

Travaux dirigés de
DROIT ADMINISTRATIF GENERAL

Licence 2

Cours de Monsieur le Professeur Jean-François BRISSON

Année universitaire 2018 – 2019

Travaux dirigés (Séance 6)

La régularisation des actes administratifs illégaux

I. Jurisprudences

a) La modulation dans le temps des effets de l'annulation

Document 1 CE 11 avril 2004 Association AC ! (voir le commentaire au GAJA)

b) La substitution de motifs

Document 2 : CE, Sect., 6 février 2004, *Hallal*, n° 240560, rec. p. 48

Document 3 : CE Sect. 21 novembre 2003, préfet Seine-Maritime c/ El Bahi, req. n° 240267 : Rec. p.479

Document 4 : CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 22 novembre 2006, OFPRA n° 277373. (Extraits)

Document 5 : CE 5 février 2014, n° 367815, Société Pludis.

Document 6 : CE, , 25 avril 2007, n° 290197, Rosenthal

Document 7 : CE, 15 mars 2004 Commune de Villasavary, n° 261130. (Extraits).

c) L'interprétation correctrice

Document 8 : CE 4 décembre 2013 Association France Nature Environnement

II. Doctrine

Document 9 : Isabelle DE SILVA, « Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence Hallal », *AJDA* 2006 p.690 (Extraits).

Document 10 : Francis DONNAT et Didier CASAS, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, « La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2004 p.202.

Document 11 : Yan LAIDIE, « La garantie procédurale comme condition de la substitution de motifs », *AJDA* 2007 p.1145.

Document 12 : Fabrice MELLERAY, « Dix ans de jurisprudence Hallal », *AJDA* 2014 p.529

Document 13 : Bertrand Seiller, L'illégalité sans annulation, *AJDA* 2004, annexe 1

Document 14 : Olga Mamoudy D'AC ! à M6 en passant par Danthony 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! - Bilan et perspectives *AJDA* 2014 p.501, annexe 2

Exercices au choix :

1/ Sujet théorique : Que pensez-vous de cette assertion ?

« ... *La jurisprudence Hallal n'est en effet qu'une des facettes de la transformation contemporaine de l'office du juge administratif, mouvement notamment marqué par la volonté de rompre avec une application trop mécanique du principe de légalité et de privilégier l'efficacité de l'intervention juridictionnelle. Nul ne contestera sans doute que cette évolution est très largement orientée dans le sens de la défense des droits des justiciables.* » Fabrice MELLERAY, « Dix ans de jurisprudence Hallal », AJDA 2014 p.529 (extraits).

2/ Sujet pratique : Commentaire combiné des arrêts : CE 10 mars 2006, Ministre de la défense c/ Poindrelle, n°259192 **et** CAA de Douai 28 sept. 2017, Préfet de la Seine-Maritime c/ M. B, n° 16DA01920. (Voir en fin de document).

Document 1 : Conseil d'Etat, Ass. 11 mai 2004 Association AC !

Extraits

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

Document 2 : CE, Sect., 6 février 2004, *Hallal*, n° 240560, rec. p. 48

Vu la requête, enregistrée le 28 novembre 2001 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par Mme Fatima X, demeurant 1... ; Mme X demande que le Conseil d'Etat annule pour excès de pouvoir la décision du 10 octobre 2001 par laquelle la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France a rejeté son recours contre la décision du consul général de France à Annaba (Algérie) du 28 juin 2001 lui refusant un visa de long séjour sur le territoire français ;

(...)

Considérant que l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision ; qu'il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; que dans l'affirmative il peut procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué ;

Considérant que la décision attaquée de la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France rejette le recours de Mme X contre la décision du consul général de France à Annaba (Algérie) refusant de lui délivrer un visa de long séjour en qualité d'ascendante à charge d'un ressortissant français au motif que l'intéressée n'était pas isolée dans son pays d'origine ; que la circonstance ainsi relevée ne pouvait pas, à elle seule, justifier que la qualité d'ascendante à charge de ressortissant français fût déniée à Mme X ; qu'ainsi, le motif retenu dans la décision attaquée est entaché d'erreur de droit ;

Considérant il est vrai que, pour établir que la décision attaquée était légale, le ministre des affaires étrangères invoque, dans son mémoire en défense communiqué à Mme X, un autre motif, tiré de ce que cette dernière ne justifiait pas, à la date de cette décision, recevoir régulièrement des ressources de la part de ses enfants français résidant en France ;

Mais considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction, eu égard notamment aux éléments fournis par Mme X à l'appui de son mémoire en réplique, que la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France aurait pris la même décision si elle avait entendu se fonder initialement sur ce motif ; qu'il n'y a dès lors pas lieu de procéder à la substitution demandée ;

Considérant qu'il suit de là que Mme X est fondée à demander l'annulation de la décision de la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France en date du 10 octobre 2001 ;

DECIDE :

Article 1er : La décision de la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France en date du 10 octobre 2001 statuant sur le recours de Mme X est annulée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à Mme Fatima X et au ministre des affaires étrangères.

Document 2 : CE Sect. 21 novembre 2003, préfet Seine-Maritime c/ El Bahi, req. n° 240267 : Rec. p.479

Vu la requête, enregistrée le 20 novembre 2001 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par le PREFET DE LA SEINE-MARITIME ; le PREFET DE LA SEINE-MARITIME demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler le jugement du 26 octobre 2001 du conseiller délégué par le président du tribunal administratif de Rouen annulant son arrêté du 23 octobre 2001 ordonnant la reconduite à la frontière de M. Rachid Y ;

2°) de rejeter la demande de M. Y devant le tribunal administratif ;
(...)

Considérant que si l'arrêté du PREFET DE LA SEINE-MARITIME en date du 23 octobre 2001 décidant la reconduite à la frontière de M. Y, ressortissant marocain, a été pris quatre jours avant la date prévue pour le mariage de celui-ci avec Mlle , cette mesure ne porte pas, par elle-même, atteinte au droit des intéressés de se marier ; que, dès lors, le préfet est fondé à soutenir que c'est à tort que le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Rouen s'est fondé sur la violation des stipulations de l'article 12 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives au droit au mariage pour annuler l'arrêté décidant la reconduite à la frontière de M. Y ;

Considérant, toutefois, qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. Y, tant devant le tribunal administratif que devant le Conseil d'Etat ;

Sur le moyen tiré de la méconnaissance du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 :

Considérant qu'aux termes du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 : Le représentant de l'Etat dans le département et, à Paris, le préfet de police peuvent, par arrêté motivé, décider qu'un étranger sera reconduit à la frontière dans les cas suivants : 1° Si l'étranger ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, à moins qu'il ne soit titulaire d'un titre de séjour en cours de validité (...) ; 2° Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation de visa, à l'expiration du délai de trois mois à compter de son entrée sur le territoire sans être titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré (...) ; que le III du même article 22 rend applicables les dispositions du 2° du I à ...l'étranger qui n'est pas ressortissant d'un Etat membre de la Communauté économique européenne si, en provenance directe du territoire d'un des Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, il s'est maintenu sur le territoire métropolitain sans se conformer aux dispositions

des articles 19, paragraphe 1 ou 2, 20 paragraphe 1, 21, paragraphes 1 ou 2 de ladite convention ; que l'article 21 de cette convention prévoit que les étrangers titulaires d'un titre de séjour délivré par l'un des Etats parties peuvent, sous couvert de ce titre ainsi que d'un document de voyage, ces documents étant en cours de validité, circuler librement pendant une période de trois mois au maximum sur le territoire des autres parties contractantes, pour autant qu'ils remplissent certaines conditions ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, contrairement à ce qu'indiquent les motifs de l'arrêté attaqué, M. Y était titulaire d'un titre de séjour délivré par les autorités italiennes et en cours de validité à la date de son entrée en France en août 2000 ; qu'ainsi, il justifie être entré régulièrement en France ; que, par suite, la décision de reconduire l'intéressé à la frontière ne pouvait être prise sur le fondement des dispositions précitées du 1° du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ;

Considérant, toutefois, que lorsqu'il constate que la décision contestée devant lui aurait pu être prise, en vertu du même pouvoir d'appréciation, sur le fondement d'un autre texte que celui dont la méconnaissance est invoquée, le juge de l'excès de pouvoir peut substituer ce fondement à celui qui a servi de base légale à la décision attaquée, sous réserve que l'intéressé ait disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée ; qu'une telle substitution relevant de l'office du juge, celui-ci peut y procéder de sa propre initiative, au vu des pièces du dossier, mais sous réserve, dans ce cas, d'avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations sur ce point ;

Considérant qu'en l'espèce, la décision attaquée, motivée par l'irrégularité du séjour de M. Y trouve son fondement légal dans les dispositions du 2° du I du même article 22 qui peuvent être substituées à celles du 1° dès lors, en premier lieu, que, s'étant maintenu sur le territoire français plus de trois mois après son entrée sans être titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré, M. Y se trouvait dans la situation où, en application du 2° du I de l'article 22, le préfet pouvait décider qu'il serait reconduit à la frontière, en deuxième lieu, que cette substitution de base légale n'a pour effet de priver l'intéressé d'aucune garantie et, en troisième lieu, que l'administration dispose du même pouvoir d'appréciation pour appliquer l'une ou l'autre de ces deux dispositions ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions du 1° du I de l'article 22 ne peut être accueilli ;

Sur les autres moyens :

Considérant que si M. Y fait valoir qu'il entretenait une relation avec une ressortissante française qu'il devait épouser le 27 octobre 2001, il ressort des pièces du dossier que cette relation datait seulement de quelques mois à la date de l'arrêté attaqué et que M. Y, s'il a une sœur en France, n'est pas dépourvu d'attache familiale dans son pays d'origine ; que, dans les circonstances de l'espèce, compte tenu de la durée et du caractère irrégulier de son séjour et eu égard aux effets d'une mesure de reconduite à la frontière, l'arrêté attaqué n'a pas porté au droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels cet arrêté a été pris ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'il méconnaîtrait les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peut être accueilli ;

Considérant que le moyen tiré de la méconnaissance des stipulations de l'article 14 de la même convention n'est pas assorti des précisions suffisantes pour permettre d'en apprécier le bien-fondé ;

Considérant, enfin, que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le PREFET DE LA SEINE-MARITIME est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Rouen a annulé son arrêté du 23 octobre 2001 ordonnant la reconduite à la frontière de M. Y ;

Considérant que les dispositions combinées des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du 10 juillet 1991 font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme que la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de M. Y, demande au titre des frais que M. Y aurait exposés s'il n'avait pas obtenu l'aide juridictionnelle ;

DECIDE :

Article 1er : Le jugement du 26 octobre 2001 du magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Rouen est annulé.

Article 2 : La demande présentée par M. Y devant le tribunal administratif de Rouen et les conclusions présentées devant le Conseil d'Etat par son avocat sur le fondement de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au PREFET DE LA SEINE-MARITIME, à M. Rachid Y et au ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales.

Document 3 : CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 22 novembre 2006, OFPRA n° 277373. (Extraits)

(...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. Khaled A est né le 25 septembre 1966 à Damas, en Syrie, de parents d'origine palestinienne ; qu'il est entré régulièrement en France en 1985, sous couvert d'un document de voyage délivré pour les réfugiés palestiniens par les autorités syriennes à Damas ; qu'il est titulaire d'un titre de séjour délivré par le préfet du Val d'Oise et père d'un enfant français ; que le 17 septembre 1998, M. A a sollicité auprès de l'OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES REFUGIES ET APATRIDES la reconnaissance de la qualité d'apatride, sur le fondement de la convention de New-York du 28 septembre 1954 ; que, par une décision du 18 juin 1999, cette demande a été rejetée ; que, saisi par M. A, le tribunal administratif de Cergy -Pontoise a annulé cette décision par un jugement du 15 mai 2002 ; que l'OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES REFUGIES ET APATRIDES se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles ayant confirmé ce jugement ;

Considérant, d'une part, que l'Office de secours et de travaux des Nations-Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) a été créé par la résolution n°302 (IV) de l'assemblée générale des Nations Unies en date du 8 décembre 1949 ; qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article premier de la convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides : Cette convention ne sera pas applicable : i) aux personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, tant qu'elles bénéficieront de ladite protection ou de ladite assistance ; qu'il résulte de ces stipulations, qu'une personne se trouvant en dehors de la zone où l'UNRWA exerce son activité ne peut plus bénéficier de l'assistance ou de la protection de ce dernier et est, par suite, susceptible de bénéficier du régime de la convention de 1954 ; qu'ainsi, la cour administrative d'appel de Versailles n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, sans dénaturer les faits soumis à son examen et par un arrêt suffisamment motivé sur ce point, que dès lors que M. A réside en France depuis 1985 et qu'il restait ainsi durablement à l'extérieur de la zone d'activités de l'UNRWA, il ne pouvait être regardé comme continuant à bénéficier de l'assistance de cet organisme ;

Considérant, d'autre part, que si l'OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES REFUGIES ET APATRIDES soutient que la circonstance que M. A aurait volontairement renoncé à la protection offerte par l'UNRWA serait de nature à faire obstacle à ce que le statut d'apatride lui soit reconnu, un tel moyen ne peut être utilement invoqué à l'encontre de l'arrêt attaqué, dès lors que la cour administrative d'appel de Versailles s'est bornée à juger que l'OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES REFUGIES ET APATRIDES ne pouvait refuser à l'intéressé le statut d'apatride au seul motif, entaché d'erreur de droit ainsi qu'il a été dit ci-dessus, qu'il continuerait à bénéficier de la protection de l'UNRWA ; que si l'administration peut, en première

instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, elle ne saurait faire cette demande pour la première fois devant le juge de cassation ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête de l'OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES REFUGIES ET APATRIDES doit être rejetée ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Document 4 : CE 5 févr. 2014, n° 367815, Société Pludis.

