

Domat droit public

RENÉ CHAPUS

Droit administratif général

Tome 1

15^e édition

Montchrestien

DU MÊME AUTEUR

Droit administratif général - Tome 2

15^e édition
Montchrestien, 2001

Droit du contentieux administratif

9^e édition
Montchrestien, 2001

Ouvrage couronné par l'Académie
des Sciences morales
et politiques

(Prix Julliot de la Morandière)



© by Editions Montchrestien E.J.A., 2001
31, rue Falguière, 75741 Paris Cedex 15
Tous droits réservés pour tous pays.
I.S.B.N. : 2-7076-1266-9

- A. Legrand, *V^o Incompétence*, Repert. Dalloz cont. adm., t. 2 (2001).
 J.-C. Venezia, *Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative*, Mélanges Waline (1974), p. 795.
- 3°) J. Kerninon, *L'obligation pour l'autorité administrative de prendre réellement ses décisions*, Rev. adm. 1981, p. 479.
- 4°) J.-J. Israel, *La régularisation des actes administratifs*, LGDJ, 1980.

§ 3. ■ L'ILLÉGALITÉ INTERNE

- 1230** Un acte peut être entaché d'illégalité interne en raison de l'illégalité, soit de son contenu, soit de ses motifs, soit de son but. Trois modalités de l'illégalité interne doivent ainsi être distinguées.

I. ■ L'ILLÉGALITÉ EN RAISON DU CONTENU DE L'ACTE

- 1231** La « violation directe de la loi ». — C'est par cette expression qu'on désigne usuellement, en doctrine et en jurisprudence, cette première modalité de l'illégalité interne. On la présente parfois aussi comme affectant l'« objet » de l'acte.

En réalité, c'est bien le contenu de l'acte (terme en tout cas moins équivoque), c'est-à-dire la norme édictée considérée en elle-même, qui n'est pas conforme à la légalité et, plus précisément, aux normes qui lui sont supérieures.

Par exemple, le décret pris pour l'application d'une loi contient des dispositions incompatibles avec celles de la loi ; ou bien, une décision est prise avec effet rétroactif, contrairement au principe de la non-rétroactivité des actes administratifs ; ou encore, alors que les sanctions disciplinaires infligeables aux fonctionnaires sont limitativement déterminées par leur statut, une sanction n'y figurant pas a été prononcée.

On voit que la « violation directe de la loi », c'est-à-dire de la légalité, est une modalité banale et simple de l'illégalité interne.

II. ■ L'ILLÉGALITÉ EN RAISON DES MOTIFS DE L'ACTE

- 1232** Elle est plus complexe que la précédente. En présence de l'acte dont on apprécie la légalité, la question est de savoir quelle est sa « cause », c'est-à-dire : en raison de quoi cet acte a été fait. Et il y aura illégalité en raison de ses motifs, s'il apparaît qu'il procède, selon la terminologie jurisprudentielle (qu'il y a intérêt à respecter), soit d'une erreur de droit, soit d'une erreur dans la qualification juridique des faits, soit d'une erreur de fait.

1233 A. - L'erreur de droit. — Fréquemment commise, elle est une cause importante de censure juridictionnelle, que les jugements et arrêts présentent comme prononcée (selon des expressions équivalentes) pour « erreur de droit », ou en raison d'un « motif entaché d'une erreur de droit », ou encore pour cause de « motif juridiquement erroné ».

Trois causes peuvent engendrer une erreur de droit.

1234 a) Elle peut d'abord résulter de la mise en œuvre d'une norme inexistante ou (c'est plus fréquent) inapplicable. On peut dire qu'il y a eu erreur quant à la *base légale* sur laquelle la décision a été prise.

C'est ainsi que, aucune disposition du statut de la magistrature ne subordonnant la promotion sur place d'un magistrat à une condition de mobilité, le ministre commet une erreur de droit en refusant une telle promotion pour absence de mobilité.

CE 19 janvier 1994, *Mme Obrego*, p. 24.

S'agissant de normes inapplicables (en tout cas, en l'espèce), on peut citer les cas suivants : — pour modifier par décret des dispositions législatives, le gouvernement a cru pouvoir se fonder sur la loi du 17 août 1948, alors que ces dispositions étaient postérieures à cette loi (v. n° 94-3°) (1) ; — un maire a refusé un permis de construire en se fondant sur le plan d'urbanisme de la commune, alors que ce plan n'a pas encore été publié et n'est donc pas opposable aux tiers (2) ; — une dépense obligatoire n'ayant pas été votée par un conseil municipal, l'autorité de tutelle a cru pouvoir se fonder sur les dispositions du Code des communes lui permettant d'établir le budget de la commune, alors que seules étaient applicables celles qui ouvrent le droit d'inscrire d'office au budget les crédits nécessaires (3) ; — un ministre refuse de reporter la date de mise à la retraite d'un fonctionnaire en se fondant sur une disposition dont l'objet est d'exclure en principe la révision du montant des pensions (4) ; — un préfet décide la reconduite à la frontière d'un étranger en se fondant sur des dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui ne se rapportent pas à ce qu'est l'irrégularité de sa situation (5).

1) CE Sect. 8 mars 1957, *Rozé*, p. 147, concl. C. Mosset.

2) CE 7 juillet 1976, *Ep. Arnaud*, p. 1069, JCP 1977, n° 18596, note G. Liet-Veaux.

3) CE 20 février 1980, *Préfet de Loire-Atlantique*, p. 95.

4) CE 20 juillet 1988, *Mme Denis*, p. 298.

5) CE 9 novembre 1998, *Sacko*.

- L'autorité administrative peut cependant se fonder sur un *projet* de loi ou de règlement, s'il n'y a pas de doute, à la date de la décision, quant à son aboutissement et son contenu, et à condition, d'une part, que la production des effets de la décision soit différée jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi ou du règlement et, d'autre part, qu'il y ait un motif d'intérêt général de procéder ainsi.

V. à cet égard, CE Ass. 2 février 1987, *Soc. TV6*, p. 28, AJ 1987, p. 314, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre, DA 1987, n° 155, RFDA 1987, p. 29, concl. M. Fornacciari : censurant l'erreur de droit commise par le gouvernement en se fondant, pour résilier une concession de service public, sur un projet de loi « dont l'aboutissement, le contenu et les conséquences ne pouvaient être tenus pour certains » à la date à laquelle la résiliation (à effet différé) a été décidée.

1235 L'illégalité d'une décision pour défaut de base légale n'est toutefois pas irrémédiable. La jurisprudence reconnaît au juge le pouvoir de régulariser la décision en la rattachant à un fondement adéquat. Mais, comme on le suppose, un tel rattachement n'est réalisable que dans l'hypothèse où la décision aurait pu, dans les mêmes conditions, être prise sur un autre fondement.

Dans cette hypothèse, le juge pourra (même d'office) procéder à une *substitution de base légale* en conséquence de laquelle il rejettera le recours (v. les affaires *Rozé* et *Arnaud* : dans la première, la décision aurait pu être prise en vertu de la loi de pleins pouvoirs, alors en vigueur, du 11 juillet 1953 ; dans la seconde, le maire aurait pu fonder son refus sur le règlement national d'urbanisme).

La substitution est exclue si le régime d'édition en vertu du fondement adéquat n'est pas le même (du point de vue de la procédure à suivre ou de l'absence de procédure et en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs d'appréciation de l'autorité administrative). Elle l'est *a fortiori* si la décision est différente dans son contenu de celle qui aurait été prise sur la base légale adéquate.

- V., de plus, *Droit du contentieux administratif*, 9^e éd., 2001, n° 1124.

1236 b) L'erreur de droit peut aussi tenir au rattachement des dispositions édictées à une norme illégale. L'auteur de la décision a cru pouvoir se fonder sur une certaine réglementation ; mais cette réglementation est illégale.

Par exemple, l'autorité administrative a rejeté une demande de pension en se fondant sur un règlement excluant, contrairement à la loi, que la demande puisse être satisfaite (1) ; — ou bien, elle a mis fin aux fonctions d'un agent public en se fondant sur une circulaire ministérielle à caractère réglementaire, qui est illégale à raison de l'incompétence du ministre pour prendre les dispositions réglementaires en cause (2).

1) CE Sect. 30 avril 1976, *Lacorne*, p. 224, RDP 1976, p. 1362.

2) CE 25 avril 1979, *Ciaudo*, p. 159, RDP 1980, p. 1595.

1237 c) Elle peut enfin avoir pour cause, et c'est fréquent, le rattachement des dispositions édictées à une norme, applicable et régulière, mais inexactement interprétée par l'auteur de l'acte, qui s'est trompé sur ce qu'elle permet ou impose de faire.

Ainsi, le ministre chargé d'arrêter la liste des candidats autorisés à se présenter au concours d'entrée à l'ENA a cru (c'est du moins l'interprétation bienveillante que le Conseil d'Etat donnera au comportement ministériel) que le

principe d'égalité d'accès aux emplois publics s'accommodait de discriminations liées aux opinions politiques des candidats (v. l'arrêt *Barel*, du 28 mai 1954, préc., n° 126).

