

RAPPORT LUXEMBOURGEOIS

par

ROGER MAUL
Conseiller d'Etat et membre du Comité du Contentieux

et

ERNEST ARENDT
Conseiller d'Etat

SOMMAIRE

Numéros

Chapitre I - La notion du pouvoir discrétionnaire en droit administratif luxembourgeois

Section I - Généralités

Section II - Evolution de la notion de pouvoir discrétionnaire en jurisprudence administrative luxembourgeoise

Section III - Essai d'une définition du pouvoir discrétionnaire

Chapitre II - Domaines d'application du pouvoir discrétionnaire en droit administratif luxembourgeois

Section I - Domaine législatif

Section II - Domaine réglementaire

Chapitre III - Etendue et contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire

Chapitre IV - Exemples pratiques

Section I - En matière législative

Section II - En matière réglementaire

Section III - Jurisprudence

Chapitre V - Appréciation finale

CHAPITRE I - LA NOTION DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE EN DROIT ADMINISTRATIF LUXEMBOURGEOIS

Section I - Généralités

1. Il y a pouvoir discrétionnaire pour l'administration, lorsque la loi ou le règlement prévoyant pour l'administration une certaine compétence à l'occasion d'un rapport de droit avec un particulier, laisse à l'administration un libre pouvoir d'appréciation pour décider si elle doit agir ou s'abstenir et à quel moment elle doit agir, comment elle doit agir et quel contenu elle va donner à son acte. Le pouvoir discrétionnaire consiste donc dans la libre appréciation laissée à l'administration de l'opportunité de son activité.

Ce n'est que lorsqu'il s'agit de droits compris dans des situations légales ou réglementaires que le rapport de droit prévu peut comporter un pouvoir discrétionnaire et non lorsque l'on est en présence de droits subjectifs découlant d'une liaison contractuelle ou administrative.

2. Il n'y a plus pouvoir discrétionnaire, lorsqu'un certain objet sera imposé à l'acte par la loi ou le règlement, lorsque sera imposé légalement l'effet qu'il est opportun de faire produire à l'acte. L'administration n'a plus de liberté d'appréciation quant au contenu à donner à l'objet de l'acte. Son pouvoir n'est plus discrétionnaire: il y a compétence liée.

Section II - Evolution de la notion de pouvoir discrétionnaire en jurisprudence administrative luxembourgeoise

3. Originellement, le Conseil d'Etat se déclarait incompétent pour examiner et vérifier les faits des litiges qui lui étaient soumis. C'est de son rôle de Cour de Cassation qu'il tirait cette importante réduction de son contrôle juridictionnel. Le Comité du Contentieux résumait ses pouvoirs en déclarant qu'il lui incombe uniquement de contrôler la légalité formelle de la décision intervenue (C.E. 14.10.1931, Schummers. Pas. XII, 515).

Par légalité formelle le Conseil d'Etat entendait la conformité de la décision administrative avec la disposition légale applicable, sans prétendre à l'examen des éléments de fait étayant la décision. Il rejetait donc le contrôle des motifs de l'acte en précisant qu'il n'avait pas à substituer «son appréciation des faits» à celle de l'autorité.

Ainsi, le problème de base, à savoir celui du contrôle des motifs était nettement formulé et décidé dans un sens négatif: l'appréciation des faits qui motivent l'acte administratif relève du pouvoir discrétionnaire et échappe à tout contrôle juridictionnel.

4. Plus particulièrement, depuis la fin de la dernière guerre, l'on peut constater un revirement de jurisprudence. Circonscrivant et délimitant avec plus de soins et de rigueur la notion de pouvoir discrétionnaire, le Conseil d'Etat vérifiera désormais les motifs des décisions administratives incriminées de violation de la loi. A l'instar de la jurisprudence française, il distinguera l'absence de motifs légaux de l'inexistence des motifs invoqués et élargira ses pouvoirs de contrôle en se servant des notions développées par le droit français.

5. L'on peut trouver à cette évolution de la jurisprudence une double explication:

1. *Révision constitutionnelle du 15 mai 1919:*

6. L'ancien article 32 de la Constitution de 1868 portait que «Le Grand-Duc exercera la puissance souveraine conformément à la présente Constitution et aux lois du pays». La Constitution de 1868 n'ayant, en ce qui concerne la souveraineté, apporté aucun changement radical à la Constitution autoritari-

re de 1856 qui reposait sur le principe monarchique, il faut admettre que l'article 32 ancien ne limitait les pouvoirs du Grand-Duc que dans leur exercice et que la plénitude de souveraineté continuait à résider dans les mains du Grand-Duc.

Ce n'est que depuis la révision constitutionnelle du 15 mai 1919 que ledit article 32 dispose que la puissance souveraine réside dans la Nation et que le Grand-Duc n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même.

A partir de ce moment, la liberté d'appréciation de l'administration est nécessairement plus restreinte qu'elle ne l'était avant 1919.

2. *Modification législative:*

7. Une loi du 20 juillet 1939, tout en abolissant le régime de la justice retenue qui prévalait dans le domaine des recours pour excès de pouvoir, a ajouté aux trois causes d'ouverture traditionnelles existant depuis 1866 (incompétence, excès de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés) une quatrième cause, à savoir celle du détournement de pouvoir.

8. Si, jusqu'à la loi du 20 juillet 1939, le Conseil d'Etat avait été hostile à l'idée d'un contrôle juridictionnel de la légalité interne des décisions administratives, une évolution vers une compétence élargie de la juridiction administrative se dessina dès avant la loi nouvelle. Des arrêts annulant des refus de bâtir annonçaient clairement la nécessité du contrôle des motifs administratifs. Une formule frappante apparaît dans un arrêt de 1936 qui, admettant le pouvoir discrétionnaire régulièrement exercé, ajoute que l'arrêté attaqué ... apparaît encore au regard des considérations y invoquées, inspiré par le bien public comme but déterminant (C.E. 19.2.1936, Pas. IX, 6, cité par Bonn dans «L'examen du fait par le Conseil d'Etat», livre jubilaire, p. 547).

