

# **RAPPORT ALLEMAND**

*rapporteur*

**Gerd-Heinrich KEMPER**

Conseiller à la Court Suprême Administrative Fédérale

*Avant-propos*

Les principes du droit de l'administration publique en Allemagne sont inscrits dans la Loi fondamentale, la Constitution de la République Fédérale d'Allemagne. Ils ont été développés et concrétisés par la juridiction, notamment de la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour suprême administrative fédérale qui exercent un contrôle global de toutes les actions de l'administration. Ces principes concernent aussi bien le droit matériel (par exemple le principe de la légalité de l'action administrative, ou de la proportionnalité des mesures administratives) que les règles de procédure qui doivent être observées par l'administration. Les principes de la procédure administrative suivent, en général, les règles de procédure juridictionnelle. Ils ont été codifiés largement dans la loi fédérale de 25 mai 1976 relative à la procédure administrative non contentieuse. Cette loi ne s'applique qu'à l'administration de la fédération. Mais les Lander (les provinces) ont édité des codifications identiques ou similaires pour leur administration. Ainsi une harmonisation des règles générales du droit administratif est garantie. Après la réunification de l'Allemagne le droit de l'administration publique s'applique aussi dans la partie orientale du pays. Notamment la loi fédérale de 25 mai 1976 mentionnée au-dessus et le Code de procédure de la juridiction administrative de 21 janvier 1960 ont, avec quelques modifications, été mis en vigueur en vertu du traité de l'unification de 6 septembre 1990. Certes, l'organisation de l'administration et de la juridiction administrative dans les nouveaux Lander pose des problèmes énormes, mais du caractère transitoire. Il n'y a pas un doute qu'après quelques années l'harmonisation du droit de l'administration publique sera atteinte dans l'ensemble du pays.

Les remarques suivantes suivent la structure du questionnaire distribué par le rapporteur général pour faciliter la préparation du Congrès à Rome.

1. *Si tout pouvoir de l'Administration, de modifier d'autorité la position des administrés, doit être expressément prévu par la loi. Si les genres de décisions administratives sont déterminés.*

L'article 20 alinéa 3 de la Loi fondamentale statue que le pouvoir exécutif est soumis à la loi et au droit. Ce principe résultant de la garantie de l'Etat de droit renferme deux directives très importantes pour toute action administrative vis-à-vis d'un particulier:

— L'administration est tenue d'observer la priorité de la loi (action "intra legem").

— Elle a besoin, dans une certaine mesure, de l'autorisation de son action par la loi (action "non sine lege").

a) La première directive ne pose pas de problèmes. Toute activité du pouvoir public doit tenir compte des normes législatives qui postulent et limitent l'action administrative. Le législateur lui-même est habilité de statuer des normes abstraites et générales dans tous les domaines de la vie publique. Il n'y a aucun domaine extrait de l'activité de législateur.

b) Quant à la deuxième directive, il est reconnu depuis longtemps que toute atteinte des pouvoirs publics à la liberté et la propriété d'un particulier suppose une autorisation du législateur. La juridiction de la Cour fédérale constitutionnelle a élargie cette directive dans le sens que toutes les décisions à caractère "essentiel" dans la vie publique supposent - indépendamment d'une atteinte aux droits fondamentaux - une réglementation législative. Ainsi, par exemple, le secteur de l'enseignement n'est pas à la disposition du pouvoir exécutif, mais suppose une autorisation de l'activité administrative par le législateur.

Le motif de cette directive est d'un part l'idée que dans une démocratie toutes les décisions générales d'une certaine importance reviennent au législateur en tant que représentation directe de la population. D'autre part, des normes législatives sont davantage susceptibles de garantir au particulier le contrôle juridictionnel d'une façon efficace. Dans un Etat de droit l'individu doit savoir de l'avance, si et dans quelle mesure l'administration est autorisée à prendre des mesures lui faisant grief. Ceci suppose que le législateur fixe les conditions de l'activité administrative.

Cette exigence 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. Le législateur peut donc laisser au pouvoir exécutif une certaine discrétion dans son action. Il suffit d'indiquer

ses limites. Un pouvoir discrétionnaire limité est donc compatible avec le principe de l'autorisation de l'action administrative par la loi.

*ad)* En matière traditionnelle de police administrative, il y a un très large pouvoir discrétionnaire. Mais les conditions qui doivent être réunies avant qu'une mesure de police puisse être prise en considération, doivent être exactement définies par la loi. 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, l'opportunité pour l'autorité de police de prendre ou non la mesure, même quand toutes les conditions sont remplies, entre dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire. Ce pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité de police concerne 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, et de s'abstenir de cette mesure, s'il y a d'autres moyens aussi efficaces pour lutter contre la menace à l'ordre public (principe de la proportionnalité).

*bb)* En matière économique l'habilitation de l'administration doit être souple pour lui permettre de s'adapter aux situations et aux besoins économiques qui changent très vite. C'est pourquoi le pouvoir discrétionnaire dans ce secteur est plus large que dans les matières classiques de l'action administrative. Ainsi le législateur met à la disposition de l'administration des crédits budgétaires pour intervenir dans l'économie (moyens d'incitation, subventions, aides financières, mesures fiscales) et en indique, même d'une manière très sommaire (p.ex. : une note explicative dans le budget), les conditions d'octroi et le groupe de personnes à favoriser. Le ministre compétent peut indiquer aux autorités administratives les formalités et les détails en circulaires et en instructions. Il va de soi qu'il doit respecter les motifs et les limites qu'a exprimés le législateur, dans la plupart des cas, de manière implicite. L'autorité compétente pour établir et mettre en vigueur un plan d'aménagement du territoire, d'urbanisme, de construction de nouvelles routes, d'aéroports ou de lignes de chemins de fer dispose aussi d'un pouvoir discrétionnaire très large. Mais elle est tenue par la loi de peser les intérêts opposés.

*c)* Les genres de décisions administratives ne sont pas fixés en droit administratif allemand. Certes, il y a la notion de l'acte administratif défini comme toute injonction, décision ou autre mesure qui est prise par une autorité administrative pour régler un cas individuel sur le plan du droit public et qui produit des effets de droit de manière directe dans la sphère extérieure à l'administration. Cette notion est importante pour la subordination de l'individu d'un part et sa protection juridictionnelle d'autre part. L'acte administratif est une construction du droit administratif pour garantir des recours administratifs et juridictionnels spéciaux prévus dans le Code de procédure devant la juridiction administrative. Mais ni l'activité de l'administration ni la protection juridictionnelle est limitée à cette forme d'action. L'acte administratif n'est pas le seul moyen d'une action administrative. L'administration peut, au lieu d'édicter un acte administratif, conclure un contrat de droit public avec l'individu, si les normes législatives ne s'opposent pas et si le contrat sert au remplissement des tâches publiques. Lorsque l'administration agit tout simplement sans se servir du moyen de l'acte administratif, la protection juridictionnelle de l'individu est également garantie (voir au-dessous chapitre 9).

