

Daniel GILTARD  
Conseiller d'Etat honoraire

## LE POUVOIR D'APPRÉCIATION DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE ET SON CONTRÔLE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

UDK: 342.9(4)

*Pregledni rad*

*Primljeno: 20. 11. 2014.*

U Francuskoj se, kao i u brojnim europskim zemljama, razlikuje vezanu nadležnost od diskrecijske ovlasti uprave, koja joj daje više ili manje široku ovlast procjene činjenica. Sudac može, odnosno ne može, nadzirati tu procjenu činjenica i modulirati širinu svog nadzora. Prije točno jednog stoljeća francuski je upravni sudac uključio činjenična pitanja u svoj nadzora nad zakonitošću, i to tako što je kontrolirao pravnu kvalifikaciju činjenica koje motiviraju pojedinu odluku. Ta kontrola motiva ostaje bitnom, ali je ona tijekom vremena upotpunjena s kontrolom njezine prilagođenosti, odgovarajućeg značenja i razmjernosti s činjeničnom stvarnosti.

**Ključne riječi :** *upravni sudac, diskreciono pravo, procjena činjenica*

Le sujet qui va nous occuper se prête parfaitement à une présentation conforme au modèle classique en France, du moins dans notre tradition administrative, qui consiste à exposer tout sujet selon un plan en deux parties, deux sous-parties. On pourrait proposer une première partie sur le pouvoir de l'administration qui opposerait ce que nous appelons le pouvoir discrétionnaire au pouvoir lié, puis une seconde partie sur le contrôle du juge qui opposerait le contrôle minimum et le contrôle normal sur les questions de fait.

Si on peut retenir le cadre général, les oppositions proposées ne rendraient pas compte de la diversité des situations et des nuances du contrôle du juge. Il y a en réalité dans notre droit français une gradation entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée comme il y a une gradation entre le contrôle minimum et le contrôle normal du juge.

Mais il faut s'entendre dans nos échanges sur le sens de toutes ces notions.

Le sens et l'étendue du pouvoir discrétionnaire dépendent, on le verra, de la ligne de partage que l'on choisit pour le distinguer de la compétence liée. Le pouvoir discrétionnaire a un champ d'application limité si on considère qu'il s'agit là du pouvoir de choisir en opportunité la décision à prendre. Par contre son champ d'application est très étendu si on considère qu'il y a pouvoir discrétionnaire dès lors que l'administration a un pouvoir d'appréciation des faits.

Quant aux notions de contrôle minimum et de contrôle normal, ce sont des formules usuelles dans notre contentieux, sans portée juridique. Elles s'appliquent aux questions de fait. Ce sont des raccourcis pratiques pour dire que le juge administratif contrôle au minimum l'exactitude matérielle des faits et que normalement son contrôle s'exerce sur l'appréciation de ces faits qui ont motivé la décision administrative.

Ces questions de la distinction du pouvoir lié et du pouvoir discrétionnaire, du contrôle par le juge du pouvoir d'appréciation de l'administration ne sont pas spécifiques au droit français et on trouve beaucoup d'éléments communs dans le droit administratif d'autres Etats européens et des similitudes dans les solutions apportées, ainsi que le montre l'étude réalisée en 2006 par un universitaire français

Par exemple, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, l'Angleterre distinguent le pouvoir lié et le pouvoir discrétionnaire de l'administration. L'Allemagne distingue trois hypothèses : soit la loi définit avec précision les conditions d'intervention de l'administration, soit la loi emploie des notions juridiques indéterminées, soit la loi laisse à l'administration un pouvoir discrétionnaire limité. Lorsque la loi emploie des notions juridiques indéterminées, le juge administratif allemand applique la théorie de la marge d'appréciation et ne censure que ce que l'on appelle en France les erreurs manifestes d'appréciation. Plusieurs pays voisins de l'Allemagne ( Pays-Bas, Suisse, Autriche), mais aussi l'Espagne, ont adopté cette distinction entre les pouvoirs de l'administration .

Le juge administratif italien censure les manifestations symptomatiques de l'exercice défectueux du pouvoir discrétionnaire et, au sein de ce pouvoir, distingue le pouvoir discrétionnaire technique sur lequel il n'exerce qu'un pouvoir de contrôle limité qui se rapproche du contrôle par le juge allemand des notions juridiques indéterminées.

