2 mars 1990, req. n° 84590 : Rec., p. 57.

³¹ CE S. 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais*.

dans le sillage du professeur Chapus³², vous demandent d'ailleurs également de revenir sur votre position traditionnelle selon laquelle la déclaration d'illégalité n'a pas l'autorité absolue de chose jugée qui se serait attachée à l'annulation pour excès de pouvoir du même acte³³. Il paraît en effet difficile de concevoir que la déclaration d'illégalité ne fasse revivre le règlement antérieur légal que dans le cadre des litiges où elle aura été accueillie. Les dispositions tarifaires précédentes sont ou ne sont pas abrogées ; la fiction qui voudrait que les dispositions abrogatives d'un acte réglementaire soient divisibles, ou ne soient neutralisées que pour les parties au litige, nous semble porter en germe de sérieuses complications.

Le seul motif qui aurait pu justifier un revirement de jurisprudence sur ce point était le souci d'éviter la multiplication de questions préjudicielles identiques et d'épargner au juge administratif, à chaque renvoi concernant le même acte, d'avoir à en réexaminer la légalité sans pouvoir se référer à la décision rendue dans une espèce antérieure. L'on comprend la position expédiente de la Cour de cassation qui estime que l'acte administratif déclaré illégal ne peut plus recevoir application dans d'autres instances³⁴. Mais cette divergence avec votre jurisprudence a perdu sa raison d'être depuis les décisions du Tribunal des conflits *SCEA du Chêneau*³⁵ et *société Green Yellow et autres*³⁶ qui dispensent le juge judiciaire de renvoi préjudiciel lorsqu'il apparaît clairement, au vu d'une jurisprudence bien établie, que la contestation de la légalité de décisions administratives peut être directement accueillie par le juge saisi au principal. Le problème pratique posé par la dualité de juridictions a été atténué sans passer par une remise en

cause de l'autorité relative d'une déclaration d'illégalité.

Nous ne voyons dès lors que des inconvénients à l'abandon de l'effet relatif de la déclaration d'illégalité. L'exception d'illégalité n'est pas le procès fait à un acte réglementaire, mais à son application ponctuelle dans un litige déterminé et doit le rester. Outre l'insécurité juridique déjà évoquée, la disparition d'un acte réglementaire ne peut découler par accident d'une procédure ne visant pas directement cet acte. Un décret ne saurait être rétroactivement anéanti par voie d'exception, sans que son auteur ait été mis à même d'en défendre la légalité, par une juridiction administrative qui n'aurait pas nécessairement été compétente pour connaître de conclusions en annulation dirigées contre cet acte. Conférer une autorité absolue à la déclaration d'illégalité serait incompatible avec la compétence reconnue à toute juridiction administrative pour apprécier la légalité d'un acte contesté par exception devant elle et impliquerait un système de questions préjudicielles à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif.

Nous vous proposons donc d'écarter résolument cette solution. L'argument essentiel pour justifier une assimilation de la déclaration d'illégalité à l'annulation réside en réalité dans la volonté de surmonter le blocage de l'action administrative, impuissante à solder les conséquences passées d'une déclaration d'illégalité. Nous partageons ce souci mais pensons que cet objectif peut être atteint par la seconde solution sans remettre en cause les fondements de l'exception d'illégalité.

IV. Elle consiste à admettre que le syndicat des eaux pouvait légalement, pour les seuls usagers concernés, fixer rétroactivement le tarif de l'eau devant être appliqué.

A) Cette dérogation au principe de non-rétroactivité trouve un appui solide dans l'objet et la nature même de la redevance pour service rendu. Pour reprendre les termes de votre décision d'Assemblée fondatrice *Syndicat national des transporteurs aériens* du 21 novembre 1958, la redevance est « demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement

et d'entretien d'un ouvrage public, et [...] trouve [sa] contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage »³⁷. Comme le résumait le président Arrighi de Casanova dans ses conclusions sur la décision de Section *Chambre syndicale du transport aérien* du 10 février 1995, un tel prélèvement n'est légal que si deux conditions sont réunies : l'existence d'un service rendu à l'utilisateur et l'équivalence entre la somme réclamée et le coût des prestations fournies à cet usager³⁸. Vous veillez ainsi à ce que le tarif de distribution d'eau trouve une contrepartie directe dans le service rendu et que le produit de la redevance ne soit pas affecté au financement de dépenses étrangères à la mission du service des eaux³⁹.

