

N° 335033

M. Claude D... et autres

Assemblée du Contentieux

Séance du 9 décembre 2011

Lecture du 23 décembre 2011

CONCLUSIONS

Mme Gaëlle DUMORTIER, rapporteur public

(Ce texte est celui qui a été prononcé Mme Dumortier en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)

L'Ecole normale supérieure de Lyon a succédé le 1^{er} janvier 2010 à deux écoles : l'Ecole normale supérieure de Lyon, d'une part, dont elle a repris le nom, et l'Ecole normale supérieure dite de Fontenay-Saint-Cloud d'autre part, qui est en réalité sise à Lyon depuis 2000. La première assurait jusqu'alors les formations scientifiques et la seconde – également appelée « LSH » pour ce motif - celles de lettres et sciences humaines. Cette fusion a été opérée par le décret du 10 décembre 2009 que M. D... et trois autres requérants vous demandent d'annuler.

Tant le contenu que les conditions dans lesquelles le texte est intervenu font l'objet de critiques nombreuses et virulentes des requérants. Le ministre de l'enseignement supérieur, qui défend, bataille lui aussi sur tous les fronts. Sentant venir peut-être la mort prochaine du décret sous le feu de moyens de légalité externe, il a saisi la publication de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, issue d'une proposition du député Warsmann, pour invoquer son article 70 aux termes duquel : « *lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision* ». La question de l'application dans le temps de ces dispositions a justifié que l'affaire soit rayée du rôle des 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies pour être soumise à la section du contentieux. Mais derrière cette question c'est celle de l'office du juge en matière de vices de procédure qui est soulevée et qui a mérité que l'affaire soit à nouveau rayée et portée cette fois-ci devant votre Assemblée.

Signalons que des requérants partiellement identiques demandent, par une requête qui demeure en délibéré devant la section, l'annulation des décisions permettant le passage des deux écoles avant – et en vue de - leur fusion aux « *responsabilités et compétences élargies en matière budgétaire et de gestion des ressources humaines* » prévues à l'article L. 711-9 du code de l'éducation, et que les deux requêtes avaient été doublées de référés suspension qui ont été rejetés pour défaut d'urgence (25 janvier 2010, n° 335034).

1- Ni votre compétence ni la recevabilité de la requête ne font de doute.

En particulier, M. D... et plusieurs des requérants ont, contrairement à ce que prétend le ministre, intérêt à demander, et par tout moyen, l'annulation du décret, y compris de ses dispositions statutaires relatives aux élèves, en leur qualité de membres d'organes délibérants – les conseils d'administration et les comités techniques paritaires – sur la proposition et l'avis obligatoire desquels – vous le jugerez - devait être pris ce texte (voyez Section, 4 mai 1984, *syndicat CFDT du ministère des relations extérieures*, n° 45980, p. 164 ; Section, 3 novembre 1995, *Mme V...*, n° 82096, p. 389 et, *a contrario*, 29 décembre 1997, *P...*, n° 167956, p. 988 aux Tables p. 988 sur ce point ; 19 octobre 2001, *Mme V...*, n° 222773, également aux Tables p. 1081 sur ce point).

2- Vous pourrez surmonter les moyens étrangers à la question qui vous est posée aujourd'hui. Leur nombre ne nous permet de les évoquer que brièvement mais leur balayage est utile à une meilleure compréhension de l'affaire et à l'examen ultime des deux moyens délicats.

2.1- Vous admettez, d'abord, que le regroupement des établissements a été demandé par les deux conseils d'administration lors de leur délibération du 13 mai 2009.

Une telle demande était, quoi qu'affirme le ministre, devenue nécessaire depuis l'ajout d'un cinquième alinéa à l'article L. 711-1 du code de l'éducation par la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007, alors qu'aucun texte n'imposait auparavant de consulter le conseil d'administration des établissements pour procéder à un tel regroupement (Section, 14 novembre 1975 *syndicat national de l'enseignement supérieur FEN* n° 83321 p. 571 ; 2 avril 1997, *université de Lille II*, n° 133068, p. 126). Mais la question de la poursuite ou de l'arrêt du processus de fusion, donc de son principe, sur laquelle chaque conseil d'administration a été suffisamment éclairé, a été posée et votée, et, contrairement à ce qui est soutenu, à la majorité requise et sans procurations irrégulières.

2.2- S'agissant ensuite du projet de décret lui-même, il n'avait pas à être soumis au comité technique paritaire ministériel (26 juin 1989, *M...*, n° 78551 inédite au Recueil), quand bien même il comportait des dispositions relatives aux fonctionnaires stagiaires que sont les élèves, une telle consultation étant exclue par le décret régissant le comité technique paritaire ministériel du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche (décret n° 94-360 du 6 mai 1994), lequel pouvait le cas échéant déroger sur ce point au décret, alors en vigueur, n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires (17 octobre 1997, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, n° 159856, aux Tables sur un autre point).

Le projet de décret n'avait pas davantage à être soumis aux conseils d'administration, faute de texte l'imposant (4 mai 1960, *M...*, n°s 31889 31890, aux Tables, p. 884 ; Assemblée, 11 janvier 1963, *Syndicat national des administrateurs de la France d'Outre-Mer*, n° 38861, p. 16 ; Assemblée, 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, n° 105743, p. 368).

Il faut en effet distinguer l'initiative du regroupement, qui précède un décret d'approbation, et les statuts de l'établissement qui, pour les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, relèvent normalement de la compétence de leur conseil d'administration (L. 711-7). Si les écoles normales supérieures appartiennent bien à cette catégorie d'établissements publics, la loi (article L. 716-1) permet en revanche au décret de déroger à certaines dispositions, dont celle-ci, en vue de fixer des règles particulières

d'organisation et de fonctionnement fonction de leurs caractéristiques propres. La fixation des statuts est donc pour ces écoles une compétence partagée entre le décret, pour les règles particulières d'organisation et de fonctionnement, et le conseil d'administration, pour le reste.

Il en résulte – et les parties s'accordent d'ailleurs sur ce point - que le décret attaqué est en quelque sorte « deux en un ». D'une part il approuve implicitement l'initiative de regroupement. D'autre part il fixe les règles particulières d'organisation et de fonctionnement du nouvel établissement. Sur le premier point une initiative des conseils d'administration était nécessaire, sur le second aucun texte ne prévoyait leur consultation. Signalons au passage que son examen en Conseil d'Etat et en conseil des ministres était justifié par la durée des fonctions exécutives, à l'époque dérogatoire au décret n° 79-153 du 26 février 1979.

2.3- Enfin, pour en finir provisoirement avec la légalité externe, rien n'imposait au décret de suivre les avis rendus (24 janvier 1919, *Clauzel*, p. 68 ; 3 décembre 1976, *J...*, n° 95769, p. 532) et le contreseing du Ministre chargé de la fonction publique, à qui n'incombait à titre principal ni sa préparation ni son application, n'était pas requis (Section, 10 juin 1966, *P...*, n° 63563, p. 384).