Sur le pouvoir discrétionnaire, le droit anglais exerce un contrôle de rationalité. L'acte déraisonnable est l'acte « *si absurde qu'une personne sensée n'aurait jamais songé qu'il puisse être dans les pouvoirs de son auteur* ». Voilà une formule forte utilisée dans une célèbre décision de 1948 dont on retrouve l'esprit dans notre erreur manifeste d'appréciation. ( Michel Fromont, Droit administratif des Etats européens, Thémis, 2006)

Les solutions dépendent bien entendu, notamment, de l'histoire de chaque pays, de ses règles constitutionnelles, du rôle de l'Etat, mais le professeur Michel Fromont note dans l'ouvrage précité que « *les droits étudiés se sont considérablement rapprochés depuis un demi-siècle et que c'est plus la présentation et les catégories juridiques qui diffèrent entre les pays que les solutions qui s'en dégagent. Sans être l'unique cause, l'appartenance à une même Europe a beaucoup contribué à ce rapprochement et elle continuera à œuvrer dans ce sens* » .

La place du pouvoir discrétionnaire et du pouvoir lié dépend de la conception que chaque Etat a des rapports entre la loi et l'administration.

En Allemagne par exemple, l'administration est considérée comme un organe d'exécution de la loi. Elle a normalement un pouvoir lié, mais, on l'a vu, le pouvoir discrétionnaire existe et comprend plusieurs hypothèses.

En France la conception des relations entre la loi et l'administration a été différente. Le pouvoir normal de l'administration est le pouvoir discrétionnaire. L'existence de ce pouvoir est « *généralement justifiée par l'impossibilité en face de laquelle se trouve le législateur, obligé qu'il est de procéder par règles générales, de prévoir la complexité des situations particulières et d'indiquer à l'administration, en chaque hypothèse, de quelle façon et à quel moment elle doit agir* » ( Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition, p. 351)

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration est une notion centrale de notre droit administratif. Un éminent spécialiste du droit administratif a pu écrire, c'était en 1956 « *S'il fallait donner en quelques mots une définition du droit administratif, je dirais...qu'il est essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et de sa limitation en vue de la sauvegarde de droits des tiers ( administrés ou agents publics)* » ( Marcel Waline, Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, Etudes et Documents du Conseil d'Etat, 1956, p.25)

Il faut donc définir ce que l'on entend par pouvoir discrétionnaire de l'administration, en distinguant d'abord pouvoir discrétionnaire et acte discrétionnaire.

Jusqu'à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence qualifiait les décisions prises dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'actes discrétionnaires, qui étaient soustraits à l'appréciation du juge, mais la doctrine a fait observer dans les premières années du 20<sup>ème</sup> siècle ( après un arrêt Grazzetti de 1902) qu'en raison de l'évolution du contrôle juridictionnel, notamment sur le détournement de pouvoir, on ne pouvait plus parler d'actes discrétionnaires, mais d'actes comportant la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire plus ou moins étendu.

L'histoire du pouvoir d'appréciation des faits par l'administration et de son contrôle par le juge a donc dans notre droit français plus d'un siècle. Il est proposé d'en rendre compte dans cette courte communication selon la présentation traditionnelle, que nous avons évoquée, en deux parties, mais en deux parties volontairement disproportionnées, pour traduire la disproportion entre la longue période, de plusieurs décennies, au cours de laquelle se sont affirmés et développés les caractères fondamentaux de ce pouvoir d'appréciation et de ce contrôle et la période récente qui a vu apparaître de nouvelles problématiques sur la nature du droit et les méthodes de contrôle.

## I. LES CARACTÈRES FONDAMENTAUX DU POUVOIR D'APPRÉCIATION DES FAITS PAR L'ADMINISTRATION ET DE SON CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

### a) Le pouvoir d'appréciation des faits par l'administration

Le pouvoir discrétionnaire comprend toujours une appréciation des faits, mais cette appréciation des faits peut conduire à deux conceptions de ce pouvoir.

#### *1. Le pouvoir discrétionnaire, comme liberté de choix de la décision.*

La première conception correspond à la définition même de pouvoir discrétionnaire. Il y a pouvoir discrétionnaire uniquement dans les cas où la règle de droit laisse à l'administration la liberté d'apprécier la décision à prendre en fonction des faits. Le choix de la décision est laissé à la discrétion de l'administration et le juge se refuse à contrôler l'appréciation des faits. Il limite son contrôle au minimum que constitue le contrôle de l'exactitude matérielle de ces faits. Les cas sont devenus rares dans notre droit. On peut citer l'appréciation portée par les jurys de concours ou d'examen sur les mérites des candidats ou l'appréciation portée sur les mérites d'un postulant à la Légion d'honneur.

Ainsi défini, le pouvoir discrétionnaire exclut de son champ d'application tous les cas où l'administration n'a pas la liberté de choisir la décision, où elle ne peut pas tirer librement les conséquences de son appréciation des faits.

