

RAPPORT POUR L'ALLEMAGNE FEDERALE

par

ALFRED FISCHER

Conseiller à la Cour administrative suprême de la République fédérale
d'Allemagne

PLAN

A. POUVOIR DISCRETIONNAIRE ET OPPORTUNITE DES DECISIONS ADMINISTRATIVES

I. Le pouvoir discrétionnaire et sa délimitation aux autres pouvoirs de l'Administration

1. Notion de pouvoir discrétionnaire
2. Compétence liée
3. Notions juridiques indéterminées

II. Les limites du pouvoir discrétionnaire

1. Règles générales
2. Normes limitant le pouvoir discrétionnaire
3. Combinaison du pouvoir discrétionnaire avec des conditions
4. Transformation du pouvoir discrétionnaire en compétence liée

III. Les problèmes provenant du droit constitutionnel

1. Le principe de «l'Etat de droit»
2. La protection des droits fondamentaux

IV. Le champ d'application essentiel du pouvoir discrétionnaire

1. Intervention de l'Etat en matière économique
2. Aménagement du territoire, urbanisme, construction des autoroutes et d'autres routes, tracé de lignes de métro ou de chemin de fer
3. Matières classiques de l'Administration

B. ETENDUE ET LIMITES DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

1. Généralités

1. Le recours concernant les décisions discrétionnaires
2. Le contrôle indirect des actes réglementaires et des circulaires
3. Les moyens du juge administratif en cas d'illégalité des décisions discrétionnaires

II. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire

1. Les bases de ce contrôle
2. Le contrôle des motifs

III. Le contrôle en cas de marge d'appréciation

Conclusion

A. POUVOIR DISCRETIONNAIRE ET OPPORTUNITE DES DECISIONS ADMINISTRATIVES

I. Le pouvoir discrétionnaire et sa délimitation aux autres pouvoirs de l'Administration

1. Notion de pouvoir discrétionnaire

En droit administratif allemand, on entend par la notion de pouvoir discrétionnaire (en allemand: «Ermessen») la plus ou moins grande liberté reconnue par une loi ou un règlement à l'Administration de choisir, en réglant un cas concret, entre plusieurs décisions différentes et, par conséquent, d'agir dans un sens ou dans l'autre. L'Administration peut décider de ce qu'elle prend ou non un acte. Elle a aussi la faculté de lui donner tel ou tel contenu et de le rattacher à des conditions et à des modalités à remplir par le requérant sous la réserve que la loi ou le règlement n'y dispose pas autrement. Elle peut apprécier l'opportunité de la mesure à prendre, ce qui prouve qu'il n'y a pas de différence entre les notions de pouvoir discrétionnaire et d'opportunité, parce que l'une englobe l'autre. Discrétionnaire ne veut pas dire «arbitraire», car il n'y a jamais, on le verra, pur pouvoir discrétionnaire.

S'il y a un pouvoir discrétionnaire, la loi ou le règlement se sert du terme «... peut...» qui exprime que l'Administration a le choix de prendre ou non la mesure en question. Même sans employer ce terme, le pouvoir discrétionnaire peut résulter du contexte. Il arrive aussi que le texte dise: «L'Administration doit prendre tel ou tel acte», ce qui ne veut pas dire qu'elle soit obligée de prendre l'acte indiqué, mais ce qui exprime seulement que l'Administration est généralement tenue d'agir comme prévu, mais qu'elle est autorisée à ne pas le faire, s'il s'agit d'un cas exceptionnel. Pour éviter des malentendus, il faut dire que le terme «...peut...» dans un texte a quelquefois le sens d'indiquer seulement la compétence de l'autorité administrative à prendre une telle mesure sans lui reconnaître la faculté de choix contraire.

2. Compétence liée

Contrairement au pouvoir discrétionnaire, on parle d'une compétence liée, si l'Administration est tenue de prendre une décision déterminée sans qu'elle puisse choisir. Si les conditions légales sont réunies, elle doit prendre l'acte en question. Il existe donc une différence très nette entre la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire. Lorsque l'Administration ne décide pas dans le sens que lui impose la loi ou le règlement, elle a pris une mesure illégale.

Quand elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire et qu'elle respecte le but de son habilitation et les limites de son pouvoir, il ne s'agit que d'une question d'opportunité, à savoir, si la décision prise est opportune ou inopportune. En aucun cas, sa décision est illégale.

3. Notions juridiques indéterminées

Les difficultés de tracer exactement les limites entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée commencent à surgir, lorsque le texte législatif ou réglementaire renferme des notions plus ou moins déterminées. C'est notamment le cas, s'il s'agit des notions tirées de l'expérience ou des critères de valeur qui nécessitent un jugement d'expert. On peut parler aussi des normes «vagues» qui sont évidemment difficiles à cerner; ex. l'intérêt public, l'utilité publique, le besoin public, l'ordre public ou la sécurité de l'Etat. Autrefois, la doctrine les considérait comme des critères discrétionnaires. Après la guerre de 1939 à 1945, la juridiction administrative, soucieuse d'une protection juridictionnelle efficace du particulier contre le pouvoir public, a dit qu'une notion juridique même indéterminée n'est susceptible que d'une seule interprétation et ne laisse donc à l'Administration aucune marge d'appréciation.