Ou bien, des présidents d'université ont cru pouvoir refuser l'inscription d'étudiants en premier ou second cycle pour des motifs d'ordre qualitatif ou pour cause de non-satisfaction à des épreuves de sélection (1) ; — un jury de concours s'est cru en droit de se prononcer sur l'aptitude physique d'un candidat (2) ; — cependant qu'un ministre a cru, en conséquence d'une loi d'amnistie, qu'il ne pouvait qu'annuler des autorisations de licenciement, alors que l'amnistie était sans effet sur leur légalité et qu'il devait se prononcer sur cette dernière (3).

1) CE 27 juillet 1990, *Université de Paris-Dauphine*, p. 238, AJ 1991, p. 151, obs. J. Chevallier, DA 1990, n° 499, LPA 8 mars 1991, p. 14, note J. Fialaire ; 8 janvier 1992, *Université Paris X Nanterre*, p. 1019 ; 28 juin 1996, *Université de Clermont-Ferrand II*, DA 1996, n° 432, obs. R. Schwartz (accès en 1^{er} cycle).

CE 27 juin 1994, *Université Claude Bernard*, p. 337 (accès en 2^e cycle).

Illustrant la légalité, au contraire, de la sélection pour l'accès en 3^e cycle, v. CE 23 mars 1994, *Synd. nat. des psychologues du Poitou-Charentes*, p. 975, DA 1994, n° 338, obs. R.S.

2) CE 21 janvier 1991, *Mlle Stickel*, p. 21, D 1991, IR, p. 74.

3) CE 13 mai 1992, *RNUR*, p. 197.

Il est particulièrement fréquent que les autorités administratives commettent des erreurs de droit *en se croyant, à tort, tenues de rejeter* les demandes dont elles ont été saisies.

Par exemple, le conseil de l'Ordre des médecins a cru, à tort, devoir rejeter une demande de qualification professionnelle présentée par un médecin après l'expiration d'un certain délai, alors que ce délai n'était pas imparté à peine de forclusion (1) ; — un ministre s'est de même trompé en croyant qu'il devait refuser de satisfaire une demande de réintégration d'un fonctionnaire ou de retrait d'une décision, alors que réintégration et retrait étaient légalement possibles (2) ; — le ministre de l'éducation nationale a cru, à tort, que le principe de l'indépendance des universités lui interdisait de décider la réintégration d'un membre du corps enseignant en l'absence de proposition en ce sens des instances universitaires compétentes (3) ; — le ministre des affaires sociales a, quant à lui, cru devoir rejeter comme irrecevable une demande de naturalisation, en conséquence d'une interprétation erronée des dispositions relatives à la condition de résidence en France des candidats à la naturalisation ; ou bien, il a rejeté une déclaration de réintégration dans la nationalité française par un motif qui ne pouvait justifier que le rejet d'une déclaration de nationalité (4) ; — un préfet s'est cru tenu de rejeter une demande tardive de renouvellement de carte de séjour, et a ainsi exclu à tort la possibilité qu'il avait de régulariser la situation de l'intéressé (5).

1) CE 3 mars 1976, *Valette*, p. 117, RDP 1976, p. 1074.

2) CE Sect. 20 juin 1952, *Legros*, p. 327, RDP 1953, p. 725, note M. Waline ; et CE Sect. 29 novembre 1974, *Barras*, p. 598, RDP 1975, p. 1121, note M. Waline ; 25 mars 1987, *Mme Ell*, p. 105.

3) CE Ass. 11 juillet 1975, *Dme Saïd*, p. 424, concl. R. Denoix de Saint Marc, AJ 1976, p. 432, note S.S.

4) CE 29 novembre 1989, *Jeanne*, AJ 1990, p. 342, concl. R. Abraham ; 24 février 1992, *de Boucar*, p. 72.

5) CE 7 octobre 1991, *Diop*, DA 1991, n° 477.

- Commettait une erreur de droit du même ordre l'autorité administrative qui croyait que la législation sur la déchéance quadriennale lui imposait l'obligation d'opposer la déchéance, alors que cette législation lui laissait la liberté d'apprécier s'il convenait de l'opposer (v. CE Sect. 18 avril 1958, *Guern*, p. 214 ; actuellement, la loi du 31 décembre 1968, art. 6, interdit aux autorités administratives de renoncer à opposer la prescription quadriennale).

V., de plus, n° 1221-3°.

1238 B. - L'erreur de qualification juridique des faits. L'arrêt *Gomel* de 1914.

— Il y a toujours des faits à l'origine de la décision de l'administration d'édicter une mesure déterminée ou de suivre un certain comportement.

Pour que la décision soit légale, il faut que son auteur ne se soit pas trompé sur la qualification juridique des faits qu'il a pris en considération : c'est-à-dire qu'il faut, selon l'expression jurisprudentielle, que ces faits soient « de nature » à justifier juridiquement la décision.

C'est seulement au cours des premières années du siècle que le Conseil d'Etat a inauguré le contrôle et la censure de l'erreur dans la qualification juridique des faits par son arrêt *Gomel* du 4 avril 1914 (p. 488, S 1917.3.25, note M. Hauriou), rendu dans une affaire qui donne un excellent exemple de ce dont il s'agit.

Une demande de permis de construire en bordure de cette petite place parisienne et ovale qu'est la place Beauvau a été rejetée par le préfet de la Seine, pour le motif que la construction projetée porterait atteinte à une perspective monumentale. La qualification ainsi donnée à la place Beauvau est-elle exacte ? Le Conseil d'Etat répond négativement et annule en conséquence la décision préfectorale : les faits (la place telle qu'elle existe) n'étaient pas de nature à la justifier juridiquement.

Et dans cette affaire, le Conseil d'Etat va remarquablement jusqu'au bout de ce qu'implique le contrôle de la qualification juridique des faits. La motivation de l'arrêt fait apparaître en effet que si la place avait été reconnue comme une perspective monumentale, le Conseil aurait examiné la seconde question de qualification juridique qui se serait posée : la construction projetée était-elle de nature à porter atteinte à cette perspective ?

Ainsi, dès le début de la nouvelle jurisprudence, le Conseil d'Etat entre pleinement dans l'examen des faits. L'arrêt *Gomel* représente le plus grand pas qui ait été accompli dans le sens d'un meilleur contrôle de la légalité de l'action administrative : le plus remarquable du point de vue des principes ; le plus important en pratique, en raison de la fréquente nécessité de contrôler la

qualification juridique des faits et de la fréquence des erreurs commises par les autorités administratives.

Quant à la diversité des faits dont l'administration doit déterminer et dont le juge vérifie ensuite la qualification juridique, elle est telle qu'on n'en peut donner qu'une bien faible idée, à l'aide d'exemples tels que ceux-ci.

1^o) Il peut s'agir d'apprécier si un site doit être qualifié de « pittoresque » (1), si un projet de construction est celui d'une « habitation bourgeoise » (2), si une organisation syndicale est une des plus représentatives sur le plan national (3), aussi bien que d'apprécier si une affaire réglée par un gouvernement démissionnaire est une « affaire courante » (4), si un Français « se comporte en fait comme le national d'un pays étranger » (5), ou si un film est qualifiable d'« oeuvre d'expression originale française » (6).

1) CE 2 mai 1975, *Dme Ebri*, p. 280, AJ 1975, p. 311, concl. G. Guillaume : réponse affirmative et légalité, par suite, de la mesure de classement destinée à protéger le massif de la Clape, près de Narbonne.

2) CE Sect. 28 janvier 1977, *Ep. Agopyan*, p. 53, AJ 1977, p. 138, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius : réponse affirmative et, en conséquence, illégalité du refus de permis de construire dans un lotissement réservé à un tel genre d'habitations.

3) CE Ass. 17 avril 1970, *CFDT*, p. 263 : réponse affirmative relativement à la CFTC et légalité de la décision lui attribuant un siège au sein de la Commission supérieure des conventions collectives.

4) CE Ass. 4 avril 1952, *Synd. régional des quotidiens d'Algérie*, p. 210, RDP 1952, p. 1029, note M. Waline, S 1952.3.49, concl. J. Delvolvé : réponse négative en ce qui concerne le décret rendant applicable en Algérie la législation de 1946 sur les biens de presse et par suite incompétence du gouvernement démissionnaire pour prendre un tel décret.

5) CE Ass. 20 mars 1964, *Konarkowski*, p. 196, AJ 1964, p. 497, note H.A. : réponse négative et, par suite, annulation du décret ayant déchu le requérant de la nationalité française.

6) CE 6 avril 1998, *Soc. ASP*, DA 1998, n° 271, obs. D. C.

