

**LA FAVEUR,
rouage du droit ou indice de non-droit**

Compte rendu de la réunion de recherche
du mardi 19 décembre 2006 au CERSA

La faveur dans le contexte du droit administratif

Etaient présents : les professeurs Jacques Chevallier, directeur du CERSA, Michel Borgetto, Gilles Guglielmi, Monsieur Marc-Olivier Baruch, dir. de recherches EHESS, Mesdames Maylis Douence, maître de conférences à Paris-II, Anne Gazier, maître de conférences à Paris-X, Jean-Claude Pacitto, maître de conférences à Paris-XII, Mesdames Céline Bigot, doctorante à Paris-X, Naïma Sobesky, Florence Boizard, doctorantes à Paris-II, Messieurs Renaud Bourget, Clément Chauvet, doctorants à Paris-II.

Etaient excusés : Marie-Christine Kessler, dir. adjointe du CERSA, les professeurs Geneviève Koubi, directeur du CER:FDP, Daniele Donati, Olivier Gohin, Jacques Petit, Monsieur Denis Giraux, maître de conférences à Paris-II, Monsieur Jean-François Boudet, maître de conférences à Paris-V, Messieurs Julien Martin, Grégory Houillon, doctorants à Paris-II, Monsieur Nicolas Dupont, doctorant à Paris-X.

La séance est consacrée à la façon dont la faveur est saisie par le droit administratif.

I. Monsieur Clément Chauvet présente à cet effet un exposé introductif sous le titre « Pouvoir discrétionnaire et libre-arbitre administratif », titre réservant le meilleur angle d'approche du point de vue du droit administratif.

Clément Chauvet évoque l'assimilation de la « faveur » à « pouvoir discrétionnaire ». La définition même du pouvoir discrétionnaire est sujette à questionnement. Pour René Chapus, il s'agit du « pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) également conformes à la légalité ». Certains hésitent par ailleurs entre les termes compétence et pouvoir tandis que d'autres, embarrassés, classent le pouvoir discrétionnaire parmi les « limites du principe de légalité ». Le pouvoir discrétionnaire est toujours présenté et affirmé comme une liberté d'action de l'Administration, dans un champ que le juge ne peut contrôler. La marge de libre-arbitre ainsi dégagée pourrait être le champ propice à l'expression, à la réalisation de faveurs à l'égard d'un ou plusieurs administrés.

Le pouvoir discrétionnaire est-il la marge de liberté permettant à l'administrateur de dispenser une faveur ou ce libre-arbitre ressort-il des limites du contrôle juridictionnel ?

Il convient tout d'abord de relativiser le pouvoir discrétionnaire comme source de faveur (1) avant d'essayer d'identifier le champ de la faveur dans les limitations du contrôle du juge (2).

1. La relativité du pouvoir discrétionnaire comme source de faveur

Après avoir rappelé la construction de la théorie du pouvoir discrétionnaire, Clément Chauvet est amené à nuancer son caractère de « marge de faveur ».

La théorie juridique a finalement considéré comme impropre d'évoquer « le pouvoir discrétionnaire » de façon abstraite. Mais on peut identifier du pouvoir discrétionnaire dans chaque acte. J.-C. Venezia peut ainsi affirmer que le pouvoir discrétionnaire s'analyse en une « immunité juridictionnelle

de certains éléments de l'acte administratif ». Plus encore, quel que soit l'élément de l'acte administratif étudié, l'auteur affirme que le pouvoir discrétionnaire ne peut s'analyser que comme une libre adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs.

Néanmoins, la justification théorique du pouvoir discrétionnaire, analysé comme une liberté propice à la faveur, reste ambivalente.

Majoritairement, la doctrine, depuis Kelsen et l'école de Vienne, admet que la liberté, la latitude d'action d'une autorité administrative, résulte de l'absence de norme préétablie. Mais il a pu être soutenu que l'indétermination de la réglementation juridique n'est que la conséquence de cette idée d'« entreprise » (A. Hauriou), que la contrepartie du pouvoir discrétionnaire serait la responsabilité assumée par ceux qui l'exercent, c'est-à-dire que l'absence de contrôle du juge serait un effet, et non une cause du pouvoir discrétionnaire.