9. Mais c'est la loi du 20 juillet 1939 qui devait, par l'admission du détournement de pouvoir comme cause d'annulation, faire tomber les hésitations. Par la suite, le Conseil d'Etat s'est reconnu le droit et l'obligation de vérifier et de censurer les motifs des actes administratifs.

Le contrôle de la juridiction administrative porte en premier lieu sur l'existence et l'exactitude matérielle des motifs. Il censure ainsi l'erreur de fait.

Le Conseil d'Etat vérifie ensuite si les motifs dûment établis sont de nature à motiver la décision attaquée. C'est le contrôle de la valeur légale des motifs qui conduit à la censure de l'erreur de droit.

A ce sujet, certaines décisions jurisprudentielles seront examinées plus en détail au chapitre III.

Section III - Essai d'une définition du pouvoir discrétionnaire

10. Le pouvoir discrétionnaire reste une notion fuyante dont il n'existe pas de définition légale. Son interprétation est œuvre prétorienne. Compte tenu de l'évolution jurisprudentielle, on pourrait définir le pouvoir discrétionnaire en droit administratif luxembourgeois comme étant la compétence exorbitante facultative que la loi reconnaît à un organe administratif de prendre dans la limite de ses attributions les décisions qu'il juge opportunes et qui se situent dans le cadre de l'ordre juridique en vigueur.

Précisons les termes de cette définition:

1. *Compétence exorbitante:*

11. La plupart des pouvoirs administratifs sont des pouvoirs conditionnés. Or, nous nous trouvons ici devant une compétence hors du commun que nous appellerons «compétence ex-autorisation» qui s'oppose à la compétence liée.

Avec Michoud, le Conseil d'Etat admet qu'il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit. Le pouvoir discrétionnaire de l'organe est d'autant plus étendu que sa liberté est plus grande.

2. *Compétence facultative:*

12. Le pouvoir discrétionnaire n'apparaît que lorsque l'organe a le choix entre plusieurs décisions. Il «peut» ou «pourra» prendre telles décisions s'il a intérêt pour agir. Même lorsque le législateur n'a donné qu'une définition vague ou partielle, le détenteur de ce pouvoir dispose d'un «droit» et non d'un «devoir» pour accomplir sa mission. Il a ainsi la faculté de concrétisation et la libre adéquation de l'objet au motif (voire du but). Il ne peut pas poser l'acte.

CHAPITRE II - DOMAINE D'APPLICATION DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE EN DROIT ADMINISTRATIF LUXEMBOURGEOIS

Section I - Domaine législatif

13. L'article 33 de la Constitution dispose que le Grand-Duc exerce seul le pouvoir exécutif et l'article 36 précise que le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution. Ni la constitutionnalité ni la légalité d'une loi ne sont soumises à un contrôle juridictionnel. Ainsi, le législateur peut même porter atteinte à des droits individuels acquis sans indemnité. Il ne s'agit pas là de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais de celui de la puissance souveraine dans la Nation, dont le représentant est le Parlement.

Mais il faut souligner que le Parlement répugne, même dans des lois-cadres, à abandonner entièrement au pouvoir exécutif le droit de prendre librement les mesures d'exécution qui s'imposent. Les textes législatifs fixent à l'exécutif le cadre général dans lequel il désire que l'exécution se situe. Exemples: Loi d'orientation agricole, loi sur l'accès aux activités industrielles ou commerciales ou aux professions libérales, et leur exercice, loi sur l'aménagement du territoire, etc. Ceci est surtout vrai pour les lois conférant au pouvoir exécutif des pouvoirs spéciaux (lois dites habilitantes); ainsi les pouvoirs spéciaux qui prennent la forme de règlements grand-ducaux ne peuvent s'exercer que dans des domaines spécifiques précisés dans le texte légal, à savoir les domaines économique et financier, à l'exclusion du domaine social qui relève constitutionnellement de la compétence du législateur (matières réservées).

Le pouvoir du juge se limitera à examiner si le règlement d'exécution est conforme à la loi invoquée à titre de support.

14. Un autre cas est fourni par le principe de l'inviolabilité et l'irresponsabilité du Grand-Duc qui n'est justiciable d'aucune juridiction (Constitution art. 4). Ainsi, p. ex. l'appréciation de l'urgence nécessaire, soit pour promulguer un règlement d'administration publique pris sur base d'une loi habilitante, soit pour soustraire un règlement d'exécution à l'avis préalable du Conseil d'Etat relève de l'appréciation du chef de l'exécutif. Celle-ci est souveraine et ne saurait être mise en cause devant la juridiction administrative. Il en est de même de l'exercice du droit de grâce (Constitution art. 38, Livre Jubiliaire p. 516) ou de l'octroi ou du refus d'octroi d'ordres civils et militaires (Constitution, article 41).

Section II - Domaine réglementaire

15. Lorsque la loi exceptionnellement ne fixe pas le cadre dans lequel les mesures d'exécution doivent se placer, le pouvoir exécutif a tendance à se ménager un pouvoir d'appréciation aussi large que possible. Les formules

auxquelles les règlements d'administration ont recours sont diverses. Tantôt il s'agira d'une pure faculté d'agir, tantôt le Gouvernement se réserve le droit de déroger à une réglementation donnée, sinon purement ou simplement du moins «si les circonstances le justifient», ou «en cas de circonstances exceptionnelles».

Dans d'autres cas, les conditions objectives édictées (p. ex. conditions d'honorabilité et de qualification professionnelle) relèvent elles-mêmes de l'appréciation de l'administration.

16. L'on peut dire que d'une façon générale, le Conseil d'Etat qui doit obligatoirement - sauf le cas d'urgence - émettre un avis à l'endroit de projets de règlement d'administration publique, n'est pas favorable à de telles formules. Tantôt, il propose que l'appréciation de l'administration tienne compte de critères objectifs, fussent-ils vagues, tantôt il suggère au législateur qu'un règlement d'administration publique soit pris sur avis obligatoire du Conseil d'Etat, ce qui exclut l'invocation de l'urgence. Il est en règle générale hostile à toute délégation ministérielle par la loi et s'oppose à toute subdélégation réglementaire qui ne serait pas expressément prévue par la loi.