2^o) On peut ensuite mentionner, pour donner une idée du contrôle de la qualification juridique des faits en matière de libertés publiques : l'examen de la question de savoir si la tenue d'une réunion était de nature à troubler gravement l'ordre public (1), si une publication doit être considérée comme présentant un danger pour la jeunesse à raison de son caractère licencieux (2) ou si la diffusion d'un ouvrage était de nature à créer une menace grave pour l'ordre public (3) si des infractions ont un caractère politique (4), ou encore si des élèves musulmanes équipées d'un « foulard islamique » ont un comportement incompatible avec le principe de laïcité (5).

1) CE 19 mai 1933, *Benjamin*, p. 541, D 1933.3.54, concl. Michel, S 1934.3.1, concl., note A. Mestre : réponse négative et illégalité de la décision du maire interdisant la réunion.

2) CE 5 décembre 1956, *Thibault*, p. 463, D 1957, p. 20, concl. C. Mosset et 20 décembre 1985, *Sarl Ed. du Pharaon*, p. 391, LPA 4 juin 1986, p. 10, note B. Pacteau : réponses affirmatives et légalité des arrêtés ministériels (pris sur la base de la loi du 16 juillet 1949) interdisant exposition, publicité et vente aux mineurs de dix-huit ans de telles publications.

3) CE 20 décembre 1967, *Fabre-Luce*, p. 511 : réponse négative et par suite illégalité de l'arrêté préfectoral refusant de restituer à son auteur les exemplaires d'un ouvrage antérieurement saisi.

4) CE Ass. 7 juillet 1978, *Croissant*, p. 292, AJ 1978, p. 559, chron. O. Dutheillet de Lamothé : réponse négative et par suite légalité du décret prononçant l'extradition de l'auteur des infractions considérées.

5) V. la jurisprudence citée n° 787-1°.

3°) Il faut enfin relever en matière de fonction publique l'existence de deux jurisprudences classiques et riches concernant, l'une, les faits de nature à justifier une sanction disciplinaire (1) et l'autre, l'aptitude physique à exercer une fonction (2).

1) V. p. ex. CE 28 avril 1938, *Dlle Weiss*, D 1939.3.41, concl. Dayras, note M. Waline : le fait pour une institutrice stagiaire d'avoir, par lettre privée, invité un élève-maître à assister pendant les vacances à des conférences de caractère religieux n'est pas une violation du principe de la neutralité scolaire ; annulation par suite du refus de la titulariser ; 15 mars 1950, *Dubois*, p. 794 : n'est pas de nature à justifier une sanction le fait, pour un fonctionnaire, d'avoir qualifié d'« incongruités regrettables » certains propos tenus à son encontre par un député ; Ass. 13 mars 1953, *Teissier*, p. 133, D 1953, p. 735, concl. J. Donnedieu de Vabres : est au contraire constitutif d'une faute disciplinaire le fait pour un haut fonctionnaire (directeur du CNRS) de s'être solidarisé avec les signataires d'une lettre ouverte violente et injurieuse pour le gouvernement.

- Si d'autre part, le prononcé d'une sanction ou d'une mesure conservatoire est subordonné à la commission d'une faute grave, le juge vérifie si les faits reprochés sont ainsi qualifiables : CE Sect. 24 juin 1977, *Dme Deleuse*, p. 294, RDP 1977, p. 1355, concl. R. Denoix de Saint Marc.

2) P. ex., CE Sect. 25 juillet 1952, *Loubeyre*, p. 397, D 1953, p. 5, concl. Guionin : la cécité n'est pas une inaptitude à l'enseignement supérieur, légalité par suite du décret nommant un professeur de médecine atteint de cette infirmité ; Sect. 12 novembre 1965, *Davéo*, p. 610 : au contraire, une amputation du bras droit entraîne l'inaptitude à exercer les fonctions de chef de service de maternité, légalité par suite de la mise en disponibilité de l'intéressé ; 6 avril 1979, *Picot*, p. 768, AJ 1979, n° 7, p. 41, obs. S.S., RDP 1979, p. 1499 : le fait pour un candidat à un emploi public d'être appareillé d'un avant-bras artificiel n'est pas incompatible avec les fonctions d'inspecteur des postes, illégalité par suite du refus de l'autoriser à concourir.

1239 Comme l'erreur relative à la base légale des décisions, l'erreur dans la qualification juridique des faits n'est pas inéluctablement une cause d'illégalité.

Le juge peut en effet procéder à une *substitution de motifs*, dans l'hypothèse précise où l'administration était tenue de prendre la décision qu'elle a prise et si, bien entendu, un motif substituable existe.

V. p. ex., CE Sect. 16 novembre 1962, *Soc industrielle de tôlerie*, p. 608, AJ 1963, p. 170, concl. J.-F. Henry : à propos d'une décision préfectorale prise à l'égard d'un établissement classé ; 7 janvier 1983, *Soc. Sogeba*, p. 1 : à propos d'un refus par le préfet de mettre en œuvre les pouvoirs qu'il tient de la législation des établissements classés.

Il peut également, quand une décision repose sur plusieurs motifs dont certains ne sont pas de nature à la justifier, procéder à une *neutralisation* de ces motifs illégaux, s'il apparaît que la considération du ou des seuls motifs légaux aurait suffi à déterminer l'administration à prendre la même décision.

V. p. ex., CE 21 février 1969, *Kopacki*, p. 112, AJ 1969, p. 156, chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc : légalité d'une sanction disciplinaire que deux seulement de ses trois motifs étaient de nature à justifier, l'instruction ayant établi que l'administration aurait prononcé cette sanction même si elle n'avait retenu que les deux motifs légaux ; 27 novembre 1996, *Ligue islamique du nord* et *Mlle Wissaadane*, p. 461, DA 1997, n° 6, obs. R.S., RFDA 1997, p. 205 : légalité de l'exclusion de porteuses de « foulards islamiques », sans qu'importe l'erreur de droit ou de fait entachant certains motifs des décisions, dès lors que le recteur les aurait prises en se fondant exclusivement sur le motif exact tiré des perturbations créées dans l'établissement (1^{re} esp.) ou de l'absentéisme persistant des intéressées (2^e esp.).

CE 15 février 1985, *Debizet*, AJ 1985, *Debizet*, AJ 1985, p. 278, concl. B. Genevois : légalité du décret de dissolution d'une association, étant établi que le gouvernement l'aurait prononcée même s'il n'avait retenu que celui des deux motifs invoqués qui était susceptible de la justifier.

Supposons maintenant qu'un des motifs d'une décision soit, non pas erroné, mais insuffisamment établi : la décision sera légale si l'autre ou les autres de ses motifs suffisent à la justifier (CE 19 juin 1992, *Sarl Le bistrot aixois*, p. 239, RFDA 1992, p. 777).

Pour un exemple de l'hypothèse dans laquelle il n'apparaît pas que la même décision aurait été prise au vu du ou des seuls motifs légaux, v. CE 25 novembre 1998, *Oteniente*, DA 1999, n° 12, obs. R.S. : à propos des motifs pour lesquels un jury a décidé l'ajournement d'un candidat.

- V., de plus, *Droit du contentieux administratif*, 9^e éd., 2001, n^{os} 1125 et 1126.

Au contraire, le juge n'accepte pas que l'administration puisse sauver une décision mal fondée en invoquant devant lui un motif de nature à la justifier, mais qu'elle découvre à retardement.

CE Sect. 23 juillet 1976, *Urssaf du Jura*, p. 362, AJ 1976, p. 416, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius, Rev. adm. 1976, p. 607, concl. P. Dondoux ; Sect. 9 avril 1993, *Comm. des Contamines-Montjoie*, p. 126, RFDA 1993, p. 1018, concl. J.-C. Bonichot ; 27 novembre 1996, *Ep. Naderan*, p. 463, DA 1997, n° 6, obs. R.S., RFDA 1997, n° 205.

V. aussi CE 29 janvier 1992, *Gaillard*, p. 41, DA 1992, n° 161.

1240 C. - L'erreur de fait. L'arrêt *Camino* de 1916. — Il ne suffit pas, pour que le principe de légalité soit satisfait, que les faits en raison desquels une décision a été prise soient de nature à la justifier juridiquement. Il faut encore que la réalité de ces faits soit établie.

Le contrôle de la qualification juridique des faits ne pouvait pas ne pas entraîner celui de leur exactitude matérielle. On imagine mal un juge du fond s'abstenant de vérifier la réalité des faits dont il doit apprécier la qualification juridique.

C'est deux ans après avoir rendu l'arrêt *Gomel* que le Conseil d'Etat a eu l'occasion de compléter l'innovation de cet arrêt en instituant explicitement son contrôle sur la réalité des faits, par son arrêt du 14 janvier 1916, *Camino* (p. 15, RDP 1917, p. 463, concl. Corneille, note G. Jèze, S 1922.3.10, concl.).

L'affaire, comme souvent, était simple : le gouvernement révoque un maire pour le motif qu'il n'a pas veillé, comme la loi le lui impose, à la décence d'un convoi funèbre. Le Conseil d'Etat énonce le principe qu'« il lui appartient de

vérifier la matérialité des faits » qui ont motivé cette mesure et, constatant que les pièces du dossier établissent leur inexactitude, il annule la sanction.

