



**HAL**  
open science

# Le contrôle juridictionnel des évaluations en droit public

Charlotte Agulhon

► **To cite this version:**

Charlotte Agulhon. Le contrôle juridictionnel des évaluations en droit public. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2019. Français. NNT : 2019PA01D036 . tel-02494691

**HAL Id: tel-02494691**

**<https://theses.hal.science/tel-02494691>**

Submitted on 29 Feb 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



École de Droit de la Sorbonne  
École doctorale de Droit de la Sorbonne – Droit public et Droit fiscal

Thèse de doctorat en droit public

# LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES ÉVALUATIONS EN DROIT PUBLIC

Présentée par  
**Mme Charlotte AGULHON**

Dirigée par  
**Mme Agnès ROBLOT-TROIZIER**

Soutenue publiquement le  
20 juin 2019

Membres du jury :

**Mme Maryse DEGUERGUE**

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Mme Lucie CLUZEL-MÉTAYER**

Professeur à l'Université Paris-Nanterre

**M. Guillaume TUSSEAU**

Professeur à Sciences Po

**Mme Pascale IDOUX**

Professeur à l'Université Montpellier I

**Mme Agnès ROBLOT-TROIZIER**

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne



**LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES  
ÉVALUATIONS EN DROIT PUBLIC**



#### Avertissement

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



## REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance envers Madame la Professeure Agnès Roblot-Troizier qui a consenti à diriger mes travaux de recherche. Elle m'a guidée et conseillée avec bienveillance et disponibilité. Je l'en remercie sincèrement.

J'adresse tous mes remerciements à Mesdames et Monsieur les Professeurs Lucie Cluzel-Métayer, Maryse Deguegue, Pascale Idoux et Guillaume Tusseau pour avoir accepté de siéger dans le jury de soutenance de la présente thèse et pour le temps qu'ils y ont consacré.

Je remercie aussi les membres de l'administration du ministère de l'Économie et des finances et de l'Assemblée nationale qui ont partagé avec moi leurs connaissances et qui ont enrichi ma réflexion.

Je tiens à exprimer ma reconnaissance à toutes les personnes qui m'ont témoigné leur soutien et qui, grâce à leurs conseils et au temps qu'ils m'ont consacré, m'ont aidé à concevoir et achever ce travail : Thibaud Mulier, Ioannis Michalis, Bertrand-Léo Combrade, Julien Jeanneney, Andreas Kallergis et Marine Fleury.

Je remercie enfin mes proches, qui m'ont accompagnée et portée avec leurs encouragements, leur confiance et leur recul, mes parents, mon frère, Antoine, Nina, Justine, Chloé, Marion, Marine et tous les autres.



*À mes parents et Victor.  
À Antoine.*



## TABLE DES ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
AJDA	<i>Actualité juridique – droit administratif</i>
AJCT	<i>Actualité juridique – collectivités territoriales</i>
AJFP	<i>Actualité juridique – fonction publique</i>
AN	Assemblée nationale
APD	<i>Archives de Philosophie du Droit</i>
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
BJCP	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
BJDU	<i>Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme</i>
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
c/	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEC	Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques
CEDH ou Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
cf.	confère
CJCE	Cour de justice de la Communauté Européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Ch.	Chambre
Cons. const.	Conseil constitutionnel
chron.	Chronique
civ.	chambres civiles de la Cour de cassation
co-prés.	co-président
coll.	collection
Com.	chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	commentaire
concl.	Conclusions
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CURAPP	Centre universitaire de recherche sur l'action publique et la politique
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
DA	<i>Revue de droit administratif</i>
DC	Décision du Conseil constitutionnel rendue sur examen de la conformité à la Constitution
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
dir.	Direction
Doc. Fr.	La documentation française
Éd.	Édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
GAJA	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>

<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , dans l'ouvrage cité précédemment
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
JCI	Juris-Classeur
JCP A	<i>La semaine juridique – édition Administrations et Collectivités territoriales</i>
<i>JPC ou JCP G</i>	<i>La semaine juridique – édition générale</i>
JORF	<i>Journal officiel de la République française</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
LGFD	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	<i>Les petites affiches</i>
n°	numéro
OCDE	Organisation de coopération et développement économiques
OFCE	Observatoire français des conjonctures économiques
Obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> , ouvrage cité précédemment
p.	page
PMP	<i>Politique et management public</i>
préc.	précité(es)
prés.	président
PUAM	Presses universitaires d'Aix- Marseille
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAN	Règlement de l'Assemblée nationale
RDI	<i>Revue du droit de l'immobilier</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
Rec.	Recueil Lebon, recueil des arrêts du Conseil d'État et des juridictions administratives
Rec. T.	Tables du Lebon
Rééd.	Réédition
req.	Requête
<i>Rev. Adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
RFAP	<i>Revue française d'administration publique</i>
RFAS	<i>Revue française des affaires sociales</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RFHIP	<i>Revue française d'histoire des idées politiques</i>
RFSP	<i>Revue française de sciences politiques</i>
RG	<i>Revue générale de l'administration</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RJE	<i>Revue juridique environnementale</i>
RRJ	<i>Revue de la recherche juridique et de droit prospectif</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTDE	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
spéc.	Spécialement
t.	Tome

TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
thèse dactyl.	thèse dactylographiée
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
V.	Voir
Vol.	Volume



# SOMMAIRE

**Introduction**

**PREMIÈRE PARTIE :**

**UNIFIER LE CONTRÔLE DE L'ÉVALUATION**

**TITRE PREMIER : La cohérence d'un contrôle unifié de l'évaluation**

Chapitre I : Un acte singulier de droit public

Chapitre II : Un régime indistinct en droit public

**TITRE SECOND : L'utilité d'un contrôle unifié de l'évaluation**

Chapitre I : Protéger contre l'évaluation

Chapitre II : Protéger contre le contrôle de l'évaluation

**SECONDE PARTIE :**

**OPTIMISER LE CONTRÔLE DE L'ÉVALUATION**

**TITRE PREMIER : Le nécessaire développement du contrôle de la légalité de l'évaluation**

Chapitre I : Le contrôle intégral de l'évaluation

Chapitre II : Le contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur

**TITRE SECOND : La délimitation des contrôles juridictionnels de l'évaluation**

Chapitre I : Le caractère inadapté des recours indemnitaires

Chapitre II : La subsidiarité potentielle des contrôles juridictionnels de l'évaluation

**Conclusion générale**

**Index alphabétique**

**Bibliographie**

**Table des matières**



# INTRODUCTION

1. « Qu'est-ce que donner une *bonne raison* en fait de loi ? C'est alléguer des biens ou des maux que cette loi tend à produire : autant de biens, autant d'arguments en sa faveur : autant de maux, autant d'arguments contre elle. Qu'est-ce que donner une *fausse raison* ? C'est alléguer pour ou contre une loi toute autre chose que ses effets, soit en bien, soit en mal »<sup>1</sup>. En théorisant, dès 1802, l'exigence de motivation rationnelle des lois, J. Bentham inscrit l'élaboration du droit dans une perspective non exclusivement juridique. Cent ans plus tard, cette idée d'un droit inscrit dans les faits et poreux aux autres disciplines scientifiques imprègne toujours les juristes, à l'image de R. Saleilles : « le droit n'est plus une science isolée, qui se suffise à elle-même, et qui puisse se renfermer dans ses textes et ses formules ; le droit est une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses, puisque c'est le mot consacré, ses éléments primaires de formation et d'interprétation »<sup>2</sup>. Aujourd'hui, les évaluations qui se multiplient dans toutes les branches du droit public concrétisent la « religion rationnelle »<sup>3</sup> de J. Bentham et les idées de R. Saleilles et F. Génny.

L'évaluation est désormais un mot du quotidien, un mot banal. Il s'est enraciné dans le vocabulaire des gouvernants, dans le nom des institutions, dans les textes de droit et dans les pratiques. Les instances évaluatrices, comme le Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES) se multiplient<sup>4</sup> et les normes juridiques dédiées à l'évaluation prospèrent aussi bien en droit de l'urbanisme qu'en droit parlementaire<sup>5</sup>, accompagnant les mesures les plus concrètes aux plus générales.

---

<sup>1</sup> J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, 1802, Bossange, Masson et Besson, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, p. 53. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>2</sup> R. SALEILLES, « Préface », in F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1919, p. XXIV.

