

RAPPORT GENERAL

GENERAL REPORT

par

J. VAN DER HOEVEN

Président de Section au Conseil d'Etat Néerlandais

Introduction

Le droit administratif est fortement marqué dans les divers pays par sa genèse nationale. Tant les notions appliquées que la terminologie utilisée présentent par conséquent souvent d'un pays à l'autre des différences qui rendent une comparaison approfondie malaisée. Il n'empêche que la tâche qui est assignée aux organes administratifs dans chacun des neuf pays présente incontestablement de nombreux points de convergence. Ces Etats ont tous une structure démocratique. Il existe partant, parfois avec de faibles variantes, une représentation parlementaire, devant laquelle le Gouvernement est responsable. Ils connaissent tous un système plus ou moins élaboré de droits et de libertés individuels. Les pouvoirs publics assument dans chacun d'eux des tâches importantes dans le domaine social, économique et culturel. Dans chacun de ces pays, l'appareil administratif est par conséquent confronté à la nécessité de trouver et de maintenir, dans ses interventions, un juste équilibre entre la gestion optimale des intérêts publics et autant d'égards que possible pour les droits et libertés individuels.

Pour comparer les divers systèmes juridiques, il faut par conséquent partir de l'ambiance largement commune dans laquelle les divers systèmes juridiques fonctionnent. L'approche sera donc fonctionnelle. Certaines différences dans l'élaboration et l'application des notions ne sauraient évidemment être niées. De pareilles différences peuvent en effet exprimer une approche fondamentalement différente d'un certain problème. Au surplus, même lorsqu'un problème administratif est pratiquement traité de manière identique dans divers pays, il peut être important de signaler une différence de structure juridique. Une différence d'approche juridique trouve souvent son origine dans la complexité des problèmes à résoudre. La connaissance d'une pareille différence peut contribuer à mieux saisir le problème sous-jacent.

Le rapport général se bornera aux questions essentielles, telles que le rapporteur les voit. L'opportunité de limiter la longueur du rapport commande à elle seule cette solution. Celle-ci favorisera en outre, du moins le rapporteur l'espère, la clarté de ce rapport.

Tous les rapporteurs n'ont pas pu suivre le schéma proposé par le rapporteur général. Si cette attitude doit être respectée, elle complique considérablement le travail de comparaison. Les malentendus sur certains points qui, ainsi qu'il faut s'y attendre, se seront glissés dans ce rapport, pourront être dissipés lors de la discussion.

A 1. *Définition*

Chacun des rapports insiste sur l'existence d'un cadre légal, qui limite la liberté de l'administration, et sur la nécessité d'un fondement légal de tout pouvoir discrétionnaire. Le rapport italien situe explicitement l'examen du pouvoir discrétionnaire dans le cadre du principe de légalité. La liberté de l'organe administratif n'est donc nulle part absolue. «Discrétionnaire» ne signifie pas «arbitraire». L'étendue de la liberté de décision est déterminée par la réglementation légale sur laquelle cette liberté se fonde. Divers rapports soulignent le caractère différent de la compétence liée, qui existe lorsque la loi impose l'obligation de décider dans un certain sens. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire peut aussi signifier que l'administration est libre de prendre ou non une décision. Cette faculté n'est toutefois pas nécessairement comprise dans chaque pouvoir discrétionnaire. L'étendue du pouvoir d'appréciation de l'organe administratif diffère du reste sensiblement d'un cas à l'autre. Le rapport belge signale qu'une décision administrative n'est généralement pas le produit d'une seule décision, mais d'un certain nombre de décisions préparatoires, dont chacune présente parfois à son tour le caractère d'une décision autonome. Cette situation se présente incontestablement aussi ailleurs.

Il est intéressant de noter l'observation contenue dans le rapport allemand selon laquelle, même lorsque la loi n'utilise pas un terme exprès en ce sens, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire peut découler du contexte.

A 2. *Fréquence et restrictions*

Bien que tous les rapports n'indiquent pas la fréquence d'application d'un pouvoir discrétionnaire, l'ensemble de leurs considérations permet d'en déduire que ce pouvoir ne constitue nulle part l'exception. L'affirmation contenue dans le rapport néerlandais selon laquelle la fréquence d'application dépend du caractère des tâches de l'autorité et de l'importance des intérêts qui sont en jeu, vaut sans doute d'une manière générale. Le rapport français contient à cet égard une considération intéressante. Après avoir exposé qu'un pouvoir discrétionnaire n'est traditionnellement reconnu qu'à un nombre restreint d'autorités (p. 60), il expose l'influence exercée par la constitution de 1958. La modification des rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire a conduit à une extension considérable de la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire à des organes administratifs subordonnés. La raison de ce changement n'est pas seulement d'ordre politico-constitutionnel : «les interventions croissantes de l'autorité publique dans de nombreux domaines ont aussi quelques fois rendu «malaisé», et parfois inopportun, de donner une trop grande précision à la règle de droit» (p. 60). Il faut noter l'observation selon laquelle cela n'est pas vrai pour la législation sociale. Aux Pays-Bas non plus, un pouvoir discrétionnaire n'est pas ou n'est quasi jamais accordé en matière de législation sociale. Il serait intéressant de savoir quelle est la situation sur ce point dans les autres pays.