Par la suite, v. p. ex., CE 9 juin 1978, *Centre psychothérapique de la Haute-Vienne*, RDP 1979, p. 288 : irréalité des faits reprochés à une infirmière, l'instruction établissant qu'elle a toujours fait preuve d'un excellent comportement et annulation de sa révocation ; 30 novembre 1979, *Léon*, p. 851, RDP 1980, p. 1201 : irréalité, établie par une expertise, de l'épilepsie invoquée par l'administration pour déclarer un marin inapte à la navigation ; 17 octobre 1984, *Mme Judlin*, p. 332, DA 1984, n° 485 : irréalité de la « réorganisation des services » invoquée par le premier ministre pour résilier le contrat d'un agent qui y était employé ; 3 novembre 1989, *Soc. China Town Lt*, p. 824 : matérialité des faits invoqués à l'appui d'une décision de fermeture d'un restaurant non établie.

Même type d'erreur quand l'autorité administrative prend une décision pour satisfaire adéquatement à une demande dont elle avait été saisie, alors que, à la date de sa décision, cette demande avait été remplacée par une autre, ayant un objet différent (CE 22 janvier 1936, *Dupont*, p. 96 ; 18 septembre 1992, *Mme Plantavit de la Pauze*, p. 1076).

La jurisprudence sur l'erreur de fait appelle trois observations.

1°) L'erreur de fait est moins fréquente que l'erreur de qualification juridique des faits. Il est plus simple, en effet, pour l'autorité administrative de se prononcer correctement sur la réalité d'un fait que de rechercher comment il doit être juridiquement qualifié, — même si la vérification de la réalité des faits ne se ramène pas, dans des situations complexes, à une simple et banale constatation.

V. p. ex. CE 28 juillet 1951, *Soc. des laboratoires SMP*, p. 835 ; 7 mai 1952, *Urrutiaguer*, p. 226 ; Sect. 18 novembre 1992, *Comm. de Fozzano*, JCP 1993, n° 22145, concl. M. Pochard.

2°) De la jurisprudence *Camino*, on a dit qu'elle faisait du juge administratif un « juge du fait », ce qui manifesterait une certaine audace, le juge ne se cantonnant plus sur son terrain de manœuvre normal, qui serait celui du droit.

Rien n'est plus normal au contraire. Dans un litige, les faits comptent autant que la règle de droit et c'est du reste en fonction de ce que sont les faits qu'est déterminée la règle applicable. Au commencement, il y a les faits. Peut-on juger en les ignorant ? L'arrêt *Camino*, comme l'arrêt *Gomel* du reste, a mis fin à un excès de réserve dont on peut s'étonner qu'il ait persisté si longtemps.

3°) Si une autorité administrative justifie par un fait une décision qu'elle aurait pu prendre en l'absence même de ce fait, il est nécessaire pour la légalité de la décision que le fait invoqué soit exact.

Alors qu'il a le pouvoir de mettre un préfet en disponibilité pour tout motif, le gouvernement précise que la décision est prise sur la demande du préfet, ce qui est inexact. La décision est en conséquence annulée. C'est la classique affaire *Trépont* (CE 20 janvier 1922, p. 65, RDP 1922, p. 81, Rivet, note G. Jèze).

On trouve ici une solution du même esprit que celle qui consacre l'illégalité d'une décision prise au terme d'une procédure que l'administration n'était pas tenue de suivre, mais qu'elle n'a pas mise correctement en œuvre (v. n° 1051).

- 1241 **Bibl.** 1°) R.-E. Charlier, *La cause dans la jurisprudence administrative récente*, JCP 1950, I, n° 871 ; G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, 1934. C. Eurieult, *But et motifs des actes administratifs*, Th. Paris, 1972 ; L. Goldenberg, *Le Conseil d'Etat juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Dalloz, 1932 ; C. Goyard, *Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs*, Mélanges Eisenmann (1975), p. 339 ; S. Ktistaki, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, 1991 ; B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Univ. Clermont 1, 1977.
- R. Drago, *Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir*, EDCE 1960, n° 14, p. 27.
- M. Heinis, *L'erreur de droit dans la jurisprudence administrative*, Rev. adm. 1997, p. 143 ; *L'erreur de fait dans la jurisprudence administrative*, G. Pal. 1997, D, 2, p. 1224.
- M. Bernard, *Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires*, EDCE 1957, n° 11, p. 53 ; M. Fromont, *Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative*, AJ 1966, p. 588.
- 2°) M.-J. Guédon, *Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge*, AJ 1981, p. 443 ; J.-M. Peyrical, *Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'administration. Etude sur la neutralisation et la substitution des motifs*, AJ 1996, p. 22 ; E. Sauvignon, *La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir*, AJ 1971, p. 200.

III. L'ILLÉGALITÉ EN RAISON DU BUT DE L'ACTE

- 1242 **Le détournement de pouvoir. Les arrêts *Pariset* et *Laumonier-Carriol* de 1875.** — On n'a pas achevé l'examen de la légalité interne d'un acte administratif lorsqu'on a pris en considération son contenu et ses motifs. Il reste à savoir dans quel but il a été fait.

Motifs et but de l'acte ne doivent pas être confondus. Alors que les premiers sont des données objectives, le but est une donnée subjective, d'ordre psychologique : apprécier le but en vue duquel l'autorité administrative a agi, c'est rechercher ce qu'ont été ses mobiles, son intention ou, si on peut dire, ce qu'elle avait en tête.

Si elle a agi avec une intention ne correspondant pas au but qu'elle pouvait ou devait se proposer, son acte sera entaché d'une illégalité qui est le *détournement de pouvoir*, expression manifestant, selon la formule jurisprudentielle, que l'autorité administrative a exercé un de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré. Par exemple, le pouvoir de police a été exercé en vue d'un but autre que le maintien de l'ordre public, c'est-à-dire dans une intention autre que celle d'assurer ce maintien.

Telle qu'elle est illustrée par la jurisprudence, la pratique de l'annulation pour détournement de pouvoir apparaît largement comme destinée à dénoncer la mauvaise foi de l'autorité administrative qui, en connaissance de cause, a détourné de son but le pouvoir qu'elle a exercé. Alors que l'annulation pourrait,

dans bien des cas, être prononcée pour erreur de droit, elle le sera pour détournement de pouvoir et revêtra ainsi le caractère d'une *condamnation morale* de l'administration.

Le Conseil d'Etat a éprouvé relativement tôt le besoin d'exercer ce qu'Hauriou a pu caractériser comme un *contrôle de moralité*. C'est sous le second Empire qu'un arrêt précurseur (CE 24 février 1864, *Lesbats*, p. 209, concl. L'Hôpital) concrétise un contrôle dont l'institution sera consacrée en 1875.

Quant à la solution selon laquelle l'existence du détournement de pouvoir relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, v. CE Sect. 3 juillet 1998, *Mme Salva-Couderc*, p. 297, AJ 1998, p. 792, chron. F. Raynaud et P. Fombeur, D 1999, p. 101, note R. Hostiou, RFDA 1999, p. 112, concl. P. Hubert, note A. Bourrel.

La considération des deux variétés du détournement de pouvoir sera suivie de diverses précisions.

1243 A. - L'accomplissement d'un acte en raison de préoccupations d'ordre privé. — C'est la variété primaire et fruste (mais non la plus courante, heureusement) du détournement de pouvoir.

1°) Elle se concrétise par des comportements, qui sont généralement le fait d'autorités locales (et, plus particulièrement, communales), et tels que ceux-ci.

Un maire révoque un agent de police qui avait dressé procès-verbal (pour infraction à la législation des débits de boissons) à une débitante, qui se trouvait être une parente de la domestique de ce maire ; — ou bien, tout simplement (si on peut dire) prononce des mutations ou licenciements d'agents communaux pour des motifs politiques (1).

Pour mettre fin à la concurrence qu'un établissement de danse fait à son débit de boissons, un autre va utiliser ses pouvoirs de police et prescrire la fermeture de l'établissement, — sauf les samedis et dimanches, la clientèle étant ces jours-là suffisamment nombreuse pour qu'il y en ait pour deux (2).

Un autre encore interdit la circulation devant une maison pour satisfaire son propriétaire ; — ou bien limite la pratique du commerce ambulancier ou déplace le site d'un marché en vue de protéger les intérêts de commerçants de la localité (3).

1) V., d'une part (affaire classique), CE 16 novembre 1900, *Maugras*, S 1901.3.57, note M. Hauriou.

Et, d'autre part, CE 3 avril 1991, *Comm. de Basse-Pointe*, DA 1991, n° 301 ; 8 juillet 1991, *Amato*, p. 686.

2) CE 14 mars 1934, *Dlle Rault*, p. 337.

3) V., d'une part, CE 11 mai 1984, *Maire de Calacuccia*, RDP 1986, p. 275.

Et, d'autre part, CE 25 janvier 1991, *Brasseur*, p. 23, concl. B. Stirn, AJ 1991, p. 351, chron. R. Schwartz et C. Maugué, RFDA 1991, p. 587, concl.