<sup>3</sup> D. BARANGER, « Utilitarisme », in Ph. RAYNAUD et S. RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, coll. « Quadrige – Dicos Poche », 1996, p. 928.

<sup>4</sup> Il y a aussi la Mission d'évaluation et de contrôle et le Comité d'évaluation et de contrôle de l'Assemblée nationale, la Direction de l'évaluation, de la prospective et de la performance, auparavant il y a eu l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé, etc.

<sup>5</sup> Par exemple, l'ordonnance n° 2004-489 du 3 juin 2004 portant transposition de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement et les articles 146-2 à 146-7 du Règlement de l'Assemblée nationale.

2. L'évaluation est plus qu'une mode même si les procédures évaluatives qui se multiplient en France et dans l'ensemble des démocraties occidentales sont relativement récentes<sup>6</sup>. Elles ont donné un nouveau souffle au terme évaluation, jusqu'ici employé dans un sens principalement économique, spécialement en droit. Depuis longtemps, dans cette discipline, l'évaluation désigne une « appréciation quantitative »<sup>7</sup> : comme l'écrit I. Pontes-Vieira, « évaluer revient normalement à déterminer une somme en argent »<sup>8</sup>. C'est aussi cette idée de prix qui est mise en valeur quand l'évaluation est définie dans le dictionnaire<sup>9</sup>. Pourtant, celle-ci ne se résume pas à l'appréciation quantitative d'un bien. Dans un sens renouvelé, l'évaluation transcende cette simple appréciation marchande, ordinairement pratiquée par les juges. La quantification, étudiée de manière approfondie en doctrine<sup>10</sup>, n'épuise pas sa signification.

3. Au sens moderne, l'évaluation renvoie à l'appréciation qualitative d'un objet ou d'un sujet. Certes, elle fait appel à la valeur monétaire, mais elle la dépasse par des références à des valeurs, c'est-à-dire les « propriété[s] ou caractère[s] de ce qui est, non pas seulement désiré, mais désirable »<sup>11</sup>. Elle n'est pas unidimensionnelle puisque le jugement qu'elle porte ne se réduit pas à la question du coût<sup>12</sup>, elle peut comprendre, entre autres, la question de « l'égalité entre tous les jeunes, [de] la justice intergénérationnelle »<sup>13</sup>, de l'efficacité ou de la pertinence de l'objet évalué. Les juristes n'ignorent pas cette dimension qualitative de l'évaluation puisque G. Cornu, par exemple, la définit aussi comme l'« appréciation (qualitative) de l'application d'une loi, spécialement [l']appréciation *a posteriori* des choix

---

<sup>6</sup> Pour J. Chevallier, la persistance « du thème de l'évaluation » depuis plus de cinquante ans en France justifie que l'évaluation ne soit pas « considérée comme un simple effet de mode ». V. J. CHEVALLIER, « Synthèse », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 124.

<sup>7</sup> P. FOULQUIÉ, « Valeur », in P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, 1992, p. 749.

<sup>8</sup> I. PONTES-VIEIRA, *La valeur en droit fiscal et douanier*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de finances publiques et de fiscalité », t. 56, 2012, p. 40. Dans le même sens, v. « Évaluation », in G. CORNU et autres, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10<sup>e</sup> éd., 2014, p. 78.

<sup>9</sup> « Porter un jugement sur la valeur, l'importance de : estimer, priser », in *Le Petit Robert 2015*, Le Robert-Desk éditions, 2014, p. 959.

<sup>10</sup> V. notamment P. MULLER, *Évaluation médico-légale du préjudice esthétique et du quantum doloris*, Lyon, A. Lacassagne, coll. « Cahiers de médecine légale et de droit médical », 1988, 90 p. ; F. BOUCHON, *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, 2002, 327 p. ; I. PONTES-VIEIRA, *La valeur en droit fiscal et douanier op. cit.*, p. 40 et O. SUTTERLIN, *L'évaluation monétaire des nuisances : éléments de réflexion au carrefour des raisonnements juridiques et économiques en matière environnementale*, thèse Paris V, 2012, 685 p.

<sup>11</sup> P. FOULQUIÉ, « Valeur », in P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue... op. cit.*, p. 751.

<sup>12</sup> La valeur « évaluée » est alors réduite au coût, v. A. FOUQUET, « L'usage des statistiques : de l'aide à la décision à l'évaluation des politiques publiques », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 307-322.

<sup>13</sup> Circulaire du Premier ministre du 2 mai 2016 relative à l'évaluation de l'impact sur la jeunesse des projets de loi et textes réglementaires.

et des résultats d'une loi dans la perspective d'un nouvel examen de celle-ci »<sup>14</sup>. Toutefois, l'évaluation étudiée en droit ou en sciences politique et administrative est, comme dans cet exemple, généralement cantonnée au domaine de l'évaluation des lois, ou, plus largement, à l'évaluation des politiques publiques<sup>15</sup>.

4. Or il est possible d'envisager un autre angle d'étude, plus large : l'évaluation en droit public, qui désigne ici *l'évaluation destinée à une autorité publique*. Certains auteurs ont relevé l'ampleur de ces évaluations, qui s'étendent « au champ de l'économie, de la métrique, de la morale, de l'éducation, de la formation [et] de la santé »<sup>16</sup>, ainsi qu'au champ des contrats publics et de l'environnement<sup>17</sup>. Elles forment avec les évaluations des lois et des politiques publiques le champ de cette recherche, qu'il convient dans un premier temps de délimiter en définissant plus avant l'évaluation et en identifiant précisément les actes que cette notion<sup>18</sup> embrasse (**Section 1**).

5. Tous ces actes constituent des outils de management public : ils s'opposent à la technique traditionnelle du contrôle juridique de l'Administration<sup>19</sup>, qui consiste à vérifier « la conformité à une norme juridique d'une décision, d'une situation, d'un comportement »<sup>20</sup>. Contrairement au contrôle, l'évaluation ne recherche pas la sanction ni la conformité à une norme, la régularité<sup>21</sup>, mais l'adaptation d'une activité en fonction du

---

<sup>14</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 78.

<sup>15</sup> V. P. DURAN et E. MONNIER, « Le développement de l'évaluation en France. Nécessité technique et exigence politique », *RFSP*, n° 2, 1992, p. 235 : « L'évaluation n'est pas intellectuellement dissociable de l'analyse des politiques publiques, dans la mesure où elle est une de ses dimensions significatives, mais aussi parce qu'elle est redevable de son cadre de référence théorique ».

<sup>16</sup> F. SIMONET, « L'évaluation : objet de standardisation des pratiques sociales », *Cités*, 2009, n° 1, p. 91.

<sup>17</sup> V. J. CHEVALLIER, « Synthèse », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER, *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, 2015, p. 225.

<sup>18</sup> Le terme de notion réfère ici à l'idée d'un objet « pré-existant ». La notion d'évaluation constituera l'« outil d'investigation de l'objet décrit » pour appréhender un « un objet dont les traits constitutifs sont admis comme proposition d'une schématisation jamais aboutie ». G. QUINTANE, « Les notions juridiques et les outils langagiers », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, coll. « Les études juridiques », 2009, p. 11 et p. 18.

Bien que la notion puisse être distinguée du concept, qui « représente davantage « l'universel » de l'idée, quand la notion se contente du « général » formé dans un acte d'abstraction » (X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'utilité d'une distinction », in G. TUSSEAU, *Les notions juridiques, op. cit.*, p. 32), les deux termes seront alternativement utilisés pour désigner la définition stipulative de l'évaluation fournie dans cette recherche.

<sup>19</sup> J. CHEVALLIER, « Commentaire de B. Eveno », in J.-P. NIOCHE, R. POINSARD et al., *L'évaluation des politiques publiques*, Economica, 1984, p. 229, et F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP *L'évaluation dans l'administration, op. cit.*, p. 11-33.

<sup>20</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 43.

<sup>21</sup> S. OLTRA-ORO, « L'évaluation des politiques publiques, un art au service du Politique », *Revue française de finances publiques*, n° 128, 2014, p.161-167.

jugement de valeur porté sur elle<sup>22</sup>, elle permettrait « l'autocorrection permanente » que J. Bentham attend d'un système démocratique<sup>23</sup>. Elle utilise des normes de référence *a priori* managériales et non juridiques<sup>24</sup>.

