



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives : les figures du contrôle de proportionnalité en droit français

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives : les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », *Les Petites affiches*, n° 46, 2009, p. 46-53.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives : les figures du contrôle de proportionnalité en droit français

Le droit administratif a une approche bien paradoxale du contrôle de proportionnalité. Ce terme renvoie toute personne passée par une deuxième année de droit à des « grands arrêts » inscrits pour toujours dans sa mémoire : « Benjamin, 1933 » 1 ou « Ville nouvelle Est, 1971 » 2, pour ne retenir que ceux-là. Ils marquent des avancées significatives du droit administratif, des libertés fondamentales et du rôle du juge. Mais ce contrôle est aussi contesté. Le juge administratif ne va-t-il pas, en l'exerçant, jusqu'à opérer un contrôle de l'opportunité des décisions administratives ? En se plaçant dans les mêmes conditions qu'un administrateur qui prend sa décision, ne (re)prend-il pas, en réalité, le rôle de l'administrateur ?

Cette question suppose cependant que l'on se mette d'accord sur ce qu'est un « contrôle de proportionnalité ». Le premier point à souligner est que, contrairement au juge communautaire ou à la Cour européenne des droits de l'homme, le juge administratif ne qualifie jamais son contrôle de « proportionnalité ». S'il emploie parfois le terme de « proportionné », limiter les cas du contrôle de proportionnalité aux arrêts qui le font serait une erreur méthodologique. Se pose alors la question des critères à employer pour déterminer ce qu'est un contrôle de proportionnalité tel qu'exercé par le Conseil d'État, les cours administratives d'appel, les tribunaux administratifs et les juridictions administratives spécialisées. La doctrine est partagée sur ce point.

Cette doctrine est d'ailleurs très réduite, si une vingtaine d'auteurs avaient traité du contrôle de proportionnalité avant 1990, dans des thèses 3, conclusions 4, articles 5, ou ouvrages 6, aucun 7 ne l'a fait en droit administratif depuis la thèse de notre collègue Xavier Philippe 8. L'analyse montre toutefois qu'un consensus se forme autour d'un certain nombre de critères. Tout d'abord, ce contrôle s'exerce aussi bien sur un acte administratif que sur une activité administrative. Ainsi, aussi bien la mesure de police d'un maire que l'action d'un fonctionnaire de police seront appréciées selon un contrôle de proportionnalité pour considérer l'éventuelle indemnisation d'un préjudice. Ensuite, le contrôle de proportionnalité consiste, pour le juge, à faire une balance entre les moyens utilisés par l'administration, d'une part, et le but visé par l'administration, d'autre part. Plus précisément, son objectif est de vérifier l'adéquation entre ces deux éléments. Il s'agit donc d'un contrôle du raisonnable, on pourrait dire un contrôle du « bon sens » de l'appréciation de l'administrateur 9. Enfin, la doctrine administrativiste presque unanime estime que le contrôle de proportionnalité de l'acte ou de l'activité a lieu au moment de la qualification juridique des faits. Cette précision a une très grande importance, car c'est elle qui permet que le contrôle de proportionnalité ne se transforme pas en contrôle de l'opportunité.

Le président Odent le disait dans son contentieux administratif 10 : « le juge de l'excès de pouvoir ne contrôle, en principe, pas l'opportunité qu'il y avait à prendre une décision administrative. Ainsi, lorsque l'administration réquisitionne un immeuble, le juge ne contrôle pas l'opportunité du choix de l'immeuble à requérir 11. Il est en effet nécessaire de fixer une limite que l'étude du contrôle du juge de l'excès de pouvoir ne doit pas franchir, sous peine d'aboutir, sinon au gouvernement des juges, du moins à une administration par le juge ». La crainte est ici clairement exprimée : le gouvernement des juges. Le pouvoir discrétionnaire que le contrôle de proportionnalité donne apparemment au juge s'assimile, dans la tradition du droit administratif, à un arbitraire juridictionnel.

La loi des 16-24 août 1790 qui fonde notre « conception française de la séparation des pouvoirs » est la source de cette approche. En décidant qu'il y avait « forfaiture » lorsqu'un juge (judiciaire, cela allait de soi) jugeait l'administration, cette loi a pendant longtemps conduit le juge administratif à envisager son rôle avec la plus grande précaution. Juge de l'administration, le Conseil d'État est aussi gardien du pouvoir de celle-ci. Il ne saurait donc, théoriquement, se substituer à elle. Pensons que la première fois que le Conseil d'État a contrôlé « l'exactitude matérielle des faits » présentés par l'administration — c'est-à-dire le contrôle de la réalité des circonstances de l'acte — cela a été en 1916, dans le fameux arrêt Camino du 14 janvier 12.

La grande distinction du contentieux administratif entre le « plein contentieux » et le « contentieux de l'excès de pouvoir », que nous devons à Laferrière 13, est d'ailleurs marquée par cela. Le recours pour excès de pouvoir est un contrôle de la légalité de l'acte. Traditionnellement, il se limite donc au contrôle du respect de la loi par le pouvoir réglementaire, le « bloc de légalité » étant aujourd'hui constitué de toutes les normes supérieures aux règlements dans la hiérarchie des normes. Le mode de raisonnement logique du juge face à un recours pour excès de pouvoir, c'est le raisonnement syllogistique : l'arrêté municipal correspond-il aux pouvoirs du maire trouvés dans le Code général des collectivités territoriales ? Si oui, alors, l'arrêté est légal, sinon, le maire a excédé son pouvoir et l'acte est sanctionné d'une annulation.

Or le contrôle de proportionnalité est mal adapté au raisonnement syllogistique. Son raisonnement dialectique brouille les méthodes analytiques classiques. Le juge semble ne pas opérer un raisonnement de pure logique, mais se mettre à la place de l'administration et, lui-même, excéder son pouvoir. Afin de ne pas permettre que l'on envisage sous cet angle le rôle du juge, il a donc fallu insérer le contrôle de proportionnalité dans le raisonnement syllogistique du juge. C'est ce qui a par conséquent conduit la doctrine à rattacher l'appréciation de la proportionnalité de la décision à la phase de qualification juridique des faits, le raisonnement classique suivant son cours par ailleurs. Ainsi, pour reprendre l'exemple du président Odent, le juge administratif pourrait juger du caractère « réquisitionnable » d'un bien en effectuant un contrôle de proportionnalité, mais il n'irait pas jusqu'à proposer un autre immeuble pour modifier la décision.