CE 23 avril 1997, *Comm. des Gets*, p. 662, DA 1997, n° 122.

D'autres illustrations de la première variété du détournement de pouvoir sont encore fournies par le comportement (ce n'est pas un parti pris) d'autorités

communales : — qui poursuivent l'expropriation de propriétés privées, soit pour permettre l'installation d'un centre hippique privé, soit pour faire échec à l'achat d'une propriété par une personne étrangère à la région (1) ; — qui délivrent un permis de construire identique à celui que la juridiction vient de censurer, en vue de faire échec au jugement (2) ; — ou qui créent des emplois dans le seul but de procurer des avantages de carrière à certains personnels (3).

1) CE 4 mars 1964, *Vve Borderie*, p. 157, AJ 1964, p. 624, note P. L. : poursuivie par une petite commune, l'expropriation était présentée comme destinée à permettre la création d'un centre hippique municipal, le développement du sport hippique, ainsi que l'entraînement aux compétitions nationales et internationales et notamment aux jeux Olympiques.

CE 6 janvier 1967, *Boucher*, p. 827, AJ 1967, p. 292 : expropriation d'un château présentée comme destinée à permettre l'installation d'un musée communal ; sur la responsabilité encourue, à raison du détournement de pouvoir, par cette commune xénophobe : CE 13 octobre 1976, *Boucher*, RDP 1977, p. 893.

Dans le même genre, v. CE 1^{er} février 1993, *Ep. Guillec*, p. 22 : décision d'exercer le droit de préemption de la commune pour faire obstacle à la cession d'un logement à une personne étrangère à la commune.

2) CE 11 décembre 1991, *Assoc. Fouras Environnement Ecologie*, p. 686 ; 10 juillet 1996, *Soc. Le Saint Alexis*, p. 1223.

3) CE 18 novembre 1998, *Ville de Nice*.

— Un point intéressant : les tribunaux répressifs ne sont pas moins attentifs à censurer (sur exception d'illégalité) le détournement de pouvoir.

V., par ex., Crim. 8 octobre 1964, *Kioulou*, JCP 1964, n° 14008 : décision d'un maire de faire abattre des platanes le long d'une voie communale, afin de favoriser l'exploitant d'une station-service ; 24 novembre 1982, *Prouteau*, G. Pal. 1982, 2, p. 187 : arrêté municipal destiné à protéger de la concurrence les chauffeurs de taxis de la commune.

Mérite, de plus, d'être mentionnée une tendance des autorités administratives à exercer certains de leurs pouvoirs en vue de tenter de régulariser des situations contraires à des prescriptions d'urbanisme (plans d'occupation des sols, cahiers des charges de lotissements...). Le détournement de pouvoir est chaque fois relevé et provoque l'annulation.

V., par ex., CE 24 avril 1970, *Icard*, p. 275 ; 18 novembre 1988, *Ep. Courtiau*, p. 601, DA 1988, n° 665 ; 4 mai 1998, *Comm. de Saint-Sauveur-sur-Ecole*, DA 1998, n° 263.

Ainsi que CE 8 juillet 1997, *Ben Abdulaziz Al Saoud*, DA 1998, n° 38, obs. L.T. : révision du POS de Megève, pour permettre à un riche propriétaire de construire le chalet de ses rêves.

2°) On peut être également attristé, plus que surpris, qu'il arrive aux plus hautes autorités de l'Etat d'user elles-mêmes de leurs pouvoirs à des fins privées : ce qui se traduit notamment par l'exercice du pouvoir réglementaire général en vue de satisfaire aux préoccupations toutes personnelles d'un ministre.

La modification adéquate d'une réglementation va, par exemple, permettre la nomination d'une personne à qui on veut du bien à une fonction intéressante (1) ; ou bien, au contraire, l'éviction d'une autre qui ne plait pas ou qui occupe une place dont on veut pouvoir disposer au profit d'un tiers (2).

1) CE 13 janvier 1995, *Synd. autonome des inspecteurs généraux de l'administration*, p. 23, AJ 1995, p. 167, RDP 1995, p. 1091, note X. Prétot, RFDA 1995, p. 418 : annulation pour détournement de pouvoir du décret (pris en Conseil d'Etat et en conseil des ministres) modifiant (sur la proposition du ministre de l'intérieur Paul Quilès) le statut du corps desdits inspecteurs, à seule fin de rendre possible la nomination dans ce corps du chef de cabinet du ministre (annulation aussi, « par voie de conséquence », du décret prononçant cette nomination).

2) CE Ass. 13 juillet 1962, *Bréart de Boisanger*, p. 484, AJ 1962, p. 549, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot, D 1962, p. 664, concl. J.-F. Henry : annulation pour détournement de pouvoir du décret modifiant le statut de la Comédie-Française, en vue de permettre au ministre de la culture (André Malraux) de se soustraire à l'obligation de réintégrer l'administrateur de la Comédie, dont il avait illégalement provoqué la révocation (annulée par CE Ass. 27 octobre 1961, *Bréart de Boisanger*, p. 595, concl. J.-F. Henry).

Annulant également la nomination de la personnalité (Maurice Escande) ayant la faveur du ministre et destinée à remplacer M. de Boisanger, v. CE 1^{er} décembre 1961, p. 676.

— Rappr. CE 27 avril 1994, *Mme Coppolani*, D 1995, p. 309, note J.-P. Pastorel : illégalités diverses destinées à permettre la nomination dans la fonction publique d'un candidat à un concours, en violation de la chose jugée par le tribunal administratif qui en avait annulé le recrutement direct.

1244 B. - Le détournement de pouvoir en cas de prise en considération d'un intérêt public. — Le fait que l'autorité administrative ait eu en vue la satisfaction d'un intérêt public n'exclut pas le détournement de pouvoir, si cet intérêt n'est pas celui pour le service duquel son pouvoir pouvait être légalement exercé.

1^o) Le pouvoir réglementaire du gouvernement est destiné à édicter les réglementations qu'appelle l'état de l'ordonnancement juridique.

Le gouvernement n'en est pas investi pour tenir en échec la chose jugée et éluder, même pour le service de l'intérêt général, son obligation de s'y conformer ; une commission de remembrement ne saurait pas davantage modifier l'organisation du remembrement pour surmonter les contraintes résultant d'un jugement (1) ; et une autorité administrative commet aussi un détournement de pouvoir si elle use de ses pouvoirs de police pour mettre fin, à son profit, à un différend (2).

Il y a également détournement de pouvoir de la part d'un conseil municipal qui décide l'allocation, par l'intermédiaire du bureau d'aide sociale, non pas de secours personnalisés justifiés par la situation des bénéficiaires, mais de sommes destinées à compenser, pour toute une catégorie de contribuables, une augmentation de la taxe d'habitation (3).

1) CE 3 février 1978, *Ministre de l'agriculture*, AJ 1978, p. 391.

2) CE 19 janvier 1979, *Ville de Viry-Châtillon*, RDP 1979, p. 1776 : mise en œuvre par un maire de ses pouvoirs de police en matière d'édifices menaçant ruine pour provoquer l'évacuation d'une association avec laquelle la commune était en litige.

V. aussi CE 30 juillet 1997, *Assoc. Comité de défense du site de Cordes*, p. 313 : mesure destinée à surmonter l'obstacle résultant d'un sursis à exécution.

3) CE 23 mars 1988, *Ville de Puteaux*, p. 130, RFDA 1988, p. 729, concl. O. Fouquet.

2°) Le détournement du pouvoir de police administrative en vue du service de l'intérêt financier d'une personne publique est illustré par de nombreux arrêts.

C'est du reste un tel détournement qui est à l'origine de la concrétisation du détournement de pouvoir comme moyen d'annulation des actes administratifs.

La loi du 2 août 1872 avait décidé l'expropriation (on dirait aujourd'hui la nationalisation) des fabriques d'allumettes, qui devaient devenir un monopole de l'Etat (dont les bénéfices serviraient au financement des dépenses militaires) et elle avait prévu le versement d'indemnités aux industriels. Préoccupé de réduire le montant de ces indemnités, le ministre des finances fait prescrire par les préfets la fermeture immédiate de certaines fabriques sous le prétexte que leur exploitation ne satisfaisait pas aux exigences de la législation sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres.

Le Conseil d'Etat annulera les arrêtés par lesquels les préfets avaient ainsi usé de leurs pouvoirs de police « pour un objet autre que celui à raison duquel ils leur étaient conférés » (CE 26 novembre 1875, *Pariset et Laumonnier-Carriol*, p. 934 et 936).

C'est surtout de la part des autorités locales qu'un tel détournement de pouvoir est le fait. En voici un exemple : le maire de Biarritz prend, dans l'exercice de ses pouvoirs de police, un arrêté interdisant aux baigneurs de se dévêtir et de se rhabiller ailleurs que dans les établissements de bains installés sur la plage. On pourrait croire qu'il a agi (aux temps anciens où l'affaire se situe) dans l'intérêt de la moralité publique. Mais ce n'est pas le cas : ces établissements étant une source de revenus pour la ville, il s'agissait de servir son intérêt financier (CE 4 juillet 1924, *Beaugé*, p. 641).