En ce qui concerne les restrictions qui sont imposées aux pouvoirs discrétionnaires, les divers rapports contiennent des informations intéressantes.

Ces restrictions peuvent être divisées dans les catégories suivantes:

a. *Le but en vue duquel le pouvoir est accordé*

Cette restriction est mentionnée plus ou moins explicitement dans les rapports allemand, belge, danois, français, irlandais, italien et néerlandais. Le rapport britannique déclare que les limites des pouvoirs discrétionnaires découlent de règles de droit non écrites et que ces pouvoirs doivent être exercés «conformément à la raison et à la justice et non pas de manière arbitraire ou capricieuse». Il faut sans doute admettre que le but en vue duquel le pouvoir est accordé constitue également sous cet angle une limite.

b. *Les dispositions légales qui confèrent le pouvoir*

La terminologie utilisée par le législateur lorsqu'il confère et limite un pouvoir discrétionnaire ne répond généralement pas à un système clair. Le caractère peu systématique qui caractérise le développement du droit administratif se manifeste aussi à cet égard. Tantôt la loi définit elle-même clairement les limites; tantôt le soin de déterminer les limites du pouvoir d'appréciation est dans une large mesure laissé à l'organe administratif. Nous reviendrons sur ce point par la suite, lors de l'examen de la protection juridique. Il n'en est pas moins vrai que la loi peut prévoir d'importantes restrictions. Nous renvoyons, à titre d'exemple, au rapport italien (pp. 81 et 82). Les rapports allemand et italien rappellent à ce sujet l'importance de la Constitution, ainsi que les droits fondamentaux et les libertés individuelles. Cette dernière restriction vaut indubitablement pour chacun des neuf pays.

c. *Limites découlant du droit non écrit*

Bien que la restriction citée sous a. ci-dessus (but du pouvoir) ne soit généralement pas énoncée explicitement dans la loi, elle vaut de manière quasi identique dans chacun des pays et est dès lors mentionnée en premier lieu. Il n'en est pas tout à fait de même pour les autres limitations, qui trouvent leur fondement dans le droit non écrit. Leur formulation peut généralement être déduite de la jurisprudence ou des décisions des organes administratifs supérieurs de contrôle. Les organes administratifs eux-mêmes s'efforcent toutefois généralement de situer leurs décisions dans un cadre normatif. Le rapport français, entre autres, le signale explicitement (p. 62). Le principe d'égalité l'exige souvent. L'administration peut ainsi élaborer une

certaine politique. Il est très intéressant de noter à ce sujet l'observation contenue dans le rapport irlandais qui signale explicitement qu'un organe administratif ne peut pas «adopter ou suivre une ligne de conduite générale qui met obstacle ou l'empêche d'exercer sa discrétion dans les causes individuelles» et que «l'organe n'est pas libre de décider ces causes individuelles selon des lignes de conduite préalables». En Irlande, un organe administratif ne peut pas non plus, selon ce rapport, «faire avec quelqu'un un accord incompatible avec l'exercice de ces pouvoirs ni renoncer à ces pouvoirs». En soi, ceci peut sembler évident. Il serait toutefois intéressant de savoir si, en Irlande, toute règle de l'administration par laquelle celle-ci se lie elle-même est exclue.

Le rapport français signale que les normes élaborées par l'administration trouvent ensuite parfois leur place dans une loi ou un règlement. Cela se produit sans doute aussi ailleurs, par exemple aux Pays-Bas. Dans ce dernier pays, les «principes généraux de bonne administration», qui découlent de la politique de gestion, de la jurisprudence et de la doctrine, ont été insérés dans quelques lois de portée générale. Ces principes ont ainsi, pour un domaine d'activité de l'autorité publique très étendu, soumis les pouvoirs discrétionnaires à des limites légales. Une forme intermédiaire entre les règles légales et les autres normes est sans doute constituée par les règles écrites sur l'accomplissement des tâches administratives, qui valent en Belgique en vertu d'une interprétation de l'article 66, alinéa 2 de la Constitution. Le rapport belge parle (p. 33) d'un «corpus de règles générales que le pouvoir exécutif s'est fixées à lui-même et qui n'ont évidemment de sens que dans la mesure où elles impliquent sa promesse et même la reconnaissance de son devoir de les appliquer».

d. *Contrôle par les organes administratifs supérieurs*

Un pareil contrôle existe dans divers pays. On peut toutefois se demander si on se trouve fondamentalement en présence d'une restriction, lorsque l'appréciation par l'organe de contrôle se fonde sur un pouvoir discrétionnaire de ce même organe.

e. *Responsabilité à l'égard de corps représentatifs*

Une pareille responsabilité peut exister au niveau tant national que régional ou communal. Il est évident que plus le contrôle parlementaire est devenu global, plus le besoin d'un contrôle judiciaire se fait sentir.

A3. *Fonction*

Les divers rapports montrent clairement que des pouvoirs discrétionnaires souvent étendus ont été reconnus dans de nombreux domaines où l'Etat actuel intervient. La nécessité de pouvoir réagir avec souplesse et efficacement en cas de modification des circonstances, entre autres, exige de reconnaître à l'administration un large pouvoir d'appréciation.