Il convient par ailleurs de relativiser le pouvoir discrétionnaire comme indice de faveur légale. L'existence d'une part discrétionnaire dans l'acte administratif n'exclut pas, aujourd'hui, tout contrôle de légalité.

Selon une formulation classique des arrêts « si l'autorité administrative compétente exerce en opportunité le pouvoir [discrétionnaire], la décision qu'elle prend ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou être entachée de détournement de pouvoir ».

Bien qu'il ne censure que le « manifeste », le juge dispose, même en présence d'un pouvoir discrétionnaire, d'un outil de contrôle de la faveur (réserve faite des cas de « contrôle minimum »).

Plus encore, le détournement de pouvoir semble constituer l'arme adaptée à la condamnation du « favoritisme administratif » et au contrôle de la « moralité administrative », en particulier lorsque l'attitude de l'administration n'entre pas dans un autre cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

On ne peut ainsi dire que le pouvoir discrétionnaire est un pouvoir arbitraire. Il ne confère, somme toute, aux autorités administratives qu'une liberté d'action conditionnée. Ce sont peut-être, plus largement, les limites du contrôle juridictionnel qui, révélant un libre-arbitre, sont susceptibles de favoriser la faveur.

2 Les limitations du contrôle juridictionnel comme source de libre-arbitre

Si les procédés de contrôle hiérarchique voire de tutelle permettent un large examen de l'activité administrative, pouvant ainsi limiter les dispenses de faveur, le droit du contentieux administratif connaît des règles qui peuvent indirectement mais structurellement protéger la faveur. La vulnérabilité contentieuse d'une mesure de faveur suppose l'existence d'un requérant, qui devra arbitrer entre la volonté de faire cesser cette mesure et les tracasseries que l'introduction du recours lui causera. De plus, le requérant potentiel devra pouvoir exciper d'un intérêt à agir, intérêt, selon la formule consacrée, devant être « personnel » et sa lésion « directe et certaine ». Quant aux effets de l'annulation contentieuse de la faveur, l'écoulement du temps entre la dispense de la faveur et son annulation la laisse exister. L'annulation rétroactive qu'implique la décision juridictionnelle reste une forme de fiction. L'habitant d'une maison dont la rue a été, par faveur, interdite à la circulation aura bénéficié, pendant quelques mois ou années, d'un calme qu'aucune annulation contentieuse, fut-elle rétroactive, ne pourra lui enlever. Ainsi, qu'elle ait au moins existé un temps ou que ses effets matériels soient irrévocables, la faveur illégale trouve dans la rétroactivité de l'annulation contentieuse une barrière qui, dans certains cas, n'est que de papier.

L'administrateur-dispensateur de faveur peut par ailleurs mettre conjoncturellement à profit certaines stratégies pour éviter la contrainte juridictionnelle.

Ainsi, il peut être tentant de faire en sorte que les requérants potentiels n'aient pas connaissance de la faveur accordée à un autre administré. Selon le mode de publication choisi, la publicité - au sens commun - de la faveur peut être amoindrie et limiter ainsi les risques de contestation contentieuse.

Toutefois cette méthode est fragile *a posteriori*. L'acte réglementaire, peut toujours être attaqué par la voie de l'exception d'illégalité ou par un recours contre la décision refusant de l'abroger ou de le retirer. Quant aux actes individuels, le tiers qui n'a pas eu connaissance de l'acte individuel non publié ne verra pas courir à son encontre le délai de recours. La faveur restera donc ici contestable par voie d'action.

S'agissant donc d'une faveur accordée par un acte individuel, une faveur individuelle et non catégorielle, l'administrateur voulant éviter un contentieux se trouve face à une alternative. Soit il notifie l'acte, conservant ainsi sa fragilité contentieuse, mais limitant la probabilité d'un recours si la faveur est « discrète » ; soit il publie l'acte, espérant que, noyé dans les pages d'une publication officielle, il ne sera pas repéré dans le délai de recours contentieux par des tiers. Après écoulement de cette période d'incertitude, la faveur irrégulièrement accordée aura alors une certaine solidité.

