

COLLECTION

DROIT ADMINISTRATIF
ADMINISTRATIVE LAW
DIRECTOR JEAN-BERNARD AUBY

Le juge et l'administration

Entre le contrôle et la déférence

Eduardo JORDAO

Préface de Jean-Bernard AUBY



bruylant

strada
lex

www.stradalex.com

Activation de la monographie en ligne

Code identifiant

96308-COJU-72568-0222

Pour autant que l'acquéreur du présent ouvrage soit **abonné identifié à Strada lex**, il bénéficie **gratuitement** d'un accès à la **version électronique** du présent ouvrage via Strada lex.

Afin d'avoir accès à la version électronique de l'ouvrage, veuillez introduire le code identifiant ci-dessus dans la base Strada lex (www.stradalex.com). Si une difficulté survient à ce moment, veuillez contacter notre helpdesk (tél. : 02/548 07 20 • fax : 02/548 07 22 • info@stradalex.com). Une preuve d'achat de la version imprimée auprès d'un de nos distributeurs (librairie, grossiste, site internet www.bruylant.be, librairie en ligne, achat par correspondance, etc.) pourra vous être réclamée.

Le code identifiant ne peut être activé qu'**UNE** seule fois par **UN** seul utilisateur identifié comme abonné à Strada lex. En ce sens, le code d'activation ici délivré ne permet l'activation que de la présente monographie et ce une seule fois, pour l'associer à un seul abonnement à Strada lex. Une fois activée, la consultation de la monographie vous sera accessible dans les conditions de votre abonnement à Strada lex, aussi souvent que vous le désirerez et aussi longtemps que la version imprimée du présent ouvrage n'est pas remplacée par une édition plus récente.

Toute utilisation illicite de ce code sera immédiatement détectée par l'outil de sécurisation de Strada lex et l'utilisateur indélégitime poursuivi pour piratage informatique par toute voie légale.

COLLECTION
DROIT ADMINISTRATIF
ADMINISTRATIVE LAW

Director

Jean-Bernard AUBY

Professor, Sciences Po Paris,

Director « Mutations de l'Action Publique et du Droit Public » Centre

Scientific Counsel

Sabino CASSESE

Professor, University of La Sapienza, Roma

Member of the Italian Constitutional Court

Paul CRAIG

Professor

University of Oxford (St John's College)

Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE

Professor and former President

University Panthéon-Assas Paris II

Fernando SAINZ MORENO

Professor, Université Complutense, Madrid

Jürgen SCHWARZE

Professor, University of Freiburg

Tom ZWART

Professor, University of Utrecht

L'objet de la collection «Droit Administratif – Administrative Law» est de réunir des travaux de droit administratif présentant pour caractéristique première d'être d'intérêt commun pour les doctrines européennes et internationales de droit administratif.

Il s'agit soit de travaux concernant un droit administratif national mais susceptibles, par l'approche utilisée, d'intéresser une pluralité de doctrines nationales, soit de travaux comparatifs, soit encore de travaux concernant l'incidence du droit communautaire ou du droit de la convention européenne sur les droits administratifs nationaux, soit, enfin, de travaux concernant la part du droit communautaire que l'on peut considérer comme constituant du droit administratif.

Publiés en français ou en anglais, les ouvrages de la collection «Droit Administratif – Administrative Law» peuvent être des traités, des essais, des thèses, des colloques ou des *readers*. Ils sont choisis en fonction de la contribution qu'ils peuvent apporter au débat doctrinal européen et international concernant les questions de droit administratif.

COLLECTION

**DROIT ADMINISTRATIF
ADMINISTRATIVE LAW**

21

Le juge et l'administration
Entre le contrôle et la déférence

Eduardo JORDAO

Préface de Jean-Bernard AUBY

IN THE SAME COLLECTION

1. *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Fabrice MELLERAY (dir.), 2007.
2. *Droit administratif européen*, Jürgen SCHWARZE, 2^e édition complétée, 2009.
3. *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Jürgen SCHWARZE (ed.), 2010.
4. *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine. Éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Zhang Li, 2009.
5. *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS (dir.), 2010.
6. *Au-delà de l'État*, Sabino CASSESE, 2011.
7. *Transatlantic Perspectives on Administrative Law*, Herwig C.H. HOFMANN et Russell L. WEAVER (eds.), 2011.
8. *Contrats publics et arbitrage international*, Mathias AUDIT (dir.), 2011.
9. *Partenariats public-privé : rapports du XVIII^e congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé – Public-Private Partnership: Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law*, François LICHÈRE (ed.), 2011.
10. *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Léa RODRIGUE, 2012.
11. *Le lobbying en droit public*, Grégory HOULLON, 2012.
12. *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Laurence DUBIN (dir.), 2012.
13. *Codification of Administrative Procedure*, Jean-Bernard AUBY (ed.), 2014.
14. *Traité de droit administratif européen*, Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), 2^e édition, 2014.
15. *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Martin TRYBUS, Roberto CARANTA et Gunilla EDELSTAM (eds.), 2014.
16. *Bonne administration et Union européenne*, Emilie CHEVALIER, 2014.
17. *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Mathias AMILHAT, 2014.
18. *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Gabriella M. RACCA et Christopher R. YUKINS (ed.), 2014.
19. *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, Jean-Bernard AUBY, Thomas PERROUD, 2016.

Pour toute information sur nos fonds et nos nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez nos sites web via www.larciergroup.com.

© Groupe Larcier s.a., 2016
Éditions Bruylant
Espace Jacqmotte
Rue Haute, 139 - Loft 6 - 1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.
Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

SOMMAIRE

Remerciements.....	ix
Préface.....	1
Introduction.....	3
PARTIE I. LES CRITÈRES SUBSTANTIELS PONDÉRÉS POUR LA DÉTERMINATION DE L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL ..	23
Chapitre I. Les relations tendanciennes entre la nature de la décision administrative et l'intensité de son contrôle juridictionnel.....	27
Chapitre II. Limites des relations tendanciennes entre la nature de la décision et l'intensité du contrôle.....	125
Conclusion de la partie I	221
PARTIE II. LES PROCÉDURES UTILISÉES POUR DÉTERMINER L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL	225
Chapitre III. Le dilemme entre précision et opérabilité dans la procédure de détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel	229
Chapitre IV. La question de la légitimité du choix de l'intensité du contrôle juridictionnel	313
Conclusion de la partie II.....	397
PARTIE III. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL CONSIDÉRÉE EN SOI-MÊME.....	401

Chapitre V. La quantité de modèles de contrôle juridictionnel.....	403
Chapitre VI. La déférence disséquée.....	475
Conclusion de la partie III.....	563
Conclusions générales.....	567
Bibliographie.....	581

REMERCIEMENTS

Cette thèse a été écrite au fil de six années, pendant lesquelles j'ai été dans différentes institutions et villes. Cette circonstance m'a apporté des expériences enrichissantes, outre le fait de me rapprocher d'êtres chers. J'aimerais en mentionner quelques-uns, à titre de remerciements.

Tout a commencé par l'approbation au doctorat de l'École de droit de la Sorbonne. Je suis très reconnaissant au professeur Gérard Marcou de m'avoir fait confiance en m'accueillant dans ce prestigieux établissement, ainsi que d'avoir dirigé mes travaux de recherche avec à la fois de la détermination et tendresse. À la Sorbonne, j'ai eu la chance et l'honneur de côtoyer Domingos Paiva, Thales Costa, Aline Bertolin, Camilla Duran, Tiago Cripa Alvim, Thomas Perroud et Bertrand-Léo Combrade. Toujours à Paris, l'expérience que j'ai eue en tant qu'assistant juridique en droit comparé au Conseil d'État m'a été fondamentale. Au Palais royal, je remercie tout particulièrement Laurène François, Nicolas Pillere, Cécile Fléchaire, Émilie Barriol, Anne Juvin, Cindy Fleury, Sophie-Justine Lieber, Edouard Geffray, Emmanuel Glaser, Mattias Guyomar, Frédéric Lenica, Damien Botteghi et Bernard Stirn.

À Rome, j'ai été très bien accueilli par le professeur Marco D'Alberti. Sa générosité et gentillesse ont rendu tout très facile. Tout d'abord, il m'a mis en contact avec le professeur Angelo Lalli, qui m'a permis d'accéder à l'autorité de la concurrence italienne, ce dont je suis très reconnaissant. Là-bas, j'ai mené la majeure partie de la recherche relative au cas italien. En outre, M. D'Alberti m'a présenté également à ses étudiants Alfredo Moliterni, Francisco Lobello et Sibilla Ottoni, lesquels ont rendu mes journées à la Sapienza bien plus heureuses.

