

La déférence et la raison dans le contrôle juridictionnel de l'action administrative en Belgique *

MICHEL PÂQUES

Professeur extraordinaire à l'Université de Liège
Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique **

Abstract

Déférence is used here as a literal mirror image of the deference of American law. Deference is also used, in French, to qualify an attitude of reserve on the part of the judge when reviewing administrative decision. By deference, he bows and limits the intensity of his control. In a State governed by the rule of law, where the judge is the guardian of legality, such deference is only admissible when the act submitted to judicial review is the result of an appreciation or creation entrusted to the administration. In Belgium, separation of the powers and functions of judging and administering constitutes the justification for this deference; the principle of reason establishes its limit. There is some confusion in this area. The opinion defended here is that this deference on the part of the judge is only appropriate in the control of true discretionary power, where the judge must limit his control to manifest error of administrative adjudication.

Résumé

Le mot *déférence* est utilisé ici comme miroir littéral de la *deference* de droit américain. *Déférence* est utilisé aussi, en langue française, pour qualifier une attitude de réserve du juge lorsqu'il contrôle ce que l'administration a décidé. Par déférence, il s'incline et limite l'intensité de son contrôle. Dans un État de droit où le juge est gardien de la légalité, une telle retenue n'est admissible que lorsque l'acte soumis au juge procède d'un pouvoir d'appréciation ou de création confié à l'administration. En Belgique, la séparation des pouvoirs et des fonctions de juger et d'administrer constitue la justification de cette déférence ; le principe de raison en établit la limite. Il y a dans ce domaine certaines confusions. L'opinion défendue ici est que cette déférence du juge ne convient que dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire où le juge doit limiter son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation.

* Conférence à l'UNI.LU, le 23 septembre 2022, à l'occasion des 25 ans des juridictions administratives luxembourgeoises. Texte revu en décembre 2022.

** L'auteur s'exprime à titre personnel, sans engager les institutions dont il est membre.

Sommaire

I.- La déférence : sens et pertinence, n°1 à 2

II.- Pouvoirs d'appréciation de l'administration dans l'établissement de l'objet et des motifs de l'acte. Distinctions, n°3 à 9

III.- Les opérations de vérité légale sur lesquelles le contrôle du juge est complet : interprétation, présence des faits, qualification, n°10 à 18

IV.- La déférence est nécessaire dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire, là où l'administration établit ce qui convient

A.- La séparation des pouvoirs l'impose, n°19 à 20

B.- La limite de la déférence est établie par le principe de raison. Rôle et sens de l'erreur manifeste d'appréciation, n°21 à 26

C.- Le contrôle de proportionnalité s'inscrit dans ce schéma et appelle la déférence, n°27 à 28

I.- La déférence : sens et pertinence

1. Le mot *déférence* est utilisé ici comme miroir littéral de la *deference* de droit américain¹. *Déférence* apparaît aussi en langue française, dans le droit européen², pour qualifier, notamment dans le contentieux administratif³, une attitude de réserve que le juge adopte lorsqu'il examine ce que l'administration a décidé. Par déférence, il s'incline devant l'option qu'elle a prise et limite alors l'intensité de son contrôle. En droit belge, le mot est peu utilisé par les juridictions⁴, mais cette retenue est bien présente.
2. Dans un État de droit où le juge est gardien de la légalité, une telle retenue n'est admissible que lorsque l'acte soumis à son contrôle procède d'un pouvoir d'appréciation ou de création confié à l'administration, autrement dit quand cet acte est irréductible à la seule norme habilitante. En Belgique, la séparation des pouvoirs et des fonctions de juger et d'administrer constitue la justification de cette déférence ; le principe de raison en établit la limite⁵. Tout pouvoir d'appréciation ne relève cependant pas de ce contrôle limité.

¹ A. SCALIA, « Judicial deference to administrative interpretations of Law », *Duke Law Journal*, 1989/3, pp. 511 et s.