Dans d'autres cas, lorsque la loi prévoit qu'une décision gouvernementale ne peut intervenir que sur avis d'une commission dont la composition et le fonctionnement sont réservés à un règlement grand-ducal, le Conseil d'Etat a tendance à proposer que la composition de la commission soit précisée dans le texte légal.

Il est donc permis de dire que la préférence du Conseil d'Etat en tant qu'organe consultatif du pouvoir exécutif et du Parlement marque une tendance indéniable vers l'exercice d'un pouvoir administratif de compétence liée.

17. Un exemple caractéristique de cette façon de voir peut être trouvé dans la loi du 10 décembre 1975 créant un établissement public doté de la personnalité juridique dénommé Centre hospitalier de Luxembourg. Il s'agissait de déterminer l'autorité compétente pour édicter le règlement hospitalier portant organisation médicale et paramédicale.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat pensait que le règlement hospitalier relevait de la compétence de la commission administrative, organe d'administration supérieure de l'établissement public, seule l'approbation de l'autorité de tutelle étant requise. Le Gouvernement ne partageait pas cette façon de voir et insistait pour donner compétence au Ministre de la Santé publique et non à la commission administrative pour édicter le règlement hospitalier.

Le Conseil d'Etat finit par s'incliner, mais s'exprima comme suit:

«Toutefois, le Conseil d'Etat, s'il est d'accord à donner compétence au pouvoir exécutif pour édicter le règlement hospitalier, estime que ce pouvoir ne peut être exercé que par la voie d'un règlement grand-ducal conformément à l'article 36 de la Constitution. En outre, le Conseil d'Etat estime que la collaboration d'instances consultatives telles que le collège médical et le Conseil d'Etat soit prévue en raison des conséquences que le règlement aura sur le fonctionnement de l'hôpital. En effet, le règlement grand-ducal déterminera les principes régissant l'admission des activités professionnelles et les rémunérations du personnel médical, pharmaceutique et paramédical.»

C'est finalement un texte tenant compte des suggestions du Conseil d'Etat qui fut adopté par le Parlement.

18. Dans une autre matière, celle du contrôle des entreprises d'assurances, un article du règlement portant exécution de la loi mettant en concordance le droit national avec les exigences d'une directive communautaire, donnait pouvoir au Ministre des Finances de déroger, lorsque les circonstances le justifient, à certaines règles impératives concernant la composition des actifs représentatifs des réserves techniques. Le Conseil d'Etat s'exprime comme suit: «Quoique le Conseil d'Etat soit en règle générale peu favorable à un texte qui accorde un blanc-seing au pouvoir exécutif dans l'appli-

cation de dispositions réglementaires, il reconnaît que des situations concrètes pourront se présenter où l'octroi d'une dérogation sera dans l'intérêt tant des assurés que de l'entreprise. Comme il est impossible d'envisager dans l'abstrait les particularités de telles situations, le Conseil d'Etat n'est, dans le cas considéré, pas opposé à voir accorder au Ministre des Finances des pouvoirs plus étendus: il agira en fonction de l'intérêt général que la loi et le règlement lui donnent mission d'assurer.».

CHAPITRE III - ETENDUE ET LIMITES DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

19. L'activité du pouvoir exécutif est en principe dans son ensemble soumise au contrôle juridictionnel. Il faut cependant faire exception pour

- 1) les actes de Gouvernement:
 - les actes d'expulsion-CE 20.1.1876, Mangin, Pas. 1, 113; (jurisprudence actuellement dépassée: voir ci-dessous N° 34);
 - les relations internationales;
 - les décisions relatives au rapport avec une puissance étrangère (CE 26.4.1933, Weber, Pas. XIII, 108);
 - les rapports entre la Chambre des Députés et le Grand-Duc;
 - l'acte portant refus d'agrément d'une option pour la nationalité luxembourgeoise (CE 11.3.1936, Wertz, Pas. XIV, p 8);
 - les décisions prises par une autorité étrangère (CE 22.2.1872, Compagnie des Chemins de Fer de l'Est).
- 2) les mesures d'ordre intérieur, telles que notes, instructions, ordres de services, circulaires, commentaires.
- 3) les actes préparatoires
- 4) les actes à portée générale.

A cet égard, il convient de relever que les dispositions réglementaires à caractère général ne sont pas susceptibles d'un recours en nullité, celui-ci étant limité aux décisions administratives qui règlent certaines situations déterminées, c'est-à-dire individuelles. Cette théorie constitue l'un des traits caractéristiques du Contentieux administratif en droit luxembourgeois.

Toutefois, un tempérament est donné par la voie de l'exception d'illégalité proclamée par l'article 95 de la Constitution devant les tribunaux judiciaires qui est admise également devant le Conseil d'Etat. Celui-ci, tout en admettant qu'un règlement général n'est pas annulable par voie principale examine la légalité pour éventuellement annuler les décisions individuelles prises par l'administration sur la base du règlement reconnu illégal.

20. L'on ne parlera pas, ni du domaine contractuel, ni du domaine de la responsabilité de la puissance publique qui sont soustraits à la juridiction administrative par suite de la distinction formelle opérée par l'article 84 de la Constitution. Celui-ci dispose que «les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux». Il n'existe donc pas de contentieux administratifs, en matière contractuelle ou en matière de la responsabilité de la puissance publique.

21. Dans le cadre de la présente étude, l'on peut faire abstraction des deux premiers cas d'ouverture prévus par l'article 31 de la loi organique du 8 février 1961: L'incompétence et la violation des formes (légalité externe). Par contre, au titre de la violation de la loi, le contrôle de la juridiction porte sur «la légalité interne de l'acte».

22. Dans son étude sur le contentieux administratif en droit luxembourgeois, Monsieur Alex Bonn, en examinant le cas d'ouverture de la violation de la loi, fournit une série d'exemples où des décisions administratives ont été annulées, soit en raison d'une illégalité relative à l'objet de l'acte, soit en

raison d'une illégalité relative aux motifs de l'acte. Tantôt le Conseil d'Etat invoque l'absence des motifs légaux, tantôt l'inexistence des motifs invoqués.