2.4- S'agissant de la légalité interne, la circonstance que le décret renvoie au règlement intérieur – c'est-à-dire au conseil d'administration – la fixation d'éléments du statut de l'établissement, tels que la composition exacte du conseil d'administration et du conseil scientifique ou du conseil d'orientation stratégique, les règles de *quorum*, les modalités de délibération ou de délégation, n'est non seulement pas illégale, mais au contraire conforme à la compétence du conseil d'administration pour tout ce qui n'est pas constitutif de règles particulières.

Le décret pouvait pour autant légalement confier au ministre le soin d'adopter le règlement intérieur de l'établissement faute pour son conseil d'administration provisoire d'y pourvoir dans un délai de trois mois. Vous l'avez déjà admis (2 avril 1997, *université de Lille II*, précitée).

Quant au mode de scrutin prévu pour l'élection des représentants des personnels, des élèves et des étudiants, il comporte des précisions suffisantes et la dérogation qu'il opère à l'article L. 719-1 est au nombre de celles permises pour les écoles normales par l'article L. 716-1.

2.5- Une série de moyens critique ensuite le mode de gouvernance choisi.

a- Il est vrai que l'option retenue est inhabituelle et, selon le rapport public du Conseil d'Etat pour 2010 (p. 151), propre à soulever des conflits d'attribution entre le président et le directeur général tels qu'ils ont conduit la Section de l'Intérieur à émettre un

avis défavorable au projet de décret. Ces deux autorités exécutives sont nommées concomitamment, en « ticket », sur un projet d'établissement commun, le premier président le conseil d'administration et le conseil scientifique et assurant les missions stratégiques et internationales, quand le second exerce les autres compétences d'un président d'université.

Le rapport annuel décèle dans ce choix le résultat de « *la préoccupation, en elle-même légitime, de rechercher une transition progressive entre l'actuel et le futur mode d'administration de ces établissements* », ce que les requérants expriment plus crûment en disant que « *le seul point bien réglé a été de recaser les anciens directeurs* » - de fait, ils ont été les deux premiers nommés conjointement -.

b- Aucun des moyens dirigés contre ces dispositions du décret ne peut toutefois être retenu.

Il n'est pas illégal de permettre au ministre, rapporteur du décret par lequel le Président de la République nomme le président et le directeur général de l'école, de prendre sur les candidatures l'avis d'une commission dont il désigne lui-même les membres. Le ministre peut librement solliciter tout avis (6 mars 1957, *Ravalison*, n° 94675, p. 147) et même à cette fin créer tout organisme utile (Section, 27 avril 1956, *Malzac*, n° 77398, p. 171 ; 15 décembre 2000, *F... et R...*, n° 210669, p. 610 s'agissant de la préparation de propositions) pourvu qu'il ne s'y croit pas lié et ne porte atteinte à la compétence d'aucun organisme institué par les textes (11 mai 1979, *Syndicat confédération française démocratique du travail du ministère des affaires étrangères*, n° 05020, p. 206 ; Section, 8 janvier 1982, *chocolat de régime Dardenne*, n° 17270, p. 1) ni à aucune garantie statutaire (30 juin 1997, *C...*, n° 127241 aux Tables p. 897). Et peu importe que cette commission examine à cette occasion le « projet d'établissement » des candidats, qui n'est rien d'autre que leur programme, sans portée juridique propre et dont le décret n'avait rien à dire de plus.

De la même façon, la circonstance que le décret prévoit que la gouvernance et le fonctionnement de l'école feront l'objet, en vue d'une éventuelle adaptation des statuts, avant l'expiration du mandat des exécutifs nommés au titre de la période transitoire, d'une évaluation par une instance extérieure désignée par le ministre ne saurait être constitutif d'une illégalité ni démontrer par elle-même l'erreur manifeste d'appréciation dont serait entachée le décret dans le choix de ce mode de gouvernance bicéphale.

Enfin, le décret règle de façon suffisamment claire l'hypothèse où l'un ou l'autre des deux nommés cesserait ses fonctions, que ce soit au titre des dispositions permanentes – le remplacement sera alors opéré par application des seules dispositions pertinentes de la procédure de droit commun - ou au titre des dispositions transitoires concernant les trois premières années, la cessation de fonctions de l'un ou l'autre nommé entraînant en ce cas la cessation de fonction des deux. Il semble que ce soit la situation actuelle, le directeur général de l'école ayant été nommé directeur adjoint du cabinet du ministre de tutelle de l'établissement. De façon plus déroutante, c'est le président qui a été nommé pour assurer depuis juillet dernier, « par intérim », les deux fonctions exécutives à la fois – mais cette circonstance est sans incidence sur la légalité du décret -.

2.6- Une nouvelle salve de moyens reproche au décret de ne pas respecter les principes d'autonomie et de démocratie, auxquels l'article L. 716-1 ne lui permet pas de déroger.

a- Une telle méconnaissance ne saurait toutefois résulter ni du terme de tutelle, ni de la désignation des membres de l'exécutif par le Président de la République sans consultation du conseil d'administration ou de l'insuffisant encadrement de leurs compétences scientifiques, ni de ce que le conseil d'administration ou le conseil scientifique ne comporterait pas une majorité d'élus, ni de ce que l'établissement soit doté d'un conseil d'orientation stratégique plutôt que d'un conseil des études et de la vie étudiante. Vous avez déjà écarté la plupart de ces moyens dans une décision *D...* du 19 février 2003 n° 233985 inédite au Recueil.

b- Vous ferez de même à propos du conseil d'administration provisoire, dont tous les membres sont nommés par le ministre, sans représentation propre et authentique des professeurs des universités. Il est inhérent à la création d'un établissement public qu'il soit gouverné dans des conditions quelque peu dérogatoires jusqu'à l'installation de sa première assemblée délibérante, période qui doit être brève et essentiellement consacrée à y pourvoir et à assurer la continuité du service public. La désignation par le ministre, au demeurant encadrée par le décret par catégories de membres, paraît donc acceptable dans la mesure où une durée de trois mois est fixée à ce conseil pour élaborer le règlement intérieur permettant la tenue de l'élection – et que le conseil d'administration pourrait ensuite modifier -. L'absence d'une représentation propre et authentique des professeurs des universités lui aurait en revanche plus difficilement permis d'exercer légalement tous les pouvoirs d'un conseil d'administration, notamment ceux destinés à recruter de tels enseignants-chercheurs.

2.7- Sont enfin à écarter deux moyens relatifs aux élèves qui, recrutés par concours, se distinguent, par leur qualité de fonctionnaires stagiaires, des étudiants et auditeurs également admis à suivre une formation au sein de l'école.

a- Contrairement à ce qui est soutenu, le décret ne les prive nullement de cette qualité, ni pour le passé ni pour l'avenir.

b- Et vous admettez que les membres du conseil de discipline consulté avant une sanction contre un élève soient, s'agissant des représentants des élèves, désignés par le conseil d'administration – le texte peut se lire comme imposant que ce soient parmi les élus -.

C'est en leur qualité d'usagers que les élèves seraient présentés à ce conseil de discipline et l'article L. 716-1 permet au décret de déroger aux dispositions qui dans les universités prévoient l'élection de leurs représentants. La désignation ne prive pas les intéressés de la qualité de représentant de leur catégorie pourvu qu'ils appartiennent à la catégorie qu'ils représentent (17 mars 1972, *Union nationale des syndicats de médecins des hôpitaux*, n° 81296, p. 226 ; Section, 28 septembre 1983, *Université de Saint-Etienne*, n° 38898, p. 388).