Vu la requête, enregistrée le 17 avril 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par la société Pludis, dont le siège est Route de Caulnes, La Coulébart, à Dinan (22100) ; la société Pludis demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision n° 1593 T du 29 janvier 2013 par laquelle la Commission nationale d'aménagement commercial, sur le recours de la société LH Displan, a annulé la décision de la commission départementale d'aménagement commercial des Côtes-d'Armor du 12 septembre 2012 l'autorisant à créer un hypermarché « E. Leclerc » d'une surface de vente de 2 500 m² à Pluduno (Côtes-d'Armor) et a rejeté sa demande d'autorisation ;

2°) d'enjoindre à la commission nationale de procéder au réexamen de son dossier et de statuer sur sa demande dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision à intervenir ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

(...)

Sur la légalité de la décision attaquée :

1. Considérant que, la société Pludis a été autorisée par la commission départementale d'aménagement commercial des Côtes-d'Armor le 12 septembre 2012, a exploité un centre commercial sur la commune de Pluduno ; que, sur la saisine de la société LH Displan, la Commission nationale d'aménagement commercial a annulé cette décision et a refusé à la société Pludis l'autorisation d'exploitation de cet ensemble commercial, au motif, d'une part, que le projet favorisera l'étalement urbain et nuira ainsi à l'animation de la vie locale, d'autre part, que son site ne sera accessible que par véhicule automobile ;

2. Considérant qu'il appartient aux commissions d'aménagement commercial, lorsqu'elles se prononcent sur un projet d'exploitation commerciale soumis à autorisation en application de l'article L. 752-1 du code de commerce, d'apprécier la conformité de ce projet aux objectifs prévus à l'article 1er de la loi du 27 décembre 1973 et à l'article L. 750-1 du code de commerce, au vu des critères d'évaluation mentionnés à l'article L. 752-6 du même code ; que l'autorisation ne peut être refusée que si, eu égard à ses effets, le projet compromet la réalisation de ces objectifs ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le projet en cause contribuera à renforcer et à diversifier l'offre commerciale à proximité de la commune de Pluduno, permettant ainsi de limiter l'évasion commerciale ; que si le terrain d'assiette du projet se trouve à 1,7 km du centre de Pluduno, ce terrain, qui se situe le long d'un axe routier et à proximité immédiate de plusieurs entreprises déjà installées, ne présente aucune caractéristique naturelle remarquable et a d'ailleurs vocation, en vertu du plan local d'urbanisme de la commune, à être urbanisé à court et moyen terme pour y installer des activités industrielles et commerciales ; que les flux de transport supplémentaires occasionnés par le projet pourront être absorbés par les infrastructures routières existantes et que le fait que le projet n'est pas inséré dans les réseaux de transport collectif, ne saurait, à lui seul, en l'espèce, justifier le refus d'accorder l'autorisation sollicitée ; que le projet,

par sa faible importance et par son emplacement, complète le maillage du territoire concerné ; qu'enfin, le projet comporte une série de mesures destinées à assurer l'isolation des bâtiments et leur mise aux normes Haute Qualité Environnementale, la récupération et la réutilisation des eaux pluviales ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la commission nationale a commis une erreur d'appréciation en estimant que le projet compromettrait la réalisation des objectifs prévus par la loi ;

5. Considérant que si la société LH Displan demande qu'aux motifs erronés de la décision attaquée soit substitué un motif tiré de ce que la dérogation délivrée à la société Pludis par le syndicat mixte du Pays de Dinan, au titre de l'article L. 122-2 du code de l'urbanisme, était illégale, il n'y a pas lieu de procéder à une telle substitution de motifs qui ne peut être demandée au juge de l'excès de pouvoir que par l'administration auteur de la décision attaquée, laquelle s'est abstenue de produire à l'instance ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que la société Pludis est fondée à demander l'annulation de la décision attaquée ; Sur les conclusions aux fins d'injonction :

7. Considérant que la présente décision implique nécessairement que la Commission nationale procède à un nouvel examen de la demande dont elle se trouve à nouveau saisie ; qu'il y a lieu d'enjoindre un tel réexamen dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente décision ; Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

8. Considérant, d'une part, que ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Pludis, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

9. Considérant, d'autre part, qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces mêmes dispositions et de mettre à la charge de l'Etat le versement à la société Pludis d'une somme de 2 000 € au titre des frais exposés par elle et non compris dans

DECIDE :

Article 1er : La décision de la Commission nationale d'aménagement commercial du 29 janvier 2013 est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la Commission nationale d'aménagement commercial de réexaminer la demande de la société Pludis dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente décision.

Article 3 : L'Etat versera à la société Pludis la somme de 2 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la société LH Displan tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société Pludis, à la société LH Displan et à la Commission nationale d'aménagement commercial.

Document 5 : CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 25-04-2007, n° 290197, Rosenthal

Vu la requête, enregistrée le 14 février 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Victor A, demeurant [...] ; M. A demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la délibération du 7 décembre 2005 par laquelle le conseil d'administration de l'université de technologie de Compiègne, siégeant en formation restreinte aux professeurs des universités, a rejeté la liste de classement proposée par la commission de spécialistes réunie le 23 novembre 2005 en vue du recrutement d'un professeur sur le poste intitulé "psychologie, psychologie clinique, psychologie sociale" portant la référence 0011S ;

(...)

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant qu'aux termes du 1° de l'article 42 du décret du 6 juin 1984 : "Les professeurs des universités sont recrutés : 1°) Dans toutes les disciplines, par concours ouverts par établissement en vue de pourvoir un ou plusieurs emplois d'une même discipline (...)" ; qu'aux termes de l'article 49 du décret du 6 juin 1984 : "(...) La liste de classement établie par la commission de spécialistes est transmise au conseil d'administration de l'établissement. Le conseil d'administration, siégeant en formation restreinte aux enseignants-chercheurs et personnels assimilés de rang égal à celui de l'emploi postulé, dispose, pour se prononcer, d'un délai de trois semaines à compter de la date à laquelle la proposition de la commission de spécialistes lui a été transmise. Pour chaque emploi à pourvoir, le conseil propose soit seulement le premier candidat classé par la commission de spécialistes, soit celui-ci et un ou plusieurs des suivants dans l'ordre d'inscription sur la liste de classement. Lorsque plusieurs emplois sont à pourvoir au titre d'un même concours, le conseil d'administration peut soit retenir les premiers candidats classés dans la limite du nombre de postes à pourvoir, soit ceux-ci et un ou plusieurs des candidats suivants, dans l'ordre d'inscription sur la liste de classement. Il ne peut en aucun cas modifier l'ordre de la liste de classement. Il peut par décision motivée rejeter la liste proposée par la commission. A l'expiration du délai mentionné ci-dessus, il est réputé avoir approuvé la liste." ;

Considérant que le conseil d'administration de l'université de technologie de Compiègne a rejeté, par une délibération du 7 décembre 2005, la liste proposée par la commission de spécialistes pour le recrutement d'un professeur des universités au titre du poste ouvert, par l'arrêté du ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche du 3 octobre 2005, à l'université de technologie de Compiègne (UTC) dans la 16ème section sous l'intitulé "psychologie, psychologie clinique, psychologie sociale" portant la référence 0011S ;

Considérant qu'en se bornant, pour rejeter cette liste, à estimer que le profil de M. A, candidat classé en première position par la commission de spécialistes, n'était "pas en adéquation avec les attentes de l'établissement pour l'emploi visé", sans préciser davantage en quoi le profil de M. A ne correspondait pas aux attentes de l'établissement, le conseil d'administration de l'université de technologie de Compiègne n'a pas suffisamment motivé sa délibération ;

Considérant que, si l'université de technologie de Compiègne demande au Conseil d'Etat de procéder à une substitution du motif de la délibération attaquée, cette éventuelle substitution ne saurait, en tout état de cause, remédier au vice de forme résultant de l'insuffisance de motivation de cette délibération ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. A est fondé à demander l'annulation de la délibération attaquée ;

Document 6 : CE, 15 mars 2004 Commune de Villasavary, n° 261130. (Extraits).

(...)

Considérant que la COMMUNE DE VILLASAVARY (Aude) se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 1er octobre 2003 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier, saisi par la société Orange France, a suspendu l'exécution de la décision du 12 juin 2003 du maire de Villasavary

ordonnant à ladite société de procéder au démontage, avant le 6 octobre 2003, de l'antenne de téléphonie mobile installée sur le château d'eau de la commune ainsi que de son local technique ;

Considérant que l'administration peut faire valoir devant le juge des référés que la décision dont il lui est demandé de suspendre l'exécution, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision ; qu'il appartient alors au juge des référés, après avoir mis à même l'auteur de la demande, dans des conditions adaptées à l'urgence qui caractérise la procédure de référé, de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher s'il ressort à l'évidence des données de l'affaire, en l'état de l'instruction, que ce motif est susceptible de fonder légalement la décision et que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; que dans l'affirmative et à condition que la substitution demandée ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué, le juge des référés peut procéder à cette substitution pour apprécier s'il y a lieu d'ordonner la suspension qui lui est demandée ;

Considérant que pour écarter la demande de la COMMUNE DE VILLASAVARY tendant à ce qu'il substitue, au motif tiré de la résiliation de la convention conclue pour l'implantation des équipements de téléphonie mobile en raison des risques pour la santé publique, qui constituait le motif initial de la décision litigieuse, celui tiré de la nullité de cette convention, le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier a jugé que ce nouveau motif n'imposait pas à la COMMUNE DE VILLASAVARY d'enjoindre à la société Orange France de procéder au démontage des installations ; qu'en subordonnant ainsi la substitution demandée à la condition que le nouveau motif invoqué devant lui imposât à l'administration de prendre la décision litigieuse, le juge des référés a commis une erreur de droit ; que, par suite, son ordonnance doit être annulée ; Considérant qu'il y a lieu, par application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Orange France ;

Sur la fin de non-recevoir opposée par la COMMUNE DE VILLASAVARY :

Considérant que la décision du maire de Villasavary en date du 12 juin 2003, qui impose à la société Orange France de procéder au démontage de ses installations avant une date fixée, fait grief à celle-ci, qui est dès lors recevable à demander la suspension de son exécution ;

Sur les conclusions tendant à la suspension de l'exécution de ladite décision :

Considérant qu'en égard tant à l'intérêt qui s'attache à la couverture du territoire national par le réseau de téléphonie mobile qu'aux intérêts propres de la société Orange France, résultant notamment des autorisations qui lui ont été données, et en l'absence au dossier d'éléments de nature à établir l'existence de risques sérieux pour la santé publique, l'urgence justifie la suspension de la décision attaquée, nonobstant la circonstance que la COMMUNE DE VILLASAVARY aurait proposé à la société Orange France un autre site pour l'implantation de ses équipements ;

Considérant que si la COMMUNE DE VILLASAVARY demande que soit substitué, au motif initial de la décision contestée, celui tiré de la nullité de la convention d'occupation du domaine public conclue pour l'implantation des installations litigieuses, il ne ressort pas à l'évidence des données de l'affaire, en l'état de l'instruction, que la commune aurait pris la même décision si elle s'était initialement fondée sur ce motif ; qu'il ne peut, dès lors, être procédé à la substitution demandée pour apprécier s'il y a lieu d'ordonner la suspension de ladite décision ;

Considérant qu'en l'état de l'instruction, le moyen tiré, par voie d'exception, de l'illégalité de la résiliation de la convention conclue pour l'implantation des équipements de téléphonie mobile sur le domaine public communal, en l'absence de risques avérés pour la santé publique, est de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision du maire de Villasavary en date du 12 juin 2003 ;

Sur les conclusions de la société Orange France tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Conseil d'Etat 4 décembre 2013 Association France Nature Environnement

Sur la légalité interne :

En ce qui concerne l'intelligibilité du décret attaqué :

15. Considérant que les associations requérantes soutiennent que le décret, en raison de nombreuses erreurs ou malfaçons, est inintelligible ;

16. Considérant, d'une part, qu'il est vrai que, comme le relèvent les associations requérantes, le III de l'article 12 du décret attaqué prescrit d'insérer au premier alinéa de l'article R. 581-60, tel qu'issu de la renumérotation résultant de l'article 2 du décret, les mots « ni le cas échéant, dépasser les limites de l'égout du toit. » après les mots « plus de 0,50 mètre », alors que l'article R. 581-60 fait mention des mots « 0,25 mètre » ; qu'il ne fait toutefois pas de doute que les mots ajoutés par le III de l'article 12 doivent être insérés après les mots « 0,25 mètre » ;

17. Considérant qu'en l'absence de doute sur la place et la portée de l'insertion prévue par le III de l'article 12, il y a lieu pour le Conseil d'Etat, afin de donner le meilleur effet à sa décision, non pas d'annuler les dispositions erronées de cet article, mais de conférer aux dispositions insérées au code de l'environnement leur exacte portée et de prévoir que le texte ainsi rétabli sera rendu opposable par des mesures de publicité appropriées, en rectifiant l'erreur matérielle commise et en prévoyant la publication au Journal officiel d'un extrait de sa décision ;

18. Considérant, d'autre part, que plusieurs des autres malfaçons rédactionnelles entachant le décret attaqué, relevées par les requêtes, ont été corrigées par un rectificatif publié au Journal officiel du 21 avril 2012 ; que si toutes les imperfections du texte n'ont pas été corrigées, celles qui subsistent ne sont pas de nature à rendre le décret inintelligible ; qu'en particulier, la circonstance que l'article R. 581-66, issu de la renumérotation résultant de l'article 2 du décret attaqué, fasse référence à un « ensemble multicommunal » et non à une « unité urbaine » ne rend pas inintelligible la règle fixée par cet article

Document 7 : Isabelle DE SILVA, « Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence Hallal », *AJDA* 2006 p.690 (Extraits).