Votre décision d'Assemblée *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital* du 16 juillet 2007 a assoupli la règle du plafonnement du montant de la redevance par le coût du service en incluant la valeur économique du service pour son bénéficiaire dans la notion de contrepartie, mais tout en réaffirmant qu'une redevance pour service rendu doit essentiellement trouver une contrepartie directe dans la prestation fournie par le service⁴⁰. Ainsi que l'expose Christophe Devys dans ses conclusions sur cette affaire, la notion de contrepartie directe, traduction du principe d'équivalence, demeure le « critère fondamental » qui distingue la redevance pour service rendu d'une imposition.

Tant qu'il y a une contrepartie équivalente, la somme réclamée n'est en effet que le prix de vente du service. Dans une décision du 29 décembre 1983 rendue sur la loi relative au prix de l'eau pour 1984, le Conseil constitutionnel a jugé que la redevance d'assainissement⁴¹ avait « le caractère d'un prix

³² *Droit du contentieux administratif*, n° 1211, 13^e édition, p. 1096.

³³ CE 3 juillet 1996, *Ministre c/ Société ABC Ingeneering*, req. n° 112171 : Rec., p. 259 ; décision *SA Transolver Service*, préc.

³⁴ Cass. crim. 4 décembre 1930, *Abbé Gautrand* ; Cass. civ. (1^{er} ch.) 19 janvier 1985, *Office national de la chasse c/ Guesdon* : Bull. civ. 1, n° 200.

³⁵ 17 octobre 2011, req. n° C3828.

³⁶ 12 décembre 2011, req. n° C3841.

³⁷ Req. n° 30693 : Rec., p. 572.

³⁸ Req. n° 145607 : Rec., p. 69.

³⁹ CE 30 septembre 1996, *Société stéphanoise des eaux et ville de Saint-Étienne*, req. n° 156176 : Rec., p. 355.

⁴⁰ Req. n° 293229 : Rec., p. 349.

⁴¹ Alors prévue par une loi du 29 novembre 1965, assise directement sur le volume d'eau prélevé par l'utilisateur du service et affectée exclusivement aux charges de fonctionnement et d'investissement de ce service.

versé en contrepartie d'un service rendu »⁴². La Cour de cassation qualifie le contrat d'abonnement au service de l'eau de contrat de vente auquel s'applique la prescription biennale, valable pour la vente de marchandises à des particuliers non marchands, de l'ancien article 2272 alinéa 4 du code civil⁴³. Vous qualifiez vous-même la redevance de prix de vente de l'eau⁴⁴, ou de « rémunération des prestations » effectuées⁴⁵. Les articles L. 2224-12-1, L. 2224-12-3 et L. 2224-12-4 du code général des collectivités territoriales confirment que la redevance d'eau potable est le tarif obligatoirement facturé à l'utilisateur en échange de la fourniture d'eau. Son montant est pour partie calculé en fonction de la consommation réelle de l'abonné, qui peut résilier son contrat à tout moment.

En l'espèce, le service de distribution d'eau a été effectivement rendu aux usagers requérants. La redevance étant le prix de cette consommation, il paraît anormal que la déclaration d'illégalité des clauses tarifaires réglementaires paralyse la rétribution du service par ses bénéficiaires, surtout lorsque le tarif était fixé à un niveau adéquat et n'est inapplicable que pour un vice de procédure. Cet effet d'aubaine peut menacer la continuité du service public en cas de multiplication des recours.

Admettre que le gestionnaire du service public puisse fixer rétroactivement le tarif, pour tirer les conséquences d'une déclaration d'illégalité, consiste uniquement à lui ouvrir la possibilité d'exécuter cette décision de justice par la voie d'action pour lui la plus naturelle, la voie réglementaire, non seulement pour régir l'avenir mais aussi pour solder le passé. L'autorité tarifaire aurait le choix : elle apprécierait l'opportunité d'adopter un acte réglementaire rétroactif plutôt que d'assi-

gner chaque usager individuellement devant le juge judiciaire en fonction des difficultés financières et de gestion occasionnées par un contentieux plus ou moins massif.

B) Trois précisions s'imposent sur la portée de cette ouverture jurisprudentielle.

En premier lieu, sa justification principale réside dans le lien consubstantiel entre service rendu et rémunération, elle n'a vocation à s'appliquer qu'aux redevances pour service rendu. Les impositions et taxes en seraient clairement exclues. La taxe n'est pas la contrepartie de l'utilisation d'un service, bien qu'elle soit affectée au financement de dépenses précises et que vous contrôliez la corrélation entre ces dépenses et son taux⁴⁶. Il ne serait pas non plus possible de fixer rétroactivement le montant d'un prélèvement obligatoire tel que le droit au branchement recouvré lors de la signature du contrat d'abonnement d'eau⁴⁷. Il est également prudent de réserver son extension aux redevances d'occupation domaniale. Même si votre décision *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital* a rapproché leurs modalités de calcul, la redevance domaniale relève d'un régime législatif fondamentalement différent, comme le soulignait C. Devys dans ses conclusions. Elle tient compte des avantages de toute nature conférés à l'occupant privatif du domaine mais ne rémunère pas le coût d'un service de mise à disposition du domaine. Plus délicat serait le sort à réserver aux redevances mixtes, perçues en échange de l'occupation du domaine et de l'usage d'un ouvrage public comme les droits de port.

