

La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir

Francis Donnat, Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Didier Casas, Maître des requêtes au Conseil d'Etat

L'essentiel

Le juge de l'excès de pouvoir peut procéder de sa propre initiative à une substitution de base légale, celle-ci restant toutefois une simple faculté ouverte à lui.

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

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

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

Substitution de base légale et substitution de motifs

La différence entre substitution de base légale et substitution de motifs, nette en théorie, l'est parfois moins en pratique. La première consiste pour le juge, confronté à une décision que l'administration pouvait légalement prendre mais qu'elle a prise en se trompant de fondement juridique, à redonner à celle-ci un fondement correct. Soucieux d'éviter les annulations destinées à n'avoir qu'une portée doctrinale, le juge de l'excès de pouvoir accepte volontiers de procéder à une telle substitution sous certaines conditions (par exemple, CE Sect. 8 mars

1957, *Rozé*, Lebon p. 147 ; AJDA 1957, 2, p. 181, chron. J. Fournier et G. Braibant). La substitution de motifs consiste, pour le juge, à invoquer lui-même un motif de fait ou de droit qui justifierait la décision, mais que l'administration n'a pas retenu. La substitution de motifs va ainsi nettement plus loin que celle de base légale, qui est un simple changement d'étiquette, en ce qu'elle revient pour le juge à prêter à l'administration une intention différente de celle affichée par celle-ci.

Substitution de base légale et substitution de motifs correspondent ainsi à deux cas de figure bien distincts pour le juge : dans l'un, il ne s'agit pour lui que de restituer la bonne assise juridique à la décision adoptée par l'administration alors que, dans l'autre, la substitution le conduit à remplacer purement et simplement le motif qu'il estime être le bon à celui avancé par l'administration. Entre les deux cas de substitution, il est évidemment plus facile pour le juge de remettre d'aplomb une décision administrative attaquée devant lui que de changer sa vocation, et l'on comprend que le juge administratif hésite davantage à procéder à une substitution de motifs qui l'entraînerait trop avant sur le terrain de l'opportunité de l'action administrative. Ainsi, si une décision attaquée pour excès de pouvoir est fondée sur des motifs juridiquement ou matériellement erronés, le juge ne peut que constater l'illégalité de ceux-ci et censurer celle-là (1). La substitution de motifs n'est admise par la jurisprudence que dans des cas exceptionnels, notamment ceux dans lesquels l'administration est en situation de compétence liée : dans cette hypothèse, dès lors que l'administration est strictement tenue de prendre une décision dans un sens déterminé, peu importe en effet le motif retenu, et le juge de l'excès de pouvoir peut alors substituer un motif correct à celui retenu à tort par l'administration (CE Sect. 8 juin 1934, *Augier*, Lebon p. 660 ; D. 1943, 3, p. 31, concl. Josse).

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

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

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

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

effet, et ainsi qu'il a été dit précédemment, la substitution de base légale n'est envisageable que sous certaines conditions, qui sont rappelées et précisées dans un considérant de principe par la décision du 3 décembre 2003.

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

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

Il rappelle, en premier lieu, que le juge de l'excès de pouvoir ne peut procéder à une telle substitution que sous certaines conditions intéressantes, pour les unes, l'administration et, pour les autres, l'intéressé ayant fait l'objet de la mesure contestée. D'une part, l'autorité administrative doit avoir été susceptible de prendre la même décision, dans le cadre d'un même pouvoir d'appréciation (CE 7 juillet 1976, *Epoux Arnaud*, Lebon tables p. 1069) et au vu de règles de portée équivalente (CE 11 juin 1993, *Société Landrieu*, Lebon p. 173). L'intéressé, d'autre part, doit avoir disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée (CE 23 décembre 1988, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Romans-sur-Isère*, Lebon p. 471). L'énoncé de ces conditions montre bien le souci du juge administratif de ne recourir à la substitution de base légale que dans les cas où celle-ci ne change en rien la situation tant de l'administré que de l'administration, et où l'annulation de la décision attaquée n'aurait qu'une portée strictement doctrinale.

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

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

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

pour lequel on demande la nullité de l'acte » (*Traité élémentaire de droit administratif*, Librairie A. Rousseau, 1930, p. 1119).

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

Dans la pratique, il ne sera évidemment pas toujours aisé pour le juge de l'excès de pouvoir de rechercher d'office si la décision attaquée devant lui pouvait être prise sur le fondement d'un autre texte que celui qui a été retenu par l'administration. S'il ne lui est pas très difficile de passer d'un alinéa à l'autre du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, il n'en va très certainement pas de même lorsqu'il doit appliquer des législations plus complexes.

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

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

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

Mots clés :

PROCEDURE CONTENTIEUSE * Pouvoir du juge * Jugement * Substitution de base légale
ETRANGER * Reconduite à la frontière

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