Après Paris et Rome, est venue New Haven – avec certainement bien moins de charme. Mais il n'y a pas assez de temps pour se plaindre de cette petite ville du Connecticut, lorsque l'on est rattaché à l'excellente Université de Yale. L'expérience d'une année aux États-Unis a fortement marqué ma compréhension du droit – et même de la vie. J'ai éprouvé la générosité de professeurs comme Susan Rose-Ackerman, George Priest, Jerry Mashaw et Donald Elliott. Par ailleurs, j'ai bénéficié de l'aide bienveillante de mes chers amis Diego Werneck, Thomaz Pereira, Catarina Barbieri, Natasha Salinas, Mariana Pargendler, Camila Blanco, Adrian Künzler, Jocelyn Stacey et Miguel de Figueiredo.

Le périple académique – et touristique selon certains – a pris fin en Allemagne. À l'Institut Max Planck de Hambourg, j'ai été reçu de manière

enthousiaste par le Professeur Jürgen Basedow et par ses chers collègues tels que Ivens Hubert, Stergios Franstalis, João Martins et Eduardo Rulli. Heidelberg, pour sa part, m'a notamment permis de partager la compagnie de Mariana Hilgert, Pedro Adamy, Isaac Reis, Rafael Longhi, Tuane Formiga, Daniela Poli et Saskia Klatte, outre le calme nécessaire pour rédiger les dernières pages de cette longue histoire.

Le présent travail, ainsi que tous les autres auxquels j'ai pu me consacrer, ont reçu l'influence, plus en amont, des auteurs et praticiens du droit brésilien, qui m'ont le plus encouragé dans ma carrière académique. Il s'agit des maîtres et amis Marçal Justen Filho, Paulo Modesto, Fredie Didier Jr. et Floriano de Azevedo Marques Neto. Je fais aussi mention, pour finir, de la collaboration bienveillante de mes amis Fernando Leal et André Cyrino, lors de la phase finale de révision de cette thèse.

À mes parents et à Tarcila, enfin, je remercie d'avoir partagé mes rêves et de m'avoir aidé à les atteindre.

PRÉFACE

Professeur Jean-Bernard Auby

Pourquoi les juges administratifs s'inclinent-ils parfois devant l'interprétation du Droit que l'administration a retenue pour justifier ses actes et devant l'appréciation que l'administration a pu porter sur ce que le Droit lui permettait de faire dans une situation donnée ? Pourquoi, alors que c'est précisément leur métier de juges que d'interpréter le Droit et de déterminer ce qu'il implique dans un cas donné ? Telle est, pour employer la désignation anglo-saxonne traditionnelle de la chose, la question de la « déférence » des juges administratifs, et le sujet dont Eduardo Jordao s'est emparé avec un talent et une maestria que les lecteurs vont vite découvrir.

La démarche suivie est systématique et originale à la fois. Synthétique et théorique, mais toujours appuyée sur des exemples concrets. Originale en ce sens qu'elle n'est prisonnière d'aucune appréhension nationale du sujet.

Elle consiste, dans un premier temps, à montrer que l'attitude des juges – de déférence ou de contrôle approfondi – ne s'explique pas de manière approfondie par les caractéristiques des décisions contrôlées. Certes, la sensibilité juridique d'une question induit plutôt un contrôle non déférent, la complexité technique des sujets ou leur sensibilité politique incitant plutôt les juges à la retenue. Mais ces facteurs n'expliquent que partiellement la réalité. Il faut aussi s'intéresser, nous explique l'auteur, à la manière dont est déterminée l'intensité du contrôle : comment les juges se justifient-ils des options qu'ils prennent quant à l'étendue de leur contrôle ? Le troisième volet de l'ouvrage décortique les « modèles d'intensité » du contrôle juridictionnel, entre les systèmes simples, binaires ou ternaires, et les systèmes modulaires, dans lesquels le juge se reconnaît une plus grande liberté d'adapter son contrôle aux circonstances.

Le vrai est que ce livre est une étude de droit administratif comparé que l'on peut qualifier d'exemplaire. L'auteur est animé de cette conviction, contemporaine, selon laquelle les problèmes fondamentaux du droit administratif ne sont pas essentiellement différents d'un système à l'autre, et que l'on peut notamment passer la frontière qui sépare les droits administratifs continentaux des droits administratifs de common law sans changer d'univers, sans passer du soleil à la lune, du Yin au Yang, du blanc au noir. Il démontre parfaitement que l'on peut adopter une démarche disons « a-nationale », qui éclaire bien des

choses, à condition de bien veiller à se situer au seuil d'une possible conceptualisation commune.

Il faut saluer dans la foulée la grande maturité de l'auteur. Dans une étude portant sur l'adaptation du contrôle juridictionnel aux caractéristiques de l'action administrative contrôlée, on se serait naturellement attendu à ce qu'il se fasse finalement l'avocat du système dans lequel les juges se reconnaissent le droit de moduler leur contrôle juridictionnel très soupagement en fonction des circonstances. Sa position est plus nuancée.

Il admet, certes, qu'« il existe une pluralité de formes et de degrés par lesquels l'intensité du contrôle juridictionnel peut être adaptée à la complexité de l'administration publique contemporaine, aucune solution n'étant abstraitement supérieure aux autres ». Cependant, en ce qui concerne les modèles d'intensité auxquels peuvent se rallier les juges, les systèmes simples – dans lesquels le contrôle est soit déférent soit non déférent, éventuellement très déférent-déférent-non déférent – sont préférables les autres tendent à flotter, à devoir évoluer souvent, comme le montrent les exemples des Etats-Unis et du Canada.

Il en va ainsi parce que, même si les options d'intensité du contrôle ouvertes au juge sont limitées, rien ne les empêche de passer par des voies sophistiquées – quant à la procédure suivie, quant à la prise en compte de la nature de la décision – pour déterminer laquelle de ces options ils vont finalement adopter.

Nous sommes donc particulièrement heureux d'accueillir le livre d'Eduardo Jordao dans la collection « Droit Administratif/Administrative Law ». Nous espérons que l'investigation qu'il a conduite sera prolongée, dans son contenu et dans sa méthode, par l'auteur et autour de lui. Les bases d'une grande réflexion internationale sur le sujet de l'intensité du contrôle des juges administratifs sont posées. Dans le grain à moudre par les investigations futures, il y a sans doute une réflexion sur ce qu'est cette complexité croissante de l'action publique dont Eduardo Jordao nous dit qu'elle conditionne fortement l'évolution du contrôle juridictionnel, une autre sur les effets concrètement produits, dans l'action publique, par les différents modèles d'intensité du contrôle juridictionnel – les effets en retour, les conséquences sur les comportements administratifs.

Jean-Bernard AUBY

INTRODUCTION

Section I. L'objet de l'étude, ses limites et sa justification

L'objet de cette étude est l'adaptation de l'intensité du contrôle juridictionnel aux caractéristiques de l'action administrative contrôlée. L'examen est fait à la lumière de quatre systèmes juridiques : Canada, États-Unis, France et Italie.

L'origine de l'intérêt scientifique réside dans le constat d'une progressive complexité matérielle et institutionnelle de l'administration publique (partie I) et dans le doute à propos de l'adaptation du droit administratif à cette circonstance (partie II). Ce travail consiste à enquêter sur la question de l'adaptation du droit administratif en ce qui concerne un point très spécifique : l'intensité du contrôle juridictionnel de l'administration publique (partie III). Voilà la question clé : *comment adapter l'intensité du contrôle juridictionnel à la complexité de l'administration publique contemporaine ?*

À cet égard, il est souvent soutenu dans des différents forums que l'adaptation du droit à la complexité administrative exigerait de faire consacrer une solution spécifique : un contrôle juridictionnel limité, peu intense (*déférent*). Cette solution serait prétendument plus adéquate aux circonstances factuelles présentes que n'importe quelle alternative. Contrairement à cette idée, la thèse soutenue ici est la suivante : *il existe une pluralité de formes et de degrés par lesquels l'intensité du contrôle juridictionnel peut être adaptée à la complexité de l'administration publique contemporaine, aucune solution n'étant abstraitement supérieure aux autres.*

A. Le constat : la complexité matérielle et institutionnelle de l'administration publique contemporaine

Le point de départ de l'étude est le constat du niveau de complexité avancée qui caractérise l'administration publique contemporaine. Dans les pays de tradition juridique de droit administratif, cette complexité s'est accentuée au cours des trois dernières décennies, parallèlement à l'affirmation du nouveau modèle de l'« État régulateur ». Dans les pays de *common law*, elle est très ancienne. Elle remonte à la période postérieure à la crise économique de 1929 et au renforcement correspondant de l'intervention étatique dans les domaines social et économique, avec la naissance du dénommé « État administratif ».

Dans les deux cas, le processus a engendré des changements significatifs des *fonctions* (perspective matérielle) et de la *structure* (perspective institutionnelle) de l'administration publique.