Par sa décision de Section du 6 février 2004, Mme Hallal (Lebon p. 48 ; *AJDA* 2004, p. 436, chron. F. Donnat et D. Casas ; *RFDA* 2004, p. 740, concl. I. de Silva), qui abandonne la jurisprudence issue de l'arrêt de Section du 23 juillet 1976, *Urssaf du Jura* (Lebon p. 362 ; *AJDA* 1976, p. 416, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius ; *Rev. adm.* 1976, p. 607, concl. Dondoux), le Conseil d'Etat a admis que le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'une décision fondée sur un motif illégal, peut procéder, à la demande de l'administration, à la substitution du motif erroné par un motif différent de celui sur lequel l'administration s'était initialement fondée.

Avant de se livrer à une substitution de motifs dans le cadre fixé par la jurisprudence Hallal, le juge doit se livrer à plusieurs opérations successives.

Sur le plan de l'instruction, le juge doit mettre le justiciable à même de présenter des observations sur la substitution demandée, soit par la communication du mémoire dans lequel l'administration sollicite la substitution de motifs, soit par l'envoi d'un courrier particulier émanant du greffe.

Le juge procède ensuite à un triple contrôle juridique. Il doit s'assurer, tout d'abord, que le motif avancé par l'administration est de nature à justifier légalement la décision, et que la substitution ne prive pas l'intéressé d'une garantie essentielle. Si ces conditions ne sont pas remplies, la démarche de substitution s'arrête à ce premier stade.

Si le motif est légalement fondé en fait et en droit, le juge doit, dans le deuxième temps de sa réflexion, déterminer s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée, à la date à laquelle elle a pris sa décision, sur le nouveau motif. Le contrôle s'apparente à ce stade à celui qui permet, dans le cadre de la jurisprudence Dame Perrot (CE Ass. 12 janvier 1968, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Dame Perrot*, Lebon p. 39) de neutraliser un motif illégal, s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle n'avait considéré que les motifs légaux.

Enfin, et c'est le troisième temps du raisonnement, le juge doit déterminer si, au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, il y a lieu de procéder à la substitution demandée. La substitution de motifs constitue en effet, dans le cadre tracé par la décision Hallal, une faculté pour le juge, et non un droit pour l'administration.

La décision Hallal a fait l'objet de notes et commentaires riches et soulevant de nombreuses questions intéressantes. On peut en relever deux : la jurisprudence Hallal marque-t-elle un pas supplémentaire dans le rapprochement entre le contentieux de l'excès de pouvoir et le plein contentieux ? Dénature-t-elle le recours pour excès de pouvoir en rompant l'équilibre fragile entre le justiciable et l'administration ? (D. 2005, p. 29, note P.-L. Frier ; Dr. adm. mars 2004, p. 26, note D. Chabanol ; Petites Affiches 2004, n° 208, p. 8, note F. Melleray ; RD publ. 2005-2, chron. C. Guettier ; JCP A 2004, n° 1154, p. 295, note V. Tchen ; JCP 2004, n° 1673, p. 592, note M.-C. Rouault).

Le présent article a pour objet d'illustrer dans quelles conditions la jurisprudence Hallal a été appliquée au cours des deux années écoulées, en identifiant le cas échéant les questions qui demeureront en suspens. Ce bilan provisoire donnera des éléments d'appréciation afin de déterminer l'apport de cette jurisprudence à l'office du juge de l'excès de pouvoir.

Les questions générales d'application de la jurisprudence Hallal

La jurisprudence Hallal est pleinement applicable dans les procédures de référé

Le Conseil d'Etat a été confronté rapidement à la question de l'application de la jurisprudence Hallal en matière de référé suspension. La décision Commune de Villasavary (CE 15 mars 2004, Lebon p. 132 ; AJDA 2004, p. 1311, concl. D. Chauvaux) admet que la substitution de motifs peut être demandée par l'administration devant le juge des référés, pour faire échec à une demande de suspension d'une de ses décisions.

Cette solution était logique, d'un point de vue théorique, mais pouvait néanmoins donner lieu à hésitation, compte tenu des conditions particulières d'exercice de son office par le juge des référés.

On aurait pu ainsi exclure la substitution de motifs devant le juge des référés, au nom de l'idée selon laquelle l'examen du litige en référé doit être gouverné par l'évidence et l'urgence, et en raison des difficultés pratiques pour organiser une procédure contradictoire dans des délais très resserrés. Le Conseil d'Etat a toutefois tranché en faveur d'une application générale de la jurisprudence Hallal devant le juge des référés.

Les conditions d'examen de la demande de substitution de motifs devant le juge des référés sont ainsi définies : « il appartient au juge des référés, après avoir mis à même l'auteur de la demande, dans des conditions adaptées à l'urgence qui caractérise la procédure de référé, de présenter ses observations sur la substitution [...] demandée, de rechercher s'il ressort à l'évidence des données de l'affaire, en l'état de l'instruction que ce motif est susceptible de fonder légalement la décision et que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif. Si la réponse est positive et que la substitution ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué, le juge des référés peut procéder à la substitution, pour apprécier s'il y a lieu d'ordonner la suspension qui lui est demandée ».

L'application de la jurisprudence Hallal devant le juge des référés est donc intégrale, mais ses conditions d'examen sont doublement adaptées à l'urgence : la procédure contradictoire à l'égard du justiciable peut être menée avec une diligence extrême et des délais très brefs ; l'appréciation portée par le juge sur le bien-fondé de la substitution doit ressortir « avec évidence ». Il est donc exclu que le juge des référés se livre à des investigations poussées si la démonstration présentée par l'administration à l'appui de la demande de substitution n'est pas, de prime abord, pleinement convaincante.

En l'espèce, après avoir censuré pour erreur de droit l'ordonnance du juge des référés, qui appliquait un raisonnement désormais condamné par la jurisprudence Hallal, l'arrêt ne fait pas droit à la demande de substitution, le motif invoqué n'étant pas de nature à justifier légalement la décision de résiliation de la convention pour l'implantation d'installation d'une antenne de téléphonie.

Notons que le Conseil d'Etat a, suivant la même logique, également admis que le juge des référés puisse faire application de la jurisprudence Dame Perrot pour rejeter une demande de suspension en référé. Lorsque le juge des référés est saisi d'une décision fondée sur plusieurs motifs, et que seul l'un de ces motifs est contesté par un moyen soulevant un doute sérieux, alors le juge peut rejeter la demande de suspension s'il « ressort à l'évidence des données de l'affaire, en l'état de l'instruction, que [l'administration] aurait pris la même décision si elle n'avait retenu que les autres motifs » (CE 4 juin 2004, M. Nessi, req. n° 264902, concl. C. Devys).

Ces deux décisions témoignent donc du souci du Conseil d'Etat d'éviter que les instances en référé ne s'éloignent du droit commun du recours administratif.

La motivation de l'arrêt faisant droit ou écartant la substitution de motifs

Il ressort des décisions rendues à ce jour que le juge motive sa décision de façon complète et détaillée sur le point de savoir si le motif avancé par l'administration est de nature à justifier légalement la décision contestée.

La motivation est plus lapidaire, conformément aux canons de la jurisprudence Dame Perrot, lorsque le juge estime qu'il résulte (ou non) de l'instruction que l'administration aurait « pris la même décision en se fondant sur le motif substitué ».

De même, le juge ne développe pas les raisons qui le conduisent à décider qu'il y a lieu ou non de faire droit à la demande de substitution. Une motivation concise (prenant modèle, par exemple, sur celle retenue lorsque le juge estime qu'il « n'y a pas lieu » d'accorder les frais irrépétibles) est pleinement justifiée, s'agissant d'un domaine où la liberté d'appréciation du juge est maximale, et se fonde sur « l'ensemble des pièces du dossier » (v. pour un exemple d'arrêt estimant qu'il n'y a pas lieu d'accorder la substitution « dans les circonstances de l'espèce », CAA Marseille 3 mars 2005, Commune de Neffes, req. n° 003MA01162).

La substitution devant le juge d'appel

La cour administrative d'appel de Douai a admis que la demande de substitution de motifs pouvait être formée par l'administration pour la première fois en appel, y compris dans le cas où la décision avait été annulée en première instance par le tribunal administratif (CAA Douai 25 mai 2004, Commune de Vred, AJDA 2004 p. 2342, concl. J. Michel ; RFDA 2004, p. 750, note O. Yeznikian).

La décision Hallal avait déjà énoncé que la substitution pouvait être demandée par l'administration « en première instance comme en appel », sans réserver le cas où la décision a été annulée en première instance. Aucune considération ne pouvait justifier que le débat contentieux soit considéré comme « cristallisé » (et que la substitution soit prohibée en appel) lorsque le premier juge a annulé la décision contestée. Les motifs justifiant le recours à la substitution sont en effet identiques, quel que soit le sens du jugement de première instance.

Le juge d'appel contrôle la régularité de la substitution de motif accordée par le juge de première instance : il peut ainsi estimer qu'une substitution a été accordée à tort, au vu des garanties procédurales applicables (v. ainsi CAA Douai 18 janvier 2005, SCEA Leprince, req. n° 02DA01044). La poursuite de l'instruction en appel peut conduire le juge à écarter, au vu des éléments apportés par le justiciable, la substitution accordée en première instance (CAA Bordeaux 25 janvier 2005, M. Boulay, req. n° 01BX01026), l'intéressé ayant démontré que le motif substitué était également erroné en fait.

Le contrôle en cassation des jugements statuant sur une demande de substitution de motifs

Plusieurs décisions du Conseil d'Etat ont censuré, pour erreur de droit, des décisions de cours et de tribunaux qui avaient refusé la substitution de motifs demandée, en appliquant l'ancien état de la jurisprudence, issu de la décision Urssaf du Jura (v. par exemple, CE 27 juin 2005, M. et Mme Gauthier, req. n° 264807, concl. D. Chauvaux ; CE 29 juin 2005, Commune de Montrouge, à mentionner aux tables du Lebon, concl. F. Sénès ; AJDA 2005, p. 1969). Il s'agit là d'un cas classique d'application de « revirement » de jurisprudence aux instances en cours.

Le Conseil d'Etat a implicitement jugé que la méconnaissance de la jurisprudence Hallal par un juge du fond qui avait écarté par principe la demande de substitution (sur le fondement de l'ancien état de la jurisprudence) ne constituait pas un moyen d'ordre public qu'il appartiendrait au juge de cassation de relever d'office (v. CE 5 avril 2004, Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Commune de Farebersviller, req. n° 240922, concl. L. Vallée).

Le Conseil d'Etat n'a pas encore eu l'occasion de préciser la nature du contrôle du juge de cassation sur l'appréciation portée par les juges du fond lorsqu'il examine, pour l'accueillir ou la rejeter, la demande de substitution de motifs dans le cadre tracé par la décision Hallal.

Le degré de contrôle du juge de cassation devrait varier, selon les différents stades du raisonnement suivi pour répondre à la demande de substitution. Lorsque le juge du fond estime que le motif est (ou n'est pas) de nature à justifier légalement la décision, cette phase du raisonnement pourra faire l'objet d'un contrôle de l'erreur de droit, ainsi que, selon les cas, d'un contrôle de qualification juridique ou d'appréciation souveraine ; le degré de contrôle de cassation suivra alors la grille de contrôle qui serait appliquée par le juge de cassation pour vérifier la pertinence de raisonnement suivi par les juges de fond, indépendamment du fait qu'il s'agit d'une substitution de motifs.