Or les situations les plus fréquentes dans notre droit sont celles où la loi ne se borne pas à conférer un pouvoir à l'administration, mais subordonne l'exercice de ce pouvoir à une condition de fait. L'administration doit vérifier que les faits qui lui sont soumis présentent les caractéristiques prévues par la condition légale. La décision découle alors mécaniquement de cette qualification juridique des faits. Le pouvoir de l'administration est lié en ce sens qu'une seule décision peut légalement être prise.

Il en résultait une conception extensive de la compétence liée de l'administration, qui comprenait des cas où l'administration devait pourtant se livrer à une appréciation des faits. Sur le plan de la procédure contentieuse, cette conception de la compétence liée avait pour effet de restreindre les droits du justiciable et donc le contrôle du juge. En cas de compétence liée le justiciable ne peut utilement présenter devant le juge que le moyen tiré de ce que l'administration n'est pas en l'espèce en situation de compétence liée. Tous les autres moyens sont inopérants.

Aussi le Conseil d'Etat a-t-il restreint, par un arrêt de 1999, la notion de compétence liée aux seuls cas où l'administration n'a d'autre pouvoir que de constater des faits, sans avoir aucune appréciation à porter sur ces faits.

#### *2. Le pouvoir discrétionnaire, comme pouvoir d'appréciation des faits*

Il en résulte la conséquence inverse, à savoir l'extension du pouvoir discrétionnaire, puisqu'il y a pouvoir discrétionnaire dès lors qu'il y a pouvoir

d'appréciation des faits par l'administration. Le pouvoir discrétionnaire devient une catégorie, qui comprend deux sous-catégories :

Première sous-catégorie : le pouvoir discrétionnaire que l'on peut appeler total, lorsque la loi ne prévoit aucune condition pour son exercice. L'administration apprécie l'opportunité de la mesure à prendre.

Seconde sous-catégorie : le pouvoir discrétionnaire subordonné par la loi à la réalisation d'une condition de fait. L'administration doit faire entrer la situation de fait dans une catégorie juridique et la décision légale se déduit mécaniquement, on l'a dit, de cette appréciation.

Mais ces deux sous-catégories ne suffisent pas à constituer la gradation dont nous avons parlé entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée. C'est le contrôle par le juge de l'appréciation des faits qui crée une variété de situations, qui crée cette gradation.

Le contrôle par le juge de l'appréciation des faits limite certes le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge, en tant que de besoin, précise les conditions d'exercice du pouvoir d'appréciation, complète ou explicite la condition légale, mais son contrôle n'est plus simplement un contrôle abstrait de la légalité, un contrôle de la correction du raisonnement juridique. Le juge s'attache aux conséquences pour les personnes des décisions prises. Aujourd'hui dans un certain nombre de situations la décision légale est la décision la plus adaptée, la mieux appropriée, la décision proportionnée à l'objet du pouvoir conféré à l'administration et aux circonstances de fait.

## **b) Le contrôle du juge sur l'appréciation des faits**

### *1. Le principe du contrôle des questions de fait*

L'existence même d'un contrôle du juge sur des questions de fait peut faire débat. Ce fut le cas en France au début du 20<sup>ème</sup> siècle.

La doctrine estimait alors que le contrôle de la légalité était un contrôle de droit pur et ne pouvait pas porter sur les questions de fait qui étaient appréciées discrétionnairement l'administration.

Cette conception d'un large pouvoir discrétionnaire de l'administration a ses justifications. L'administration est l'organe du Gouvernement. Les décisions qu'elle prend au nom du Gouvernement relèvent de la responsabilité politique de celui-ci devant le Parlement. Un juge n'aurait donc pas à contrôler les appréciations faites par l'administration et ce d'autant moins que celle-ci doit toujours se livrer à un examen des circonstances particulières de chaque affaire. Elle est donc bien placée pour choisir la décision la mieux adaptée à ces circonstances.

Pourtant le juge administratif français a étendu son contrôle à l'examen des faits qu'il a toujours considéré comme nécessaire à sa mission de contrôle de la légalité.

L'arrêt présenté comme l'arrêt de principe sur le contrôle de l'appréciation des faits est une décision centenaire, du 4 avril 1914. Le Conseil d'Etat avait à connaître d'un recours contre un refus de permis de construire motivé par le fait que la construction envisagée portait atteinte à une perspective monumentale. La loi prévoyait que l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire devait veiller à la conservation des perspectives monumentales. La construction devait être implantée sur une place de Paris. Le Conseil d'Etat a jugé que la place en question « ne pouvait être regardée dans son ensemble comme formant une perspective monumentale », contrôlant ainsi l'appréciation des faits par l'administration.