23. Le contrôle des motifs de l'acte administratif s'étend à ses mobiles en vue d'en vérifier le but. Lorsqu'une autorité administrative use de ses pouvoirs, en vue d'un but autre que celui en vue duquel le législateur les lui avait conférés, il y a détournement de pouvoir. Le contrôle de celui-ci comporte généralement une recherche d'ordre psychologique des intentions subjectives de l'administrateur.

24. Dès avant la réforme législative de 1939 qui introduisit l'ouverture du détournement de pouvoir dans la loi, l'idée avait été accueillie par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Tout en rejetant le détournement de pouvoir comme cause expresse d'annulation, le Comité du contentieux admit en 1929 qu'il pourrait être «invoqué indirectement... s'il y avait excès de pouvoir» (CE, 27.2.1936, Hildgen, Pas. XII, 456). Dans un arrêt Sinner du 19.2.1936 (Pas. XIV, 6), le Conseil d'Etat admit: «que l'arrêté attaqué ... apparaît encore, au regard des considérations y invoquées inspirées par le bien public comme but déterminant». C'est l'application de la règle que l'acte administratif, quel qu'il soit, ne peut jamais viser qu'un but d'intérêt général.

25. Dans un arrêt intervenu en matière de nomination de fonctionnaires (Bettendorf, 8.5.1940, Pas. XIV, 85), le Conseil d'Etat, après avoir admis le pouvoir discrétionnaire de l'administration à l'intérieur de sa compétence liée vérifie la décision entreprise sous l'angle du détournement de pouvoir libellé comme moyen d'annulation: «Attendu, dit-il, qu'il résulte du dossier déposé par le Gouvernement... que la décision entreprise repose sur des considérations de service ayant pour but d'assurer le recrutement du personnel supérieur... ainsi que le bon fonctionnement de cette branche de l'administration et qu'en outre des considérations d'aptitude pour le poste en question ont déterminé l'administration pour accorder la préférence au candidat promu; attendu ... que l'insincérité des raisons de service invoquée pour la justification de la nomination entreprise ne résulte d'aucune pièce du dossier administratif; attendu qu'il n'est donc pas établi que les motifs déterminant la décision entreprise seraient des considérations d'ordre privé, étrangères au service.».

Les termes de cette motivation indiquent que le requérant alléguait que l'administration aurait dans la nomination critiquée été inspirée, soit par l'intérêt d'un tiers, soit par quelque mobile d'ordre politique, buts classiquement incorrects au cas où ils auraient été établis en cause.

26. Le Conseil d'Etat a tendance à dire, dans son souci d'exercer son contrôle, qu'il y a compétence liée là où l'Administration invoque un pouvoir discrétionnaire. Ainsi, en matière d'autorisation défaire le commerce, l'arrêt Gaspard du 16.7.1958 s'exprime de la façon suivante:

«Considérant que l'autorité administrative a compétence liée dans la matière des autorisations de commerce ... qui exige comme seules conditions la moralité et l'honorabilité professionnelles de l'impétrant; que sans pouvoir s'inspirer d'aucune considération d'opportunité, l'autorité administrative ne peut donc que vérifier si la demanderesse réunit les conditions prévues ... et que toute décision motivée par d'autres considérations est illégale.».

Dans une autre espèce, tirée de la réglementation en matière de contingentement du froment exotique, l'arrêt Dieschbourg du 12.7.1957 dit:

«Considérant que le propre de cette législation d'essence dirigiste est de restreindre les libertés publiques; que les mesures de contingentement constituent notamment des restrictions évidentes à la liberté du commerce

et de l'industrie garantie par l'article II de la Constitution et à la libre concurrence qui en est le corollaire; considérant qu'il en suit que pour l'application des mesures édictées par cette législation l'administration n'a pas un pouvoir discrétionnaire, mais que sa compétence est liée et que les motifs pour lesquels elle a droit d'agir doivent répondre au but précis de la loi.»

27. Dans son effort d'étendre encore davantage le contrôle juridictionnel sur l'activité de l'administration, même lorsque celle-ci est autorisée par un texte législatif ou réglementaire à exercer celle-ci selon des principes de l'équité ou en prenant en considération des «circonstances exceptionnelles», le juge de l'annulation devenu en réalité juge du fait se laisse guider, soit par le principe de l'égalité du citoyen devant la loi et les charges publiques ou par d'autres principes généraux de droit (tels que le droit de la défense). En cas d'absence de critères liant la compétence, le Conseil d'Etat dira qu'un refus administratif ne peut être fondé que sur des motifs en liaison avec l'esprit de la loi, et les intentions générales du législateur (CE Dieschbourg, 12.7.1957).

28. Il s'abstiendra toutefois de s'immiscer dans l'administration active. Ainsi par exemple, en matière de concession de pharmacie, le Conseil d'Etat a jugé que «le Gouvernement dispose d'un pouvoir discrétionnaire à l'effet d'accorder ou de refuser l'autorisation d'établir une pharmacie» (CE Berchem du 29.5.1965, non publié). Ou bien encore, en matière de bonification d'ancienneté, le Conseil d'Etat décide: «Le Gouvernement dispose d'un pouvoir d'appréciation pour l'octroi et la détermination de la bonification d'ancienneté de service. Ce pouvoir d'appréciation n'est limité qu'en ce sens que la bonification ne peut en aucun cas excéder une certaine mesure» (CE Thill du 22.4.1964, non publié).

29. Il refuse encore de soumettre à une appréciation critique une décision administrative prise en matière d'échange monétaire et s'exprime comme suit: «Le législateur n'ayant pas fixé de normes pour l'appréciation des «montants en Reichsmark anormalement élevés» et son intention d'après l'intitulé et l'exposé des motifs de l'arrêté grand-ducal du 26 septembre 1945 étant de redresser quelques cas de rigueur et d'éviter de «léser les intérêts légitimes de certains détenteurs», il a abandonné à l'Administration l'appréciation de l'opportunité des décisions à prendre en la matière. Cette appréciation relève donc entièrement du pouvoir discrétionnaire de l'administration, dont il n'appartient pas en principe aux tribunaux même administratifs de contrôler l'exercice.» (CE Weydert, 8.2.1950, Pas. XV, 21). Dans le même sens, CE Entringer du 8.2.1950, non publié.