2. *Si la loi qui accorde un pouvoir à l'administration doit prévoir - en principe, de manière détaillée - les situations de fait en présence desquelles ce pouvoir peut être utilisé.*

*a)* La soumission de l'action de l'administration à la loi suppose que les situations de fait soient prévues par les normes appliquées par le pouvoir public. Sinon cette prépondérance de la loi pourrait dégénérer en formalisme. La loi ne peut subordonner l'octroi des droits à des notions juridiques qui laissent à l'administration une marge d'appréciation indéterminée. Il reste à savoir dans quelle mesure les notions déterminant les situations de fait doivent être concrétisées. C'est notamment le cas, quand il s'agit de notions tirées d'expériences ou de critères de valeur qui nécessitent un jugement d'expert. On peut évoquer aussi les notions vagues qui sont évidemment difficiles à cerner. Des clauses générales dans les règles posées par le législateur telles que les notions "intérêt public", "utilité publique", "besoin public", "ordre public" ou "sécurité de l'Etat" ne déterminent qu'insuffisamment les situations de fait. Autrefois, la doctrine les considérait comme des critères discrétionnaires. Après 1945, la juridiction administrative en Allemagne, soucieuse d'une protection juridictionnelle efficace du particulier contre les pouvoirs publics, a décidé qu'une notion juridique même indéterminée ne serait susceptible que d'une seule interprétation et ne laisserait donc à l'administration aucune marge d'appréciation.

b) Ensuite la jurisprudence de la Cour administrative suprême fédérale a reconnue à l'administration une certaine marge d'interprétation des notions législatives. En résumant cette jurisprudence on peut dire qu'il y a une marge d'appréciation quand il s'agit

— de décisions de commissions composées de membres indépendants, non soumis à des instructions, et experts en la matière (par exemple: les jurys d'examens; l'office fédéral pour la vérification des publications pouvant porter atteinte à la protection de la jeunesse; la commission pour la protection des monuments et sites). Récemment La Cour Constitutionnelle Fédérale a diminuée la marge d'appréciation dans les examens en statuant que la qualification des réponses des étudiants dans les concours, notamment dans la procédure "multiple choice", est soumise au contrôle du juge administratif qui doit se servir des experts quand il ne dispose pas des connaissances nécessaires,

— d'une décision sur une qualification personnelle, lorsqu'elle nécessite une connaissance assez longue de l'intéressé que le juge administratif ne peut apprécier (par exemple: la qualification d'un fonctionnaire),

— de notions pour l'application desquelles l'administration est amenée à prévoir 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 soient influencées de manière déterminante par des aspects politiques, économiques, sociaux ou culturels et, par conséquent, ne soient pas exactement déterminables (par exemple: 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 intention d'agir. C'est un pouvoir, qu'on peut qualifier d'appréciation, fondée sur un jugement, par opposition à un véritable pouvoir discrétionnaire qui est la liberté d'agir. Le juge laisse à l'administration une marge d'appréciation, parce qu'il n'a pas les connaissances nécessaires pour porter lui-même une appréciation valable et parce qu'il considère l'administration comme le meilleur expert. La jurisprudence dans ce secteur est trop diversifiée et différente pour qu'on puisse la ramasser en quelques formules nettes et précises.

3. *Si en principe, les décisions administratives doivent faire comprendre le raisonnement qui les soutient. A l'occasion, quelles sont les exceptions à la règle imaginée.*

L'obligation de motiver les décisions sert à convaincre l'intéressé et à contrôler l'administration. Elle fait partie du principe de l'Etat de droit. En effet, lorsqu'une décision administrative porte atteinte aux droits d'un particulier, celui-ci doit être informé des motifs et des arguments de la décision afin qu'il puisse peser le succès d'un éventuel recours.

a) En 1957 déjà, la Cour fédérale constitutionnelle a jugé que l'intéressé a droit à la communication des motifs d'une décision administrative le concernant parce que c'est un moyen pour lui de protéger ses droits d'une manière efficace. La Cour suprême administrative fédérale a suivi cette jurisprudence, mais, en la prenant comme base, elle en a atténué un peu le principe. La loi fédérale relative à la procédure administrative non contentieuse renferme une disposition qui règle l'obligation de l'administration de motiver ses décisions. L'article 39 aliéna 1 de la dite loi précise le principe qu'un acte administratif écrit ou confirmé par écrit doit contenir une motivation écrite.

b) En ce qui concerne le contenu des motifs, il ne suffit pas de reproduire le texte de la loi appliquée ou de présenter des faits insignifiants. L'administration est tenue de faire connaître les points essentiels de la situation de droit et de fait qui l'a menée à prendre sa décision. Ceci vaut aussi pour les décisions où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Puisque le pouvoir discrétionnaire n'est jamais arbitraire ni soustrait au contrôle juridictionnel pour excès de pouvoir, une publicité des motifs semble indispensable pour que la conformité de l'acte à la loi soit visible et le contrôle juridictionnel effectif.

C'est surtout en matière de prestations de l'Etat, comme les subventions à l'exportation et à l'agriculture et les prêts pour la construction des HLM, où l'administration détient un pouvoir discrétionnaire pour la répartition des fonds publics affectés, que la jurisprudence exige qu'une décision de rejet d'une demande d'attribution indique dans ses motifs toutes les conséquences et considérations prépondérantes dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La motivation doit être suffisamment détaillée pour que le juge administratif puisse contrôler si la décision attaquée respecte les limites du pouvoir discrétionnaire. Ce

contrôle est particulièrement important à l'égard de l'action de l'administration en matière économique afin de garantir que les fonds publics sont répartis conformément au principe d'égalité. C'est pourquoi la décision doit être claire et bien étudiée pour éviter qu'une personne soit avantagée au détriment des autres.

c) Une motivation n'est pas nécessaire dans les cas suivants, énumérés dans l'article 39 aliéna 2 de la loi fédérale relative à la procédure administrative non contentieuse:

— quand l'administration donne suite à une demande ou à une déclaration du particulier et quand l'acte administratif ne touche aux droits d'un tiers. Lorsque le particulier conteste l'autorité de l'administration de décider, il faut que celle-ci justifie sa compétence, même si elle donne suite à la demande. En général, elle doit justifier aussi le refus d'une demande primaire même si elle donne suite à une demande subsidiaire,

— quand le particulier concerné par l'acte administratif connaît ou est en mesure de connaître les délibérations de l'administration sur la situation de droit ou de fait sans motivation écrite,

— lorsque l'administration a édité de nombreux actes administratifs semblables, ou par l'intermédiaire de l'informatique, et lorsque, vu les circonstances du cas particulier, la motivation n'est plus indispensable,

— lorsque la dispense de l'obligation de motiver résulte d'une norme spéciale. Cette dispense ne doit pas être inscrite expressément dans la norme, mais peut résulter d'une interprétation basée sur le sens et le but,

— dans le cas d'un acte administratif "collectif" qui s'adresse à une pluralité d'individus déterminés, ou à déterminer en vertu des critères généraux, ou encore qui concerne le caractère de droit public d'une chose ou son usage par le public, et qui a été publié d'une façon générale (par exemple le classement d'une route).

Les deux premières exceptions sont justifiées par l'absence d'un intérêt du particulier de connaître les délibérations de l'administration. Les autres s'expliquent par la similarité des actes concernés aux réglementations normatives. En effet, il s'agit d'une quantité d'actes ou de destinataires de l'acte ce qui les rapprochent aux normes abstraites et générales.

