

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

En 2004, par votre décision de Section *Mme Hallal*¹, vous avez admis que le juge administratif, lorsque l'administration lui en faisait la demande, pouvait substituer au motif qui fondait initialement la décision contestée un motif nouveau. Conscients que vous étiez alors de raviver les craintes – toujours latentes – d'un juge administrateur² ou d'un juge trop complaisant à l'égard de l'administration³, vous aviez toutefois réservé une telle substitution aux cas où le motif nouveau existait déjà à la date de la décision litigieuse, et où le juge avait la certitude que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était d'emblée fondée dessus. **Par ailleurs, vous aviez également assorti cette possibilité nouvelle de trois garde-fous.** Le premier tient au fait que c'est à l'administration qu'il revient de solliciter cette substitution⁴. Le deuxième exige que cette demande de substitution fasse l'objet d'un débat contradictoire⁵. Le troisième, enfin, subordonne la substitution à la condition qu'elle ne « prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué ». C'est la portée de ce troisième garde-fou que la présente affaire va vous permettre de préciser.

Sur ce point, force est de constater que votre jurisprudence est très clairesemée. Sur les 24 décisions par lesquelles vous avez appliqué votre considérant *Hallal* en réunies ou en formation supérieure, aucune ne refuse une telle substitution au motif qu'elle priverait l'intéressé d'une garantie procédurale. Plus surprenant, seule une décision traduit une réelle prise de position quant à la consistance de ce garde-fou, tandis que les autres se contentent d'affirmer qu'aucune garantie ne fait obstacle à la substitution, voire même passent sous silence cette étape du raisonnement en regardant implicitement cette exigence comme remplie⁶. Précisons également que la veine jurisprudentielle cousine de la substitution de base légale⁷

¹ CE, Section, 06-02-2004, n° 240560, A

² V. Cours de contentieux administratif, R. Odent, p. 1934 : « si le juge de l'excès de pouvoir avait, par principe, la faculté d'opérer des substitutions de motif, il se substituerait, en réalité, à l'administration active [...]. Dès lors que l'administration, ayant le choix entre plusieurs solutions, s'est décidée, par erreur, dans un sens plutôt que dans un autre, toute personne y ayant intérêt a le droit d'obtenir une annulation [...] qui obligera la même autorité à procéder à un nouvel examen de la situation et à se décider à nouveau, mais pour des motifs corrects »

³ *L'administration doit-elle pouvoir invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir de nouveaux motifs à ses décisions ?*, F. Donnat & D. Casas, AJDA 2004. 436

⁴ CE, 05-02-2014, *Société Pludis*, n° 367815, B

⁵ CE, 09-06-2004, *Lefebvre*, n° 222069, A

⁶ Pour des exemples : CE, Assemblée, 09-07-2010, *Mme C... -B...*, n° 317747, A / CE, 06-10-2008, *Dorofeev*, n° 289492, A

⁷ Laquelle est pour sa part subordonnée à la condition que l'intéressé ait disposé des garanties associées au texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée,

n'est pas davantage éclairante puisque nous n'avons identifié – depuis votre décision *El Bahi*⁸ de 2003 – qu'un seul cas où cette réserve a trouvé à jouer⁹.

Il nous faut donc en revenir à la raison d'être de ce garde-fou. A nos yeux, il est sous-tendu par trois raisons. La première, la plus évidente, **traduit le souci de ne pas faire subir au justiciable les conséquences d'une défaillance de l'administration** : il serait en effet paradoxal, et choquant, de priver l'intéressé de la garantie associée au véritable motif susceptible de fonder la décision parce que l'administration s'est réveillée trop tard, à la faveur du contentieux. La deuxième raison, corrélative, est qu'un tel garde-fou permet de **tuer dans l'œuf un effet pervers possible de la substitution de motifs**, qui aurait pu conduire l'administration – pour minimiser son effort – à adopter systématiquement le motif assorti des garanties les plus sommaires, tout en conservant la possibilité de sauver sa décision en se réfugiant, en cas de recours, derrière un autre motif, plus robuste mais qui aurait été plus contraignant à retenir *ab initio*. La troisième raison repose sur l'idée qu'une garantie procédurale n'existe pas pour elle-même : elle est toujours pensée comme un moyen de parvenir à la meilleure décision possible. Dans cette optique, il devient difficile de postuler que l'administration aurait nécessairement retenu la même solution si celle-ci avait fait l'objet d'un processus décisionnel plus riche ou plus contradictoire. Or, nous l'avons dit, en miroir de la jurisprudence *Dame Perrot*¹⁰ où il s'agit pour le juge « d'évaluer l'effet probable d'un motif certain »¹¹, la substitution de motifs suppose du juge **qu'il soit convaincu de l'effet certain d'un motif probable**¹².