Cet arrêt est important, mais l'examen des faits par le juge administratif ne date pas de cette décision. L'importance de l'arrêt tient à ce qu'il consacre et généralise une évolution jurisprudentielle qui a été longue et était restée limitée à certains domaines

Depuis longtemps le Conseil d'Etat se livrait à un examen des faits. On peut faire remonter l'examen des faits par le juge à un arrêt de 1860 qui concernait la délimitation du domaine public. Les conclusions du commissaire du Gouvernement sont particulièrement instructives : « *Si le Conseil d'Etat n'entrait pas dans l'examen du fait, le droit qui appartient à chacun de lui déférer, pour être corrigés, tous les abus de pouvoir en matière administrative serait illusoire et le recours ne s'exercerait pas utilement* » ( Concl. L'Hôpital sur CE 19 juillet 1960, Port de Bercy, cité par Grégoire Bigot, Introduction historique du droit administratif depuis 1789)

Il entre dans la mission du juge, indiquait un commissaire du Gouvernement en 1906 dans des affaires concernant le droit pour les employeurs d'obtenir une dérogation au repos collectif du dimanche, « *de vérifier au fond si les circonstances de fait sont telles que le droit à dérogation existe* » ( Concl. Romieu sur CE 30 novembre 1906, Jacquin et autres) Il ajoutait « *la violation de la loi entraîne la plupart du temps l'appréciation des circonstances de fait : l'opinion contraire, fort répandue, est une erreur* » ( Raymond Odent, Contentieux administratif, p. 1957)

C'est dans la continuité de ces jurisprudences et pour exercer complètement sa mission de contrôle de la légalité que le Conseil d'Etat décide par l'arrêt de 1914 d'exercer de façon générale son contrôle sur les appréciations de fait. La motivation de l'arrêt est succincte. C'est l'affirmation prétorienne du contrôle des faits, là où la doctrine attendait une démonstration juridique. Elle est restée hésitante face à cette jurisprudence, ne trouvant pas dans l'arrêt l'explication de la transformation de l'erreur de fait commise par l'administration dans l'appréciation du caractère monumental de la place où devait être implantée la construction en erreur de droit, puisque, pour la doctrine, le contrôle de légalité de pouvait être qu'un contrôle de droit.

Le débat doctrinal a duré plus d'une dizaine d'années. La doctrine a trouvé une réponse à ses interrogations dans des arrêts rendus dans les années 1920. Elle a estimé que la transformation de l'erreur de fait en erreur de droit s'expliquait pas une notion fondamentale de la théorie juridique, la notion de cause. La qualification juridique des faits implique de pouvoir faire entrer une situation de fait dans une catégorie juridique. Dans l'affaire de 1914, la situation de fait, c'était le projet de construction et la catégorie juridique était constituée par les dispositions législatives sur la conservation des perspectives monumentales. Le projet de construction n'était pas nécessairement, en lui-même, soumis à cette catégorie juridique.

C'est un élément de fait de cette situation, l'emplacement prévu de la construction, qui a déterminé la catégorie juridique dont va dépendre l'acte, qui est donc la cause juridique de cet acte. Pour la doctrine le contrôle de l'appréciation des faits restait un contrôle de droit. ( Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, précité, p. 450 s)

## *2. La nature du contrôle de la qualification juridique des faits*

C'est le raisonnement suivi par le juge administratif à la seule différence qu'il emploie le terme de « motif », généralement utilisé aujourd'hui dans les pays européens, et non celui de « cause », mais les deux termes sont synonymes. Lorsque la loi prévoit une catégorie juridique le juge doit rechercher si la situation de fait qui lui est exposée peut entrer dans cette catégorie, si les faits, par leur nature, sont au nombre de ceux que l'administration pouvait retenir comme motifs pour se décider, ou, dit autrement, selon la formule employée par la jurisprudence, si les faits « sont de nature à justifier la décision attaquée »

Le juge administratif exerce ainsi normalement son contrôle sur cette qualification juridique des faits. Il se livre à la même appréciation que l'administration et substitue son appréciation à celle de l'administration

Il s'est donné les moyens de mieux contrôler ce pouvoir d'appréciation lorsque la condition légale lui paraissait insuffisamment précise ou avait un caractère objectif qui ne laissait pas assez de place à l'appréciation.

Le juge peut fixer des critères qui précisent la condition légale.