Depuis une date assez récente, il s'est produit une évolution importante. La jurisprudence de la Cour administrative suprême s'est prononcée de nouveau sur les notions juridiques indéterminées et a reconnu à l'Administration, pour quelques notions, une certaine marge d'appréciation.

Dans un arrêt du 16 déc. 1971 (1), elle a refusé de contrôler pleinement la question de savoir si une revue hebdomadaire a un contenu licencieux portant atteinte à la protection de la jeunesse, parce que l'Administration détient une marge d'appréciation («Beurteilungsspielraum»). De même, le juge administratif refuse de vérifier l'appréciation des épreuves et des examens (2), d'apprécier la valeur d'un fonctionnaire (3), d'évaluer un poste de fonctionnaire en vue de sa rétribution (4), de juger de la notion de «considérations de politique commerciale» (5).

En revanche, le juge administratif contrôle de manière constante: l'indignité à être fonctionnaire par suite des peines encourues (6), la nécessité du service pour une mutation (7), l'atteinte à la réputation et au moral de l'armée (8), la sécurité de la circulation (9), la raison importante au sens de l'art. 3 de la loi relative au changement de nom (10), l'aptitude physique d'un fonctionnaire ou d'un automobiliste (11), le caractère artistique ou pittoresque des sites et monuments (12), la nécessité d'une exception aux heures de fermeture des magasins (13).

Il y a là une jurisprudence extrêmement nuancée, qu'il est très difficile de ramasser en quelques formules nettes et précises. On peut résumer la jurisprudence sur la marge d'appréciation comme suit.

Il y a une marge d'appréciation, s'il s'agit

a) des décisions d'une commission qui se compose de membres étant indépendants, non soumis aux instructions et experts en la matière (ex. jurys d'examen, office fédéral pour la vérification des publications pouvant porter atteinte à la protection de la jeunesse, commission pour la protection des monuments et sites - contrairement à l'arrêt mentionné ci-dessus -)

b) d'une décision sur la qualification personnelle, lorsqu'elle nécessite une connaissance assez longue de l'intéressé que le juge administratif ne peut vérifier, ex. appréciation de la valeur d'un fonctionnaire

c) des notions à l'application desquelles l'Administration est amenée à pronostiquer le futur développement de l'affaire à condition que ces prévisions ne se bornent pas au cas concret, notamment à la personne de l'intéressé, mais sont influencées de manière déterminante par des aspects politiques, économiques, sociaux ou culturels et, par conséquent, ne sont pas exactement prouvables, ex. les besoins sociaux de la population, les besoins économiques.

En fait, il s'agit dans ces cas-là de quelque chose d'autre que d'un véritable pouvoir discrétionnaire, à savoir d'un acte à l'origine duquel se trouve un jugement et non seulement une volition. C'est un phénomène de subsumption qu'on peut qualifier d'appréciation fondée sur un jugement par opposition au véritable pouvoir discrétionnaire qui est la liberté d'agir. Lorsque le juge laisse à l'Administration une marge d'appréciation, c'est pour la bonne raison qu'il n'a pas les connaissances nécessaires pour porter lui-même une appréciation valable et qu'il considère l'Administration comme le meilleur expert.

II. Les limites du pouvoir discrétionnaire

1. Règles générales

Comme on l'a déjà exposé plus haut, il n'y a jamais un véritable pouvoir discrétionnaire. Ce qui existe, c'est le fait que la liberté d'agir de l'Administration est, en quelques matières, plus grande et, en d'autres, moins grande. La loi ou le règlement impose à l'Administration de respecter, en usant de son pouvoir discrétionnaire, certaines limites. Elles ne sont pas toujours expressément indiquées dans le texte. Dans ce cas-là, il y a quelques règles que l'Administration doit prendre en considération lorsqu'elle prend une décision.

Lorsque la loi ou le règlement ne dit pas à quel but l'action administrative est soumise et dans quelles limites elle peut s'exercer, l'autorité administrative compétente doit scruter le texte en sa totalité et notamment le contexte dans lequel se trouve la disposition reconnaissant un pouvoir discrétionnaire à l'Administration, pour savoir quel est le but à poursuivre. Il s'agit ici de découvrir les intentions du législateur. Le but fait apparaître les limites à respecter, parce que l'Administration est tenue de ne pas user de son pouvoir discrétionnaire en vue d'un but autre que celui pour lequel il lui a été conféré.