L'appréciation par laquelle les juges du fond estiment que l'administration « aurait pris la même décision en se fondant sur le motif substitué » devrait relever en revanche, dans tous les cas, de l'appréciation souveraine des juges du fond, de même que celle au terme de laquelle le juge estime qu'il y a lieu, ou non, de faire droit à la demande de substitution au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce.

La jurisprudence paraît bien engagée dans le sens d'un contrôle limité à la dénaturation sur ces deux points, compte tenu de la décision Nurdin (CE 14 janvier 2005, req. n° 253519, à mentionner aux tables du Lebon). Par cette décision, le Conseil d'Etat a en effet estimé que les juges du fond portaient une appréciation souveraine lorsqu'ils estimaient, au vu de l'instruction, que l'administration aurait pris la même décision si elle ne s'était fondée que sur les seuls motifs légaux de la décision, et non sur le motif entaché d'illégalité. Ainsi le juge de cassation ne contrôle pas en cassation l'appréciation portée dans le cadre de la jurisprudence Dame Perrot, sur le point de savoir si l'administration aurait pris la décision en ne retenant que le motif légal.

Nature de la demande de substitution : conclusions ou moyen ?

La nature de la demande de substitution de motifs présentée par l'administration a été débattue par certains commentateurs (v. ainsi note O. Yeznikian, préc., qui évoque à ce propos une « exception de légalité »).

Il apparaît peu douteux que la demande de substitution de motifs présentée par l'administration constitue un moyen en défense, et ne saurait être considérée comme constitutive de « conclusions » distinctes émanant de l'administration : en invoquant le motif nouveau, l'administration tente de justifier le rejet des conclusions à fin d'annulation présentées par la requérante, comme elle peut le faire en recourant à tout autre moyen de défense. L'administration ne « demande » rien de plus que le rejet de la demande d'annulation en excès de pouvoir.

Un arrêt qui omet de statuer sur une demande de substitution explicitement formulée par l'administration, tout en annulant la décision administrative (ou en confirmant une annulation) encourt la censure du juge de cassation, pour omission de statuer sur un moyen.

Pour une illustration d'une telle censure, on peut renvoyer à l'arrêt du 10 mars 2006, *Ministre de la Défense c/ Poindrelle* (req. n° 259192, à mentionner aux tables du Lebon, concl. F. Séners).

En l'absence de demande formée par l'administration, le juge n'est pas tenu de s'interroger d'office sur une substitution de motifs, hors les cas, distincts, de compétence liée ou de substitution de base légale (laquelle est désormais examinée dans les conditions précisées par la décision de Section El Bahi du 3 décembre 2003, Lebon p. 480 ; AJDA 2004, p. 202, chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2004, p. 733, concl. J.-H. Stahl).

Illustrations de l'application de la jurisprudence Hallal

Les décisions ayant fait droit à la demande de substitution de motifs

1 - Plusieurs tribunaux se sont livrés à des opérations de substitution de motifs dans le cadre du contentieux de masse issu de la jurisprudence Griesmar (v. notamment, TA Grenoble 4 mars 2005, *M. Bugier*, n° 0405288). Le service des pensions de La Poste et de France Télécom s'était fondé à tort sur le fait que le a) du 3° du I de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraites réservait aux femmes fonctionnaires mères de trois enfants le bénéfice d'une pension à jouissance immédiate, alors que ces dispositions n'étaient plus applicables au fonctionnaire ayant formé sa demande de pension à jouissance immédiate. Le tribunal a substitué à ce motif erroné en droit celui tiré de ce que l'intéressé ne remplissait pas la condition d'interruption d'activité posée par le nouveau régime applicable, issu de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2004.

Dans un contentieux « de masse » tel celui concernant le droit à pension des fonctionnaires se réclamant de l'arrêt Griesmar, la technique de substitution de motifs permet de donner à des dossiers répétitifs une solution expédiente. Toutefois, il convient de s'assurer, selon les cas de figure, que l'application d'une loi qui comporte des dispositions rétroactives, dans le cadre d'une substitution de motifs, ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il convient ainsi que le juge ait mis à même le justiciable de discuter des conditions d'applications de la loi nouvelle, avant de lui opposer un motif tiré de celle-ci.

2 - Les cours administratives d'appel ont à plusieurs reprises accordé la substitution de motif demandée par l'administration à un refus d'exercice de la profession de médecin (CAA Paris 28 avril 2004, *Alambaric c/ Ministre de la Santé*, req. n° 001PA02505), à un refus d'aide sociale à l'enfance (CAA Nancy 6 décembre 2004, *Département des Vosges c/ Mazgane*, req. n° 01NC00269), à une décision de passation d'un marché public (CAA Paris 2 juin 2005, *Conseil général de Seine-Saint-Denis*, AJDA 2005, p. 1805), à un refus d'aide à une entreprise ayant passé un accord de RTT (CAA Nancy 10 janvier 2005, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, req. n° 01NC00154).

3 - Devant le Conseil d'Etat, deux décisions doivent être signalées. Tout d'abord, une substitution de motifs a été accordée dans le contentieux des refus de visa d'entrée sur le territoire national (qui était déjà celui à l'occasion duquel la jurisprudence Hallal a été adoptée).

La décision Mme Chafoulais (CE 20 avril 2005, à mentionner aux tables du Lebon, concl. M. Guyomar) fait droit à la demande de substitution de motifs avancée par le ministre des Affaires étrangères.

La commission des recours contre les refus de visa (ou CRV), qui s'était prononcée dans le cadre du recours administratif obligatoire prévu par les textes, avait retenu un motif erroné en droit pour confirmer le refus de visa de long séjour opposé à des enfants mineurs d'ascendants français.

Le ministre des Affaires étrangères invoquait, dans son mémoire en défense, le motif tiré de ce que les documents produits à l'appui de la demande de visa avaient un caractère frauduleux, et ne permettaient pas d'établir l'identité des demandeurs et leur lien de filiation. Les éléments versés au dossier laissaient présager une forte probabilité de fraude, les « enfants » qui avaient demandé à s'établir en France n'ayant été déclarés comme tels dans les registres de l'état civil que peu de temps après l'acquisition, par leur mère supposée, de la nationalité française.

Au cas d'espèce, les trois contrôles successifs conditionnant l'application de la jurisprudence Hallal se sont avérés positifs : tout d'abord, le motif invoqué par le ministre était de nature à justifier légalement la décision (le motif étant par principe de nature à fonder légalement la décision, le débat portait surtout sur le point de savoir si les pièces du dossier révélaient une présomption de fraude).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a estimé que la substitution ne portait pas atteinte aux garanties du requérant : ce point est intéressant car la notion de « garanties suffisantes » pour le justiciable doit encore être précisée par la jurisprudence. En l'espèce, la décision contestée avait été prise par un organisme collégial (la CRV) tandis que la demande de substitution de motifs émanait du ministre. Mais le Conseil d'Etat a jugé que cette circonstance ne portait pas atteinte aux garanties du demandeur du visa, pour lequel le passage devant la CRV, par le biais d'un recours administratif obligatoire, constitue essentiellement un filtre de l'accès au juge. La solution pourrait être différente dans le cas où la décision contestée a été prise par un organisme collégial, et si le juge estime, compte tenu de la nature de la décision et de la composition que l'organe collégial, l'examen des circonstances de fait par ce dernier constitue une garantie pour le justiciable.

Le Conseil d'Etat a ensuite estimé que l'administration aurait pris la même décision en se fondant sur ce motif et qu'il y avait lieu, dans les circonstances de l'espèce, de procéder à la substitution demandée. Dans ses conclusions, Matthias Guyomar plaidait ainsi en faveur de la substitution : « en faisant droit aux conclusions de l'administration vous privilégieriez le « circuit court » qui nous paraît, en l'espèce, présenter le réel avantage de faire l'économie d'une nouvelle décision administrative dont la légalité, si elle était fondée sur le motif que nous retenons, serait certaine, et d'un nouveau procès dont l'inutilité serait alors flagrante ».

On peut remarquer un point intéressant dans la technique juridictionnelle adoptée par le Conseil d'Etat : la décision fait droit « d'entrée de jeu » à la demande de substitution, et se fonde ensuite sur le nouveau motif substitué - la présomption de fraude - pour écarter les autres moyens de légalité interne invoqués par la requérante, notamment la violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 3 paragraphe 1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. Or le commissaire du gouvernement, dans son exposé de l'affaire, avait, plus classiquement, proposé d'écarter les divers moyens avant d'en venir à celui qui, normalement, justifiait une annulation de la décision, si la substitution de motifs était refusée. Dans un cas de la sorte, la substitution du nouveau motif de fait tiré de la fraude commise par le demandeur du visa a permis de « redresser » le dossier en le rendant plus conforme aux faits de l'espèce, car l'existence d'une fraude constituait un élément d'appréciation déterminant pour le bien-fondé de la demande de visa, notamment au regard de la vie familiale alléguée.

4 - Le deuxième exemple significatif de substitution de motif devant le Conseil d'Etat concerne le droit de la concurrence.

Dans l'intéressante décision prise par le Conseil d'Etat le 20 juillet 2005, Société Fiducial Informatique et société Fiducial Expertise (à publier au Lebon, concl. E. Glaser ; AJDA 2005, p. 2167, chron. C. Landais et F. Lenica), l'application de la jurisprudence Hallal conduit à « sauver » une décision du ministre de l'Economie autorisant une concentration d'une annulation contentieuse qui était « certaine », selon le commissaire du gouvernement.

Contrairement à ce qui devrait être la règle, le Conseil d'Etat s'est livré à une investigation particulièrement approfondie pour déterminer si le nouveau motif, dont la substitution était demandée par le ministre de l'Economie et des Finances, était de nature à justifier légalement la décision. Dans la pureté de la logique de la jurisprudence Hallal, le seul constat que le motif, dont la substitution était demandée n'était pas d'une légalité « évidente » aurait pu conduire à écarter la demande de substitution présentée par l'administration.

Or, le Conseil d'Etat a sollicité, avant de se prononcer définitivement sur la substitution de motifs, un avis du Conseil de la concurrence : cette haute autorité devait indiquer si la concentration de deux entreprises était, comme le soutenait le ministre de l'Economie, compatible avec les exigences concurrentielles. C'est la première fois que le Conseil d'Etat sollicitait, dans une telle hypothèse, un avis du Conseil de la concurrence.

Deux éléments jouaient sans doute en sens contraire dans cette affaire. Dans le sens du refus de la substitution de motifs, on pouvait faire valoir que l'illégalité commise par l'administration paraissait particulièrement condamnable, s'agissant d'une décision de très grande importance et qui aurait dû être motivée avec une attention toute particulière. Cette considération aurait pu conduire la Haute juridiction à refuser de faire droit à la substitution de motifs demandée, afin de faire prévaloir l'élément de « sanction » de l'annulation pour excès de pouvoir. Mais en sens inverse, l'annulation de la décision autorisant la concentration, qui a une influence structurante pour le secteur économique et les entreprises concernés, aurait été particulièrement inopportune ; en admettant d'examiner le motif dont la substitution était demandée, le Conseil d'Etat s'autorisait ainsi à confirmer au contentieux une décision pertinente sur le fond ... quand bien même le motif initialement mis en avant était inadéquat. On voit bien à cet égard que la jurisprudence Hallal et la jurisprudence Association AC ! (CE Ass. 11 mai 2004, Lebon p. 197 ; AJDA 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2004, p. 454, concl. C. Devys) participent d'une même logique, en proportionnant l'annulation pour excès de pouvoir aux exigences de la légalité, et en palliant aux effets inutilement perturbateurs d'une annulation impeccable en droit, mais qui viendrait anéantir une décision justifiée sur le fond. Le Conseil d'Etat a finalement confirmé (CE 13 février 2006, Société Fiducial Informatique et autre, à mentionner au Lebon, concl. E. Glaser) la légalité de la décision du ministre de l'Economie, par une décision qui montre à quel point les termes du débat contentieux ont été enrichis, via la substitution de motif et le recours à l'avis du Conseil de la concurrence.

Les hypothèses de refus de la substitution de motifs

La plupart des décisions ayant eu à statuer sur une demande de substitution de motifs dans le cadre de la jurisprudence Hallal rejettent ladite demande, en s'arrêtant à l'un des trois temps du raisonnement.

1 - Les décisions les plus nombreuses s'arrêtent au premier stade d'examen de la jurisprudence Hallal, et relèvent que le motif avancé par l'administration n'est pas de nature à justifier légalement la décision.

L'examen des décisions statuant sur une demande de substitution montre que l'examen du bien-fondé du nouveau motif soulève souvent des appréciations délicates, en droit et en fait.