6. Les logiques de l'évaluation et du contrôle ne sont pas pour autant parallèles, puisque l'évaluation « débouche [souvent] sur des mécanismes de réajustement et de correction »<sup>25</sup>, à l'instar du contrôle. Des jonctions peuvent notamment être faites entre le contrôle de la régularité juridique et l'évaluation, devenue une condition de constitutionnalité des lois depuis la révision du 23 juillet 2008<sup>26</sup> instituant « à la fois une obligation de *réaliser* une étude des impacts d'un projet de loi (...) et une obligation de *rendre compte* des résultats de cette étude dans un document formalisé »<sup>27</sup>.

7. La question du contrôle juridictionnel de l'évaluation a par ailleurs été posée par la doctrine juridique, à la différence des autres disciplines<sup>28</sup>. Ce sujet est abordé dans la thèse de L. Cluzel-Métayer, qui ne traite pas directement de l'évaluation, mais de l'exigence de qualité dans le service public<sup>29</sup>. A. Meuwese et T. Delille, qui ont consacré leur thèse à l'évaluation en droit de l'Union européenne, ont aussi réfléchi à cette question<sup>30</sup>. À ce titre, ils ont mis en valeur le rôle déterminant du juge européen pour l'évolution de l'étude d'impact européenne des projets de textes<sup>31</sup>. Pour ces deux auteurs, le contrôle de l'évaluation a une réelle influence sur sa qualité ou sur les rapports entre les institutions.

---

<sup>22</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis Droit », 5<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 514.

<sup>23</sup> F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, p. 227.

<sup>24</sup> J. CHEVALLIER J. et D. LOCHAK., « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 75.

<sup>25</sup> J. CHEVALLIER, « Synthèse », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public, op. cit.*, p. 232.

<sup>26</sup> Article 39 de la Constitution modifié par la révision du 23 juillet 2008.

<sup>27</sup> B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, 2017, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », p. 10.

<sup>28</sup> Comme le résume L. Dumoulin, « Les formes institutionnalisées de justice que sont les tribunaux et les Cours sont longtemps restées en marge des objets canoniques de la science politique comme si elles n'étaient pas directement parties prenantes des mécanismes et processus de la régulation politique », L. DUMOULIN, « Les juges sont-ils des décideurs politiques ? Libres propos sur ce qui apparaît un oxymore, mais n'en est peut-être pas un... », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essai sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leurs fonctions*, Bruylant, 2016, p. 79.

<sup>29</sup> L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, 637 p.

<sup>30</sup> A.-C. M. MEUWESE, *Impact Assessment in European Union Lawmaking*, Bruxelles, European Monographs, 2008, 338 p., et T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, 727 p.

<sup>31</sup> *Ibid.*, respectivement p. 271-272 et p. 526 et s.

Leurs observations concordent avec celles de B.-L. Combrade, qui a relevé les répercussions directes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le contenu des études d'impact des projets de loi réalisées par le gouvernement<sup>32</sup>.

8. Ainsi, le contrôle juridictionnel de l'évaluation pourrait être un facteur clef du degré de développement des pratiques évaluatives. L'examen des conséquences directes et indirectes de l'existence d'un contrôle juridictionnel sur l'évaluation et sur les décisions publiques intéresse alors autant les juristes que les auteurs de science politique ou de science administrative. Au demeurant, loin d'enfermer la réflexion, la perspective contentieuse invite à s'intéresser aux textes régissant l'évaluation, que le juge contrôle et applique. Elle conduit également à s'en éloigner, pour déterminer comment le droit se saisit en aval, à travers le juge, de la pratique évaluative. De ce fait, l'étude du contrôle juridictionnel des évaluations en droit public apparaît comme un bon vecteur pour penser, en droit, la théorie et la pratique de l'évaluation actuelles ainsi que les inflexions qu'elles pourraient connaître, sans perdre de vue les enjeux identifiés par les auteurs dans les autres disciplines (**Section 2**).

## **Section 1 : La détermination du champ de l'évaluation en droit public**

9. Il faut définir la notion d'évaluation pour délimiter le champ des évaluations en droit public, c'est-à-dire des évaluations destinées à des autorités publiques. À cette fin, il convient d'abord de retracer l'histoire de l'institutionnalisation du procédé évaluatif en France. Cette histoire éclaire en effet les raisons de l'appropriation politiste de l'évaluation et la focalisation doctrinale sur l'évaluation des politiques publiques, alors qu'aujourd'hui, la plupart des évaluations en droit public sont adressées à des autorités administratives. Cet état de fait invite à revoir les définitions politico-centrées existantes (§I). L'évaluation peut être définie de manière plus large et plus neutre, dans le prolongement des recherches menées par les auteurs en science politique et en science administrative. Ce détour par les disciplines extrajuridiques est cohérent avec la logique évaluative puisque comme le souligne J. Chevallier, la mise en œuvre de l'évaluation suppose « l'adoption d'un *point de*

---

<sup>32</sup> B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact...*, *op. cit.*, p. 368 : « il ressort de l'analyse des études d'impact que le Gouvernement s'en est tenu le plus souvent à la jurisprudence du Conseil constitutionnel en s'abstenant de procéder à des évaluations approfondies au-delà du champ des objectifs poursuivis ».

vue externe au droit (...) »<sup>33</sup>. Par ailleurs, le recours aux écrits non juridiques permet de compenser le faible nombre de productions juridiques consacrées à l'évaluation. En effet, un seul ouvrage s'est intéressé globalement à l'évaluation du point de vue du droit<sup>34</sup> et, le plus souvent, les auteurs se concentrent sur le régime de certaines évaluations sans questionner sa définition<sup>35</sup>. Les travaux des non juristes sont alors très utiles pour mettre à jour les différents éléments qui font de l'évaluation une notion spécifique (§II).

## §I. Le contexte évaluatif en France

10. L'évaluation est un « produit d'importation »<sup>36</sup>. Présentée en France comme une avancée démocratique<sup>37</sup> et comme un outil d'efficacité technocratique<sup>38</sup>, l'évaluation s'est heurtée à de multiples résistances. Elle n'a pas fait l'objet d'un traitement cohérent par l'État, qui a multiplié les institutions et les pratiques évaluatives (A). Face à cette diversité, les politistes ont peiné à trouver une définition qui rende compte de l'ensemble des configurations existantes, alors que l'évaluation s'est depuis longtemps émancipée du champ politique pour irriguer tout le droit public (B).

### A. Les difficultés de l'État à développer l'évaluation

11. Le développement de l'évaluation en France a été contrarié par les tensions entre les élans modernisateurs de l'État et les réticences nombreuses qu'elle a suscitées (1). En

---

<sup>33</sup> J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *PMP*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 118. Nous soulignons.

<sup>34</sup> D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER. (dir.), *L'évaluation en droit public, op. cit.*, 237 p.

<sup>35</sup> Voir entre autres P. BILLET, « Avis des autorités sanitaires sur l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme » ; R. FONTIER, « Les modalités d'évaluation des travailleurs handicapés pour leur accès sans concours à la fonction publique », *AJFP*, 2015, p. 342 et s. ; S. TRAORE, « La nouvelle "évaluation environnementale" des documents d'urbanisme », *Envir.* 2006, Étude 6 ; G. OLCZAK-GODEFERT, « L'évaluation des salariés en question », *Journal des Sociétés*, 2011, n° 92, p. 58-60, et B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact...*, *op. cit.*, 492 p.

<sup>36</sup> S. TROSA, « Introduction », in F. MOUTERDE et S. TROSA, *Les nouvelles frontières de l'évaluation - 1989-2009 : vingt ans d'évaluation des politiques publiques en France, et demain ?*, L'Harmattan – SFE, 2010, p. 22.

<sup>37</sup> Dès le rapport Viveret de 1989, P. VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques : rapport au premier ministre*, La Doc. Fr., 1989, p. 23 et s. Elle est aujourd'hui encore qualifiée de « nouvelle opportunité de débat démocratique » en dehors de l'élection, G. MARTIN, « L'évaluation peut-elle échapper au risque technocratique ? », *Pouvoirs locaux*, 2011, n° 88, p. 17.

<sup>38</sup> Un rapport de 1986, antérieur au rapport Viveret, insistait sur la technicité et le caractère managérial de l'évaluation, v. M. DELEAU et al., *Évaluer les politiques publiques: méthodes, déontologie, organisation, rapport pour le commissariat Général du Plan*, La Doc. Fr., 1986, 180 p

conséquence, la mise en œuvre de l'évaluation a été erratique et s'est traduite par la multiplication des organismes dotés de missions évaluatives (2).