On a cité comme exemples les interventions de l'autorité en matière économique, dans le domaine de l'aménagement du territoire, de la santé publique et autres analogues. Ces domaines, parmi d'autres, exigent de larges pouvoirs d'appréciation dans le cadre d'une politique générale.

Conformément à ce que nous avons signalé précédemment (au point A 2, sous c) concernant le rapport irlandais, celui-ci souligne avec force, aussi en rapport avec le présent aspect, que la politique est définie dans la loi en question et que la liberté de l'organe administratif se limite à prendre la décision «si la politique instituée par la loi particulière est applicable au cas sous considération». La question de savoir s'il s'agit là d'une différence fondamentale ou d'une différence d'économie juridique pourra faire l'objet de nos discussions.

B1. Contrôle du juge administratif sur le pouvoir discrétionnaire

Les motifs de recours et leur application

Dans la mesure où, dans les divers pays, le contrôle de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires est légalement défini, les différences de formulation constatées rendent une comparaison de l'étendue et de la portée de ce contrôle malaisée. Tous les pays connaissent toutefois le critère de la légalité des actes administratifs, de même que celui de l'usage du pouvoir dans le but en vue duquel il a été conféré, que la loi ne mentionne toutefois pas partout comme motif de recours distinct. A côté de ces deux critères, il en existe encore d'autres. La très grande diversité des litiges qui sont soumis à l'appréciation des tribunaux a pour conséquence qu'un critère déterminé n'est pas toujours appliqué de la même manière. Plusieurs rapports attirent sur ce point l'attention. Cette situation complique la comparaison des critères de contrôle, tels que ceux-ci ont été formulés dans la législation ou la jurisprudence.

Il est notoire que, dans certains pays, le soin de trancher les litiges administratifs n'est pas confié à des juridictions administratives, mais au pouvoir judiciaire (ordinaire). Il en est ainsi en Grande-Bretagne, au Danemark et en Irlande. En Grande-Bretagne et en Irlande notamment, cette situation a des conséquences importantes en ce qui concerne la structure et la protection juridique. Dans le premier de ces pays, celle-ci fait partie de la «Rule of Law» de la manière décrite dans le rapport britannique, aux pages 112 et suivantes. Le rapport irlandais observe (p. 74) «qu'en Irlande, il n'existe pas de système de droit administratif ni de juridictions administratives dans le sens où ils existent dans les pays du droit civil». La protection juridique à l'égard des pouvoirs publics doit, selon ce rapport, être envisagée «dans le contexte de la compétence et des fonctions des juridictions ordinaires dans ce champ du droit administratif». D'après le rapport danois, la compétence du juge en matière administrative se fonde sur l'article 63 de la loi fondamentale. Le législateur - contrairement à la situation en droit constitutionnel italien - est censé pouvoir y déroger et pouvoir exclure un recours, mais il fait assez rarement usage de ce droit.

Dans quelques pays - tels que la Belgique et les Pays-Bas - le contrôle de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires est exercé non seulement par les autorités judiciaires, mais aussi dans une mesure plus ou moins importante par les organes administratifs supérieurs. Il en est notamment ainsi - mais non exclusivement - dans le cadre de la décentralisation administrative. Aux Pays-Bas notamment, cette modalité de contrôle est souvent appliquée. Elle se présente tantôt sous la forme d'un pouvoir de l'organe administratif supérieur d'annuler d'initiative une décision prise par un organe subordonné (possibilité qui n'est pas approfondie ici) et tantôt sous la forme d'une procédure de recours. Dans ce dernier cas, l'examen et une décision judiciaire supposent un recours. Pour une pareille procédure de recours, la loi ou un règlement fixe en général des règles procédurales. L'énoncé de motifs de recours spécifiques manque toutefois dans la plupart des cas, parce que l'organe supérieur réexamine et juge l'affaire, dont il est saisi, dans son ensemble. Au surplus il existe aux Pays-Bas un grand nombre de cas dans lesquels le recours est porté devant un juge administratif ou devant le pouvoir judiciaire ordinaire, qui doivent alors examiner la décision attaquée au regard de certaines normes de droit. Cette situation, qui est née d'une évolution historique, a pour conséquence que le régime néerlandais de la protection juridique contre les actes de l'autorité est très complexe. Pour un aperçu de ce système, il est renvoyé au rapport néerlandais, p. 130.

En Allemagne, en Belgique, en France, en Italie et au Luxembourg, le contrôle judiciaire des actes de l'administration est organisé de manière plus systématique. Dans plusieurs pays, le pouvoir judiciaire administratif n'a pas le pouvoir d'annuler les décisions de portée générale. Telle est notamment la situation en Allemagne (p. 21) et au Luxembourg (p. 99). Aux Pays-Bas, il en va en principe de même. La loi néerlandaise ouvre parfois un recours contre certaines décisions de portée générale, mais uniquement sous