Ainsi, dans un jugement du 23 mars 2004, Préfet de la Moselle c/ Commune d'Amneville (AJDA 2004, p. 1135, note J.-D. Dreyfus), le tribunal administratif de Strasbourg, après avoir constaté l'illégalité des motifs de la délibération par laquelle le conseil municipal avait prononcé la résiliation unilatérale du contrat de concession du service public du casino municipal, refuse de faire droit à la demande de substitution. Les conclusions du commissaire du gouvernement Pascal Devillers (JCP 10 mai 2004, p. 674) étaient contraires sur ce point. Mais le tribunal a estimé que les éléments avancés par la commune ne suffisaient pas à

caractériser un mauvais fonctionnement du service public de nature à justifier légalement la résiliation unilatérale du contrat.

La décision Mme Dassa (CE 3 mai 2004, req. n° 242328, concl. E. Glaser) portait sur un refus d'attribution du titre d'interné politique. Le ministre de la Défense s'était fondé à tort sur la circonstance que Mme Dassa n'aurait pas rempli la condition de durée de séjour posée par l'article L. 289 du code des pensions militaires d'invalidité. Le ministre faisait valoir toutefois un nouveau motif, tiré de ce que les centres de l'Union générale des Israélites de France (UGIF), où avait séjourné l'intéressée, ne pouvaient pas être regardés comme des « lieux d'internement » au sens de l'article L. 288 et L. 289 (réservant la qualité d'interné politique aux personnes ayant été internées, pour tout autre motif qu'une infraction de droit commun, pendant au moins trois mois après le 16 juin 1940). Pour examiner cette argumentation qui posait une question juridique nouvelle, une instruction poussée a été nécessaire, et le Conseil d'Etat a écarté le motif avancé par l'administration au terme d'une motivation particulièrement détaillée : « il ressort toutefois des pièces du dossier que, compte tenu de la surveillance dont ils faisaient l'objet de la part des autorités d'occupation et des conditions matérielles difficiles qui y prévalaient, les centres de l'UGIF doivent, comme l'a d'ailleurs estimé la Commission nationale des déportés et internés politiques dans son avis du 26 janvier 1988, être regardés comme de tels lieux d'internement ».

De même, dans la décision Consorts Rouanet (CE 12 mai 2004, req. n° 250655, concl. D. Chauvaux), l'appréciation portée sur le motif avancé par l'administration revêtait une certaine technicité. Le contentieux portait ici sur une décision d'exclusion du bénéfice des aides compensatoires communautaires, fondée sur le fait que l'intéressé avait fait une « fausse déclaration ». Ce motif étant erroné en fait, le préfet demandait au juge de lui substituer un motif tiré de ce que la surface déclarée était trop différente de la surface déterminée lors d'un contrôle. Mais il résultait des pièces du dossier que cet écart n'existait pas pour chacune des différentes natures de cultures éligibles aux aides communautaires : le motif ne pouvait donc justifier légalement la décision.

Enfin, dans la décision SARL Bar Brasserie (CE 12 janvier 2005, à mentionner au Lebon, concl. T. Olson ; AJDA 2005, p. 1077), la substitution demandée par l'administration, pour justifier la légalité d'une décision de transfert d'autorisation de débit de boissons, conduit la juridiction à une investigation particulièrement approfondie, en droit, et qui débouche sur un refus de substitution.

La demande de substitution qui n'est pas suffisamment argumentée peut être rejetée pour ce seul motif (CE 10 mars 2004, Delannoy, req. n° 251018, concl. S. Boissard : la substitution demandée par le préfet est écartée car les allégations sont dépourvues de toute précision).

2 - On trouve dans la jurisprudence des décisions, plus rares, refusant la substitution de motifs car « il ne résulte pas de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle avait entendu se fonder initialement sur le motif dont la substitution est demandée ».

On peut citer tout d'abord la décision M. et Mme Herizi (CE 26 mai 2004, req. n° 249518), intervenue en matière de refus de visa de long séjour en qualité d'ascendants à charge d'un ressortissant français. La commission de recours contre les refus de visa s'était fondée à tort sur le motif que l'ascendant à charge n'était pas isolé dans son pays d'origine. Le Conseil d'Etat a refusé de confirmer la décision de refus en substituant au motif erroné le motif tiré de ce que les ressources du ressortissant français étaient insuffisantes.

Mérite également d'être signalée la décision M. Belabed (CE 7 mars 2005, req. n° 260520). Le refus de visa de court séjour avait été opposé pour un motif matériellement inexact (la commission de recours avait relevé, à tort, qu'aucune demande de visa n'avait été enregistrée). Le Conseil d'Etat a refusé la substitution à ce motif de forme d'un motif de fond, tiré de ce que les ressources de l'intéressé auraient été insuffisantes pour subvenir à ses besoins lors d'un séjour en France. L'arrêt relève « qu'il ne résulte pas de l'instruction, eu égard notamment au fait que la commission n'a pas examiné le recours de M. Belabed qu'elle a jugé irrecevable, que celle-ci aurait pris la même décision si elle avait entendu se fonder initialement sur ce motif ».

Saisie d'un refus de délivrance de permis de construire, la cour administrative d'appel de Marseille a refusé de procéder à la substitution, estimant qu'il ne ressortait pas de l'instruction que le maire aurait pris la même décision en se fondant sur le motif légal (CAA Marseille 10 novembre 2004, Mme Le Rouzic, req. n° 01MA01399).

Document 8 : Francis DONNAT et Didier CASAS, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, « La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2004 p.202.

Un litige de reconduite à la frontière a donné à la Section du contentieux l'occasion de rappeler et de préciser la jurisprudence en matière de substitution de base légale. Les faits de l'espèce sont relativement simples : un arrêté préfectoral ordonne la reconduite à la frontière d'un étranger sur le fondement des dispositions du 1° du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui permettent d'adopter une telle mesure à l'encontre de l'étranger qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français et qui n'est pas titulaire d'un titre de séjour en cours de validité ; cet arrêté est attaqué devant le juge administratif ; or, devant ce dernier, il s'avère, d'une part, que l'intéressé est entré régulièrement sur le territoire français, et qu'il n'entre donc pas dans le cas visé par le 1° du I de l'article 22, mais, d'autre part, qu'il pouvait faire l'objet d'une reconduite à la frontière sur le fondement du 2° du I du même article, qui vise l'étranger s'étant maintenu sur le territoire français plus de trois mois sans être titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré.

La base légale retenue par le préfet pour prendre sa décision était donc erronée. Dans ces conditions, la logique pure voudrait que le juge déclare illégale une décision à laquelle l'autorité compétente a donné un fondement juridique qui ne lui permettait pas légalement de la prendre. C'est sans compter sur un pouvoir que le juge administratif s'est, dans certaines hypothèses, reconnu : celui de substituer une base légale correcte à celle que l'autorité a cru, à tort, pouvoir retenir. C'est en procédant à une telle substitution que, par la décision Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi lue le 3 décembre 2003, la Section du contentieux, constatant que l'arrêté attaqué, fondé à tort sur le 1° du I de l'article 22, aurait pu être valablement pris en application du 2° du I du même article, a rejeté les conclusions de l'intéressé tendant à son annulation.

Au-delà du cas particulier de l'application de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, cette décision, après avoir confirmé qu'il s'agit bien d'une substitution de base légale, et non d'une substitution de motifs, définit l'étendue des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir en matière de substitution de base légale : elle confirme que le juge peut, sous certaines conditions, y procéder de sa propre initiative, mais qu'il n'y est toutefois pas tenu, cette substitution restant une faculté laissée à son appréciation.

Substitution de base légale et substitution de motifs

La différence entre substitution de base légale et substitution de motifs, nette en théorie, l'est parfois moins en pratique. La première consiste pour le juge, confronté à une décision que l'administration pouvait légalement prendre mais qu'elle a prise en se trompant de fondement juridique, à redonner à celle-ci un fondement correct. Soucieux d'éviter les annulations destinées à n'avoir qu'une portée doctrinale, le juge de l'excès de pouvoir accepte volontiers de procéder à une telle substitution sous certaines conditions (par exemple, CE Sect. 8 mars 1957, Rozé, Lebon p. 147 ; *AJDA* 1957, 2, p. 181, chron. J. Fournier et G. Braibant). La substitution de motifs consiste, pour le juge, à invoquer lui-même un motif de fait ou de droit qui justifierait la décision, mais que l'administration n'a pas retenu. La substitution de motifs va ainsi nettement plus loin que celle de base légale, qui est un simple changement d'étiquette, en ce qu'elle revient pour le juge à prêter à l'administration une intention différente de celle affichée par celle-ci.

Substitution de base légale et substitution de motifs correspondent ainsi à deux cas de figure bien distincts pour le juge : dans l'un, il ne s'agit pour lui que de restituer la bonne assise juridique à la décision adoptée par l'administration alors que, dans l'autre, la substitution le conduit à remplacer purement et simplement le motif qu'il estime être le bon à celui avancé par l'administration. Entre les deux cas de substitution, il est

évidemment plus facile pour le juge de remettre d'aplomb une décision administrative attaquée devant lui que de changer sa vocation, et l'on comprend que le juge administratif hésite davantage à procéder à une substitution de motifs qui l'entraînerait trop avant sur le terrain de l'opportunité de l'action administrative. Ainsi, si une décision attaquée pour excès de pouvoir est fondée sur des motifs juridiquement ou matériellement erronés, le juge ne peut que constater l'illégalité de ceux-ci et censurer celle-là (1). La substitution de motifs n'est admise par la jurisprudence que dans des cas exceptionnels, notamment ceux dans lesquels l'administration est en situation de compétence liée : dans cette hypothèse, dès lors que l'administration est strictement tenue de prendre une décision dans un sens déterminé, peu importe en effet le motif retenu, et le juge de l'excès de pouvoir peut alors substituer un motif correct à celui retenu à tort par l'administration (CE Sect. 8 juin 1934, Augier, Lebon p. 660 ; D. 1943, 3, p. 31, concl. Josse).

Substitution de base légale entre les différents cas de reconduite à la frontière

La distinction entre les deux types de substitution est, toutefois, parfois délicate à établir, comme en témoignent les soubresauts de la jurisprudence relative aux multiples cas, définis par le législateur au I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans lesquels un étranger peut être reconduit à la frontière : la possibilité d'une substitution entre l'un et l'autre cas semble avoir tout d'abord été implicitement écartée (CE Ass. 13 décembre 1991, Nkodia, Lebon p. 439 ; AJDA 1992, p. 114, chron. C. Maugué et R. Schwartz), avant d'être explicitement admise (président de la section du contentieux, 15 avril 1992, Polat, Lebon tables p. 981), puis explicitement écartée (CE 9 novembre 1998, Sacko, Lebon tables p. 958) et d'être de nouveau explicitement admise (CE 26 février 2001, Mme Fadiadji, req. n° 223953, à mentionner aux tables du Lebon ; CE 27 juillet 2001, Préfet de police c/ Kamdoum, req. n° 222201, à mentionner aux tables du Lebon).

Le moins que l'on puisse dire, c'est que la jurisprudence présente à l'ordinaire plus de linéarité. C'est son dernier état que la décision du 3 décembre 2003 confirme nettement, jugeant que la substitution entre les différents cas énumérés au I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 est une substitution de base légale, possible sous certaines conditions, et non une substitution de motifs, contrairement à ce qui semble avoir été jugé en 1991 et 1998. Cette solution repose sur l'idée simple que le motif de la reconduite à la frontière est fondamentalement le même quelle que soit l'hypothèse visée par le I de l'article 22 : qu'il soit fait application d'un alinéa ou d'un autre de cet article, il s'agit toujours de tirer les conséquences du séjour irrégulier sur le territoire français. Le passage d'un alinéa à l'autre change le fondement légal de la décision de reconduite - et il appartient au juge de vérifier d'office que l'étranger entre bien dans l'un des cas énumérés par le législateur, à défaut de quoi il ne peut être reconduit à la frontière (CE 10 janvier 2000, Préfet de Seine-Saint-Denis c/ Mlle Belhadj, Lebon tables p. 1181) - sans toutefois en changer le motif, l'irrégularité du séjour, qui reste le même.

Le juge de l'excès de pouvoir peut donc redonner une base légale correcte à une décision de reconduite, que le préfet pouvait prendre, mais qu'il a prise sur le fondement du mauvais alinéa du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Une telle substitution de base légale semble parfaitement possible entre tous les alinéas de ce I, sous la réserve du 3°, pour lequel la substitution de base légale ne semble possible qu'à la condition que l'intéressé n'ait pas été privé de la garantie de la notification et du délai d'un mois pour quitter le territoire. En effet, et ainsi qu'il a été dit précédemment, la substitution de base légale n'est envisageable que sous certaines conditions, qui sont rappelées et précisées dans un considérant de principe par la décision du 3 décembre 2003.

Faculté pour le juge de l'excès de pouvoir d'y procéder d'office

Ce considérant, dont la portée n'est évidemment pas limitée au cas de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, est particulièrement bienvenu d'un triple point de vue.

Il rappelle, en premier lieu, que le juge de l'excès de pouvoir ne peut procéder à une telle substitution que sous certaines conditions intéressantes, pour les unes, l'administration et, pour les autres, l'intéressé ayant fait l'objet de la mesure contestée. D'une part, l'autorité administrative doit avoir été susceptible de prendre la même décision, dans le cadre d'un même pouvoir d'appréciation (CE 7 juillet 1976, Epoux Arnaud, Lebon tables p. 1069) et au vu de règles de portée équivalente (CE 11 juin 1993, Société Landrieu, Lebon p. 173).