### 1) L'implantation contrastée de l'évaluation

**12.** L'évaluation a existé de manière autonome en France au XIX<sup>e</sup> siècle, comme le montrent les écrits de G. Dupuis, un ingénieur désireux d'évaluer l'utilité publique des projets de travaux<sup>39</sup>. Toutefois, l'évaluation qui intéresse la doctrine politique et administrative aujourd'hui est importée et constitue « la filiation américaine des idées en matière de management public »<sup>40</sup>. L'évaluation est en effet apparue en 1930 aux États-Unis d'Amérique. Le contrôle de qualité se développe alors dans l'industrie, sur les produits et sur les hommes<sup>41</sup>. Cette recherche de qualité, définie par *Le Petit Robert* comme « ce qui fait qu'une chose est plus ou moins recommandable » en fonction « d'une échelle de valeurs pratiques »<sup>42</sup>, a rapidement atteint la sphère publique et l'action de l'État. Elle a été portée par la mise au point des premières études comparatives<sup>43</sup> et la faible légitimité dont a toujours joui l'action publique outre-Atlantique<sup>44</sup>. En effet, dès les années 1930 « une part croissante » de la légitimité de l'action publique dépend « de la démonstration de [son] utilité et de [son] efficacité »<sup>45</sup>. Le raisonnement qui sert l'établissement de l'évaluation est alors semblable à celui qui existe dans le domaine de l'industrie car, comme le relève C. Restier-Melleray, avec cette nouvelle fonction d'expertise dans l'État « il s'agit de mettre en place, dans la lignée de la *one best way* taylorienne, une gestion scientifique de nos sociétés »<sup>46</sup>.

L'évaluation s'inscrit aussi dans le cadre, plus ancien et plus lâche, de la pensée utilitariste anglo-saxonne, théorisée par J. Mills et par J. Bentham. Cette éthique conséquentialiste définit la bonne décision comme celle qui maximise le bonheur de tous<sup>47</sup>.

---

<sup>39</sup> V. B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>40</sup> J.-M. BARBIER, « Éléments pour une sociologie de l'évaluation des politiques publiques en France », *loc. cit.*, p. 32.

<sup>41</sup> V. A. AFLALO, « L'évaluation, un nouveau scientisme ? », *Cités*, 2009, n° 1, p. 79.

<sup>42</sup> *Le Petit Robert 2015*, Le Robert-Desk éditions, coll. « PR. 1 » 2014, p. 2079.

<sup>43</sup> E. MONNIER, *Évaluation de l'action des pouvoirs publics. Du projet au bilan*, *Economica* 1987, p. 20.

<sup>44</sup> V. B. PERRET, *L'évaluation des politiques publiques*, La découverte, coll. « Sciences politiques, droit », 2014, p. 57.

<sup>45</sup> C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, « L'évaluation : un marronnier de l'action gouvernementale ? », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 862.

<sup>46</sup> C. RESTIER-MELLERAY, « Experts et expertise scientifiques, le cas de la France », *RFSP*, vol. 40, n° 4, 1990, p. 547.

<sup>47</sup> J. BENTHAM, *Constitutional code*, 1830, rééd. Clarendon Press-Oxford, 1983, p. 21.

Or, cette maximisation est supposée être calculée avant la prise de décision, sur le fondement d'une évaluation rationnelle des peines et des plaisirs qu'elle procurerait. À ce titre, en tant que jugement rationnel précédant la décision, l'évaluation qui s'est développée aux États-Unis au début du XX<sup>e</sup> siècle peut être analysée comme un prolongement ou une concrétisation de la philosophie utilitariste.

**13.** Le législateur nord-américain a été le premier à se saisir de la procédure évaluative, qu'il a très tôt mise en œuvre au sein du *General Accounting Office* (GAO). Outil de « production d'un savoir »<sup>48</sup>, l'évaluation est devenue « un enjeu politique entre le Congrès, les administrations et la Présidence »<sup>49</sup>. En effet, comme le résume D. Martuccelli, l'évaluation est « indissociable d'un jeu de pouvoir »<sup>50</sup> : elle étend le champ du savoir des gouvernants dans des domaines auparavant dominés par l'incertitude et fournit un support de légitimité aux décideurs. Cette lutte d'influence entre la présidence et le Congrès pour la maîtrise de l'évaluation a assuré sa pérennité et son succès outre-Atlantique, puisque ce sont désormais près de 1000 rapports que le GAO rend chaque année<sup>51</sup>.

À partir des États-Unis, l'évaluation s'est diffusée dans le reste du monde. Elle s'est particulièrement développée au Royaume-Uni, où, dès les années 1960, le *National Audit Office* l'a mise en œuvre<sup>52</sup>. Elle s'est depuis durablement implantée dans d'autres États, du Canada<sup>53</sup> à l'Australie<sup>54</sup> et au Japon<sup>55</sup>, en passant par la Scandinavie<sup>56</sup> ou l'Espagne<sup>57</sup>. Elle

---

<sup>48</sup> S. TROSA, « Le rôle de la méthode dans l'évaluation à travers l'expérience du Conseil scientifique de l'évaluation », *PMP*, 1992, n° 10, p. 84.

<sup>49</sup> J.-L. BODIGUEL et L. ROUBAN, « Le fonctionnaire détrôné ? L'État au risque de la modernisation », *PFNSP*, 1991, p. 218.

<sup>50</sup> D. MARTUCCELLI, « Critique de la philosophie de l'évaluation », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129., p. 34.

<sup>51</sup> C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, *Les scènes multiples de l'évaluation. Les problèmes récurrents de son institutionnalisation*, LIEPP Policy Book, n° 1, 2013, 158 p.

<sup>52</sup> Voir le rapport de J. BOURDIN, P. ANDRÉ et J.-P. PLANCADE, *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, Paris, éd. du Sénat, coll. « Les rapports du Sénat », n° 392, 2004, p. 144 et s.

<sup>53</sup> V. J. BOURGAUD et P. SMITS, « Les enjeux liés aux activités d'audit, de conseil et d'évaluation dans les administrations publiques : une perspective canadienne », *RFAP*, 2015, n° 155, p. 723-733.

<sup>54</sup> V. R. DEIGHTON-SMITH, « Regulatory impact assessment in Australia », in C. KIRKPATRICK and D. PARKER (dir.), *Regulatory impact assessment : towards better regulation ?*, Edward Elgar, 2007, p. 145-167.

<sup>55</sup> V. M. CROZIER, *État modeste, État moderne*, Fayard, 1987, p. 241 et s.

<sup>56</sup> V. A. PARIENTE, « Évaluation parlementaire et responsabilité politique du gouvernement », *LPA*, 2000, n° 14, p. 9-20.

<sup>57</sup> Articles 22 et 24 de la loi n° 50-1997 du 27 novembre 1997 relative au Gouvernement (ley del Gobierno).

a aussi pris racine au sein d'institutions internationales comme l'Union européenne<sup>58</sup> ou le Fonds monétaire international<sup>59</sup>.

**14.** En France, en revanche, l'évaluation est jugée « singulièrement sous-développée »<sup>60</sup>, même si un grand nombre d'évaluations est produit<sup>61</sup>, et elle est réputée être d'un « niveau général assez médiocre »<sup>62</sup>. Les premiers frémissements de l'évaluation sont apparus avec la rationalisation des choix budgétaires, dite « RCB », qui constitue la « première tentative systématique et cohérente d'expérimentation du management dans l'administration française »<sup>63</sup> dans les années 1960. L'évaluation a ensuite été relancée, en 1989, lors du « chantier » de la modernisation de l'État<sup>64</sup>. Depuis, elle a toujours été associée par les gouvernants à la réforme de l'État<sup>65</sup>. Des cycles d'évaluations institutionnalisés se succèdent : en 2018, la direction interministérielle de la transformation publique (la DITP<sup>66</sup>), a poursuivi l'œuvre de la Modernisation de l'action publique (MAP) en 2012<sup>67</sup> et de la Réforme générale des politiques publiques (RGPP)<sup>68</sup> en 2007.

Dès le départ, l'évaluation a été associée à un double discours légitimant. Importée en France grâce au lobbying d'institutions internationales comme l'Organisation de développement et de coopération économique (OCDE)<sup>69</sup>, elle a été présentée « en tant que

---

<sup>58</sup> Avec les *Impact assessments* produites par la Commission européenne pour le Parlement européen. V. T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, op. cit., 727 p.