II. A la suite de cette présentation, un débat s'élève sur les questions suivantes.

La faveur dans le droit de la fonction publique

Marc-Olivier Baruch se demande si des applications de ces constatations ne pourraient pas être trouvées dans le droit de la fonction publique, par exemple dans la notation ou les actes concernant la carrière des fonctionnaires. Les statuts protecteurs existent mais la marge de manoeuvre est immense, notamment dans la Haute administration en matière de dérogation aux règles concernant les traitements des fonctionnaires par le ministre du budget. Dans le traitement de ces fonctionnaires, on peut aussi penser aux phénomènes de faveur ou de défaveur quand on voit certains d'entre eux demeurer dix ans sans affectation. Dans leur avancement, il faudrait étudier l'influence du paritarisme des commissions.

Clément Chauvet pense quant à lui dans ce domaine au régime disciplinaire des agents : on sait par exemple qu'il n'y a pas de prescription de la faute disciplinaire, ce qui réserve à l'autorité hiérarchique un moyen de pression discrétionnaire ; de même, le ministre peut suspendre ou adoucir la peine disciplinaire prononcée.

Florence Boizard confirme que le juge administratif ne se sent pas à l'aise dans le traitement des affaires de carrière des fonctionnaires. Les commissions précontentieuses prévues par la loi sur l'urgence de 2000 et qui ont été mises en place pour les militaires, font encore défaut pour les fonctionnaires civils.

Maylis Douence pose la question de savoir si, dans le cadre d'un recours administratif préalable obligatoire, une commission de recours pourrait mettre en cause la légitimité des décisions et lutter contre les mesures de faveur, ou de défaveur..

Marc-Olivier Baruch remarque qu'une certaine « ouverture » jurisprudentielle à la contestation des mesures disciplinaires résulte d'un arrêt portant sur la notion de circonstances exceptionnelles en 1918, époque où d'ailleurs les syndicats de fonctionnaires étaient illégaux. Elle a d'ailleurs pris fin en 1939.

La faveur et le cadre légal

Jacques Chevallier, à ce stade, pense que la liaison entre pouvoir discrétionnaire et faveur est problématique. En réalité, les concepts ne se trouvent pas sur le même plan. Le pouvoir discrétionnaire n'est qu'une condition, un moyen d'attribution de la faveur. Dans le cadre formalisé du

droit administratif, l'octroi de faveur supposerait un cadre légal, une liberté d'action de l'autorité administrative, et l'encadrement du second par le premier. Par ailleurs, la logique du contrôle des mobiles de l'action administrative parce qu'elle repousse toute inégalité pourrait bien exclure le principe et la notion de faveur du droit administratif. Il ne saurait alors y avoir de faveur intuitu personae hors d'un cadre légal. Il faudrait se poser la question des pratiques administratives para-légales, de l'apparition progressive d'une marge formalisée. Pour Jean-Claude Pacitto, il semble en effet qu'en dehors de cette formalisation, on tombe dans l'arbitraire, notion contraire au principe même du droit.

Faveur, interprétation et intentionnalité

Michel Borgetto oriente sa réflexion vers la distinction entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée dans le domaine de l'aide sociale où se manifestent des droits subjectifs encadrés par le droit. La demande de RMI par exemple est appréciée par les présidents de conseils généraux avec de grandes disparités. Le législateur n'a en effet pas défini précisément « l'état de besoin ». La marge discrétionnaire est grande dans la qualification comme dans l'appréciation. Cela semble paradoxal quand on sait que, historiquement, le système adopté, proposé par Jaurès face à Vaillant et Miremont, reposait à la fois sur les patrons et les ouvriers précisément par crainte de l'arbitraire administratif. Maylis Douence souligne qu'une compétence complètement liée serait illusoire car dès qu'il existe une interprétation possible la marge discrétionnaire est présente.