² Not. Avocat général M. NICHOLAS EMILIOU, concl. présentées à la Cour de justice de l'UE, le 27 octobre 2022, in C-389/21 P, *Banque centrale européenne (BCE) c. Crédit Lyonnais*, points 41 et s. ; Cour E.D.H, Gr. Ch ;, 22 avril 2013, *Animal defenders international c. Royaume-Uni*, §115, et plusieurs opinions séparées.

³ Il apparaît aussi dans l'appréciation de la constitutionnalité des lois.

⁴ La consultation des textes intégraux des arrêts en langue française de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État ne procure pas d'exemple d'utilisation du mot dans le sens visé.

⁵ Pour de nombreuses illustrations, références et une analyse plus étendue, M. PÂQUES, « Déférence et raison dans le contrôle juridictionnel de l'action administrative discrétionnaire et de la qualification des faits », in *Liber amicorum Xavier Thunis, Penser, écrire et interpréter le droit* (Dir. A. Cataldo, B. Fosséprez, Fl. George), Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 641 et s. ; M. PÂQUES, *La sécurité juridique en droit administratif. Quatre leçons sur l'État de droit*, Bruxelles, Larcier, 2023 (la deuxième leçon est relative au pouvoir discrétionnaire et au contrôle de raison).

II.- Pouvoirs d'appréciation de l'administration dans l'établissement de l'objet et des motifs de l'acte. Distinctions

3. En cherchant bien, on peut voir des espaces d'appréciation dans tous les éléments de la légalité des actes administratifs (compétence, formes, motifs, objet et but).

A l'essentiel, en premier lieu, le pouvoir d'apprécier est particulièrement visible quand il porte sur la décision d'agir elle-même et celle de fixer de l'objet de l'acte, autrement dit son dispositif.

4. Tel est le cas dans l'exercice du pouvoir réglementaire. Les arrêtés pris pour lutter contre la *Covid 19* l'illustrent fort bien. En lisant la loi nous ne voyons qu'un devoir de vigilance confié à l'exécutif⁶. Les options sont prises par le gouvernement : le masque, quel masque, les rassemblements, lesquels, le couvre-feu, pour qui, quand, etc.

Dans l'action individuelle, il y a des cas de pouvoir complètement lié comme celui qu'exerce le ministre quand il fixe le traitement du Conseiller d'État qui vient d'être nommé ; il applique alors mécaniquement une règle relative aux éléments de carrière antérieure à valoriser. Souvent, cependant, l'administration exerce une appréciation pour établir certains éléments de l'objet (délivrer ou refuser le permis d'urbanisme, nommer le meilleur des candidats conseillers d'État). Ce pouvoir de choisir et son étendue dépendent de la norme habilitante.

5. En second lieu, en pleine relation avec le dispositif, le pouvoir d'appréciation s'exerce aussi dans l'établissement des *motifs* de l'acte, mais des distinctions s'imposent.
6. *L'interprétation de la loi applicable* peut laisser l'apparence d'un choix dans *les motifs de droit* qui pourrait être confondu avec un pouvoir d'appréciation. Il faut s'en garder. Dans l'incertitude du sens de la loi, l'administration doit résoudre une question plutôt qu'exercer un choix. Par exemple, il s'agit d'établir que la disposition du Code consulaire (art. 62) qui prévoit que l'administration doit retirer et invalider le passeport de la personne qui fait « l'objet d'une mesure judiciaire limitative de liberté » vise le cas du condamné avec un sursis probatoire interdisant de se rendre dans un pays en guerre. Tel avait été en l'espèce l'interprétation de l'administration et l'intéressé contestait le retrait du passeport devant le Conseil d'État qui a admis cette interprétation⁷. La zone d'habitat est résidentielle, mais le Code d'urbanisme permet

⁶ Les critiques de constitutionnalité de cette attribution ont été rejetées, not. C. Const., 22 septembre 2022, 109/2022 ; 22 décembre 2022, 170/2022.