Ainsi, en matière de droit des étrangers, la loi dispose que les ascendants d'un ressortissant de nationalité française peuvent obtenir un titre de séjour à condition d'être à la charge de celui-ci. Le motif légal étant rédigé de façon peu précise, le Conseil d'Etat a indiqué les critères permettant d'apprécier quand un ascendant peut être considéré comme étant à charge. Il a retenu trois critères : l'absence de ressources propres de l'ascendant, l'enfant français dispose des ressources nécessaires pour assumer la charge de son ascendant, il en assure en fait l'entretien.

Le juge peut expliciter la condition légale.

C'est ainsi qu'il a été amené à expliciter la notion d'utilité publique dans une opération d'expropriation, pour renforcer son contrôle sur cette notion. Le

juge exerçait sur l'utilité publique un contrôle général et abstrait, mais la notion d'utilité publique se développant dans d'autres secteurs, le Conseil d'Etat, pour assurer une meilleure garantie des intérêts en présence, a précisé son contrôle en se livrant, par un arrêt de 1971, à un bilan des avantages et des inconvénients de l'opération pour apprécier si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et les inconvénients d'ordre social ne sont pas excessifs au regard de l'intérêt que l'opération présente..

Le juge peut ajouter une condition pour que le pouvoir d'appréciation des faits soit effectif, lorsque la loi n'a prévu qu'une condition objective.

Lorsque le pouvoir discrétionnaire est subordonné à une condition légale, l'administration, pour apprécier si cette condition est remplie, doit se livrer à un examen particulier des circonstances de chaque affaire, en vertu d'une règle jurisprudentielle ancienne ( CE assemblée 24 juillet 1942, M. Piron, Lebon, p. 233). Cet examen est sans portée réelle lorsque la condition légale est une condition objective, qui n'appelle pas en elle-même un tel examen. La question s'est posée pour l'application d'une loi de 1990 instituant une mesure d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. La loi énumérait les cas de situation irrégulière dans lesquels le préfet avait le pouvoir d'ordonner la reconduite à la frontière de l'étranger. Dès lors que l'étranger relevait de l'une de ces catégories, le préfet pouvait prendre la mesure d'éloignement. On pouvait hésiter entre la compétence liée, retenue l'année précédente dans un cas voisin, et le pouvoir discrétionnaire. Comme le texte conférait au préfet un tel pouvoir, il fallait lui donner du contenu. Pour que l'examen particulier de la situation de l'intéressé auquel l'administration est tenue de procéder ait une portée réelle, le Conseil d'Etat a ajouté aux conditions légales, une condition tirée des conséquences de la mesure d'éloignement sur la situation personnelle et familiale de l'intéressé. Le juge exerce son contrôle restreint sur la condition, purement prétorienne, tenant à la situation personnelle de l'intéressé, mais exerce un contrôle de proportionnalité s'agissant des conséquences sur la vie familiale, protégée par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans certains cas, alors même que la loi a subordonné le pouvoir de l'administration à la réalisation d'une condition, le juge se refuse à exercer son contrôle normal de la qualification juridique des faits et restreint son contrôle à celui de l'erreur manifeste d'appréciation, soit que les faits relèvent d'un domaine technique qui ne lui est pas familier, soit qu'il entende laisser une plus grande liberté d'appréciation à l'administration comme en matière de police administrative. Mais le plus souvent le contrôle, restreint dans un premier temps, évolue vers un contrôle normal.

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est généralement qualifié de contrôle restreint, alors qu'il constitue le plus souvent une avancée du contrôle du juge.

Cette notion d'erreur manifeste d'appréciation a été introduite progressivement dans les outils de contrôle du juge au début des années 1960 pour l'application de textes qui prévoyaient comme condition de légalité des décisions administratives

la notion d'équivalence : équivalence entre des emplois en matière de fonction publique, équivalence entre la valeur en productivité des apports et celle des attributions en matière de remembrement rural. Cette notion d'équivalence n'étant définie par aucun texte, le juge n'exerçait que son contrôle minimum de l'exactitude matérielle des faits. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a été une avancée du contrôle du juge et, dans ces deux cas, une première étape avant le passage au contrôle normal.

On a tendance, à tort, à présenter le contrôle normal du juge comme le contrôle de la qualification juridique des faits et à opposer qualification juridique et erreur manifeste d'appréciation.

Or la loi peut encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'administration en prévoyant une condition de fait à son exercice, mais elle peut aussi guider le choix de l'administration en lui imposant, non pas une condition, mais un ensemble de critères d'appréciation. Le juge exerce normalement son contrôle sur l'application de ces critères.