la forme d'une «justice retenue». En Belgique par contre, la loi ouvre explicitement un recours, contre les «actes et règlements des diverses autorités administratives», porté devant le Conseil d'Etat (p. 35). En France, la notion de «décision administrative» contre laquelle un recours est ouvert ne se limite pas aux décisions de portée individuelle. Le rapport italien non plus ne mentionne pas une pareille limitation. Au Danemark, la loi fondamentale dispose (article 63) que «le juge a compétence pour connaître de toute question concernant les cadres dans lesquels peut s'exercer le pouvoir des autorités publiques». En Grande-Bretagne et en Irlande, où la protection juridique contre les actes de l'autorité se confond dans une large mesure avec l'activité juridictionnelle ordinaire, une question de compétence comme celle qui nous occupe ne se présente vraisemblablement pas sous cette forme. En Grande-Bretagne et en Irlande, la mesure et l'étendue du contrôle judiciaire se définissent d'après les règles générales du droit, à moins qu'une loi particulière ne prévoie des dispositions dérogatoires. Il en est de même aux Pays-Bas, dans les cas où le juge civil est compétent et où il applique alors le droit civil.

L'exposé qui précède, qui ne pouvait être que très schématique et incomplet, montre, du moins nous l'espérons, que la concordance ou la diversité des critères appliqués dans les différents pays ne s'accompagne pas nécessairement d'une concordance ou d'une diversité dans l'étendue de la protection juridique. C'est ainsi que le rapporteur allemand, par exemple, signale que si le juge administratif de la République fédérale n'a pas compétence pour apprécier les décisions de portée générale, cela ne signifie pas que les actes réglementaires et les circulaires échappent complètement à son contrôle. Lorsque le juge allemand doit en effet apprécier une décision qui a été prise pour l'application d'un règlement ou d'une circulaire, il peut examiner la légalité de ce règlement ou de cette circulaire (p. 21) et vérifier notamment si l'autorité dont ce texte émane est restée dans le cadre de sa compétence légale. Il existe par conséquent dans ce pays un contrôle indirect des actes réglementaires et des circulaires. Le rapport du Luxembourg l'indique également, en se référant à l'article 95 de la Constitution. La situation aux Pays-Bas et au Danemark est dans une large mesure comparable.

En ce qui concerne à présent les motifs de recours, il faut signaler d'abord que dans les pays où ces motifs sont explicitement prévus par la loi, le juge compétent leur donne généralement une interprétation extensive. Il s'ensuit que même là où il existe à première vue de considérables différences, l'étendue du contrôle judiciaire est parfois moins différente qu'une simple lecture des dispositions légales en question pourrait le faire croire.

1. Contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité

Le juge se borne généralement à contrôler si la décision attaquée était ou non légale. Les dispositions légales en la matière, qui peuvent être plus ou moins détaillées, tendent toutes en général à exclure une appréciation de l'opportunité d'une décision - qui est au reste légale. La situation aux Pays-Bas mérite toutefois une mention particulière. Dans le cadre de la «justice retenue» (décision de la Couronne, sous la responsabilité du ministre concerné, après avis du Conseil d'Etat néerlandais), l'examen porte fréquemment aussi sur l'opportunité de la décision attaquée. Toutefois, on ne se trouve pas alors en présence d'un véritable contrôle judiciaire, puisque c'est l'autorité exécutive la plus élevée qui assume en dernière instance la responsabilité de la décision. La procédure devant le Conseil d'Etat néerlandais présente néanmoins un caractère judiciaire. Au surplus, la Couronne ne s'écartere que très rarement de l'avis du Conseil d'Etat, même lorsque cet avis emporte l'annulation d'une décision prise par le ministre lui-même. Il faut aussi noter à ce sujet que l'opportunité d'une décision est habituellement jugée avec une très grande prudence.

Cette forme de contrôle ne repose pas sur une réglementation générale, mais doit être prévue dans chaque cas particulier par la loi et est parfois subordonnée à des conditions particulières.

2. *Appréciation exclusive au regard du droit ou examen aussi des faits?*

Il existe à cet égard des différences intéressantes. Dans les pays où la jurisprudence administrative fait partie intégrante de la jurisprudence ordinaire, le juge fait preuve de beaucoup de réserve en ce qui concerne le contrôle des faits qui sont à l'origine de la décision attaquée. Le rapport britannique donne de plus amples détails sur les cas dans lesquels la constatation des faits peut faire partie de la décision judiciaire. Au Danemark aussi, le caractère civil de la procédure détermine la position du juge en ce qui concerne la constatation des faits. Lors de leur interprétation, le juge se montre réservé à l'égard de l'appréciation de l'organe administratif. En Irlande, le juge n'est que dans de très rares cas compétent pour réexaminer les faits. Quant à la question de savoir s'il a ce pouvoir et, dans l'affirmative, de quelle manière celui-ci doit être exercé, la réponse dépend des dispositions de la loi en question. En Italie, un examen des faits n'intervient que de manière indirecte, à savoir lorsque l'examen de l'activité de l'administration l'implique. En Allemagne, le contrôle de la légalité d'une décision comporte l'examen des faits sur lesquels cette décision se fonde. La même conclusion s'impose en ce qui concerne la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas.

3. *Les critères d'appréciation*

Ceux-ci sont formulés de manière très divergente. Partout est appliquée la règle qui veut qu'une décision ne peut pas être contraire à une prescription obligatoire et qu'un pouvoir ne peut pas être exercé dans un but autre que celui en vue duquel il a été conféré.