Dans une perspective matérielle, les actions administratives comprennent un contenu de plus en plus complexe. La nécessité de solutions rapides et spécialisées produit le transfert aux autorités administratives de compétences qui étaient attribuées auparavant au législateur. Ces délégations augmentent la responsabilité de l'administration, qui se met à décider au quotidien de questions hautement importantes, avec des implications juridiques, politiques et techniques très significatives. L'administration publique assume ainsi des fonctions nouvelles et importantes.

Dans une perspective institutionnelle, l'administration publique avance en direction de la pluralité de centres décisionnels. Le changement est visible principalement dans les pays de tradition de droit administratif, qui s'écartent de la tradition centralisatrice et hiérarchique typique du modèle wébérien(1). L'illustration la plus évidente provient de la prolifération des dénommées autorités administratives indépendantes. Ces autorités non seulement s'émancipent de l'administration centrale, comme aussi sont dotées de caractéristiques spécifiques et de particularités propres. Dans la littérature spécialisée, il est alors fait allusion aux *administrations publiques* (au pluriel), de sorte à souligner la richesse institutionnelle du nouvel appareil administratif et la multiplicité des caractéristiques de chacune de ses composantes.

La combinaison des deux aspects ci-dessus est particulièrement importante. Afin de traiter de thèmes progressivement complexes, le législateur se met à dessiner attentivement des autorités administratives spécialisées. Ainsi, par exemple, les thèmes de la régulation, dans lesquels prime une spécificité technique, sont souvent confiés par la loi à des entités composées de membres titulaires d'expertise technique, de personnel d'appui adéquat et de moyens financiers suffisants pour les affronter. Autrement dit, connaisseur de l'importance et de la complexité de telles questions, le législateur se soucie de les confier à des institutions bien adaptées pour les décider.

B. Le doute : dans quelle mesure le droit s'adapte-t-il à cette complexité administrative ?

Le surcroît de la complexité matérielle et institutionnelle de la nouvelle administration publique génère la curiosité scientifique à propos de l'ampleur

(1) Sur le rapprochement évolutif des systèmes juridiques de *common law* et du droit administratif, voy. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato : trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna, Il Mulino, 1992.*

de la complexité parallèle du droit administratif, afin de s'ajuster ou d'être mis en adéquation avec cette réalité nouvelle. Il est évident que le droit ira opérer toujours à un degré de complexité inférieur à celui de la réalité qu'il cherche à régir et sur laquelle il s'appliquera, notamment pour devenir praticable. Cependant, l'élargissement de la complexité de l'objet peut générer des circonstances factuelles d'une importance *accrue*, de manière à produire une nécessité d'adaptation juridique. D'où la question : sous quelle forme et dans quelle mesure le droit administratif est-il adapté à la nouvelle administration publique ?

Dans une approche plus théorique et générique, on constate une apparition de préoccupations nouvelles dans la doctrine du droit administratif dans des pays de tradition de droit administratif. En se concentrant sur les questions de *légalité*, davantage d'attention est progressivement prêtée aux aspects relatifs à l'*efficacité* et à la *légitimité* de l'activité administrative. Cet ajustement de focus paraît suivre (tardivement) les changements des caractéristiques de l'État même, qui se déplacerait du prototype libéral en direction de l'idéal démocratique de bien-être social. Le droit administratif perd ainsi peu à peu ses traits originels de non-intervention, source d'une préoccupation centrée sur la liberté des citoyens par rapport à l'intervention ou au pouvoir étatique (la simple « protection du citoyen contre l'administration »). En même temps, il incorpore des aspects fondamentaux à une réalité démocratique et de bien-être social(2). Ainsi, il n'est plus suffisant que l'administration agisse sans porter atteinte à l'ordre juridique et aux droits des citoyens. Il est nécessaire aussi que ses prestations soient rendues de façon rapide, adéquate et économique, sans dépenser de façon disproportionnelle les ressources rares de la société (telle est la recherche de l'*efficacité*). En outre, les autorités administratives doivent agir de manière transparente, en étant responsables de leurs choix substantiels, lesquels doivent exprimer les attentes de la société (telle est la recherche de la *légitimité*).

Concrètement cependant, comment ces instruments et mécanismes spécifiques du droit administratif sont-ils adaptés à la nouvelle structure

(2) Dans un sens similaire, voy. S. CASSESE : « In conclusione, nella legislazione amministrativa convivono, oggi le due tradizioni del diritto amministrativo, quella del periodo iniziale e quella della maturità, di cui si è parlato. Da un lato, un diritto amministrativo mosso dalla fiducia nel potere pubblico e ordinato allo scopo di controllarlo. Di conseguenza, l'enfasi è sul giudice amministrativo e sui controlli [...]. Qui è presente la componente liberale del diritto amministrativo. Dall'altro lato, un diritto amministrativo spinto dal bisogno che la società ha delle amministrazioni pubbliche e ordinato allo scopo di assicurare che esse eroghino servizi ai cittadini. Di conseguenza, il centro di gravità non è nei giudici e nei controlli, ma nella legislazione, nelle regolazioni amministrative e nell'efficienza della macchina amministrativa. [...] Il diritto amministrativo - in questo senso - non è bipartito, bensì multipolare, concorrendo in esso un largo numero di interessi privati e di amministrazioni pubbliche, non necessariamente disposti nella opposizione pubblico-privato. Qui è presente la componente democratico-sociale del diritto amministrativo » (*Le basi del diritto amministrativo*, 6^a ed., Milano, Garzanti, 2000, p. 86).

institutionnelle, aux nouvelles fonctions et à la nouvelle logique de l'administration publique contemporaine ?

C. L'objet de l'étude : l'adaptation de l'intensité du contrôle juridictionnel aux caractéristiques de la décision administrative contrôlée

Cette étude se préoccupe spécifiquement de l'impact que la complexité matérielle et institutionnelle de l'administration publique contemporaine exerce sur la détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel du contenu de ses décisions. Elle examine l'adaptation de l'intensité du contrôle juridictionnel aux caractéristiques des actions administratives contrôlées et des entités qui les accomplissent. Il est indispensable d'expliquer le sens que ces expressions prennent dans le présent travail, afin que l'objet de l'étude soit délimité de manière précise.

1. Le contrôle juridictionnel

« Contrôle » est l'activité de vérification de *conformité* de quelque chose (la chose contrôlée) à un paramètre spécifique. Dans le cas du contrôle juridictionnel de l'administration publique, la chose contrôlée correspond à une *action* d'une autorité administrative. Le paramètre spécifique du contrôle juridictionnel est le droit. Et le responsable du contrôle est un juge (agissant comme juge unique) ou un groupe de juges (un « organe juridictionnel »)(3).

Dans les systèmes juridiques contemporains, l'action des autorités administratives fait l'objet de contrôles divers, exercés par *différentes entités* et sur la base de *différents paramètres*. Cette thèse sur le contrôle *juridictionnel* exclut de son champ d'intérêt les activités de contrôle exercées par des entités autres que les juges ou organes juridictionnels. Ainsi, par exemple, sont rejetés le contrôle effectué par les institutions politiques (comme le Parlement), le contrôle réalisé par l'administration même (auto-contrôle) et celui accompli par d'autres institutions administratives (comme les Cours des comptes). La thèse se concentre uniquement sur la relation institutionnelle entre les juges et les autorités administratives.

En outre, la thèse se penche spécifiquement sur le contrôle de la *substance* de l'action administrative contrôlée, de son objet ou contenu – et non de sa forme. Le contrôle de la forme des décisions administratives est moins polémique et

(3) Voy. Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, p. 663 : « Précisons d'abord qu'en tout cas, quand on parle de contrôle du juge, on veut parler d'un rôle de jugement sur la régularité aboutissant à une décision sur la validité : il s'agit de la vérification de la conformité à des règles considérées comme obligatoires pour l'auteur de l'acte et conditionnant la validité. »

moins influencé par la complexité administrative, d'où l'absence de nécessité de l'inclure dans cette étude(4).

2. L'action administrative, objet du contrôle

Le titre du travail fait référence à l'« action administrative contrôlée ». Dès lors, l'ensemble de l'activité administrative est comprise, en ne se limitant pas particulièrement aux « décisions administratives » au sens étroit. Ainsi, par exemple, font l'objet d'une attention particulière les *interprétations* que les autorités administratives effectuent au sujet des législations, même lorsqu'elles ne constituent pas une *décision* concrète. De la même manière, la mention de l'action *administrative* contrôlée rend évident le fait que seules les actions qui ont été accomplies par des autorités administratives intègrent l'objet de la thèse. Mais il convient de noter que l'étude ne se limite pas à *une autorité administrative spécifique*, comme l'Autorité de la concurrence ou l'Autorité de régulation des télécommunications, par exemple.