⁷ C.E., 10 mars 2021, *Abaricha*, 250.072, qui interroge cependant la Cour constitutionnelle sur une inégalité par absence de distinction que pourrait contenir cet article 62, puisque la norme impose le retrait du passeport sans distinction alors que l'interdiction de voyager ne vaut que pour les pays en guerre (pour l'examen de cette question préjudicielle, C. Const., 13 octobre 2022, 124/2022).

d'autoriser une petite industrie en zone d'habitat. Qu'est-ce qu'une activité de *petite industrie* in abstracto ? Tenue d'agir, l'administration devra bien procurer un sens à la loi. Mais, en droit, il n'y a aucun pouvoir d'appréciation de l'administration quant au sens de la loi. Partant, aucune déférence n'est due par le juge quand il contrôle l'interprétation faite par l'administration. J'y reviens dans un instant.

7. Quant aux *motifs de fait*, l'administration vérifie d'abord *l'existence même des circonstances*. Il semble n'y avoir ici aucun pouvoir d'appréciation à exercer par l'administration : la demande d'implantation en zone d'habitat porte sur tel projet d'extension de l'usine de siroperie dans tel environnement. Quels sont les titres et l'âge de celles et ceux qui ont présenté leur candidature à la nomination comme Conseiller d'État ? Quels sont les faits sur lesquels se base l'administration pour envisager qu'il y a manquement disciplinaire ? L'administration communale reproche à l'agent de police Etienne DECOCK de s'être livré, en dehors de ses fonctions, à la réparation de machines à sous, des jackpots, placées dans certains cafés de la région de Courtrai et d'être intervenu, en civil, dans une affaire purement privée de vente à tempérament d'un téléviseur⁸. Ces faits sont établis ou non. Il n'y a donc place pour aucune déférence dans le contrôle de ces motifs⁹.
8. Ce sont ces faits qu'il faut ensuite *qualifier* dans une deuxième phase d'élaboration des motifs de fait de l'acte administratif. La qualification est nécessaire pour décider que telle règle s'applique. Cette opération appelle, selon le cas, l'exercice d'un pouvoir d'appréciation. Aucun quand il s'agit d'appliquer la condition d'âge de trente-sept ans, condition minimale de recevabilité de la candidature au Conseil d'État ; c'est mécanique, c'est facile. Il est moins facile d'établir que tel projet d'atelier de carrosserie se qualifie de petite industrie. C'est pourtant la condition d'admission d'un projet non résidentiel en zone d'habitat. L'administration qualifie en tenant compte des aspects pertinents du dossier. On voit bien que cela ne va pas de soi ; la qualification de petite industrie est moins automatique que celle de la recevabilité de la candidature de telle personne de trente-six ou trente-huit ans. Les faits reprochés à Etienne DECOCK sont-ils un manquement disciplinaire ? Cela ne va pas de soi. Dès lors que l'opération de qualification n'est pas mécanique, y-a-t-il place ici pour une déférence du juge lors du contrôle de l'appréciation que l'administration a dû faire ? Non, à mon avis. J'y reviens tout de suite.

⁸ C.E., 19 février 1980, *Decock*, 20.116 ; *Pas.*, 1982, IV, p. 46 ; *R.W.*, 1979-1980, p. 2757 ; *Rev. comm.*, 1980, p. 125 ; D. LAGASSE, « Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration », in *L'administration face à ses juges* Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1987, pp. 109 et s., sp. n°s 27 et s. ; M. PÂQUES, « Entre géométrie et finesse : le droit administratif réducteur et créateur d'incertitude », *Ann. Dr. Louvain*, 2019/2, pp. 251 et s., n°7 ; C.E., 10 décembre 2019, *Macaux*, 246.351.

⁹ C.E., 31 août 2020, *Bauw et a.*, 248.190 ; C.E., 21 mars 2022, *Chentouf*, 253.288.