Par illégalité, on entend partout non seulement une violation manifeste de la loi, mais aussi son interprétation erronée. L'application du principe de légalité connaît toutefois des développements différents. D'après le rapport allemand, le contrôle de légalité porte sur «les principes d'une administration régulière», le «principe de proportionnalité», le caractère d'une «décision contraire à ce que l'administration a promis à l'intéressé», l'existence d'un comportement contraire à «une pratique administrative constante dans un cas particulier et sans motif» (c'est-à-dire le «principe d'égalité»), l'absence de prise en considération suffisante de toutes les circonstances déterminantes, le fait de «ne pas motiver ses décisions ou d'indiquer ses considérations». Le rapport belge cite le contrôle de l'évaluation des intérêts en cause, la violation des formes, l'excès de pouvoir et les défauts de motivation. Le rapport danois mentionne, outre le contrôle - comme partout d'ailleurs - au regard du texte de la loi, le contrôle de «la régularité des motifs» et «l'application par l'organe administratif du principe de l'égalité». Le rapport français signale que le critère, sinon le seul, du moins le plus important, est «l'excès de pouvoir», «instrument privilégié» du contrôle par le juge administratif. Dans le cadre de ce contrôle, le juge examine en premier lieu, comme partout ailleurs, si le pouvoir discrétionnaire «est exercé par les autorités dans des conditions régulières et à bon escient». Ensuite il examine, «de manière nuancée», l'appréciation même de l'administration. Ces normes sont précisées et commentées dans le rapport français (pp. 63 à 67). Bien que celui-ci constate explicitement que «le contrôle du juge de l'excès de pouvoir ne porte pas sur l'opportunité de la décision prise» (p. 66), il signale aussi à bon droit que «cette notion d'opportunité est imprécise et contingente». Notamment lorsque le juge apprécie l'évaluation des intérêts en présence, telle que l'administration l'a effectuée, il touche de près à une appréciation de l'opportunité de la décision. Le rapport en donne des exemples frappants. Le rapport italien expose que le juge n'examine pas, outre la légalité, l'opportunité de la décision, et bien sa «légitimité», qui est définie comme étant «l'absence de vices d'excès de pouvoir (vices dans l'emploi du pouvoir discrétionnaire)».

Il vérifie «si cette décision n'est pas visiblement contradictoire, ou adoptée sur le fondement de l'existence de faits qui n'existent pas, ou contraire à l'usage suivi, dans des cas semblables, par l'autorité qui décide, ou prise dans des buts autres que ceux implicites de la loi appliquée». L'application qui est faite de ces principes, d'après le rapport, montre que - en plus du strict

contrôle de légitimité - le juge vérifie surtout si l'organe administratif a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable. «On a donc, pourrait-on dire, une idée de bonne administration semblable à celle du *bonus pater familiae* du droit privé.»

En ce qui concerne le Luxembourg, le contrôle porte non seulement sur la «légalité externe», mais aussi sur la «légalité interne» de l'acte. Cette dernière notion recouvre en premier lieu une application large du moyen de violation de la loi. Le Conseil d'Etat contrôle au titre de violation de la loi l'existence matérielle des motifs. De ce fait, le moyen du détournement de pouvoir introduit dans la législation en 1939 n'a qu'une importance réduite. Selon le Conseil d'Etat, il y a détournement de pouvoir lorsqu'une autorité administrative accomplit régulièrement un acte de sa compétence, mais en vue d'un but autre que celui pour lequel l'acte pouvait légalement être accompli (C.E. 3 juillet 1963, Losch). Ce moyen porte sur les mobiles qui ont déterminé l'auteur de l'acte. Il intéresse donc la légalité interne de celui-ci. Le juge est amené à scruter les intentions subjectives de l'agent public. D'autres critères d'appréciation sont les suivants: principe d'égalité, principes généraux du droit, comme par exemple le droit de la défense. Comme la loi ne limite pas spécialement la compétence du Conseil d'Etat, celui-ci se fonde sur «l'esprit de la loi et les intentions générales du législateur».

Aux Pays-Bas, la loi prévoit- pour un certain nombre de recours administratifs - divers critères d'appréciation. Le rapport néerlandais montre que leur application dénote en général la même orientation que dans les pays mentionnés ci-dessus. Il est toutefois intéressant de noter qu'en dehors de la contrariété avec une prescription générale obligatoire, le détournement de pouvoir et l'évaluation raisonnable des intérêts en présence, le quatrième critère, «incompatibilité avec un quelconque autre principe de bonne administration reconnu par la conscience juridique générale», laisse au juge administratif un large pouvoir d'appréciation. D'après le rapport, la jurisprudence a principalement développé à ce titre le principe de gestion administrative consciencieuse, le principe d'égalité, le principe de sécurité juridique, le principe de motivation et le principe de proportionnalité.