L'intéressé, d'autre part, doit avoir disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée (CE 23 décembre 1988, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Romans-sur-Isère*, Lebon p. 471). L'énoncé de ces conditions montre bien le souci du juge administratif de ne recourir à la substitution de base légale que dans les cas où celle-ci ne change en rien la situation tant de l'administré que de l'administration, et où l'annulation de la décision attaquée n'aurait qu'une portée strictement doctrinale.

La décision *Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi* confirme, en deuxième lieu, que le juge de l'excès de pouvoir peut procéder d'office à la substitution de base légale de la décision attaquée devant lui. La jurisprudence lui reconnaissait déjà cette possibilité d'y procéder de sa propre initiative. C'est ainsi qu'elle est présentée par René Chapus dans son *Droit du contentieux administratif* (9e éd., n° 1124 et s.) et, de façon certes moins catégorique, par le président Odent (*Cours*, p. 1925). C'est sans équivoque aucune le sens de la jurisprudence la plus récente : la rédaction de la décision *Mme Fadiadji* du 26 février 2001 ne laisse subsister, de ce point de vue, aucun doute, qui juge qu'il y a lieu pour le Conseil d'Etat de procéder à une substitution de base légale, « ainsi d'ailleurs » que le lui demandait le préfet, signifiant ainsi que la sollicitation de l'administration n'était pas une condition nécessaire pour que le juge de l'excès de pouvoir fasse usage de cette prérogative.

Ce pouvoir de redonner d'office à la décision attaquée son fondement juridique est toutefois soumis à deux conditions fixées par la Section dans la décision du 3 décembre 2003 et qui tendent à maintenir un certain équilibre dans la procédure contentieuse : le juge de l'excès de pouvoir, d'une part, ne peut évidemment procéder à la substitution de base légale qu'au vu des pièces du dossier soumis à lui et doit, d'autre part, avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations sur ce point en faisant usage des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative.

Le contentieux de l'excès de pouvoir se distingue ici du contentieux fiscal, dans lequel il a été nettement jugé que le juge de l'impôt ne peut procéder d'office à une substitution de base légale (CE Sect. 21 mars 1975, *Ministre des Finances c/ Sieur X.*, Lebon p. 217 ; CE Sect. 1er octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, Lebon p. 286), jurisprudence sur laquelle la décision du 3 décembre 2003, dont la portée est limitée au contentieux de l'excès de pouvoir, n'a pas entendu revenir. La différence entre les deux solutions s'explique sans doute, même si cela ne nous semble pas pleinement convaincant, par la nature du contentieux en cause : le contentieux fiscal relève formellement du plein contentieux et, bien qu'étant un plein contentieux très fortement teinté de légalité, oppose plusieurs intérêts. Le contentieux fiscal confronte le contribuable et l'administration fiscale, alors que le contentieux de l'excès de pouvoir n'est supposé confronter qu'un acte à la légalité. Il s'agit d'un contentieux strictement objectif. Ainsi que l'écrivait H. Berthélemy, en excès de pouvoir, « l'intérêt qu'on exige pour que le recours soit recevable n'est pas la cause du recours ; ce n'est pas pour donner satisfaction à cet intérêt que le Conseil annulera. L'intérêt évoqué n'est que la satisfaction du caractère sérieux que présente l'action, et c'est pour cela qu'un simple intérêt moral suffit. La cause de l'action, c'est le vice qu'on invoque et pour lequel on demande la nullité de l'acte » (*Traité élémentaire de droit administratif*, Librairie A. Rousseau, 1930, p. 1119).

Ainsi, lorsque le vice invoqué devant le juge de l'excès de pouvoir est le défaut de base légale de la décision attaquée et que le juge constate que ce vice manque en quelque sorte en fait, puisque cette décision pouvait légalement être prise sur le fondement d'un autre texte, on comprend qu'il se reconnaisse le pouvoir de relever d'office que le vice invoqué ne justifie pas en définitive la nullité de l'acte. La légalité, au respect de laquelle le juge de l'excès de pouvoir doit veiller, n'est nullement atteinte par son intervention, alors que les intérêts du requérant le seraient sans doute davantage si le juge de l'impôt se permettait, lui aussi, de redonner d'office le bon fondement légal à l'impôt contesté. Procéder à cette substitution de base légale de sa propre initiative relève, ainsi que le dit expressément la décision commentée, « de l'office du juge » de l'excès de pouvoir.

Dans la pratique, il ne sera évidemment pas toujours aisé pour le juge de l'excès de pouvoir de rechercher d'office si la décision attaquée devant lui pouvait être prise sur le fondement d'un autre texte que celui qui a été retenu par l'administration. S'il ne lui est pas très difficile de passer d'un alinéa à l'autre du I de l'article

22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, il n'en va très certainement pas de même lorsqu'il doit appliquer des législations plus complexes.

C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles la décision Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi confirme, en troisième lieu, que la substitution de base légale n'est qu'une faculté ouverte au juge de l'excès de pouvoir, qu'il « peut » y recourir dès lors que les conditions d'une telle substitution sont réunies, mais qu'il n'y est pas tenu. Là encore, il ne s'agit que d'une confirmation de la jurisprudence qui reconnaissait déjà au juge une certaine marge de manoeuvre en la matière. Ainsi, par exemple, la fameuse décision SARL Le Monde (CE Ass. 24 juin 1960, Lebon p. 412, concl. Heumann ; AJDA 1960, I, p. 154, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert ; Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, 14e éd., n° 81) refuse de procéder à la substitution de base légale qui était pourtant possible en l'espèce.

Une telle liberté peut, au premier abord, surprendre et laisser craindre une part d'arbitraire de la part du juge. Elle est pourtant intrinsèquement liée, ainsi que l'a montré Jacques-Henri Stahl dans ses conclusions sur la décision commentée, à l'office même du juge de l'excès de pouvoir pour qui toute illégalité ne conduit pas automatiquement à l'annulation de la décision attaquée devant lui, mais qui s'attache à vérifier, de façon plus réaliste, que l'illégalité dont est entachée la décision est, au regard de considérations de bonne administration, de nature à justifier son annulation. Procède ainsi de cette logique le refus du juge d'annuler aussi bien les décisions entachées d'une irrégularité qu'il considère non substantielle, que celles adoptées par l'administration en situation de compétence liée, contre lesquelles les moyens de légalités sont jugés inopérants (v. CE Sect. 26 février 2003, Nègre, AJDA 2003, p. 490, chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2003, p. 240, note P. Delvolvé) ou encore celles prises pour plusieurs motifs dont l'un est illégal (CE Ass. 12 janvier 1968, Ministre de l'Economie et des Finances c/ Dame Perrot, Lebon p. 39).

Ici, de même, le juge de l'excès de pouvoir se réserve la faculté soit de régulariser la décision attaquée en lui donnant son véritable fondement légal, lorsqu'il est de bonne administration d'éviter une annulation contentieuse purement doctrinale et que l'intéressé a bénéficié des mêmes garanties, soit de s'y refuser, ainsi que l'écrit René Chapus, « lorsque le comportement de l'administration lui paraît avoir eu un caractère trop répréhensible pour qu'il convienne de passer l'éponge » (Droit du contentieux administratif, n° 1128). L'annulation de la décision aura alors une portée pédagogique indéniable, soulignant que l'office du juge de l'excès de pouvoir reste bien « d'obtenir dans l'administration et de l'administration l'observation de la légalité », et que le recours pour excès de pouvoir est, à cette fin, « un moyen de nullité objectif, organisé dans un but de bonne administration » (M. Hauriou, note sous CE 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, S. 1900, 3, p. 73). C'est à nos yeux l'un des mérites de la décision Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi que de rappeler qu'il appartient au juge administratif, sans aller jusqu'à faire oeuvre d'administrateur, de s'assurer du bon fonctionnement de l'administration.

(1) Sous réserve de l'application de la jurisprudence Ministre de l'Economie et des Finances c/ Dame Perrot (CE Ass. 13 janvier 1968, Lebon p. 39 ; AJDA 1968, p. 179, concl. Kahn) qui permet la neutralisation des motifs illégaux.

Document 9 : Yan LAIDIE, « La garantie procédurale comme condition de la substitution de motifs », *AJDA* 2007 p.1145.

Le jugement rendu par le tribunal administratif de Dijon le 6 mars 2007 concerne a priori une affaire tout à fait banale sur laquelle il n'y aurait pas lieu de s'appesantir s'il ne fallait pas lire la décision entre les lignes et la commenter surtout par rapport aux questions qu'elle suscite.

Les faits sont assez simples. Par une délibération du 29 mars 2005, le conseil municipal de la commune de Corgoloin avait décidé de la cession d'une parcelle communale à l'un de ses administrés pour le prix de 1 300

€. Puis, considérant que ces conditions financières étaient trop favorables à l'intéressé, ledit conseil municipal a finalement décidé de renoncer à la transaction, par une délibération du 11 juillet 2005. Le bénéficiaire éphémère demandait donc l'annulation de cette délibération en soutenant qu'elle s'analysait comme un retrait illégal d'une décision individuelle créatrice de droits.

Le tribunal, après avoir rappelé que l'administration peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits si elle est illégale, dans le délai de 4 mois suivant la prise de cette décision, constate que la délibération initiale du 29 mars 2005 s'analyse comme une décision individuelle créatrice de droits, et que le motif avancé par la commune pour ne plus vendre - tiré de considérations d'opportunité - ne pouvait justifier régulièrement le retrait de la délibération en question, retrait qui s'avérait donc illégal.

Les choses auraient pu en rester là.

Mais la commune a demandé au juge une substitution de motifs en soutenant, pour établir la légalité de la décision de retrait attaquée, que la délibération initiale du 29 mars 2005 était illégale car une erreur manifeste d'appréciation avait été commise dans l'évaluation du terrain en question. Et le juge a en effet considéré en s'appuyant sur les pièces du dossier (et notamment sur un avis du service des domaines) que la commune avait commis une erreur manifeste d'appréciation en fixant à 1 300 € le prix de la parcelle en question, en conséquence de quoi la délibération du 29 mars 2005 était illégale et pouvait donc à bon droit être retirée par la délibération attaquée du 11 juillet 2005.

Et alors, nous dira-t-on, où est le problème ? Le juge fait ici application de la jurisprudence Hallal, qui permet à l'administration d'invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir de nouveaux motifs à ses décisions (CE Sect. 6 févr. 2004, Lebon 48 ; AJDA 2004. 436, chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2004. 740, concl. I. de Silva ; D. 2005. SC. 35, obs. P.-L. Frier).

Mais précisément, si le juge peut procéder à la substitution demandée, c'est « sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué ».

Or en l'espèce on pouvait se poser la question de savoir si la substitution demandée ne privait pas le requérant d'une garantie procédurale, dans la mesure où en vertu de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, les décisions individuelles devant être motivées (ce qui est le cas du retrait d'une décision créatrice de droits) « n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales ». Ce faisant, admettre la substitution demandée, n'était-ce point priver le requérant de cette garantie puisque par définition aucun dialogue n'avait pu intervenir entre celui-ci et la commune relativement à la décision de retrait ? La question mérite d'être posée.

Cette condition d'application de la jurisprudence Hallal, il faut commencer par le noter, est loin d'être parfaitement claire. S'appliquant à dresser un bilan de deux ans d'application de cette jurisprudence, Isabelle de Silva constatait que « la notion de garanties suffisantes pour le justiciable doit encore être précisée par la jurisprudence » (I. de Silva, Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence Hallal, AJDA 2006. 693). De fait, si le juge, et en particulier le juge suprême, a eu l'occasion de résoudre certaines questions touchant à l'application de la jurisprudence initiée en 2004 (concernant par exemple son applicabilité aux procédures de référé, la motivation de l'arrêt faisant droit ou écartant la substitution de motifs, la substitution devant le juge d'appel etc., (v., sur ces points, article préc.), il n'a pour l'instant pas complètement précisé ce que sont les garanties procédurales dont le requérant ne doit pas être privé par la substitution demandée.

Dans ses conclusions sur l'affaire Hallal (préc., p. 747), Isabelle de Silva estimait que « la substitution n'est possible que si l'administré peut disposer, devant le juge, de garanties équivalentes à celles dont il bénéficiait devant l'administration ». En quelque sorte, la garantie d'un débat contradictoire devant le juge permettrait de pallier les insuffisances de la procédure suivie par l'administration. Est-ce ainsi qu'il faut interpréter l'arrêt Hallal ? Il est permis d'en douter. Au demeurant dans ses conclusions, quelques lignes plus bas, Isabelle de Silva relève: « il faudra éventuellement tenir compte de l'intervention d'organismes consultatifs ou de dispositions de procédure constituant des garanties pour les intéressés ». Il nous semble en effet que la garantie d'un débat devant le juge n'est pas suffisante pour admettre la substitution de motifs dans des

hypothèses où les textes imposaient un débat entre l'administration et l'usager en amont de la prise de décision. Que disent les rares décisions intervenues sur ce sujet ?