<sup>59</sup> V. J.-M. SOREL, « L'évaluation des politiques au sein des organisations internationales à vocation économique (FMI et Banque mondiale) : nouvelle transparence ou simple transposition de la même réalité ? », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER, *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, 2015, p. 109-126.

<sup>60</sup> J. CHEVALLIER, « Commentaire de B. Eveno », in J.-P. NIOCHE, R. POINSARD et al., *L'évaluation des politiques publiques*, p. 22.

<sup>61</sup> 1200 évaluations ont été produites depuis 2000, d'après le rapport de 2015 du Conseil économique, social et environnemental, v. N. MANSOURI-GUILIANI pour le CESE, *Promouvoir une culture de l'évaluation des politiques publiques*, 2015, p. 55.

<sup>62</sup> J.-P. NIOCHE et R. POINSARD, « L'évaluation des politiques publiques en France », in J.-P. NIOCHE et R. POINSARD, *L'évaluation des politiques publiques*, op. cit., p. 14.

<sup>63</sup> J. CHEVALLIER et D. LOCHAK., « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *loc. cit.*, p. 54.

<sup>64</sup> Avec notamment la circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public et le décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques.

<sup>65</sup> Ph. BÈZES, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, coll. « Le lien social », 2009, 519 p.

<sup>66</sup> Décret n° 2017-1584 du 20 novembre 2017 relatif à la direction interministérielle de la transformation publique.

<sup>67</sup> Voir par exemple, l'article 3 du décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012 portant création du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique.

<sup>68</sup> La RGPP a été lancée à la suite de la première réunion du Conseil de modernisation des politiques publiques le 24 septembre 2007.

<sup>69</sup> V. Ph. BÈZES « État, experts et savoirs néo-managériaux », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 193, 2012, p. 34.

contre-pouvoir ayant pour ambition de “dépasser l’État” [et] en tant qu’instrument de management de politiques publiques »<sup>70</sup>. Comme contre-pouvoir, l’évaluation devait permettre de concrétiser la notion anglo-saxonne d’*accountability*, qui ne trouve pas de traduction exacte en français. Elle consiste à demander aux gouvernants et aux dirigeants de « rendre des comptes »<sup>71</sup>, à l’image de ce que prévoit l’inappliqué article 15 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen. Or, évaluer les politiques publiques implique d’assigner des objectifs préalables aux gouvernants et de leur « imputer »<sup>72</sup> les résultats de leurs actions, qu’ils sont tenus de justifier<sup>73</sup>. L’évaluation sert donc une logique d’imputation-justification, c’est-à-dire d’*accountability*. Ses promoteurs espéraient ainsi qu’elle renforcerait la légitimité de l’action publique, fragilisée par les crises de l’État-providence<sup>74</sup>. En même temps, cette forme de responsabilisation des gouvernants supposait, implicitement, mais nécessairement, d’adopter une culture de la performance, une culture du résultat<sup>75</sup>. C’est sous ce second angle que l’évaluation a été le plus défendue en France. L’évaluation est en effet directement liée à la question du management public<sup>76</sup> et plus précisément du *new public management*, bien connu sous l’acronyme « NPM »<sup>77</sup>. Portée par cette culture du résultat, l’évaluation devait permettre de mieux maîtriser les dépenses publiques, d’augmenter la qualité du service public et de combler le besoin d’information et de maîtrise lié à la complexité grandissante de l’appareil d’État, notamment à cause de la décentralisation<sup>78</sup>.

<sup>70</sup> J.-C. GROSHENS et G. KNAYB, « Evaluationmania et évaluation », in *Mél. R. Hertzog*, *Economica*, 2011, p. 274.

<sup>71</sup> F. Lafarge évoque le concept de « redevabilité », F. LAFARGE, « Rendre des comptes – rendre compte », *RFAP*, 2016, Vol. 4, n° 160, p. 985-998

<sup>72</sup> C’est par la notion d’imputabilité qu’est traduite la notion d’*accountability* au Québec. « L’imputabilité consiste à mettre en place un mode d’organisation, des dispositifs de gestion, une panoplie d’outils et d’instruments qui permettent de fixer des contrats d’objectif entre les dirigeants politiques et les responsables administratif puis et surtout d’évaluer *in itinere* et *ex post* la bonne ou la mauvaise gestion que les administrations et les administrateurs font des missions et services qui leur sont confiés », F. DREYFUS et J.-M. EYMERI-DOUZANS, *Science politique de l’administration. Une approche comparative*, *Economica*, 2006, p. 32.

<sup>73</sup> Voir aussi sur la notion d’*accountability* : L. ROUBAN, « Évaluation et modernisation administrative », in CURAPP (dir.), *L’évaluation dans l’administration*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>74</sup> Voir par exemple, J. CHEVALLIER, *L’État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2014, 272 p. et P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance*, éd. du Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2006, 349 p.

<sup>75</sup> P. DURAN, « L’évaluation des politiques publiques, une résistible obligation », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 7 et s.

<sup>76</sup> F. BLONDEL, « L’aggiornamento de l’évaluation dans le champ de l’action publique : entre raison gestionnaire et exigence démocratique », *Nouvelle revue de psychologie*, 2009, n° 8, p. 77 et s.

<sup>77</sup> Sur cette notion v. J. LAGROYE., B. FRANÇOIS et F. SAWICKI, *Sociologie politique*, Dalloz, coll. « Amphi – Presses de SciencesPo et Dalloz », 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 495 et s.

<sup>78</sup> Conseil scientifique de l’évaluation (CSE), *Petit guide de l’évaluation des politiques publiques*, La Doc. Fr., 1996, § 1.8 ; CEDRSP, *Conclusions sur la mise en place d’indicateurs dans trois ministères*, La doc. Fr.,

15. Pourtant, malgré toutes les promesses que pouvait tenir l'évaluation, elle n'a pas eu le même succès que dans les pays anglo-saxons, en raison de plusieurs facteurs. Le premier d'entre eux est l'organisation de l'État français. La logique évaluative s'est en effet heurtée au monopole du pouvoir exécutif en matière d'information<sup>79</sup> et à la « sacralisation de l'État »<sup>80</sup>. À cela se sont ajoutées les difficultés du Parlement, affaibli face à l'exécutif. Il n'a pas pu se saisir de l'évaluation comme l'a fait le Congrès américain<sup>81</sup> et, surtout, n'a pas lutté pour s'en saisir. Les élus ont ainsi joué un rôle non négligeable dans la marginalisation de l'évaluation en France<sup>82</sup>. Ils illustrent le troisième facteur qui a nui à l'évaluation : le rejet culturel, notamment lié à un manque de confiance<sup>83</sup>. Les élus, les fonctionnaires et les universitaires<sup>84</sup> se sont peu intéressés à l'évaluation, qui n'a pas été perçue comme une activité spécifique<sup>85</sup> et qui a été analysée comme une menace pour le fonctionnement normal de l'État<sup>86</sup>. Alors même qu'une véritable « consultocratie » se constituait<sup>87</sup>, aucune institutionnalisation durable et claire de l'évaluation n'a eu lieu. Celle-ci n'a pas été prise au sérieux. À la place s'est constitué un millefeuille d'institutions rendant très complexe tout recensement exhaustif et expliquant les difficultés rencontrées par les auteurs français pour identifier clairement la notion d'évaluation (2).

---

p 27 et J.-P. NIOCHE, « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *R.F.S.P.*, 1982, p. 42, et Ph. BÈZES, *Réinventer l'État*, *op. cit.*, p. 601 et s.

<sup>79</sup> CSE, *Rapport annuel sur l'évolution des pratiques d'évaluation des politiques publiques. L'évaluation de l'expertise à la responsabilité*, La Doc. Fr., 1991, p. 11 et A. PARIENTE, « Évaluation parlementaire et responsabilité politique du gouvernement », *loc. cit.*, p. 14.

<sup>80</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>81</sup> J.-M. BARBIER, « Éléments pour une sociologie de l'évaluation des politiques publiques en France », *loc. cit.*, p. 36.

<sup>82</sup> D. LAMARQUE, *L'évaluation des politiques publiques locales*, LGDJ, 2004, p. 84 : « ils considèrent souvent l'évaluation comme une phase de recul par rapport au temps de l'action, une démarche plutôt scientifique, dont l'immixtion dans le champ du politique est toujours un peu inquiétante ».