Dans tous les cas le juge contrôle l'adéquation de la décision aux circonstances de fait. Il censure l'erreur d'appréciation ou seulement l'erreur manifeste d'appréciation. Si l'administration ne peut pas procéder directement à l'appréciation des faits, mais doit passer par l'étape de la qualification juridique, le juge contrôle cette qualification et, si elle est correcte, en tire la conclusion d'évidence que la décision n'est pas entachée d'une erreur d'appréciation.

### *3. Le contrôle sur le pouvoir discrétionnaire total*

Il peut paraître paradoxal de parler de contrôle du juge sur le pouvoir discrétionnaire total de l'administration. Mais ne n'est pas parce que la loi laisse une totale liberté d'appréciation de la décision que le juge renonce à exercer un contrôle sur cette appréciation.

Le juge peut décider, dans un souci de sécurité juridique, de déterminer, de « découvrir » lui-même le motif d'intérêt général qui peut fonder légalement la décision. Il procède alors à la même qualification juridique des faits que dans les cas où la condition est prévue par un texte. Le juge a ainsi déterminé le motif justifiant légalement la dissolution d'un conseil municipal par l'autorité administrative ou pouvant justifier l'interdiction de la circulation, de la diffusion et de la mise en vente des publications étrangères.

Le juge peut aussi, sans définir lui-même le motif de nature à justifier la décision, aller au-delà du seul contrôle minimum de l'exactitude des faits, pour censurer les erreurs manifestes d'appréciation. Le contrôle n'a rien de restreint. Il est au contraire une avancée du contrôle du juge, qui n'est pas en situation de pouvoir substituer son appréciation à celle de l'administration, mais ne laisse pas à celle-ci le pouvoir de choisir en opportunité la décision. C'est un contrôle qui porte sur la mesure elle-même, sur son adaptation à ses motifs, mais qui ne censure que les erreurs manifestes.

Ainsi la loi confère à l'administration le pouvoir d'autoriser l'ouverture des débits de tabac, sans indiquer aucun motif d'autorisation ou de refus. Le juge

vérifie que le motif retenu est au nombre de ceux qui pouvaient légalement fonder la décision attaquée et contrôle si la décision n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Ce contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a été exercé aussi par le juge dans le cas où le pouvoir discrétionnaire est particulièrement large puisque l'administration a le choix entre plusieurs décisions. C'est le cas des sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des fonctionnaires et agents publics. Le juge administratif s'est longtemps refusé à contrôler la sanction disciplinaire. Il vérifiait si les faits reprochés méritaient la qualification juridique de faute, mais laissait à l'administration la liberté de choisir la sanction parmi l'échelle des sanctions prévues par les textes.

Il a progressivement approfondi son contrôle, censurant en 1978 l'erreur manifeste d'appréciation, pour aller progressivement vers un contrôle de proportionnalité.

## II. LES NOUVELLES PROBLÉMATIQUES

Nous venons de rappeler à grands traits l'évolution du pouvoir d'appréciation des faits pas l'administration et le contrôle de ce pouvoir par le juge administratif, depuis le début du 20<sup>ème</sup> siècle. Pendant toute cette longue période, la société, le rôle de l'Etat ont certes évolué et la jurisprudence en a tenu compte, mais le pouvoir de l'administration et le contrôle du juge présentaient des caractéristiques constantes : l'administration prenait des décisions, exécutoires, contraignantes et le juge exerçait un contrôle de légalité de ces décisions. L'administration a bien entendu toujours ce pouvoir et le juge administratif exerce toujours son contrôle de légalité, mais ce contrôle s'est élargi vers un contrôle de proportionnalité et l'administration met en œuvre un droit nouveau qui lui confère d'autres pouvoirs d'appréciation.

### a) Le contrôle de proportionnalité

Le principe de proportionnalité est d'origine allemande. Il a en Allemagne valeur constitutionnelle et a une portée générale. Une mesure prise en vue d'atteindre un but déterminé doit respecter ce principe et satisfaire pour cela aux trois exigences de l'aptitude, de la nécessité et de la proportionnalité. Ce principe s'est d'abord développé dans des pays de langue germanique, mais il est appliqué depuis en Italie, où il constitue un principe général, ou en Espagne par exemple.

#### 1. L'idée de proportionnalité

Le juge administratif français n'a pas exercé avant les années récentes un véritable contrôle de proportionnalité, mais il a depuis longtemps inventé des méthodes de contrôle qui s'inspirent de l'idée de proportionnalité, qui vérifient l'adaptation de la mesure au but poursuivi et aux circonstances de chaque affaire

( voir Guy Braibant, *Le principe de proportionnalité*, Mélanges Waline, Tome II, p. 297). On citera trois exemples.