30. La notion de «contrôle marginal» est inconnue en droit administratif luxembourgeois. Le recours en annulation est de droit contre les décisions administratives à l'égard desquelles il n'existe aucun autre recours selon les lois et règlements, à moins d'avoir été formellement exclu. Cette dernière hypothèse est fort rare; c'était par exemple le cas en matière de collation des grades (Loi du 5 août 1939, actuellement abrogée).

Le contrôle du juge se limitera à examiner si, à l'intérieur du cadre d'une compétence liée, l'appréciation discrétionnaire de l'administration ne prête pas à critique au regard des motifs invoqués ou du but avoué ou présumé.

31. Lorsque le juge estime qu'une décision discrétionnaire est illégale (au sens large du terme) son pouvoir s'épuise dans l'annulation de l'acte attaqué. Sa décision ne se substitue pas à l'acte administratif. Le dossier est renvoyé à l'Administration qui est obligée, sous peine de dommages et intérêts, de se conformer dans sa nouvelle décision à l'arrêt.

CHAPITRE IV - EXEMPLES PRATIQUES CONCERNANT LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

Section I - En matière législative

32. *Loi du 20 juillet 1925 sur l'amodiation de la chasse et l'indemnisation des dégâts causés par le gibier.*

Article 5, alinéa 5: «Les syndics adjudgeront le droit de chasse sur le territoire du syndicat directement et sans intermédiaire ni frais, aux enchères publiques, soit à l'un des trois derniers offrants de nationalité luxembourgeoise ou de nationalité étrangère, résidant depuis cinq ans dans le pays, soit à défaut de derniers offrants de la catégorie qui précède, à l'un des trois derniers offrants de nationalité étrangère ne remplissant pas cette condition de résidence.»

33. *Loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et fournitures.*

L'article 36 de la loi du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat a été modifié comme suit:

«Les marchés pour compte de l'Etat sont régis par les dispositions suivantes:

1° Tous travaux, fournitures ou services pour compte de l'Etat font l'objet de contrats à passer par adjudication publique.

2° Il peut être dérogé à cette règle générale dans les cas suivants:

a) lorsque le montant total du marché à conclure n'excède pas une somme à déterminer par règlement grand-ducal; cette somme peut varier selon les différents corps de métier en présence, mais sans qu'elle puisse dépasser cent cinquante mille francs, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation. S'il s'agit de dépenses à effectuer au cours d'une même année et que ces dépenses aient été prévisibles, il devra être tenu compte de l'ensemble des dépenses portant sur des travaux, fournitures et services de nature identique ou similaire commandés à un même entrepreneur ou fournisseur;

b) lorsqu'il s'agit de prestations de services d'ordre scientifique ou artistique;

c) lorsqu'il s'agit de prestations dont le caractère spécial exige de la part des concurrents des capacités techniques ou commerciales particulières et qui ne sauraient être exécutées d'une manière satisfaisante que par un nombre restreint d'entrepreneurs;

d) lorsqu'à une procédure d'adjudication publique il n'y a pas de concurrents ayant présenté des offres régulières et qu'il n'y a été proposé que des prix inacceptables, pourvu cependant que la passation du contrat soit urgente; sinon l'exception est applicable sous les mêmes conditions, mais après une seconde mise en adjudication;

e) lorsqu'il y a impossibilité constatée par une délibération motivée du conseil de Gouvernement de recourir à une adjudication publique.

Dans tous ces cas il peut être procédé soit par adjudication restreinte, soit par marché de gré à gré.

Toutefois dans le cas prévu sub e) le recours au marché de gré à gré n'est admissible que:

1) lorsque les travaux, fournitures ou services supplémentaires ne se laissent détacher que difficilement d'une entreprise principale déjà adjugée et que leur coût n'excède pas vingt pour cent de celle-ci, ou

2) lorsque l'objet des prestations bénéficie de la protection d'un brevet d'invention ou d'une licence d'exploitation de brevet, ou

3) lorsque l'exécution des travaux, fournitures ou services ne peut, en raison des nécessités techniques ou d'investissements importants préalables, être confiée qu'à un entrepreneur ou fournisseur déterminé, ou

- 4) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures ou services qui ne sont exécutés qu'à titre de recherches, d'essais, d'études ou de perfectionnement, ou
- 5) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures ou services dont les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence, ou
- 6) lorsqu'il y a péril en la demeure, ou
- 7) lorsqu'un besoin urgent ou imprévu surgit.
- 8) En outre, l'Armée peut procéder par marché de gré à gré dans les cas suivants:
 - 1°. si le secret militaire l'exige;
 - 2°. pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements de campagne;
 - 3°. pour les prestations occasionnées par le déplacement et le séjour d'unités militaires à l'étranger;
 - 4°. pour l'acquisition de denrées alimentaires périssables;
 - 5°. pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaire destinés à être revendus au cadre.

Sauf le cas où le montant total du marché n'excède pas la somme à déterminer par règlement grand-ducal, le mode de passation est déterminé par un arrêté motivé du conseil de Gouvernement. Les marchés de gré à gré doivent en outre être visés par le ministre des Finances.

3°. Les marchés peuvent être conclus, soit par une entreprise générale, globale ou partielle, soit par professions ou par lots.

4°. Les marchés à conclure par adjudication publique ou restreinte sont attribués par décision motivée au concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle est choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.

5°. Les cahiers des charges peuvent prévoir des clauses pénales adaptées à la nature et à l'importance des marchés. Ces clauses peuvent comprendre des amendes et des astreintes, la résiliation du marché ainsi que l'exclusion à temps de la participation aux marchés publics. Au même titre des primes d'achèvement des travaux avant terme peuvent être prévues.