À cette première analyse ouvrant le contrôle de proportionnalité, les professeurs Auby et Drago, dans leur « Traité de contentieux administratif » 14, ajoutent un autre moyen pour renverser la position classique d'interdiction : le développement du contrôle de proportionnalité va « dans le sens de l'extension des pouvoirs du juge et de la réduction du pouvoir discrétionnaire ». Comment en effet ne pas constater qu'en cherchant à effectuer une analyse in concreto des faits, le contrôle de proportionnalité correspond à l'essence même du droit administratif : la conciliation entre l'intérêt général et les intérêts privés.

Mais alors, quelle forme prend ce contrôle en contentieux administratif ? Depuis que l'on a dépassé cette idée d'un contrôle de proportionnalité par nature contraire aux rôles du juge administratif de l'excès de pouvoir, on a pu enfin le voir et l'assumer dans de multiples domaines et sous de multiples formes. Ce développement a été tel que l'on a pu parler « d'échelle de proportionnalité » 15. Cependant, le contrôle de proportionnalité n'est pas la règle, il est un contrôle « par défaut » dans le cadre du contrôle de la légalité des actes administratifs.

Une autre difficulté est celle qui consiste à distinguer le contrôle de proportionnalité du principe du même nom. Le contrôle est envisagé ici comme l'ensemble des techniques contentieuses qui conduisent le juge

à apprécier un acte ou une situation en faisant une balance entre moyens et but. Le principe de proportionnalité n'a dans ce cadre qu'un rôle limité : il ne sera en cause que lorsque le juge devra contrôler son application.

À bien y regarder, ce contrôle est marqué par un épanouissement particulier dans certaines matières, épanouissement qui ne l'empêche pas de rester complexe et en extension latente. D'une part, en effet, on trouve deux domaines dans lesquels il s'épanouit spécialement, pour des raisons différentes : les libertés publiques et l'analyse de situations complexes (I). D'autre part, une analyse des situations dans lesquelles on le rencontre montre qu'il est protéiforme et en mutation... La fin définitive du tabou serait-elle en vue (II) ?

I. Le contrôle de proportionnalité est adapté à deux cas : libertés fondamentales et réalités complexes

Il peut paraître surprenant de vouloir sortir de la multiplicité des cas de contrôle de proportionnalité deux catégories dans lesquelles le contrôle existe. Cette démarche est pourtant justifiée par la volonté de distinguer, au sein des hypothèses dans lesquelles on trouve ce contrôle, celles où il se justifie pleinement, comme palliatif à un contrôle classique insuffisant.

Ces deux cas sont, d'une part, ceux dans lesquels sont en jeu des droits fondamentaux ; et d'autre part ceux qui seront regroupés sous le terme « réalités complexes », qui correspondent à des cas dans lesquels l'autorité administrative a dû prendre en compte de multiples éléments pour prendre sa décision ou agir.

A. Le contrôle de proportionnalité et les libertés fondamentales

Le « grand arrêt » Benjamin du 19 mai 1933 est symbolique d'une forme de proportionnalité dans le contrôle exercé par le juge administratif. Il est cependant loin d'être le seul et même le premier. Le Conseil d'État y décide que « considérant que s'il incombe au maire (...) de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par (...) ». Le terme central de ce considérant est à notre sens le verbe concilier. C'est en effet faire la balance entre différents intérêts qui est au cœur du contrôle de proportionnalité, balance qui diffère cependant selon les cas. Elle est tantôt à effectuer entre un pouvoir de l'administration — ou d'une personne privée chargée de prérogatives de puissance publique — et les libertés fondamentales reconnues au chef des particuliers, tantôt entre les différents droits fondamentaux entre eux. Ainsi, la conciliation entre liberté d'entreprendre et libertés syndicales, entre liberté d'aller et de venir et sécurité publique, entre principes environnementaux et propriété ou liberté prend-elle souvent la forme d'un contrôle de proportionnalité.

Le contentieux issu des autres juridictions que sont la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel ou, dans une moindre mesure, la Cour de justice des Communautés européennes montre bien à quel point c'est en matière de libertés que la conciliation prend la forme contentieuse du contrôle de proportionnalité. On ne saurait en effet que souligner le parallélisme entre le développement constant du droit des libertés fondamentales dont ces juridictions sont les artisans majeurs et les réflexions doctrinales sur le contrôle de proportionnalité qui, depuis une vingtaine d'années, se concentrent quasiment sur celui — ceux ? — effectué par ces juridictions.

Le contentieux administratif est pour sa part depuis longtemps un témoin du lien entre libertés fondamentales et contrôle de proportionnalité.

On en voit une expression particulièrement claire dans un arrêt antérieur à 1933, l'arrêt Abbé Olivier du 19 février 1909 : le maire de Sens avait à cette époque pris un arrêté interdisant sur les voies publiques les processions pour les enterrements. Le Conseil a annulé l'arrêté en considérant que la conciliation entre les pouvoirs de police du maire et « le respect des libertés garanties par les lois », notamment en l'espèce « la liberté de conscience et le libre exercice des cultes » 16, n'avait pas été bien assurée. Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement Chardonnet était allé jusqu'à estimer que le Conseil d'État était « appelé à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique » (sic). C'est donc consciemment que le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité, en prenant le risque d'un contrôle de l'opportunité. Le principe de la séparation des pouvoirs dont on a dit qu'il fondait les réticences du juge de l'excès de pouvoir à exercer un contrôle de proportionnalité s'efface donc ici face à la nécessité de garantir une liberté.

