N°s 363047, 363134
- Commune d'Emerainville
- Syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée – Val Maubuée

Section du contentieux
Séance du 17 juin 2016
Lecture du 1er juillet 2016

CONCLUSIONS

M. Vincent DAUMAS, rapporteur public

Ces deux affaires sont portées devant vous pour trancher deux principales questions, étant précisé que la première est liée à celle de la définition de l'acte réglementaire, que Jean Lessi vous a exposée tout à l'heure à l'occasion des affaires *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*[1]. Les deux questions, c'est l'un des inconvénients des présentes affaires, ne se présentent pas de manière pure. En outre il est nécessaire de les extraire d'une gangue contentieuse assez malgracieuse. Pour y parvenir, nous serons aussi bref que possible – et nous renvoyons, pour les détails des affaires, aux conclusions que nous avons déjà prononcées devant vos 3e et 8e sous-sections réunies.

Vous devez statuer sur deux pourvois en cassation introduits, respectivement, par le syndicat d'agglomération nouvelle (SAN) de Marne-la-Vallée - Val Maubuée et l'une de ses six communes membres, la commune d'Emerainville, à l'encontre d'un même arrêt. Celui-ci a été rendu par la cour administrative d'appel de Paris dans un litige foisonnant soulevé par la commune, qui a entrepris de contester de multiples décisions d'attribution de subventions prises par le SAN.

La cour administrative d'appel était saisie, entre autres, de deux groupes de délibérations attribuant des subventions à diverses associations, certaines prises en 2006, d'autres en 2007.

La cour a confirmé l'annulation d'une partie des délibérations de 2006 sur un motif d'incompétence, après avoir accueilli une exception d'illégalité soulevée par la commune d'Emerainville à l'encontre d'un arrêté préfectoral du 8 février 2002. Il s'agit d'un arrêté constatant, en application de l'article L. 5333-4 du code général des collectivités territoriales (CGCT), l'accord des communes membres sur la liste des équipements reconnus d'intérêt commun et confiés, en conséquence, à la gestion du SAN. La cour a accueilli l'exception d'illégalité sans rechercher si le délai de recours contentieux à l'encontre de l'arrêté n'était pas expiré. Elle a donc admis, implicitement mais nécessairement, que cette exception d'illégalité pouvait être soulevée perpétuellement. Autrement dit, que l'arrêté préfectoral en question, qui participait à la délimitation des compétences du SAN, revêtait le caractère d'un

[1] Affaires n° 393082 et 393524.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

acte réglementaire. Dans son pourvoi, le SAN soulève sur ce point un moyen d'erreur de droit, l'arrêté préfectoral ne revêtant pas, selon lui, le caractère d'un acte réglementaire. De là, la première question posée par ces affaires : celle du caractère réglementaire ou non des décisions prises par les autorités de l'Etat et relatives à la création, à l'évolution et à la disparition des différents organismes de coopération intercommunale.

Le tribunal administratif avait annulé toutes les délibérations de 2006 pour un double motif : d'une part, l'incompétence du SAN ; d'autre part, une irrégularité tirée de ce que les membres du conseil syndical n'avaient pas été destinataires d'une information suffisante avant de délibérer. La cour a intégralement confirmé ces motifs, sauf pour une délibération concernant l'association « centre d'art et de culture de Marne-la-Vallée ». Pour celle-ci, la cour a jugé, à la suite du tribunal, qu'elle était entachée de la même irrégularité de procédure que les autres ; en revanche, à la différence du tribunal, la cour a jugé qu'elle avait été prise compétemment. Cela s'est traduit, dans le dispositif de l'arrêt, par une modification de l'injonction prononcée par le tribunal à l'égard du SAN s'agissant de la subvention accordée en 2006 au centre d'art et de culture : à une injonction « sèche », la cour a substitué une injonction « conditionnelle », en ordonnant au SAN d'obtenir la restitution de cette subvention, sauf à reprendre dans un délai de six mois une délibération régulière. Dans son pourvoi, la commune soulève sur ce point une erreur de droit, la cour ayant selon elle méconnu la portée rétroactive qui s'attache aux annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir et le principe du caractère non rétroactif des actes administratifs. D'où la seconde question posée par ces affaires : celle de l'étendue des pouvoirs qu'il convient de reconnaître à l'administration en vue de régulariser ses actes – ou les situations créées par ses actes.

*

1. Il n'y a pas lieu de s'appesantir sur la première des questions ainsi posées, qui n'est pas la plus complexe.

1.1. Elle n'est pas inédite dans votre jurisprudence. Mais cette jurisprudence, précisément, n'est pas aisée à décrire, ni à justifier.

Par une décision *Commune de Cayeux-sur-Mer* du 23 juillet 1974 (n° 86612), au Recueil, vous avez jugé que l'arrêté autorisant la création d'un syndicat de communes ne présentait pas de caractère réglementaire. D'après les conclusions du président Denoix de Saint Marc et l'analyse de la décision au Recueil, cette décision s'inscrivait dans la lignée d'une jurisprudence d'assemblée *URSSAF des Alpes-Maritimes* du 8 janvier 1971 (n° 71581, au Recueil), selon laquelle un acte de tutelle ne présente jamais de caractère réglementaire.

Vous aurez immédiatement compris que la décision *Commune de Cayeux-sur-Mer* n'était pas tout à fait évidente à concilier avec une décision antérieure et rendue en section dont il a déjà été question au cours de cette audience : la décision *Commune de Clefcy* du 13 juin 1969 (n° 76261, au Recueil), selon laquelle revêt un caractère réglementaire, dès lors qu'il a pour objet l'organisation même d'un service public, l'arrêté préfectoral intervenant, à la demande d'une commune, pour instituer et fixer la composition d'une commission syndicale pour la gestion des biens indivis entre plusieurs communes[2].

[2] Conformément aux dispositions figurant aujourd'hui aux articles L. 5222-1 et suivants sur CGCT.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

C'est probablement ce qui explique qu'une décision plus récente paraisse s'écarter de la solution *Cayeux-sur-Mer* : voyez CE 3 mai 2002, Commune de Laveyron, n° 217654, inédite au Recueil. Vous y avez jugé qu'un arrêté préfectoral modifiant les compétences d'un district présentait un caractère réglementaire. Votre commissaire du gouvernement, Stéphane Austry, estimait que la jurisprudence *Cayeux-sur-Mer* ne pouvait plus être maintenue après les lois de décentralisation et expliquait que l'acte portant répartition de compétences entre des communes et un organisme de coopération intercommunale était relatif à l'organisation du service public et, par suite, réglementaire. Il a été suivi mais la décision est cependant restée inédite au Recueil, de sorte qu'elle ne peut être regardée comme revenant sur la jurisprudence *Cayeux-sur-Mer*. Au contraire, vous avez ensuite réaffirmé qu'un arrêté préfectoral autorisant un syndicat de communes à adhérer à un syndicat mixte ne présente pas un caractère réglementaire (CE 10 mars 2006, Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ syndicat intercommunal d'assainissement de La Courance, n° 285439). Cette décision est mentionnée aux tables du Recueil avec un renvoi exprès à votre décision *Cayeux-sur-Mer*[3]. Dans ses conclusions, Nicolas Boulouis soulignait notamment le caractère isolé et inédit de la décision *Commune de Laveyron*[4].