#### 4. *Si en principe, avant de décider l'administration doit tâcher d'acquérir le point de vue des plus directs intéressés. A l'occasion, quelles sont les exceptions à la règle imaginée.*

Le droit d'être entendu, inscrit dans l'article 103 aliéna 1 de la Loi fondamentale, n'est applicable que devant les tribunaux. Néanmoins le droit d'être entendu devant l'administration dérive aussi de la constitution, à savoir du principe de l'Etat de droit. De plus, la loi fédérale relative à la procédure administrative non contentieuse contient une disposition qui règle le droit d'être entendu par l'administration. L'article 28 aliéna 1 dit que l'administration doit donner à l'intéressé la possibilité de s'expliquer sur les faits susceptibles d'influencer la décision.

a) L'intéressé peut présenter ses observations par écrit ou oralement. Fait aussi partie intégrante du droit d'être représenté et d'être assisté dans les débats et entretiens par un mandataire, notamment par un avocat ou par un conseil juridique agréé.

b) Le droit à l'audition ne concerne que l'état de fait, mais pas les questions de droit que pose le cas à décider. Certes, l'intéressé peut présenter aussi ses opinions juridiques. Mais l'administration n'est pas tenue de l'informer de la situation et de lui demander son avis.

c) Le cercle des personnes qui peuvent réclamer d'être entendus dans une procédure administrative non contentieuse est déterminé par le caractère de la décision à prendre. Tous ceux dont un intérêt digne de protection juridictionnelle peut être lésé par la décision administrative jouissent du droit d'être entendus, à savoir les personnes qui sont destinataires de l'acte administratif, ou avec lesquelles l'administration a l'intention de passer un contrat, ou qui s'opposent à la demande d'un acte administratif ou d'un contrat. De plus, il n'est pas nécessaire que l'atteinte aux droits soit certaine. Il suffit que la décision administrative à prendre puisse entraver ces droits. Lorsque les intérêts légitimes d'une personne peuvent être atteints ou modifiés, l'administration doit l'inviter d'office, ou sur sa demande, à participer à la procédure administrative.

d) L'article 24 de la loi relative à la procédure administrative non contentieuse renferme le principe selon lequel l'administration doit rechercher elle-même les faits susceptibles d'être à la base de sa décision. Pourtant, les participants de la procédure peuvent concourir à cette recherche et suggérer une audition de témoins sans avoir un droit ni à une comparution personnelle, ni à une audience, ni à l'audition des témoins comme dans les procédures juridictionnelles.

e) Compte tenu de la consécration solennelle du droit d'être entendu par le législateur, il faut interpréter les limitations et le pouvoir discrétionnaire de l'administration de façon très restrictive. Le droit d'être entendu est exclu lorsqu'un intérêt public impératif s'y oppose. En principe, ce sont les cas où la sécurité extérieure ou intérieure de l'Etat sont en cause. En outre, l'article 28 aliéna 2 de la dite loi laisse à l'administration la liberté d'apprécier la nécessité d'entendre les intéressés. Par exemple, une audition n'est pas nécessaire si

- il s'agit d'une décision prise immédiatement pour des raisons d'urgence ou d'intérêt public,
- l'audition compromettrait le respect d'un délai imposé par la loi,
- l'administration ne prend pour base de sa décision que les faits présentés par l'intéressé,
- les décisions sont éditées par voie automatisée et adressées à un grand nombre des personnes,
- il s'agit de mesures prises dans le domaine de l'exécution forcée.

Puisque il y a une liaison entre le droit d'être entendu et l'obligation de l'administration de motiver ses décisions, ces exceptions sont en partie les mêmes qui jouent aussi pour la motivation des actes administratifs.

f) Le vice de procédure relatif à l'omission de l'audition de l'intéressé peut être effacé, dans une très large mesure, par la possibilité offerte à l'intéressé de former un recours administratif et de présenter par cette voie ses observations. En effet, l'acte annulable pour omission de l'audition peut être validé, lorsque l'administration répare ce vice au cours de la procédure précontentieuse qui est prévu par l'article 68 du Code de procédure de la juridiction administrative (voir au-dessous chapitre 8). Cette possibilité d'effacer les vices de procédure qui entachent les actes annulables a pour but d'atténuer l'effet de la violation des règles de procédure afin d'éviter un retard de la décision définitive. Mais dans ce cas l'administration est obligée de prendre en charge les frais et dépenses de la procédure.

Même dans la procédure devant le juge administratif, le vice de procédure peut être réparé: L'article 46 de la loi fédérale relative à la procédure administrative non contentieuse dit qu'il n'y a pas annulation d'un acte irrégulier dans le cas, où, même si l'on avait respecté le droit d'être entendu, l'administration n'aurait pu prendre une autre décision. Mais cette constatation n'est possible que s'il s'agit d'une compétence liée. Lorsque l'administration détient un pouvoir discrétionnaire pour prendre la décision en question ou dispose d'une marge d'appréciation, l'annulation de l'acte incriminé s'impose.

On peut se demander ce qui reste de ce droit dont le non-respect, semble-t-il, n'est pas sanctionné. L'annulation de l'acte reposant exclusivement sur l'omission de l'audition conduirait à un renvoi de l'affaire à l'administration. Un renvoi comme tel ne servirait à rien. Dans la plupart des cas, l'administration prendrait la même décision après avoir entendu l'intéressé et celui-ci saisirait une deuxième fois le juge administratif. Le droit d'être entendu devant l'administration n'est pas une fin en soi. Il a pour but d'éviter des décisions illégales. Quand l'omission de l'audition peut être réparée au cours de la procédure devant l'administration ou devant le juge administratif, ce but est atteint. Le juge administratif peut se borner de constater la violation du droit d'être entendu. Cette constatation suffit, en général, pour que l'administration respecte ses obligations à l'avenir. De plus, l'obligation de l'administration de supporter les frais et dépenses de la procédure précontentieuse, notamment ceux de l'avocat, sont des sanctions assez efficaces pour garantir que l'administration observe le droit de l'intéressé d'être entendu.

5. *Si en principe, les documents de l'administration doivent être à la disposition de tout intéressé. A l'occasion, quelles sont les exceptions à la règle imaginée.*

Il faut que les particuliers soient avisés d'une procédure dont l'issue peut toucher leurs droits ou intérêts. Cette information doit permettre à l'intéressé de préparer ses observations. C'est pourquoi elle doit être complète. L'administration est tenue de communiquer à l'intéressé tous les faits qu'elle connaît et qu'elle veut prendre pour base de sa future décision. L'administration est également tenue d'exposer les motifs qui l'ont conduite à l'omission de l'audition des intéressés. Lorsque l'administration a ordonné une

instruction, elle doit informer l'intéressé du résultat de celle-ci et, le cas échéant, lui faire parvenir sur sa demande, une copie d'un rapport d'expert ou d'un procès-verbal de la déposition du témoin. Lorsqu'elle veut utiliser le contenu d'un dossier pour sa décision, l'intéressé doit en être informé, parce qu'il peut demander - c'est une partie intégrante du droit d'être entendu - la communication du dossier. Les projets d'arrêts, de décisions et d'ordonnances, les travaux ayant servi à leur préparation et les pièces concernant les votes ne sont pas communiqués aux parties même sous forme de copies. Mais une fois incorporés dans le dossier administratif, ils y restent et sont soumis à publicité, parce que le contenu d'un dossier administratif doit être complet et reste toujours intangible. Ces droits ont été reconnus par la jurisprudence avant la codification de la procédure administrative non contentieuse. Ils ne sont admis qu'au profit des parties à la procédure administrative.