Et quand bien même ces usagers sont des fonctionnaires, c'est au législateur qu'incombe de fixer le principe de l'élection des représentants du personnel (Section, 22 avril 1966, *Fédération nationale des syndicats de police*, n° 59340, p. 274) comme il l'a fait pour les commissions administratives paritaires. En dehors de cette hypothèse et dans le silence des

textes, des représentants du personnel peuvent légalement être désignés par l'autorité administrative et non élus (Section, 9 mai 1952, *préfet de police*, p. 233 ; 7 octobre 1974, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, n° 89783, p. 473 ; 19 avril 1985, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique CFDT*, n° 51286, p. 109).

3- Restent, au terme de ce premier parcours d'obstacles, à examiner les deux moyens délicats afférents à la régularité des délibérations des conseils d'administration demandant le regroupement. Avant de décider du sort à leur faire, nous vous invitons à préciser d'abord ce que l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 peut changer à votre approche actuelle en matière de consultations en particulier et de vices de procédure en général, ensuite à déterminer par quel moyen vous opérerez ce changement – et notamment comment vous appliquerez cette loi dans le temps -.

3.1- Pour apprécier ce que peut changer la loi nouvelle, il faut dégager les lignes dominantes de votre approche actuelle.

3.1.1- Le vice de procédure – que vous n'avez pas toujours distingué du vice de forme – consiste dans l'omission ou dans l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auquel un acte administratif était assujéti. Ces formalités peuvent être fort diverses : consultations préalables mais aussi contradictoire, enquêtes, obligations de publicité ou d'information ou encore délais, sans que cette liste soit naturellement limitative.

a- La portée du vice de procédure sur la légalité de la décision prise est dans votre jurisprudence gouvernée par l'idée, mise en lumière par Laferrière dans son traité (p. 492), et à laquelle fait écho le rapport public 2011 sur l'administration consultative lorsqu'il décrit les différentes fonctions d'une consultation, selon laquelle les formalités ne sont pas – en tout cas pas seulement – destinées à produire des effets propres, par exemple de solennisation ou de communication. Elles offrent des garanties aux administrés et à l'administration elle-même contre les décisions hâtives. Elles sont destinées à éviter les erreurs, les injustices, à assurer la maturité et l'opportunité des décisions. Bref, ces mesures d'instruction sont faites pour instruire l'auteur de l'acte et leur intérêt est de pouvoir exercer une influence sur la teneur de sa décision.

Cette idée ne vous est d'ailleurs pas propre. Les obligations procédurales sont au nombre des obligations positives que la Cour européenne des droits de l'homme fait peser sur les Etats pour garantir l'effectivité d'un droit (voir, par exemple Grande Chambre, 8 juillet 2003, *Hatton c/Royaume-Uni*, n° 36022/97 § 99 à 104 CEDH 2003-VIII ; 24 septembre 2007, *Tysiac c/Pologne*, n° 5410/03 § 113). Le Conseil constitutionnel admet de son côté que l'exercice d'une fonction consultative ressortisse à la compétence du législateur lorsqu'elle apporte aux intéressés une garantie essentielle dans une matière de nature législative (B.Genevois *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs* page 102 et les décisions qu'il cite ; voir notamment n° 92-170 L du 8 décembre 1992, Rec. p.114).

b- C'est dans cette mesure, mais en principe dans cette mesure seulement, que le vice de procédure emporte nécessairement l'illégalité de l'acte.

Le vice de procédure emporte la nullité de l'acte sans qu'il soit besoin à un texte de le prévoir. C'est un moyen d'annulation aussi ancien que l'incompétence et parfois assimilé à elle, celui qui use de son pouvoir en dehors de la procédure légale étant regardé comme commettant un excès de pouvoir semblable à celui qui empiète sur les pouvoirs d'autrui. La décision ne peut pas être présumée bien rendue dès lors que les formalités destinées à la préparer ont été omises ou incorrectement exécutées.

Soucieuse toutefois de ne pas verser dans le formalisme en annulant au-delà du nécessaire, votre jurisprudence atténue la rigueur du principe en distinguant entre ce qui est substantiel et ce qui ne l'est pas. Seul ce qui est substantiel justifie – et impose – l'annulation de l'acte car ce qui n'est pas substantiel n'a pu avoir d'influence sur la décision rendue et n'a pu priver quiconque d'une garantie. Ces deux critères de l'influence et de la garantie se recouvrent : les garanties ne sauraient être abstraites, elles aussi ont un lien avec la décision à prendre et n'ont de portée que si elles sont susceptibles d'exercer une influence sur sa teneur.

c- Le partage entre ce qui est substantiel et ce qui ne l'est pas peut se faire à deux niveaux.

Le premier est abstrait et consiste à distinguer les formalités qui, en elles-mêmes, touchent à la substance, à l'essence de l'acte, et les autres. Certains préfèrent parler d'un départ entre les formalités obligatoires et les formalités facultatives. Mais cette terminologie laisse entendre que les textes instituant des formalités pourraient n'être pas normatifs. Plus clair est de dire, comme vous le faites surtout à propos des délais, que certaines formalités doivent être respectées « *à peine de nullité* » et d'autres pas (3 juillet 1896, *Syndicat de l'association des vidanges d'Arles*, n° 82435, p. 546 ; 28 juillet 1905, *Boitel de Dieuval*, n° 11781, p. 690)

Le second niveau est concret. Il consiste à se placer au niveau non de la formalité mais du vice effectivement constaté, pour en mesurer dans les circonstances de l'espèce la portée sur la bonne exécution de la formalité – et par ricochet sur la légalité de la décision.

d- Aux deux niveaux le raisonnement est identique : si l'irrégularité est susceptible d'avoir affecté une garantie ou influencé le sens de la décision prise, celle-ci est illégale (9 avril 1948, *Leroux*, n° 81960, p. 153 pour des formalités et consultations effectuées à l'inverse de l'ordre réglementaire ; 10 juillet 1964, *Compagnie française des conduites d'eau*, n° 56688, p. 396 pour une formalité constituant une garantie). Si au contraire il est certain que l'irrégularité n'a pu avoir aucune influence sur le sens de la décision prise, elle n'est pas de nature à motiver l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision (4 juillet 1952, *Decharme*, n° 85621, p. 362). Il est normal que ces deux faces ne soient pas symétriques : le principe demeure que les formalités doivent être exécutées régulièrement. Le caractère non substantiel d'une formalité ou d'un vice n'est le fruit que d'une atténuation jurisprudentielle. Il doit donc être établi.

Malheureusement, comme l'a fait observer le Président Labetoulle dans une contribution aux *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, le niveau à retenir n'est pas toujours clair. La jurisprudence varie d'abord selon les formalités. Pour les délais, par exemple, qui sont rarement des formalités substantielles, vous en restez au niveau abstrait (Assemblée, 7 février 1947, *dame veuve Arnaud*, n° 77740, p. 49). Lorsque le contradictoire ou les droits de la défense sont nécessaires, vous contrôlez de façon approfondie et concrète les circonstances

de l'espèce, en n'excluant pas de prendre en considération les procédures équivalentes et en recourant à des notions telles qu'« utilement », « suffisant » ou « à même de », pour vérifier la portée de l'atteinte relevée (voyez 23 avril 1947, *Dutreux*, n° 79848, p. 158 ; Section, 15 juillet 1964, *préfet du Cantal c/S...*, n° 52116, p. 406 ; 16 janvier 1970, *A...*, n° 74346, p. 24).