<sup>83</sup> Comme le résume E. Wasner, l'évaluation a pâti du « relatif manque de confiance réciproque entre trois acteurs distincts<sup>12</sup> : les membres de cabinets ministériels qui font l'interface avec le décideur politique ; les administrations qui ont longtemps été dans une situation de monopole des données ; et les chercheurs qui ont parfois eu un monopole temporaire de compétences – le mot compétence est entendu au sens large E. WASNER, « Évaluation des politiques publiques : faut-il de l'interdisciplinarité ? », *LIEPP – Methodological Discussion paper*, septembre 2013, n° 2, p. 11.

<sup>84</sup> Notamment les chercheurs en sciences sociales, alors que, dans les autres États, ils se sont rapidement intéressés à ce nouveau champ de recherche, v. J.-C. BARBIER et N. MATYJASIK, « évaluation des politiques publiques et quantifications en France : des relations ambiguës et contradictoires entre disciplines », *Revue française de socio-économie*, 2010, vol. 5, p. 123-140.

<sup>85</sup> C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, *Les scènes multiples de l'évaluation*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>87</sup> D. SAINT-MARTIN, « Les consultants et la réforme managériale en France et en Grande-Bretagne : vers l'émergence d'une "consultocratie" », *Canadian Journal of politic science*, Vol. 32, n° 1, mars 1999, p. 41-74.

## 2) Le kaléidoscope institutionnel de l'évaluation

**16.** En France, pour P. Duran et E. Monnier, « l'institutionnalisation de l'évaluation aura en quelque sorte précédé la pratique »<sup>88</sup>. Cependant, au lieu de porter l'évaluation, cette institutionnalisation a freiné sa progression. Les procédures évaluatives ont été éparpillées entre les institutions créées pour procéder à cette tâche tout en s'étendant en parallèle dans des institutions préexistantes<sup>89</sup>. Un bref tour d'horizon des institutions évaluatives permet d'en saisir la complexité.

**17.** Les organes non-inscrits dans la Constitution sont les plus nombreux et les plus anciens. Ils ont pour la plupart été chargés exclusivement de missions d'évaluation. Parmi ces organes spécifiques, il y a eu les éphémères centres de responsabilité, contractuellement chargés par l'État de développer l'évaluation dans certains services administratifs<sup>90</sup>. Il y a aussi eu le feu Conseil scientifique de l'évaluation (CSE), instauré en 1990<sup>91</sup> avec la Commission interministérielle d'évaluation (CIME). Il fut la plus emblématique de ces institutions. Il devait programmer et coordonner des évaluations<sup>92</sup>, mais son fonctionnement fut un échec. Faute de commandes, le CSE fut supprimé en 1998 et remplacé par le Conseil national de l'évaluation<sup>93</sup> (CNE). Toutefois, ce nouveau Conseil s'est aussi trouvé dépourvu d'évaluations à réaliser et fut supprimé à son tour en 2008<sup>94</sup>. Il a été remplacé par la Mission d'évaluation des politiques publiques<sup>95</sup>. Parmi les institutions plus récentes, il faut évoquer France Stratégie<sup>96</sup> et le Conseil consultatif d'évaluation des normes, créé en 2007<sup>97</sup> et transformé en 2013 en Conseil national d'évaluation des normes

---

<sup>88</sup> V. P. DURAN et E. MONNIER, « Le développement de l'évaluation en France. Nécessité technique et exigence politique », *loc. cit.*, p 247.

<sup>89</sup> CSE, *Rapport annuel de 1991*, *op. cit.*, p. 113-114.

<sup>90</sup> Institués par les circulaires des 23 février 1989 et 25 janvier 1990 citées par F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>91</sup> Décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques.

<sup>92</sup> V. J. BOURDIN, P. ANDRÉ et J.-P. PLANCADE, *op. cit.*, p. 178 et s. et J. LECA, « Le Conseil scientifique de l'évaluation », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1994, n° 4, p. 1217-1221.

<sup>93</sup> Décret n° 98-1048 du 18 novembre 1998 relatif à l'évaluation des politiques publiques.

<sup>94</sup> Décret n° 2008-663 du 4 juill. 2008 portant abrogation du décret n° 98-1048 du 18 nov. 1998 susvisé.

<sup>95</sup> Créée en 2007 au sein du Centre d'analyse stratégique, devenu France Stratégie, avant d'être rattachée à la Direction générale de la modernisation de l'État et au ministère du Budget. V. B. DELAUNAY, « Décision publique évaluée et performance », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, *op. cit.*, p. 121.

<sup>96</sup> Créée par le décret n° 2103-333 du 22 avril 2013 portant création du Commissariat général à la stratégie et à la prospective modifié par le décret n° 2017-392. France Stratégie relève du Premier ministre.

<sup>97</sup> Article 97 de la loi de finances rectificative n° 2007-1824 du 25 décembre 2007.

(CNEN)<sup>98</sup>. Chargé d'évaluer les normes qui affectent les collectivités territoriales, il est particulièrement actif. Il produit davantage que d'autres institutions plus récentes, notamment celles créées en 2012 à l'occasion de la MAP<sup>99</sup>, modifiées et renommées en 2018<sup>100</sup> à l'occasion du lancement du programme « Action publique 2022 »<sup>101</sup>, qui coexistent avec bien d'autres institutions spécifiques. Leur énumération n'est pas nécessaire pour remarquer que la création d'institutions dédiées à l'évaluation ne s'est jamais tarie depuis 1990.

**18.** À côté de ces instances entièrement dédiées à l'évaluation, il y a de nombreux autres organes, comme l'ADEME<sup>102</sup> (Agence de l'Environnement et de la maîtrise de l'Énergie), qui sont chargés, à titre accessoire, de missions d'évaluation, ce qui rend leur recensement fastidieux. L'évaluation est en effet pratiquée par un grand nombre d'entités qui ne sont pas des institutions individualisées. Elle est ainsi mise en œuvre par l'Administration centrale, et plus particulièrement par les corps traditionnels de contrôle qui ont fait évoluer leur domaine de compétence pour y inclure l'évaluation<sup>103</sup>. Il est toutefois difficile de recenser tous les services, corps et institutions pratiquant l'évaluation, d'autant que ces attributions sont mouvantes. Cette relative instabilité contraste avec les institutions dont la mission évaluative a été constitutionnalisée en 2008, c'est-à-dire le Parlement (art. 24 de la Constitution française) et la Cour des comptes (art. 47-2 de la Constitution).

**19.** Ces deux organes ont la particularité d'être indépendants du Gouvernement, contrairement aux institutions précitées. Le Parlement était déjà une institution évaluatrice

---

<sup>98</sup> J.-M. PONTIER, « L'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales », *JPC A*, n° 52, 2013, p. 2366.

<sup>99</sup> Décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012.

<sup>100</sup> Le secrétariat général à la modernisation de l'action publique (le SGMAP) s'est scindée pour former la Direction interministérielle de la transformation publique et une autre entité dédiée au numérique, décret n° 2017-1584 du 20 novembre 2017 relatif à l'organisation de la direction interministérielle de la transformation publique et de la direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État. V. aussi l'arrêté du 22 février 2018 portant organisation de la direction interministérielle de la transformation publique.

<sup>101</sup> Ce programme a été lancé le 13 octobre 2017 par le Premier ministre. Il a donné naissance au Comité interministériel de la transformation publique, v. le décret n° 2017-1586 du 20 novembre 2017 relatif au comité interministériel de la transformation publique et au délégué interministériel à la transformation publique.

<sup>102</sup> Comité d'évaluation créé en 2006, voir B. LAJUDIE et E. PLOTTU, « Évaluation et réingénierie de l'action publique : passer des recommandations à l'action », *PMP*, 2010, n° 3, p. 105-120.