6°. En vue de garantir l'observation des dispositions légales et réglementaires en matière de marchés publics, il est institué auprès du ministre des Travaux publics une commission des soumissions dont les membres sont nommés par arrêté du Gouvernement en conseil. Les attributions et le mode de fonctionnement de cette commission sont fixés par un règlement d'administration publique portant institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics.».

34. En matière de *police des étrangers*, la loi du 28 mars 1972 impose au Ministre de la Justice d'indiquer la cause de l'expulsion. Parmi ces causes, la loi cite entre autres le fait de compromettre la tranquillité, l'ordre ou la sécurité publics. Dans un arrêt du 6 février 1976 (Owel, non publié), le Comité du contentieux siégeant comme juge de l'annulation examine en détail la contestation portant sur l'inexistence des motifs invoqués tant en fait qu'en droit et vient à la conclusion que «les griefs à charge du requérant constituent des faits précis susceptibles de porter atteinte à l'ordre public», tout en ajoutant que «l'appréciation de ces faits est de la compétence du Gouvernement» et que «dans un recours en annulation, cette appréciation échappe à la censure du Conseil d'Etat».

Section II - En matière réglementaire

35. Un règlement grand-ducal du 26 mars 1972 est relatif à la composition, à l'organisation et au fonctionnement de la commission consultative en matière de police des étrangers. L'article 1er dispose: «L'avis de la commission consultative en matière de police des étrangers sera sauf urgence obligatoirement pris avant toute décision portant sur:

- 1) ...
- 2) ...
- 3) l'expulsion du titulaire d'une carte d'identité valable:

La question se pose si l'appréciation de l'urgence confiée au Ministre de la Justice pourrait faire l'objet d'un recours pour violation de la loi. La question n'a pas encore été décidée par la jurisprudence, mais il semble qu'en cas de contestation portant sur ce point, le Ministre compétent devrait pouvoir être obligé de s'expliquer sur les circonstances qui l'amènent à considérer comme urgente une décision d'expulsion l'autorisant à se dispenser de demander l'avis de la commission consultative.

Section III - Jurisprudence

36. *Examen des faits par le comité du contentieux, juge de l'annulation*

I. *Arrêt THEVES du 10 juillet 1946, P. 14, p. 270.*

Dans cet arrêt le Conseil d'Etat, après avoir constaté que l'arrêté grand-ducal du 25 juin 1905 dispose que le choix des candidats pour la concession d'une pharmacie doit se faire d'après un certain nombre de critères bien définis, annula la décision entreprise en s'exprimant comme suit: «Considérant qu'en l'espèce la décision attaquée a fait abstraction complète des critères énumérés à l'art. 4 susdit; qu'il résulte en effet de l'examen de la motivation du procès-verbal du 28 décembre 1945, que les motifs y invoqués, tant pour écarter la candidature de Theves que pour accueillir celle de Pauly, se meuvent en dehors des considérations fixées par l'art. 4, qui pourtant, au vœu de l'arrêté, doivent déterminer principalement le choix des candidats;

Considérant... qu'en basant son choix sur des motifs se plaçant en dehors des critères dudit article 4, la décision est à annuler.».

II. *Arrêt LAMBORAY du 29 janvier 1947, P. 14, p. 276.*

Le Conseil d'Etat vérifia dans cet arrêt *l'existence du fait allégué* par l'administration pour valider la mise à la retraite octroyée au requérant pendant l'occupation. «Considérant, dit le Conseil d'Etat, qu'il faut examiner sur le vu des documents soumis, si les conditions spéciales, auxquelles la validation de la mise à la retraite octroyée par l'occupant est subordonnée, sont remplies.»

Puis, constatant que les faits, tels qu'ils résultaient des pièces du dossier, ne tombaient pas sous l'une des hypothèses visées par le législateur, il annula la décision entreprise.

III. *Arrêt ZIMMER du 10 décembre 1947, P. 14, p. 341.*

Le requérant avait entrepris une décision de l'administration, par laquelle celle-ci avait annulé une autorisation de faire le commerce qui lui avait été octroyée antérieurement. Le Conseil d'Etat examina les faits tels qu'ils résultaient du dossier dans les termes suivants:

«Considérant que la décision ministérielle attaquée n'énonce pas les motifs sur lesquels elle est basée; qu'il résulte néanmoins du dossier administratif soumis à l'examen du Comité du Contentieux que ... la décision du retrait ... était motivée par l'attitude politique du demandeur;

Considérant qu'il est dès lors constant que le motif déterminant de la décision attaquée doit être recherché dans l'attitude politique observée par le demandeur pendant l'occupation ... ;

Que cependant ces faits, bien que hautement répréhensibles, sont étrangers à la moralité et à l'honorabilité professionnelles du demandeur.».

IV. *Arrêt FABER, du 9 mars 1949, P. 14, p. 575.*

De même que dans l'arrêt ZIMMER, l'Administration n'avait pas indiqué les motifs sur lesquels reposait sa décision de refus. Néanmoins le Conseil d'Etat constata qu'il résultait des pièces du dossier que le Ministre avait basé

sa décision sur un motif qui était en dehors des conditions prévues par la loi - en l'occurrence la nécessité du diplôme d'architecte - et partant il annula ladite décision pour excès de pouvoir.

V. *Arrêt REINERS du 30 juillet 1952, P. 15, p. 381.*

Le Conseil d'Etat, après avoir constaté que l'arrêté grand-ducal du 1er janvier 1947 concernant la mise sous séquestre de la propriété ennemie apporte des limites à l'initiative du Ministre des Finances, celle-ci étant confiée dans l'adoption de l'une ou de l'autre des trois mesures prévues à l'exclusion de toute autre, annula la décision entreprise au motif que le rejet total de la demande «par voie de silence gardé consacre une solution dépassant le cadre de celles permises par le texte législatif».

VI. *Arrêt SCHMIT du 30 avril 1952, P. 15, p. 441.*

L'Administration avait révoqué une autorisation de commerce et d'établissement qu'elle avait octroyée cinq ans plus tôt au requérant.