En second lieu, la délibération rétroactive ne peut concerner que les seuls usagers ayant contesté leurs titres exécutoires et bénéficié de la déclaration d'illégalité. Pour les autres, le tarif initial reste applicable. C'est bien ainsi que nous interprétons la déli-

bération en litige : le SIEDD a uniquement entendu régulariser la situation des usagers ayant agi en justice sans modifier le tarif applicable aux autres usagers.

En troisième lieu – et nous nous séparons sur ce point du raisonnement du tribunal administratif –, la délibération rétroactive n'a pas pour effet de rapporter la délibération tarifaire initiale et de s'y substituer en tant que fondement légal des titres exécutoires en litige. Elle ne fait pas davantage obstacle à la recevabilité d'un moyen tiré de l'illégalité de l'ancienne délibération à la manière d'une loi de validation rétroactive, ce qui excéderait la compétence du SIEDD. Elle peut, nous semble-t-il, seulement servir de base légale à l'émission de nouveaux titres. C'est la conséquence logique du fait que l'ancienne délibération subsiste et que son auteur ne peut retirer un acte réglementaire illégal, une fois passé le délai de recours contentieux, s'il n'a pas fait l'objet d'un recours gracieux ou contentieux dans ce délai⁴⁸.

C) Enfin, les inconvénients de cette option ne semblent pas dirimants.

La solution que nous vous proposons fait coexister, pour une période donnée, deux corps de règles : la délibération illégale mais non annulée et la délibération rétroactive. Toutefois, l'abandon de la jurisprudence *Bargain* se prêterait à la même critique si l'on acceptait de faire revivre le règlement précédant la délibération irrégulière pour les seuls usagers excipant de son illégalité. Nous rejoignons le président Genevois pour estimer que cet argument doit être ramené à sa juste mesure, car si deux règles coexistent, une seule est susceptible de recevoir légalement application.

L'on ne doit pas davantage craindre que l'autorité réglementaire mette à profit la déclaration d'illégalité pour fixer rétroactivement un tarif pénalisant les requérants par rapport aux autres usagers, car deux bornes s'imposeront à elle. D'une part, s'agissant de redevances pour service rendu, elle sera liée par le principe d'équivalence. D'autre part, cet acte réglementaire disposant pour le passé, l'autorité compé-

⁴² CC, décision n° 83-166 DC, cons. 7.

⁴³ Cass. civ. (1^{re} ch.) 13 mars 2001 : Bull. civ. I, n° 73 p. 47 ; Cass. civ. (1^{re} ch.) 25 février 2003, n° 01-02.149 : diffusé.

⁴⁴ 6 novembre 1987, *Commune de Battigny*, req. n° 72010 : inédite.

⁴⁵ 13 janvier 1992, *Société « Rousselot »*, req. n° 57086 : Rec., T., pp. 840-883-899, reprenant la formule du Tribunal des conflits : 12 janvier 1987, *Gie des Eaux et de l'Ozone c/ SA Ets Vétillard* : Rec., p. 442.

⁴⁶ CE 31 mars 2014, *Ministre du Budget c/ Société Auchan France*, req. n° 368111 : à mentionner aux Tables.

⁴⁷ 31 janvier 1986, *Sivom de la région d'Aigues-Mortes*, req. n° 39476 : Rec., p. 24.

⁴⁸ Voyez vos décisions *Ponard* et *SCARA*, préc.

Services publics locaux

tente devrait selon nous appliquer dans la fixation du tarif les éléments de fait et de droit existant à la date à laquelle la décision initiale illégale a été prise, comme vous l'exigez lorsqu'elle a été annulée⁴⁹.

Enfin, la « session de rattrapage » qu'est l'acte rétroactif exonère certes le gestionnaire du service des conséquences de sa négligence fautive, mais elle ne constitue pas une incitation à ne pas respecter les règles procédurales plus grande que dans le contentieux de l'annulation.