Le rapport britannique montre qu'il existe une étroite relation entre les critères d'appréciation et certaines règles particulières de procédure. Il existe en Angleterre deux possibilités nettement distinctes d'attaquer une décision administrative: «l'excès de pouvoir (*ultra vires*)» et «l'erreur dans le texte de la décision». Le premier de ces deux critères est défini dans le rapport comme étant «le principe fondamental du droit administratif anglais», auquel la jurisprudence a rattaché «toute espèce d'excès ou de détournement de pouvoir». Les exemples cités (pp. 112 et 113) montrent qu'en fait, l'orientation de ce critère d'appréciation correspond dans les grandes lignes à la tendance dans d'autres pays, même si ces derniers - comme par exemple les Pays-Bas - font des distinctions formelles. Il est toutefois significatif de constater qu'en Grande-Bretagne, le critère de («illégalité», et par conséquent le caractère «*ultra vires*» d'une décision, qui, ainsi que nous l'avons vu, a une portée étendue, est néanmoins distingué du critère de l'«interprétation erronée du droit». Dans ce dernier cas, on parle d'une «erreur dans le texte de la décision». Au surplus, le rapport britannique signale lui aussi la grande diversité des formes et des normes de la protection juridique dans les divers domaines. Les précédents qui se rapportent à un certain domaine n'ont généralement aucune importance dans un autre domaine, phénomène qui peut aussi être observé dans une mesure plus ou moins importante ailleurs.

B 2. *Les moyens du juge administratif en cas d'illégalité des décisions discrétionnaires*

En général, le juge administratif n'a que le pouvoir d'annuler (*ex tunc*) la décision attaquée, sans qu'il ait pour autant la possibilité de la remplacer par une autre. Dans divers pays, il existe cependant un certain nombre d'except-

lions. Parfois le juge administratif peut *obliger* l'organe administratif à prendre une décision déterminée. Il en est ainsi, dans certaines circonstances, en Allemagne, de même que, dans certains cas définis par la loi, au Danemark et en Irlande. Au Luxembourg, la jurisprudence a «élargi la compétence du Conseil d'Etat et rapproché le contentieux d'annulation du contentieux de pleine juridiction» (n° 37). Toutefois, les deux contentieux restent différents quant à leurs effets.

Aux Pays-Bas, l'organe administratif est non seulement, comme pratiquement partout ailleurs, lié pour sa nouvelle décision par l'opinion du juge administratif, mais il peut aussi, dans un certain nombre de cas, être obligé (sous peine d'une astreinte par exemple) à se conformer à la décision du juge. Lorsque la décision du juge emporte le paiement d'une somme d'argent, cette décision est dans de nombreux cas, aux Pays-Bas, susceptible d'exécution directe. Même lorsque ces possibilités particulières n'existent pas ou existent seulement dans une mesure limitée, on y part manifestement de l'idée que l'organe administratif se conformera à une décision judiciaire.

B 3. *La signification pratique* du contrôle par le juge est appréciée différemment dans les divers rapports. Le fait qu'une affaire n'est soumise à l'appréciation du juge qu'en cas de recours est analysé dans le rapport belge comme un facteur qui limite l'importance du contrôle judiciaire. La limite parfois incertaine entre la compétence du juge administratif et celle du juge civil, la longue durée de la procédure et le fait que le recours n'a pas d'effet suspensif, cependant que le Conseil d'Etat belge ne peut pas suspendre l'effet de la décision attaquée, poussent le rapporteur belge à déclarer que «le contrôle juridictionnel n'apporte que des satisfactions très incomplètes». L'opinion de la plupart des rapporteurs est plus positive. Elle va de l'idée d'une «protection ultime du citoyen ordinaire» (rapport britannique), en passant par la mention «satisfaisante» (rapport danois), jusqu'à l'évaluation en ces termes: «instrument à la fois le plus délicat et le plus approfondi à travers lequel il est possible de protéger le particulier contre l'arbitraire de l'administration» (rapport italien). Le rapporteur français qualifie le fonction de ce contrôle d'essentiellement préventive. Selon lui, la jurisprudence administrative crée «une déontologie de l'administration». Le rapport belge, par contre, se plaint de l'absence d'une pareille «déontologie».

Questionnaire

la. Les rapports français, italien et néerlandais soulignent expressément l'importance essentielle de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'appréciation autonome par l'administration. Les autres rapports permettent d'en déduire une réponse qui va dans le même sens. Ainsi que nous l'avons déjà signalé, la limitation du pouvoir discrétionnaire dans les divers pays est formulée de manières différentes. Fondamentalement, la nature et l'orientation de cette limitation correspondent cependant.

b. Dans plusieurs pays, la loi indique pour certains cas un cadre général, à l'intérieur duquel le pouvoir discrétionnaire peut s'exercer. Il en est ainsi en Belgique, au Danemark, en France, en Italie, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Ailleurs - en Grande-Bretagne, en Allemagne et en Irlande -, il existe principalement des régies non écrites. La différence entre ces deux systèmes est toutefois moins grande que la synthèse qui précède pourrait le faire croire. Même dans les pays où les limites sont définies par la loi, les normes légales sont généralement vagues et elles ont été précisées par la jurisprudence. Même si seul le rapport allemand cite expressément, comme critère de limitation du pouvoir discrétionnaire, les droits fondamentaux, il faut supposer qu'il en va de même ailleurs.