Avant de prendre une décision, l'autorité administrative doit constater tous les faits qui forment la base indispensable de la décision à prendre et dont la nécessité résulte du texte même de manière implicite. De plus, il ne suffit pas de les rechercher, mais aussi de tenir compte d'eux pour trouver la solution la meilleure du cas concret. L'intéressé a le droit à l'usage correct du pouvoir discrétionnaire, lorsqu'il a été reconnu à l'Administration non seulement dans l'intérêt général, mais aussi dans l'intérêt des particuliers déterminés dont fait partie l'intéressé.

En ce qui concerne l'ampleur du pouvoir discrétionnaire dans les matières où le texte conférant à l'Administration ce pouvoir n'en dit rien ou très peu, on peut en déduire que l'autorité administrative dispose d'une grande liberté d'agir qui trouve ses limites dans les tâches à accomplir.

Pour en donner un exemple, il y a un arrêt de la Cour administrative suprême concernant l'entrée en charge des officiers supérieurs de la troupe fédérale de police pour la protection de la frontière (Bundesgrenzschutz) à l'armée fédérale (Bundeswehr). C'est une commission de la diète fédérale (Bundestag) qui peut former opposition à ce changement de service d'un officier. Le droit d'opposition est presque illimité, parce qu'il dépend de motifs très différents (14). De même, le pouvoir discrétionnaire est presque illimité en matière de naturalisation (15). Dans ce contexte, on peut citer un arrêt concernant la révocation d'un maire par le conseil municipal. Dans ce cas, il s'agit d'un vote de défiance qui ne peut être discuté devant le juge administratif.

2. Normes limitant le pouvoir discrétionnaire

En général, c'est le texte législatif ou réglementaire qui indique le motif ayant été décisif de conférer le pouvoir discrétionnaire à l'Administration. Il en résulte le but à poursuivre. Le texte renferme très souvent aussi des indications sur les limites du pouvoir discrétionnaire qui est, par là, très restreint en quelques matières et ceci pour des raisons provenant du droit constitutionnel (infra III). Il y a des textes suivant lesquels l'Administration doit prendre normalement la décision. Cependant, il ne s'agit pas de compétence liée, parce que l'autorité administrative a la possibilité de choix contraire dans des cas exceptionnels (16).

Lorsque le texte législatif ou réglementaire ne se prononce pas précisément sur les intentions du législateur, l'Administration centrale peut user de son pouvoir hiérarchique pour donner des ordres aux autorités administratives subordonnées afin de les instruire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Ces circulaires ou instructions peuvent fixer, en se tenant dans les limites indiquées par le texte, des conditions plus détaillées et des formalités. Les autorités administratives subordonnées sont tenues de s'y conformer. Mais puisqu'il s'agit de règles générales, elles peuvent s'en écarter, lorsque le cas concret y donne lieu. L'observation des circulaires ou d'un usage administratif interrompu peut amener l'Administration à une «auto-obligation» ce qui veut dire par là, l'Administration s'est liée et ne peut s'en écarner sans raison valable (17).

3. *Combinaison du pouvoir discrétionnaire avec des conditions*

Il y a des cas où la règle de droit renferme un certain nombre de conditions de fond sans obliger l'autorité compétente de prendre la décision, si ces conditions sont réunies. Il lui reste la liberté de décider, si elle prend ou non l'acte. On trouve de telles dispositions très souvent en matière de mesures d'exception et de règlements d'autorisation dans les cas, où il n'y a droit à la délivrance même sous les aspects du droit constitutionnel (infra III, 2). Il suffit de présenter deux exemples pour illustrer cette combinaison de pouvoir discrétionnaire et de compétence liée. Suivant l'article 31, alinéa 2 de la loi fédérale relative à la construction et à l'urbanisme, l'autorité administrative de l'équipement et de l'aménagement est autorisée à octroyer un permis de construire dérogatoire aux règles d'urbanisme, lorsque leur application aboutit au cas concret à une rigueur non voulue et que la dérogation est compatible avec les intérêts des voisins. Selon l'article 88, alinéa 2, l'autorité administrative peut retirer l'autorisation de transport de marchandises à longue distance, si des personnes étant responsables de la gestion de l'entreprise ont été plus de deux fois condamnées pour infraction tarifaire.

Dans les deux exemples, l'Administration ne peut agir que si les conditions établies par la loi sont réunies. En revanche, lorsque les demandeurs d'une autorisation d'exception ou le directeur ou les cadres d'une entreprise de transport ont rempli les conditions, l'Administration n'est pas tenue de prendre la décision. Elle peut s'abstenir lorsqu'elle croit y avoir des raisons valables.

Quelquefois, la combinaison avec une condition n'exclut pas le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Dans un arrêt du 13 octobre 1971, la chambre commune des Cours fédérales suprêmes (18) s'est prononcée sur ce problème. Dans ce cas-là, il s'agissait d'une disposition du Code général des Impôts qui dit: la direction des contributions peut remettre l'impôt, si sa perception n'était pas équitable dans le cas concret. La chambre commune a interprété ce texte de manière que l'Administration détienne un pouvoir discrétionnaire et que ses limites résultent de la notion de «non équitable». Une séparation nette entre le pouvoir discrétionnaire s'exprimant par le verbe «peut» et la condition supplémentaire qui se présente comme une notion juridique indéterminée n'est possible que dans les cas où l'exercice du pouvoir discrétionnaire peut tenir compte des aspects qui n'ont pas encore été «consommés» en interprétant et appliquant la notion juridique indéterminée.