9. Enfin, après la vérification des faits et la qualification, s'ouvre une troisième et dernière phase d'élaboration des motifs de fait, celle de l'examen de ces éléments en vue de procéder au choix de l'objet. Si le projet ne se qualifie pas de petite industrie, le refus s'impose ; la compétence est liée. S'il s'agit au contraire d'une petite industrie, s'ouvre alors, le *pouvoir discrétionnaire* de l'administration de délivrer le permis de construire et d'exploiter ou de le refuser au regard du critère du bon aménagement des lieux. Si l'on a pu conclure dans la phase de qualification que le projet relève bien de la petite industrie, il convient donc d'apprécier à présent l'opportunité de l'implantation de cette petite industrie en tenant compte à nouveau des éléments pertinents du dossier (la demande, les objections faites au cours de l'enquête, les avis reçus) et, finalement, de choisir l'objet de l'acte : autorisation, refus de permis, autorisation avec conditions. Selon une même démarche, si les faits relèvent de la discipline, l'administration peut fermer les yeux ou décider de punir l'agent et choisir alors la peine à appliquer. Le blâme, la retenue de traitement ou la révocation ? *Dans ces deux exemples, plusieurs solutions peuvent être également légales et bien motivées.* Tel est l'effet inéluctable de l'attribution du pouvoir discrétionnaire.

III.- Les opérations de vérité légale sur lesquelles le contrôle du juge est complet : interprétation, présence des faits, qualification

10. A ce moment de l'exposé, nous avons assez d'éléments pour examiner la question d'une déférence du juge vis-à-vis d'une décision de l'administration.
11. Commençons par *l'interprétation de la loi par l'administration*. C'est l'enjeu de la déférence dans l'affaire *Chevron*, commentée dans la célèbre note du juge SCALIA : quelle attitude le juge doit-il avoir vis-à-vis de l'interprétation que l'administration a donnée de la loi ? Il semble qu'en Belgique, il n'y a aucune déférence du juge pour l'interprétation de la loi que l'administration a dû faire pour agir. Tout le sens de la loi est la *province du juge* pour reprendre l'expression d'Antonin SCALIA¹⁰. Le juge choisit les méthodes d'interprétation qu'il estime pertinentes. Il dira si l'administration a eu raison ou tort d'interpréter comme elle l'a fait. Bien entendu, l'administration a dû agir avant le juge et décider d'une interprétation. Le juge doit tenir compte de cette interprétation non pas par déférence, mais, tout simplement, pour juger ce que l'administration a fait. Il peut se rallier à l'interprétation que l'administration a donnée. Il peut aussi s'en écarter.
12. Qu'en est-il du contrôle du *pouvoir de qualifier* ? Il s'agit de décider que le projet relève concrètement de la petite industrie ou qu'il n'en relève pas. On voit bien que le sens abstrait de la loi laisse à l'administration un pouvoir d'appréciation à exercer dans le

¹⁰ A. SCALIA, « Judicial deference to administrative interpretations of Law », *Duke Law Journal*, 1989/3, pp. 511 et S.

cas ¹¹ ; une appréciation que l'administration doit faire sur la base des faits contenus dans le dossier qui lui est soumis. On voit bien que ce critère ne se concrétise pas mécaniquement et qu'il en va tout autrement quand il s'agit de qualifier au regard d'une règle qui impose un recul de cinquante mètres ou d'une loi qui exige trente-sept ans accomplis. La qualification des faits est alors mécanique.

13. Dans une affaire de petite industrie, les voisins ont demandé l'annulation du permis délivré pour l'extension de la siroperie *Meurens Natural* (un permis unique ayant pour objet la construction d'installations de cogénération, bio-méthanisation, séchage et réseau de chaleur et exploitation de ces activités). Le Conseil d'État a jugé que l'appréciation que l'administration avait faite en qualifiant le projet de petite industrie n'était pas manifestement déraisonnable ¹².

14. Or ces mots « *manifestement déraisonnable* » sont les mots de code que le juge utilise en Belgique quand il fait preuve de déférence face à un pouvoir d'appréciation. Ces mots sont-ils pertinents en l'espèce ? L'arrêt n'est pas isolé. Cette retenue, cette déférence institutionnelle est très présente dans le contrôle de qualification ¹³, mais à mon avis, elle n'y est *pas justifiée*.