Le Conseil d'Etat annula ladite décision en affirmant d'abord que l'autorisation octroyée ne peut être révoquée que dans les conditions déterminées par la loi et en raison de faits seulement qui sont postérieurs à l'octroi de l'autorisation. Puis constatant en fait que la circonstance que le requérant exerçait déjà une profession salariée à titre principal dès avant l'octroi de l'autorisation - cas de révocation prévu par la loi -, il déclara que «cette circonstance ne peut donc plus être invoquée ex post pour motiver la révocation de l'autorisation».

VII. *Arrêt KUFFER du 8 juillet 1953, P. 15, p. 443.*

La commune avait refusé à une institutrice engagée provisoirement sa nomination définitive, au motif qu'elle n'aurait pas satisfait aux conditions fixées par la commune lors de son engagement provisoire, à savoir l'obtention du brevet du 2e rang avant sa nomination définitive. Le Conseil d'Etat annula la décision du conseil communal en constatant que la condition stipulée par la commune était en dehors de la disposition légale régissant la nomination définitive.

VIII. *Arrêt SCHOLER du 2 juillet 1958, P. 17, p. 319.*

Le Conseil d'Etat avait à examiner, entre autres questions, le point de savoir si par l'extension que Scholer entendait donner à son commerce, la notion de bazar devrait être appliquée à celui-ci.

«Considérant, dit le Conseil d'Etat, que la portée du terme de bazar dépasse dès lors de loin celle d'un magasin à rayons multiples, spécialement celle d'un local commercial, du genre de celui exploité par Scholer, qui ne comprend qu'un nombre restreint de compartiments;

que dans les conditions données, on ne saurait de façon extensive admettre qu'eu égard au seul fait de l'étendue prise par le commerce de Scholer à la suite de l'autorisation du 3 avril 1940, la notion de bazar devrait être appliquée à ce commerce.

Considérant dès lors que cette décision a été prise dans le cadre des dispositions légales...»

IX. *Arrêt S.N.C.F.L. du 29 avril 1959, P. 17, p. 482.*

La S.N.C.F.L. avait conclu à l'annulation d'une décision des Ministres compétents, par laquelle ceux-ci avaient fait défense à la requérante de procéder à une augmentation des tarifs, au motif que la réserve budgétaire devrait être affectée à la couverture du déficit résultant de la non-approbation de la majoration des tarifs.

Après avoir procédé à un examen des motifs de ladite décision, le Conseil d'Etat rejeta la demande de la requérante en s'exprimant comme suit:

«Considérant dès lors que les décisions attaquées qui ont fait défense à la société requérante de procéder à une majoration des tarifs tout en refusant

une subvention de l'Etat, au motif que le budget n'accusait pas un déficit réel, mais que les mesures en question étaient uniquement destinées à assurer la dotation du fonds de réserve, ne sont entachées ni d'excès de pouvoir, ni de violation de la loi.».

X. *Arrêt BEISSEL et Consorts du 26 septembre 1960, P. 18, p. 202.*

Les requérants avaient entrepris (1) une délibération du conseil communal, approuvée par le Ministre compétent, par laquelle la Communauté des Israélites avait obtenu l'autorisation d'agrandir le cimetière israélite à Luxembourg-Bellevue (2) une délibération du conseil communal, également approuvée par le Ministre compétent, approuvant le devis établi par l'architecte de la Ville pour l'agrandissement dudit cimetière.

Après avoir procédé à un examen détaillé des faits du litige, le Conseil d'Etat décida que les décisions attaquées consacraient un régime illégal et annula les décisions attaquées.

XI. *Arrêt KIRSCH du 14 mai 1962, P. 18, p. 489.*

Le requérant Kirsch avait demandé l'annulation pour excès de pouvoir et violation de la loi de deux décisions de l'autorité communale lui refusant l'autorisation de bâtir sollicitée.

Le Conseil d'Etat annula lesdites décisions en considérant «qu'en faisant usage de son pouvoir d'appréciation, la commune ne pourra toutefois, sans commettre un excès de pouvoir, s'appuyer que sur des motifs valables en droit, c'est-à-dire fondés sur des considérations de propreté, de salubrité, de sécurité et de tranquillité;

Considérant que les décisions attaquées, en puisant les motifs du rejet de la demande en autorisation de bâtir exclusivement dans des considérations esthétiques, ont, dès lors, violé les prescriptions légales;

Considérant qu'il résulte des développements qui précèdent que ni les motifs indiqués dans les décisions litigieuses ni ceux invoqués en cours d'instance par l'Administration communale ne sauraient justifier le refus de l'autorisation de bâtir sollicitée...».

XII. *Arrêt LOSCH du 3 juillet 1963, P. 19, p. 165.*

Le requérant avait attaqué pour excès de pouvoir et violation de la loi plusieurs décisions fixant ses heures de service autrement qu'elles ne l'avaient été auparavant. Il argumenta que ce changement n'aurait pas été opéré dans l'intérêt du service, mais dans un tout autre but.

Le Conseil d'Etat répond comme suit à ce grief: «Considérant que le recours se base ensuite sur ce que la décision attaquée, loin d'avoir été prise pour les besoins réels de service et dans l'intérêt des habitants de la commune, aurait eu pour seul but de forcer le receveur... à donner sa démission de sa fonction...

Considérant qu'il y a détournement de pouvoir lorsqu'une autorité accomplit régulièrement un acte de sa compétence, mais en vue d'un but autre que celui pour lequel l'acte pouvait légalement être accompli; qu'en vue d'exercer son contrôle à ce sujet, le juge administratif peut examiner si le mobile véritable de l'Administration correspond à celui qu'elle a exprimé;...».

Puis constatant que le grief soulevé ne ressortait d'aucune pièce du dossier ni du libellé de l'acte critiqué, constatant qu'en outre le requérant était en défaut d'offrir en preuve par une autre voie le détournement de pouvoir par lui invoqué, le Conseil d'Etat rejeta le moyen comme non justifié.

XIII. *Arrêt LORANG et consorts du 24 mai 1967, Pas. 20, p. 373.*

Les requérants critiquaient les nominations et promotions dans l'armée.