La communication du dossier aux parties est maintenant réglée par l'article 29 de la loi fédérale relative à la procédure administrative non contentieuse qui est rédigé ainsi:

L'autorité administrative doit communiquer le dossier concernant la procédure en question aux intéressés pour autant que la connaissance leur en est nécessaire pour faire valoir ou défendre leurs intérêts juridiques.

Bien que cette disposition soit définie en termes assez larges, elle n'aboutit pas à reconnaître à l'administration un pouvoir d'appréciation. C'est le juge qui veille à garantir que les intéressés sont mis à même de pouvoir présenter utilement leurs observations et leurs points de vue.

a) L'intéressé peut toujours voir les mémoires, les documents et autres pièces ainsi que les renseignements officiels et les dossiers de l'administration, lorsqu'un contentieux devant le juge administratif a lieu. Dans ce cas le juge demande tout d'abord la présentation du dossier administratif qui doit être remis au tribunal. Les parties peuvent alors consulter le dossier établi par le tribunal, y compris le dossier administratif. Ce droit fait partie intégrante du droit d'être entendu. Le juge ne peut pas motiver son jugement par des faits et des preuves qui n'ont pas été communiqués aux parties de la procédure.

b) Les parties peuvent se faire communiquer à leurs frais, par le greffe, des expéditions, extraits et copies conformes. Lorsque le dossier est reproduit de manière réduite sur un film, pour remplacer le texte original, et qu'un certificat écrit existe affirmant que la reproduction est conforme au texte original, des expéditions, extraits et copies peuvent être délivrés. Par décision discrétionnaire du président de la chambre du tribunal administratif, le dossier peut être remis à l'avocat mandaté par les parties pour qu'il les emporte à son domicile ou à son cabinet.

c) L'intéressé doit disposer d'un délai suffisant lui permettant de prendre une connaissance complète du dossier et de faire parvenir à l'administration ses observations afin que celle-ci en ait connaissance avant de prendre sa décision. L'administration est tenue d'attendre l'expiration d'un délai fixé par elle-même.

d) Le droit à communication du dossier est exclu dans trois séries de cas:

— L'exercice du droit nuirait au bon fonctionnement de l'administration, par exemple en raison du grand nombre d'intéressés; dans ce contexte, il faut mentionner que dans les cas de demandes uniformes ou d'intérêts identiques excédant le nombre de cinquante, l'administration est tenue de communiquer le dossier au représentant des signataires et à lui seul,

— La divulgation du dossier nuirait aux intérêts de la Fédération ou des Laender ce qui doit être interprété d'une façon très restrictive,

— Certaines pièces doivent être tenues secrètes soit en vertu de la loi, soit en raison de leur nature même, c'est-à-dire en vue de protéger les intérêts des parties ou des tiers.

Ces exceptions sont aussi comparables à ceux mentionnées dans les chapitres précédents.

6. *Si l'inactivité de l'administration est illégitime lorsque la loi prévoit un devoir de décider à date fixe, ou sur demande de l'intéressé. S'il y a un principe général en vertu duquel l'administration doit répondre à toute demande non manifestement absurde ou tardive. Si l'illégitimité du manque de décision est semblable à l'illégitimité d'une décision contraire à la loi.*

a) Lorsque l'administration est tenue de prendre une décision déterminée sans qu'elle puisse choisir (compétence liée) et lorsque les conditions légales sont réunies, elle doit prendre l'acte en question. Si l'administration ne décide pas dans le sens que lui impose la loi ou le règlement, cette inactivité est

considérée comme illégale. Dans ce cas le particulier peut introduire un recours pour inactivité de l'administration devant le tribunal administratif (voir sur les détails chapitre 9).

b) De plus, toute demande d'un particulier doit être répondue. Ce principe résulte du droit de pétition inscrit dans l'article 17 de la Loi fondamentale:

Chacun a le droit d'adresser par écrit, individuellement ou conjointement avec d'autres, des requêtes ou des réclamations aux autorités compétentes et à la représentation du peuple.

Naturellement, le droit de pétition ne renferme pas le droit d'obtenir l'acte demandé. Mais il garantit que l'administration ne reste muette sur la demande déposée. Elle est tenue au moins d'éditer une décision et de la motiver, même quand il s'agit des actes discrétionnaires.

c) En général, la loi ne fixe pas un délai pour décider. Mais la loi relative à la procédure administrative prévoit que toute procédure administrative doit être simple et appropriée. Ce principe inclut aussi bien l'accélération de la procédure que la rapidité de la décision.

d) L'acte administratif une fois pris vis-à-vis de l'administré, celui ne peut pas répéter la demande sauf qu'il peut prétendre que la situation de droit ou de fait ait changé depuis la dernière décision. En principe l'acte administratif une fois pris est "définitif". C'est un effet comparable à la chose jugée dans la juridiction. Par conséquent, une demande tardive n'est pas admissible. L'administration n'est pas tenue d'y répondre dans ce cas-là.

7. *Si quand l'administration a le choix sur l'utilisation ou non d'un pouvoir, ou sur le temps ou la manière de l'utiliser, ce choix est toujours ou quelquefois comparable à la liberté de contracter des privés. Ou si, par contre, le choix est discrétionnaire, c'est-à-dire est visé à l'intérêt public, et à traiter de façon pareille des situations semblables d'administrés, de sorte que l'usage illogique de cette discrétion comporte l'illégitimité de la décision administrative.*

a) En droit privé l'individu dispose d'un droit d'agir et par conséquent de passer des contrats avec d'autres individus selon son gré, ses moyens et ses possibilités sauf que ces contrats violent la loi ou les bons moeurs. Cette liberté de l'individu est même reconnue par la Constitution. Il n'en va pas de même pour la puissance publique.

b) En droit administratif allemand une loi ou un règlement peuvent aussi attribuer à l'administration une liberté plus ou moins grande de choisir entre plusieurs décisions différentes et par conséquent d'agir dans un sens ou dans l'autre. L'administration peut décider de l'opportunité de prendre ou non un acte. Elle a aussi la faculté de lui donner tel ou tel contenu et de le rallier à des conditions, et à des modalités, à remplir par le requérant sous réserve que la loi ou le règlement n'en disposent pas d'autrement. Il existe même un droit de l'administration de passer un contrat avec un particulier. Ainsi l'article 54 de la loi relative à la procédure administrative concernant les contrats prévoit, qu'un rapport juridique du droit public peut être créé, modifié ou annulé par contrat dans la mesure où des dispositions légales ne s'y opposent pas. L'autorité compétente peut notamment, au lieu d'éditer un acte administratif, passer un contrat avec celui à qui elle pourrait destiner un acte administratif. Mais cette liberté est délimitée par la loi et les règlements et surtout par la mission spéciale de la puissance publique de servir l'intérêt public. Ainsi la puissance publique ne dispose jamais d'un pouvoir arbitraire. Elle est toujours liée par le but et les limites prescrites par la loi.