Dans un célèbre arrêt de 1933, le juge administratif introduit le contrôle de l'adaptation de la mesure aux circonstances de l'affaire en matière de police administrative, dans un cas où l'autorité de police avait interdit une réunion publique pour un motif d'ordre public. Le Conseil d'Etat a jugé que l'interdiction n'était légale que si l'autorité administrative ne pouvait pas maintenir l'ordre en prenant d'autres mesures de police.

C'est là dans notre histoire contentieuse, une date très importante. Non seulement parce que cette jurisprudence a été constamment confirmée en matière de police administrative, et encore par un arrêt tout récent qui applique la méthode du contrôle de proportionnalité, mais surtout parce qu'elle a une portée générale et a inspiré la jurisprudence contemporaine sur le contrôle de proportionnalité en matière de régulation économique.

L'idée essentielle née de cet arrêt de 1933 est que, alors même qu'une mesure peut être fondée sur un motif légal, il appartient au juge de vérifier qu'elle n'est pas excessive, en prenant en compte l'existence d'autres mesures possibles ou les engagements de nature à compenser les atteintes portées par l'opération en cause à une liberté publique. La décision légale n'est pas nécessairement celle qui découle mécaniquement de l'appréciation des faits qui peuvent la motiver, elle est, dans des cas de plus en plus nombreux, celle qui est la plus adaptée, la mieux appropriée à son objet et aux circonstances de l'affaire.

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation depuis le début des années 1960 est aussi un contrôle de l'adaptation de la mesure à son objet, même si le juge ne censure que les disproportions manifestes.

La balance faite dans quelques matières depuis 1971 entre les inconvénients et les avantages d'une mesure au regard de l'intérêt général permet de censurer les mesures excessives, disproportionnées. Le Conseil d'Etat a par exemple annulé a décision portant déclaration d'utilité publique de la construction d'un aérodrome au motif que le coût de cette construction était hors de proportion avec les ressources financières de la commune

Ces modalités de contrôle conservent leur intérêt, mais sous l'influence notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, un véritable contrôle de proportionnalité s'est développé dans les années récentes, en matière de police administrative, de sanctions disciplinaires et de régulation économique.

## *2. Une méthode de contrôle de proportionnalité*

En matière de police, la jurisprudence a défini une méthode de contrôle de proportionnalité. La mesure doit être nécessaire, adaptée et proportionnée. Il appartient donc au juge d'apprécier successivement si la mesure est adaptée au

but recherché, si elle est nécessaire, c'est-à-dire si le résultat aurait pu être atteint par des mesures moins contraignantes, enfin si elle est proportionnée, c'est-à-dire n'entraîne pas des charges ou contraintes excessives. Au début de cette année, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours, en référé, contre une mesure de police qui interdisait un spectacle a confirmé la jurisprudence de 1933, mais en appliquant cette méthode de contrôle de proportionnalité.

Cette méthode de contrôle de proportionnalité a été appliquée aux mesures de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux garantis par la convention européenne des droits de l'homme.

Le contrôle de proportionnalité s'applique aussi, depuis 2013, aux sanctions disciplinaires prises à l'encontre des fonctionnaires.

La solution est différente pour les sanctions administratives générales susceptibles d'être infligées à tout administré. Lorsque l'administration a le pouvoir d'infliger une sanction à un administré, par exemple une sanction pécuniaire ou un retrait de points de son permis de conduire, cette sanction est un substitut de la sanction pénale et doit bénéficier des mêmes garanties. Il appartient au juge administratif, dans le cadre de ses pouvoirs de plein contentieux, de prendre lui-même la décision adaptée et donc de substituer sa décision à la décision de l'administration, avec, le cas échéant, un pouvoir de modulation.

C'est dans le secteur économique que le contrôle de proportionnalité s'est le plus développé, en raison de l'évolution du rôle de l'Etat. Dans l'Union européenne, mais c'est une tendance générale due à la globalisation, des secteurs entiers de l'économie sont soumis à la libre concurrence. L'Etat conserve certes ses fonctions traditionnelles, mais en économie il n'est plus un Etat interventionniste, mais un Etat régulateur, qui assure le maintien des grands équilibres et des libertés fondamentales. A côté du droit réglementaire, impératif, abstrait, apparaît un droit de régulation, caractérisé par son adéquation au concret. En France ce rôle de régulation a été notamment confié à des autorités administratives indépendantes. On citera en particulier l'Autorité de la concurrence et le Conseil supérieur de l'audiovisuel (devenu récemment autorité publique indépendante)

Depuis une quinzaine d'années une jurisprudence s'est développée à partir des mesures prises par ces organismes de régulation, qui doivent, lorsqu'une opération est susceptible de porter atteinte à la libre concurrence, apprécier si les engagements éventuellement pris par l'opérateur sont de nature à compenser ou atténuer les atteintes à la libre concurrence. Ils peuvent aussi imposer eux-mêmes des engagements. Le juge exerce un contrôle de proportionnalité et apprécie si la mesure prise est nécessaire, adaptée et proportionnée.