Ces choix pour la totalité des actions administratives et des autorités administratives se justifient facilement en fonction de l'objet de la thèse. Si le but de la recherche est l'adaptation de l'intensité du contrôle juridictionnel *aux caractéristiques de l'action administrative contrôlée et de l'autorité qui l'a accomplie*, il est donc naturel que soient examinées plusieurs autorités administratives et actions administratives. Cela permettra d'analyser dans quelle mesure l'intensité du contrôle juridictionnel varie en fonction des caractéristiques substantielles de la décision contrôlée ou des caractéristiques institutionnelles de l'autorité administrative qui l'a prise. Ce type d'examen – fondamental pour les propos de la thèse – serait mis en cause si le centre d'intérêt de la recherche était limité.

Naturellement, cette option pour la vision *large et horizontale* met en cause une plus grande *profondeur* de l'examen relatif à une autorité ou à une action spécifiques. Cette thèse, dès lors, n'approfondira pas l'analyse du type de contrôle qui est exercé sur l'Autorité de la concurrence ou sur toute autre autorité spécifique. Mais cela découle d'une option méthodologique. L'intérêt ici est la variation de l'intensité du contrôle en fonction de la variation de l'objet contrôlé – dans quelle mesure se produit un ajustement ou une adaptation de l'intensité du contrôle du fait de ces circonstances.

(4) Quelques observations seront néanmoins faites exceptionnellement à propos du contrôle de la forme.

3. L'intensité du contrôle

En effectuant le contrôle de l'administration publique, les juges opèrent une évaluation à propos de la conformité d'une action administrative au droit : des actions conformes au droit seront maintenues ; des actions non conformes au droit seront annulées ou remplacées. Cette analyse de la conformité d'une action administrative au droit est loin de constituer une activité *objective*. Les subjectivités et imprécisions ont des origines multiples : celles relatives au contrôleur, à la chose contrôlée ou au paramètre du contrôle. Ces circonstances laissent la place à ce que soit abordé l'« intensité » du contrôle juridictionnel, dans le sens de la « rigueur de l'examen de la conformité au paramètre du contrôle ».

La référence à l'intensité du contrôle juridictionnel requiert l'admission d'une gradation de la conformité d'un acte au droit. Cette conformité graduée est donc évaluée conformément à une *mesure* spécifique, afin de vérifier sa validité juridique. Pour faire allusion au système didactique canadien pré-2008, une action administrative pourrait être soumise à un contrôle juridictionnel avec trois intensités distinctes(5). Dans l'hypothèse de contrôle plus intense (modèle de la correction, *standard of correctness*), les juges évaluent la *correction* juridique de l'action administrative ; est alors autorisée l'annulation de toute l'action qui s'écarte de ce que l'organe juridictionnel estimerait comme étant déterminé par le droit. Dans l'hypothèse de contrôle moins intense (modèle du caractère manifestement déraisonnable, *standard of patent unreasonableness*), les juges doivent être très déférents par rapport à l'administration publique : ils n'annuleront que les actions qu'ils considèrent *manifestement déraisonnables*. Dans l'hypothèse intermédiaire (modèle du caractère raisonnable, *standard of reasonableness simpliciter*), les organes juridictionnels devront annuler les actions administratives *déraisonnables*.

Ce qui s'appelle ici « intensité » du contrôle est désigné parfois comme étant l'« étendue » du contrôle. Mais ce terme est ambigu. L'étendue peut signifier aussi bien la « rigueur de l'examen de la conformité d'une action au paramètre du contrôle » (ce qui est ici appelé *intensité*), que l'« ensemble des matières qui font l'objet de contrôle » (l'étendue sur un aspect horizontal, et non vertical). La préférence a été attribuée à l'utilisation de l'« intensité » précisément pour éviter cette confusion et pour éclaircir le fait que l'objet de cette thèse porte uniquement sur le terme utilisé dans le premier sens.

(5) La tripartition a caractérisé le système canadien entre 1997, année de la création du troisième modèle (celui du caractère raisonnable), et 2008, année de l'élimination du modèle du caractère manifestement déraisonnable. Actuellement, le système se compose de deux modèles seulement : la correction et le caractère raisonnable. Sur le thème, voy. principalement le chapitre V de cette thèse.

Le focus porté sur l'intensité du contrôle juridictionnel implique aussi et nécessairement la négligence d'autres aspects, comme par exemple les questions relatives à l'intérêt à agir, les délais de contestation et les présupposés du contrôle. Ainsi, l'option de s'intéresser particulièrement à l'intensité doit aussi être justifiée.

Les juges, les autorités administratives et les autres entités publiques constituent des forums d'adoption de décisions publiques sur des questions socialement importantes. Cette pluralité de centres décisionnels engendrera dans quelques cas la nécessité de « décider qui doit décider »(6). Le focus porté sur l'intensité du contrôle juridictionnel se justifie par le fait que l'intensité est un indice de l'intervention d'une entité publique sur une autre. Elle véhicule la possibilité de la prise en charge ou de la limitation, par les juges, de compétences administratives(7). Autrement dit, par le contrôle juridictionnel non déférent, les juges peuvent décider des questions que le législateur avait attribuées originellement à l'administration publique ou limiter les possibilités décisionnelles de l'administration. Cette possibilité est particulièrement sensible pour les questions qui comprennent de la subjectivité (ou choix) – c'est le cas de la majorité des décisions et actions rendues conformément à (ou à partir de la) loi. Si les questions ne sont pas totalement décidées dans la législation correspondante, alors il est nécessaire de choisir qui aura le dernier mot à leur égard : l'administration publique ou les juges.

4. La question de l'adaptation de l'intensité du contrôle

Cette thèse porte sur l'adaptation de l'intensité du contrôle aux particularités substantielles de l'action contrôlée et aux particularités institutionnelles de l'autorité qui l'a accomplie. Dans quelle mesure l'intensité du contrôle juridictionnel dans les systèmes juridiques étudiés est adaptée à cette complexité matérielle et institutionnelle de l'administration publique ? Que peut-il être fait pour adapter à ces circonstances ?

Il est très fréquent de voir argumenter, dans les milieux académiques, politiques ou même dans le discours juridictionnel, le fait que les juges devraient appliquer un contrôle limité (« déférent ») aux décisions des autorités administratives contemporaines(8). Ce positionnement découle d'analyses institutionnelles comparatives. Il est fondé sur des prétendus avantages techniques ou politiques des autorités administratives, par rapport aux juges. En partant

(6) Sur le sujet, voy. le premier chapitre de N. KOMESAR, *Imperfect alternatives : choosing institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

(7) L'approche institutionnelle sur le thème du contrôle juridictionnel de l'administration publique souligne le dialogue entre les juges et l'administration publique, ainsi que la question relative à la délimitation réciproque de compétences.

(8) De nombreux exemples seront exposés au cours de la thèse.

de la compréhension selon laquelle les autorités administratives spécialisées seraient institutionnellement *mieux préparées* pour traiter de thèmes complexes et qu'elles seraient *détentrices d'une plus grande légitimité* pour traiter de thèmes politiques, il est recommandé que les juges accomplissent une attitude *déférentielle* (respectueuse, peu intrusive) par rapport à tels types de décisions administratives qu'elles auraient à contrôler⁽⁹⁾.

L'argument est particulièrement insistant dans les pays de tradition de droit administratif, dans lesquels la pluralité institutionnelle de l'administration publique est relativement récente. Dans ces pays de tradition juridique anglo-saxonne, il est souvent affirmé que l'attitude de l'auto-restriction juridictionnelle est habituelle étant donné que ces pays sont habitués depuis plus de temps à la décentralisation et à la complexité administrative.

L'idée sous-jacente paraît être que l'application d'un contrôle non déferent sur les matières techniquement complexes ou politiquement sensibles correspondrait à un manque d'attention ou à une absence de prise en compte – par les juges et par le droit administratif – des avantages comparatifs de l'administration publique. Il s'agirait, enfin, d'appliquer un contrôle juridictionnel d'intensité *peu adaptée* à la réalité administrative matérielle et institutionnellement complexe.

Ces affirmations seront contestées dans le présent travail.