4. *Transformation du pouvoir discrétionnaire en compétence liée*

Lorsque l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, il peut arriver qu'à l'égard des circonstances du cas concret l'Administration n'a pas de choix autre que de prendre une seule décision. Cette transformation du pouvoir discrétionnaire en compétence liée se borne à un cas concret. On la trouve souvent, lorsque le pouvoir discrétionnaire est «accouplé» à une notion juridique indéterminée. Pour prendre un exemple, on peut citer la demande en vue d'un changement de nom. S'il y a raison importante, l'Administration peut y faire droit. Lorsque d'après la situation de fait une décision de rejet n'est pas imaginable, le juge administratif peut obliger l'Administration de prendre une décision positive (19).

La transformation du pouvoir discrétionnaire en compétence liée peut résulter aussi de l'application du principe de l'égalité de traitement ou de ce que l'Administration s'est liée elle-même par un exercice constant du pouvoir discrétionnaire en un seul sens (20).

III. Les problèmes provenant du droit constitutionnel

1. Le principe de «l'Etat de droit»

Le pouvoir discrétionnaire pose un problème de droit constitutionnel, parce que, dans un Etat fondé sur le droit, l'individu doit savoir à l'avance, si et dans quelle mesure l'Administration est autorisée à prendre des mesures lui faisant grief. Cette exigence résultant du principe de «l'Etat de droit» n'amène pas à ce que le législateur soit obligé de fixer, dans les matières pouvant toucher les droits ou intérêts des particuliers, minutieusement les conditions de l'action administrative. Il suffit d'en indiquer les limites (21).

La Cour administrative suprême a elle aussi confirmé ce principe. Dans un arrêt du 18 août 1960, elle a rejeté la requête d'un propriétaire qui demandait que la police interdise l'exploitation d'une entreprise qui n'était pas conforme au plan d'urbanisme de ce quartier résidentiel. La Cour a conclu des textes applicables que la police détenait un pouvoir discrétionnaire et n'était pas obligée d'intervenir. Dans ce contexte, elle a affirmé que le pouvoir discrétionnaire est une partie intégrante et légitime de l'ordre juridique et de l'ordre constitutionnel (22).

2. La protection des droits fondamentaux

La constitution met une barrière au pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Suivant l'article 19 alinéa 2 de la Loi fondamentale (la Constitution de la République fédérale), il est interdit qu'une loi ou l'application d'une loi porte atteinte au contenu essentiel d'un droit fondamental. Pour illustrer la portée de cette disposition importante, il semble utile de présenter un exemple: l'article 12, alinéa 1er de la Loi fondamentale dit que tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession. Il est donc interdit au législateur de laisser l'octroi d'une licence professionnelle au pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Certes, la loi réglant l'accès à une profession peut établir des conditions objectives à remplir par le candidat, ex. formation spéciale, bonnes qualités morales, etc. Mais lorsque ces conditions sont réunies, l'Administration doit être tenue de délivrer la licence. La loi ne peut non plus subordonner l'octroi à des notions juridiques indéterminées qui laissent à l'Administration une marge d'appréciation. Dans ce cas, la délivrance dépend d'une décision qui se fonde sur des notions partiellement non contrôlables par le juge administratif et ne correspond pas à l'impératif constitutionnel.

Le pouvoir discrétionnaire peut se transformer par l'influence du droit constitutionnel en compétence liée, parce qu'un requérant a le droit d'obtenir une licence professionnelle, même si sa délivrance est laissée à une décision discrétionnaire de l'Administration (23).

IV. Le champ d'application essentiel du pouvoir discrétionnaire

1. Intervention de l'Etat en matière économique

C'est notamment en matière économique que l'Administration détient un pouvoir discrétionnaire. Le législateur met à la disposition de l'Administration les crédits budgétaires pour intervenir dans les économies (moyens d'incitation, subvention, aides financières, sélectivités fiscales, etc.) et en indique, même d'une manière très sommaire (ex. une notice explicative dans le budget), les conditions d'octroi et le groupe de personnes à favoriser. Le ministre compétent, c'est le ministre des affaires économiques, peut édicter et édicte des circulaires et des instructions aux autorités administratives compétentes qui ne relèvent pas toujours de sa compétence pour indiquer les formalités et les détails de l'octroi. Il va de soi qu'il doit respecter le motif et les limites qu'a exprimés le législateur, dans la plupart des cas, de manière implicite. Mais il faut tenir compte du fait qu'en matière économique l'habili-

talion de l'Administration doit être souple pour lui permettre de s'adapter aux situations et aux besoins économiques changeant très vite. C'est pourquoi le, pouvoir discrétionnaire est plus large que dans les matières classiques de l'Administration. Ce serait certainement aller trop loin dans le cadre du sujet à traiter d'exposer tous les problèmes spéciaux que l'exercice du pouvoir discrétionnaire pose en cette matière. En tant qu'il s'agit des conséquences qui résultent du principe d'égalité, on en parlera dans le cadre de la protection juridictionnelle.