3.1.2- Dans cette hiérarchie implicite, le législateur a pu nourrir quelque interrogation sur le régime des consultations, au nombre desquelles sont généralement rangées les propositions nonobstant la contrainte qu'elles peuvent exercer sur l'auteur de la décision.

a- La ligne dominante de votre jurisprudence sur les consultations obligatoires est ainsi résumée par le président Odent : « *les irrégularités qui peuvent entacher l'accomplissement de ces formalités vicient toujours la procédure [car] on ne peut évidemment jamais admettre que le sens des avis émis a été sans aucune influence sur le sens de la décision prise* ». Fréquentes sont en effet les décisions qui annulent l'acte eu égard au caractère substantiel – parfois implicite - du vice affectant la consultation obligatoire, sans s'engager dans une vérification de sa portée dans les circonstances de l'espèce (par exemple : 12 janvier 1938, *Monin*, n° 55925, p. 19 ; 9 avril 1948, *Leroux*, précitée ; Assemblée, 12 décembre 1952, *Narbonne*, n° 15379, p. 574 ; 6 mai 1955, *Lacone*, n° 21292, p. 237 ; 17 avril 1970, *Confédération générale du travail*, n° 77981, p. 254 ; 20 janvier 1989, *Mlle S...*, n° 71738, p. 27 ; 21 octobre 1992, *C...*, n° 71719 aux Tables, p. 732 ; 31 juillet 1996, *B...*, n° 153875, p. 319 ; 22 février 1995, *commune de Ville-la-Grand*, n° 122395, aux Tables, p. 626 ; 19 février 1997, *Syndicat aquacole de la Baie des Veys*, n° 147175, aux Tables, p. 646 ; 3 décembre 2003, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports (FNAUT)*, n° 232574, p. 468).

Vous ne vous en tenez pourtant pas toujours à un raisonnement aussi mécanique.

Quelques décisions excluent toute influence, donc toute illégalité, lorsque l'irrégularité affecte un avis non suivi par l'auteur de la décision et qui n'a donc pu en être la « cause déterminante » (21 janvier 1953, *Cail*, n° 91661, aux Tables, p. 695 ; 2 février 1957, *Delord*, n° 22476, p. 80 ; 6 novembre 1957, *Syndicat chrétien des agents du ministre de la reconstruction et de l'urbanisme*, n° 15958, p. 582 ; 15 juillet 1958, *Lavergne*, n° 18864, p. 450 ; 11 janvier 1980, *L...*, n° 10680, p. 6). Mais vous ne l'admettez pas à l'égard des décisions subordonnées à un accord préalable (Assemblée, 26 octobre 2001, *Epoux E...*, n° 216471, p. 495).

Un autre exemple d'atténuation se voit dans votre jurisprudence sur certains vices affectant la composition de l'organisme consulté, qui ne sont pourtant pas anodins. L'irrégularité de la composition d'un organisme est de nature à emporter l'annulation de la décision prise sur son avis ou sa proposition (15 mai 1957, *Israël*, n° 31113, p. 174).

Pour autant, depuis une décision d'Assemblée du 18 avril 1969, *M...*, n° 72251, p. 208 (à mettre en perspective avec les décisions concomitantes d'Assemblée du 27 février 1970, *Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure*, n° 75426, p. 142, et de Section du 13 mars 1970, *ministre d'Etat chargé des affaires culturelles c/ dame B... d'A...*, n° 75820, p. 182), les suppléances irrégulières ne vicient plus la consultation que si, eu égard à la composition de l'organisme, à son objet et aux conditions de la délibération, elles ont pu avoir une influence sur le sens de l'avis émis (avec quelques déclinaisons : s'agissant

de l'influence de leur vote sur le vote émis : 13 janvier 1975, *ministre de l'aménagement du territoire c/Comité de défense du commerce et de l'artisanat indépendant de l'agglomération dacquoise*, n° 94140, p. 19 ; 7 avril 1999, *société Castille*, n° 151937, aux Tables, p. 599 ; s'agissant de leur participation irrégulière au débat dans une décision du 11 juillet 1986, *Ministre du plan c/commune de Montigny-le-Bretonneux*, n° 73497 aux Tables p. 354 ; s'agissant de la désignation postérieure à la délibération de la liste de rapporteurs n'ayant pas voix délibérative dans une décision de Section du 31 mai 2000, *société Wellcome foundation limited*, n° 213882, p. 205).

Vous avez étendu cette jurisprudence à d'autres participations irrégulières (30 janvier 1981, *Syndicat national unifié des audio-prothésistes*, n° 12432, p. 38 pour la présence de cinq représentants du ministre au lieu de quatre ; 26 octobre 1984, *Epoux P...*, n° 45373, aux Tables, p. 480, pour un membre ne devant siéger que sur certaines questions ou 5 mars 1986, *Fédération nationale du négoce de l'ameublement*, n° 32314 aux Tables, p. 353 pour la présence d'un Commissaire du Gouvernement qui aurait dû se retirer).

Et vous raisonnez de façon proche s'agissant de la simple présence pendant le délibéré et le vote de personnes étrangères à l'organisme, qui, hormis pour quelques catégories d'organismes dont la composition constitue une garantie pour les intéressés (jurys de concours, organismes à caractère disciplinaire ou intervenant en matière économique), ne vicie plus par elle-même la procédure (pour les commissions d'avancement ou d'intégration, la présence d'une personne étrangère à la commission ne constitue une irrégularité de procédure que si cette présence a pu dans les circonstances particulières de l'affaire avoir une influence sur les avis émis ou les propositions faites : Section, 9 mai 1952, *préfet de police*, p. 233 ; 30 octobre 1957, *Lechêne*, n° 89821, p. 565 ; 2 janvier 1959, *Lefebvre*, n° 15940, p. 2 ; pour les commissions dont l'intervention ne constitue pas une garantie accordée aux intéressés : 17 décembre 1952, *dame veuve Moskon*, n° 97271, p. 583 ; 7 janvier 1955, *époux Robin-Charvet*, n° 18370, p. 5).

Enfin et surtout, vous êtes allés jusqu'à admettre que l'omission d'une formalité en principe substantielle puisse dans des circonstances particulières d'espèce ne pas présenter un tel caractère. Cette souplesse ultime ouverte par une décision d'Assemblée du 7 mars 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud*, n° 89011, p. 179 aux conclusions contraires du Président Gentot a été désignée comme la théorie de la « formalité non substantielle en l'espèce », terminologie qui fond en quelque sorte les deux niveaux, abstrait et concret, de l'appréciation que peut faire juge. Elle concernait l'omission de la consultation obligatoire d'un ministre dans le cadre d'une procédure d'expropriation sur un infime pourcentage de la surface en cause.