15. Cette déférence n'est pas justifiée en ce qui concerne la qualification parce que la qualification est une *question de pure légalité*. La qualification de petite industrie ou de manquement disciplinaire peut procéder d'une appréciation, je ne le conteste pas ; dire que tel projet est de la petite industrie requiert des opérations intellectuelles propres à leur auteur et irréductibles à une application mécanique de la loi. Cependant, tout comme dans le cas de la qualification par le critère des cinquante mètres ou des trente-sept ans, il ne s'agit *que de dire la vérité légale*. C'est un projet de petite industrie, oui ou non. Cette appréciation de qualification conduit à une conclusion de vérité dont le juge vérifie toute l'étendue de la même façon qu'il établit complètement le sens de la loi, la réalité des faits comme l'âge de trente-sept ans. *Il n'y a dans l'opération de qualification qu'une seule issue légale*. L'arrêt relatif au contrôle de qualification de petite industrie a été critiqué parce qu'il avait méconnu ce point ¹⁴. Récemment, le Conseil d'État a revu sa jurisprudence pour appliquer un contrôle complet à la qualification de petite industrie en zone d'habitat : « un contrôle complet

¹¹ L'interprétation ne se distingue pas nettement de la qualification concrète dans l'application de la norme vague. A ce sujet, M. PÂQUES, *La sécurité juridique en droit administratif. Quatre leçons sur l'État de droit*, Bruxelles, Larcier, 2023, n°155.

¹² C.E., 16 octobre 2013, *Collinge et Lesoinne.*, 225.122 ; D. LAGASSE, « À quelles conditions une activité de petite industrie peut-elle être autorisée en zone d'habitat au plan de secteur ? ou Du recours manifestement déraisonnable fait par le Conseil d'État au contrôle des erreurs manifestes d'appréciation en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme », in Ch.-H. Born et F. Jongen (dir.), *D'urbanisme et d'environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 295 et s.

¹³ Par exemple, C.E., 6 mai 2021, *Xxxx*, 250.523, *A.P.*, 2022, p. 116.

¹⁴ En ce sens, le commentaire du Professeur D. LAGASSE cité à la note 12.

de légalité sur la qualification juridique et non pas un contrôle marginal limité à l'erreur manifeste d'appréciation »¹⁵.

16. Dans un autre arrêt bien antérieur, le Conseil d'État avait déjà directement établi que telle opération de nivellement du sol se qualifie de « modification sensible du relief du sol » soumise à permis d'urbanisme, sans le détour du manifeste¹⁶. Un pouvoir d'appréciation tient dans le mot « sensible », mais ce mot et le pouvoir qu'il donne *n'appellent aucune déférence* institutionnelle par rapport à l'appréciation qu'a pu faire l'administration qui a décidé qu'il y avait modification sensible du relief du sol ou pas. De même le Conseil d'État juge que les faits reprochés à l'agent DECOCK « sont assurément susceptibles d'entraîner une peine disciplinaire ». Il contrôle pleinement la qualification. On ne demande pas ici à l'administration de poser un choix politique, mais une appréciation technique de vérité légale.

17. Il en est encore de même dans la qualification de « prescription essentielle du cahier spécial des charges » utilisée à l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. Qualifiée de norme vague, par l'Avocat général MORTIER, elle requiert une interprétation, une appréciation en vue d'être appliquée concrètement à tel cahier des charges pour permettre de qualifier ensuite l'offre d'un soumissionnaire qui déroge au cahier des charges. Si la qualification de prescription essentielle est retenue, cette offre dérogatoire porte sur une prescription essentielle et l'autorité doit écarter cette offre ; si l'élément auquel il est dérogé n'est pas qualifié de prescription essentielle, alors le pouvoir de l'écarter est discrétionnaire. La Cour de cassation établit nettement que cette opération de qualification - qu'elle désigne comme une interprétation - ne relève pas du pouvoir discrétionnaire¹⁷ et n'appelle aucune déférence du juge.

18. Ces précisions étant faites, une question nouvelle doit être posée. Le juge qui a jugé que la qualification de petite industrie retenue par l'administration n'était pas manifestement déraisonnable et qui a utilisé les mots de code de la déférence, a-t-il effectivement été déférent ?

Ce n'est pas sûr. Il a peut-être tout simplement fait preuve de modestie ou de réalisme. Nous ne devons pas perdre de vue que le juge vient ici en second lieu. Il a estimé, à son tour et à son heure, que la décision que tel projet relève ou ne relève pas de la petite industrie ne va pas de soi et que les faits qu'il examine, la documentation

¹⁵ C.E., 13 mai 2022, *Commune d'Awans*, 253.740.