En matière de libertés économiques, le développement du contrôle de proportionnalité est plus récent, mais pas moins intéressant 17. On retrouve la classique opposition entre pouvoir de police et libertés fondamentales dans un avis de Section du Conseil d'État du 22 novembre 2000, L P Publicité 18. Celui-ci précise que le pouvoir de police général du maire est limité par « l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence ». On trouve aussi la proportionnalité dans le contrôle des sanctions des autorités de la concurrence, leur rôle étant justement de garantir l'efficacité des principes concurrentiels ; il s'agit alors de vérifier la proportionnalité des sanctions à l'atteinte aux libertés. On retrouve par ailleurs ce contrôle dans le contentieux des actes administratifs sources de pratiques anticoncurrentielles. Dans son entreprise de qualification juridique des faits, l'analyse du « marché pertinent » correspond par exemple sans contexte à un contrôle de proportionnalité. En matière économique, on se rapproche parfois plus qu'ailleurs du contrôle de l'opportunité 19, mais il faut bien reconnaître que la matière touche à la fois aux principes et correspond, on le verra, à des « réalités complexes ».

Le droit fiscal fait également preuve d'une certaine perméabilité au contrôle de proportionnalité. Parmi un grand nombre de jurisprudences, fondées depuis 1987 sur une décision du Conseil constitutionnel 20, on retiendra un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg, pris dans sa formation plénière 21, qui vérifie que l'application d'un taux maximum d'une peine fiscale encourue est proportionnée au regard de la gravité des agissements relevés. Là encore, les sanctions fiscales sont ouvertes à ce contrôle poussé du fait des atteintes qu'elles portent aux libertés individuelles.

Dans le cadre de la police spéciale des autorisations d'exploitation cinématographiques, on connaît l'arrêt « Association Promouvoir », dit « Baise-moi » rendu par le Conseil d'État le 14 juin 2002 à propos du film éponyme 22. La Haute juridiction considère « qu'il résulte de l'instruction que, même s'il comporte des scènes de grande violence et des scènes de sexe non simulé, qui justifie son interdiction aux mineurs de dix-huit ans, le film « Baise-moi » ne revêt pas, compte tenu de son thème et des conditions de sa mise en scène, le caractère d'un film pornographique ». Il effectue donc un contrôle de proportionnalité dans lequel on met en parallèle, d'une part l'existence de scènes violentes et de sexe non simulé, et d'autre part, l'existence d'un thème réel et d'une mise en scène de qualité (deux qualités que les films pornographiques ne présentent pas). Ce contrôle très poussé, nécessitant des analyses cinématographiques 23 mettant véritablement le juge dans la position de l'administrateur, justifie la décision de ne pas classer ce film

dans la catégorie des films pornographiques, ce qui aurait limité sa diffusion à certaines salles spécialisées. Quelles sont les raisons d'un développement particulier du contrôle de proportionnalité dès lors qu'une liberté publique est en cause ? Une réponse provocatrice serait de dire qu'il s'agit du développement d'un contrôle mou d'un droit mou. Plus précisément, en matière de liberté fondamentale, la difficulté est de mettre en place des critères juridiques précis et, partant, de qualifier juridiquement. C'est par la généralité des règles et leur conciliation que les principes généraux sont normatifs. Le raisonnement syllogistique ne leur est que partiellement applicable, la mesure et l'équilibre seuls rendent possible leur application, sans quoi ils se portent atteinte les uns aux autres ; comme la liberté des uns porte atteinte à celle des autres dans l'article 4 de la Déclaration de 1789. La souplesse et l'adaptabilité du contrôle de proportionnalité paraissent spécialement adaptées à ces spécificités. Le développement des droits fondamentaux de sources internationales et communautaires, ainsi que la reconnaissance de la « troisième génération » de ces droits laisse augurer un accroissement du recours au contrôle de proportionnalité en contentieux administratif.

B. Le contrôle des réalités complexes

Sous ce titre un peu étonnant, on retrouve des hypothèses dans lesquelles le contrôle de proportionnalité prend aussi une ampleur particulière. Il s'agit d'une série d'hypothèses dans lesquelles la qualification juridique des faits ne se plie pas facilement à l'application de critères précis, cumulatifs ou alternatifs. Le juge va donc fonder son contrôle sur divers éléments qui ont deux principales caractéristiques : d'une part, ils sont parfois nombreux, jusqu'à six ou sept, d'autre part, ils ont un poids individuel indéterminé, aucune pondération, aucune hiérarchisation entre eux, du moins pas officiellement. Ces caractéristiques laissent donc au juge un pouvoir d'appréciation beaucoup plus grand, ils lui permettent de proportionner sa décision.

Ce contrôle se rencontre dans deux principales hypothèses. La première est celle des qualifications juridiques fondées sur un faisceau d'indices, la seconde est le fameux « contrôle du bilan » issu du non-moins fameux arrêt « Ville nouvelle Est ».

1. Le faisceau d'indices

L'exemple le plus topique de l'utilisation de la technique contentieuse du faisceau d'indices concerne la distinction entre établissements publics administratifs et établissements publics industriels et commerciaux. L'arrêt d'assemblée du 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques* 24, précise en effet que doivent être pris en compte de manière combinée et appréciés en fonction des circonstances de l'espèce un certain nombre de critères : objet du service, origine des ressources, modalités d'organisation et fonctionnement de l'établissement public. Le juge administratif admet même, on le sait, que certains de ces critères soient complètement absents : certains établissements publics à caractère administratifs gèrent un service public industriel et commercial. Ce sont les fameux « établissements publics à visage inversé ». On retrouve par ailleurs cette méthode du faisceau d'indices pour la distinction entre la police administrative et la police judiciaire 25, notamment.

Chacune de ces hypothèses répond à la même contrainte : permettre de qualifier juridiquement des situations dans lesquelles les éléments de fait sont particulièrement complexes grâce à une prise en compte de la proportion de chacun de ses éléments. Il s'agit donc à proprement parler d'un contrôle de proportionnalité. L'appréciation fine qui s'en suit n'est cependant pas dénuée d'une certaine casuistique. On peut comparer ce mode de qualification à une peinture pointilliste : les premières jurisprudences

semblent justifier, par une multiplicité d'éléments pris en compte, une décision parfaitement ponctuelle, mais c'est par la multiplication des jurisprudences que se forme le dessein — le dessin — du juge administratif. Cela ne retire pas à ce mode de qualification le défaut majeur d'utiliser des critères issus du régime pour définir juridiquement la situation, inversant ce faisant un raisonnement juridique classique, mais on ne peut pas faire le reproche de l'insécurité juridique à ce mode de raisonnement. Il permet effectivement, au fil des arrêts, de prendre en compte des « situations complexes » et de les appréhender, grâce à un contrôle de proportionnalité, de manière fine.