Il n'y a donc pas de pouvoir discrétionnaire pur. 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. L'autorité administrative dispose d'une grande liberté d'agir dans les matières où le texte conférant à l'administration ce pouvoir n'en dit rien ou très peu. Dans ces cas les limites se trouvent dans les tâches à accomplir.

c) Souvent la loi ou le règlement impose à l'administration de respecter certaines limites, quand elle use de son pouvoir discrétionnaire. Ces limites ne sont pas toujours expressément indiquées dans les textes. Dans ce cas-là, l'administration doit prendre en considération les règles suivantes:

Les limites à respecter résultent d'abord du but poursuivi par un règlement. 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. Lorsque la loi ou le règlement ne disent pas à quel but l'action administrative est soumise et dans quelles limites elle peut s'exercer, l'autorité administrative compétente doit scruter le règlement

dans son ensemble, et dans son contexte, pour savoir quel est le but à poursuivre. Il s'agit notamment de découvrir les intentions du législateur ou de l'auteur du règlement. Ces intentions se trouvent dans les rapports du gouvernement, du Conseil fédéral (la représentation des *Laender*) et des commissions parlementaires sur le projet de loi ou de règlement. Un dépassement du pouvoir discrétionnaire a pour conséquence l'illégalité de l'acte administratif concerné qui peut donc être attaqué par recours devant le juge administratif.

Les textes donnent aussi très souvent des indications sur les limites du pouvoir discrétionnaire qui est, par là, très restreint à quelques matières et ceci pour des raisons provenant du droit constitutionnel (voir chapitre 1). Notamment le respect des intérêts privés résultant des droits fondamentaux, ou du principe de la proportionnalité d'une mesure limitent considérablement la liberté d'action de l'administration en comparaison avec la liberté d'un particulier de contracter. Cependant, il ne s'agit pas de compétence liée parce que l'autorité administrative a la possibilité de faire dans les cas exceptionnels un choix contraire.

d) 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 quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Des circulaires ou des instructions peuvent fixer, en restant dans les limites indiquées par la loi, des conditions plus détaillées. Les autorités administratives subordonnées sont tenues de s'y conformer. Mais puis-qu'il s'agit de règlements d'ordre interne elles peuvent s'en écarter, lorsque le cas d'espèce s'y prête. L'observation des circulaires ou d'un usage administratif peut amener l'administration à une "auto-obligation" au sens où l'administration s'est liée et ne peut s'en écarter sans raison valable. Cette "auto-obligation" par usage administratif non-interrompu résulte aussi du droit fondamental à l'égalité, qui interdit le traitement arbitraire d'un particulier. Est considérée comme un traitement arbitraire une décision divergente sans raison adéquate d'un usage administratif non-interrompu. Mais un usage administratif constant ne peut lier l'administration lorsqu'il est illégal. Même le principe de l'égalité de traitement n'oblige pas l'autorité administrative à continuer une pratique illégale.

e) Il peut arriver qu'en fonction des circonstances du cas considéré l'administration n'ait pas d'autre choix que de prendre une décision. Cette transformation du pouvoir discrétionnaire en compétence liée se borne au cas concret considéré. Lorsque, dans la situation de fait, un rejet légal de la demande n'est pas concevable, le juge administratif peut obliger l'administration à prendre une décision positive. Dans un tel cas on parle en droit administratif allemand de "réduction du pouvoir discrétionnaire à zéro".

En résumé, on peut constater que la liberté d'agir de l'administration n'est pas comparable au droit des individus de contracter. L'intéressé a droit à un usage correct du pouvoir discrétionnaire lorsque ce pouvoir a été reconnu à l'administration non seulement dans l'intérêt général, mais aussi dans l'intérêt des particuliers déterminés, dont l'intéressé fait partie.

8. *Si contre certaines décisions ou inactivités de l'administration il y a recours à des autorités nonjuridictionnelles, qui cependant statuent "super partes", et avec une procédure contradictoire.*

Lorsque l'intéressé veut attaquer ou obtenir un acte administratif par intervention du juge il faut qu'il introduise au préalable un recours administratif. Cette procédure préalable au contentieux a une double fonction: d'une part elle a pour but de donner à l'administration la possibilité de réexaminer sa décision avant d'être engagée dans une procédure contentieuse. D'autre part, l'intéressé n'est pas tenu d'intenter immédiatement une action devant le juge administratif. La procédure préalable est moins coûteuse que le contentieux administratif. De plus, l'intéressé peut obtenir un contrôle de l'opportunité de l'acte, ce que ne peut faire le juge administratif. Cette procédure préalable a pour conséquence une décongestion non négligeable des tribunaux administratifs.

a) En général, c'est l'autorité supérieure dans l'hierarchie administrative qui est compétente pour statuer. Si l'autorité supérieure est une autorité "suprême", c'est à dire un ministère de la Fédération ou d'un des *Laender*, ou s'il s'agit d'une affaire relevant de l'autonomie des collectivités locales, il appartient à l'autorité dont émane l'acte administratif attaqué de statuer également sur le recours.

Quelquefois des commissions spéciales sont appelées à en décider. Elles se composent non seulement de fonctionnaires, mais également d'administrés comme représentants des usagers au sein de l'administration. Ces commissions jouissent d'une certaine indépendance. Pour prendre un exemple, on peut mentionner "les commissions juridiques de ville et d'arrondissement" en Rhénanie-Palatinat, un des Laender de la Fédération. Ces commissions sont présidées respectivement par le maire, par le sous-préfet, ou par leurs remplaçants, entourés des deux assesseurs n'appartenant pas à l'administration. Elles sont compétentes pour connaître des recours administratifs préalables. De même, les agents statuant sur une demande de droit d'asile jouissent d'une indépendance vis-à-vis de l'autorité publique à laquelle ils appartiennent.

b) Ces réglementations ont incontestablement un avantage évident: le requérant a le sentiment que son affaire est examinée par ses pairs. En revanche, il y a des doutes en droit constitutionnel contre cette procédure, notamment la question de savoir si l'existence d'une commission investie du même pouvoir que les autorités supérieures de l'administration, et dont les membres jouissent d'une indépendance comparable à celle des juges, est compatible avec le principe de la responsabilité politique du ministre concerné. De plus, lorsque les commissions sont investies du pouvoir de statuer indépendamment de l'administration, celle-ci doit au moins être habilitée à faire contrôler la légalité des décisions prises par ces commissions. Par conséquent on a permis à l'administration de former un recours devant le juge administratif contre les décisions de ces commissions indépendantes.

9. *S'il est toujours admis un recours au juge contre la décision ou l'inactivité de ces autorités, si bien que contre la décision ou l'inactivité de l'administration active.*

En Allemagne le système de protection juridique vis-à-vis du pouvoir exécutif a pour fondement constitutionnel l'alinéa 4 de l'article 19 de la Loi Fondamentale qui dit:

Quiconque est lésé dans ses droits par l'autorité publique peut recourir à la voie judiciaire.

La compétence de la juridiction administrative est réglée par l'article 40 du Code de procédure de la juridiction administrative ainsi conçu:

Les tribunaux administratifs sont compétents pour connaître des litiges de droit public n'étant pas de nature constitutionnelle à l'exception de ceux qui ont été attribués par un texte législatif à une autre juridiction.