Nous ne reviendrons pas sur la descendance féconde de la décision *Commune de Clefcy*, qu'a parfaitement analysée Jean Lessi. Le critère autonome dégagé par cette décision pour reconnaître un caractère réglementaire à un acte administratif – le critère de l'organisation même du service public – a attrait dans cette catégorie des actes extrêmement divers. Mais les actes pris par les autorités compétentes de l'Etat en matière de création, d'évolution et de disparition des organismes de coopération intercommunale ont résisté, si l'on s'en tient à votre jurisprudence assumée, c'est-à-dire celle parue au Recueil, au pouvoir d'attraction pourtant puissant du critère de l'organisation du service public. Et cela, alors même que vous jugez réglementaire, car relatif à l'organisation du service, le décret de dissolution d'un établissement public « de droit commun » (CE 5 juillet 1989, Mme S… et autres, n° 87188, au Recueil).

A l'heure actuelle coexistent ainsi deux lignes jurisprudentielles : la première, générale, qui embrasse toutes les décisions relatives à l'organisation du service public pour les qualifier de réglementaires ; la seconde, propre aux organismes de coopération intercommunale, qui tend à qualifier les actes des autorités de l'Etat intervenant dans la structuration de ces organismes de non réglementaires. Il n'est pas tout à fait aisé de justifier, d'un point de vue théorique, cette coexistence.

Mais voilà que l'on vous propose d'abandonner la première de ces lignes jurisprudentielles, et de recentrer la catégorie des actes réglementaires sur les seuls actes de portée générale et impersonnelle, autrement dit sur les seuls actes réglementaires « par nature ». Ce mouvement jurisprudentiel audacieux a été défendu tout à l'heure par Jean Lessi. Pour toutes les raisons qu'il a dites, nous le soutenons.

---

[3] L'analyse de la décision au Recueil, indépendamment de ce renvoi, paraît erronée puisqu'elle se réfère à un arrêté préfectoral autorisant l'adhésion d'une collectivité territoriale à un EPCI alors que tel n'était pas la portée de l'arrêté mentionné dans la décision.

[4] On peut sans doute rattacher à la jurisprudence *Cayeux-sur-Mer*, même si la filiation n'est pas explicite, la solution selon laquelle un arrêté commun à deux préfets autorisant une commune à se retirer d'un syndicat intercommunal constitue une décision individuelle et non réglementaire (CE 7 juillet 2000, SICTOM dans la région d'Issoudun, n°s 205842 et 210817, au Recueil).

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

1.2. Partant de cette proposition de renverser la jurisprudence issue de votre décision *Commune de Clefcy*, de deux choses l'une.

1.2.1. Si vous suivez notre tandem, vous serez conduit à juger que les actes ayant pour objet la création, la modification ou la suppression des structures de la coopération intercommunale ne présentent pas le caractère d'actes réglementaires. Car ces actes ne font jamais, en principe, œuvre de réglementation.

Eu égard aux exigences du principe de libre administration des collectivités territoriales, la loi encadre soigneusement les conditions dans lesquelles la coopération entre communes peut être mise en œuvre[5]. Les règles relatives à la création, à l'évolution et à la disparition des différents types d'organismes au sein desquels s'exerce cette coopération sont décrites très précisément dans le CGCT. Si ces règles ouvrent parfois des options, par exemple en permettant de choisir les compétences que l'organisme de coopération exercera en lieu et place de ses communes membres, ce choix est toujours encadré – il s'effectue au sein d'un catalogue de compétences défini par les textes. Par suite, créer un organisme de coopération intercommunale, définir ses compétences, modifier son périmètre en y ajoutant ou en en retranchant des communes, le fusionner avec un autre, ou encore le faire disparaître purement et simplement, ce n'est jamais édicter une règle. C'est toujours faire application, à une situation locale donnée, d'un régime juridique défini par la loi.

Ceci dit, se poserait encore la question de savoir si les actes relatifs à la naissance, à l'évolution et à la mort des structures de l'intercommunalité doivent être regardés comme des décisions individuelles ou comme des décisions dites « d'espèce ». Bien sûr, il serait possible de soutenir, à l'appui de la première solution, qu'ils s'adressent à des destinataires nommément désignés : l'organisme de coopération intercommunal et les communes membres concernés. Toutefois, derrière ces personnes morales, ces actes déploient leurs effets, principalement, à l'égard de la collectivité de leurs administrés. Nous penchons, par conséquent, pour la qualification de décisions d'espèce, étant précisé qu'à nos yeux, il est important de traiter de manière uniforme l'ensemble de ces actes, et d'éviter une démarche consistant, au cas par cas, à passer par une analyse de la nature particulière et de l'exacte portée de l'acte considéré ; compte tenu de la très grande diversité des actes concernés, cette dernière solution complexifierait encore un peu plus le droit de l'intercommunalité.

1.2.2. Si au contraire vous ne nous suiviez pas, si vous décidiez de maintenir votre jurisprudence *Commune de Clefcy*, ou de ne l'infléchir que marginalement, alors se poserait la question de savoir s'il faut persister dans la ligne jurisprudentielle propre aux organismes de coopération intercommunale, inaugurée par votre décision *Commune de Cayeux-sur-Mer*.

Nous croyons souhaitable de maintenir cette ligne jurisprudentielle. La sécurité juridique nous paraît constituer une exigence particulièrement forte dans le domaine de la coopération intercommunale et de ce point de vue, il ne serait pas satisfaisant qu'en raison du caractère réglementaire des actes instituant les organismes de coopération intercommunale ou définissant leurs compétences, il soit possible d'exciper de leur illégalité à toute époque, ou de demander à tout moment leur abrogation. Quitte à ce que notre démarche soit perçue comme

[5] Le premier alinéa de l'article L. 5111-1 du CGCT, qui ouvre la cinquième partie de ce code, consacrée à la coopération locale, le résume fort bien : « Les collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les formes et conditions prévues par la législation en vigueur. »

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

essentiellement finaliste, nous avons recherché un fondement susceptible de justifier le maintien de votre jurisprudence *Cayeux-sur-Mer*.

Devant vos sous-sections réunies, nous proposions ce maintien, notamment, parce que nous semblait encore défendable l'idée que les actes des autorités compétentes de l'Etat intervenant dans la création, la modification des compétences et la disparition des organismes de coopération intercommunale manifestent toujours l'exercice d'une forme de tutelle sur ces organismes. Certes, sans doute pas une tutelle au sens strict, encore que cette notion soit éminemment plastique en droit administratif. Mais, à tout le moins, le maintien d'une ombre tutélaire de l'Etat sur la coopération locale, que celui-ci intervienne comme « grand architecte » de cette coopération ou comme simple « notaire », tiers de confiance des collectivités et organismes concernés.

Nous ne renonçons pas à cette idée mais elle présente tout de même un inconvénient : celui de laisser de côté les véritables décisions que peuvent prendre les autorités locales, sans intervention de l'Etat, en matière d'intercommunalité. Ces décisions sont peu nombreuses mais il y en a. Pour ne donner qu'un exemple, en application du 3e alinéa de l'article L. 5333-4 du CGCT, l'organe délibérant du SAN peut décider, seul, d'ajouter un équipement qu'il a réalisé à la liste des équipements reconnus d'intérêt commun et confiés, en conséquence, à sa gestion. Or nous avons dit tout l'intérêt qu'il y aurait, en termes de simplification, à adopter une solution permettant d'appliquer un régime unifié à l'ensemble des actes relatifs aux institutions de l'intercommunalité.