2. Le « contrôle du bilan »

Le « contrôle du bilan » est la technique contentieuse qui correspond le plus à un contrôle de proportionnalité dans l'esprit des juges administratifs et de la doctrine. Il est utilisé spécialement dans le cadre du contrôle des déclarations d'utilité publique, comme cela a d'ailleurs été le cas dans l'arrêt fondateur de 1971, Ville Nouvelle Est.

Traditionnellement, et jusque dans les années 1970, le juge administratif vérifiait si l'opération correspondait en elle-même à un but d'utilité publique, mais il refusait d'examiner le contenu concret du projet, et, notamment, le choix des parcelles à exproprier. L'utilité publique d'un projet était appréciée globalement, en soi, sans considération de ses éléments précis. Le Conseil d'État considérait que les points du dossier « ne sauraient être utilement discutés devant le juge administratif » 26, sauf détournement de pouvoir qui nécessitait que l'on rentrât dans les détails.

La modification du contrôle classique en un contrôle de proportionnalité a fait évoluer cette approche vers bien plus de finesse, à l'aide d'un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, le juge administratif contrôle « l'intérêt du projet », de façon globale : en soi, le projet a-t-il un intérêt. Il va par exemple regarder, à l'occasion de la création d'une autoroute, s'il n'existe pas déjà une route qui aurait la même utilité. De même, si le projet est la création d'une nouvelle station d'épuration, il regardera l'évolution de la population pouvant en bénéficier et des moyens actuellement existants. On remarque donc, dans cette première phase déjà, une part non négligeable de prise en compte de la nécessité de la décision, la nécessité étant reconnue comme une part de contrôle de proportionnalité depuis les premières théorisations des auteurs allemands.

Dans un second temps, le juge va comparer (« faire le bilan ») entre cet intérêt et les éventuels inconvénients du projet. Le « contrôle du bilan » est donc en réalité un double bilan 27 fondé sur un certain nombre de critères, aujourd'hui bien établis : les atteintes du projet à la propriété privée, son coût financier, les inconvénients d'ordre social et les « autres intérêts publics » 28.

L'avantage de cette méthode est, comme dans le cadre du faisceau d'indices, une très grande souplesse. Le juge administratif a ainsi pu ne retenir qu'un seul élément pour estimer que le bilan était négatif et annuler la décision. Cela a par exemple été le cas sur le fondement quasi exclusif du droit de l'environnement dans l'arrêt du Conseil d'État du 10 juillet 2006, Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix dans l'affaire d'une ligne aérienne de très haute tension passant par les gorges du Verdon 29.

On remarquera plusieurs avantages à cette méthode qui en font un instrument très intéressant de contrôle. Le premier est qu'il permet, tout en ayant la souplesse d'un contrôle de proportionnalité, d'avoir une

approche « organisée » de la qualification juridique avec une liste de critères établie dès les années 1970 et stable depuis. Cela conduit en pratique à une jurisprudence relativement complète qui, de ce fait, permet à l'administration d'anticiper les décisions défavorables à venir et, partant, de les éviter. Le juge administratif n'est cependant pas exempt de la critique d'un contrôle de l'opportunité ³⁰. C'est même à l'occasion des arrêts les plus retentissants du droit de l'expropriation qu'il subit le plus fortement cette critique ³¹. On remarquera cependant le fait que les arrêts sont alors rédigés de manière particulièrement habile en rattachant clairement le contrôle du bilan à la qualification juridique des faits, et notamment à la qualification d'une utilité publique avérée et suffisante. Ficelle grossière ou méthode réelle ? À vrai dire, si la méthode est visible, on ne peut retirer au raisonnement sa qualité de raisonnement judiciaire formellement classique et à la méthode du faisceau d'indices ses qualités de précision et son caractère prédictif. On touche ici la limite du contrôle de proportionnalité, mais on reste cependant dans les limites d'un véritable contrôle juridictionnel.

Si le contrôle des libertés publiques et celui que nous avons appelé des « réalités complexes » sont des cas dans lesquels le contrôle de la légalité s'est adapté au contrôle de proportionnalité, ce ne sont cependant les seuls cas, loin de là.

Le contrôle de proportionnalité prend en réalité de nombreuses formes qui sont elles-mêmes en train d'évoluer en même temps que le contentieux administratif dans son ensemble.

II. Le contrôle de proportionnalité est protéiforme et en mutation

Si c'est Duguit qui a employé pour la première fois le terme « d'échelle » en l'appliquant à la domanialité publique ³², la pertinence de l'image a conduit un certain nombre de ses successeurs à relayer cette idée dans d'autres matières. Face à une situation complexe et protéiforme, il faut bien admettre qu'elle s'adapte parfois de façon très satisfaisante et éclairante. En contentieux administratif, et notamment pour ce qui concerne le contrôle de proportionnalité, c'est Jean-Jacques Bienvenu qui l'a reprise à son compte en créant le très heureux terme « d'échelle de proportionnalité ». L'analyse des différents cas dans lesquels on rencontre un contrôle de proportionnalité montre que l'on ne saurait se limiter au contrôle de la police et des déclarations d'utilité publique, mais qu'au contraire, il se distille bien plus largement dans tous les pans du contentieux administratif (A). De plus, cette analyse conduit à constater que ce contrôle est en cours de renouvellement et d'extension, de manière différente et pas autant que devant les autres juridictions, mais son efficacité gagne peu à peu sur le risque de « gouvernement des juges » (B).

A. Les éléments d'une échelle de proportionnalité

On a pu le voir, il y a des matières dans lesquelles le contrôle de proportionnalité s'épanouit particulièrement — libertés fondamentales, contentieux matériellement complexe — mais il existe aussi différentes gradations dans le contrôle de proportionnalité exercé par le juge administratif. Il est possible de distinguer trois cas principaux dans lesquels il y a bien proportionnalité dans le contrôle, même si le juge ne l'exerce pas de la même manière.