2. Aménagement du territoire, urbanisme, construction des autoroutes, tracé de lignes de métro ou de chemins de fer

Une des tâches nouvelles de l'Administration qui s'est développée après la dernière guerre dans une mesure toujours croissante est l'établissement des plans en matière d'aménagement du territoire, d'urbanisme, de construction de nouvelles routes, de lignes de chemins de fer ou de métro dans les grandes agglomérations. L'autorité compétente d'établir et de mettre en vigueur un plan de la sorte dispose d'un pouvoir discrétionnaire très large; ex. le tracé d'une nouvelle autoroute dépend de beaucoup de facteurs qui doivent être pris en considération et être évalués par l'autorité administrative en établissant le plan. Certes, les intérêts publics qui sont décisifs pour le tracé et pour les lieux des échangeurs exigent que l'autorité compétente dispose d'une souplesse qui lui permet de s'adapter à tous ces besoins. Mais il y a aussi les intérêts des particuliers; ex. les propriétaires des terrains qui sont prévus pour la construction de l'autoroute ou le propriétaire d'un domaine agricole dont l'exploitation sera coupée en deux par le tracé de l'autoroute sans que le plan prévoise un passage souterrain. Dans ces cas, l'autorité compétente est tenue de peser les intérêts opposés, ce qui répond à un impératif de la Loi fondamentale et puis, tout bien pesé, de prendre la décision (24). On se trouve ici en présence du principe fondamental pour un juste exercice du pouvoir discrétionnaire, à savoir peser le pour et le contre.

3. Matières classiques de l'Administration

C'est notamment la matière traditionnelle de police administrative qui est marquée par le fait qu'il y a pouvoir discrétionnaire très large. Certes, les conditions qui doivent être réunies avant qu'une mesure de police puisse être prise en considération, sont exactement définies par les lois ou les règlements et ne laissent aucune marge d'appréciation à la police. Ainsi la question de savoir si la gravité d'une menace à l'ordre public est susceptible de justifier une mesure de police est-elle soumise au contrôle du juge administratif. En revanche, la réflexion de l'autorité de police, si elle veut ou non prendre la mesure, bien que toutes les conditions soient remplies, entre dans le pouvoir discrétionnaire qu'elle détient (25).

Ce pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité de police renferme aussi le choix des modalités de la mesure à prendre. En usant de ce pouvoir, elle a le devoir de concilier le maintien de la liberté de l'individu garantie par la Loi fondamentale et les nécessités de l'ordre public.

De même, elle doit respecter les libertés du commerce et de l'industrie, de la presse et de réunion et ne pas prendre des mesures, s'il y a d'autres moyens aussi efficaces pour lutter contre la menace de l'ordre public (26).

Le même principe s'applique aussi aux mesures en matière de santé publique; ex. les cordons sanitaires (27). Elles ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire pour lutter efficacement contre les dangers provenant des maladies contagieuses ou des épizooties. Lorsqu'il s'agit d'une lutte contre le danger existant pour le public par les eaux polluées d'un service municipal d'approvisionnement en eau, la commune a le droit d'offrir à l'autorité de santé publique un autre moyen aussi efficace que celui qu'elle a prévu. Par là, le pouvoir discrétionnaire, qui s'étend au choix des moyens, est limité (28).

En matière de fonction publique, l'Administration détient aussi un pouvoir discrétionnaire; ex. licenciement d'un fonctionnaire en stage de formation (29), appréciation du mérite d'un fonctionnaire (30), choix entre la mise à la retraite ou le licenciement d'un fonctionnaire non titularisé (31), délégation d'une chaire d'enseignement (32), avancement (33), autorisation d'une activité secondaire privée (34), décisions du conseil fédéral supérieur de la fonction publique concernant la reconnaissance d'équivalence d'un examen passé en Allemagne de l'Est (35).