C'est donc plutôt, finalement, par des considérations propres à la nature même de l'intercommunalité que nous proposons de justifier le maintien de la jurisprudence *Cayeux-sur-Mer*. L'intercommunalité est bien plus qu'un grand meccano des services publics locaux. C'est un projet institutionnel, qui cherche à établir, de manière durable, un nouveau cadre d'administration locale. Les dispositions de l'article L. 5210-1-1 du CGCT le traduisent bien lorsqu'elles énoncent les orientations de la coopération intercommunale : objectif de couverture intégrale du territoire par des établissements publics de coopération regroupant au moins 15 000 habitants ; suppression des enclaves et des discontinuités territoriales ; recherche de périmètres spatialement cohérents, permettant un accroissement de la solidarité en leur sein. A la différence des établissements publics classiques, qui constituent de simples démembrements de l'administration, autrement dit une simple modalité de gestion d'un service public, les organismes de coopération intercommunale sont le cadre institutionnel durable d'un nouvel échelon d'administration territoriale. Comme tout cadre institutionnel, celui-ci requiert une stabilité, que vous ne lui offririez pas en qualifiant de réglementaires les actes constitutifs de ces organismes.

Si vous nous suivez, et quelle que soit votre décision quant au maintien ou non de la jurisprudence *Commune de Clefcy*, vous accueillerez le moyen soulevé par le SAN de Marne-la-Vallée - Val Maubuée, tiré de l'erreur de droit commise par la cour administrative d'appel en jugeant réglementaire l'arrêté préfectoral du 8 février 2002.

*

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

2. La seconde question posée par ces affaires invite à se pencher sur une réalité jurisprudentielle encore méconnue – encore que la doctrine recommence à s'y intéresser[6].

2.1. L'existence d'un pouvoir administratif de régularisation de certains actes administratifs ou de certaines situations créées par des actes administratifs est une réalité dans votre jurisprudence.

Dans le contentieux de l'urbanisme, vous avez admis dès 1994 qu'un permis modificatif puisse régulariser *a posteriori*, en cours d'instance, un permis de construire méconnaissant une règle de fond du plan d'urbanisme (CE 9 décembre 1994, SARL SERI, n° 116447, aux tables du Recueil). Vous avez généralisé cette solution en admettant également la régularisation, par un permis modificatif, d'une irrégularité de procédure (CE 2 février 2004, SCI La Fontaine de Villiers, n° 238315, aux tables du Recueil). Le législateur a depuis lors repris à son compte votre jurisprudence à l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme.

Dans le contentieux des contrats, toute votre jurisprudence depuis vos décisions d'assemblée *Société Tropic travaux signalisation* de 2007[7] et *Commune de Béziers* de 2009[8] est orientée en ce sens qu'il y a lieu de rechercher, en cas d'irrégularité du contrat, si des mesures de régularisation sont susceptibles de permettre la poursuite des relations contractuelles. Fort logiquement, vous avez été saisi de litiges dans lesquels étaient contestées des mesures de régularisation d'actes détachables – notion qui reste d'actualité en ce qui concerne les contrats signés avant l'intervention de votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*[9]. Et vous avez expressément reconnu, à cette occasion, la possibilité d'un acte de régularisation d'effet rétroactif (CE 8 juin 2011, Commune de Divonne-les-Bains, n° 327515, au Recueil ; CE 10 avril 2015, Commune de Levallois-Perret, n° 370223, aux tables du Recueil).

Dans le contentieux des ouvrages publics mal plantés, le juge de l'exécution, avant d'ordonner la démolition d'un tel ouvrage, doit envisager si une régularisation appropriée est possible (CE section, 29 janvier 2003, Commune de Clans, n° 245239, au Recueil). Vous entendez largement les possibilités de régularisation, puisqu'en cas d'ouvrage public construit en vertu d'une autorisation illégale, vous admettez qu'une régularisation puisse intervenir par la délivrance d'une nouvelle autorisation – le pont est ainsi fait avec votre jurisprudence sur les permis de construire modificatifs (CE section, 14 octobre 2011, Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes, n° 320371, au Recueil).

C'est une inspiration similaire qui se manifeste dans le contentieux des traitements de données. Vous jugez que lorsqu'un traitement de données a été mis en œuvre irrégulièrement, faute qu'une consultation obligatoire ait été respectée, l'annulation de l'acte créant le traitement n'implique pas nécessairement la destruction des données illégalement collectées,

---

[6] Sans prétendre à l'exhaustivité, citons, pour une étude d'ensemble mais relativement ancienne, la thèse de Jean-Jacques Israël, *La régularisation en droit administratif français – Etude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, LGDJ, 1981 ; pour des études ponctuelles plus récentes, J.-M. Woehrling, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », in *Revue française d'administration publique*, n° 111, 2004, pp. 533-546 ; E. Langelier, A. Virot-Landais, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 30-34, 27 juillet 2015, 2245.

[7] CE assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, n° 291545, au Recueil.

[8] CE assemblée, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802, au Recueil.

[9] CE assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne c/ M. B…, n° 358994, au Recueil.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

dès lors que l'administration peut reprendre un nouvel acte selon une procédure régulière (CE 11 janvier 2006, Association des familles victimes du saturnisme et autre, n° 267251, au Recueil). La régularisation est également possible dans le cas où l'acte créant le traitement est entaché d'une illégalité de fond telle qu'une durée excessive de conservation des données (CE 19 juillet 2010, M. F… et Mme C…, n° 334014, aux tables du Recueil).

Dans le contentieux des tarifs des services publics à caractère industriel et commercial, votre jurisprudence est tout aussi ouverte aux possibilités de régularisation. Afin d'assurer le financement du service, et donc sa continuité, vous admettez qu'en cas d'annulation par le juge du tarif applicable au titre d'une période, et lorsqu'aucun tarif antérieurement applicable ne se trouve remis en vigueur de ce fait, l'administration peut édicter un tarif rétroactif (CE 19 mars 2010, Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA), n° 305047, aux tables du Recueil). Vous avez étendu cette possibilité, de manière constructive, à l'hypothèse dans laquelle le tarif est, non pas annulé par le juge, mais simplement déclaré illégal par celui-ci (CE section, 28 avril 2014, Mme A… et autres, n° 357090, au Recueil).

Citons encore le contentieux des titres exécutoires, dans lequel vous jugez qu'en cas d'annulation du titre pour des motifs de forme ou de procédure, cette annulation n'implique pas nécessairement que l'administration rembourse immédiatement les sommes perçues sur son fondement, compte tenu de la possibilité d'une régularisation, par l'émission d'un nouveau titre régulier (voyez, en dernier lieu, CE section, 13 mars 2015, ODEADOM, n° 364612, au Recueil). Implicitement mais nécessairement, cette veine jurisprudentielle nous paraît admettre que le nouveau titre maintient les effets passés du titre annulé – sans quoi l'administration devrait, à tout le moins, rembourser l'équivalent des intérêts légaux.

Il n'est pas étonnant que la plupart de ces veines jurisprudentielles soient d'apparition récente : la réduction des délais de jugement devant le juge administratif et l'attribution à celui-ci par le législateur, depuis 1995, d'un pouvoir d'enjoindre à l'administration de tirer les conséquences des annulations qu'il prononce rendent ces annulations de moins en moins platoniques. Il est donc bien normal que vous vous montriez plus attentif, depuis une quinzaine d'années, aux effets des décisions juridictionnelles d'annulation, en vous attachant à les limiter sans pour autant sacrifier le principe de légalité. C'est bien sûr cette même préoccupation qui explique que vous ayez également développé, sur la période récente, des techniques proches d'évitement de l'annulation ou de neutralisation des effets de l'annulation – nous pensons à vos jurisprudences *AC !*[10] et *Danthony*[11], ainsi qu'à votre jurisprudence *Hallal*[12] sur la substitution de motifs, qui est aussi, à sa façon, une manière audacieuse de permettre la régularisation en cours d'instance d'une décision administrative mal fondée.