1. Le plein contentieux, un contrôle de proportionnalité par nature

Le contrôle de proportionnalité a posé des questions au regard de la séparation des pouvoirs, mais seulement pour ce qui concerne le contentieux de la légalité, et plus précisément de l'excès de pouvoir. Or le plein contentieux a une nature différente.

Laferrière le distingue du recours pour excès de pouvoir justement en fonction des pouvoirs du juge. En excès de pouvoir, il s'agit de juger de la légalité de l'acte et le juge administratif n'a le choix qu'entre le maintien de l'acte et son annulation 33. Dans le plein contentieux, le juge va avoir la « plénitude » de ses pouvoirs et pas seulement l'annulation de l'acte. On peut dire sans trahir la pensée de Laferrière qu'il est ici dans la même situation que le juge privé, c'est en cela qu'il dit que le juge administratif a la plénitude des pouvoirs d'un juge. Cette approche montre bien qu'en matière de plein contentieux, le juge ne voit pas son pouvoir limité et n'a donc aucune raison de ne pas se mettre à la place de l'administration. Lorsqu'un juge judiciaire juge un litige, il n'hésite pas à se placer dans la situation d'un particulier pour déterminer la souffrance qu'il a subie et le préjudice qui s'en suit, ou bien les éléments qui ont dû lui paraître essentiels dans la signature d'un contrat. Il en est de même du juge administratif en matière de plein contentieux, il ne va pas hésiter à juger la proportionnalité des éléments d'une décision.

C'est le cas dans bien des exemples. Dans le cadre des sanctions contractuelles ou administratives par exemple, le juge va estimer le préjudice en prenant en compte tous les éléments qui se présentent à lui. Il en est de même dans le cadre de la responsabilité contractuelle, le juge prenant en compte concrètement l'ensemble des moyens pour l'appréciation de l'existence d'un fait du prince ou d'une situation d'imprévision 34. Enfin, pour se limiter à ces exemples, dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, l'appréciation des faits — la rupture d'égalité devant les charges publiques, le défaut d'entretien normal — ou du préjudice permettent au juge de prendre en considération la situation dans toute sa complexité.

Si le contrôle de proportionnalité est parfois contesté, ce n'est par conséquent que lorsqu'il s'applique au contentieux de l'excès de pouvoir. L'existence d'un contrôle de proportionnalité est à ce point inhérent au plein contentieux qu'il n'a jamais été en question, et aborder le contrôle de proportionnalité en contentieux administratif ne doit pas faire oublier cette exception majeure.

2. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est-il un contrôle de proportionnalité ? Apparu avec l'arrêt du Conseil d'État, Gesbert, du 2 mars 1960, le contrôle minimum du juge administratif — appelé aussi contrôle de l'EMA — va contrôler que la mesure prise par l'administration n'est pas disproportionnée par rapport, soit aux pouvoirs de celle-ci, soit aux buts qu'elle doit poursuivre. Le juge administratif exerce ce contrôle très régulièrement, et notamment lorsque les textes donnent à l'administration une grande latitude, un grand pouvoir discrétionnaire pour prendre une mesure. Ainsi, on en trouve des exemples aussi bien dans le contrôle du pouvoir de police du maire que dans celui des jurys d'examen ou dans l'inscription sur une liste d'aptitude 35. Le juge ne va cependant pas sanctionner la décision administrative en prenant en compte tous les petits éléments qui ont conduit à la décision. Il ne va au contraire que regarder le « manifeste ».

Ce contrôle a donc une nature bien particulière : il est effectivement un contrôle de proportionnalité, mais il est amputé de son analyse précise. À la suite de Xavier Philippe, on peut donc dire qu'il s'agit d'un contrôle de disproportionnalité. Cette nature particulière démontre bien la complexité du contrôle de proportionnalité devant le juge administratif et la nécessité de raisonner en « échelle ».

3. Les renvois à des textes et jurisprudences imposant des appréciations

proportionnées

Les contrôles de proportionnalité tels qu'ils ont été abordés jusque-là sont bien des techniques contentieuses créées et mises en œuvre par le juge administratif. Source du droit administratif, il est aussi source des modalités de son contrôle. Cependant, comme pour le fond du droit, la jurisprudence administrative n'est pas la source unique du contentieux administratif. On trouve par conséquent des cas dans lesquels le juge va exercer différents contrôles de proportionnalité parce que des textes internes ou externes les imposent.

La première hypothèse est celle du juge administratif lorsqu'il joue son rôle de juge de conventionnalité. Dans l'utilisation des règlements et traités communautaires ou de la Convention européenne des droits de l'homme comme source du droit le juge administratif va parfois devoir effectuer un contrôle de proportionnalité de l'acte administratif qu'il est chargé de contrôler. C'est la « proportionnalité normative » dont parle Xavier Philippe dans son intervention 36. Les principales hypothèses que l'on rencontre sont celles du juge administratif lorsqu'il juge de la conformité d'un acte au droit communautaire de la concurrence. L'appréciation proportionnée de telle ou telle situation est en effet guidée à la fois par la matière économique et par le modèle de l'appréciation de la Commission et de la Cour de justice en la matière. Pour ce qui concerne l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, on peut se référer aux motifs de l'arrêt Esclatine 37, pour constater la précision de celui-ci et, dans une mesure non négligeable, la proximité de cette analyse avec celle de la Cour EDH 38.

La nécessité d'un contrôle de proportionnalité est aussi parfois fondée sur des textes internes. Le droit de l'environnement en présente un nombre d'hypothèses très important, comme le montre l'intervention d'Éric Naim-Gesbert 39. Enfin, la proportionnalité du contrôle vient souvent de « standards » auxquels renvoient des textes, le plus souvent internes 40, parfois communautaires 41. La référence textuelle à des concepts comme le « suffisant » ou « l'excessif » conduisent inévitablement le juge à exercer un contrôle dans lequel il va juger de la proportionnalité de la mesure avec son but, que cela soit un contrôle complet ou un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Ces exemples nous montrent la variété de contrôle de proportionnalité, certains rentrant plus que d'autres dans le détail des différents faits, certains étant de source interne ou externe, certains enfin étant des créations prétoriques, d'autres venant de dispositions textuelles. Le contrôle de proportionnalité est plus courant et protéiforme que la doctrine se le représente habituellement. Peut-on en tirer la conséquence qu'il est, en réalité, un contrôle classique du juge administratif et que les peurs de gouvernement des juges sont inconsidérées ? Si, au vu des exemples, il semble en effet que l'on puisse dire qu'il s'agit d'un contrôle classique, il est aussi un contrôle secondaire, en ce sens qu'il est limité par la structure syllogistique du raisonnement judiciaire. On ne saurait étendre le contrôle de proportionnalité à une sorte d'equity, il s'insère dans la qualification juridique des faits et doit rester limité par cela. On pourrait objecter que ce maintien à un rôle secondaire est dépassé et fallacieux, mais il nous semble au contraire qu'il est nécessaire pour la cohérence de notre droit romano-germanique, parce que notre tradition juridique est là, et que ce maintien évite de multiplier les débordements vers le contrôle de l'opportunité. Comme quoi le droit français connaît aussi un peu de théorie des apparences.