B. ETENDUE ET LIMITES DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

I. Généralités

1. Le recours concernant les décisions discrétionnaires

L'intéressé peut attaquer une décision discrétionnaire lui faisant grief par voie de recours en annulation. Comme le dit son nom, il a pour objet l'annulation d'une décision administrative étant illégale. Suivant l'article 42, alinéa 1er VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung - Code de procédure devant les juridictions administratives), le recours en annulation ne peut être dirigé que contre un acte administratif. La notion d'acte administratif se borne, en droit administratif allemand, aux actes individuels (concernant une seule personne) ou aux actes collectifs (concernant plusieurs personnes individuellement désignées), mais n'englobe pas les actes réglementaires. Ceux-ci ne peuvent être soumis au contrôle direct du juge administratif, sinon un texte législatif introduit une procédure spéciale de contrôle des actes réglementaires. Le Code de procédure devant les juridictions ne renferme pas - lui-même - un tel texte, mais il autorise - il s'agit en cette matière d'après le système fédéral d'une législation concurrente (l'article 72 de la Loi fondamentale) - les Etats membres de la République fédérale (Länder) à introduire dans leur législation cette procédure spéciale. En général, le contrôle des actes réglementaires en ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne peut être effectué par le juge administratif que de façon incidente. Les instructions ou circulaires de caractère général ne peuvent jamais être contrôlées d'une autre manière que de façon incidente.

2. Le contrôle indirect des actes réglementaires et des circulaires

Le contrôle indirect des actes réglementaires par le juge administratif est plus restreint que celui qui s'effectue de manière directe sur les actes administratifs. En Allemagne fédérale, un pouvoir réglementaire originaire n'existe pas. Il se restreint à des mesures d'application que le législateur a déléguées au pouvoir exécutif, c.-à-d. au gouvernement fédéral, à un ministre ou aux gouvernements des Etats membres (Länder). Cette délégation a pour condition que la loi détermine le contenu, le but et l'étendue de l'habilitation ainsi donnée (l'article 80 alinéa I de la Loi fondamentale). Le contrôle de la question de savoir si le pouvoir exécutif s'est tenu à ses restrictions en usant de son pouvoir réglementaire est effectué par le juge administratif, lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation contre une décision administrative se fondant sur un règlement. Quand il parvient à l'opinion que le règlement n'est pas conforme à l'habilitation, il peut le prononcer de son propre chef, mais seulement de façon incidente.

De cette question il faut distinguer l'examen du juge sur l'exercice du pouvoir réglementaire, où le pouvoir exécutif détient un pouvoir discrétionnaire large. Ce contrôle qui s'effectue lui aussi de manière incidente est très restreint. Il a pour objet la question de savoir si le pouvoir exécutif a respecté le principe d'égalité, de proportionnalité et celui qui interdit d'autoriser les autorités administratives à prendre des actes qui sont outre mesure pour régler les affaires en question.

En ce qui concerne les instructions ou les circulaires qui renferment des ordres généraux aux autorités subordonnées pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré, le juge contrôle si elles respectent le sens, le motif et le but du pouvoir discrétionnaire et se bornent à donner des règles générales afin que l'autorité compétente ait encore la possibilité d'adapter sa décision au cas concret. Il résulte du vrai sens du pouvoir discrétionnaire qui a pour but de réaliser la justice dans le cas concret, ce qui n'est pas possible par des règles générales.

3. Les moyens du juge administratif en cas d'illégalité des décisions discrétionnaires

Lorsqu'une décision discrétionnaire est entachée de vice de forme ou illégale, le juge administratif ne peut la remplacer par une autre. Il lui est interdit d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui est réservé à l'Administration. Ce serait un empiétement sur le pouvoir exécutif. C'est pourquoi le juge administratif doit se borner à l'annulation de la décision administrative.

A ce principe, il y a une exception. Lorsque l'Administration s'est liée elle-même par un exercice constant de son pouvoir dans un sens déterminé ou par une promesse ou qu'elle n'a plus d'autre choix, le juge administratif peut obliger l'Administration de prendre un acte déterminé. Le Code de procédure renferme une disposition qui autorise le juge administratif à obliger l'Administration de prendre un acte; ex. le permis demandé par le requérant, si toutes les conditions pour la délivrance sont réunies et qu'il n'y a plus pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative.

II. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire

1. Les bases de ce contrôle

Le juge administratif examine, en cas de besoin, tout d'abord si les faits que l'Administration a retenus pour prendre sa décision sont matériellement exacts. Il n'y a pas de différence pour autant s'il s'agit d'une décision discrétionnaire ou d'une décision où l'Administration dispose d'une marge d'appréciation. Lorsqu'il résulte de cet examen que l'Administration a pris pour base une situation de fait inexacte, le juge doit annuler sa décision sans vérifier si l'Administration ayant connue la situation de fait exacte avait pris la même décision. Si le juge administratif se reconnaissait ce pouvoir, il dépasserait les limites de sa compétence (36).