Ainsi remise en perspective, la régularisation apparaît comme une technique de plus, permettant soit d'éviter une annulation contentieuse, soit d'en modérer les effets[13]. A la différence des précédentes que nous avons citées, il ne s'agit pas, toutefois, d'une technique juridictionnelle, mais d'un pouvoir reconnu à l'administration.

---

[10] CE assemblée, Association AC ! et autres, 11 mai 2004, n°s 255886 à 255892, au Recueil p. 197 avec les conclusions de C. Devys.
[11] CE assemblée, 23 décembre 2011, M. Danthony et autres, n° 335033, au Recueil.
[12] CE section, 6 février 2004, Mme H…, n° 240560, au Recueil p. 48 avec les conclusions d'I. de Silva.
[13] Sur l'ensemble de ces techniques, on se reportera, avec le plus grand profit, à la riche thèse de F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité – Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

2.2. Si elle admet son existence, votre jurisprudence n'a encore que bien peu théorisé la notion et le régime de la régularisation des actes administratifs.

2.2.1. Un premier enjeu s'attache à ce que vous définissiez la notion même de régularisation.

Si l'on tente de la cerner à partir des illustrations fournies par les différentes veines jurisprudentielles que nous avons rappelées, on aboutit à la définition suivante : la régularisation est une démarche tendant à rétablir la conformité de l'ordre juridique à la légalité, afin de sauvegarder les effets produits par un acte administratif entaché d'un vice, sans les modifier – sans les modifier, nous insistons tout particulièrement sur cet aspect de la définition, c'est-à-dire sans que le sens ou le dispositif de l'acte vicié soit en rien changé. Suivant cette définition, l'administration qui entendrait modifier l'ordre d'un tableau d'avancement, substituer un refus à une autorisation ou réécrire les injonctions contenues dans une mise en demeure ne pourrait prétendre, ce faisant, procéder à la régularisation d'un acte. La définition que nous envisageons n'inclut pas non plus l'hypothèse dans laquelle l'administration constaterait l'existence d'une situation de fait illégale en raison de l'absence d'un acte administratif de nature à la justifier, et chercherait à « couvrir » cette situation en édictant *a posteriori* l'acte en question[14].

Ainsi cantonnée, il est possible d'envisager, votre jurisprudence le confirme, que la démarche de régularisation soit entreprise à titre préventif, par là nous entendons avant qu'un juge ait annulé l'acte vicié, mais aussi à titre curatif, c'est-à-dire après annulation de cet acte. Dans ce dernier cas, la régularisation implique nécessairement qu'un nouvel acte intervienne, puisque l'acte vicié a disparu de l'ordonnancement juridique. Mais il nous semble que cela est vrai aussi lorsque la régularisation intervient à titre préventif. Il s'agit en effet de purger l'acte vicié de son illégalité mais aussi de réaffirmer l'existence de cet acte et les effets qu'il a produits. En mettant en œuvre une mesure de régularisation, l'administration confirme sa volonté d'édicter l'acte vicié, dans tous les aspects de son sens ou de son dispositif. Ainsi la régularisation a pour objet non seulement de rectifier ce que l'acte initial avait d'imparfait, mais aussi, pour le dire en latin, de réitérer le *negotium* de cet acte. Nous croyons donc possible, sans simplification abusive, de réfléchir à partir de la notion d'acte de régularisation.

L'acte de régularisation ne pose pas, en principe, de grandes difficultés lorsqu'il a pour seule ambition de rendre un acte antérieur conforme à la légalité pour l'avenir[15]. Mais là n'est évidemment pas son intérêt principal. L'enjeu véritable de la régularisation est bien sûr de permettre, au-delà du délai de retrait, de purger pour le passé le vice entachant l'acte administratif initial, afin d'éviter la remise en cause des effets qu'il a déjà produits dans l'hypothèse d'une annulation par le juge – qu'une telle annulation soit déjà acquise ou encore possible.

---

[14] Ce qui ne signifie pas qu'une telle forme de régularisation n'existe pas : elle est depuis longtemps admise en matière de travaux commencés sans permis de construire (CE section, 12 octobre 1956, Syndicat départemental de la boulangerie de l'Eure et consorts Simenel, n° 92679 et 92680, au Recueil p. 369, concl. Lasry à l'AJDA 1956, II, p. 480 ; CE 20 octobre 1965, Sieur G…, n° 60997, au Recueil p. 537) ou à défaut d'autorisation de clôture (CE section, 27 avril 1988, SCI du Tertre Sainte-Anne, n° 64277, au Recueil), ou encore dans le domaine de la fonction publique lorsqu'il est nécessaire de placer un fonctionnaire dans une position régulière (par exemple CE 17 décembre 1954, Sieur Comte, n° 6608, au Recueil p. 671 ; CE 17 mars 2004, M. H…, n° 225426, aux tables du Recueil).

[15] Jean-Jacques Israël, dans sa thèse précitée note 6, admet parfaitement cet aspect de l'acte de régularisation ; en revanche, et sauf rares exceptions, notamment celle correspondant à l'exigence de combler un vide juridique, il ne reconnaît pas l'effet de l'acte de régularisation pour le passé (*op. cit.* p. 211 et suivantes).

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

2.2.2. De ce point de vue, l'acte de régularisation se heurte au principe de non-rétroactivité des actes administratifs – ou paraît s'y heurter.

Nous croyons cependant qu'il existe de bonnes raisons pour ne pas voir, dans ce principe, un obstacle à la reconnaissance d'un pouvoir de régularisation de ses actes par l'administration.

Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs est formellement consacré par votre jurisprudence en tant que principe général du droit[16] – nous n'y revenons pas. Il reste cependant un principe dont la portée exacte est incertaine et dont l'autorité a été émoussée par les nombreuses dérogations que vous y avez admises[17].

Pour nous en tenir à une formulation classique issue de vos propres rangs, ce principe signifie « qu'un acte administratif ne peut légalement produire d'effet à une date antérieure à celle de son entrée en vigueur »[18]. Il n'est pas si évident, à bien y regarder, qu'un acte de régularisation, tel que nous avons tenté de le définir, entre en contradiction avec cette règle[19]. Car nous l'avons dit, l'acte de régularisation n'a pas pour objet ni pour effet de modifier le sens ou le dispositif de l'acte entaché du vice auquel il cherche à remédier. Autrement dit, l'ambition de l'acte de régularisation n'est jamais de produire des effets pour le passé. Seulement de maintenir les effets déjà produits par un autre acte administratif. Et ceci reste vrai de la régularisation à titre préventif comme de la régularisation à titre curatif. Dans le premier cas, l'acte de régularisation se borne à venir conforter les effets produits par un acte préexistant. Dans le second cas, l'acte de régularisation se substitue à l'acte annulé afin de fournir une base légale aux effets que celui-ci a produits. Mais jamais l'acte de régularisation ne prétend lui-même produire pour le passé des effets qui n'ont pas déjà été produits[20].

Si vous n'étiez pas convaincu par cet appel à la coexistence pacifique entre le pouvoir de régularisation de ses actes par l'administration et le principe de non-rétroactivité qui s'impose à ces mêmes actes – si vous pensiez l'affrontement inévitable – alors nous vous inviterions à résoudre le conflit au détriment du principe de non-rétroactivité. Car même si l'on admet qu'un acte de régularisation comporte une dimension rétroactive, il nous semble qu'elle doit être tolérée, compte tenu de son objet et de sa finalité. Cet objet et cette finalité servent deux principes du droit public non moins éminents que celui de non-rétroactivité : le principe de légalité, qu'on ne présente plus, et le principe de sécurité juridique, que votre jurisprudence a formellement consacré il y a dix ans de cela[21]. D'une part, l'acte de

---

[16] CE 25 juin 1948, Société du journal « L'Aurore », n° 94511, au Recueil p. 289, GAJA 20e édition n° 57.