Section II. La structure de la thèse : le plan en trois parties

La thèse qui sera soutenue ici est la suivante : *il existe une pluralité de (i) formes et de (ii) degrés par lesquels l'intensité du contrôle juridictionnel peut être adaptée à la complexité de l'administration publique contemporaine, aucune solution n'étant abstraitement supérieure aux autres.*

(i) L'adaptation peut avoir lieu sous différentes formes, la solution ci-dessus n'étant pas la seule possible, ni nécessairement idéale. En premier lieu, il existe d'innombrables circonstances dans lesquelles l'application d'un contrôle juridictionnel non déferent est la solution la plus adéquate et la plus adaptée *précisément au regard des particularités de la décision administrative sous contrôle*. Cela est d'autant plus vrai (mais non exclusivement) lorsque les questions traitées par les autorités administratives comportent une sensibilité

(9) Dans le cas de questions techniquement complexes, les juges auraient une moindre expertise institutionnelle, ainsi que des ressources humaines et financières moins appropriées pour les affronter. Dans le cas de questions politiquement sensibles, les autorités administratives (même celles indépendantes) ont des caractéristiques institutionnelles qui les rendent politiquement *plus légitimes que les juges*, ce qui justifieraient de leur réserver la décision finale. Sur le thème, voy. le chapitre I de cette thèse.

juridique particulière. En deuxième lieu, lorsqu'une question comprend une nature hybride (juridique, technique, politique), l'option pour un autre type de contrôle applicable rend évidente une pondération entre des finalités publiques conflictuelles ; il n'est pas adéquat de parler alors d'une solution *abstraitement supérieure*, mais seulement de solutions plus ou moins adéquates à la satisfaction de la finalité publique qu'il est bon de privilégier⁽¹⁰⁾. En troisième lieu, même dans les cas de décisions *essentiellement* techniques ou politiques, il existe des arguments très raisonnables en faveur d'un contrôle non déferent, comme forme par exemple de compensation du problème du déficit de légitimité démocratique de quelques autorités administratives ou de réduction de l'impenétrabilité des options techniques de l'administration, circonstances qui les fait échapper à tout autre contrôle social. En quatrième lieu, l'adaptation du contrôle peut se faire en différentes phases du processus de contrôle, en plus du fait de comprendre des mesures compensatoires d'un contrôle déferent ou non déferent.

(ii) Outre ses différentes formes, l'adaptation du contrôle juridictionnel peut s'accomplir aussi en différents degrés. Cette affirmation peut être illustrée par les expériences des systèmes juridiques étudiés en ce qui concerne aussi bien le processus de détermination de l'intensité juridictionnelle, que le nombre de modèles d'intensité du contrôle juridictionnel. Elles démontrent que le degré d'adaptation du contrôle juridictionnel est conditionné par un dilemme entre la *sophistication* et l'*opérabilité*. La recherche d'adaptation maximum peut engendrer des systèmes de contrôle juridictionnel extrêmement sophistiqués, dans lesquels l'intensité du contrôle varie de manière parfaite en fonction des caractéristiques de l'action administrative contrôlée. Mais plus ces systèmes seront sophistiqués, moins opérationnels ils le seront. La recherche d'adaptation maximum (de sophistication) peut conduire à des systèmes d'applicabilité très confuse ou très couteuse. Ainsi, il est parfaitement possible et adéquat qu'un certain système juridique *opère une modulation* de combien d'adaptation il souhaite, en fonction du degré de complexité opérationnelle admise. En d'autres mots, l'adaptation limitée peut être une option consciente d'un système juridique ; elle ne correspond pas nécessairement à l'absence de prise en compte de la complexité matérielle et institutionnelle de l'administration publique contemporaine.

Afin de développer et de justifier la thèse ci-dessus, la stratégie choisie a été de fonder l'exposé sur les aspects essentiels de la détermination de l'intensité

(10) Dans ce sens, voy. l'article de D. KENNEDY, soutenant que « one way to understand any particular difference between two contemporary legal systems is as the product of different balances between conflicting considerations, be they principles or policies, rights, powers, or whatever » (« Political ideology and comparative law », in M. BUSSANI and U. MATTEI (ed.), *Comparative Law*, Cambridge, CUP, 2012).

du contrôle juridictionnel. Ainsi, il est possible d'illustrer toute la richesse comprise dans chacun de ces éléments, outre le fait de signaler tous les espaces pour les décisions sur la *forme* et le *degré* d'adaptation.

Dès lors : la détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel comprend trois aspects essentiels : (i) l'attention aux caractéristiques de la décision administrative contrôlée ; (ii) le processus moyennant lequel la détermination de l'intensité s'accomplit ; (iii) l'intensité du contrôle considérée en soi. En effet, à travers un *processus* doté de caractéristiques spécifiques, les *aspects substantiels et institutionnels* de l'action administrative sont pondérés pour choisir alors l'*intensité du contrôle* entre les modèles existant dans le système juridique. Cette tripartition conditionne la structure de la thèse : dans chacune de ses parties, l'un des aspects ci-dessus est examiné.

A. Partie I : l'attention aux caractéristiques de l'action contrôlée

Ainsi, dans la première partie de la thèse, on examine comment les caractéristiques d'une action administrative peuvent influencer l'intensité de son contrôle juridictionnel. La recherche entamée pour l'élaboration de cette thèse a révélé que trois aspects substantiels ont une importance accrue. L'intensité du contrôle juridictionnel applicable sur une action administrative dépend fondamentalement (i) de sa sensibilité juridique ; (ii) de son importance politique ; (iii) et de sa complexité technique.

Chacun de ces critères se trouve *tendancieusement* lié à un modèle de contrôle : les décisions administratives juridiquement sensibles ont vocation à se soumettre à un contrôle juridictionnel non déférent ; les décisions administratives techniquement complexes ou politiquement importantes ont vocation à se soumettre à un contrôle juridictionnel déférent. Ces tendances sont présentes dans la motivation de décisions juridictionnelles, mais aussi dans les milieux académiques ou politiques dans lesquels la question de l'intensité du contrôle juridictionnel est débattue.

Néanmoins, tel qu'il sera démontré dans la première partie de cette thèse, ces tendances ne sont pas inexorables et ne signalent pas nécessairement la solution la plus adéquate. Pour des raisons diverses qui seront alors approfondies, il est possible d'appliquer un contrôle juridictionnel déférent aux questions juridiquement sensibles ou un contrôle juridictionnel non déférent aux décisions administratives techniques ou politiques. Ces options ne signifieront pas nécessairement l'inadaptation du droit administratif à la réalité des choses – elles pourront consister en une décision délibérée d'adapter cette intensité

de forme différente de celle qui a été exprimée par les tendances soulignées ci-dessus.

B. Partie II : les processus de détermination de l'intensité de contrôle juridictionnel

Dans la deuxième partie de la thèse, la perspective est procédurale. L'essentiel alors est de présenter *comment* la détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel est réalisée en pratique. Les questions traitées sont au nombre de deux.

Dans un premier temps, l'attention porte sur le *dilemme entre sophistication et opérabilité*, qui informe l'option pour le processus que chaque système juridique adoptera. L'utilisation de catégories formelles (comme la « discrétionnalité » ou la « question juridictionnelle ») peut faciliter la tâche des juges dans la détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel. Il y a pourtant le risque de simplifier excessivement le processus, en conduisant les juges à négliger des aspects d'extrême importance que les catégories formelles ne prennent pas en compte. De l'autre côté, l'utilisation desdits processus « contextualisés » engendre des conséquences opposées : elle accomplit la sophistication dans l'appréhension des circonstances importantes de l'espèce, mais peut rendre la détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel excessivement complexe ou coûteuse.

Dans un second moment, l'attention porte sur la *légitimité* de ce choix. Comme la détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel comprend la pondération de variables finalistiques et a des conséquences importantes pour la société, la question de la légitimité se pose de manière évidente. La sensibilité du thème est plus évidente encore dès lors que la détermination de l'intensité définit concrètement le degré d'intervention des juges sur les compétences de l'administration publique. En résumé : les juges décident l'étendue de leurs propres pouvoirs. Il s'agira alors d'examiner les deux formes principales moyennant lesquelles cette décision peut être légitimée : (i) le discours de l'intention du législateur ; (ii) la mise en œuvre de règles procédurales.

C. Partie III : le choix de l'intensité du contrôle à partir des modèles existant dans le système

La troisième partie de la thèse s'occupe de questions liées à l'intensité du contrôle juridictionnel en soi. Au premier chapitre, est examinée la question relative au nombre de modèles de contrôle existant dans chaque système juridique. Il s'agit d'un élément évident dans une étude relative à l'adaptation de l'intensité du contrôle aux caractéristiques de l'action administrative contrôlée.

Dès lors que l'administration publique est caractérisée par une énorme richesse matérielle et institutionnelle, est-ce que l'éventail de modèles de contrôle doit réunir une variété comparable, comme forme d'adaptation ? Il sera observé que quelques systèmes juridiques ont poussé cette question à l'extrême, en consacrant un « spectre d'intensités infinies de contrôle juridictionnel ». Même lorsqu'il est fait option pour des modèles fixes de contrôle, cependant, il y a toujours la question relative à leur nombre : deux ou trois ?

Au deuxième chapitre de la troisième partie, la limitation de l'intensité du contrôle juridictionnel (la dénommée « déférence ») est examinée sous trois perspectives : (i) pratique ; (ii) dynamique ; (iii) causale. D'abord, il s'agira d'évaluer dans quelles mesures les théories qui déterminent la limitation du contrôle sont suivies effectivement par les juges. Dans un second temps, il s'agira d'examiner le contexte historique de la création et de l'évolution des modèles déférentiels de contrôle. Dans un troisième temps, il s'agira de réfléchir sur les raisons des différents penchants déférentiels de chaque système juridique.