En général, l'Administration doit motiver ses décisions discrétionnaires, pour que le juge administratif puisse exercer son contrôle. Ce principe n'a pas pour conséquence que les décisions discrétionnaires dépourvues d'une motivation sont, en tout cas, illégales. Lorsque le pouvoir discrétionnaire n'est que peu limité, l'Administration n'est pas tenue de motiver de manière précise sa décision. Il suffit d'indiquer les considérations décisives, parce que le contrôle du juge administratif n'est pas, dans ces cas-là, poussé très loin (37). Mais lorsque le pouvoir discrétionnaire est très réduit, la décision doit être suffisamment motivée. La motivation doit être si détaillée que le juge administratif puisse contrôler si la décision attaquée observe les limites du pouvoir discrétionnaire et n'est pas entachée d'usage fautif du pouvoir. Par conséquent, la décision administrative doit indiquer dans ses motifs toutes les circonstances et considérations qui ont amené l'autorité à prendre cette décision. En tout cas, l'Administration est tenue de s'expliquer sur ses motifs et mobiles devant le juge administratif si elle ne veut pas encourir le risque de voir sa décision annulée. Même si le contrôle du juge administratif est très restreint, il peut demander à l'Administration de s'expliquer pour pouvoir constater s'il n'y a pas de considérations illicites et étrangères à la matière.

Dans ce contexte, il se pose le problème de savoir si et dans quelle mesure il est recevable d'indiquer à posteriori des motifs. Lorsque l'Administration présente au cours du contentieux administratif des motifs qui ont été pris en considération au moment où l'Administration a pris la décision, le juge administratif doit tenir compte d'eux. C'est aussi le cas s'il agit de motifs qui sont nouveaux. Lorsqu'ils peuvent justifier la décision prise, le juge administratif doit rejeter le recours, parce que l'Administration pourrait prendre la même décision sans encourir une annulation. L'annulation servirait, dans ce cas, à rien. La présentation des motifs à posteriori est exclue s'ils amenaient à une modification de la décision attaquée.

2. Le contrôle des motifs

Ce contrôle est effectué d'une manière nuancée pour garantir que la protection juridictionnelle du particulier soit efficace, ce qui répond à un impératif de la Loi fondamentale. L'article 19, alinéa 4 dit qu'un recours juridictionnel est ouvert à quiconque se trouve lésé dans ses droits par la puissance publique. D'autre part, le juge ne doit pas pousser le contrôle du pouvoir discrétionnaire trop loin, parce qu'il entraverait l'action administrative et dépasserait ses pouvoirs. Cela amènerait à une double administration.

L'article 114 du Code de procédure devant les juridictions administratives est le point de départ, parce qu'il concerne le contrôle des décisions discrétionnaires. Il dit:

«Dans la mesure où l'autorité administrative est autorisée à agir discrétionnairement, le juge administratif vérifie si l'acte administratif ou le rejet ou l'omission d'un acte administratif est illégal, parce que les limites légales du pouvoir discrétionnaire ont été dépassées ou qu'il été fait usage du pouvoir discrétionnaire qui ne correspondait pas au but de l'habilitation.»

Ainsi, la faute commise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire constitue tantôt un *dépassement du pouvoir* discrétionnaire tantôt un *usage fautif de ce pouvoir*.

Il y a *dépassement du pouvoir discrétionnaire*, lorsque l'autorité administrative ne respecte pas les limites que la loi ou le règlement a mises à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il s'agit d'une violation de droit. En revanche, lorsqu'une circulaire prescrit un usage déterminé du pouvoir discrétionnaire, la décision ne respectant pas ces ordres n'est pas illégale à condition qu'elle ne dépasse pas les limites légales. On parle d'un dépassement du pouvoir discrétionnaire, si la décision administrative n'est plus compatible avec les principes d'une Administration régulière, ne respecte pas le principe de proportionnalité ou renferme une regueur non équitable ou insupportable qui entraîne un empiètement grave sur la vie professionnelle de l'intéressé (38). On parle occasionnellement d'un dépassement des limites du pouvoir discrétionnaire, lorsque l'Administration a promis à l'intéressé d'user de son pouvoir discrétionnaire d'une manière déterminée et prend ensuite une décision contraire. En fait, il n'y a plus de pouvoir discrétionnaire parce que l'autorité administrative s'est liée d'avance.

Dans *l'usage fautif du pouvoir discrétionnaire*, il faut distinguer plusieurs catégories dont la plus importante est l'abus du pouvoir discrétionnaire. On peut le comparer au détournement de pouvoir dans le droit administratif français. Il s'agit ici d'une violation de droit, parce que le droit cesse où l'abus commence. Il y a pouvoir discrétionnaire lorsque l'Administration fait reposer un acte légal du point de vue formel sur des considérations illicites ou étrangères à la matière. Lorsque l'Administration qui prend une décision s'estime liée par la loi alors qu'en réalité elle peut décider discrétionnairement, il s'agit d'un usage fautif du pouvoir discrétionnaire sous la forme d'erreur de droit. Quelquefois la jurisprudence administrative parle d'un usage fautif du pouvoir discrétionnaire, lorsque l'Administration abandonne une pratique administrative constante dans un cas particulier et sans motif impérieux, notamment lorsqu'elle ne respecte pas le principe d'égalité. En fait, il s'agit de ce que l'Administration s'est liée par sa pratique constante ou qu'elle est liée par

le principe constitutionnel, de sorte qu'il n'y a plus de pouvoir discrétionnaire. Le principe d'égalité n'a pas pour conséquence que l'Administration est toujours liée à sa pratique. Elle peut la changer, lorsqu'il y a des motifs impérieux, même de pure opportunité. Quand la pratique s'appuie sur des instructions ou circulaires, le particulier a droit à une décision conforme aux ordres de la circulaire (39).