Il faut d'abord constater que le juge d'appel a déjà estimé qu'une substitution de motifs avait été admise à tort, ou ne pouvait être admise en appel, au vu des garanties procédurales applicables devant l'autorité administrative et dont le justiciable avait été privé.

C'est le cas dans un arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Douai le 18 janvier 2005 (req. n° 02DA01044). Sans entrer dans les détails, il s'agissait d'une affaire dans laquelle une société s'était vu refuser l'autorisation d'exploiter une superficie supplémentaire sur le territoire d'une commune et où, pour justifier la décision attaquée, l'administration avait invoqué pour la première fois devant les premiers juges un nouveau motif, tiré du désistement forcé d'un autre candidat. Or la cour censure en ces termes les premiers juges : « il est constant que, contrairement aux dispositions de l'alinéa 5 de l'article R. 331-4 du code rural qui affirme le caractère contradictoire de la procédure de demande d'autorisation de cumul d'exploitation devant la commission départementale et l'autorité administrative, la SCEA X n'a pas été informée du dépôt d'une demande concurrente à la sienne ; dans ces conditions et en tout état de cause, le tribunal administratif ne pouvait, sans méconnaître les droits de la société requérante au respect des garanties procédurales instituées par les dispositions précitées du code rural, procéder à la substitution de motifs sollicitée par le préfet en première instance ». C'est bien parce que le requérant n'a pu bénéficier d'une garantie procédurale devant l'administration que la substitution de motifs n'est pas possible.

Une confirmation a contrario nous est fournie par un arrêt rendu quelques mois plus tard par la cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris 20 juin 2005, req. n° 04PA03625) dans une affaire de refus de délivrance d'un titre de séjour où l'administration demandait une substitution de motifs. Elle s'était au départ fondée sur le motif tiré de l'absence de présentation d'un visa de long séjour par les demandeurs avant d'invoquer le motif tiré de ce que les intéressés ne rempliraient aucune des conditions posées par l'ordonnance. Or la cour estime que les premiers juges ont pu opérer la substitution de motifs « sans que les requérants ne soient privés d'une garantie procédurale liée au motif substitué, puisque dans l'un et l'autre cas le préfet n'était pas tenu de saisir la commission du titre de séjour ». Cela veut bien dire que si l'administration avait été tenue de saisir cette commission avant de prendre la mesure attaquée, un débat devant le juge ne pouvait pallier le défaut de saisine de l'organisme et la substitution de motifs était impossible.

Enfin, un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 9 mai 2006 offre un autre exemple de refus de substitution de motifs au regard de la condition de non-privation d'une garantie procédurale (Centre hospitalier universitaire de Grenoble c/ Mme Mazilli, AJDA 2006. 1485, chron. E. Kolbert). Un centre hospitalier avait refusé de reconnaître comme imputables à un accident de service les arrêts de travail observés par un agent victime, pendant le service, d'une lombalgie aiguë après avoir ramassé des objets sur le sol. L'hôpital considérait, après avis en ce sens de la commission départementale de réforme, que la notion d'accident de service était limitée à celle d'une action soudaine et violente d'un événement extérieur. Le tribunal administratif de Grenoble avait annulé pour erreur de droit la décision du directeur de l'hôpital et l'établissement faisait donc appel. La cour note que le centre hospitalier avait fait valoir devant le tribunal administratif que les troubles dont se plaignait l'agent étaient la conséquence d'un état antérieur et demandait donc la substitution de ce motif à celui censuré par les premiers juges. Or la cour considère que dans la mesure où la commission de réforme n'avait pas été consultée sur le point de savoir si les troubles de l'agent étaient dus à son état antérieur, « la substitution de ce motif à celui de la décision en litige, tiré de ce que ces troubles ne sont pas la conséquence de l'accident, aurait pour effet de priver l'intéressée de la garantie que constitue la consultation de la commission de réforme ». Là encore, donc, le débat contradictoire devant le juge ne saurait pallier l'insuffisance du débat contradictoire devant l'administration.

De son côté, le Conseil d'Etat a adopté une position assez nuancée.

Dans un arrêt Mme Chaloufais du 20 avril 2005 (cité par I. de Silva, Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence Hallal, préc.), rendu à propos d'un refus de visa, le Conseil d'Etat a accepté

la substitution de motifs alors que la décision contestée avait été prise par un organisme collégial (la Commission des recours contre les refus de visa) tandis que la demande de substitution émanait du ministre : le Conseil a jugé que cette circonstance ne portait pas atteinte aux garanties du demandeur de visa dans la mesure où le passage devant ladite commission, par le biais d'un recours administratif obligatoire, constitue essentiellement un filtre de l'accès au juge. Mais Isabelle de Silva prend soin de préciser que « la solution pourrait être différente dans le cas où la décision contestée a été prise par un organisme collégial et si le juge estime, compte tenu de la nature de la décision et de la composition de l'organe collégial, que l'examen des circonstances de fait par ce dernier constitue une garantie pour le justiciable ». On se situe bien dans la perspective que l'on vient d'évoquer avec les solutions rendues par les juges de second degré.

Plus problématique est l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 10 mars 2006 (req. n° 259192, AJDA 2006. 893) dans lequel il a admis que le ministre de la Défense puisse obtenir la substitution d'un motif de fond au motif de procédure illégalement opposé au justiciable qui sollicitait l'attribution de la croix de la valeur militaire. Le ministre n'avait pas examiné le bien-fondé de la demande et avait rejeté à tort celle-ci pour tardiveté. Mais le Conseil estime que cela ne faisait pas obstacle à ce que le ministre demande la substitution d'un motif de fond au motif illégal de sa décision. Pour le commissaire du gouvernement François Séners (cité par I. de Silva, préc., p. 695) « l'examen attentif par l'administration du dossier qui lui est présenté est incontestablement une garantie dont l'intéressé doit pouvoir bénéficier et dont il doit pouvoir faire censurer la méconnaissance devant le juge, mais la privation de cette garantie est pleinement compensée par l'examen de l'ensemble des circonstances de fait utiles devant le juge de l'excès de pouvoir ». Cela semble indiquer que le débat devant le juge peut compenser l'absence de débat devant l'administration, encore que l'on se situait ici dans une hypothèse où il n'était pas prévu à proprement parler une procédure contradictoire dans l'examen de la demande de l'administré. Aussi, note Isabelle de Silva, le commissaire du gouvernement « considérait en revanche qu'il fallait réserver le cas où l'administré aurait été privé de l'examen contradictoire de son dossier » (v., aussi, CE 27 sept. 2006, Mme Pillots, req. n° 278563).

La question qui reste posée est formulée par Eric Kolbert (préc., p. 1486) : la notion de garantie procédurale doit-elle « ne revêtir qu'une acception qui soit de près ou de loin liée au caractère contradictoire de la procédure ou doit-on au contraire considérer que tout l'instrumentum qui précède la décision participe de la notion de garantie ? » Il semble qu'il faille privilégier la première piste. Dans les solutions que l'on a mentionnées, et en particulier dans celles qui censurent le premier juge pour avoir accepté une substitution de motifs, ou dans celles qui refusent la substitution de motifs, l'administré était privé d'une procédure contradictoire devant l'administration et, dès lors, le débat contradictoire devant le juge ne pouvait compenser cette carence.

C'est en ce sens que l'on peut mentionner une dernière solution, rendue par le tribunal administratif d'Amiens le 28 septembre 2006 (n° 0402257, AJDA 2007. 106) dans une affaire où une procédure disciplinaire avait été intentée à l'encontre d'un agent d'une chambre de commerce coupable de vente illégale d'essence d'avion à des particuliers. L'administration demandait au juge la substitution des motifs de la sanction en estimant que la vente avait eu pour conséquence la circulation de personnes non autorisées dans la zone réservée de l'aérodrome : or toute la procédure disciplinaire ayant été fondée sur la vente d'essence, le tribunal estime « qu'en égard au caractère contradictoire de la procédure disciplinaire, la substitution de motifs demandée porterait une atteinte grave au principe général des droits de la défense en privant l'intéressé d'une garantie procédurale » (v., aussi, TA Toulouse 23 janv. 2007, M. James Lyte, AJDA 2007. 859, concl. J.-C. Truilhé). De ce point de vue, le jugement du tribunal administratif de Dijon ici annoté laisse perplexe. En effet, l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 prévoit une procédure contradictoire applicable aux décisions de retrait d'une décision créatrice de droits (CE 5 juill. 1993, Cousserans, n° 81826, à propos du retrait d'une décision d'attribution de subvention, solution rendue sous l'empire de l'article 8 du décret du 28 novembre 1983 mais évidemment parfaitement transposable). L'administration doit, on l'a dit, mettre à même l'intéressé de présenter des observations avant de procéder au retrait.

Or en l'espèce, par définition, cette contradiction n'a pas eu lieu. Elle était pourtant d'autant plus importante qu'elle aurait pu permettre au requérant, avisé de ce que la commune entendait revenir sur sa position, de

proposer un prix plus élevé afin de lever les hésitations ou les scrupules du conseil municipal. Le juge a-t-il considéré que le débat contradictoire entre les parties à l'instance pouvait remplacer cette étape d'élaboration de l'acte administratif contesté ? Si tel est le cas, sa position nous semble discutable au regard des solutions que l'on a évoquées auparavant.

Si tel n'est pas le cas, sur quoi repose alors la solution ? Deux pistes viennent aussi à l'esprit, même s'il est difficile d'avancer une explication avec certitude compte tenu de la motivation du jugement.

D'une part, si le requérant n'avait pas articulé de moyens de légalité externe dans sa requête initiale (puisque les conditions de fond du retrait n'étaient pas remplies et que ce seul motif justifiait l'annulation), le juge a peut-être considéré qu'il ne pouvait plus le faire pour s'opposer à la demande de substitution de motifs. En d'autres termes il y aurait là une application, à la substitution de motifs, de la jurisprudence Intercopie (CE 20 févr. 1953, Lebon 88) : n'ayant pas soulevé initialement la violation de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, le requérant serait privé de la possibilité de le faire ultérieurement pour s'opposer à la demande de substitution formulée par l'administration.

Mais une telle approche serait tout aussi discutable que la précédente. De même que l'on permet finalement à l'administration de continuer à élaborer l'acte administratif devant le juge, on doit permettre à l'administré d'adapter son argumentation à l'évolution de la position de l'administration et cela sans qu'il soit lié par sa requête initiale. Pour le dire autrement, si d'un côté, on admet que l'administration peut redresser, devant le juge, le motif de sa décision, ne doit-on pas admettre en faveur du justiciable la possibilité de redresser son argumentation initiale en invoquant le cas échéant un moyen ne se rattachant pas à une cause juridique déjà ouverte ? Lui refuser cette possibilité accentuerait en faveur de l'administration le déséquilibre entre les parties qui résulte déjà de la jurisprudence Hallal.

D'autre part et enfin, une dernière piste d'explication peut être évoquée. Il est vrai que selon l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 la procédure contradictoire ne s'applique pas aux « cas où il est statué sur une demande ». On considère en effet que les décisions prises en réponse à une demande n'ont pas à être précédées d'une telle procédure dans la mesure où l'intéressé, en formulant sa demande, a été à même de faire valoir ses observations. Et dans notre hypothèse, le requérant avait, à l'origine de l'affaire, sans aucun doute formulé une demande d'acquisition de la parcelle en question. Est-ce pour cette raison que le juge a considéré qu'il pouvait admettre la substitution de motifs puisqu'en tout état de cause la procédure contradictoire prévue par le texte précité ne s'imposait pas ? On en doute car en l'espèce, la demande avait dans un premier temps été acceptée et c'est seulement ensuite que la commune a retiré son acte. On ne pouvait donc considérer que la décision attaquée faisait directement suite à une demande de l'administré.

Au total, on l'aura compris, le commentateur est quelque peu désarmé pour expliquer au lecteur un jugement qui, comme il a été dit en commençant, est intéressant par les questions qu'il suscite. Parfois, le professeur de droit aimerait, discrètement, assister au délibéré des juges... en tant que « témoin muet » évidemment, pour utiliser une expression qui rappellera un autre débat !

Document 10 : Fabrice MELLERAY, « Dix ans de jurisprudence Hallal », *AJDA* 2014 p.529

A récemment été célébrée la liberté de plume dont peuvent faire montre les chroniqueurs du Conseil d'Etat à l'égard de la jurisprudence de celui-ci (X. Domino, A. Bretonneau, E. Bokdam-Tognetti et J. Lessi, *Que fait le Centre ?*, *AJDA* 2014. 81). La chronique consacrée à l'arrêt Hallal (CE, sect., 6 févr. 2004, n° 240560, Lebon 48 , concl. I. de Silva) par F. Donnat et D. Casas (*AJDA* 2004. 436) constitue l'une des meilleures illustrations de cette liberté.