Ce cadre théorique étant posé, nous pouvons en venir à la question soulevée par la présente affaire. Le litige concerne Mme S. D., qui a été agréée à partir de 2009 par le conseil départemental des Bouches-du-Rhône comme assistante maternelle pour accueillir un, puis trois enfants à son domicile. En janvier 2015, dans un contexte déjà tendu, **un incident grave se produit avec le père de deux des enfants dont elle a la garde**, qui lui reproche d'avoir laissé son plus jeune fils de 2 ans, Achille, sans surveillance pendant qu'elle emmenait l'aîné à l'école. Le père dépose plainte contre l'assistante maternelle et informe immédiatement le conseil départemental. Celui-ci réagit dès le lendemain en suspendant l'agrément, puis une procédure de retrait est engagée. Cette procédure se conclut par une décision de retrait en date

⁸ CE, Section, 03-12-2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ M. E. B...* n° 240267, A

⁹ CE, 25-09-2009, *V...*, n° 311597, B

¹⁰ CE, Assemblée, 12-12-1968, *Ministre de l'économie et des finances c/ Dame Perrot*, p. 39

¹¹ V. la Chronique du CRDJ, M. Nauwelaers et L. Fabius, AJDA n° 412, septembre 1976

¹² A la lumière de ces explications, il nous semble alors possible de dessiner trois orientations pour apprécier le respect de cette condition. D'abord, et comme le soulignait déjà Isabelle de Silva dans ses conclusions sur *Mme Hallal*, un tel garde-fou a vocation à être apprécié au cas par cas, « en fonction de la nature des décisions en cause et des textes qui leur sont applicables ». Par analogie, nous vous renvoyons à la casuistique fine à laquelle vous vous livrez pour apprécier l'existence d'une privation de garantie au sens de la jurisprudence *Danthony*. Ensuite, il n'est pas possible d'assimiler à une privation de garantie le seul fait que l'administration à l'origine de la décision litigieuse n'ait pas examiné le motif substitué dans le cadre de la procédure initiale d'instruction. C'est le sens de votre décision *Ministre de la défense c/ M. Poindrelle* (CE, 10-03-2006, n° 259192, B), par laquelle vous avez accepté de remplacer par un motif de fond le motif de tardiveté qui fondait initialement le refus de décoration en cause, « alors même que l'administration se serait abstenue d'examiner au fond » la demande de l'intéressé. Ainsi que vous l'expliquait alors François Seners, le débat contentieux contradictoire permet en effet de pallier cette carence initiale dans l'examen et, du reste, raisonner autrement reviendrait en pratique à vider de sa substance la substitution de motifs. Enfin, la circonstance que le motif substitué implique une procédure différente de celle induite par le motif initial ne suffit pas, en soi, à condamner toute substitution de motifs. En effet, les procédures peuvent ne pas être rigoureusement identiques – par exemple quant aux modalités d'audition ou aux délais laissés aux intéressés pour réagir – tant qu'elles proposent des garanties équivalentes puisque, dans une telle hypothèse, l'intéressé ne se retrouve pas pénalisé par le changement de pied de la défense tandis que le juge est bien en mesure de réaliser son travail de reconstitution le conduisant à déterminer si la même décision aurait été prise sur cet autre motif.