<sup>103</sup> L. DE LA RAUDIÈRE L. (prés.) et P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, La Doc. Fr., 2014, p. 134 et s.

avant 2008<sup>104</sup>, mais l'étendue de sa production est sujette à discussion entre les auteurs, qui ne s'accordent pas nécessairement sur la désignation des organes dédiés à l'évaluation. Le plus ancien organe de ce type serait l'OPECST (Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques)<sup>105</sup>, créé en 1983. Il a été suivi par la création des offices parlementaires d'évaluation de la législation et d'évaluation des politiques publiques créés en 1996<sup>106</sup>, puis par l'office d'évaluation des politiques de santé<sup>107</sup>. Ils ont respectivement été supprimés en 2001 et en 2009 en raison de leur inactivité<sup>108</sup>. Aujourd'hui, des organes de l'Assemblée nationale ont pris le relais : la Mission d'évaluation et de contrôle (la MEC, constituée le 3 février 1999), « grande sœur » d'une MEC spécialisée pour les lois de financement et la sécurité sociale<sup>109</sup>. Enfin, le Comité d'évaluation et de contrôle (le CEC)<sup>110</sup> a été créé à la suite de l'inscription de la mission d'évaluation du Parlement dans la Constitution en 2008<sup>111</sup>. En dehors de ces instances formalisées, le Parlement pratiquerait l'évaluation dans ses rapports d'information<sup>112</sup>. Malgré ce foisonnement apparent, le bilan de l'évaluation parlementaire est jugé décevant par une partie de la doctrine en raison de sa fréquence et des méthodes utilisées<sup>113</sup>.

À l'inverse, l'autre organe chargé par le constituant dérivé d'évaluer depuis 2008, la séculaire Cour des comptes, a un bilan plus consensuel<sup>114</sup>. La juridiction financière a

---

<sup>104</sup> V. E. MAURY, « Le Parlement français face au défi de l'évaluation des politiques publiques », in M.-C. KESSLER et al., *L'évaluation des politiques publiques*, L'Harmattan, 1998, p. 42.

<sup>105</sup> Loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

<sup>106</sup> L'office parlementaire d'évaluation de la législation institué par la loi no 96-516 du 14 juin 1996 et l'Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques créé par la loi n° 96-517 du 14 juin 1996.

<sup>107</sup> Article 2 de la loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002 de financement de la sécurité sociale pour 2003.

<sup>108</sup> L'office parlementaire d'évaluation des politiques publiées a été supprimé dès 2001 par l'article 94 de la loi de finances pour 2001, et les deux autres offices ont été supprimés par la loi n° 2009-689 du 15 juin 2009. Sur l'activité de ces offices v. H. de PADIRAC, « Le Parlement français et l'évaluation. Une institutionnalisation impossible ? », *LIEPP Working paper*, oct. 2018, n° 80, p. 14-17.

<sup>109</sup> Art. 38 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

<sup>110</sup> Articles 146-1 et s. du règlement de l'Assemblée nationale créés lors de la réforme du 27 mai 2009.

<sup>111</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République (*J.O.R.F.*, n° 0171, 24 juillet 2008, p. 11890 et s.).

<sup>112</sup> V. P. TÜRK, *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ-Lextenso, 2011, p. 190 et C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, *Les scènes multiples de l'évaluation*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>113</sup> V. notamment A. PARIENTE, « Évaluation parlementaire et responsabilité politique du gouvernement », *loc. cit.*, p. 14 et O. ROZENBERG et G. TUSSEAU, « Le bilan de l'action du Parlement en matière d'évaluation est décevant », *Acteurs publics*, avril 2017, disponible sur le site internet de la revue.

<sup>114</sup> Si la Cour des comptes n'a pas encore été sollicitée pour étudier une étude d'impact d'un projet de loi, elle produit en moyenne deux rapports par an pour le CEC et ses rapports ne font pas l'objet de commentaires particuliers. La Cour est en général vue comme un organe d'évaluation compétent. Y. JÉGO et J.-L. DUMONT, *Rapport d'information de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le suivi des préconisations de la Cour des Comptes et de la Mission d'évaluation et de contrôle*, Rapport d'information, 2005, p. 17 et s ; D. MIGAUD, « Les cinq défis de l'évaluation », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 856 et P. HAYEZ, « La Cour des comptes, du contrôle à l'évaluation », *RFAP*, n° 155, 2015, p. 708 et s.

toujours été favorable à l'évaluation, qu'elle défendait jusqu'alors officieusement<sup>115</sup>. Elle est désormais chargée d'assister le Parlement dans sa mission évaluative<sup>116</sup>, qui constitue pour elle une activité à part<sup>117</sup>.

**20.** Il n'y a ainsi pas deux instances évaluatrices identiques. Ce tour d'horizon non exhaustif montre la diversité de ces organes. Il révèle les difficultés françaises pour les intégrer dans le fonctionnement de l'État et permet d'expliquer pourquoi l'évaluation est si insaisissable. Cependant, il n'est pas suffisant pour rendre compte de la réalité de l'évaluation. Parallèlement à son développement dans le champ politique, celle-ci a en effet essaimé dans tout le droit et surtout en droit public. Cette diversification n'a pas été étudiée par les politistes (B).

## **B. Les difficultés doctrinales à saisir l'évaluation**

**21.** Confrontés à une myriade d'institutions et au renouvellement continu des pratiques évaluatives, les auteurs de science politique, qui ont beaucoup écrit sur l'évaluation, ne sont pas parvenus à une définition unique de cet acte (1). Leurs définitions de l'évaluation des politiques publiques sont en outre trop spécialisées pour rendre compte de la diversité des pratiques évaluatives en droit public (2).

### 1) Les divergences des définitions politistes

**22.** Il n'existe pas de définition commune de l'évaluation en doctrine, ou plutôt, faudrait-il écrire, il n'existe pas de définition commune de l'évaluation des politiques publiques, puisque la plupart des écrits de science politique définissent seulement cette catégorie d'évaluation<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, *Les scènes multiples...*, *op.cit.*, p. 78.

<sup>116</sup> Articles L. 111-3-1 et 132-5 du code des juridictions financières.

<sup>117</sup> Article L. 111-1 du code des juridictions financières.

<sup>118</sup> Voir entre autres J.-M. BARBIER, « Éléments pour une sociologie de l'évaluation des politiques publiques en France », *RFAS*, 2010, n° 1, p. 25-49 ; J. DONZELOT et P. VIVERET, « Évaluation et démocratie, contrôle des politiques publiques et formation de l'opinion », *Esprit*, p. 42-56 et R. EPSTEIN, « Des politiques publiques aux programmes : l'évaluation sauvée par la LOLF ? Les enseignements de la politique de la ville », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 227-250. Ce tropisme a d'ailleurs rejaiilli sur le droit puisque les définitions légales de l'évaluation qui ont existé s'appliquaient à elles. Article 1<sup>er</sup> du décret du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques affirme ainsi que l'objet de l'évaluation d'une politique est de « rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de produire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont fixés ». Une nouvelle définition lui a

Les auteurs de science politique qui ont étudié l'évaluation reconnaissent explicitement la difficulté de parvenir à une définition : « il n'existe *aucune définition unique* de l'évaluation qui fasse autorité »<sup>119</sup>. Pour L. Rouban, non seulement il y a autant de définitions que d'organismes chargés d'évaluer, mais en plus les pratiques ne cessent d'évoluer, ce qui ne facilite pas l'identification d'un concept clair d'évaluation<sup>120</sup>. De même, pour C. Lacouette-Fougère et P. Lascoumes, « il n'est jamais simple de répondre à des questions qui renvoient à une fausse évidence comme : "Qu'est-ce que l'évaluation ?", "Quels acteurs la produisent ?" »<sup>121</sup>. Seul D. Lamarque juge relativement aisé de définir l'évaluation<sup>122</sup>, mais il consacre tout de même trente pages de son ouvrage à cette tâche par la suite. Si l'auteur souligne l'existence d'un consensus sur les bases de l'évaluation, il semble sous-estimer les divergences observables entre les définitions proposées.

**23.** En effet, les auteurs s'opposent sur plusieurs classifications qui conditionnent la définition de l'évaluation. La première classification discutée concerne la méthode évaluative. Le débat oppose, schématiquement, évaluation managériale et évaluation démocratique. Cette distinction correspond aux deux grands rapports fondateurs pour le développement des évaluations en France, le rapport Deleau de 1986 et le rapport Viveret de 1989<sup>123</sup>. L'évaluation managériale définie dans le rapport Deleau recherche « l'optimisation » des moyens mis en œuvre par les gouvernants pour atteindre des fins préalablement assignées<sup>124</sup> : elle fait prévaloir la dimension quantitative de l'évaluation. *Contrairement*, l'évaluation démocratique défendue dans le rapport Viveret est avant tout qualitative et prétend participer à l'équilibre des pouvoirs dans la démocratie

---

été substituée en 1998, désormais : « l'évaluation d'une politique publique a pour objet d'apprécier l'efficacité de cette politique en comparant ses résultats aux objectifs assignés et aux moyens mis en œuvre » (art. 1 du décret n° 98-1048 du 18 novembre 1998 relatif à l'évaluation des politiques publiques).