La protection juridique de l'individu vis-à-vis du pouvoir exécutif est donc garantie d'une façon générale.

a) L'individu dispose de toutes les actions qui existent en procédure civile, à savoir une action aux fins de prestations, une action constitutive et une action en constatation. Le juge administratif peut donc condamner l'administration à faire ou à ne pas faire quelque chose. Il peut retirer constitutivement un acte ou faire reconnaître qu'existe ou que n'existe pas un rapport de droit entre les parties.

Lorsque un acte administratif est en litige, le Code de procédure de la juridiction administrative connaît des actions spéciales telles que le recours tendant en annulation de l'acte et le recours tendant à obliger l'administration à prendre un acte qu'elle a refusé ou omis de prendre. Constitue un acte administratif toute injonction, décision ou autre mesure prise par une autorité administrative pour régler un cas individuel de droit public et qui produit des effets de droit de manière directe dans la sphère extérieure à l'administration. Est aussi considérée comme un acte administratif la décision "collective" qui s'adresse à une pluralité d'individus déterminés ou à déterminer en vertu de critères généraux ou encore qui concerne le caractère de droit public d'une chose ou son usage par le public (par exemple le classement d'un bien dans le domaine public). Cette notion n'englobe pas les actes réglementaires.

b) Tous les recours contre les actes de la puissance publique ont pour condition que le requérant soit lésé dans un droit subjectif ou un intérêt subjectif protégés par la loi. Les actes qui peuvent se produire dans les relations du gouvernement et de la chambre des députés ou les actes dans le domaine des activités internationales, notamment avec d'autres Etats, ne touchent pas, en général, aux droits ou aux intérêts des particuliers.

c) De plus, la juridiction administrative se limite à un contrôle de légalité. Lorsque l'administration détient dans son domaine un pouvoir discrétionnaire au sens où plusieurs décisions alternatives peuvent être légales, des questions d'opportunité en faveur d'une des alternatives ne peuvent pas être soulevées devant le juge administratif. Le contrôle du juge administratif est également limité lorsqu'il y a une marge d'appréciation du côté de la puissance publique.

d) Lorsque l'administration ne réagit pas dans un délai adéquat à une demande d'un particulier, celui-ci dispose d'un recours pour inactivité de l'administration en vertu de l'article 75 du code de procédure de la juridiction administrative. Il en va de même quand, sur un recours administratif, l'autorité compétente hésite trop longtemps à décider. Ce recours n'est admis que trois mois après le dépôt de la demande ou du recours administratif, sauf si une situation spéciale exige un raccourcissement du délai. Le juge administratif examine d'abord s'il y a une raison convaincante à l'inactivité de l'administration. Dans ce cas il est tenu de suspendre la procédure et d'obliger l'administration de statuer dans un délai déterminé par lui. S'il n'y pas de motifs raisonnables à l'hésitation de l'administration, ou si le délai fixé par le juge est passé sans qu'une décision de l'administration soit prise, rien n'empêche plus le juge de prononcer un jugement en faveur du particulier. Par contre, si, au cours de la procédure, l'administration donne satisfaction au particulier, le juge n'a plus rien à décider au fond. Il ne statue que sur les frais et les dépenses de la procédure en tenant compte du droit matériel aussi bien que de l'inactivité de l'administration.

10. *Si l'activité réglementaire de l'administration peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel direct.*

Il y a en Allemagne une procédure spéciale de contrôle des actes réglementaires. On entend par acte réglementaire les décisions générales et impersonnelles n'ayant pas de forme législative. Ce contrôle s'étend à la validité:

— des règlements locaux pris en vertu de la loi fédérale relative au développement urbain (plans d'urbanisme).

— des règles du droit des *Laender* qui se situent au-dessous du niveau des lois à condition que le Land concerné ait introduit cette procédure de contrôle. La plupart des *Laender* ont fait usage de cette autorisation.

a) La requête peut être formée par toute autorité administrative ou toute personne physique ou morale ayant subi un préjudice du fait de la forme, du contenu ou de l'application d'un règlement, ou qui peut s'attendre à subir un tel préjudice dans un délai prévisible. Le juge administratif peut déclarer nulle la norme réglementaire, lorsqu'il a acquis la conviction que la norme n'est pas valide. En revanche, le juge administratif n'a pas le pouvoir d'obliger l'administration à prendre un acte réglementaire.

b) La décision qui déclare illégal un acte réglementaire a l'autorité absolue de la chose jugée et donc un effet "erga omnes". Elle sera publiée de même manière qu'a été publié l'acte réglementaire illégal. Par contre les décisions de rejet n'ont qu'une autorité relative de la chose jugée. Elles s'opposent à ce que le requérant forme un nouveau recours de contrôle principal avec les mêmes moyens. Une nouvelle requête n'est recevable que si les conditions de vie ou les opinions juridiques aient profondément changées.

c) La déclaration de l'illégalité des actes réglementaires a un effet "ab initio", parce que, en général, l'illégalité subsiste dès le moment de leur édicition. Lorsque un acte réglementaire devient illégal après son entrée en vigueur, le juge ne peut le déclarer illégal qu'à partir de cette date ultérieure. L'illégalité de cet acte doit être prononcée dans le dispositif de la décision.

d) Malgré la logique de l'exigence d'un constat de l'illégalité "ab initio", il faut éviter qu'une telle déclaration ait des conséquences désastreuses. La Cour fédérale constitutionnelle a développé une jurisprudence très nuancée en ce qui concerne la question de savoir si la violation de la Loi fondamentale par le législateur a toujours pour conséquence la nullité de la loi promulguée "ab initio", ou s'il est nécessaire de supporter la règle illégale pendant un certain laps de temps et de se borner à déclarer son inconstitutionnalité. La Cour résiste à déclarer la nullité d'une règle de droit

— si la déclaration de nullité (et donc d'une non-existence d'une règle de droit) a pour conséquence une violation de la constitution plus grave que celle qui est l'objet de la procédure,

— si elle provoque un désordre complet,

— si elle ne change pas la situation de droit actuelle parce qu'au préalable une nouvelle réglementation législative est nécessaire pour des raisons constitutionnelles (p.ex. à cause de la liberté du législateur de décider des solutions qui lui semblent les mieux adaptées)

Ces principes s'appliquent aussi aux actes réglementaires illégaux. Il faut, sous certaines conditions, supporter également un acte réglementaire inconstitutionnel pour une période transitoire.

e) Le juge administratif est aussi habilité à examiner la constitutionnalité d'une loi. Mais s'il estime inconstitutionnelle une loi dont la validité conditionne sa décision, il doit surseoir à statuer et solliciter la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit d'une violation de la Constitution fédérale. Par cette procédure on prend en considération à la fois l'importance du pouvoir législatif, l'unité de l'interprétation des lois par un organe de constitution (la Cour constitutionnelle) et le privilège de la juridiction à examiner la constitutionnalité des lois qu'elle doit appliquer.