Section III. Le recours au droit comparé et les systèmes juridiques choisis pour l'analyse

L'adaptation de l'intensité du contrôle juridictionnel à la complexité matérielle et institutionnelle de l'administration publique permet des solutions multiples. Pour cette raison, le recours au droit comparé est facilement justifiable, dans la mesure où il fournit une richesse d'exemples et de situations concrètes pour illustrer chaque solution et pour évaluer leurs mérites pratiques. Le lecteur percevra comment l'expérience concrète des systèmes juridiques sera un actif essentiel au développement des arguments et contre-arguments importants pour l'objet de cette étude.

A. Les critères pour le choix des systèmes juridiques étudiés

Le choix des systèmes juridiques étudiés a été effectué après une période préliminaire de recherche, dans laquelle il a été fait une première approche par rapport au thème de l'intensité du contrôle juridictionnel de l'administration publique. Les critères du choix ont été au nombre de trois.

En premier lieu, il a été tenté d'identifier les systèmes juridiques adoptant des positionnements divergents par rapport à la nécessité ou à l'opportunité de déférence juridictionnelle vis-à-vis de l'administration publique, en fonction de la complexité matérielle de ces fonctions ou de ces caractéristiques institutionnelles. C'est une question centrale de la thèse : dans quelle mesure et pour

quelles raisons il faut adopter un contrôle juridictionnel d'intensité limitée, en fonction des particularités de l'action administrative contrôlée ? Dès lors, l'importance de sélectionner des pays qui consacrent des positions contraires était évidente.

En deuxième lieu, les systèmes juridiques choisis devraient être suffisamment significatifs et développés, afin qu'ils puissent être envisagés comme représentants d'un positionnement spécifique à propos de la question ci-dessus. Naturellement, les systèmes juridiques ayant une grande tradition juridico-administrative tendent à apporter d'innombrables contributions théoriques et des nombreux exemples concrets, en permettant une analyse comparée plus riche et intéressante.

Enfin, le nombre de systèmes juridiques choisis n'aurait pu être ni trop réduit pour rendre contingents les résultats de l'analyse, ni trop large pour la rendre irréalisable. L'inclusion d'un système juridique additionnel implique naturellement un ajout très considérable de charge de travail, mettant en cause soit la profondeur de l'analyse, soit les limites temporelles de la démarche académique. Le recours à trois ou quatre systèmes juridiques a semblé être une bonne solution pour concilier la richesse d'exemples concrets avec la possibilité d'approfondissement(11).

B. Les systèmes juridiques choisis et leur justification

La thèse prend en considération quatre cas : France, Italie, États-Unis et Canada. Parmi les systèmes juridiques envisagés de prime abord comme « non déférents », l'Italie et la France ont été choisies comme constituant les deux plus grands systèmes juridiques de tradition de droit administratif. Pour toute une série de systèmes juridiques qui ont connu l'influence des droits administratifs de ces pays, il est significatif d'observer comment leurs droits administratifs ont été adaptés aux changements matériels et structurels de l'administration publique au cours des trois dernières décennies. Du fait de leur importance historique et de la phase avancée de leurs droits administratifs, la France et l'Italie correspondent à des représentants adéquats de la position non déférente (ou relativement peu déférente).

(11) Naturellement, ici aussi, sont valables les considérations réalisées ci-dessus sur le focus porté sur la généralité des autorités administratives, et non sur une autorité administrative en particulier. Un travail de droit comparé met toujours en cause (bien qu'à des mesures différentes) sa dimension verticale (de la profondeur de l'analyse) en faveur de sa dimension horizontale – plus il y aura de systèmes juridiques étudiés, plus cela sera vrai. Or, cela n'est pas nécessairement un inconvénient des démarches comparatives, mais une option méthodologique. Le milieu académique peut se bénéficier non seulement d'analyses qui se penchent longuement sur des thèmes restreints, mais aussi d'études d'une autre nature – tel qu'il est le cas ici de la comparaison horizontale de différentes alternatives pour des problèmes similaires.

Quant aux systèmes juridiques qui semblaient avoir consacré une attitude juridictionnelle auto-restrictive ou déférente vis-à-vis de l'administration, l'option a été de sélectionner les cas des États-Unis et du Canada. Les États-Unis sont perçus largement comme partisans de l'auto-restriction juridictionnelle vis-à-vis de l'administration publique, notamment en fonction de l'importance jurisprudentielle et scientifique de la dénommée « Chevron doctrine » (12). Dans le cas du Canada, outre le positionnement déférent en soi, ce qui a attiré l'attention pendant la période préliminaire de la recherche a été l'application d'une structure analytique « contextuelle », composée de différentes étapes pendant lesquelles les juges effectuent une pondération des circonstances substantielles et institutionnelles de la décision contrôlée, afin de définir l'intensité adéquate du contrôle juridictionnel (le test qui en était à l'origine se disait « pragmatique et fonctionnel »). Ces circonstances et la célèbre prolixité doctrinale canadienne et américaine (avec de nombreuses contributions tant analytiques, qu'empiriques) justifiaient le choix de ces systèmes juridiques comme des représentants adéquats du positionnement déférent vis-à-vis de l'administration.

L'Italie et la France, d'un côté, et les États-Unis et le Canada, de l'autre, se différencient également sur d'autres aspects importants. Les deux premiers ont la dualité juridictionnelle. Ainsi, l'administration publique est contrôlée en général par la juridiction administrative, formée d'organes juridictionnels spécifiques, séparés de l'ordre juridictionnel de droit commun. Les deux autres sont caractérisés par la complexité de l'administration publique depuis plus de temps : la décentralisation et la spécialisation administratives se sont produites aux États-Unis et au Canada à partir des années 1940. Cependant, le problème du calibrage de l'intensité du contrôle juridictionnel aux particularités de la décision contrôlée est commun dans tous les systèmes juridiques. Ces différences significatives du contexte dont relève le problème dans chaque système juridique ne rendent pas la comparaison impraticable, mais la rendent davantage plus intéressante, dès lors qu'elles apportent des illustrations plus riches et diverses.

(12) La référence est *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), affaire dans laquelle la Cour suprême américaine a soutenu longuement l'auto-restriction juridictionnelle dans les cas de contrôle d'interprétations réalisées par les autorités administratives d'ambiguïtés dans la législation pertinente. *Chevron* est l'affaire la plus influente et la plus citée de l'histoire du droit public américain. Jusqu'à décembre de 2005, elle avait été mentionnée environ 8 000 fois par les Cours fédérales. C'est un seul bien supérieur à celui d'autres affaires importantes, telles que *Brown v. Board of Education* (1 829 fois), *Roe v. Wade* (1 801 fois), et *Marbury v. Madison* (1 559 fois). Elle est supérieure même au nombre de ces trois décisions prises dans leur ensemble (selon S. BREYER *et al.*, *Administrative law and regulatory policy : problems, text and cases*, 6th ed., New York, Aspen Publishers, 2006, p. 247).

C. Les limites de la comparaison réalisée

Il est important de souligner toutefois les limites de la démarche comparatiste réalisée dans cette thèse. En premier lieu, l'intention n'est pas d'effectuer un classement des alternatives rencontrées dans les systèmes juridiques étudiés comme meilleures ou moins bonnes. Cela serait un exercice puéril (13) : des options différentes servent à des fins différentes, de sorte que les mérites de chacune d'entre elles sont presque toujours relatifs. Ainsi, ce qui est fondamental est de les connaître et de révéler leurs potentialités et limitations. Ainsi il est possible de contribuer avec les discussions académiques ultérieures et de fournir des éléments pour la prise de décisions correspondantes dans d'autres systèmes juridiques qui rencontrent le même problème.

En outre, la thèse ne se préoccupe pas des conditions de transfert de la solution adoptée dans un système juridiques aux autres. Il est totalement possible que ces solutions soient difficilement importables, du fait à la fois d'obstacles juridiques particuliers (dont l'exemple le plus évident est celui des obstacles constitutionnels) et de circonstances historiques et/ou sociales du système juridique de destination. Ces circonstances impliquent une étape supplémentaire à la démarche comparatiste, que cette thèse n'envisage pas de franchir. Il s'agit ici uniquement de se préoccuper, avec ses avantages et inconvénients abstraits, des différentes alternatives d'adaptation de l'intensité du contrôle juridictionnel aux caractéristiques de l'action administrative contrôlée.

Section IV. L'originalité du travail et sa relation avec d'autres études

Le thème de l'intensité du contrôle juridictionnel de l'administration publique a déjà été traité dans différents travaux avant celui-ci (14). L'originalité de cette thèse réside dans deux circonstances spécifiques.

(13) Cf. O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, avril-juin 2001, vol. 53, n° 2, p. 279.