¹⁶ C.E., 24 octobre 1999, *Nisenbaum*, 82.896.

¹⁷ Premier Avocat général MORTIER, concl. préc. Cass., 4 juin 2020, C.18.0299.N, sur *juportal* et l'arrêt, not. R.W., 2020-2021, p. 1425, note J. VAN STEENBERGEN pour une mise en perspective au regard du droit actuel.

déposée, le plan, les études d'impact, les résultats de l'enquête publique, lui permettent de conclure que ce que l'administration a décidé était bien raisonnable et qu'il tranche comme elle. En utilisant les mots « pas manifestement déraisonnable », ce juge choisit seulement le registre de la déférence, sans nécessairement être déférent, mais en brouillant les pistes il est vrai¹⁸. Il faut alors se demander quand ce registre de la déférence est convenablement utilisé.

IV.- La déférence est nécessaire dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire, là où l'administration établit ce qui convient.

A.- La séparation des pouvoirs l'impose

19. *La séparation des pouvoirs et des fonctions d'administrer et de juger rend la déférence nécessaire quand l'appréciation ne consiste plus à dire la vérité légale, comme dans la qualification, mais quand l'appréciation consiste à décider ce qui convient. C'est ici que se situe l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La déférence est de mise parce que l'attribution d'un tel pouvoir permet que plusieurs options différentes choisies par l'administration soient également légales.*

20. Une fois franchi le cap de la qualification, si le projet ne se qualifie pas de petite industrie le refus s'impose. Il n'y a pas de choix. En revanche, s'il s'agit d'une activité de petite industrie, il faut alors apprécier *l'opportunité* de l'autoriser : cela convient-il à tel endroit de la zone d'habitat, malgré toutes les objections des voisins et du comité de quartier qui s'est constitué pour s'y opposer ? Là est le pouvoir discrétionnaire. L'administration communale reproche à l'agent de police Etienne DECOCK les faits que l'on sait et ces faits relèvent bien de la qualification de manquement disciplinaire, question de vérité légale. Faut-il ensuite le punir et si la réponse est affirmative, quel degré de sanction l'administration choisit-elle, dans une gamme qui va du blâme à la révocation ? Dans l'arrêt *Decock*, la révocation choisie par le conseil communal est annulée par le Conseil d'État pour erreur manifeste d'appréciation. Comme l'autorisation ou le refus de permis dans l'exemple précédent, la décision de sanctionner et le choix de la peine sont des options politiques sur lesquelles le contrôle du juge est effectivement marginal, la déférence s'impose dans la limite de l'erreur manifeste d'appréciation.

B.- La limite de la déférence est établie par le principe de raison. Rôle et sens de l'erreur manifeste d'appréciation

¹⁸ En revanche, il est certainement inadéquat de recourir au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne l'établissement des faits (contra, C.E., 29 juillet 2021, *Pauwels*, 251.326).