Ou encore : se trouvant contrainte d'acquérir un terrain, une commune va modifier le POS, de façon à en diminuer la valeur (CE 12 janvier 1994, *Esvan*, p. 769).

1245 C. - Précisions complémentaires. — 1°) Il est fréquent que les requérants invoquent le détournement de pouvoir à l'appui de leurs recours : pour faire bonne mesure et aussi sans doute parce que l'administré qui s'estime injustement lésé croit aisément à l'abus de pouvoir.

La preuve peut en être difficile. Mais elle est regardée comme faite, dès lors que les requérants font état d'éléments constitutifs de « présomptions sérieuses » à l'appui de leurs allégations et que l'administration ne les renverse pas en apportant des précisions adéquates quant aux motifs qu'elle présente comme justifiant la décision.

V., par ex., CE 3 avril 1991, *Comm. de Basse-Pointe*, DA 1991, n° 301 ; 8 juillet 1991, *Amato*, p. 686.

Il est cependant également fréquent que la réalité du détournement de pouvoir ne soit pas reconnue par le juge. Ce n'est évidemment pas parce qu'il manifesterait de l'indulgence pour cette forme d'illégalité. Mais, tout simplement, il est rare que les allégations des requérants ne soient pas gratuites et qu'elles soient assorties de quelque commencement de preuve. D'autre part, il

peut arriver que la preuve d'un détournement de pouvoir réel soit impossible à établir, l'administration étant parvenue à donner le change. *

Les annulations pour détournement de pouvoir n'ont cependant rien d'exceptionnel et l'état de la jurisprudence manifeste que, contrairement à certaines opinions, il n'y a aucune raison de croire à un « déclin » du détournement de pouvoir en tant que moyen d'annulation.

2°) Le diagnostic du détournement de pouvoir peut être compliqué par l'interférence d'intérêts différents, plus ou moins également satisfaits par la décision prise. Il est alors nécessaire de déterminer lequel de ces intérêts l'administration a eu, principalement au moins, en vue ; et si cet intérêt est celui qui légitime l'exercice du pouvoir dont procède la décision, cette dernière ne sera pas viciée.

Ainsi, il n'est pas interdit à l'administration qui prend une mesure conformément au but du pouvoir exercé de se préoccuper d'assurer, à titre accessoire, la satisfaction d'un intérêt public étranger à ce but. Si le « but principal » visé est légal, la préoccupation accessoire ne suffira pas à entacher la mesure de détournement de pouvoir.

V. CE 11 janvier 1957, *Louvard*, p. 27, AJ 1957, 2, p. 89, chron. J. Fournier et G. Braibant : en poursuivant une expropriation en vue principalement d'assurer le fonctionnement d'un service public, l'administration a pu tenir compte de l'intérêt financier de l'Etat.

V. de même CE 7 décembre 1983, *Comm. de Lauterbourg*, p. 491, D 1984, p. 583, note R. Hostiou, *Rev. adm.* 1984, p. 154, obs. B. Pacteau : absence de détournement de pouvoir dans une affaire où, en facilitant l'activité d'une entreprise privée, la commune a eu pour but de réaliser son objectif d'intérêt général au moindre coût (cpr. en sens contraire, dans la même affaire, CE 3 octobre 1980, *Schwartz*, p. 353, AJ 1981, p. 205, note J. Lemasurier, D 1981, IR, p. 330, obs. P. Bon).

D'autre part, une mesure prise conformément au but du pouvoir exercé peut se trouver favoriser des intérêts privés. Parce qu'ils ne sont favorisés que par surcroît (même s'ils sont pleinement servis), il n'y aura pas, et c'est normal, détournement de pouvoir.

V. CE 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, p. 561, AJ 1972, p. 227, note A. Homont : expropriation poursuivie en vue d'établir une déviation facilitant la circulation routière entre deux villes. Il se trouve que la déviation profitera à un établissement industriel (les usines Peugeot) éloigné de la route actuelle. Mais il n'est pas anormal qu'il y ait conjonction entre l'intérêt général et un intérêt privé. De plus, ainsi que l'arrêt le relève, « il est conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale ».

V. de même : CE 26 juin 1974, *cons. Weyl*, p. 1009, AJ 1975, p. 84 ; 21 février 1975, *Mamet*, p. 149 ; 9 novembre 1983, *Pandjadopoulos*, DA 1983, n° 480 ; 23 mars 1992, *Martin et Fraboulet*, p. 130, AJ 1992, p. 333, chron. C. Maugué et R. Schwartz : à propos de la création d'une agglomération nouvelle justifiée par l'intérêt national et régional, et dont la société exploitant le parc d'attraction « Eurodisneyland » est susceptible de retirer un avantage financier.

— Cpr. TA Dijon 14 novembre 1989, *Assoc. de protection de l'environnement de Vénizy*, p. 403 : faisant apparaître comment une déclaration d'utilité publique destinée à permettre l'extension d'une station communale d'épuration des eaux usées a eu, en réalité, pour seul objet de faire prendre en charge par la commune le financement du traitement des rejets d'un complexe industriel (dont le maire est d'ailleurs le président-directeur général).

3°) Du détournement de pouvoir on rapproche souvent une illégalité dite « détournement de procédure », réalisée par le fait de mettre en œuvre une procédure dans un but autre que celui en vue duquel elle est instituée.

L'exemple classique en est la mise en œuvre de l'alignement des voies publiques dans un cas où c'est la procédure d'expropriation qui aurait dû être exercée. La première est avantageuse pour l'administration par sa facilité et son moindre coût. Mais elle ne lui permet d'acquérir que des parcelles de faibles dimensions en bordure des voies publiques dont il importe de redresser le tracé ou d'élargir quelque peu les limites.

C'est à propos de l'utilisation de cette procédure, alors que l'importance des terrains à acquérir imposait le recours à l'expropriation (moins simple et plus coûteuse), qu'Hauriou a présenté le détournement de procédure comme un cas original d'illégalité : « un détournement de pouvoir d'une espèce nouvelle » (v. sa note sous CE 17 janvier 1902, *Favatier* et 14 février 1902, *Lalauque*, S 1903.3.97).

Il n'est pas recommandable d'utiliser l'expression de détournement de procédure, ainsi que le font certains jugements et arrêts.

V. CE Sect. 23 mars 1979, *Comm. de Bouchemaine*, p. 127, concl. D. Labetoulle, AJ 1979, n° 5, p. 80, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau, D 1979, p. 534, note D. Broussole, JCP 1979, n° 19171, note F. Bouyssou ; 11 février 1983, *Comm. de Guidel*, p. 54, AJ 1983, p. 328 ; 3 octobre 1986, *François-Poncet*, p. 224 ; 11 février 1987, *Bon*, p. 40 ; TA Versailles 7 mai 1987, *Mme Lavignotte*, D 1988, p. 349, note J.-B. Auby ; 29 avril 1994, *SCI La Montagne aux 7 laux*, p. 769 ; 10 juillet 1996, *Coisne*, RFDA 1996, p. 1038.

N'utilisant pas l'expression, v. au contraire : CE 17 janvier 1958, *Molou Ramjee*, p. 31 ; TA Lille 26 février 1959, *cons. Dordain-Mouy*, p. 762 ; CE 27 juin 1962, *Entreprise bordjienne de travaux publics*, p. 428.

S'il convient de la proscrire, c'est parce qu'elle peut donner à croire qu'elle désigne, non seulement une illégalité spécifique, mais aussi une modalité de l'illégalité externe. On se tromperait sur les deux points.

En effet, compte tenu des solutions jurisprudentielles, on doit estimer que de deux choses l'une : ou bien l'autorité administrative a cru, à tort mais de bonne foi, qu'elle était en droit de mettre en œuvre la procédure qu'elle a choisie et sa décision est entachée d'erreur de droit ; ou bien, elle a voulu, grâce à la procédure choisie, se soustraire à des contraintes auxquelles l'exposait la procédure qu'elle savait être la seule adéquate, et il y a détournement de pouvoir.

1246 **Bibl.** — 1°) L.-V. Fernandez-Maublanc, *Le prétendu déclin du détournement de pouvoir*, Mélanges J.-M. Auby (1992), p. 239 ; J. Lemasurier, *La preuve dans le détournement de*

pouvoir, RDP 1959, p. 36 ; C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981 ; R. Vidal, *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, RDP 1952, p. 275 ; L. Yousry, *Le contrôle du détournement de pouvoir en matière de plans d'occupation des sols*, RFDA 1989, p. 545.

M. Gros, *Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir*, RDP 1997, p. 1236.

2°) L. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962 ; M. Lombard, *Recherches sur le rôle de la bonne et de la mauvaise foi en droit administratif français*, Th. Strasbourg, 1978 ; M. Welter, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Th. Nancy, 1929.