[17] Voir par exemple sur ce sujet R. Moulin, « Pour une simplification du contentieux économique : en finir avec le principe de non-rétroactivité des actes administratifs ?, in *Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, p. 245.

[18] M. Letourneur, « Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs », in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, Imprimerie nationale, 1955, p. 37.

[19] Voir, pour une argumentation similaire, la thèse de O. Dupeyroux, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, LGDJ, 1953, p. 272 et suivantes, à propos de ce que l'auteur désigne comme les « actes confirmatifs ».

[20] On nous objectera que cette présentation n'est pas tout à fait exacte dans l'hypothèse de l'annulation d'une décision administrative dont les effets sont continus : entre la date d'annulation par le juge et la date, nécessairement postérieure, de l'acte de régularisation pris à titre curatif, il existe un intervalle de temps qui n'est couvert par aucun acte. Mais la disparition durant cet intervalle des effets produits par l'acte annulé n'est que le produit de la fiction juridique que constitue l'annulation contentieuse et ce léger frottement nous paraît en pratique tout à fait admissible.

[21] CE assemblée, 24 mars 2006, Société KPMG et autres, n° 288460 et a., au Recueil.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

régularisation n'a pas d'autre objet que de rétablir la conformité d'un premier acte administratif, qu'il réaffirme, au principe de légalité. D'autre part et surtout, en régularisant, fût-ce au prix d'une rétroactivité, l'administration ne poursuit pas d'autre finalité que de pallier une autre rétroactivité, autrement plus brutale : celle qui s'attache à l'annulation juridictionnelle – que celle-ci soit déjà intervenue, dans le cas de la régularisation curative, ou qu'elle reste encore possible, dans le cas de la régularisation préventive.

2.2.3. Où devrait s'arrêter le pouvoir de régularisation de l'administration ? Ou, pour dire les choses autrement, comment définir son champ d'application ?

Un premier mouvement nous a conduit à envisager de n'autoriser l'administration à régulariser que certaines catégories d'actes. Dès lors que l'on justifie l'existence de ce pouvoir de régularisation par des considérations de sécurité juridique, il peut paraître légitime de le cantonner aux actes administratifs à l'égard desquels ces considérations jouent avec une intensité particulière : les actes administratifs favorables à leurs destinataires ; ou, plus étroitement, les actes administratifs créateurs de droits ; ou, plus étroitement encore, certains seulement des actes administratifs créateurs de droits.

A la réflexion, nous ne croyons pas justifié de cantonner le pouvoir de régularisation en fonction d'un critère de cette nature. D'une part, parce que la distinction entre les actes favorables à leur destinataire ou qui créent des droits dans leur chef et les autres a quelque chose de simpliste. La réalité administrative est plus complexe : l'administration, la plupart du temps, doit arbitrer entre des intérêts divergents et il est rare, par conséquent, qu'un acte administratif soit simplement favorable ou défavorable. D'autre part et surtout, dès lors que l'on admet de fonder le pouvoir de régularisation sur des principes aussi généraux que le principe de légalité et celui de sécurité juridique[22], il nous semble qu'il faut admettre que la totalité des actes administratifs peuvent donner lieu à régularisation.

Nous relevons, d'ailleurs, que votre jurisprudence embrasse déjà, dans les différentes hypothèses de régularisation qu'elle a reconnues jusqu'à présent, des actes très divers : des actes défavorables à leur destinataire en ce qui concerne la lignée *ODEADOM* relative au contentieux des titres exécutoires ; des actes réglementaires avec vos décisions *SCARA* ou *Association des familles victimes du saturnisme*, précitées. Nous nous sommes demandé, bien sûr, s'il était raisonnable que ce pouvoir de régularisation s'étende à des actes administratifs aussi gravement défavorables que des sanctions. Compte tenu de la définition étroite que nous retenons du pouvoir de régularisation, qui exclut selon nous toute rétroactivité au sens strict, nous ne voyons pas de bonne raison de refuser une telle extension de son champ d'application.

Si les limites du pouvoir de régularisation ne nous paraissent pas devoir être recherchées du côté de la nature de l'acte administratif qu'il s'agit de régulariser, il est certain, en revanche, qu'elles se manifestent sur un autre plan, celui des illégalités susceptibles de donner lieu à régularisation.

[22] Etant précisé que ce principe n'a pas seulement vocation à protéger des intérêts privés (CE 13 décembre 2006, Mme L…, n° 287845, au Recueil), ni ceux des seuls destinataires des actes administratifs (voir par exemple CE 17 juillet 2012, SCI de Pampelonne, n° 357870, au Recueil, mentionnant l'importance qui s'attache à la préservation de la sécurité juridique des bases de répartition des dépenses entre les propriétés incluses dans le périmètre d'une association syndicale autorisée).

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

Il n'est pas facile de prétendre, *a priori*, donner une liste exhaustive des illégalités régularisables. Mais l'on sent bien qu'à cet égard, la distinction entre illégalités externes et illégalités internes est appelée à jouer un rôle essentiel. En règle générale, une illégalité interne est la manifestation d'un obstacle de fond qui implique que l'existence ou le sens d'un acte administratif ne puisse être maintenu – qu'il s'agisse d'une erreur dans l'appréciation des faits, d'une erreur dans leur qualification ou encore d'une erreur de droit. Une telle illégalité n'est donc en principe pas régularisable. Une illégalité externe, en revanche, n'affecte que la manière dont l'acte est intervenu – ce qui signifie qu'en agissant autrement, il n'est pas exclu que l'administration parvienne au même résultat[23]. Il ne fait pas de doute, dès lors, que la plupart des irrégularités de procédure sont régularisables[24]. La plupart des irrégularités de forme nous le semblent aussi, y compris une éventuelle insuffisance de motivation[25]. Et même, croyons-nous, certaines incompétences : lorsqu'un acte d'une autorité administrative compétente pour le prendre émane d'une personne ou d'un organe qui, au sein de cette autorité, n'était pas la bonne personne ou le bon organe, nous ne verrions pas d'obstacle à ce qu'une telle incompétence, interne à l'autorité administrative, puisse être régularisée, si la personne ou l'organe effectivement compétent s'approprie le contenu de l'acte[26].

En bref, nous dirions volontiers que les illégalités non régularisables sont celles qui révèlent que *le sens ou l'existence de l'acte ne peut être maintenu*. Par là nous n'entendons pas l'ensemble des illégalités susceptibles d'avoir exercé une influence sur l'existence ou le sens de l'acte. Le champ des illégalités non régularisables est selon nous plus restreint : ce sont seulement celles qui *ne peuvent qu'avoir influencé le sens ou l'existence de l'acte*. En définissant de la sorte l'ensemble des illégalités non régularisables, vous comprenez que l'ensemble complémentaire, celui des illégalités régularisables, est plus vaste que l'ensemble constitué par les irrégularités de procédure dont les conséquences sur la légalité de l'acte peuvent être neutralisées en application de la jurisprudence *Danthony*.

2.2.4. Le champ de la régularisation ainsi esquissé, il faut encore s'interroger sur l'économie, et notamment le régime contentieux, de l'acte de régularisation.

Il nous semble qu'une distinction doit être opérée entre l'acte de régularisation *préventif* et l'acte de régularisation *curatif*. Etant précisé que, dans les deux cas, votre jurisprudence fournit des sources d'inspiration : nous pensons principalement à la veine jurisprudentielle relative au permis modificatif, utilisé comme outil de régularisation du permis initial, et à celle relative à la régularisation des actes administratifs détachables des contrats.