B. L'évolution du contrôle de proportionnalité

Le contentieux administratif a subi de nombreuses évolutions dans les vingt dernières années. La première

étant justement, il y a vingt ans exactement, la loi du 31 décembre 1987 mettant en place les cours administratives d'appel 42. Ces évolutions générales ont bien entendu eu des conséquences sur les différentes formes du contrôle de proportionnalité du juge administratif. Les principales sont au nombre de trois.

La première est une conséquence du développement des injonctions prononcées par le juge administratif. On a longtemps considéré que le juge administratif ne pouvait enjoindre à l'administration d'agir ou de ne pas agir. Si tant est que ce principe ait réellement existé, on peut dire aujourd'hui qu'il a disparu 43, cette modification prenant une dimension particulière en matière de recours pour excès de pouvoir. En application de la loi du 8 février 1995, codifiée aux articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de justice administrative, après une décision juridictionnelle portant sur un acte administratif, le juge peut enjoindre à l'administration 44 de prendre les mesures d'exécution impliquées nécessairement par la décision. Or les conséquences directes de l'annulation d'un acte administratif sont évidemment liées à la motivation de l'annulation de l'acte. Le contrôle de proportionnalité trouve ici un terrain propice à son développement puisqu'une annulation fondée sur des raisons précises — dans le cadre d'un contrôle du bilan coûts-avantages par exemple — pourrait conduire à une injonction très précise. Ainsi, si une réunion était annulée pour défaut de mesure de sécurité mise en place par le maire, le juge administratif pourrait enjoindre le maire à reconsidérer la demande, ce dernier sachant qu'il suffit qu'il mette en place lesdites mesures pour assurer la légalité de son acte 45. Cette situation montre à quel point le contrôle de proportionnalité, associé au développement des pouvoirs d'injonction, participe clairement à la réduction de la *summa divisio* de Laferrière entre le plein contentieux et le contentieux de l'excès de pouvoir.

La deuxième évolution récente du contentieux administratif concerne les référés, et notamment les référés d'urgence. En liaison avec la place du contrôle de proportionnalité dans le cadre de la conciliation des libertés fondamentales, il faut noter le rôle particulier du référé-liberté 46 qui, nécessairement, a pour fonction cette conciliation est qui est empreint de proportionnalité. L'interprétation large de la notion de « liberté fondamentale » par le juge des référés a en effet permis d'ouvrir cette catégorie, mais elle l'a corrélativement obligé à concilier entre elles les libertés ou, au moins, à en évaluer globalement la proportionnalité 47. La seule limite à cette conciliation est que le juge doit se contenter de reconnaître une « atteinte grave et manifestement illégale » à ces libertés, ce qui ne le conduit pas à développer une jurisprudence très précise sur les modalités de conciliation. Le contrôle en question tient donc aussi du contrôle de l'erreur manifeste dont il est une forme textuelle particulière, mais qui a, elle aussi, la nature d'un « contrôle de disproportionnalité ».

Par ailleurs, on retrouve une part de proportionnalité dans l'appréciation de l'urgence de tous les référés qui la requièrent. Le Conseil d'État estime que le rôle du juge est d'« apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets [de la décision] sur la situation de ce dernier (...) sont de nature à caractériser l'urgence » 48. Ce considérant de principe montre bien que l'urgence s'apprécie en réalité par un bilan des urgences en cause dans l'affaire 49. Le champ du contrôle de proportionnalité s'est par conséquent étendu avec la réforme des procédures d'urgence en 2000.

D'autres évolutions sont enfin envisageables, et certaines sont souhaitables. Cela a été abordé, dans certains cas, le juge administratif va fixer des critères pour objectiver son contrôle de proportionnalité. C'est le cas par exemple avec la technique du faisceau d'indices ou de celle du bilan. Ces critères ont un effet normatif puisque, par ce contrôle, le juge va influencer l'administration qui voudra, préventivement, respecter les critères du juge. Ainsi, dans la préparation d'un projet d'autoroute, l'administration va

prévoir la couverture de celle-ci à certains endroits pour éviter la sanction sur le critère écologique. Si ces critères sont très intéressants dans ce rôle, on pourrait envisager une amélioration du système et un moyen d'éviter les critiques du contrôle de l'opportunité par la mise en place, par le juge, d'une pondération ou, à défaut, d'une hiérarchisation des critères en question 50. La sécurité juridique en serait améliorée et l'efficacité du contrôle tout autant. Il s'agirait alors d'un contrôle de proportionnalité assumé, sans pour autant le voir accepté comme une méthode généralisable. Le président Odent avait et a toujours raison : la proportionnalité est trop proche de l'opportunité pour être inconsidérément étendue. Si aujourd'hui le besoin de proportionnalité se fait sentir pour satisfaire un sentiment de justice, avec une certaine souplesse qui s'oppose à la rigueur classique du recours pour excès de pouvoir, le contrôle de la légalité doit rester dans un raisonnement classique et limité à la qualification juridique des faits.

Notes de bas de page

1–

(1) CE, 19 mai 1933, Benjamin, Lebon, p. 541 ; GAJA, 16e ed., no 47, p. 295 ; Sirey 1934. 3. 1, concl. Michel, note J. Mestre ; D. 1933. 3. 334, concl. Michel.