Jugé:

«Les nominations ou promotions au grade d'adjudant-chef de l'armée sont conférées, au choix du Ministre compétent, aux sous-officiers remplissant les conditions légales, compte tenu de leurs qualifications spéciales que le Ministre apprécie sans être lié par le classement de base établi conformément à l'arrêté grand-ducal du 26 août 1954 concernant l'état et les conditions de recrutement, d'instruction et d'avancement des sous-officiers de carrière de l'armée.

Doit être rejeté le recours en annulation introduit devant le Conseil d'Etat, Comité du contentieux, contre une décision ministérielle, lorsqu'il ne résulte pas du dossier et qu'il n'est pas allégué qu'en usant du droit d'appréciation dont il dispose, le Ministre ait fondé sa décision soit sur des motifs étrangers au bien du service, soit sur des motifs matériellement inexacts ou constitutifs d'un détournement de pouvoir.»

XIV. *Arrêt Interocean Airways du 7 janvier 1970, non publié.*

La requérante, compagnie de navigation aérienne, a attaqué le refus du Ministre des Transports de proroger l'admission, antérieurement octroyée, au trafic aérien sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.

Jugé:

«Considérant que la décision de refus du renouvellement de l'autorisation dont il s'agit n'est pas motivée;

Considérant que l'Administration déclare cependant dans ses conclusions que cette mesure se fonde sur les nombreuses irrégularités et anomalies constatées e.a. au cours des contrôles effectués par le bureau Veritas de Paris, organe chargé du contrôle aéronautique; que ce comportement fautif de la requérante serait notamment caractérisé par l'instabilité de son personnel navigant et radio, l'inobservation des règles de l'air, ses démêlés avec les autorités nationales et internationales, un accident d'avion causant la mort d'une passagère embarquée clandestinement, en substance des actes compromettant la sécurité de l'air et le pavillon luxembourgeois;

Considérant que les motifs avancés par l'Administration ont été reconnus matériellement exacts par le comité du contentieux;

Considérant que l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour en apprécier la portée et pour en tirer les conséquences;

Considérant, au demeurant, qu'il résulte des éléments de la cause que l'Administration, dont la responsabilité était engagée pour avoir donné le pavillon national à la requérante, a agi dans l'intérêt général en préservant l'ordre et la sécurité de la navigation aérienne.»

XV. *Arrêt Deutsche Buchgemeinschaft du 11 mars 1970, Pas. 21, p. 339.*

Le requérant critique le refus du Ministre de l'Economie Nationale de faire droit à sa demande d'augmentation de prix.

Jugé:

«Même lorsque l'autorité administrative compétente a un pouvoir discrétionnaire pour agréer ou refuser une demande, l'existence et la validité des motifs sont une condition essentielle de la légalité de l'acte. Il appartient au Conseil d'Etat de vérifier si les motifs invoqués ou résultant du dossier sont de nature à justifier la décision attaquée. Spécialement, en matière de réglementation des prix, la décision portant refus d'agréer une majoration des prix doit être annulée, lorsqu'elle omet de rencontrer les arguments avancés à l'appui de la demande et qu'il apparaît au Conseil d'Etat que ni les motifs invoqués ni ceux pouvant résulter du dossier ne sont de nature à justifier la décision attaquée.»

XVI. *Arrêt du 3 juillet 1974, P. 22, p. 483.*

Le requérant critiquait une décision du bourgmestre qui lui refusait l'autorisation d'agrandir ses étables et d'y construire un hangar.

Jugé:

«qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de vérifier les faits formant la base de décisions administratives qui sont soumises à son contrôle. En s'abstenant de faire connaître les motifs pour lesquels elle jugeait une construction à ériger non conforme aux stipulations réglementaires, l'administration a mis le Conseil d'Etat dans l'impossibilité d'exercer son contrôle sur l'existence de la légalité des motifs qui sont à la base de la décision qui doit en conséquence être annulée.»

CHAPITRE V - APPRÉCIATION FINALE

37. Le Conseil d'Etat s'interdit de s'ériger en juge de l'opportunité, il confine sa mission à l'examen de la légalité des décisions administratives. Cependant, il est permis de dire avec M. Bonn (*Livre Jubilaire*, page 553):

«qu'en son état actuel, la jurisprudence luxembourgeoise s'est ralliée à celle du Conseil d'Etat français. La distinction entre les deux contentieux tracée par la loi organique modifiée tend à s'effacer. Le recours prévu aux articles 29 et 30 de la loi du 8 février 1961, assimilable au contentieux de pleine juridiction de France, est toujours encore le recours de fond, alors que le recours en nullité de l'article 31, pareil au recours pour excès de pouvoir français, reste le recours de la légalité. Les deux contentieux restent séparés notamment par leur objet. Celui-ci commande le maintien de la distinction traditionnelle entre le fait et le droit, le fait étant à l'examen dans le recours de pleine juridiction, le droit constituant la matière de recours d'annulation. Mais dans cette distinction, il faut entendre par le fait le fond et par le droit la légalité. La signification de la distinction ne va pas plus loin. L'examen de la légalité comporte, tout comme l'examen du fond, celui des faits, lorsque l'appréciation du fait est la condition de l'appréciation de la légalité de l'acte.»

Le développement jurisprudentiel qui a ainsi élargi la compétence du Conseil d'Etat et rapproché le contentieux d'annulation du contentieux de pleine juridiction a une importance qui ne saurait être sous-estimée. La porte du contrôle juridictionnel véritable fut ouverte par le Comité du contentieux à la suite de la modification législative de 1939, lorsque les fins de non-recevoir qui paralysaient les recours furent reléguées au musée de l'histoire du droit. Un second pas, non moins important que le premier, fut délibérément fait en brûlant les étapes qui avaient marqué l'évolution de la jurisprudence française, par l'admission de l'examen du fait, permettant désormais la censure de la légalité interne des actes.

L'œuvre accomplie en peu d'années à travers des décisions dont le nombre réduit se ressent de l'exiguïté du territoire est considérable. Elle était indispensable à une époque de dirigisme sans cesse croissant qui, augmentant les moyens de l'Administration, favorise ses empiètements sur les droits de l'individu.»