---

[23] Pour reprendre des termes utilisés par le président Kahn, « dans l'ensemble, on peut définir l'illégalité externe comme celle qui, une fois constatée, laisse intacte la faculté, pour l'administration, de refaire l'acte sans violer la chose jugée par le juge de l'excès de pouvoir. Au contraire, l'annulation pour illégalité interne peut être comprise comme celle qui, sauf exception, interdit à l'administration de reprendre la même décision » (conclusions, parues à l'AJDA 1956, II, p. 164, sur CE section, 23 mars 1956, Dame veuve Ginestet, n° 3587, au Recueil p. 141).

[24] Même s'il est, assurément, plus délicat de l'affirmer lorsque sont en cause des formalités qui constituent des garanties au profit des tiers.

[25] Même si tel n'est pas l'état de votre jurisprudence (CE 5 mai 1986, Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale, n° 59121, au Recueil ; CE 20 janvier 1988, M. C…, n° 60002, inédite au Recueil).

[26] Au risque de heurter sans espoir de rémission les mânes du professeur Jèze, il serait même envisageable d'admettre la régularisation dans l'hypothèse d'une incompétence « externe » de l'autorité administrative, lorsqu'une autre autorité administrative était compétente pour prendre l'acte et se l'approprie.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

- Voyons d'abord l'hypothèse de la régularisation préventive.

Dans cette hypothèse, il faut considérer que l'acte de régularisation, s'il est un acte administratif distinct de l'acte initial, s'agrège à cet acte initial. C'est ainsi que vous raisonnez en matière de permis de régularisation[27]. De sorte qu'en cas de recours contre l'acte initial, il y a lieu d'apprécier la légalité de celui-ci, classiquement, à la date à laquelle il a été édicté, mais compte tenu de l'acte de régularisation intervenu postérieurement.

Nous croyons par ailleurs qu'en cas de recours contre l'acte de régularisation, il y a lieu de cantonner le débat contentieux au regard de l'objet de cet acte, c'est-à-dire de n'admettre, en principe, que la discussion du point de savoir si l'acte de régularisation a pu légalement lever l'illégalité qui affectait l'acte initial, ou non. Dans l'affirmative, le recours contre l'acte de régularisation doit être rejeté ; dans la négative, ce dernier doit être annulé. Ceci dit, cette distinction bien claire du champ des débats contentieux concernant, respectivement, l'acte initial et l'acte de régularisation est avant tout une règle de discipline procédurale destinée à éviter l'intrication des deux instances.

Car nous pensons que l'intervention d'un acte de régularisation doit rouvrir les délais de recours contentieux contre l'acte initial. Cet élément nous paraît très important dans l'équilibre général du régime de régularisation dont nous nous efforçons de tracer les grands traits. Il est à nos yeux la contrepartie nécessaire du champ très large que nous proposons de reconnaître au pouvoir de régularisation de l'administration. La régularisation emporte en effet une forme de novation de l'acte : par exemple, alors que l'acte initial avait été pris par une personne incompétente, la personne compétente pour le prendre se l'approprie ; alors qu'un avis consultatif obligatoire n'avait pas été recueilli, l'administration, après avoir complété son dossier, persiste dans ses intentions ; ou encore, alors que l'administration avait omis de motiver sa décision, elle porte pour la première fois à la connaissance du destinataire de l'acte les motifs de fait qu'elle a pris en considération et les textes dont elle a entendu faire application. Dans tous ces cas de figure, le débat contentieux noué ou susceptible de se nouer autour de l'acte initial peut se trouver transformé : alors que le requérant n'avait invoqué qu'un moyen d'incompétence, il doit, ce vice régularisé, envisager de faire porter sa contestation sur le bien-fondé de l'acte ; alors que le requérant manquait d'arguments pour critiquer l'appréciation portée par l'administration, l'avis consultatif finalement recueilli, qui se révèle défavorable à cette dernière, lui fournit ces arguments ; et, bien sûr, alors que le défaut de motivation initial de l'acte laissait son destinataire largement démuni au moment d'envisager un recours, cette motivation lui donne les pistes permettant d'étayer ce recours. La régularisation est donc susceptible de changer la donne du débat contentieux soulevé à l'encontre de l'acte initial. Si elle permet à l'administration d'effacer un vice qui entachait l'acte initial, il faut admettre que, lorsqu'elle recourt à cette technique, elle prenne de nouveau le risque de voir l'acte initial contesté, en des termes renouvelés.

Vous aurez peut-être le sentiment qu'il y a là un paradoxe : pourquoi ouvrir une faculté de régularisation au nom de la sécurité juridique si cela doit aboutir, au final, à fragiliser l'acte régularisé en rouvrant le délai de recours contentieux ? A notre avis le paradoxe n'est qu'apparent. En réalité, si l'administration régularise à titre préventif, c'est soit que l'acte vicié fait déjà l'objet d'un recours contentieux, soit qu'il peut encore faire l'objet d'un tel recours. En rouvrant le délai de recours, la régularisation à l'initiative de l'administration ne fragilise donc aucun acte qui serait devenu définitif. Et dès lors que son

[27] Voyez votre décision *SARL SERI* précitée, n° 116447, ainsi que, très explicitement, CE 8 décembre 1995, Association de défense des riverains de Central Park, n° 122319, aux tables du Recueil.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

objet est de lever une menace d'annulation pesant sur l'acte initial, en raison d'une ou de plusieurs illégalités identifiées par l'administration, nous n'avons aucun doute que le bilan coûts-avantages de la régularisation reste, du point de vue de la sécurité juridique, largement favorable.

- L'hypothèse de la régularisation curative est sensiblement différente.

Dans cette hypothèse, il n'est évidemment pas question d'envisager l'acte de régularisation comme s'agrégeant à l'acte initial, ni comme emportant novation de celui-ci, pour la bonne raison que l'acte initial a disparu à la suite de son annulation par le juge. L'acte de régularisation vient alors se substituer à l'acte annulé pour fournir une base légale aux effets que celui-ci a produits. Il reste cependant un acte dont le seul objet est de procéder à une régularisation de l'acte annulé, en corrigeant la ou les illégalités censurées par le juge. Dès lors, nous croyons qu'il n'est pas nécessaire que l'administration reprenne l'ensemble de la procédure ayant conduit à l'édiction de l'acte annulé : il suffit qu'elle réitère sa volonté de maintenir les effets de celui-ci, tout en remédiant à l'illégalité dont il était affecté.

Ceci observé, la nécessité de rouvrir un débat contentieux *entier* sur la légalité de l'acte administratif régularisé vaut tout autant pour la régularisation préventive que pour la régularisation curative. Il faut donc admettre, dans cette dernière hypothèse, qu'à l'occasion du recours dirigé contre l'acte de régularisation, il puisse être débattu, non seulement du point de savoir si l'administration a pu légalement procéder à la régularisation de l'acte annulé, mais encore, à nouveau, de toute question relative à la légalité de l'acte régularisé. Simplement, la légalité de l'acte régularisé s'appréciera à la date d'édiction de l'acte annulé, compte tenu des procédures et des formes que l'administration avait dûment observées, à l'époque, pour le prendre, et compte tenu aussi, bien sûr, de la mesure de régularisation à laquelle elle aura procédé à la suite de l'annulation contentieuse.