Quoique discutée, cette solution a connu des applications régulières, essentiellement mais pas seulement en matière d'enquêtes publiques – qui ont un régime parent de celui des consultations -. On en trouve dans une décision du 4 février 1994, *ministre de l'éducation nationale c/SGEN-CFDT-93*, n° 116323, aux Tables, p. 751 aux conclusions du Président Vigouroux un exemple à propos de l'omission de consulter un comité technique paritaire avant la mutation d'une institutrice pour faire face à l'afflux imprévu d'élèves lors de la rentrée scolaire. On en trouve un autre exemple récent à propos de l'omission de consulter la Haute autorité de santé lors de la création d'une prestation nouvelle d'assurance maladie, eu

égard à l'objet de la consultation et à la nature particulière de la prestation (7 avril 2010, *Laboratoire Pasteur Cerba*, n° 325883 à mentionner aux Tables).

b- Sur les consultations facultatives – qu'elles soient envisagées par un texte ou opérées spontanément – votre jurisprudence a suivi un parcours différent mais tout aussi instructif.

Initialement, vous aviez tiré de leur caractère facultatif - « officieux » écriviez-vous - qu'était sans incidence sur la légalité de la décision non seulement leur omission mais même toute irrégularité les affectant lorsqu'il y serait recouru (7 juillet 1905, *Horiani*, p. 612 ; 26 janvier 1926 *Chevalier* n° 88241 p. 366 ; 30 mars 1927 *Poli* n° 97616 p. 411).

C'est en matière disciplinaire que vous avez commencé à juger différemment, au motif que « *les fonctionnaires ont droit, au cours des actions disciplinaires dont il sont l'objet, aux garanties dont sont entourées les procédures suivies contre eux* », en permettant à ceux-ci de se prévaloir des irrégularités commises lors d'une consultation non prévue et qui seraient de nature à faire annuler la mesure disciplinaire si cette consultation avait été obligatoire (Section, 9 décembre 1932, *Laurent*, n° 10475, p. 1061). Et vous avez en définitive fait de même dans les matières où la consultation constituait une garantie (22 juin 1963, *A...*, n° 51115, p. 385 ; 21 février 1964, *Dame P...*, n° 53805, p. 132 pour l'aptitude à un emploi), puis pour toutes les consultations facultatives, le critère de la garantie se distinguant mal de celui de l'influence (Assemblée, 9 décembre 1966, *B...*, n° 53293, p. 651).

Qu'elle soit libre ou contrainte, une consultation est destinée à éclairer la décision à prendre. C'est dans cette mesure, plutôt que par application de l'adage *tu patere legem quam ipse fecisti*, qu'il est nécessaire qu'elle soit menée régulièrement pour ne pas la fausser et que d'éventuelles irrégularités puissent être invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision prise au vu de cette consultation, quand même l'administration conserve la faculté de modifier son projet sans y recourir à nouveau (15 mars 1974, *Syndicat national CGT-FO des fonctionnaires et agents du commerce extérieur et des prix*, n° 85703, p. 188). Vous avez d'ailleurs suivi le même cheminement pour d'autres formalités (voyez 11 février 1991, *Association d'études et de défense de l'environnement Limagne et Combraille* n° 81301 aux Tables p. 665, pour le dépôt d'un dossier d'enquête à une sous-préfecture ; 10 octobre 1994, *ville de Toulouse*, n° 108681, aux Tables p. 746, pour une procédure de sélection d'un concessionnaire de travaux).

Ce pas franchi, vous n'avez en revanche eu ni réticence ni difficulté à vérifier la portée concrète des irrégularités relevées dans le déroulement d'une consultation facultative. La rédaction de la décision de Section, *Ministre de l'économie c/B...* du 19 mars 1976, n° 98266, p. 167 est nette : elle juge illégale une sanction « dans la mesure où [les] irrégularités ont exercé, en fait, une influence sur la décision ».

c- Il en résulte qu'aujourd'hui votre contrôle, en dépit de nuances d'une portée parfois incertaine et discutée, est considéré en théorie comme se limitant au constat de l'irrégularité s'agissant des consultations obligatoires alors qu'il va jusqu'à l'examen des circonstances de fait s'agissant des consultations facultatives. Vos décisions du 19 décembre 2008, *K...-C...*, n° 312553, p. 467 sur les pôles de l'instruction et du 8 juillet 2009, *commune de Saint-Dié des Vosges*, n° 314236, p. 255 sur la carte des juridictions commerciales, qui différencient la portée d'une irrégularité dont elles relèvent l'absence d'influence selon les

dispositions pour lesquelles la consultation était ou non obligatoire réaffirment nettement la persistance de cette différence d'approche entre les deux.

Si bien que ne s'est pas éteint le malaise décrit par le président Odent dans son cours (p. 1836) selon lequel, même avec le correctif tenant à la notion de formalités non substantielles, les annulations pour vices de forme paraissent dans certains cas exagérément formalistes et ne satisfont ni le juge ni l'administration, qui reprend généralement les mêmes mesures après avoir réitéré régulièrement la procédure. C'est pourquoi dans sa contribution déjà mentionnée, le Président Labetoulle exprimait le souhait d'une évolution de l'office du juge sur les vices de procédure à l'image de la créativité qu'il a su dans les années récentes déployer sur les fronts de la légalité interne et de la modulation dans le temps.

3.2- Ses vœux ont été davantage comblés par le législateur qu'il ne l'aurait.

3.2.1- L'article 70 de la loi du 17 mai 2011, tel que vous l'avez entendu, présente les limites inhérentes aux choix terminologiques de toute rédaction, à laquelle vous vous tenez normalement lorsqu'elle est dépourvue d'ambiguïté.

Cet article se présente ainsi comme ne régissant que les avis rendus par un « organisme », c'est-à-dire par une instance collégiale, et, dès lors qu'il parle des décisions prises « au vu de l'avis rendu », uniquement les irrégularités affectant des avis effectivement rendus, non l'omission de l'avis lui-même. En ne mentionnant en outre, au titre des irrégularités pouvant être invoquées, que celles susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision, sans dire mot de l'autre critère généralement admis du caractère substantiel de la formalité ou du vice, tenant à la garantie en cause, il repose la question de la distinction entre les deux. Enfin, en encadrant la possibilité d'invoquer des moyens, le texte paraît instaurer une irrecevabilité, plus contraignante pour le juge qu'une inopérance et peu intuitive, en tout cas contraire à l'ordre habituel d'examen d'un moyen, puisqu'elle revient en quelque sorte à imposer que les moyens soient fondés pour pouvoir être soulevés.

3.2.2- L'essentiel n'est toutefois pas là. Car il est clair en revanche que l'intention du législateur est d'étendre aux consultations obligatoires le contrôle concret systématique jusqu'à présent apanage des consultations non obligatoires et de cantonner les annulations aux irrégularités réellement susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise, peu important que la formalité ou même le vice soit ou non en son principe substantiel.

a- Ce faisant, il vous donne l'occasion de clarifier votre jurisprudence sur les consultations mais aussi, au-delà, sur les vices de procédure. Les formations consultatives du Conseil d'Etat vous y encouragent. La proposition a, selon les débats parlementaires, recueilli l'avis favorable de l'assemblée générale. Elle a également la faveur du rapport public du Conseil d'Etat pour 2011 consacré aux consultations. Tout converge pour vous ramener à quelques principes directeurs uniformes auxquels nous adhérons d'autant plus volontiers qu'ils renforcent l'office du juge en rendant hommage à votre souci originel de vous garder du formalisme. Ils se résumeraient ainsi.