2–

(2) CE, Ass., 28 mai 1971, ministre de l'Équipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville nouvelle Est», Lebon, p. 409, concl. G. Braibant ; GAJA, 16e ed., no 88, p. 606, AJDA 1971, p. 404, chron. Labetoulle et Cabanes, CJEG, 1972. J. 38, note Virole, D. 1972, p. 194, note Lemasurier ; RDP 1972, p. 454, note M. Waline.

3–

(3) L. Dubouis, La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, T. 45, 1962 ; Y. Gaudemet, Les méthodes du juge administratif, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, T. 108, 1972 ; J.-J. Bienvenu, L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif, Thèse Paris, 1979, dactyl., 2 tomes.

4–

(4) R. Latournerie sur CE, 5 juillet 1929, ministre du Travail, RDP 1931, p. 319 ; J. Kahn sur CE, 22 novembre 1967, AGAP Paris c/ Chevreau, Rev. dr. ouvrier 1968, no 2, p. 113

5–

(5) A. Bockel, Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration, AJDA 1978, p. 355 ; M. Guibal, De la proportionnalité, AJDA 1978, p. 477 ; G. Braibant, Le principe de proportionnalité, Mélanges Waline, Paris, LGDJ 1974, T. 2, p. 297 ; J. Lemasurier, Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe bilan coût-avantages, Mélanges Waline, Paris, LGDJ 1974, T. 2, p. 550 ; J.-P. Costa, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État, AJDA 1988, p. 434.

6–

(6) C. Eisenmann, Cours de droit administratif, Paris, LGDJ 1983, T. 2, p. 275-278 ; G. Vedel et P. Delvolvé, Dr. adm., Paris, PUF, coll. Thémis, 12e ed., 1992.

7–

(7) Si l'on excepte les modifications ou rapides aperçus des manuels de contentieux administratif et les notes d'arrêt précisant les derniers développements. On notera à cet égard que les manuels limitent pour l'essentiel le contrôle de proportionnalité au contrôle du bilan et, parfois, à celui de l'erreur manifeste

d'appréciation.

8 –

(8) X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité, *Économica et PUAM*, coll. Science et droit administratif, 1990. On remarquera que cette période de moindre activité dans l'analyse de ce contrôle en droit administratif a en revanche été une période de développement de ce contrôle et de son analyse en droit constitutionnel.

9 –

(9) Otto Mayer, déjà, lorsqu'il théorise le contrôle de proportionnalité dans son «*Deutsches Verwaltungsrecht*» (Droit administratif allemand) de 1925, le présente comme une réaction spontanée et le rattache au droit naturel. Il écrit : «en raison de son fondement dans le droit naturel, l'exigence de proportionnalité de la réaction demeure valable et détermine l'ampleur de la manifestation qui doit être considérée comme admissible».

10 –

(10) R. Odent, *Contentieux administratif*, cours à l'Institut d'études politiques de Paris 1976-1981, *Les Cours du droit*, p. 2006-2007.

11 –

(11) CE, Ass., 19 novembre 1948, Razungles-Bassou, *Lebon*, p. 437.

12 –

(12) CE, 14 janvier 1916, Camino, *Lebon*, p. 15 ; *GAJA*, 16e ed., no 30 p. 184 ; *RDP* 1917, p. 463, concl. Corneille, note Jèze ; *Sirey* 1922. 3. 10, concl. Corneille.

13 –

(13) E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2e ed., 1896.

14 –

(14) J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 3e ed., 1984.

15 –

(15) J.-J. Bienvenu, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, 2 vol., Thèse dactyl, Paris II. 1979.

16 –

(16) CE, 19 février 1909, Abbé Olivier, «Considérant que, si le maire est chargé par (...) la loi du 5 avril 1884 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois». Les principes en question sont, bien entendu, issus la loi de 1905 et n'ont pas encore juridiquement une valeur constitutionnelle.

17 –

(17) J.-Y. Chérot, *Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence*, *AJDA* 2000, p. 687 ; M. Fromont, *Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative*, *AJDA* 1966, p. 588.

18 –

(18) CE, Avis, 22 novembre 2000, *L P Publicité*, req. no 223645, *RFDA* 2001, p. 872, concl. S. Austry et A. Marceau, *Police administrative et droit public de la concurrence*, *AJDA* 2002 p. 190-200 ; N. Albert, *Police administrative et droit de la concurrence : les liaisons dangereuses*, *D.* 2001, p. 2110.

19 –

(19) Pascale Idoux n'hésitera pas à dire : «juger la régulation, c'est encore réguler...», in *RDP* 2005, p. 1643-1680, note sous l'arrêt CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*.

20 –

(20) Cf. B. Genevois, *L'application du principe de proportionnalité aux amendes fiscales*, note sous *Cons.*

const., 30 décembre 1987, Loi de finance pour 1988, déc. no 87-237 DC, RFDA 1988, p. 350.

21 –

(21) TA Strasbourg, Ass. plén., 8 décembre 1994, Simon, no 91-437, «Il revient au juge administratif d'apprécier si la sanction résultant de l'application de l'article 1729 susmentionné du Code général des impôts, dont les dispositions doivent dès lors être interprétées comme édictant le taux maximum de la peine encourue, n'est pas disproportionné au regard de la gravité des agissements relevés». Cet arrêt est spécialement innovant et clair sur l'utilisation d'un contrôle de proportionnalité.

22 –

(22) CE, 14 juin 2002, Association Promouvoir, Lebon, p. 217 ; Gaz. Pal. du 11 mai 2003, no 131, p. 66, note S. Berland. On trouve un arrêt dont la solution est différente, mais qui procède du même contrôle de proportionnalité et est rendu sur requête de la même association : CE, 4 avril 2004, Association Promouvoir, Lebon, p. 887 ; JCP A 2004, p. 1286, concl. I. Da Silva.

23 –

(23) On trouve un tel contrôle aussi dans le cadre des publications, cf. E. Pechillon, Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale, AJDA 2006, p. 298.