Ce régime contentieux aurait vocation à s'appliquer dans le cas, simple, d'un acte administratif dont les effets sont instantanés – par exemple l'attribution d'une subvention, ce qui est notre cas d'espèce. Lorsque l'acte administratif annulé produit des effets continus – par exemple lorsqu'il s'agit d'une décision d'autorisation –, les choses sont un peu plus complexes. L'acte de régularisation, dans un tel cas de figure, a en effet toutes les chances d'être « impur », en ce qu'il aura pour objet, non seulement de confirmer les effets passés de l'acte annulé, mais aussi de disposer pour l'avenir. Il faudrait alors que le juge admette de contrôler ces deux faces de l'acte de régularisation : non seulement celle tournée vers le passé, mais aussi celle tournée vers l'avenir – et s'agissant de cette dernière, son contrôle s'opérerait bien sûr au regard d'un bloc de légalité apprécié à la date de l'édiction de l'acte de régularisation. Pour aller au bout de la logique, nous croyons même que, s'agissant de la partie de cet acte tournée vers le passé, le juge devrait procéder à un contrôle au regard d'un bloc de légalité « glissant », prenant en compte d'éventuelles modifications des règles de fond intervenues entre la date de l'acte initial annulé et celle de l'acte de régularisation. Ce qui pourrait conduire à des annulations partielles dans le temps.

2.2.5. Une fois reconnu dans son principe et défini dans ses grandes lignes le pouvoir de régularisation de l'administration, il reste un dernier groupe de questions à aborder : ce pouvoir doit-il conduire à réévaluer l'office du juge, et si oui de quelle manière ?

Nous apercevons, à ce stade exploratoire, trois questions.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

Tout d'abord, le juge de l'annulation doit-il inviter l'administration, avant de statuer, à régulariser ? Il nous semble que non, pas plus qu'il n'est tenu d'inviter l'administration à présenter une demande de substitution de motifs. Nous croyons cependant qu'une telle pratique devrait être encouragée, en considération de la plus grande simplicité de la régularisation préventive, comparée à la régularisation curative.

Ensuite – deuxième question –, en cas d'annulation, le juge de l'exécution doit-il envisager la possibilité d'une régularisation curative ? La réponse est ici, à l'inverse, affirmative. Lorsqu'un acte a été annulé, le juge de l'exécution doit se poser la question de savoir si l'illégalité censurée est régularisable, puisqu'il ne peut enjoindre à l'administration que ce que l'annulation prononcée, éclairée par le motif d'annulation retenu, implique nécessairement. Si l'illégalité est régularisable, il doit donc prononcer une injonction tenant compte de la faculté de régularisation qui appartient à l'administration – appelons-là par commodité, même si le terme se discute, une injonction « conditionnelle ».

Enfin – dernière question, et non la moindre –, lorsqu'il est saisi de conclusions à fin d'injonction, le juge de l'annulation qui accueille un moyen correspondant à une illégalité régularisable doit-il renoncer à l'économie de moyens ?[28]

Autrement dit, et compte tenu de la réponse apportée à la deuxième question, le juge de l'annulation qui en raison du moyen accueilli obligerait le juge de l'exécution à ne prononcer qu'une injonction « conditionnelle » doit-il vérifier, au préalable, qu'il n'existe pas d'autres moyens de nature à entraîner l'annulation de l'acte attaqué – et notamment pas d'autres moyens qui, eux, correspondraient à une illégalité non régularisable, aboutissant à un dispositif d'injonction différent ? Nous sommes, pour notre part, très fermement en ce sens, même si nous admettons bien volontiers que la solution inverse se défend.

Cette solution inverse est fondée sur l'idée que l'office du juge de l'exécution doit rester bien distinct de celui du juge de l'annulation et ne pas rétroagir sur ce dernier. Le juge de l'exécution s'en tiendrait purement et simplement au dispositif retenu par le juge de l'annulation, éclairé par le seul motif accueillant le moyen que ce dernier retient. S'il correspond à une illégalité régularisable, il appartiendrait au juge de l'exécution de prononcer une injonction « conditionnelle », sans que cela puisse en rien être regardé comme un « brevet de légalité » décerné par avance à l'acte de régularisation que l'administration serait susceptible de prendre en application de cette injonction. Et si l'administration choisit effectivement la voie de la régularisation, elle le ferait à ses risques et périls. Elle ne serait donc pas à l'abri d'une annulation ultérieure, cette fois pour un autre motif, et le cas échéant pour un motif de fond déjà invoqué qui, s'il avait d'emblée été retenu par le juge de l'annulation, aurait dès l'origine fait obstacle à la régularisation.

Cette solution, pour le dire sans détour, ne correspond pas à l'idée que nous nous faisons de la mission du juge. Saisi d'un même litige à la fois comme juge de l'annulation et comme juge de l'exécution, il nous semble qu'il ne peut rester indifférent à la circonstance que, parmi les moyens soulevés susceptibles de conduire à l'annulation de l'acte attaqué, l'un est fondé mais maintient ouverte la possibilité d'une régularisation de l'acte alors qu'un autre, tout aussi fondé, la ferme. Nous croyons que, dans une telle configuration, le juge ne peut se

[28] La problématique de la pratique de l'économie de moyens dans un contexte dans lequel le juge est également saisi de conclusions à fin d'injonction a déjà été parfaitement mise en lumière par la doctrine : voir notamment F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, 2001, p. 92 ; voir aussi la thèse de F. Blanco précitée note 13, p. 395 et suivantes.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

contenter d'accueillir le moyen ouvrant la voie d'une régularisation. Il doit s'arrêter sur celui qui vide le plus complètement le litige[29]. Autrement dit, il ne peut accueillir un moyen autorisant le prononcé d'une injonction « conditionnelle » qu'après avoir examiné et jugé non fondés tous les autres moyens – ou, à tous le moins, tous ceux susceptibles d'affecter le bien-fondé de l'acte attaqué.

Votre jurisprudence nous paraît, au demeurant, déjà orientée en ce sens[30]. Rappelons d'une part que, dans le cadre de votre jurisprudence *AC !*, vous exigez du juge, avant de moduler dans le temps les effets de l'annulation, qu'il examine l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte annulé. Il s'agit bien sûr de procéder à la mise en balance de l'ensemble des illégalités affectant l'acte avec les effets de l'annulation. Mais il s'agit aussi, avant de prononcer une annulation différée permettant à l'administration, sans solution de continuité, de reprendre pour l'avenir un acte similaire, de vérifier que celle-ci ne soit pas incitée à s'engager dans une voie vouée à l'échec. D'autre part, dans le contentieux des titres exécutoires, vous avez déjà expressément renoncé à l'économie de moyens dans l'hypothèse où, après avoir annulé le titre pour un motif de forme ou de procédure, le juge est saisi de conclusions à fin d'injonction : dans ce cas, vous avez subordonné le prononcé d'une injonction « conditionnelle » à l'examen des moyens ayant trait au bien-fondé de la créance – voyez votre décision *ODEADOM*, point 19. Et de même, dans votre décision *Association des familles victimes du saturnisme*, si vous ne prononcez une injonction de détruire les données illégalement collectées que sous réserve d'une régularisation de l'acte créant le traitement, c'est après avoir vérifié que cet acte était exempt d'illégalité interne.

Deux brèves observations, pour terminer sur cette question de l'économie de moyens.

La première pour dire que nous avons bien conscience, en proposant cette solution, de rester au milieu du gué. Comme l'exprimait très justement une chronique parue à l'AJDA[31], les conclusions présentées au titre de l'article L. 911-1 du code de justice administrative (CJA) agissent comme un révélateur de la question de la liberté du juge face aux moyens, mais cette question se pose et se résout mieux dans un cas général. Malgré cela, nous ne vous proposons pas aujourd'hui de renoncer, de manière générale, à la pratique de l'économie de moyens. Seulement de poser un jalon, dans un cas très particulier.