Une irrégularité qui ne peut ou n'a pu être de nature à affecter la teneur de la décision n'a pas à être sanctionnée par l'annulation de celle-ci.

Le partage entre ce qui est substantiel et ce qui ne l'est pas n'a pas de raison de se limiter à un niveau théorique auquel vous ne parvenez d'ailleurs pas à vous tenir. Il appartient au juge d'exercer pleinement son office, c'est-à-dire de mesurer la portée exacte du moyen de légalité invoqué, en recherchant si, dans les circonstances de l'espèce, la formalité, même substantielle, a été affectée d'une façon telle qu'elle n'a pu atteindre correctement son objet, comme vous avez déjà pu le juger dans une décision du 16 mai 2008 *commune de Cambon d'Albi* n° 289316 aux Tables sur ce point. Ceci n'exclut pas, évidemment, que les conditions du rejet soient plus difficiles à réunir pour certains vices que pour d'autres.

Un régime différent entre les formalités obligatoires et les formalités facultatives n'est pas justifié au-delà de l'omission, c'est-à-dire de l'obligation d'y recourir. Dès lors qu'il est recouru à une formalité, le fond de la décision prise peut en être affecté.

S'agissant des formalités obligatoires, un régime différent entre l'omission et l'irrégularité, qui réserverait l'examen des circonstances de l'espèce aux irrégularités, se comprend bien en théorie mais ne suffit en pratique que lorsque l'omission affecte la compétence de l'auteur de l'acte. C'est le cas s'agissant des avis conformes (Section, 7 janvier 1955, *Ged*, n° 11023, p. 11 ; 29 janvier 1969, *C...*, p. 43) et des propositions lorsqu'elles leur sont assimilables (30 juillet 1997, *Confédération nationale de la production française des vins doux naturels*, n° 147826, p. 304). En dehors de ces cas, il y a, entre l'omission et l'irrégularité, davantage une différence de degré que de nature. Ce qui apparaît facialement comme une omission peut, à l'examen des pièces du dossier, s'apparenter plutôt à une irrégularité, par exemple si l'objet de la formalité a été suffisamment atteint d'une autre manière (voyez 26 octobre 1973, *L...*, n° 82728, p. 593). A l'inverse, une irrégularité peut être si grave que vous la regardez comme une omission – ainsi par exemple de l'avis d'une instance consultative rendu par un seul de ses membres (18 février 1970, *G...*, n° 75006, p. 118) -.

b- Il y a en revanche deux glissements dont la rédaction prudente du législateur (le « *susceptible de* ») vous préserve.

Il ne s'agit pas pour vous de pénétrer dans « *le réduit du raisonnement de l'administration* », selon les mots du Président Labetoulle. Une telle appréciation relevant de la divination serait hasardeuse et risquerait de vous conduire à admettre systématiquement que l'administration aurait pris la même décision quelles que soient les irrégularités en cause.

Certes, si la sécurité juridique a été présentée au Parlement comme l'enjeu de la proposition de loi – mais sous l'angle d'un nombre moins fréquent d'annulations -, il est inhérent au contrôle d'espèce d'être moins prévisible qu'un *distinguo* abstrait entre consultations obligatoires et facultatives. Mais l'appréciation du juge, pour considérable qu'elle soit, n'est pas débridée. Enumérer des critères nuit certes à une solution générale, comme l'avaient relevé les commentateurs de la décision *M...* précitée (Assemblée, 18 avril 1969, n° 72251, p. 208 ; AJDA 1969. 428 chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc), mais ils existent, s'entrevoient et rejoignent ceux que vous aviez alors retenus : l'objet de la formalité au regard de la décision prise, la nature de l'irrégularité commise, les circonstances de l'espèce ayant été de nature à la justifier, la couvrir ou à en atténuer la portée. Tout dépend de la portée de la formalité sur la décision à prendre et de la portée du vice sur la suffisante

exécution de la formalité. C'est par cette préoccupation que demeurera guidée l'appréciation du juge.

Il ne s'agit pas, non plus, d'habiller un certain laxisme auquel, nous l'avons lu, vous encouragerait un législateur qui, incapable de réfréner le développement exponentiel des consultations obligatoires, en serait réduit à purger d'avance les actes des vices y afférant. Il s'agit uniquement, pour ne pas décourager l'administration consultative, de s'attacher, ainsi qu'y invite le rapport public 2011, à mieux mettre en valeur ce qui, au sein de ces multiples procédures et dans leur exécution, affecte une garantie pour les administrés et pour l'administration elle-même.

3.3- Si vous nous suivez pour infléchir votre jurisprudence dans le sens de la loi, la question de l'application de celle-ci dans le temps – comme, d'ailleurs, de son champ d'application matériel – devient secondaire.

3.3.1- Partons à cet égard des enseignements des conclusions du Président Genevois sur l'affaire de Section R... du 19 décembre 1980, n° 12387, p. 479 (Rec. Dalloz-Sirey 1981, p. 398) en matière d'application de la norme dans le temps en général et de celles du Président Heumann sur l'affaire de section *secrétaire d'Etat à la reconstruction c/Bacqué* du 13 novembre 1959, n° 38805, p. 593, sur les lois de procédures en particulier.

a- En l'absence de dispositions contraires, la loi nouvelle, réputée meilleure, s'applique immédiatement y compris aux situations en cours. L'application immédiate se traduit pour les lois de procédure, c'est-à-dire celles qui gouvernent le procès, par l'application aux actes de procédure et décisions juridictionnelles à venir, y compris sur des instances en cours.

En revanche, application immédiate ne pouvant signifier application rétroactive, la loi nouvelle ne peut ni porter atteinte à des situations juridiques déjà constituées, ni *a fortiori* remettre en cause des situations déjà éteintes. S'agissant des lois de procédure, des situations juridiques peuvent être constituées par les droits acquis des parties. La loi de procédure s'applique donc à l'instance en cours si elle ne régit que l'activité du juge, en revanche, si elle régit l'activité des parties, elle ne peut s'appliquer à l'instance en cours que pour autant qu'elle ne porte pas atteinte à des droits que celles-ci ont constitué antérieurement.

b- Sur ce point, la décision *Bacqué* a précisé que les éléments constitutifs du droit au recours contre une décision juridictionnelle – parmi lesquels elle mentionne les voies et délais de recours – sont cristallisés à la date de la décision attaquée. S'agissant des recours contre les décisions administratives, la jurisprudence a également convergé vers une cristallisation des éléments affectant la substance du droit au recours à la date de la décision administrative attaquée (deux décisions R..., n° 129168, p. 66 du 10 février 1995, et *Comité départemental du Vaucluse de la Fédération française de pétanque et jeu provençal* du 27 janvier 1997, aux Tables, n° 141182, p. 667 retiennent implicitement cette date s'agissant, pour la première, de la création d'une voie de recours et, pour la seconde, de la création d'un recours administratif préalable obligatoire ; une décision du 11 juillet 2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, n° 313386, aux Tables p. 845, la retient également, de façon cette fois-ci explicite, à propos de la restriction apportée par l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme

aux conditions de capacité pour agir des associations contre les décisions relatives à l'occupation ou l'utilisation des sols).