IIa. Les rapports nationaux montrent que, dans la plupart des pays, il se produit d'une manière ou d'une autre que l'administration se lie par une ligne de conduite rendue préalablement publique. Les qualifications juridiques de cette situation présentent toutefois des différences. A ce sujet, il faut noter l'observation contenue dans le rapport irlandais selon laquelle «il n'est pas question que l'organe administratif se décide à une règle de conduite déterminée d'avance, qu'il mettrait en vigueur pour arriver à la décision».

b. La publication de directives au sens visé peut s'effectuer de manières très différentes, soit au moyen de circulaires, soit par la voie de publications dans la presse ou dans des documents officiels (Danemark, Pays-Bas). Il n'y a pas toujours publication; les rapports danois, italien et néerlandais le précisent. D'après le rapport français, les directives qui émanent de l'organe administratif lui-même ne sont pas publiées, ce qui n'empêche pas qu'elles sont généralement révélées en cours d'instruction.

IIIa. En ce qui concerne l'examen de la légalité d'une décision d'un organe administratif, les critères appliqués ne présentent matériellement pas, malgré leurs formulations dissemblables, des différences notables. La compétence de l'organe, le respect de la procédure prescrite par la loi, l'application correcte des dispositions en la matière, la mise en œuvre du pouvoir dans le but en vue duquel il a été conféré, l'exigence d'une gestion soigneuse, sont les critères que l'on retrouve pratiquement partout sous des dénominations différentes. En ce qui concerne l'exigence de motivation, il existe entre les divers pays des nuances.

b. La position du juge administratif à l'égard des faits qui sont à l'origine du litige varie d'un pays à l'autre. Une enquête autonome tendant à constater les faits est en principe effectuée par le juge en Allemagne, en Belgique, en France, au Luxembourg et aux Pays-Bas. La situation en Italie semble à cet égard légèrement différente. Dans le procès administratif italien, le juge n'apprécie pas «directement les faits, mais plutôt l'activité de l'administration: il doit dire si cette dernière a bien instruit l'affaire et si les conclusions tirées par elle sont logiques» (p. 87). Un pareil contrôle est évidemment aussi exercé par le juge administratif ailleurs. Une question intéressante serait celle de savoir si le système italien se distingue effectivement sur ce point des autres. L'examen se limite du reste strictement en Italie aux griefs que l'appelant a fait valoir dans son recours. Le caractère civil de la procédure au Danemark et en Irlande a pour conséquence que, dans ces pays, le juge ne vérifie les faits de manière autonome que lorsque la loi déclare expressément qu'un pareil examen entre dans sa compétence.

Toutefois, au Danemark le juge peut aussi vérifier les faits sans cette compétence mise dans la loi, si l'appelant déclare que l'acte administratif est basé sur des faits faux.

Le droit anglais, enfin, prévoit la «révision judiciaire» entre autres «des points de fait erronés». Toutefois «la Cour hésite toujours à faire des constatations autonomes de pur fait lorsque le point à trancher tourne autour de moyens de preuve contestés et qu'elle n'a pas entendu les dépositions orales» (p. 116). Il existe du reste de nombreux cas limites, dans lesquels des questions de fait et des questions de droit peuvent s'entremêler.

c. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué sous a., le contrôle de légalité va dans la plupart des pays plus loin qu'un simple examen au regard des textes de loi que l'organe administratif a appliqués. Le juge se réfère fréquemment aux principes généraux du droit qui, malgré leurs formulations divergentes, ont en général le même contenu. L'évaluation des intérêts en présence doit avoir été raisonnable, le principe d'égalité ne doit pas avoir été violé, la procédure suivie par l'organe administratif doit avoir été convenable et soigneuse, la décision doit être cohérente et logique, compte tenu des faits, elle ne peut généralement pas produire un effet rétroactif, et autres critères analogues. Le pouvoir d'appréciation qui est laissé à l'administration au Danemark semble toutefois plus étendu qu'il ne l'est, par exemple, en Allemagne et aux Pays-Bas.

d. Un contrôle au regard de «normes vagues» se rencontre dans chacun des pays. Quelques rapports seulement examinent la question de savoir si une formulation subjective ou au contraire une formulation objective de normes vagues a des conséquences pour l'appréciation par le juge. Il semble que les normes contenues dans la loi, qui laissent à l'organe administratif une certaine liberté d'appréciation, sont généralement examinées, en ce qui concerne ce pouvoir d'appréciation, au regard des principes généraux du droit. Le rapport français contient cette information intéressante selon laquelle «le juge s'efforce de dégager des textes (de la loi), si imprécis ou sommaires qu'ils soient, et en se référant à leur objet ou à leur esprit, des critères juridiques» (p. 65). Cette situation n'est pas fondamentalement différente de celle qui existe aux Pays-Bas. D'après le rapport danois, le juge a «compétence pour vérifier si la norme a été appliquée, mais il ne vérifiera guère l'évaluation de plusieurs normes appliquées». Les autres pays se situent entre ces deux extrêmes. Les exemples que cite le rapport britannique (pp. 117 et 118) montrent que le juge anglais, partant de l'idée que «la loi n'a pas entendu refréner l'accès aux tribunaux pour les différends de caractère judiciaire», interprète très strictement les dispositions légales qui tendent à limiter ou à exclure le contrôle par le juge même si elles sont vagues et générales.