C'est déjà une évolution importante de l'office du juge, qui, dans sa méthode de contrôle, s'en trouve renoué. Ainsi que le soulignait le président de l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne en introduction d'un colloque tenu à Paris en juin dernier sur le thème de la régulation économique, le juge administratif ne peut plus

*« s'enfermer dans une analyse abstraite et indifférente aux enjeux économiques et financiers des décisions qu'il contrôle. Il doit non seulement les comprendre, mais aussi déterminer in concreto leur place dans l'équilibre parfois subtil entre les différentes composantes de l'intérêt général protégées par la loi » Le juge « doit, le cas échéant, exercer un pouvoir de réformation des sanctions et un pouvoir d'injonction, afin de conférer un effet utile à ses jugements »*

### **b) Le droit souple**

Mais ce contrôle continue à porter sur des décisions administratives, des actes créant des obligations, par exemple des sanctions. Or l'action de régulation met en œuvre, en plus des outils traditionnels de la réglementation, du droit impératif, contraignant, du droit dur, « jupitérien » a dit un auteur, un droit souple qui s'exprime en termes d'objectifs, de recommandations, de lignes directrices, bref un droit non contraignant, fondé sur la persuasion, l'adhésion. Il y a là aussi une gradation entre le droit dur et le droit souple. Il en résulte une marge de manœuvre, d'appréciation plus large pour l'administration, mais de nouvelles questions pour le juge administratif confronté à des mesures non contraignantes, mais qui ont une effectivité et qui ne peuvent pas rester sans contrôle juridictionnel.

Quel doit être l'office du juge à l'égard d'une autorité de régulation qui agit par la voie du droit souple ? Se posent les problèmes de recevabilité des recours contre ces instruments de droit souple et de leur invocabilité devant le juge. Il a été ainsi jugé en 2012 que des prises de position et recommandations de l'Autorité de la concurrence ne comportaient pas d'appréciations susceptibles d'emporter des effets de droit, dès lors qu'elles n'avaient pas le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'autorité de la concurrence pourrait censurer la méconnaissance. Mais la jurisprudence, dans ce domaine du droit souple, est appelée à se développer.

Cette évolution rapidement rappelée, mais jamais achevée, du contrôle du juge sur les faits illustre bien, et ce sera notre conclusion, ce qu'écrivait il y a environ un demi-siècle le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat dans son ouvrage de référence sur le contentieux administratif : il y a « toute une gamme subtile et nuancée de contrôles adaptés aux possibilités du juge et à ce que lui paraissent être les besoins du moment » ( Raymond Odent, Contentieux administratif, p. 1959)

## **LE POUVOIR D'APPRÉCIATION DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE ET DANS SON CONTRÔLE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF**

En France comme dans de nombreux pays européens, on distingue la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire de l'administration qui lui donne un pouvoir plus ou moins étendu d'appréciation des faits. Le juge peut ou non contrôler cette appréciation des faits et moduler son contrôle. Il y a exactement un siècle le juge administratif français a inclus les questions de fait dans le contrôle de légalité, en contrôlant la qualification juridique des faits qui motivent une décision. Ce contrôle des motifs reste essentiel, mais il a été au fil du temps complété par un contrôle portant sur la décision elle-même, son caractère adapté, approprié, proportionné aux circonstances de fait.

**Mots-clés:** *le juge administratif, le pouvoir discrétionnaire, d'appréciation des faits*

## **JUDGEMENT POWERS IN ADMINISTRATION ACTIVITY AND IN ADMINISTRATION COURT SUPERVISION**

In France, as in many European countries, there is a distinction between related authority and discretion of administration powers which affords more or less wide powers of evaluation of facts. The judge can, or rather, cannot supervise that evaluation of facts and module the breadth of its supervision. A century ago, the French administration court included factual questions on its supervision and legality in such a way that it controlled the legal qualification of facts which motivated a certain judgement. That supervision of motives remains important, but over time, it is complemented with control of its adaptation, appropriacy of significance, and proportionality with the factual reality.

**Key words:** *administrative judge, authority of discretion, evaluation of facts*