Au final, admettre la rétroactivité de la délibération en litige ne coule pas de source mais c'est la solution qui porte le moins atteinte à l'égalité des usagers devant le coût du service public, sans ouvrir hasardeusement les vannes d'une assimilation de la déclaration

⁴⁹ Voyez votre décision SCARA, préc.

d'illégalité à l'annulation contentieuse. Si vous nous suivez, vous écarterez donc le premier moyen.

V. Les deux autres moyens de la requête ne vous retiendront pas. Contrairement à ce qui est soutenu, le tribunal a suffisamment motivé son jugement. Enfin, le syndicat pouvait légalement décider de maintenir le tarif de l'eau aux mêmes niveaux, le montant initial de la redevance n'ayant pas été déclaré illégal par le juge administratif.

Vous pourrez donc déclarer que la délibération en litige doit être interprétée comme fixant rétroactivement le tarif de l'eau pour les usagers ayant contesté leurs titres de paiement en excipant de l'illégalité de la réglementation tarifaire et juger que cette délibération, qui n'a pas pour effet de valider les titres émis sur le fondement de la précédente, est légale. Substituant ces motifs à ceux adoptés par

le tribunal administratif, vous confirmerez la solution des premiers juges. Dans les circonstances de l'espèce, vous rejetterez également les conclusions présentées par le syndicat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête et des conclusions présentées par le SIEDD sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. ■

Décision

Vu l'ordonnance n° IINC01089 du 21 février 2012, enregistrée le 24 février 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, par laquelle le président de la cour administrative d'appel de Nancy a transmis au Conseil d'État, en application de l'article R. 351-2 du code de justice administrative, la requête présentée à cette cour par Mme HZ... et autres ;

Vu la requête, enregistrée le 4 juillet 2011 au greffe de la cour administrative d'appel de Nancy, et les nouveaux mémoires, enregistrés les 20 juin et 8 octobre 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés pour Mme FC... HZ...

M... et autres demandent au Conseil d'État :

1°) d'annuler le jugement n° 1005562-1005592 du 15 juin 2011 par lequel le tribunal administratif de Strasbourg, interprétant la délibération du 16 mars 2006 par laquelle le syndicat intercommunal des eaux de Domnom-lès-Dieuze a fixé le tarif de l'eau et en appréciant la légalité, a déclaré que cette délibération a un effet rétroactif et n'est pas entachée d'illégalité ;

2°) de déclarer que la délibération du 16 mars 2006 est entachée d'illégalité ;

3°) de mettre à la charge du syndicat intercommunal des eaux de Domnom-lès-Dieuze

la somme de 100 € à verser à chacun d'entre eux au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

[...]

1. Considérant que, par un jugement du 10 novembre 2005, devenu définitif, le tribunal administratif de Strasbourg a déclaré que les délibérations de l'organe délibérant du syndicat intercommunal des eaux de Domnom-lès-Dieuze des 11 avril 1988, 3 décembre 1989, 3 mars et 9 avril 1990, 22 janvier et 19 mars 1993 fixant le tarif du service public de distribution d'eau potable étaient entachées d'illégalité ; qu'à la suite de ce jugement, l'organe délibérant du syndicat intercommunal a, par une délibération du 16 mars 2006, « décidé de maintenir le prix de l'eau tel qu'il a été arrêté et facturé aux différents usagers sur la période du 11 avril 1988 au 31 décembre 2003 » ; que, par deux jugements du 17 septembre 2010, le tribunal d'instance de Metz a sursis à statuer sur les demandes de Mme HZ... et autres dirigées contre les titres exécutoires émis les 24 avril et 13 novembre 2003 pour le paiement de leur consommation d'eau de l'année 2003 et invité les parties à saisir la juridiction administrative de la question du caractère rétroactif ou non de la délibération du

16 mars 2006 et de l'appréciation de la légalité de cette délibération ; que Mme HZ... et autres font appel du jugement du 15 juin 2011 par lequel le tribunal administratif de Strasbourg a déclaré que cette délibération avait un caractère rétroactif et n'était pas entachée d'illégalité ;

Sur la régularité du jugement attaqué :

2. Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, le tribunal administratif a répondu au moyen tiré de ce que la délibération du 16 mars 2006 était entachée d'une rétroactivité illégale ;

Sur la délibération contestée :

3. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des termes de la délibération du 16 mars 2006 et qu'il résulte de l'instruction que le syndicat intercommunal des eaux de Domnom-lès-Dieuze a entendu tirer les conséquences de la déclaration d'illégalité des précédentes délibérations ayant arrêté les tarifs de l'eau en fixant non seulement, pour l'avenir, le tarif du service public de distribution d'eau potable mais aussi le tarif devant être appliqué, pour les périodes litigieuses, aux abonnés qui avaient engagé une action en justice pour contester les redevances mises à

leur charge, au soutien de laquelle ils avaient soulevé l'exception d'illégalité des délibérations fixant le tarif de l'eau ; que la délibération du 16 mars 2006 a donc, dans cette dernière mesure, un caractère rétroactif ;