du 27 mars 2015, qui se fonde notamment sur le fait – reconnu par l’intéressée – qu’elle avait laissé Achille à une voisine le temps d’assurer la sortie des classes de l’autre enfant. **Mais cette version édulcorée est ultérieurement démentie par le substitut du procureur de la République** qui, dans le rappel à la loi qu’il adresse à Mme D., relève que le témoignage de la « *vieille personne [censée avoir gardé Achille] est apparu manifestement de complaisance* ». Statuant ensuite sur le recours formé par Mme D. contre cette décision de retrait, le tribunal administratif fait droit à la substitution de motifs sollicitée par le département et fonde alors la légalité de la décision sur le fait que la requérante a laissé un enfant seul, et non entre les mains d’une tierce personne. En appel, la cour annule d’abord ce jugement, en relevant qu’une telle substitution de motifs n’était pas possible dès lors que **le motif ainsi substitué ne correspondait pas aux griefs dont avait été saisie la commission consultative paritaire départementale**, qui rend un avis avant toute décision de retrait. Elle annule ensuite la décision en jugeant en substance que les faits reprochés à Mme D. ne sont pas de nature à justifier le retrait de son agrément. C’est cet arrêt que le conseil départemental des Bouches-du-Rhône conteste en cassation par un pourvoi au soutien duquel sont soulevés deux groupes de moyens.

Le premier groupe de moyens est le plus intéressant. La collectivité reproche à la cour d’avoir commis une erreur de droit et d’avoir dénaturé les pièces du **dossier en jugeant que la substitution de motifs opérée par le tribunal avait privé Mme D. d’une garantie procédurale**. Ecartons d’emblée un premier argument soulevé par le pourvoi, tiré de ce que l’intéressée ne pouvait, par principe, être regardée comme ayant été privée de la garantie tenant à la consultation de la commission dans la mesure où elle aurait elle-même empêché cette commission de statuer en connaissance de cause en ne disant pas toute la vérité. Cet argument, qui revient à priver des garanties procédurales ceux qui ne s’auto-incrimineraient pas, ne saurait à l’évidence tenir.

Pour le reste, nous vous proposons de raisonner en trois étapes.

Tout d’abord, avant de déterminer si l’intéressée a, comme l’a jugé la cour, été privée d’une garantie procédurale, il vous faut apprécier si l’avis de cette commission constitue bien une garantie. Nous n’avons pas de doute à estimer que tel est bien le cas. C’est l’article L. 421-6 du code de l’action sociale et des familles (CASF), précisé à l’article R. 421-23, qui prévoit que lorsque le président du conseil départemental envisage de retirer un agrément, il doit saisir pour avis la commission consultative paritaire départementale. L’intéressé peut alors être entendu par cette commission, qui comprend, en nombre égal, des membres représentant le département et des membres représentant les assistants maternels dans le département (art. R. 421-27). **Or, vous avez déjà jugé que cette consultation participait de la procédure contradictoire préalable¹³ et, par suite, de l’exercice des droits de la défense¹⁴**. Dans ces conditions, il est évident à nos yeux que la consultation de cette commission – ce qui couvre à la fois la possibilité de comparaître devant elle et l’avis qu’elle rend – constitue une garantie procédurale¹⁵.

¹³ CE, 31-03-2017, *Mme Z...* n° 395624, B

¹⁴ CE, 3CJS, 17-04-2008, *Département des Hauts de Seine*, n° 285404, C et les conclusions de F. Seners

¹⁵ A l’instar de ce que vous avez pu juger à d’autres occasions s’agissant de la consultation de la commission de recours amiable de la CAF

Ensuite, la deuxième étape du raisonnement suppose d'examiner si – sur un plan théorique – le fait pour le département de se fonder sur un motif qui n'aurait pas été débattu par la commission revient à priver l'intéressé de la garantie correspondante. Là encore, nous sommes convaincus que tel est le cas. En effet, le texte prévoit expressément que l'exécutif départemental doit saisir la commission **en lui indiquant les motifs de la décision envisagée**. Aussi, le débat au sein de cet organe collégial ne consiste pas en une évaluation générale et abstraite des compétences de l'intéressée : la discussion s'opère au contraire sur la base des manquements concrets relevés par le département, **de sorte que l'avis de la commission est en réalité inséparable du champ de sa saisine**¹⁶.

Enfin, **la troisième étape du raisonnement est d'espèce** – même si la solution que vous retiendrez éclairera sur votre degré d'exigence¹⁷. Il vous faut déterminer si, comme l'a jugé la cour, la substitution a privé l'intéressée d'une garantie.