3°) G. Camus, *Réflexions sur le détournement de procédure*, RDP 1966, p. 65 ; R. Goy, *La notion de détournement de procédure*, Mélanges Eisenmann (1975), p. 321 ; M. Raynaud, *Le détournement de procédure*, Th. Paris, 1950.

P. Gonod, *V° Détournement de pouvoir et détournement de procédure*, Répert. Dalloz cont. adm., t. 2 (2000).

SECTION 2 | L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

1247

Tel qu'il est interprété et mis en œuvre par la juridiction administrative, le principe de légalité comporte des exigences variables. Ce n'est pas sans nuances que l'action de l'administration lui est soumise.

Notamment, il faut tenir compte du fait qu'il n'exclut pas que les autorités administratives disposent d'une liberté d'action illustrant ce qu'on appelle leur « pouvoir discrétionnaire ».

D'autre part, l'assujettissement au principe de légalité est plus ou moins rigoureux selon que le contrôle juridictionnel se présente comme un « contrôle normal », ou comme un « contrôle restreint », — parfois exercés selon des modalités particulières.

§ 1. | LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION

1248 Traditionnelle, l'expression de pouvoir discrétionnaire est aussi usuelle que possible dans le langage de la doctrine. Elle est présente dans la terminologie jurisprudentielle.

V., par ex., CE 20 novembre 1968, *Anger*, p. 580, RDP 1969, p. 766 ; Sect. 16 novembre 1977, *SA Entreprise J. Marchand*, p. 441, concl. M. Franc ; Sect. 15 mars 1983, *Cie Electro-mécanique*, p. 167 ; 26 juin 1985, *Assoc. trinitaine de défense de la pêche à pied*, p. 207, RFDA 1986, p. 40, concl. R. Denoix de Saint Marc.

Elle n'est pas pour autant des mieux venues, dans la mesure où un pouvoir ainsi qualifié peut paraître proche d'un pouvoir arbitraire. Or, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives n'est rien d'autre que *le pouvoir de choisir* entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) *également conformes à la légalité*. Exerçant son pouvoir discrétionnaire, l'administration ne peut jamais faire que ce que le droit lui permet de faire.

Et il est normal et même nécessaire que le droit ouvre à l'administration des possibilités de choix, car l'intérêt général ne saurait s'accommoder d'une administration se trouvant dans la situation d'un robot au comportement programmé. La légalité n'importe pas seule. L'opportunité compte aussi. Il serait navrant que le principe de légalité ait des exigences si constamment strictes qu'elles imposeraient trop souvent aux autorités administratives des comportements inopportuns ou inadaptés. C'est précisément de la liberté d'apprécier ce que l'opportunité recommande que ces autorités sont investies quand elles disposent du pouvoir discrétionnaire.

De cette liberté, il faut dire d'abord que la juridiction administrative veille à en assurer la sauvegarde. Le fait qu'une autorité administrative la méconnaît en se croyant tenue de prendre une certaine décision alors qu'elle ne l'était pas est un facteur d'illégalité. En cas de recours, la décision prise sera annulée pour « erreur de droit » (v. n° 1237).

Il faut en dire ensuite qu'elle se concrétise de façon diverse : choix entre l'édiction d'une décision et l'abstention de toute décision ; choix entre deux ou plusieurs décisions de contenus différents. Bien entendu, plus étendue est la gamme des possibilités légales ouvertes, plus étendu est le pouvoir discrétionnaire.

C'est généralement dans l'exercice du pouvoir réglementaire que le pouvoir discrétionnaire se manifeste le plus pleinement, même lorsque le premier est exercé pour déterminer les modalités d'application des lois, dont les dispositions peuvent généralement être mises en œuvre de multiples façons, également conformes à ces dispositions.

On le retrouve dans de nombreuses hypothèses où il y a matière à édiction de mesures individuelles. Par exemple, l'administration est en droit de choisir entre l'exercice de poursuites disciplinaires à l'encontre d'un fonctionnaire fautif et l'abstention de toutes poursuites, compte tenu des bons antécédents du fonctionnaire, de sa situation de famille ou de son état de santé et, d'une façon générale, compte tenu de toutes circonstances faisant apparaître l'infliction d'une sanction comme inopportune. De même, si elle prend le parti d'exercer la répression disciplinaire, il lui appartient de choisir entre les sanctions raisonnablement prononçables, eu égard au degré de gravité de la faute commise.

Tous ces choix illustrant l'exercice du pouvoir discrétionnaire sont libres. Le choix fait ne sera pas contrôlé par le juge. Il n'est cependant pas insusceptible

de toute contestation : l'opportunité de la mesure prise pourra être contestée devant l'administration elle-même, par le moyen d'un recours gracieux ou hiérarchique ; elle pourra l'être aussi devant le médiateur de la République adéquatement saisi.

Trois précisions doivent être données.

1249 1°) L'existence et l'étendue du pouvoir discrétionnaire, dans un domaine déterminé de l'action administrative, sont sous la dépendance du droit écrit comme de la jurisprudence.

Soit une loi qui ne soumet à aucune condition le droit qu'elle reconnaît au préfet d'accorder ou de refuser l'autorisation de démolir certains locaux : elle « l'investit ainsi d'un pouvoir discrétionnaire » (CE Sect. 15 mars 1983, *Cie Electro-mécanique*, p. 167).

Quant au juge, il lui appartient, dans la mesure où le droit écrit ne s'y oppose pas, d'apprécier les cas où l'autorité administrative doit pouvoir choisir librement la réponse qu'appelle une question, c'est-à-dire de déterminer si et dans quelles limites cette question est une question d'opportunité.

Bien entendu, l'état du droit écrit comme celui de la jurisprudence peuvent évoluer. Par exemple, un fonctionnaire a commis une faute disciplinaire : quelle sanction peut-elle être prononcée ?

Dans un premier état du droit, il peut résulter de la loi ou de la jurisprudence que l'autorité compétente est libre de choisir entre les dix sanctions légalement prononçables celle qui lui paraît la plus adéquate. Sa décision, prise « en opportunité » (selon le langage jurisprudentiel), sera insusceptible de censure quant au choix qu'elle traduit.

Mais, dans un second état du droit, il peut résulter de la loi ou de la jurisprudence qu'une sanction n'est légale que s'il existe un certain rapport raisonnable entre sa sévérité et la gravité de la faute. La liberté de détermination de la sanction est alors moins étendue : s'il n'y a que deux ou trois sanctions dont on puisse considérer qu'elles sont en rapport raisonnable avec la gravité de la faute, l'autorité administrative ne sera libre de choisir qu'entre ces deux ou trois sanctions. En en choisissant une autre, elle ferait un choix illégal.

Ce qui était question d'opportunité dans le premier état du droit est devenu dans le second question de légalité.

Il ne faut pas donc croire que la conséquence du changement de l'état du droit est que désormais le juge exerce son contrôle sur des questions d'opportunité. Il n'y a pas de définition *a priori* et fixe de l'opportunité. Cette dernière et la liberté de choix qui lui est liée sont ce qui reste hors contrôle et dont l'étendue dépend de l'évolution de la législation et de la jurisprudence.

Ainsi, en conséquence de la progression du contrôle, ce qui était question d'opportunité devient question de légalité et, finalement, il n'y a jamais de contrôle que de la légalité.

Le problème du contrôle de l'opportunité apparaît donc comme un faux problème. En d'autres termes : « Il disparaît au fur et à mesure qu'il se pose ». « Au fur et à mesure que s'accroît le contrôle du juge, l'opportunité s'échappe. »

Heureuses formules, empruntées, la première à J.-M. Galabert, et la seconde à P. DeIvolvé ; v. *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 389 et 295.

1250 2°) Le pouvoir discrétionnaire apparaît comme n'étant pas arbitraire par le seul fait, précédemment mentionné, que le choix ouvert à l'autorité compétente n'est jamais qu'un choix entre des décisions ou des comportements également conformes à la légalité. On ne concevrait d'ailleurs pas que soit reconnu à l'autorité administrative le droit de choisir entre une décision légale et une décision illégale et de préférer la seconde à la première. Comme c'est normal, le pouvoir discrétionnaire ne peut en aucun cas permettre la commission d'illégalités et c'est ainsi pacifiquement que principe de légalité et pouvoir discrétionnaire coexistent.

C'est d'autant plus certain que des règles s'imposent à l'autorité administrative adoptant la solution de son choix. Elle ne peut exercer ce choix n'importe comment. Comme on le verra, il ne doit être entaché ni d'erreur de droit, ni d'erreur de fait, ni de détournement de pouvoir, ni (sauf cas particuliers, v. n° 1081) d'erreur manifeste d'appréciation.

C'est dire que, finalement, le choix de la décision opportune doit être légalement fait. En d'autres termes, c'est dans la légalité que ce que recommande l'opportunité doit être apprécié. Il apparaît ainsi que le pouvoir discrétionnaire n'est pas une limite du principe de légalité. Il n'est pas hors la loi, comme l'étaient au contraire les « actes discrétionnaires » (ou de « pure administration ») dont la jurisprudence consacrait l'existence au XIX^e siècle et qui, bien qu'étant des actes administratifs, n'étaient pas susceptibles de discussion contentieuse.