4. Considérant, en second lieu, que la déclaration d'illégalité des délibérations des 11 avril 1988, 3 décembre 1989, 3 mars et 9 avril 1990, 22 janvier et 19 mars 1993 par lesquelles l'organe délibérant du syndicat intercommunal des eaux de Domnom-lès-Dieuze avait fixé les tarifs des services de l'eau n'a eu pour effet ni de faire disparaître rétroactivement ces délibérations de l'ordonnancement juridique, ni de faire revivre la délibération, précédant immédiatement celle du 11 avril 1988, par laquelle cet organe avait antérieurement fixé le tarif de l'eau ; que, par suite, pour les périodes litigieuses, en raison de cette déclaration d'illégalité, aucun tarif n'était légalement applicable aux prestations fournies aux usagers du service public de distribution d'eau qui avaient engagé une action tendant à la décharge ou à la réduction des redevances qui leur ont été réclamées et soulevé, dans ce cadre, l'exception d'illégalité des délibérations fixant le tarif de l'eau ;

5. Considérant, toutefois, qu'en égard à la nature et à l'objet des redevances pour service rendu, qui constituent la rémunération des prestations fournies aux usagers, cette déclaration d'illégalité ne saurait avoir pour effet de décharger les usagers ayant ainsi contesté les montants de redevance mis à leur charge de toute obligation de payer une redevance en contrepartie du service dont ils ont effectivement bénéficié ; que, dès lors, le syndicat intercommunal a pu légalement, pour régulariser les situations nées de ces litiges, adopter une délibération fixant de manière rétroactive, dans le respect des

motifs constituant le support nécessaire du jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 10 novembre 2005, le tarif de l'eau devant être appliqué, pour les périodes de consommation litigieuses, aux usagers ayant bénéficié du service et contesté, par la voie contentieuse, les montants de redevance mis à leur charge en raison de l'illégalité des délibérations fixant le tarif de l'eau ;

6. Considérant que, pour adopter une telle délibération, qui n'a pas eu pour effet de valider les titres exécutoires émis sur le fondement des délibérations illégales, il incombait au syndicat intercommunal, ainsi qu'il a été dit au point précédent, de tenir compte des motifs constituant le support nécessaire du jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 10 novembre 2005 ayant déclaré illégales les délibérations fixant le tarif de l'eau des 11 avril 1988, 3 décembre 1989, 3 mars et 9 avril 1990, 22 janvier et 19 mars 1993 ; qu'il ressort des termes de ce jugement que ces délibérations ont été déclarées illégales au seul motif qu'elles avaient été adoptées selon une procédure irrégulière, le conseil syndical n'ayant pas délibéré à la majorité de ses membres ; que, par suite, le syndicat intercommunal n'a pas méconnu l'autorité de la chose jugée par le tribunal administratif en fixant le tarif de l'eau au même niveau que celui qui résultait des délibérations illégales ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme HZ... et autres ne sont pas fondés à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg a déclaré que la délibération du 16 mars 2006 avait un caractère rétroactif et que l'exception d'illégalité soulevée devant le tribunal d'instance de Metz n'était pas fondée ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-I du code de justice administrative :

8. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-I du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge du syndicat intercommunal des eaux de Domnom-lès-Dieuze, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par ce syndicat au titre des mêmes dispositions ;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : La requête de Mme HZ... et autres est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par le syndicat intercommunal des eaux de Domnom-lès-Dieuze au titre de l'article L. 761-I du code de justice administrative sont rejetées.

[...] ■

Observations

Au fur et à mesure que les conséquences de la chose jugée se précisent, un droit administratif de son exécution se dessine. Par la décision du 28 avril 2014, le juge administratif admet, pour la première fois, la légalité d'une délibération fixant rétroactivement le montant d'une redevance pour service rendu, lorsque la délibération tarifaire initiale a été déclarée illégale. L'originalité de cette solution ne réside pas tant dans la conciliation opérée par le juge entre les principes en cause, respectivement le principe de non-rétroactivité des décisions administratives et le respect de la chose jugée (1), mais dans l'adaptation de cette articulation au cas particulier d'une déclaration d'illégalité (2) et les conséquences qui en découlent (3).

1. La jurisprudence ouvre traditionnellement une voie étroite à l'administration pour adopter des décisions rétroactives en conséquence de la chose jugée.