21. Le contrôle de raison est chez nous le pouvoir que s'accordent les juges pour réviser ce qui relève de l'appréciation discrétionnaire des administrations. C'est un contrôle limité, marginal. Le contrôle est ainsi limité à ce qui est *manifestement déraisonnable* parce que le juge doit respecter la séparation des pouvoirs et des fonctions. Ce qui est choisi par l'administration dans le champ d'un pouvoir discrétionnaire relève de la politique et pas du juge. Contrairement à la constatation des faits et aux appréciations de qualification, les appréciations de ce qu'il convient de faire ne se résument pas à une affirmation de la vérité légale. Elles donnent lieu à une réserve, une déférence du juge, parce que celui-ci n'est pas officiellement un décideur politique ; il n'est pas responsable politiquement. Son indépendance de juge et l'absence de contrôle politique de son action le maintiennent nécessairement sur le terrain de la légalité.
22. Le rôle du *manifeste* peut être précisé. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est bien rattaché au contrôle de la légalité qui est le seul que le juge puisse exercer. Pour éviter que le juge ne sorte de son rôle officiel, le principe de raison ne permet de sanctionner que la décision discrétionnaire *manifestement déraisonnable*, autrement dit, celle qui procède d'une erreur incontestable. Il ressort de la jurisprudence que l'appréciation est manifestement erronée quand elle est incompréhensible pour tout observateur averti, que l'erreur est manifeste quand aucune autre autorité placée dans les mêmes circonstances n'aurait adopté cette attitude. Dans ce cas, la décision devient illégale.
23. Le mot *manifeste* présente bien entendu sa part de convention. Il ne peut laisser la fausse impression qu'une part d'appréciation déraisonnable doit être admise et laissée sans contrôle. Il est là pour rappeler que, sur ce segment de l'acte administratif qui relève du pouvoir discrétionnaire, le premier principe est une décision de l'administration en opportunité et que le contrôle juridictionnel n'est pas ici une voie d'appel qui permettrait une nouvelle appréciation complète du cas, mais seulement un jugement des éléments de légalité du choix. Il exprime la répartition des rôles politique et juridictionnel et la retenue dictée par la *séparation des pouvoirs et des fonctions*. En ce sens, on parle de *contrôle marginal* de l'acte par la juridiction, car son pouvoir de vérification est d'une autre nature et moins étendu que celui qu'a exercé l'administration en adoptant la décision discrétionnaire. Ce n'est donc pas parce que le juge n'est pas un expert technique. C'est parce qu'il ne lui revient pas de faire les choix dont on parle et qu'à défaut d'indication raisonnable contraire et évidente, il doit se rallier à la décision de l'administration *par déférence institutionnelle*. Dès lors, selon la formule de la Cour de cassation et du Conseil d'État, pour accueillir l'erreur manifeste d'appréciation : il ne suffit pas, de constater qu'au regard des mêmes critères, telle autre mesure paraît admissible ou semble même meilleure, ou encore qu'une autre option a été adoptée dans une autre entité fédérée. Quand le juge ne peut se convaincre de l'existence d'une erreur manifeste, il répond que celui qui

l'invoque tente d'opposer sa conception de la question à apprécier à celle de l'administration et que cet arbitrage ne relève pas du contrôle juridictionnel, mais de l'opportunité de l'action administrative.

- 24.** Le rôle de balise qu'on assigne à *la raison* dans le contrôle des actes administratifs intervient dans un espace créé par une habilitation législative ou un principe général. La raison n'est plus seulement déductive comme dans un schéma cartésien de norme complète. Le *contrôle de raison* cherche à ramener la décision discrétionnaire au projet du législateur sur un point où, par définition, celui-ci n'a exprimé que le principe d'une action et attribué le pouvoir de choisir ce qui convient à l'administration. La raison et son contrôle se nourrissent alors *du contexte et des droits en cause, de l'expérience du passé, de la culture* du droit administratif et des *convictions* personnelles du juge sur ce qui est admissible dans la société où il vit.
- 25.** Le contrôle de raison bénéficie aussi, selon le cas, d'une *indication du législateur lui-même* ; une indication seulement, car s'il s'agissait d'imposer une norme contraignante sur le point en question, on quitterait le terrain du pouvoir discrétionnaire. Par exemple, un délai d'ordre établi par la loi est une indication au regard de laquelle l'appréciation de tardiveté de la décision concrète prend du sens. De même, la circonstance que le législateur prévoit une hiérarchie de sanctions disciplinaires ou administratives révèle que le choix d'une de celles-ci doit avoir un certain sens que la raison peut éclairer ou restaurer.
- 26.** L'exercice concret du contrôle de raison porte sur *le poids respectif des intérêts que l'administration devait prendre en compte* au cours de son examen. Par exemple :
- dans l'exercice de l'appréciation discrétionnaire de bon aménagement des lieux, elle se voit reprocher de n'avoir pas tenu compte de l'intérêt des voisins auxquels la construction allait causer un inconvénient de voisinage manifestement excessif. L'omission complète de cet intérêt serait d'ailleurs une erreur dans les motifs qui pourrait être sanctionnée sans besoin du recours à l'erreur manifeste d'appréciation ; la question est ici de savoir si elle en a suffisamment tenu compte. Le Conseil d'État a pu admettre sur recours des riverains que l'extension du palais de justice en centre-ville est le fruit d'une appréciation qui articule raisonnablement les intérêts du voisinage et ceux de la Cité à disposer d'un service public de proximité *intra muros* ;
 - dans l'appréciation de l'importance de la sanction disciplinaire, le juge reproche à l'administration de n'avoir pas assez tenu compte de la longue carrière de l'intéressé et d'avoir donné une importance excessive à la restauration de l'honneur du corps de la police ;
 - dans l'appréciation de la tardiveté de la procédure disciplinaire ou de la sanction, intervient aussi une considération pour l'apaisement qui peut résulter de l'écoulement du temps ;