11. *Si le jugement en matière de décisions administratives doit être spécialement rapide en vue des buts d'intérêt général visés par l'administration. Quelles règles assurent cette rapidité?*

a) Pour réaliser ses droits vis-à-vis d'un tiers, le particulier est tenu d'introduire un recours juridictionnel et d'obtenir un jugement qui lui est favorable. Par contre, l'administration n'a pas à s'adresser au tribunal pour mettre en oeuvre ses actions même si celles-ci portent atteinte aux libertés d'un individu. Le droit administratif allemand l'a dotée d'une prérogative de décision pour garantir la rapidité des actions de l'administration. Cette prérogative est justifiée par l'obligation de l'administration d'observer la loi et le droit.

b) La prérogative de l'administration est relativisée par le fait que le recours en annulation d'un acte administratif a un effet suspensif qui suspend l'exécution de l'acte. Certes, l'administration peut ordonner l'exécution de l'acte sous les conditions prévues par la loi. Mais cette ordonnance peut également être suspendue par un arrêt juridictionnel de sursis à exécution (voir au-dessous chapitre 12). Par conséquent, malgré les prérogatives de l'administration, les décisions juridictionnelles doivent intervenir rapidement pour éviter une paralysie de l'activité administrative.

c) L'augmentation de la capacité de travail des juridictions ne suffit pas pour résoudre ce problème. Le nombre des juges de carrière dans la juridiction administrative est monté de 955 en 1975 à 1810 en 1989 sans que la durée des procédures ait diminué (environ 12 mois par instance). Cette durée s'explique par la quantité des recours devant les tribunaux administratifs qui a plus que doublé de 1975 à 1989 et s'élevait à 127 500 recours enregistrés en 1989. Par conséquent, l'administration s'efforce souvent d'éviter les litiges devant le juge administratif en cherchant un agrément acceptable pour les intéressés. Mais cette solution n'est pas toujours réalisable.

d) Récemment le législateur a introduit d'autres remèdes pour accélérer la procédure devant la juridiction administrative. La loi de 17 décembre 1990 relative au nouveau règlement de procédure devant la juridiction administrative a introduit quelques changements dans la procédure dont l'efficacité ne peut pas encore être évaluée. Il s'agit des mesures suivantes:

— Le tribunal administratif de première instance peut statuer sans procédure orale lorsque le litige ne comporte pas de difficultés de droit ou de fait, notamment lorsque les faits sont connus. Le tribunal administratif de deuxième instance (cour d'appel) peut débouter un appel sans procédure orale lorsqu'il décide à l'unanimité qu'une telle procédure ne lui semble pas nécessaire.

— Le recours à la deuxième instance (appel) suppose une autorisation s'il concerne une prestation ou un acte administratif d'une valeur ne dépassant 1000.- DM. Cette autorisation suppose - comme l'admission d'un recours devant la Cour suprême administrative fédérale - que le litige ait une portée de principe, ou que l'arrêt s'écarte d'un arrêt d'une autre cour d'appel, ou qu'il y ait un vice de procédure.

— Les tribunaux sont dispensés de la motivation de leurs jugements pour autant qu'ils confirment les motifs des décisions précédant leurs arrêts,

— Les litiges concernant des projets de grande taille, notamment dans le secteur nucléaire, la planification des autoroutes, des chemins de fer et des aéroports sont de la compétence de tribunaux supérieurs des Länder ce qui a pour conséquence qu'il n'y a que deux instances au maximum. De plus, un nouveau projet de loi prévoit qu'en litiges concernant les planifications de grande taille dans l'ex-R.D.A. la Cour suprême administrative fédérale statue en première et dernière instance. On attend alors de la diminution du nombre des instances compétentes une accélération des procédures juridictionnelles.

— Dans les procédures qui sont caractérisées par le grand nombre de requérants la loi prévoit un allègement quant à la notification des intéressés et quant à leur représentation par un avocat ou un autre mandataire commun. Le juge est habilité à se limiter à une procédure pilote et à surseoir aux procédures semblables.

Il reste à mentionner qu'une accélération des procédures est possible lorsque toutes les parties et le juge concentrent leurs efforts sur la procédure temporaire et urgente qui, par définition, se déroule plus vite que la procédure normale. En pratique, les parties s'autolimitent de cette manière sans qu'il y ait naturellement une obligation de se comporter ainsi.

12. *Si le juge peut adopter, pour la durée du procès, des mesures temporaires. Si ces mesures sont ou le sursis à l'exécution ou un arrêt positif intérimaire, mais semblable à la décision administrative que l'intéressé s'attend en cas de résultat favorable du procès.*

Le juge administratif est habilité à prendre des mesures provisoires. De plus, la loi elle-même protège l'individu contre une exécution prématurée par l'effet suspensif de son recours en annulation.

a) Lorsqu'il y a un refus par l'administration d'éditer un acte, le tribunal administratif peut prendre un "référé administratif", prévu par l'article 123 du code de procédure de la juridiction administrative. Sur requête, le tribunal peut, dès avant l'introduction du recours, prendre une mesure conservatoire. Si une modification de l'état des choses risque de rendre impossible, ou sensiblement plus difficile l'exercice effectif d'un droit du requérant, il est possible de prendre des mesures conservatoires pour régler provisoirement la situation afin d'éviter des dommages sérieux, ou d'empêcher l'emploi imminent de l'exécution forcée.

b) Ces dispositions du Code ne sont pas applicables dans un recours en annulation de l'acte attaqué. Dans ce cas-là, l'effet suspensif du recours évite l'exécution de l'acte. Il est interdit à l'administration de prendre des mesures d'exécution ou de contraindre l'administré à s'adapter à la décision. L'effet suspensif du recours bloque la prérogative de l'administration lui permettant d'agir sans avoir demandé le titre exécutoire dont tout particulier a besoin pour obtenir l'exécution d'une décision contre un autre particulier dans la procédure civile. Cet effet suspensif l'empêche de créer, par une exécution immédiate de la décision attaquée, des faits accomplis et souvent irréparables.

L'effet suspensif ne joue pas dans les cas prévus par la loi, notamment en matière d'impôts, taxes et redevances, pour les injonctions et mesures urgentes émanant des fonctionnaires de police chargés de tâches d'exécution. L'auteur de la décision administrative peut, si l'intérêt public l'exige, prescrire son caractère exécutoire, nonobstant toute voie de recours. Cet intérêt public doit être motivé par écrit.

En revanche, un sursis à exécution peut être demandé par le requérant. Il est ordonné par une décision juridictionnelle, lorsque l'effet suspensif est exclu par la loi ou supprimé formellement par l'administration. Le sursis à exécution doit intervenir, s'il existe des doutes sérieux sur la légalité de l'acte administratif incriminé, ou si l'exécution a des conséquences trop sévères pour le particulier, contraires à l'équité et non justifiées par l'intérêt public. En matière d'impôts, taxes et redevances, le sursis peut être subordonné au versement d'une caution. Les parties disposent d'un recours spécial devant la cour d'appel en cas de rejet de la demande, ou de modification, ou d'annulation de la décision prise sur la demande de sursis à exécution. De plus, les décisions sur une demande de sursis à exécution peuvent, à tout moment, être modifiées ou annulées par le tribunal administratif de première instance.

c) Le Code de procédure de juridiction administrative a renforcé la position du requérant par l'introduction de l'effet suspensif du recours en annulation. Il a donné au juge administratif un pouvoir très large pour établir ou rétablir l'effet suspensif en cas d'exclusion, et il a prévu des voies d'exécution forcée contre les personnes morales de droit public. Les droits du requérant ne peuvent être mis en cause par des faits accomplis avant qu'une décision définitive soit prise et le requérant a la garantie qu'il ne sera pas privé du résultat favorable de son procès, parce que l'administration se refuserait à exécuter elle-même la décision juridictionnelle. Les pouvoirs étendus du juge administratif ont pour conséquence qu'il n'y a que rarement de difficultés en ce qui concerne l'exécution du jugement. En revanche, on peut se demander si la position renforcée de l'individu, notamment l'effet suspensif de son recours en annulation, paralyse l'action administrative et si l'exécution se heurte au fait que l'Etat doit exécuter contre lui-même. Les deux objections ne sont pas bien fondées.