Il s'agit là d'une dérogation faite au principe de non-rétroactivité, dont on sait qu'il s'oppose à ce qu'un acte administratif produise un quelconque effet sur le passé de l'ordonnancement juridique⁵⁰. Ce principe interdit notamment à l'autorité compétente pour fixer ou modifier le tarif d'un service public ou d'une redevance pour service rendu de

⁵⁰ CE Ass. 25 juin 1948, *Société journal « L'Aurore »*, req. n° 94511 : Rec., p. 289 ; GAJA n° 59.

rendre applicable ledit tarif à l'ensemble de la période de référence, annuelle en général, alors que celle-ci a déjà débuté ou, plus généralement, d'inclure dans son champ d'application toute utilisation du service déjà effectuée⁵¹.

Néanmoins, la jurisprudence administrative autorise l'administration à déroger à ce principe en conférant à ses décisions un effet rétroactif afin de tirer toutes les conséquences de la chose jugée. Le juge peut désormais s'assurer que de telles mesures seront prises en enjoignant à l'autorité compétente de les adopter⁵², ce qu'il a déjà fait en matière de tarification d'un service public⁵³.

Limitée dans son domaine au contentieux de l'annulation, cette possibilité de recourir à la rétroactivité l'est également par les conditions auxquelles était subordonnée son admission. En effet, l'administration peut légalement édicter une décision dotée d'un effet rétroactif en exécution de la chose jugée uniquement si l'annulation contentieuse, en raison de sa propre rétroactivité, crée un vide juridique.

L'idée directrice est que l'autorité administrative ne peut faire autrement que de donner un effet rétroactif à la décision qu'elle doit obligatoirement prendre afin de se conformer à la chose jugée, car si elle procédait au remplacement de la décision annulée seulement pour l'avenir, elle commettrait par là une nouvelle illégalité.

Or, pour qu'une telle configuration se présente en matière réglementaire, il est nécessaire que l'autorité administrative se soit trouvée, au moment où elle a adopté la décision illégale, dans l'obligation d'édicter une réglementation à une date ou pour une période précisément déterminée, d'une part, et que le retour à la réglementation antérieure s'avère impossible, soit parce que cette dernière avait elle-même une durée prédéterminée, soit qu'elle soit elle-même entachée d'illégalité, d'autre part. Le cas de la fixation du tarif annuel d'un service public ou d'une redevance pour service rendu, comme en l'espèce, est, à cet égard, exemplaire⁵⁴ et la décision du Conseil d'État du 18 avril 2014 en constitue une nouvelle illustration.

En revanche, dès lors que la réglementation valable pour la période précédente peut être appliquée, la rétroactivité n'est plus justifiée par

la nécessité de combler le vide juridique laissé par l'annulation contentieuse⁵⁵.

Cette rétroactivité administrative découlant de la chose jugée repose sur une justification solide, mais sous-jacente, que le rapporteur public, Mme de Barmon, rappelle clairement dans ses conclusions. Il s'agit, à travers l'admission de la rétroactivité de la décision administrative, de sauvegarder la continuité du service public, principe à valeur constitutionnelle⁵⁶, ce qui passe nécessairement par une sécurisation de ses moyens de financement⁵⁷.

2. Dans sa décision du 20 avril 2014, le Conseil d'État applique cette jurisprudence, dégagée en matière d'annulation contentieuse, au cas d'une déclaration d'illégalité.

Il faut remarquer que cette extension n'est pas tout à fait inédite. Suivant une logique d'assimilation, le juge administratif reconnaît une autorité absolue de chose jugée à certaines déclarations d'illégalité et leur fait produire, en conséquence, les mêmes effets que ceux découlant d'une annulation pour excès de pouvoir.

Cette assimilation se limite néanmoins à trois hypothèses : l'abrogation illégale d'une loi par un règlement⁵⁸ ; la substitution non équivalente à abrogation d'une réglementation à la précédente⁵⁹ ; l'illégalité d'un règlement d'urbanisme⁶⁰.

Toutefois, en dehors de ces cas particuliers, le juge administratif s'en tient à sa jurisprudence traditionnelle limitant les conséquences à tirer par l'autorité administrative d'une déclaration d'illégalité, à raison de l'effet relatif de chose jugée qui lui est attaché⁶¹.

En effet, contrairement à l'annulation qui emporte l'annihilation rétroactive de la décision illégale et de ses effets, l'acte déclaré illégal est seulement

⁵⁵ CE 26 juin 1996, *SARL Rossi Frères*, req. n° 148711 : Rec., p. 249.