Jacques Chevallier attire l'attention sur le fait que d'une part toute inégalité n'est pas une défaveur et d'autre part que la faveur suppose une intentionnalité, qui selon Marc-Olivier Baruch, est celle de traiter différemment des cas similaires.

Jean-Claude Pacitto estime en revanche qu'on peut légitimer une faveur par une situation différente et un régime préférentiel. Michel Borgetto y ajoute l'intérêt général ou la loi, en rappelant la jurisprudence sur la tarification des services publics locaux.

Dans cette logique, on peut penser que toute « discrimination positive » est une mesure de faveur légale et catégorielle.

Faveur et incitation

Maylis Douence expose ensuite une approche de la faveur à partir de la notion de tutelle (prohibée) entre collectivités territoriales. L'arrêt du Conseil d'Etat de 2003, Département des Landes, montre en effet un département subventionnant les communes de son ressort pour des montants plus importants si les communes gèrent leur service public de distribution d'eau en régie. La modulation de la subvention n'a pas été considérée comme une tutelle, ni comme une atteinte à la liberté de choix du mode de gestion, en l'absence d'autorisation et de contrôle de la part du département. Il s'agit pourtant d'une incitation à choisir la régie plutôt que la délégation, qui matérialise une faveur consenties aux communes prêtes à faire ce choix. La mesure de faveur est donc institutionnalisée, elle s'inscrit dans un cadre légal, elle a un but transparent. On remarque que le département n'en tire pas de contrepartie directe, mais qu'il oriente un choix politique en se fondant sur une analyse en termes de gestion : le coût globalement inférieur des régies, la suppression du risque de corruption ou d'illégalité des contrats et le bénéfice qu'en retirent les usagers.

Jacques Chevallier fait remarquer que dans cette relation, il y a bien une asymétrie de ressources, car le département dispose de subventions à distribuer. Michel Borgetto souligne que l'intervention est facultative et que son sens n'est pas déterminé. On aurait pu encourager l'affermage. En tout cas cette situation pose la question : toute politique d'incitation s'envisage-t-elle sous l'angle de la faveur ? Renaud Bourget ajoute qu'il

en est de même en matière d'incitation fiscale. Par exemple l'exonération des oeuvres d'art au titre de l'ISF peut être prise comme une faveur, mais aussi comme une incitation économique et culturelle à la conservation des oeuvres en France, à la constitution d'un marché de l'art face à ceux de Londres et New York... et comme un soutien à l'ensemble des professions concernées.

La légitimité des incitations peut, pour Jean-Claude Pacitto, reposer sur des critères quantitatifs : si les communes signent des contrats de délégation, il est possible d'en mesurer le retour sur investissement. Naïma Sobesky signale aussi l'existence de critères qualitatifs objectifs : l'économie de personnel, l'absence de mobilisation d'un capital. Elle ajoute qu'il est possible de déléguer à des SDEA et que la jurisprudence sanctionne les contrats dont les coûts ne reflètent pas la réalité du contrat.

Faveur et avantage singulier

L'analyse par Maylis Douence, Michel Borgetto, Naïma Sobesky et Jacques Chevallier de la jurisprudence relative à l'intervention des collectivités territoriales aux marges de l'intérêt public local différencie la faveur d'une part, des politiques d'incitation ou les discriminations positives d'autre part, selon l'existence d'un avantage particulier ou singulier. Jacques Chevallier pense que ces exemples invitent à intégrer à la définition de la faveur une personnalisation de la relation entre le dispensateur et le destinataire. Il rappelle l'exemple donné par Eugène Enriquez à la précédente séance, ou bien la logique de la corruption. La faveur instaure une relation personnalisée et inégalitaire qui suppose un retour. Il s'y joue une représentation symbolique autour de la notion de loyauté et un lien au clientélisme.

Ainsi précisée, la faveur est un dysfonctionnement qui huile les organisations (Jean-Claude Pacitto) et il est inévitable, car l'autorité administrative dispose toujours d'une marge de manoeuvre (Marc-Olivier Baruch).

La prochaine séance aura lieu le jeudi 18 janvier sur les approches sociologiques et anthropologiques de la faveur.