24 –

(24) CE, Ass., 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, D. 1956, p. 759 ; Sirey 1957, p. 38, AJDA 1956. II. 489, chron. Fournier et G. Braibant ; JCP G 1957. II. 9968, note Blaevoët. On notera que la qualification légale implique depuis peu une complète acceptation par le juge administratif qui ne distingue plus selon l'activité de l'établissement public, cf. Trib. confl., 29 décembre 2004, Époux Blanckeman c/ Voies navigables de France, Lebon, p. 526, DA, mai 2005, p. 32, note Naud ; 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, RFDA 2007, p. 284, concl. J.-H. Stahl, note B. Delaunay ; JCP A 2007, p. 2077, note B. Plessix.

25 –

(25) L'analyse de la jurisprudence, CE, Sect., 11 mai 1951, Baud, Sirey 1952. III. 13, concl. J. Delvolvé, comme un faisceau d'indices n'est pas partagé par toute la doctrine. Si le principe de distinction est la finalité de l'opération, le caractère casuistique de cette jurisprudence laisse entrevoir une série de sous critère au but finaliste qui se rapproche d'un faisceau d'indices.

26 –

(26) CE, 27 février 1970, Chenu.

27 –

(27) CE, 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres, RFDA 1997, p. 748, note F. Rouvillois.

28 –

(28) CE, Ass., 20 octobre 1972, Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, Lebon, p. 657, concl. Morisot ; AJDA 1972, p. 576, chron. Cabanes et Léger ; JCP G 1973. III. 17470, note B. Odent.

29 –

(29) CE, 10 juillet 2006, Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, RJEP-CJEG 2006, p. 456, concl. Vérot, note Pilate ; RFDA 2006, p. 990, note M.-F. Delhoste ; RDI 2006, p. 367, note L. Fombaustier.

30 –

(30) P. Delvolvé, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, Conseil constitutionnel et Conseil d'État, colloque tenu à Paris les 21 et 22 janvier 1988, LGDJ-Montchrestien, 1988. p. 273-274.

31 –

(31) Arrêts précités à propos de l'autoroute transchablaisienne, à propos du site des gorges du Verdon ou

CE, Ass., 3 mars 1993, commune de Saint-Germain-en-Laye, Lebon, p. 54 ; AJDA 1993, p. 340, chron. Ch. Maugué et L. Touvet ; CJEG 1993, p. 360, concl. M. Sanson ; RFDA 1994, p. 310, note J. Morand-Deville, à propos de la terrasse de Saint-Germain-en-Laye.

32 –

(32) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Éditions de Boccard, 3e éd., 1930, T. 3.

33 –

(33) Si l'on excepte les cas dans lesquels il utilise son pouvoir d'injonction, cf. supra.

34 –

(34) Pour ne prendre que l'arrêt fondateur, on peut se référer à CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon, p. 125, concl. Chardenet, RDP 1916, p. 388, note G. Jèze ; S. 1916. 3. 17, concl. Chardenet, note M. Hauriou ; GAJA, 16e éd., no 31.3.

35 –

(35) Par exemple, pour l'inscription sur une liste d'aptitude à des emplois de direction ou d'agent comptable d'une caisse de sécurité sociale : CE, 12 mai 1999, *Le Bihan*, req. no 197623, inédit au Lebon.

36 –

(36) Cf. infra.

37 –

(37) CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, Lebon, p. 320, concl. Chauvaux ; DA 1999, p. 85, concl. Chauvaux ; JCP G 1998. I. 176, obs. J.-Cl. Bonichot et R. Abraham ; AJDA 1999, p. 69, note F. Rolin ; GACA no 60.

38 –

(38) Et notamment CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, RFDA 2001, p. 991, note B. Genevois, p. 1000, note J.-L. Autin et F. Sudre.

39 –

(39) Cf. supra.

40 –

(40) S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1980, 564 p.

41 –

(41) E. Bernard, *La spécificité du standard en droit communautaire*, Thèse Strasbourg III et Université libre de Bruxelles, dactyl, 2006, dir. D. Simon.

42 –

(42) Sur les modifications apportées par cette réforme sur la création de la jurisprudence administrative, cf. Édith Podraza-Scripzac, *La fonction de jurisprudence du Conseil d'État*, thèse Université d'Artois, dactyl. 2007, dir. M. Gros.

43 –

(43) A. Perrin, *L'injonction*, Thèse Paris 2, dactyl. 2007, dir. P. Delvolvé.

44 –

(44) Ou la personne privée chargée d'une mission de service public.

45 –

(45) Sauf, bien entendu s'il en commet une autre, procédurale notamment.

46 –

(46) À ce référé issu de l'article L. 521-2 du CJA, il faut ajouter le référé-déféré-liberté ou référé-liberté sur déféré, issu de l'article L. 2131-6 du CGCT et reproduit à l'article L. 554-3 du CJA, même si celui-ci se limite à une demande de suspension, ce qui n'est pas le cas du référé-liberté en général.

47 –

(47) Les exemples d'ordonnance sont très nombreux. On peut toutefois prendre celle du Conseil d'État du 16 septembre 2002, EURL La Cour des Miracles, req. no 250313, AJDA 2002, p. 833, dans laquelle le juge administratif a estimé que le refus d'installer une terrasse sur le domaine public ne portait pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, il précise toutefois : «Il en irait autrement si ce refus était fondé sur un motif étranger aux considérations d'intérêt général de nature à le justifier au regard des exigences de la bonne utilisation des dépendances du domaine public». L'atteinte est donc possible tant qu'elle n'est pas disproportionnée et qu'elle ne porte pas atteinte à d'autres principes. Rappelons qu'il s'agit bien là de la conciliation de libertés fondamentales puisque le Conseil constitutionnel a défendu le domaine public en estimant que déroger à son régime serait susceptible de «priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à (...) la protection des propriétés publiques» dans sa décision no 2002-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

48 –

(48) CE, Sect., 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes et société Sud-Est Assainissement, Lebon, p. 109 ; GACA no 12 ; AJDA 2001, p. 461, chron. M. Guyomar et P. Collin.

49 –

(49) Ce bilan des urgences est remarqué par la chronique de MM. Guyomar et Collin.

50 –

(50) La conséquence de ce système serait vraisemblablement de faire disparaître les établissements publics à visage inversé. Il s'agirait là d'une modification, mais certains auteurs voudront bien considérer avec nous qu'il ne s'agirait là que de faire disparaître une incongruité de notre droit administratif.