⁵⁶ CE S. 30 mars 1979, *Secrétaire d'État Universités et Université Bordeaux II*, req. n° 09369 : Rec., p. 141 ; *AJDA* 1979, n° 10, p. 18 et p. 32, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *D.* 1981, J., p. 51, note B. Foucher.

⁵⁷ La rétroactivité remplit ici une fonction de stabilisation en permettant de garantir le fonctionnement continu des services publics lorsqu'il est mis en péril par la commission d'une illégalité. Sur cette idée, voir S. Ferrari, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., Paris II, 2011, n° 1147.

⁵⁸ CE Ass. 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, req. n° 12851 : Rec., p. 197 ; *AJDA* 1981, p. 429, note B. Genevois ; *JCP G* 1981, 19580, concl. M.-D. Hagelsteen.

⁵⁹ CE S. 2 mars 1990, *Commune Boulazac*, req. n° 84590 : Rec., p. 57 ; *RFDA*, 1990, n° 4, p. 621, concl. R. Abraham.

⁶⁰ Cf., en dernier lieu, CE S. 7 février 2008, *Commune Courbevoie*, req. n° 297227 : Rec., p. 41 ; *AJDA* 2008, p. 582, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *BJDU* 2007, p. 459, concl. A. Courrèges et *BJDU* 2009, p. 2, chron. É. Fatôme.

⁶¹ CE Ass. 18 janvier 1980, *Bargain*, req. n° 14397 : Rec., p. 29 ; *AJDA* 1980, n° 2, p. 91, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *Rev. adm.* 1980, n° 194, p. 151, concl. A. Bacquet ; CE 27 mai 2002, *SA Transolver Service*, req. n° 227338 : Rec., p. 176.

⁵¹ Voir, s'agissant de la redevance pour distribution d'eau potable, CE 25 juin 2003, *Commune Contamines-Montjoie*, req. n° 237305, Rec., T., p. 789 ; *BJCL* 2003, n° 11, p. 820, concl. M. Guyomar.

⁵² Code de justice administrative, articles L. 911-1 et s.

⁵³ CE 10 juillet 2012, *SA GDF Suez et ANODE*, req. n° 353356 : publié au Recueil Lebon ; *Dr. adm.* 2012, comm. 85, note M. Bazex ; *JCP A* 2012, act. 485.

⁵⁴ CE 19 mars 2010, *Syndicat Cies aériennes autonomes (SCARA) et a.*, req. n° 305047 : Rec., T., p. 622 ; *AJDA* 2010, p. 580 ; *RJEP* 2010, n° 679, p. 21, concl. F. Lenica.

privé d'effets à l'égard des requérants qui ont soulevé son irrégularité au cours d'une instance. Il demeure applicable aux autres situations juridiques qu'il gouverne.

Cette limitation des effets d'une déclaration d'illégalité ne vaut cependant que pour le passé. La décision déclarée illégale ne peut, en tout état de cause, plus recevoir application pour l'avenir et l'administration se trouve, de surcroît, dans l'obligation de l'abroger d'office et de faire droit à toute demande en ce sens ⁶².

Or, la mise en œuvre de cette jurisprudence aboutit parfois à des situations paradoxales, comme le montre bien le rapporteur public, Mme de Barmon, dans ses conclusions, puisque la déclaration d'illégalité prive d'effet le règlement irrégulier mais empêche le retour à la réglementation antérieure en l'absence de disparition pour le passé de ce même règlement. Il est ainsi fait échec à la création d'un vide juridique susceptible de justifier l'adoption d'une décision dotée d'un effet rétroactif.

En d'autres termes, au cas d'espèce, les redevances sont privées de base légale à raison de la déclaration d'illégalité de la délibération fixant leur montant sans possibilité pour l'autorité administrative d'en adopter une autre. Aucun tarif ne peut donc être légalement appliqué, ce qui a pour conséquence de permettre aux requérants d'obtenir la décharge totale de l'obligation de payer.

Des solutions envisagées pour sortir de cette impasse, parmi lesquelles la généralisation de l'autorité absolue de chose jugée à l'ensemble des déclarations d'illégalité, le Conseil d'État, suivant en cela son rapporteur public, a choisi une voie médiane consistant à ouvrir plus largement la voie de la rétroactivité de la décision administrative en conséquence d'une déclaration d'illégalité tout en maintenant, dans son principe, l'autorité relative de chose jugée et les effets qui lui sont attachés.