Nous abordons cette question avec une conviction, dont nous confessons qu'elle est empreinte d'empirisme. A nos yeux, le fait de confier brièvement un enfant de deux ans à un tiers de confiance constitue un manquement distinct de celui consistant à le laisser seul à son domicile. Dans le premier cas en effet, la gravité du fait de déléguer temporairement la surveillance est **contingente** car elle peut être relativisée à l'aune du sérieux du tiers concerné. Dans le second cas en revanche, le risque pour la sécurité est **toujours fort** et, surtout, un tel comportement révèle une légèreté peu compatible avec les exigences minimales attendues d'une garde d'enfants. Aussi, si le débat précontentieux n'avait tourné qu'autour du premier motif et si le second motif n'était apparu que devant le juge, nous vous proposerions sans aucune hésitation de suivre la cour.

Ceci étant dit, l'affaire présente **trois singularités** qui interrogent.

La première est que, dès l'origine, **ces deux motifs étaient dans le débat** puisque l'affaire est née de la plainte du père d'Achille, qui soutenait mordicus que son enfant était resté seul, tandis que Mme D. expliquait pour sa part l'avoir confié à un tiers. Aussi, la commission disposait nécessairement des deux versions de l'évènement litigieux au moment où elle statué et, d'ailleurs, lorsque son avis indique que « *l'entretien avec madame a permis de confirmer qu'elle a confié l'enfant à un tiers* », cette mention pourrait être lue comme traduisant un choix entre ces deux versions contradictoires.

en matière de RSA (CE, 22-10-2018, *M. Barnat*, N° 412768, B)

¹⁶ Par analogie, nous relèverons qu'en matière fiscale, vous jugez que l'administration ne peut solliciter une substitution en invoquant un motif adossé à une question de fait dès lors que ce nouveau terrain aurait été susceptible de justifier une saisine de la commission départementale des impôts indirects et des taxes sur le chiffre d'affaires (CDI). Dans cette logique, vous vous refusez à tenir compte du fait que cette commission aurait déjà été saisie sur la base du motif initialement retenu lors du redressement (CE, 30-12-2009, *Société Bonduelle Conserve International*, n° 304516, B). De même, vous jugeriez irrégulière une sanction fondée sur un grief différent de celui retenu au stade de la consultation préalable obligatoire d'une commission prévue par les textes (CE, 21-07-1970, *Thomas*, n° 77400, A)

¹⁷ Avant de vous livrer notre analyse, une précision liminaire s'impose. Lorsque votre jurisprudence *Hallal* exige que le motif substitué soit fondé **sur la situation existant à la date de la décision en cause**, elle le fait « conformément aux principes essentiels du recours pour excès de pouvoir » (Pour reprendre les mots d'I. de Silva dans ses conclusions) En d'autres termes, s'il faut que le motif préexiste, sa matérialité peut en revanche être corroborée par des éléments objectifs révélés postérieurement (V. en ce sens : CE, 04-10-2004, *Mme Cazenave*, n° 199096, B ; de façon topique s'agissant du retrait d'un agrément : CE, 09-03-2012, *Département de la Moselle*, n° 339851, B). Aussi, en l'occurrence, le fait que le motif substitué s'adosse pour partie à un élément postérieur à la décision (à savoir le classement sans suite assorti du rappel à la loi) ne nous paraît pas faire obstacle à la substitution.

La deuxième réside dans le fait que rien n'indique que **le motif fondant la décision initiale était erroné**. Les premiers juges ont sûrement estimé la substitution indispensable en partant de l'idée que la mention contenue dans le rappel à la loi invalidait nécessairement le motif retenu par le département. Or, un tel raisonnement nous paraît excessivement déférent dans la mesure où un rappel à la loi est dépourvu de l'autorité de chose jugée et n'emporte pas, par lui-même, preuve du fait imputé à un auteur et de sa culpabilité¹⁸. En d'autres termes, le rappel à la loi n'était qu'une pièce du dossier parmi d'autres, dont il était difficile de déduire *ipso facto* que le motif initial était erroné¹⁹. **En conséquence, la substitution de motifs peut paraître précautionneuse.**

La troisième singularité est que le motif substitué correspond à une déclinaison aggravée du motif initial, de sorte **qu'au moins intuitivement**, il est plus tentant de valider une substitution de motifs qui procède en quelque sorte d'un *a fortiori*.