Une pratique administrative constante qui est illégale ne peut amener à ce que l'Administration soit liée. Même le principe de l'égalité de traitement n'oblige pas l'autorité administrative à continuer cette pratique parce que ce principe n'a force obligatoire que s'il s'agit d'une pratique conformément au droit (40). L'exercice du pouvoir est aussi fautif lorsque l'autorité administrative n'a pas tenu compte de toutes les circonstances pour la décision.

III. Le contrôle en cas de marge d'appréciation

En ce qui concerne les notions juridiques indéterminées qui laissent à l'Administration une marge d'appréciation, le contrôle du juge est plus poussé qu'en cas de décisions discrétionnaires. L'autorité administrative est obligée de présenter au juge toutes ses réflexions et considérations qui l'ont amenée à l'interprétation et à l'application de la notion en question. Par là, le juge administratif peut examiner si la décision peut être soutenue par des raisons plausibles, c.-à-d. si elle est défendable. Lorsque ce n'est pas le cas, le juge peut remplacer l'interprétation de l'Administration par une autre en respectant dans une certaine mesure les raisons qu'a présentées l'Administration.

Quand il s'agit de décisions en matière d'épreuves et d'examens, le juge contrôle si la décision attaquée ne viole pas les principes d'appréciation généralement reconnus. Il y a ici beaucoup de questions qui sont encore ouvertes, parce qu'il s'agit d'un ensemble de questions qui actuellement plus que tout autre se pose au droit administratif allemand. La jurisprudence administrative, même celle de la Cour administrative suprême, hésite de reconnaître, abstraction faite de cas très rares, que l'Administration est autorisée à apprécier des questions de «droit».

Conclusion

On avance très souvent les arguments que le juge administratif devrait s'abstenir du contrôle du pouvoir discrétionnaire, sinon le contrôle juridictionnel serait sans bornes, que l'Administration serait paralysée et que, en outre, un organe politiquement non responsable et non expérimenté prendrait en mains des tâches administratives, ce qui aurait pour conséquence une «double administration». Tous ces arguments sont mal fondés. Ils émanent de l'idée que le juge administratif devrait accepter les décisions discrétionnaires comme légales. La théorie de paralysie ou «d'asthme» est soutenue depuis l'installation d'une juridiction administrative qui dispose d'une compétence presque illimitée. Mais depuis vingt-cinq ans on attend en vain la paralysie de l'Administration, parce que le juge administratif a exercé ses compétences avec compréhension et souplesse et a refusé de se substituer à l'Administration. La situation a changé. Comme le montre la jurisprudence récente, elle a amené le juge à plus de réserve sans qu'il néglige la protection de l'individu contre la puissance publique, une tâche importante et nécessaire pour que les libertés indispensables pour une démocratie puissent subsister.

Liste des abréviations

BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band und Seite
Recueil des arrêts de la Cour fédérale constitutionnelle, tome et page

BVerwGE Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Band und Seite
Recueil des arrêts de la Cour administrative suprême, tome et page

MDR Monatsschrift für Deutsches Recht
Revue mensuelle du droit allemand

NJW Neue Juristische Wochenschrift
Nouvelle Revue hebdomadaire juridique

Liste

- (1) BVerwGE 39,197
- (2) BVerwGE 40, 358
- (3) BVerwGE 26,65
- (4) BVerwGE 36, 218
- (5) MDR 1965, 772
- (6) E 15,128
- (7) E 26,65
- (8) E 17, 5
- (9) E16,116
- (10) E 15, 207
- (11) E 2, 259; 16, 285; 33, 62
- (12) E 24, 60
- (13) BVerwG MDR 1974, 872
- (14) BVerwGE 12, 20
- (15) E 6,186
- (16) E 12, 284; 20,117
- (17) E 5,79; E 8,4; E 19,48
- (18) E 39,355
- (19) E 36, 357
- (20) E 11, 95; E 19,48; E 28,278
- (21) BVerfGE 9,137
- (22) E 11,95
- (23) E 7, 314
- (24) E 34,301; 41,67
- (25) V. N°19
- (26) E 26,135
- (27) E 39,190
- (28) E 2,192
- (29) E 10,75; 32, 237
- (30) E 8,192
- (31) E 22, 215
- (32) E 24, 307
- (33) E 15,3
- (34) E 29,30, 4; 31,241
- (35) E 32,148
- (36) E 7,100
- (37) G 186:12,20,20,166
- (38) BVerwG MDR 1956, 633
- (39) E 35,159
- (40) BVerwG NJW 70, 675