- la tardiveté manifeste de l'annulation de tutelle est tirée d'un défaut d'égard à la situation acquise mise en balance avec l'intérêt général ou la restauration de la légalité.

C.- Le contrôle de proportionnalité s'inscrit dans ce schéma et appelle la déférence

27. Le contrôle de proportionnalité de l'objet vient dans un continuum. Après l'appréciation qui constitue la dernière phase d'élaboration des motifs de l'acte discrétionnaire, l'administration passe à la confection de l'objet sur lequel s'exerce le contrôle de proportionnalité qui relève lui aussi de la raison. Le *contrôle de proportionnalité* ne s'exerce lui aussi que quand l'objet aurait pu être différent sans être nécessairement illégal (par exemple, le blâme, la retenue de traitement ou la révocation). Le contrôle de proportionnalité ne s'applique pas quand l'objet procède complètement de la détermination de la loi¹⁹. Quand l'administration a le choix de ce qui convient, la proportionnalité s'impose et le résultat du contrôle est moins prévisible.

28. La *méthodologie du contrôle* de proportionnalité est cependant fort bien balisée. Le contrôle de proportionnalité de l'objet - la décision d'exproprier, par exemple - commence par l'identification du but visé par l'administration dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Décider d'agrandir l'école communale est une décision discrétionnaire. Ce but est-il admissible ? Si la réponse est affirmative, le droit belge pratique le plus souvent un contrôle de proportionnalité étendu, à l'allemande²⁰, par vérification successive de trois critères : la pertinence, la nécessité et la proportionnalité au sens strict. Ils laissent tous une part de raison à l'administration (même la pertinence n'est pas purement mécanique : le juge admet que l'interdiction de la publicité pour les produits du tabac est raisonnablement de nature à limiter la consommation du tabac). La pertinence se vérifie quand le moyen choisi atteint le but. Le critère de nécessité s'exerce au regard des intérêts concurrents. Il impose de choisir le moyen le moins invasif, le plus respectueux de ces intérêts pour atteindre aussi bien le but visé. La nécessité exigée n'est pas absolue, elle non plus ; elle doit être seulement raisonnablement justifiée. Ce n'est donc qu'à la marge que la sanction a lieu. A nouveau par déférence, parce que le choix revient en principe au décideur politique. Le contrôle de proportionnalité au sens strict est sur ce point le plus délicat et le plus discutable, le plus politique aussi puisqu'il intervient alors que la mesure est jugée adéquate et nécessaire et qu'il revient finalement à réviser le but ou à tout le moins l'intensité de protection d'un intérêt visé par l'administration dans l'exercice de son pouvoir politique. Là est même la zone de danger pour la séparation des pouvoirs

¹⁹ L'option de la loi pour l'absence de pouvoir discrétionnaire de l'administration relève alors du contentieux constitutionnel où l'examen de proportionnalité est fréquent.

²⁰ F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 9^{ème} Ed., 2019, p. 86.

et des fonctions ; il y a risque d'excès de pouvoir du juge. Ce qui est disproportionné pour un juge ne l'est pas nécessairement pour l'autre. D'où la nécessité que le juge ne soit pas seul à trancher, mais que le siège soit composé de plusieurs juges. Ceci n'est pas tout à fait une autre histoire.