Par l'effet suspensif, l'administration est gênée dans son activité. Elle doit calculer la durée d'un procès. Mais, en général, il vaut mieux pour elle de ne pas exécuter des décisions qui seront ultérieurement annulées. Elle doit autrement redouter qu'il y ait une action en dommages-intérêts, ou une action tendant à

réparer ou à effacer le préjudice créé par l'exécution illégale ou injustifiée. De toute façon elle sera plus gênée par de tels procès que par l'effet suspensif. Même si le juge a donné une interprétation extensive de ses pouvoirs déjà très larges en matières de sursis à exécution, il a toujours trouvé une solution qui tienne suffisamment compte des intérêts de l'administration.

En ce qui concerne la deuxième objection, il faut répondre que l'Etat, en réalité, n'exécute pas contre lui-même; c'est un organe d'Etat qui est l'objet de l'exécution. Le principe de la séparation des pouvoirs lui-même ne fait pas obstacle à cette mesure, parce que l'exécution forcée, même contre l'administration, est une des tâches des pouvoirs chargés de la fonction juridictionnelle.

En résumé, le droit administratif procédural a établi une sorte de présomption en faveur du requérant. Certes, on ne sait pas a priori si c'est l'administration ou le requérant qui auraient raison, mais c'est toujours le requérant qui serait le plus désavantagé, s'il n'y avait pas d'effet suspensif ni de voies d'exécution provisoire contre l'administration. En revanche, les correctifs prévus par la loi peuvent empêcher que l'administration soit trop gênée en son action. Il en résulte des inconvénients pour l'administration, mais les avantages, y compris pour l'administration, l'emportent. C'est pourquoi la réglementation de la protection juridictionnelle semble avoir trouvé une solution équitable et bien réfléchie.

13. *Si l'exécution de l'arrêt défavorable à l'administration pose des problèmes. S'il arrive qu'en la matière soient confiés au juge des pouvoirs particuliers.*

Les jugements et arrêts des tribunaux peuvent être exécutés contre l'Etat. C'est ce que prévoit le Code de procédure civile.

a) L'exécution forcée a pour condition l'existence de décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée ou devenues expressément exécutoires. Les mesures d'exécution sont la saisie-arrêt, la saisie-exécution, l'astreinte, l'amende et la saisie-immobilière. Le patrimoine de l'Etat et des collectivités publiques mis à la disposition du public, ou affecté à un service public (domaine public), est inaliénable et, par conséquent, soustrait à l'exécution forcée. C'est au juge à décider les conditions d'exemption de l'exécution sont remplies.

Le Code de procédure civile a introduit un moyen spécial qui a pour but de recommander à l'administration de se conformer volontairement à la décision juridictionnelle. Le tribunal compétent en première instance pour déterminer les mesures d'exécution à prendre, doit, avant la décision sur ces mesures, informer l'administration de l'imminence de l'exécution en lui demandant d'exécuter volontairement son obligation dans un délai déterminé qui ne peut excéder un mois. Si l'administration ne fait rien dans ce délai, le tribunal procède à l'exécution en déterminant les mesures adéquates et en confiant celles-ci à une autorité compétente. Cette dernière est tenue de suivre les instructions du tribunal.

Les dispositions du Code de procédure civile concernant l'exécution forcée s'appliquent aussi aux jugements et arrêts des tribunaux et cours administratifs, parce que le Code de procédure de la juridiction administrative, à l'exception des quelques dispositions spéciales, renvoie au livre huitième du Code de procédure civile intitulé "exécution forcée".

b) L'annulation d'un acte administratif par le juge a pour conséquence l'obligation pour l'administration de mettre fin à l'exécution. Pour l'avenir, l'administration ne doit pas reprendre l'acte annulé en commettant la même illégalité. Tout acte pris après la décision d'annulation et se fondant sur l'acte attaqué est illégal. L'administration est tenue de s'abstenir de toute déclaration ou action qui a pour base l'acte annulé, et qui est en contradiction avec celui-ci.

c) Le juge administratif peut, sur simple demande du requérant, prononcer dans la décision d'annulation que, et de quelle manière, l'administration est tenue d'annuler l'exécution. Les tribunaux administratifs ont développé un droit général d'obtenir la restitution d'un état antérieur qui n'existe plus par suite d'un acte illégal émanant de l'administration. Contrairement à la responsabilité administrative et aux empiétements assimilés à une expropriation, le requérant peut demander, dans ce cas-là, une restitution en nature (p.ex. : un avertissement a été infligé à un fonctionnaire pour une conduite non compatible avec ses devoirs. En cas d'annulation il faut supprimer du dossier du fonctionnaire la mention de l'avertissement). Tout titulaire d'un droit subjectif au sens de l'article 19 alinéa 4 de la Loi fondamentale, qui a été violé, peut intenter l'action en restitution. Le droit en vue d'obtenir la réparation des suites préjudiciables d'un acte dans toute l'acceptation de ce terme reçoit ainsi sa valeur originale dans le cadre de la responsabilité de l'Etat.

Par le recours en restitution le particulier peut demander la suppression des suites directes de l'atteinte à ses droits et la restitution de l'état antérieur, mais il ne peut rien réclamer au-delà. Alors ce recours ne peut pas se diriger contre une omission de l'administration. Si, par exemple, l'autorité rejette illégalement la demande d'obtenir un permis de construire et si, au cours du contentieux, il y a un changement de droit qui s'oppose à la construction projetée, le propriétaire ne peut arriver, par le recours en restitution, à la délivrance du permis, parce qu'on créerait ainsi un état qui n'avait jamais existé.

*d)* En ce qui concerne le refus d'édition d'un acte par l'administration il n'y a pas de problème quant à l'exécution. Lorsque l'administration a une compétence liée, le juge administratif condamne l'administration à prendre l'acte demandé. Même si cette obligation n'était pas prononcée dans le dispositif de la décision, l'administration serait tenue d'édicter l'acte demandé, parce que elle est obligée de se conformer à la décision du juge; le non-respect serait une violation du principe de la chose jugée. La condamnation de l'administration peut être exécutée, par voie d'exécution forcée. L'article 172 du Code de procédure de la juridiction administrative habilite le juge à infliger à l'autorité qui hésite à exécuter sa décision une astreinte pouvant aller jusqu'à 2 000.- DM.

A vrai dire, il est très rare, et n'arrive presque jamais, que des mesures d'exécution doivent être prises, parce que l'administration se conforme, pour des raisons de respect de la légalité, aux décisions juridictionnelles.