3. Si le raisonnement sous-tendant la solution consacrée par la décision du 28 avril 2014 n'est pas entièrement nouveau, son contenu présente davantage d'originalité. Tandis que la jurisprudence antérieure autorisait l'autorité administrative à édicter une décision rétroactive ayant vocation à se substituer, dans tout ou partie de ses effets, à l'acte annulé, le Conseil d'État trace ici un chemin différent et plus étroit pour l'autorité compétente en cas de déclaration d'illégalité. L'autorité administrative est certes habilitée à adopter un nouvel acte réglementaire non seu-

lement pour régir l'avenir, mais aussi pour solder le passé. Du reste, l'autorité compétente devra, suivant la mécanique de la rétroactivité, fixer le nouveau tarif à partir des éléments de fait et de droit existant à la date de la délibération initiale. Néanmoins, la portée de la liquidation de ce passé est strictement encadrée. Le champ d'application du règlement rétroactif est limité à ce qui est nécessaire pour assurer le respect des motifs constituant le support nécessaire de la déclaration d'illégalité. Il faut comprendre par là que le règlement rétroactif aura pour unique objet de vider le litige ayant abouti à la déclaration d'illégalité. Aussi ne peut-il avoir pour effet de valider – ou plus exactement de régulariser – les titres exécutoires émis sur le fondement de la délibération illégale. Il convient donc de dissocier cette veine jurisprudentielle de celle favorisant, dans la période récente, la voie de la régularisation administrative, notamment en cas d'annulation d'actes détachables des contrats publics ou privés ⁶³.

La spécificité de la solution retenue tient ainsi à sa précision chirurgicale. La régularisation administrative se limite aux seules situations nées des litiges noués autour de la délibération illégale. Sa logique est principalement contentieuse, dès lors qu'elle vise prioritairement à parer au risque de déstabilisation du fonctionnement d'un service public susceptible d'être provoqué par un nombre élevé de contestations, plutôt qu'à opérer une réfection plus large de la légalité administrative. Dans le cas particulier du tarif de l'eau, cette perspective se double d'un élément propre à ce domaine. La redevance étant le prix de la consommation d'eau, le principe d'équivalence commande, en effet, qu'il y ait rétribution une fois le service rendu à l'utilisateur. Décharger les usagers du paiement de la redevance en cas de déclaration d'illégalité reviendrait à créer une sorte d'effet d'aubaine porteur du même risque de fragilisation de la continuité du service public que le précédent.

Ce dernier élément empêche de donner une portée générale à cette nouvelle veine jurisprudentielle au-delà du domaine des redevances pour service rendu, voire des redevances mixtes perçues en contrepartie de l'utilisation du domaine d'un ouvrage public. En sont donc exclues, outre les prélèvements fiscaux, les redevances domaniales relevant d'un régime législatif.

⁶³ Cf. respectivement, CE 31 juillet 2009, *Ville Grenoble et Société Gaz Électricité Grenoble*, req. n° 296964 : Rec., T., p. 83 ; *RJEP* 2010, n° 673, p. 22, concl. N. Boulouis ; *CMP* 2009, n° 10, p. 27, note G. Eckert ; CE 28 juin 2011, *Commune Divonne-les-Bains*, req. n° 327515 : Rec., p. 278 ; *AJDA* 2011 p. 1684, note J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2011, p. 381, concl. B. Dacosta.

⁶² Voir respectivement, CE S. 14 novembre 1958, *Sieur Ponard* : Rec., p. 554 ; CE Ass. 3 février 1989, *Cie Alitalia*, req. n° 74052 : Rec., p. 44 ; *GAJA* n° 89 ; L. n° 2000-321, 12 avril 2000 ; *DCRA*, article 16-1.

Services publics locaux

À l'inverse, rien ne semble s'opposer à ce que cette jurisprudence serve à la sécurisation d'autres moyens essentiels au fonctionnement continu des services publics, matériels ou humains, qu'une déclaration d'illégalité viendrait menacer.

Pour expédiente qu'elle soit, la solution adoptée n'est pas exempte de tout inconvénient. D'une part, elle aboutit, à l'heure de la simplification normative, à une complexification du droit applicable en faisant coexister au même instant dans l'ordonnancement juridique deux corps de règles ayant un objet identique. D'autre part, elle conduit à l'édiction d'un règlement d'un genre

particulier qui le fait ressembler davantage à un faisceau de décisions qu'à une règle générale et impersonnelle, ce qui doit être regretté. Il n'est donc pas certain que le devenir de ce nouveau courant jurisprudentiel ressemble à un long fleuve tranquille... ■

Sébastien FERRARI
Maître de conférences
à l'Université Paris Descartes
Sorbonne Paris Cité
Centre Maurice Hauriou pour la recherche en
droit public (EA 1515)