c- Quant à la question de l'application dans le temps d'une loi restreignant le droit de soulever un moyen, elle a été tranchée en Section le 5 mai 1995, par une décision *société coopérative maritime Bidassoa*, n° 140679, p. 193 à propos de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme qui interdisait de soulever certaines exceptions au-delà d'un délai, d'une façon proche de l'article 70 dans la marge d'appréciation qu'il laissait néanmoins au juge. Il a alors été jugé qu'une telle loi de procédure ne pouvait porter atteinte aux moyens déjà régulièrement soulevés à la date de la loi. Cette solution est cohérente avec la décision de Section *Kessai* du 20 juin 1997, n° 168019, p. 251 selon laquelle la recevabilité d'un moyen s'apprécie à la date à laquelle il a été soulevé, en harmonie avec la solution plus générale qui admet qu'un recours recevable à la date de son enregistrement ne peut devenir irrecevable à raison de circonstances postérieures (30 octobre 1957, *dame S.*, n° 41126 p. 563). Elle répond en outre au souci, décelable déjà dans une décision de section *F...* du 5 juin 1987 n° 54964 p. 197 avec concl. Mme de Saint-Pulgent, de l'application la plus immédiate possible des lois de procédure quand sont en jeu les conditions d'invocation d'un moyen.

3.3.2- En l'espèce, plusieurs approches sont possibles

a- Nous écartons une conception des éléments constitutifs du droit de former un recours plus extensive que celle de la décision *Bidassoa*, qui consisterait à juger que le droit des parties à soulever un moyen est acquis à la date de la décision administrative attaquée.

Le droit d'invoquer un moyen n'est certes pas étranger au droit au recours. Le Conseil constitutionnel, s'il n'y avait pas vu une loi de validation, avait néanmoins recherché en 1994 si l'article L. 600-1 ne portait pas une atteinte substantielle au droit au recours (décision n° 93-335 du 21 janvier 1994 p. 40 ct 2 à 4). Vous-même jugez que le droit de former un recours emporte en principe le droit de se prévaloir de tout moyen, sans notamment avoir à justifier d'un intérêt pour ce faire (15 mai 1957 *Israël précitée*). Et la Cour européenne des droits de l'homme n'admet que sous les conditions restrictives que l'on connaît l'ingérence du législateur modifiant l'issue de procès en cours, y compris par le biais de la limitation des moyens de contester une décision – vous aurez reconnu là sa jurisprudence exigeante depuis l'arrêt du 9 décembre 1994 *Raffineries grecques* (série A n° 301 B) s'agissant des lois de validation, auxquelles a déjà pu être comparé l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme -.

Mais précisément, l'article 70 réserve les situations où les irrégularités ont été susceptibles d'exercer une influence ; l'atteinte portée au droit de recours n'est donc pas substantielle.

b- Vous pourriez en revanche retenir une application aux moyens déjà soulevés, donc plus immédiate encore que dans la décision *Bidassoa*, en affirmant que la loi en présence ne régit que l'activité du juge sans rien changer pour les parties, comme lors de la création de l'article L. 80 CA du livre des procédures fiscales en cause dans l'affaire de section du 8 décembre 1991 *association « capitale nationale de l'âge de l'illumination »* n° 61025 p. 42 aux conclusions du Président Arrighi de Casanova. Cette approche pourrait, soit tirer parti des incertitudes de votre jurisprudence actuelle que vous ne feriez que lever, soit

même résulter de ce que vous décideriez d'anticiper sur la loi pour la modifier avant de vous pencher sur la question du champ d'application de la loi, par une sorte de raccourci de ce que vous aviez opéré par votre décision de section du 20 décembre 2000, *O...*, n° 206745, p. 643 avec concl. Lamy en abandonnant votre jurisprudence d'Assemblée du 23 janvier 1970, *ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/A...*, n° 77861, p. 51 pour permettre le sursis à exécution d'une décision de rejet.

c- Elle présente toutefois l'inconvénient d'entretenir le trouble, à la fois sur ce qu'était votre jurisprudence antérieure et sur la portée de la loi. Quand bien même vous surmonteriez la formulation apparente d'une irrecevabilité à l'adresse des parties et quand bien même la loi laisse entière la marge d'appréciation du juge, elle voulait marquer un inflexible sérieux puisqu'elle devait conduire à écarter des moyens jusqu'ici voués à être accueillis. C'était en tout cas l'objectif affiché par l'auteur de la proposition de loi, approuvé par l'assemblée générale du Conseil d'Etat et appuyé par le rapport annuel 2011.

S'en tenir en l'espèce la solution *Bidassoa* offre de ce point de vue le mérite de la clarté sur le degré d'évolution que vous admettez devoir à la loi. Ce choix est conforme à l'ordre selon lequel vous aviez opéré dans la décision *R...* précitée du 10 février 1995 (n° 129168, p. 66) lors de la création d'une voie de recours contre le règlement intérieur d'un conseil municipal, en écartant l'application dans le temps de la loi avant de modifier votre jurisprudence pour vous y aligner. Et même s'il conduit à ne pas regarder la loi comme applicable au présent litige, il reste sans incidence sur sa solution dès lors qu'il ne vous interdit pas de modifier dès à présent votre jurisprudence. En effet, l'atteinte portée au droit au recours n'est comme nous l'avons dit pas substantielle et reste donc dans les limites admises par votre décision *Tropic Travaux* (Assemblée, 16 juillet 2007, n° 291545, p. 360).

4- Quelle que soit la voie que vous retiendrez, c'est votre office renouvelé que vous exercerez sur les moyens restants

4.1- Est critiquée la circonstance que les deux délibérations aient été prises, quoique par des votes distincts, lors d'une réunion commune des deux conseils d'administration, en vue manifestement de leur conférer une forte solennité, de surcroît sous la présidence unique du président du conseil d'administration de l'Ecole normale supérieure de Fontenay.

Eu égard à l'objet de la proposition, de telles conditions de délibérations incitent à une particulière vigilance. Dans le cadre déjà assoupli par votre jurisprudence, la présence d'une personne étrangère demeurait irrégulière lorsqu'elle siège (16 décembre 1994, *Epoux C...*, n° 113043, aux Tables, p. 782). *A fortiori* lorsqu'elle préside (15 avril 1988, *Mme D...-S...*, n° 70840, aux Tables p. 578). Et le fait que siègent précisément les membres de l'organe délibérant de l'établissement avec lequel la fusion est envisagée apparaît de nature à porter atteinte à la liberté du débat comme à la sincérité du vote.