Pour autant, **nous ne vous proposons pas d'accueillir le moyen de dénaturation**²⁰. En effet, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la convocation de Mme D. pour la séance de la commission fait seulement état de ce qu'il lui est reproché, sur ce point, de « *confier un enfant à un tiers pendant [qu'elle] accompagne d'autres enfants à l'école* ». Or, nous vous l'avons dit, la garantie associée à cette commission tient au fait qu'elle est consultée **sur les motifs** susceptibles de fonder la décision. Dans ces conditions, et à plus forte raison dans le cadre d'un contrôle distancié en cassation, on ne saurait reprocher aux juges d'appel d'avoir estimé que l'intéressée avait bien été privée d'une garantie.

En passant ce litige au prisme **des trois raisons que nous avons identifiées en introduction pour justifier le garde-fou de l'équivalence procédurale**, on s'aperçoit alors que c'est la troisième qui sous-tend, en l'espèce, la solution que nous vous proposons. En effet, il n'y a eu, ici, ni défaillance ni stratégie malveillante de la part de l'administration puisque celle-ci s'est bornée à ajuster les contours de son motif à l'intervention ultérieure du juge judiciaire. En revanche, il nous semble que, dans une telle configuration, le juge n'est pas en mesure de se livrer au travail de reconstitution attendu de lui puisqu'il ne sait pas ce que la commission aurait dit si elle avait été explicitement saisie du motif tiré du délaissement de l'enfant.

L'autre groupe de moyens du pourvoi pourra être plus aisément écarté. Il nous semble en effet que la cour n'a pas commis d'erreur de qualification juridique²¹ en jugeant que la décision était entachée d'erreur d'appréciation²², ni entaché son arrêt de dénaturation dans son appréhension des faits²³. En effet, d'une part, l'examen des pièces de son dossier – et notamment des témoignages favorables d'autres parents – montre qu'elle n'a pas erré en jugeant que les autres griefs, tenant au manque de conscience professionnelle et à l'irascibilité de Mme D., étaient « généraux, imprécis ou insuffisamment établis ». Votre jurisprudence

¹⁸ Soc. 21-05-2008, n° 06-44.948, Bull. civ. V, n° 107 / Civ. 2°, 07-05-2009, n° 08-10.362

¹⁹ V., de façon topique, à propos d'une ordonnance de non-lieu : CE, 17-12-2010, *Département du Gard*, n° 329875, C

²⁰ Précisons que ce degré de contrôle tenu en cassation nous semble cohérent par rapport à celui que vous exercez, s'agissant de la substitution de motifs, quant au point de savoir si l'administration aurait pris la même décision (V. en ce sens : CE, 15-10-2007, *M. J...*, n° 275810, C) et, s'agissant de la jurisprudence *Danthony*, quant au point de savoir si un vice de procédure a privé l'intéressé d'une garantie (CE, 06-11-2013, *M. Paris*, n° 359501, B)

²¹ V., par analogie, à propos d'une suspension : CE, 31-03-2017, *Mme Z...*, n° 395624, B

²² Sur ce degré de contrôle : CE, 26-07-1996, *Département du Maine-et-Loire*, n° 165493, C

²³ V. sur ce point : CE, 09-03-2007, *Département de l'Hérault*, n° 278651, C

révèle à cet égard que les faits retenus pour justifier un retrait d'agrément doivent être d'une gravité bien plus éclatante²⁴. D'autre part, nous ne pensons pas que vous pourriez censurer en cassation la motivation par laquelle les juges d'appel ont estimé que confier à un tiers l'enfant dont l'intéressée avait la garde n'était pas, en soi, suffisant, dès lors que ce manquement revêtait un caractère isolé et qu'il trouvait racine dans le comportement lui-même problématique des parents du jeune Achille, qui déposaient l'enfant sans la prévenir au préalable.

PCMNC :

- **Au rejet du pourvoi ;**
- **Au rejet, dans les circonstances de l'espèce, des conclusions présentées par Mme D. sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.**

²⁴ CE, 17-02-1999, *Mme Crepeau*, n° 173674, C