e. Lorsque l'administration dispose d'une marge d'appréciation, celle-ci est généralement respectée. Le juge ne se substitue pas à l'administration. La mesure dans laquelle cette liberté d'appréciation de l'administration est ménagée diverge toutefois. Il semble que la limitation que le juge s'impose à cet égard soit la plus grande au Danemark. Au Luxembourg, le juge vérifie si «l'appréciation discrétionnaire de l'administration ne prête pas à critique au regard des motifs invoqués ou du but avoué ou présumé». En Angleterre, le juge n'examine pas - sauf exceptions - «les mérites de l'affaire». Dans les autres pays, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un organe administratif est contrôlé au regard des principes généraux du droit, les limites plus ou moins strictes de ce contrôle dépendant de circonstances telles que la réglementation légale ou la nature de la matière concernée.

IV. En général, le juge peut, s'il existe des motifs de prendre cette mesure, annuler la décision attaquée. Il la déclare du reste parfois nulle. Un exemple d'une pareille annulation est cité dans le rapport britannique (pp. 117 et 118). L'annulation opère généralement *ex tunc*. Dans quelques cas, la décision peut ou doit être renvoyée pour réexamen: cette situation se produit parfois en Angleterre et en Irlande. L'obligation pour l'organe administratif de prendre une nouvelle décision conforme au jugement rendu existe dans de nombreux cas aux Pays-Bas. Dans la mesure où la décision judiciaire prévoit le paiement à l'appelant d'une somme d'argent, cette décision se substitue parfois à la décision attaquée (notamment en matière d'assurances sociales) et constitue dans un certain nombre d'autres cas un titre exécutoire. En Allemagne, «lorsque l'administration s'est liée elle-même par un exercice constant de son pouvoir dans un sens déterminé ou par une promesse ou lorsqu'elle n'a plus d'autre choix, le juge peut obliger l'administration à prendre un acte déterminé» (p. 22). Lorsque la décision judiciaire ne débouche pas sur une nouvelle décision de l'administration, il est généralement admis que celle-ci devra tenir compte de la décision judiciaire à l'avenir.

V. Voir les différents rapports.

VI et VII. La distinction entre l'appréciation de la légalité de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et l'appréciation de son opportunité n'est pas toujours nette. Le rapport français déclare que «le contrôle du juge de l'excès de pouvoir ne porte pas sur l'opportunité de la décision prise». La limite entre «opportunité» et «légalité» est toutefois «imprécise et contingente». En général, «le juge se livre à une opération intellectuelle qui va jusqu'à substituer l'appréciation du juge à celle de l'administration» (p. 67). Le rapport luxem-

bourgeois se prononce dans une large mesure dans le même sens (p. 108). Le rapporteur italien constate que «le juge rejette fréquemment des recours portés contre des décisions administratives qui lui paraissent cependant inopportunes». Souvent l'opportunité peut difficilement être appréciée. Toutefois, même lorsque le contrôle se borne à un examen au regard des principes généraux du droit, on estime que l'inopportunité peut se transformer en illégalité. Les limites entre ces deux notions «sont posées en appliquant des principes de logique commune et non de logique juridique. Elles sont par conséquent dans quelque mesure liées à la personnalité des juges» (pp. 89 et 90).

Le rapporteur allemand constate que la pratique au cours de vingt-cinq années a montré que la crainte que le juge ne se substitue à l'administration n'est pas fondée. Le juge a fait preuve à l'égard de l'administration de réserve «sans qu'il néglige la protection de l'individu contre la puissance publique» (p. 24).

La limitation du pouvoir du juge à un contrôle de légalité conduit le rapporteur belge à observer qu'«il ne faut toutefois pas se dissimuler que le contrôle juridictionnel ne peut espérer atteindre son but que très imparfaitement» (p. 42). Il estime dès lors que «la qualité et la portée du contrôle du pouvoir discrétionnaire nous paraissent devoir être recherchées dans une complémentarité nécessaire entre le contrôle hiérarchique et de tutelle, d'une part, et le contrôle juridictionnel, d'autre part» (p. 41).

Selon les rapporteurs danois et irlandais, une nette distinction est faite dans ces pays, en ce qui concerne le contrôle judiciaire, entre l'appréciation de la légalité, qui relève de la compétence du juge, et l'appréciation de l'opportunité, qui est soustraite à sa compétence. Le rapport britannique va dans le même sens, encore qu'il signale lui aussi que «lès faits» et «le droit» ne peuvent pas toujours être nettement séparés. Pour pouvoir constater concrètement ce qui dans un cas d'espèce est de droit, le juge est alors obligé d'entreprendre un examen des «faits». Parfois la loi confère un «droit d'appel (distinct de la révision)». Dans ces cas, le juge examinera l'affaire dans son ensemble et au fond.

Le rapport néerlandais expose qu'une nette distinction est faite aux Pays-Bas, comme ailleurs, entre la légalité et l'opportunité. L'énoncé dans la législation et dans la jurisprudence de principes généraux de bonne administration lie toutefois l'administration à un certain nombre de normes objectives, qui favorisent le contrôle effectif par le juge, sans pour autant entraver le nécessaire pouvoir d'appréciation de l'administration.