Les pièces du dossier permettent pourtant d'écarter en l'espèce toute incidence de cette réunion commune et présidence unique, dont nul ne paraît s'être ému, sur les débats comme sur le sens du vote, largement majoritaire. Celle-ci est en effet intervenue à un stade avancé du projet, probablement parce que le ministre a longtemps cru qu'il pouvait s'en passer. Les conseils d'administration en étaient donc informés depuis longtemps et déjà davantage préoccupés des modalités que du principe de ce regroupement entre deux écoles

déjà voisines, parentes et de taille comparable. L'idée même du regroupement apparaissait faire l'objet d'un large consensus. Si le procédé est à l'évidence critiquable dans son principe, il n'a eu aucune incidence en l'espèce.

4.2- Le dernier moyen est tiré de ce que les délibérations auraient dû être précédées de la consultation des comités techniques paritaires des établissements.

a- C'est en effet le cas et le ministre le discute peu. Le principe de la fusion était au nombre des problèmes généraux d'organisation au sens du décret du 28 mai 1982 qui devaient être soumis au comité technique paritaire (voyez 26 mai 1995, *Syndicat général des affaires culturelles CFDT*, n° 145749, aux Tables p. 625, s'agissant du rattachement du service d'un établissement public à un autre) et, cette consultation étant destinée à éclairer l'initiative du conseil d'administration, elle devait intervenir avant. Vous l'avez jugé dans une décision du 1^{er} juin 1994, *syndicat CFDT Interco du Maine-et-Loire*, n° 143078, p. 276 qui écarte dans une telle hypothèse le raisonnement que vous feriez s'il s'agissait de deux consultations, pour lesquelles aucun ordre ne s'impose en l'absence de texte le prévoyant (13 juin 1956, *Syndicat départemental de la boucherie d'Ille-et-Vilaine* aux Tables, p. 608). Nous ne remettons pas en cause cette solution qui trouve des justifications solides.

b- Le décret étant comme nous vous l'avons expliqué « deux en un », les comités techniques paritaires devaient être également consultés, comme ils l'ont été, sur toutes les questions posées par le projet de statut de l'établissement, tant en termes d'organisation et de fonctionnement que de statut des élèves. La consultation correctement opérée sur le projet pouvait certes valoir consultation sur le principe mais la difficulté tient à la date de cette consultation, intervenue, pour chacun des deux comités techniques paritaires, postérieurement à la délibération du conseil d'administration, ce qui suffit en principe à regarder celle-ci comme irrégulière (9 avril 1948, *Leroux*, précitée pour un ordre de consultations inverse à celui imposé).

c- Toutefois, des éléments suffisamment convergents lèvent en l'espèce tout doute sur l'influence que cette consultation à contretemps a été susceptible d'exercer.

Il est constant, tout d'abord, que les comités ont été informés à plusieurs reprises du projet de fusion jusqu'aux délibérations litigieuses. Cela ne saurait suffire à soi seul mais il vous est arrivé de vous y appuyer pour regarder comme non substantielle dans les circonstances de l'espèce l'omission de recueillir formellement l'avis d'un ministre (26 novembre 2010, *société Groupe Pizzorno Environnement*, n° 331078, à mentionner aux Tables).

Ensuite, aucun des deux comités n'a émis d'avis défavorable au projet de décret, circonstance que vous avez déjà prise en compte dans une décision *G...*, n° 213415, du 20 décembre 2000, p. 634 s'agissant d'un avis technique postérieur à un règlement de la Commission des opérations de bourse devant être homologué par le ministre. Le sens de l'avis peut certes n'être pas le seul élément susceptible d'exercer une influence sur la décision à prendre ; les avis favorables des formations consultatives du Conseil d'Etat n'en influencent pas moins, par le projet qui les accompagne, la teneur de la décision finalement prise. Mais lorsque la décision à prendre est une décision binaire, par oui ou non, l'influence du sens de l'avis sur le sens de la décision se circonscrit mieux. Et la circonstance que, même postérieure

à la proposition, la consultation ait tout de même été faite avant le décret amoindrit la portée de l'irrégularité sur la décision prise, l'auteur de la décision étant en mesure d'apprécier si cet avis remettait en cause la proposition des conseils d'administration.

Enfin, lorsque les comités technique paritaires ont été consultés sur le projet de décret, après la délibération des conseils d'administration, les membres du personnel ont donné lecture d'une déclaration au nom des représentants du personnel des deux comités rappelant que depuis le début du rapprochement entre les deux écoles en 2008 – bien avant la délibération des conseils d'administration donc -, le personnel n'avait aucune position de principe contre la fusion des deux écoles normales supérieures et que leurs critiques sur la fusion ne concernait que la façon dont elle s'engageait, c'est-à-dire le projet de décret statutaire soumis pour avis.

En l'espèce il est donc établi à la fois que les comités étaient favorables au principe de la fusion – seule question sur laquelle leur consultation était requise avant les délibérations des conseils d'administration -, qu'ils l'étaient depuis longtemps et en tout cas antérieurement aux délibérations et que, de surcroît ils avaient été régulièrement informés du principe de ce projet – ils ont été consultés sur sa teneur statutaire en temps voulu -. La formalité, accomplie régulièrement, n'aurait donc rien pu produire de plus.

A travers le sort que vous ferez à ces deux moyens, c'est celui de votre office sur les vices de procédure qui est en jeu. Si vous n'acceptez pas de les écarter lorsque de telles conditions sont réunies, il est à craindre que vous ne soyez jamais en situation d'infléchir votre approche.

5- Un dernier mot d'une éventuelle modulation dans le temps de l'annulation que vous prononceriez si vous ne nous suiviez pas.

Il ne ferait alors aucun doute que seraient réunies les conditions exceptionnelles exigées par votre jurisprudence *association AC!* (assemblée 11 mai 2004 n° 255886 p. 197 avec concl. C. Devys), tant une loi de validation serait inévitable et probablement régulière eu égard à la disproportion entre les moyens de légalité externe retenus et les effets fragilisant de l'annulation rétroactive sur la continuité du service public et sur les délibérations, décisions individuelles et contrats pris par le nouvel établissement depuis deux ans. Le ministre a produit des éléments convaincants à cet égard. La situation ferait penser à l'annulation du transfert aux départements et régions de services de l'Etat, que vous aviez reportée de sept mois (16 mai 2008, *département du Val de Marne*, n° 290416, aux Tables p. 883).

L'hésitation porterait seulement sur l'étendue de la modulation. Le ministre voudrait que vous réputiez définitif le décret. Une telle solution heurtant de façon extrême le principe de légalité, vous ne l'avez appliquée que rarement, lorsqu'il vous est apparu que l'acte attaqué ne pouvait plus être régularisé (*AC!*) ou que l'administration n'était pas en mesure de remédier à l'illégalité dans un délai raisonnable (21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, n° 305292, p. 433). En l'espèce, de deux choses l'une. Soit les formalités sont impossibles à réitérer et le décret pourra être repris légalement en leur absence (pour un défaut de proposition : 16 mai 1947, *Coulouma*, n° 82387, p. 205). Soit elles ne le sont pas et la simple complication pour l'administration n'est pas un motif admis par votre décision *AC!*. Un report suffirait donc, de quatre à six mois pour qu'un nouveau décret puisse

être pris dans des conditions acceptables. Vous rejetteriez les conclusions à fin d'injonction sous astreinte, aucune mesure n'étant nécessairement impliquée par l'annulation.

Mais pour notre part, par les motifs que nous avons exposés, nous concluons au rejet de la requête.