Le recul de dix années rend possible un rapide bilan permettant de se risquer à évaluer si leurs critiques et craintes ont été confirmées. Etait en cause le choix d'étendre la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir (à l'instar de ce que pouvait déjà faire le juge de plein contentieux, CE, sect., 23 nov. 2001, n° 195550, Compagnie nationale Air France, Lebon 576), à la demande de l'administration auteur de la décision, de procéder à une substitution de motifs et ainsi, en remplaçant un motif illégal par un motif légal qui n'avait pas été initialement invoqué, de sauver l'acte querellé d'une annulation. Auparavant limitée aux hypothèses où l'administration se trouvait en situation de compétence liée (CE, sect., 23 juill. 1976, n° 96526, Ministre du travail c/ URSSAF du Jura, Lebon 362), la solution est étendue, en premier ressort comme en appel, à tous les cas où la décision est légalement fondée, à la date de son édicition, par un autre motif de droit ou de fait que celui initialement indiqué. Plusieurs conditions cumulatives sont toutefois requises pour que le juge décide (il s'agit d'un pouvoir et non d'une obligation) de procéder à cette substitution : que le nouveau motif soit de nature à fonder légalement la décision ; qu'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était ab initio fondée sur ce motif ; que cette substitution ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué.

Les chroniqueurs regrettaient le « souci de pragmatisme » de la section du contentieux. Ils y voyaient une altération de la logique du recours pour excès de pouvoir, la solution revenant « à accorder plus d'attention contentieuse au dispositif de la décision administrative qu'au contrôle des motifs de celle-ci », et s'inquiétaient d'une option risquant de ne pas inciter « l'administration à la rigueur » et de lui permettre de négliger, quand elle existe, son obligation de motivation. Ils pointaient enfin le fait que la jurisprudence Hallal « déséquilibre par ailleurs le procès en ce qu'elle jouera, dans la grande majorité des cas, en faveur de l'administration ».

Dix ans plus tard, ces craintes semblent ne pas s'être vérifiées. La jurisprudence Hallal, dont la mise en œuvre demeure subordonnée à une demande de l'auteur de l'acte (CE 5 févr. 2014, n° 367815 , Société Pludis, AJDA 2014. 315), n'a ni provoqué une modification substantielle du traitement des dossiers par l'administration ni servi, pour reprendre le mot de René Chapus, « d'éponge à effacer les irrégularités », n'étant par exemple pas utilement invocable lorsqu'est en cause une insuffisance de motivation (CE 25 avr. 2007, n° 290197, Rosenthal, Lebon T. 1039), une incompétence (CE, ord., 16 mai 2007, n° 304966, Joseph, Lebon T. 1039) ou une irrégularité de forme (CE 31 mars 2010, n° 306122, Mme Delasara, Lebon T. 923). Et le justiciable doit-il se plaindre que le contentieux de l'excès de pouvoir, hier pur contentieux de la légalité d'un acte, devienne désormais aussi un contentieux de la situation litigieuse ? La jurisprudence Hallal n'est en effet qu'une des facettes de la transformation contemporaine de l'office du juge administratif, mouvement notamment marqué par la volonté de rompre avec une application trop mécanique du principe de légalité et de privilégier l'efficacité de l'intervention juridictionnelle. Nul ne contestera sans doute que cette évolution est très largement orientée dans le sens de la défense des droits des justiciables.

Exercice 2/ Sujet pratique :

Commentaire combiné des arrêts : CE 10 mars 2006, Ministre de la défense c/ Poindrelle, n°259192 et CAA de Douai 28 sept. 2017, Préfet de la Seine-Maritime c/ M. B, n° 16DA01920. (Extraits).

- **CE 10 mars 2006, Ministre de la défense c/ Poindrelle, n°259192.** (Extraits).

(...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par décision du 5 novembre 1997, le ministre de la défense a refusé d'attribuer à M. A la croix de la Valeur militaire ; que le ministre se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 19 juin 2003 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille,

infirmant le jugement du 21 janvier 1999 du tribunal administratif de Nice, a annulé sa décision du 5 novembre 1997 ;

Considérant que l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision ; qu'il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; que dans l'affirmative il peut procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué ;

Considérant que devant la cour administrative d'appel de Marseille, le MINISTRE DE LA DEFENSE soutenait que la décision du 5 novembre 1997 par laquelle il a refusé à M. A l'attribution de la croix de la Valeur militaire était légalement justifiée, non seulement par la tardiveté opposée par cette décision, mais aussi par la circonstance que l'intéressé ne remplissait pas les conditions fixées par le décret du 11 avril 1956 pour l'attribution de cette décoration ; qu'il résulte de ce qui précède qu'en omettant de répondre à ce moyen, qui n'était pas inopérant, la cour a insuffisamment motivé son arrêt, dont le ministre est fondé à demander, pour ce motif, l'annulation ;

Considérant qu'il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1er du décret du 11 avril 1956 : Il est créé une croix dite de la Valeur militaire destinée à récompenser les militaires ayant accompli des actions d'éclat au cours ou à l'occasion d'opérations de sécurité ou de maintien de l'ordre ; que si l'article 7 du même décret donnait compétence au ministre de la défense pour en fixer par instruction les conditions d'application, il ne l'autorisait pas à édicter une mesure de portée générale et impersonnelle ayant pour objet ou pour effet d'interdire, après une certaine date, l'attribution de la croix de la Valeur militaire au titre des faits accomplis antérieurement au 1er juillet 1962 ; que la disposition de l'instruction du ministre des armées du 29 décembre 1962 aux termes de laquelle Les faits accomplis antérieurement au 1er juillet 1962 ne donneront plus lieu, à partir du 1er janvier 1963, à l'établissement de propositions de citations comportant l'attribution de la croix de la Valeur militaire est ainsi entachée d'illégalité ; que, par suite, le ministre de la défense ne pouvait légalement se fonder, pour rejeter la demande de M A, sur le motif qu'il ne pouvait en aucun cas être dérogé à la forclusion instituée depuis le 1er janvier 1963 pour les opérations de sécurité et de maintien de l'ordre en Afrique du Nord ;

Considérant que, pour justifier la décision attaquée, le MINISTRE DE LA DEFENSE invoque, dans son mémoire en défense produit devant la cour administrative d'appel de Marseille et qui a été communiqué à M. A, un autre motif, tiré de ce que l'intéressé n'établissait pas qu'il avait accompli des actions d'éclat au cours ou à l'occasion d'opérations de sécurité ou de maintien de l'ordre en Afrique du Nord, ainsi que l'exigent les dispositions précitées de l'article 1er du décret du 11 avril 1956 ;

Considérant que M. A soutient avoir mené en 1958, alors qu'il était sous-officier de l'armée française détaché auprès de l'armée marocaine pour y exercer des fonctions d'encadrement, une action de renseignement dangereuse qui aurait contribué à l'interception d'un navire chargé d'armes destinées aux mouvements insurrectionnels en Algérie ; que ces faits ne peuvent être regardés comme établis au vu des pièces du dossier ; que, par suite, l'intéressé ne remplit pas, ainsi que le soutient le MINISTRE DE LA DEFENSE, la condition de participation à une action d'éclat prescrite par l'article 1er du décret du 11 avril 1956 ; que la substitution demandée par le MINISTRE DE LA DEFENSE n'a pas pour effet de priver M. A de garanties de procédure liées au motif substitué, alors même que l'administration se serait abstenue d'examiner au fond sa demande lorsqu'elle l'a rejetée pour tardiveté ; que rien ne s'oppose en l'espèce à cette substitution ; que, par suite, M. A n'est pas fondé à se plaindre que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nice a rejeté sa demande ;

- **CAA de Douai 28 sept. 2017, Préfet de la Seine-Maritime c/ M. B, n° 16DA01920.** (Extraits)

(...)

M. A. B. a demandé au tribunal administratif de Rouen d'annuler pour excès de pouvoir, sous le n° 1602238, l'arrêté du 16 juin 2016 par lequel la préfète de la Seine Maritime lui a interdit de revenir sur le territoire français pendant trois ans et, sous le n° 1602467, l'arrêté préfectoral prononçant sa rétention administrative.

Par un jugement nos 1602238-1602647 du 5 août 2016, le magistrat désigné par le président du tribunal administratif de Rouen a annulé l'arrêté de placement en rétention administrative mais a rejeté la demande dirigée contre l'interdiction de retour sur le territoire français.

Sur la régularité du jugement :

1. Considérant que l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existante à la date de cette décision ; qu'il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; que, dans l'affirmative, il peut procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué ;

2. **Considérant** que pour écarter le moyen tiré de l'erreur de droit affectant l'interdiction de retour sur le territoire faite à M. B. pour une durée de trois ans, le magistrat désigné par le président du tribunal administratif de Rouen, après avoir constaté qu'aucune disposition du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'autorise l'autorité administrative à assortir une mesure de reconduite à la frontière prise sur le fondement de l'article L. 533-1 de ce code de l'interdiction de retour prévue par le III de son article L. 511-1, a relevé que M. B. avait également fait l'objet, le 15 octobre 2012, d'une obligation de quitter le territoire français définitive, qui pouvait justifier l'interdiction de retour sur le territoire français en litige ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne ressort ni du mémoire en défense de l'administration, ni des mentions du jugement attaqué, qu'elle aurait sollicité une telle substitution de motif, le magistrat désigné par le président du tribunal administratif de Rouen a méconnu son office ; que, par suite, l'intéressé est fondé à soutenir que le jugement attaqué, entaché d'irrégularité, doit être annulé en tant qu'il statue sur sa demande tendant à l'annulation de l'arrêté préfectoral prononçant une interdiction de retour sur le territoire français ;

(...)

Sur le moyen tiré de l'erreur de droit :

4. Considérant qu'aux termes du III de l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans sa rédaction alors applicable : « L'autorité administrative peut, par une décision motivée, assortir l'obligation de quitter le territoire français d'une interdiction de retour sur le territoire français. / [...] / Lorsque l'étranger ne faisant pas l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire, l'autorité administrative peut prononcer une interdiction de retour pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification. / Lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de retour pour une durée maximale de trois ans à compter de sa notification. / Lorsqu'un délai de départ volontaire a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de retour, prenant effet à l'expiration du délai, pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification. / [...] / L'interdiction de retour et sa durée sont décidées par l'autorité

administrative en tenant compte de la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, de la circonstance qu'il a déjà fait l'objet ou non d'une mesure d'éloignement et de la menace pour l'ordre public que représente sa présence sur le territoire français » ;

5. **Considérant** que pour prononcer à l'encontre de M. B. une interdiction de retour sur le territoire d'une durée de trois ans, la préfète de la Seine-Maritime s'est fondée sur le quatrième alinéa du III de l'article L. 511-1 précité ; qu'elle a relevé que l'intéressé a fait l'objet, le 13 juillet 2015, d'une mesure d'éloignement pour laquelle aucun délai de départ volontaire ne lui a été accordé ; que, toutefois, à cette date, M. B. a fait l'objet, non pas d'une obligation de quitter le territoire français pour l'exécution de laquelle aucun délai de départ volontaire ne lui aurait été accordé, mais d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière pris sur le fondement des dispositions du 1° de l'article L. 533-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, alors en vigueur ; que ni les dispositions précitées ni aucune autre disposition du même code n'autorisent l'autorité administrative à assortir d'une interdiction de retour sur le territoire français prévue au III de l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile une reconduite à la frontière prise sur le fondement de l'article L. 533-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; que, par suite, la préfète de la Seine-Maritime a entaché sa décision d'une erreur de droit ;

6. **Considérant** qu'ainsi qu'il a été rappelé au point 1, l'administration peut faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existante à la date de cette décision ; que la préfète de la Seine Maritime soutient désormais à ce titre que l'interdiction de retour prise à l'encontre de M. B. pouvait légalement se fonder sur l'obligation de quitter le territoire français dont il avait fait l'objet le 15 octobre 2012 ;

7. **Mais considérant** qu'il ressort des pièces du dossier que l'arrêté du 15 octobre 2012 par lequel le préfet de la Seine-Maritime a fait obligation à M. B. de quitter le territoire français était assorti d'un délai de départ volontaire de trente jours ; qu'en application des dispositions précitées du III de l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, lorsque l'obligation de quitter le territoire français est assortie d'un délai de départ volontaire, l'autorité administrative ne peut prononcer l'interdiction de retour que pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification, prenant effet à l'expiration du délai de départ volontaire ; qu'ainsi, l'interdiction de retour en litige, prononcée pour une durée de trois ans prenant effet à compter de sa notification, ne saurait légalement se fonder sur l'obligation de quitter le territoire français prononcée le 15 octobre 2012 à l'égard de M. B. ; que, par suite, il n'y a pas lieu de faire droit à la substitution demandée ;

8. **Considérant** qu'il résulte de ce qui précède que M. B. est fondé à demander l'annulation de l'arrêté de la préfète de la Seine-Maritime du 16 juin 2016 lui interdisant de revenir sur le territoire français pendant trois ans ;