La seconde observation, pour souligner qu'il existe un risque, bien sûr, que les requérants, à l'avenir, couplent systématiquement leurs conclusions à fin d'annulation à des conclusions à fin d'injonction. Cette pratique, à vrai dire, est déjà largement répandue. Et pour vous dire le fond de notre pensée, nous la croyons saine : les acteurs du procès devraient toujours avoir en tête ce qu'implique l'annulation demandée. Quant au surcroît de travail requis des juridictions pour répondre, dans le cas bien précis que nous envisageons, à l'ensemble des moyens soulevés, il doit être relativisé : d'abord parce que rien n'interdirait, nous semble-t-il, qu'une réponse rapide soit apportée, dans les motifs du jugement, aux autres moyens regardés comme non fondés – sur le modèle des rédactions employées par le juge du

[29] Ainsi que l'indiquait déjà le président Kahn, « les annulations doivent, autant que possible, être constructives et (…) s'il n'est pas d'usage de retenir plusieurs moyens à la fois, mieux vaut retenir celui qui, ayant la portée la plus générale, est de nature à éclairer davantage l'administration (…) » (conclusions, parues à l'AJDA 1970, II, p. 34, sur CE assemblée, 12 décembre 1969, Sieur de T…, n° 73969, au Recueil p. 574).
[30] Voyez aussi, dans la jurisprudence des cours administratives d'appel, un arrêt très remarqué de celle de Paris : 13 février 2008, Mme C…, n° 06PA02800, au Recueil p. 507.
[31] J.-H. Stahl, X. Domino, « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », AJDA 2011 p. 2226.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

référé-suspension ou certaines de vos décisions de cassation[32] ; ensuite parce que l'accroissement de la charge de travail ne serait en tout état de cause que transitoire – en vidant plus complètement, d'emblée, les litiges dont il est saisi, le juge réduirait la propension des requérants à revenir vers lui dans le cadre d'une nouvelle instance faisant suite à une nouvelle décision de l'administration ou dans le cadre d'un contentieux indemnitaire.

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, soyez rassurés : il n'est pas besoin, pour répondre au moyen soulevé par la commune d'Emerainville, que vous adhériez à l'ensemble des élucubrations qui précèdent. Elles sont dans une large mesure spéculatives et s'écartent à certains égards, à dessein, de ce qu'est l'état de votre jurisprudence. Si nous vous les avons infligées, c'est parce qu'il nous semblait utile, à titre prospectif, d'exposer une partie des questions que suscite la reconnaissance, de moins en moins discrète dans votre jurisprudence, du pouvoir de régularisation des actes administratifs.

2.3. Et il est temps de revenir, justement, au pourvoi dont vous êtes saisi.

Tout d'abord, la délibération annulée par la cour administrative d'appel attribue une subvention. Un tel acte est créateur de droits, pour autant que les conditions mises, le cas échéant, au versement de la subvention soient respectées (CE 5 juillet 2010, CCI de l'Indre, n° 308615, au Recueil). Ensuite, l'illégalité ayant conduit la cour à l'annuler est tirée de ce que les membres de l'organe délibérant n'ont pas été destinataires au préalable d'une information suffisante sur le projet de délibération. Cette illégalité de procédure a trait aux conditions dans lesquelles le SAN a donné son consentement à l'attribution de la subvention. Un tel vice nous paraît, sans aucun doute, susceptible de donner lieu à régularisation – vous l'avez admis dans le cadre de votre jurisprudence relative à la régularisation des actes détachables des contrats (CE 11 mai 2016, M. R…, n° 383768, 383769, à publier au Recueil). Enfin, la cour a bien écarté, en l'espèce, l'autre moyen soulevé par la commune à l'encontre de la délibération, tiré de l'incompétence du SAN.

Dans ces conditions, nous vous proposons, sans hésitation, d'écarter le moyen d'erreur de droit tiré de ce que la cour ne pouvait ouvrir au SAN, dans la formulation de son injonction, la possibilité de régulariser le versement de la subvention. Précisons que si vous jugiez le contraire, l'association bénéficiaire de la subvention disposerait, en tout état de cause, de la voie du recours indemnitaire pour obtenir la réparation intégrale du préjudice subi du fait de l'obligation de remboursement à laquelle elle serait alors tenue. Vous avez déjà reconnu, dans un litige de même nature, l'existence d'un lien direct entre un tel préjudice et une illégalité semblable à celle en cause en l'espèce (CE 6 juin 2012, Commune de Dijon, n° 342666, aux tables du Recueil).

*

[32] Notamment CE 30 mai 2007, Société Morillon Corvol Rhône Méditerranée, n° 297035, au Recueil ; CE 25 juin 2012, Commune de Fos-sur-Mer, n° 338601, inédite au Recueil.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

3. Nous ne vous parlerons pas des autres moyens des deux pourvois, sauf pour désigner ceux qui nous paraissent fondés.

Notre appréciation n'a pas changé depuis les conclusions que nous avions prononcées devant vos sous-sections réunies, auxquelles nous renvoyons les parties.

Les moyens soulevés par la commune ne sont pas fondés, vous les écarterez.

Quant aux moyens soulevés par le SAN, celui tiré de l'erreur de droit commise en jugeant réglementaire l'arrêté préfectoral du 8 février 2002 est selon nous fondé, nous l'avons dit. Il emportera une large cassation de l'arrêt attaqué, en tant qu'il s'est prononcé sur la légalité d'un groupe de 22 subventions attribuées au titre de l'année 2006 et en tant qu'il a enjoint au SAN d'en rechercher le remboursement. Cette erreur de droit a également eu des conséquences sur les annulations prononcées par la cour s'agissant des subventions attribuées au titre de l'année 2007, puisque la cour a apprécié les compétences du SAN pour les attribuer en tenant compte de l'illégalité entachant, selon elle, l'arrêté du 8 février 2002. Enfin il vous faudra accueillir un moyen de contradiction de motifs qui porte sur la subvention attribuée en 2007 au centre d'art et de culture de Marne-la-Vallée : la cour a confirmé sa légalité, alors que le tribunal l'avait annulée, mais elle a omis d'en tirer les conséquences dans son dispositif. Vous écarterez, en revanche, les autres moyens du pourvoi du SAN.

Au final vous aboutirez à une cassation partielle de l'arrêt attaqué. La commune d'Emerainville étant dans cette instance, pour l'essentiel, la partie perdante, vous pourrez mettre à sa charge de manière globale une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

*

Par ces motifs nous concluons dans le sens suivant :

1. Rejet du pourvoi de la commune ;

2. Annulation des articles 3, 7 et 9 de l'arrêt attaqué ainsi que de son article 11 en tant qu'il a rejeté le surplus des conclusions du SAN tendant à l'annulation :

- d'abord, de l'article 6 du jugement du 2 décembre 2010 par lequel le tribunal administratif de Melun a annulé la délibération accordant une subvention à l'association « centre d'art et de culture de Marne-la-Vallée » au titre de l'année 2007 ;
- ensuite, de l'article 5 de ce jugement, en tant qu'il a annulé les délibérations attribuant des subventions au titre de l'année 2006 à 22 associations ;
- enfin, de l'article 7 de ce jugement, en tant qu'il a enjoint au SAN d'obtenir dans un délai de trois mois le remboursement des sommes versées au titre de l'année 2006 à ces mêmes associations ;

3. Renvoi de l'affaire, dans la mesure de la cassation prononcée, à la cour administrative d'appel ;

4. Mise à la charge de la commune d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et rejet des conclusions présentées par la commune à ce titre dans l'instance introduite par le SAN ;

5. Rejet du surplus des conclusions du pourvoi du SAN.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.