(14) Voy., par exemple, en langue française : Z. LI, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine : éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008 ; R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé*, Paris, Dalloz, 2005 ; D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 ; M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003. En langue italienne : A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008 ; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007 ; M. NEGRI, *Girisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006 ; B. MARCNETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti : il judicial review sulle amministrative agencies*, Padova, Cedam, 2005 ; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, Giuffrè, 2005 ; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001 ; D. PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995. Et

En premier lieu, la thèse se focalise spécialement sur la question de l'*adaptation de l'intensité* du contrôle aux caractéristiques de l'action administrative contrôlée et de l'autorité administrative l'ayant prise(15). Le centre d'intérêt se trouve donc dans l'analyse des arguments juridictionnels et extra-juridictionnels visant à *moduler* le contrôle en fonction de telles circonstances. D'ailleurs à ce titre justement, l'étude prend en considération les autorités administratives les plus diverses, en s'éloignant des travaux approfondis sur le modèle de contrôle juridictionnel appliqué à une autorité administrative spécifique(16).

En second lieu, l'étude se base sur un important recours aux exemples concrets du droit comparé(17). Cette circonstance enrichit beaucoup la présentation et l'analyse, dans la mesure où elle permet (i) de comparer les différentes options adoptées par les différents systèmes juridiques, ainsi que (ii) d'évaluer l'évolution dans le temps de chacune de ces options. En ce qui concerne le premier point, le recours au droit comparé permettra de confronter les solutions de l'Italie et de la France, lesquelles sont relativement peu déferentes, avec celles des États-Unis et du Canada, lesquelles le sont beaucoup plus. En ce qui concerne le second point, il sera possible de voir comment ces options se sont produites concrètement dans chaque système juridique et comment elles ont évolué au fil du temps. Un bon et riche exemple est celui du Canada, qui pendant les trois dernières décennies a cherché à faire valoir des solutions juridictionnelles pouvant s'adapter largement à la complexité de l'espèce et qui a connu des difficultés pratiques pour ce faire. Il s'agit d'un exemple d'une grande valeur pour les systèmes juridiques qui souhaitent parcourir le même chemin.

en langue anglaise : H. BIEHLER, *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd ed., Dublin, Round Hall, 2014 ; M. ARONSON and M. GROVES, *Judicial review of administrative action*, 5th ed., Plymouth, Thomson Reuters, 2013 ; O. ESSENS *et al.*, *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, Europa Law Publishing, 2009 ; M. FORDHAM, *Judicial Review Handbook*, 5th ed., Oxford, Hart, 2008 ; DE SMITH, WOOLF and JOWELL, *Judicial Review of Administrative Action*, 6th ed., London, Sweet & Maxwell, 2006 ; H. DELANY, *Judicial review of administrative action : a comparative analysis*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 2001.

(15) L'étude de M. COLLET sur les autorités administratives indépendantes par exemple, tout en abordant un peu le thème, a un objet bien plus large (cf. *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003).

(16) Avec des considérations spécifiques sur le contrôle juridictionnel de l'Autorité de la concurrence italienne, par exemple, voy. A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editore Scientifica, 2008.

(17) La collection dirigée par O. ESSENS, A. GERBRANDY et S. LAVRIJSEN privilégie la présentation séparée de différents systèmes juridiques, sans se focaliser spécifiquement sur leur analyse comparative

Section V. Des observations linguistiques importantes

Dans un travail qui fait référence à quatre systèmes juridiques qui opèrent avec trois langues différentes (français, anglais et italien), les difficultés linguistiques viennent s'ajouter aux difficultés technico-juridiques(18). Lors de la rédaction de cette thèse, l'auteur a rencontré des défis linguistiques de différentes espèces.

En premier lieu, il y a la nécessité de faire référence à des concepts spécifiques utilisés dans certains systèmes juridiques. Or, parfois il n'y a pas en français (langue dans laquelle la thèse est écrite) de terme pour les traduire directement et correctement, sans recourir à des néologismes ou sans créer des confusions pour le lecteur francophone avec des concepts divers avec lesquels il est déjà habitué. Ainsi, par exemple, le droit américain travaille avec le concept de « *formal adjudication* » pour se référer aux activités de décision formelle, par les autorités administratives, d'une question individuelle précise. Or « *adjudication* » en droit français a un sens spécifique et très différent, lié aux marchés publics. Dans ce cas spécifique, il a été choisi dans ce travail de parler des « *décisions formelles sur un cas individuel* », en laissant entre parenthèses le terme original en anglais.

Dans la présentation du droit italien, pour sa part, il est très important de faire référence aux notions de « *discrezionalità amministrativa* », « *discrezionalità tecnica* », « *merito della discrezionalità* » et « *opinabilità* ». Tous sont des concepts fondamentaux – et qui sont difficiles à traduire. Dans la littérature juridique française, il n'est pas commun d'utiliser le mot « *discrétionnalité* » en tant que substantif. L'on parle plutôt de « *pouvoir discrétionnaire* ». Cependant, la fréquence de l'utilisation de cette expression dans la thèse (particulièrement en référence au droit italien) a semblé recommander l'utilisation d'un néologisme. La thèse utilisera ainsi la notion de « *discrétionnalité* » – expression qui a été utilisée par Charles Eisenmann dans son œuvre classique(19) et apparaît dans quelques études françaises plus récentes. Quant au « *merito della discrezionalità* », qui correspond au noyau de la décision discrétionnaire, il a été opté pour l'expression « *opportunité* ». Quant à « *opinabilità* », caractéristique de l'interprétation ou de l'application de termes législatifs ambigus, l'on parle ici de « *jugement subjectif* » ou d'« *évaluation subjective* ».

(18) Sur le thème, voy. l'article de B. Pozzo, « *Comparative Law and language* », in M. BUSSANI and U. MAITRE (ed.), *Comparative Law*, Cambridge, CUP, 2012.

(19) Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, p. 660 : « Puisque nous en sommes à la terminologie, ajoutons une indication supplémentaire, une suggestion d'innovation : au lieu de parler du "caractère discrétionnaire" et de se servir de l'expression "pouvoir discrétionnaire" (même avec "du"), il serait souhaitable de pouvoir disposer d'un substantif qui marquait – ou laissait mieux place à – l'idée du degré variable, allant d'"un peu" à "tout à fait" : on devrait pouvoir parler de "la

Dans le droit canadien, un concept très important et difficile à traduire est celui de *contextualisme*. Il s'agit d'une expression qui désigne une attitude juridictionnelle de dépassement du formalisme et d'attention aux particularités d'une décision administrative (nature de la décision, expertise de l'autorité administrative qui l'a rendue, etc.) dans la définition de l'intensité du contrôle juridictionnel qui lui est applicable. Dans un tel cas, l'option a été de recourir à l'expression officielle utilisée dans la région francophone du Canada (*contextualisme, analyse contextualisée*), bien qu'elle n'ait pas de signification aussi claire pour le lecteur français.

Un deuxième problème est encore plus grave. Pendant toute la thèse, l'auteur a besoin d'agir à deux niveaux. Il doit agir à un niveau générique, indépendamment de tout système juridique, afin de pouvoir faire des considérations générales, théoriques, applicables abstraitement à tous les systèmes juridiques étudiés(20). Mais il doit aussi agir à un niveau spécifique, afin de faire des considérations et des analyses d'un système juridique spécifique. Pour éviter des confusions entre ces deux niveaux (afin que le lecteur ne pense pas qu'il est fait référence à un concept spécifique d'un système juridique, alors que le but était de faire une analyse plus générale), l'auteur a besoin de prendre quelques précautions et de faire quelques avertissements. Deux d'entre eux paraissent être tout particulièrement importants.

Le premier concerne l'utilisation de « organe juridictionnel » ou du sens générique de l'expression « juge ». Tout au long de la thèse, il est nécessaire de faire référence à des organes juridictionnels collégiaux qui contrôlent l'administration publique. Cela est d'autant plus vrai pour la première partie de la thèse, dans laquelle l'analyse institutionnelle comparative est fréquente – entre les autorités administratives et juridictionnelles.

En anglais, le mot évident pour se référer aux autorités juridictionnelles serait « courts », terme qui désigne tout type d'organe juridictionnel collégial, outre le fait de désigner abstraitement un *type spécifique* d'institution publique, l'institution juridictionnelle. Mais la traduction directe de ce terme pour le français (*les cours*) peut être source de confusions. Les cours, en droit français, désignent spécifiquement les organes juridictionnels de deuxième instance. Ainsi, le Conseil d'État et les tribunaux administratifs ne sont pas des *cours*, dans la conception française. L'utilisation de l'expression *tribunaux*, qui est courante dans plusieurs pays de langue latine, provoque la même confusion. En droit français et en droit italien, cette expression désigne particulièrement les

(20) Selon O. PFERSMANN : « Si l'on veut s'orienter dans l'ensemble des systèmes juridiques, il faut par conséquent des concepts suffisamment fins et suffisamment généraux en vue d'appréhender une multitude de structures possibles » (« Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, avril-juin 2001, vol. 53, n° 2, p. 279).

organes juridictionnels de première instance. Plus gravement encore, en droit canadien, les *tribunals* sont des autorités administratives (et non juridictionnelles) avec des compétences de décision de cas concrets.