1251 3°) Au pouvoir discrétionnaire s'oppose la « compétence liée » : l'expression désigne la situation où se trouve l'autorité administrative quand aucune possibilité de choix ne lui est ouverte.

Usuelle en doctrine, l'expression se retrouve dans la jurisprudence actuelle. Pour des ex., v. CE 10 juillet 1995, *Comm. d'Hyères*, p. 940, DA 1995, n° 625 ; 28 juin 1996, *Raoof*, DA 1996, n° 431, obs. R.S., RDP 1996, p. 1488, concl. R. Schwartz ; 8 septembre 1997, *Vriotte*, D 1997, IR, p. 211.

CE Sect. (avis art. 12) 20 juin 1997, *Fety et autres*, p. 247, JO 23 juillet, p. 11048, AJ 1997, p. 800, concl. V. Pécresse. RFDA 1997, n° 891.

CE 22 mars 1999, *Quémar*, DA 1999, n° 136 ; Sect. 28 juillet 2000, *Diagola*, DA 2000, n° 228 ; 4 octobre 2000, *Bertin*, RFDA 2000, p. 1368.

Quand l'autorité administrative se trouve investie d'une compétence liée, son comportement lui est dicté : en conséquence de la constatation de certains faits, elle est tenue de décider et ne peut décider que dans un sens déterminé.

Consolidant l'état du droit, quant à la notion de compétence liée, v. CE Sect. 3 février 1999, *Montaignac*, p. 7, AJ 1999, p. 567, chron. F. Raynaud et P. Fombeur : absence de compétence liée s'il y a, pour l'administration, matière à porter une *appréciation* sur les faits et, par là même, quant à la décision à prendre.

V., dans le même sens, CE 17 septembre 1999, *Soc. Cannon Immobilière*.

C'est ainsi, par exemple, que l'autorité administrative est tenue : — de radier des cadres le fonctionnaire qui atteint la limite d'âge ou qui est frappé d'une peine assortie de l'interdiction de toute fonction publique (1), — de satisfaire à une demande de retrait d'une décision illégale non définitive (2), — de délivrer le récépissé d'une déclaration d'association (3) ; — d'enjoindre à un conducteur la restitution de son permis de conduire en cas de perte totale des points qui lui étaient affectés (4).

1) V. d'une part, CE Sect. 18 juin 1965, *Bellet*, p. 370 ; et d'autre part, CE Sect. 25 juillet 1980, *Tusseau*, p. 319, AJ 1981, p. 102, obs. S.S., D. 1981, p. 8, concl. J.- M. Galabert.

2) CE Sect. 11 juin 1982, *Plottet*, p. 217, DA 1982, n° 255 ; 10 février 1992, *Roques*, p. 54, DA 1992, n° 146, RFDA 1992, p. 841, concl. M. Laroque.

3) TA Paris 25 janvier 1971, *Dme de Beauvoir et Leiris*, AJ 1971, p. 229 ; CE 25 janvier 1985, *Assoc. Les amis de Saint-Augustin*, p. 18, AJ 1985, p. 228, DA 1985, n° 120.

4) CE Sect. (avis art. 12) 20 juin 1997, *Fety*, préc.

Elle est, de même, tenue : — de rejeter une demande de prorogation de permis de construire périmé, ou de constater la caducité d'une autorisation (1) ; — de rejeter une demande de certificat d'urbanisme, lorsque le permis de construire peut être refusé (2) ; — et, d'une façon générale, de refuser de satisfaire aux demandes dont l'examen ne relève pas de sa compétence (3).

1) V., d'une part, CE 16 juin 1982, *Guiraud*, p. 237, DA 1982, n° 291.

Et, d'autre part, CE Sect. 12 octobre 1984, *Lafon*, p. 331, AJ 1985, p. 52, concl. B. Genevois.

2) CE 5 février 1990, *SCI Les Terrasses de l'Estuaire*, p. 559, JCP 1991, n° 21596, note M. Lefondré.

3) CE 6 septembre 1993, *Mme Laverlochère*, LPA 6 septembre 1994, p. 22, note J. Morand-Deville : le maire est tenu de rejeter la demande de démolition d'un édifice irrégulièrement construit, cette démolition ne pouvant être ordonnée que par l'autorité judiciaire.

Pour un autre exemple, v. CE 10 décembre 1993, *Assoc. Fraternité blanche universelle*, p. 934 : obligation de la CNIL de rejeter une demande d'enquête qui ne peut être prescrite, en l'espèce, que par l'autorité judiciaire.

La mise en œuvre d'une compétence liée a pour conséquence que les moyens par lesquels on contesterait la légalité de la décision prise sont voués au rejet, en tant qu'« inopérants » même s'ils sont fondés. La raison en est simple : il serait inutile d'annuler une décision qui ne pouvait pas ne pas être prise. Peu importe dès lors qu'elle soit viciée, dans sa légalité externe ou dans sa légalité interne (1) (2).

1) V. p. ex. CE 2 octobre 1970, *Gaillard*, p. 553, AJ 1971, p. 172 (incompétence) ; 3 janvier 1963, *Soc. Le Journal*, p. 54 ; Sect. 27 mai 1994, *Bourges*, p. 263, AJ 1994, p. 567 ; Sect.

3 février 1999, *Montaignac*, préc. (vice de procédure) ; 8 juin 1990, *Mme Dumarski*, p. 145 (vice de forme).

CE Sect. 6 novembre 1959, *Coop. laitière de Belfort*, p. 581 (erreur de droit) ; Sect. 18 juin 1965, et 5 février 1990, *SCI Les Terrasses de l'Estuaire*, préc. (détournement de pouvoir).

2) Tel est du moins le principe, — susceptible de dérogation, si s'enracine une innovation rendant moins absolu le rapport entre compétence liée et moyen inopérant : alors même qu'il y a compétence liée, la décision illégale qui a été prise est annulable dans le cas où son édicition s'est traduite par la méconnaissance d'une *garantie* (telle que l'examen d'une demande par une commission) instituée au profit de son destinataire.

V. CE 9 avril 1986, *Faugeroux*, p. 346, AJ 1986, p. 500, note D. Chabanol, LPA 10 novembre 1986, p. 13, note B. Pacteau : incompétence du préfet pour rejeter une demande de dispense du service national, alors même que la commission régionale normalement compétente aurait été tenue de la rejeter.

L'intention est bonne, mais la complication par laquelle elle se réalise (ou se réaliserait) paraît inutile.

C'est ce dont paraît avoir pris acte CE 25 novembre 1998, *Cottet* : compétence du préfet pour rejeter la demande tardive de prêt d'un rapatrié, dès lors que la commission départementale qui aurait dû être saisie n'aurait pu que la rejeter, à cause de sa tardiveté.

V., de plus, CE Sect. 3 février 1999, *Montaignac*, préc. : arrêt qui, contrairement à la préconisation du commissaire du gouvernement, maintient la solution d'inopérance des moyens d'illégalité externe.

1252 **Bibl.** — 1°) R. Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, RDP 1923, p. 363 ; M. Hauriou, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, Mélanges Carré de Malberg (Sirey, 1933), p. 233 ; L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, LGDJ, 1913 ; M. Waline, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, RDP 1930, p. 197.

R. Bonnard, *Le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité*, RDP 1944, p. 63 ; M. Réglade, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité*, RDP 1925, p. 413.

2°) *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Cahiers IFSA (n° 16), Cujas, 1978 ; A. Bockel, *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, AJ 1978, p. 355 ; A. Daher, *Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir*, Rev. adm. 1990, p. 242 ; C.J. Hamson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, LGDJ, 1958 ; A. de Laubadère, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français*, Mélanges Waline (1974), p. 531 ; E. Picard, *Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français*, RIDC 1989 (Journées Soc. légis. cprée), p. 295 ; J.-C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ, 1958 ; M. Waline, *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, EDCE 1956, n° 10, p. 25 ; J.-M. Woehrling, *Le contrôle du pouvoir discrétionnaire en France*, Rev. adm. 1999, n° spécial 7-1999, p. 75 (Ile centenaire du Conseil d'Etat).

P. Py, *Pouvoir discrétionnaire, compétence liée et injonction*, D 2000, chron., p. 563.

M. Bullinger, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration en RFA*, RFDA 1988, p. 438.

3°) P. Delvolvé, *Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?*, in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat (Colloque Univ. Paris 2), LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 269 ; M. Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1958 ; C. Pasbecq, *De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir*, RDP 1980, p. 803 ; D. Rousseau, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative*, Th. Poitiers, 1979.

4°) D. Chabanol, *Contrôle de légalité et liberté de l'administration*, AJ 1984, p. 14 ; B. Kornprobst, *La compétence liée*, RDP 1961, p. 935 ; G. Lino di Qual, *La compétence liée*, LGDJ, 1964 ; A.-S. Mescheriakoff, *La compétence liée permet-elle à l'administration de*