Dans ce cas, l'option adoptée dans la présente thèse a été d'utiliser la tradition consacrée par le droit français pour parler du *juge* comme institution abstraite, sans intention de se référer spécifiquement à un *juge spécifique*. L'on parle ainsi d'un « contrôle par le juge » alors même que le contrôle est réalisé par un organe collégial composé de *plusieurs* juges. Telle est la solution générique et la plus fréquemment utilisée dans cette thèse. Dans certains cas, cependant, il a été estimé nécessaire de faire une référence plus générique à des « organes juridictionnels », tout particulièrement lorsque l'intention était de souligner les caractéristiques *institutionnelles* de ces entités.

Le second avertissement a trait à l'utilisation (très fréquente) de l'expression « déférence juridictionnelle à l'administration publique ». L'on parlera dans cette thèse d'un « contrôle juridictionnel déférent » ou « déférentiel ». Par le biais de ces expressions, le but est de faire référence à l'adoption, par les juges, d'un positionnement auto-restrictif dans le contrôle effectué sur les décisions administratives(21). Il y a de la déférence juridictionnelle lorsque les juges se limitent à évaluer (par exemple, dans l'hypothèse la plus diffusée) le *caractère raisonnable* de la décision réalisée par l'autorité administrative devant une question substantielle. Dans cette hypothèse, les juges évitent d'offrir leur propre solution à la question en cause, en la reconsidérant *de novo*.

Les expressions sont d'utilisation récurrente et très développée dans la littérature juridique anglaise (l'on parle de *deference*), mais elles ne sont pas très communes en droit italien – et moins encore en droit français(22). L'option de les utiliser ici émane de raisons pragmatiques. Il y a un besoin de recourir à un terme *neutre* pour définir ce positionnement juridictionnel *particulièrement respectueux* des options administratives. Les différents systèmes juridiques appellent leurs modèles de contrôle déférent en référence à des termes spécifiques (contrôle restreint ou minimum en France ; contrôle du caractère arbitraire par exemple aux États-Unis ; du caractère raisonnable ou manifestement déraisonnable au Canada). Ces hypothèses devaient être réunies sous un terme les englobant, mais sans se confondre avec aucune d'entre elles en

(21) Pour d'autres conceptions du terme déférence, voy. l'introduction du chapitre VI de cette thèse.

(22) Toutefois, il existe quelques références à ce terme dans les doctrines française et italienne. Voy., par exemple, le titre de l'article de F. DESOZZA, « Discrezione e deferenza : Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti regolatrici », *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, a. II, n° 3, pp. 469-489 ; et l'utilisation fréquente du terme dans des articles de D. CUSTOS sur le droit américain : « L'interprétation de la loi aux États-Unis : le triomphe de l'expertise administrative sur le *stare decisis* », *Droit administratif*, octobre 2006, n° 10, chron. 2 ; « La jurisprudence administrative de la Cour suprême américaine d'octobre 2006 à juin 2007 », *Droit administratif*, janvier 2008, n° 1, chron. 1.

particulier. Ainsi il serait clair qu'il est fait référence à une attitude juridictionnelle générique limitatrice de l'intensité du contrôle – attitude qui, en fonction du système juridique, rassemble telles ou telles caractéristiques ou gradations. Face à cette nécessité, il a semblé rationnel de se valoir du terme consacré déjà dans la littérature de langue anglaise, dans laquelle se sont déroulés les débats les plus riches sur le sujet.

La thèse fera des références génériques aux expressions « contrôle déférent » et « contrôle non déférent » (dans des différentes gradations) pour se référer à ces attitudes génériques. Et elle désignera nominalement le modèle spécifique, lorsqu'il s'agira de traiter d'un système juridique spécifique. L'observation est faite ici à l'introduction spécialement parce que le terme déférence n'est pas récurrent dans la langue française (langue dans laquelle cette thèse est rédigée) – et aussi parce, dans cette langue, elle a d'autres significations.

PARTIE I

LES CRITÈRES SUBSTANTIELS PONDÉRÉS POUR LA DÉTERMINATION DE L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

Dans la première partie de la thèse, la définition de l'intensité du contrôle juridictionnel est examinée dans une perspective *substantielle*, relative aux *raisons* qui conduisent les juges à adopter un modèle de contrôle plus ou moins intense. En particulier, il s'agira d'analyser l'influence des *caractéristiques* de la décision administrative dans la définition de l'intensité du contrôle juridictionnel qui lui est applicable. Cela constitue le pas le plus évident d'une étude qui souhaite évaluer l'adaptation de l'intensité du contrôle juridictionnel aux caractéristiques de la décision administrative contrôlée.

La recherche réalisée pour l'élaboration de cette thèse a permis d'identifier trois aspects des décisions administratives contrôlées qui, selon la pratique jurisprudentielle des systèmes juridiques étudiés, semblent avoir une importance particulière dans la détermination de l'intensité du contrôle : (i) la sensibilité juridique ; (ii) la complexité technique ; (iii) la nature politique⁽²³⁾. Cette recherche a révélé encore – et fondamentalement – que ces aspects sont communément liés à une tendance particulière. Ainsi, en règle générale, la sensibilité

(23) Bien que les systèmes juridiques emploient des formulations et des dénominations différenciées pour se référer aux facteurs significatifs de la détermination de l'intensité du contrôle, il paraît possible de regrouper la majorité des préoccupations substantielles identifiées.

juridique d'une certaine décision administrative fait en sorte qu'elle soit soumise à un contrôle juridictionnel *non déférent*. De l'autre côté, la complexité technique ou la nature politique éventuelles d'une décision administrative engendrent usuellement une tendance vers l'application d'un contrôle juridictionnel *déférent* à leur égard. Ces circonstances ont été dénommées « relations tendanciennes ». L'objectif du premier chapitre de cette thèse consiste précisément à présenter et disséquer ces relations tendanciennes, en expliquant le raisonnement qui leur est sous-jacent.

À ce stade, le lecteur pourra croire que l'adaptation de l'intensité du contrôle juridictionnel aux caractéristiques de la décision administrative dépend de l'*adhésion* à ces déterminations contenues dans les relations tendanciennes. Mais tel n'est pas le cas. Les relations tendanciennes révèlent un simple *penchant*, une *propension* et non une conséquence inéluctable. Le deuxième chapitre cherchera à démontrer qu'il existe des raisons d'adopter des solutions différentes de celles prévues dans les relations tendanciennes. En premier lieu, parce que l'idée même de la *nature* d'une action administrative implique une certaine controverse. En deuxième lieu, parce que, même si cette idée est acceptée, l'*identification* de la nature spécifique d'une action particulière ne sera presque jamais incontestable. Enfin, parce que, en tant que *forme alternative d'adaptation*, il est possible que s'applique sur une décision d'une nature particulière un contrôle autre que celui indiqué dans les relations tendanciennes.

Le premier chapitre a donc un caractère descriptif (i) des raisons qui semblent conduire les juges à la définition de l'intensité du contrôle juridictionnel, ainsi que (ii) des justificatifs théoriques qui les orientent. Le deuxième chapitre, en revanche, apporte des exceptions pratiques et des contestations théoriques à ces idées dominantes, dans le but de démontrer qu'elles ne sont pas nécessairement les plus adaptées ou les mieux adaptées aux caractéristiques de la décision administrative contrôlée.

L'approche institutionnelle comparative sera une caractéristique de toute cette première partie de la thèse. La sensibilité juridique, la complexité technique et la nature politique des questions portées en justice sont importantes précisément parce qu'elles constituent des facteurs par rapport auxquels une analyse institutionnelle comparative explicite ou implicite est réalisée. Le thème de l'intensité du contrôle juridictionnel de l'administration publique est un champ fertile pour la réalisation de ce genre d'analyse. L'idée est que, en exerçant le contrôle du *contenu* d'une question qui a été décidée à l'origine par l'administration publique, les juges pourraient assumer intégralement leur compétence décisionnelle (à travers l'utilisation du pouvoir de réformation) ou la limiter (moyennant l'utilisation du pouvoir d'annulation). Ce fait soulève des questions relatives aux avantages comparatifs des institutions pertinentes

(administration publique x juges) pour la solution de chacune des questions sociales importantes. Il importerait de s'interroger sur la question de savoir quelle est l'institution la plus adaptée ou la mieux organisée pour décider une question sociale, en vue de ses caractéristiques – il importerait de *décider qui doit décider*.