<sup>119</sup> J.-E. FURUBO, « Pourquoi l'évaluation a-t-elle tant de mal à tenir ses promesses ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques...*, op. cit., p. 139. C'est l'auteur qui souligne. Dans le même sens, v. M.-C. KESSLER, « Avant-propos », in M.-C. KESSLER et alii, *L'évaluation des politiques publiques*, L'Harmattan, 1998, p. 1-5 et D. MIGAUD, « Les cinq défis de l'évaluation », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 853.

<sup>120</sup> L. ROUBAN, « Évaluation et modernisation administrative », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, op. cit., p. 34-54.

<sup>121</sup> C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOURMES, « L'évaluation : un marronnier de l'action gouvernementale ? », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 859-875.

<sup>122</sup> D. LAMARQUE, *L'évaluation des politiques publiques locales*, op. cit., p. 13.

<sup>123</sup> M. DELEAU et al., *Évaluer les politiques publiques : méthodes, déontologie, organisation, rapport pour le commissariat Général du Plan*, La Doc. Fr., 1986, 180 p. et P. VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques : rapport au premier ministre*, op. cit., 1989, 175 p.

<sup>124</sup> V. J. CHEVALLIER, *Science administrative*, op. cit., p. 532.

participative<sup>125</sup>. La deuxième classification qui divise les auteurs est chronologique. Elle sépare les évaluations entre celles *ex ante* et celles *ex post*. L'évaluation *ex ante*, dite prospective, cherche à apprécier qualitativement l'avenir, elle est donc réalisée avant la mise en œuvre de l'action. À l'inverse, l'évaluation *ex post* s'intéresse au passé. Elle est en général réalisée avant une décision qui devra choisir entre la continuation de l'action, sa réformation ou son abandon<sup>126</sup>. Enfin, certains auteurs évoquent l'évaluation « en continu »<sup>127</sup>, *ex itinere*, réalisée pendant l'action, et là aussi destinée à permettre l'adoption des mesures adéquates au terme de l'action considérée.

Ces distinctions sont toutefois contestées<sup>128</sup>. Il est vrai que, comme le relève J. Chevallier, les évaluations ont toujours les mêmes fins, « rationaliser l'action collective » – dans la perspective de la *one best way*<sup>129</sup> – et la « circulation de l'information »<sup>130</sup>. De plus, l'évaluation est toujours un outil d'aide à la décision<sup>131</sup>. Pour autant, pour de nombreux auteurs, les classifications évoquées restent déterminantes et justifient l'exclusion de certaines pratiques en raison de leur caractère *ex post*, ou *ex ante*, par exemple.

**24.** Ces oppositions expliquent la multiplicité des définitions doctrinales de l'évaluation. À titre d'exemple, selon P. Duran et E. Monnier, toute évaluation est prospective : « l'évaluation se définit ainsi comme une démarche pluraliste interne au système des acteurs concernés, visant à apprécier le bien-fondé d'une intervention publique dans ses effets attendus et les modalités de sa mise en œuvre à partir de la confrontation de ses effets aux systèmes de valeurs en présence »<sup>132</sup>. Au contraire, pour J. Leca et M. Grawitz,

---

<sup>125</sup> P. VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques : rapport au premier ministre*, op. cit., 1989, p. 38. Sur cette évaluation, v. aussi F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, op. cit., p. 12.

<sup>126</sup> V. entre autres J. LECA et M. GRAWITZ (dir.), *Traité de science politique*, PUF, t. 4, 1985, p. 35 et s., et J. CHEVALLIER, « Synthèse », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, op. cit., p. 303.

<sup>127</sup> E.-P. GALLIE, A. GLASER, P. LEFEBVRE et F. PALLEZ, « Évaluation moderne, évaluation modeste ? Le cas des pôles de compétitivité français », *PMP*, n° 29, 2012, § 19.

<sup>128</sup> B. PERRET, *L'évaluation des politiques publiques*, op. cit., p. 99 ; CSE, *Petit guide de l'évaluation des politiques publiques*, La Doc. Fr., 1996, p. 6 et A. FOUQUET, « L'évaluation des politiques publiques : État(s) de l'art et controverses », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 839.

<sup>129</sup> V. *supra*, § 12.

<sup>130</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative*, op. cit., p. 533.

<sup>131</sup> V. notamment F. SIMONET, « L'évaluation : objet de standardisation des pratiques sociales », *loc. cit.*, p. 91-100 ; F. BLONDEL, *op. cit.*, p. 77 ; F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, op. cit., p. 12 et J. PLANTÉ, « Principes d'une évaluation socialement utile (Leçons de l'expérience Québécoise) », in *Outils, pratiques, institutions pour évaluer les politiques publiques, actes du séminaire Plan-ENA*, La Doc. Fr., 1991, p. 36.

<sup>132</sup> P. DURAN et E. MONNIER, « Le développement de l'évaluation en France. Nécessité technique et exigence politique », *loc. cit.*, p. 245.

l'évaluation au sens restreint est seulement l'évaluation rétrospective. C'est une « démarche empirique qui cherche, après les avoir saisis, à expliquer les effets réels, symboliques ou matériels, de l'action accomplie »<sup>133</sup>. Quant au CSE (Conseil scientifique de l'évaluation), il ne retient pas de critère temporel ni de champ spécifique – il ne se limite pas aux politiques publiques. Selon lui, l'évaluation peut porter sur « la pertinence d'une politique (adéquation de celle-ci à des besoins sociaux), [la] cohérence interne des objectifs au regard des ressources et des acteurs qui la constituent, [son] efficacité (mesure des résultats obtenus rapportés aux objectifs), [son] efficience (appréciation des résultats aux regards des moyens), [ou] son impact (effet social global incluant les effets non explicitement visés dans la politique) »<sup>134</sup>. Bien que ces définitions se ressemblent, elles divergent sur la méthode ou les fins de l'évaluation. Elles sont toutefois toutes restrictives, dans la mesure où elles réduisent l'objet de l'évaluation aux politiques publiques ou à l'action normative. Or, l'évaluation ne s'est jamais limitée aux politiques publiques et elle n'a cessé de se développer hors de ce champ (2).

## 2) L'omission des définitions politistes

**25.** La technique évaluative a irrigué tous les pans du droit. En droit privé, et notamment en droit du travail, elle constitue désormais une source de droits pour le salarié<sup>135</sup>. Cependant, dans le champ du droit privé, les pratiques évaluatives obligatoires restent rares. À l'inverse, en droit public, l'évaluation s'est épanouie dans tous les domaines liés à l'action administrative. Il est à ce titre difficile de comprendre pourquoi l'évaluation destinée à une autorité administrative n'a pas plus intéressé les auteurs. En effet, non seulement l'expansion des évaluations « politiques » et « administratives » a été concomitante, contrairement à ce que laisse penser l'importance de la littérature politiste, mais en outre le droit s'est plus rapidement et plus intensément saisi des évaluations « administratives ».

---

<sup>133</sup> J. LECA ET M. GRAWITZ (dir.), *Traité de science politique, op. cit.*, p. 35.

<sup>134</sup> CSE, *Rapport annuel de 1991, op. cit.*, p. 52-53.

<sup>135</sup> Articles L. 1222-3 et L. 1222-4 du code du travail. V. G. OLCZAK-GODEFERT, « L'évaluation des salariés en question », *Journal des Sociétés*, 2011, n° 92, p. 58-60.

**26.** L'évaluation a ainsi été formalisée en droit de l'environnement dès 1976 et, depuis cette date, l'évaluation environnementale<sup>136</sup> s'est développée avec constance sous les impulsions de l'Union européenne<sup>137</sup>. Auparavant, de manière plus discrète, c'est en droit sanitaire que des évaluations ont été imposées par des textes de droit, dès 1959, pour accompagner les décisions d'autorisations de mise sur le marché des médicaments<sup>138</sup>. Les évaluations ont prospéré dans ce domaine après le scandale du sang contaminé, dans les années 1990. Elles portent aujourd'hui, entre autres, sur la balance « bénéfice-risque » des médicaments et le fonctionnement des établissements de santé<sup>139</sup>.

À partir des années 2000, les évaluations se sont diversifiées. L'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat public-privé<sup>140</sup> a imposé la réalisation d'une évaluation « purement juridique »<sup>141</sup> préalablement à leur conclusion. Cette évaluation a été renouvelée et pérennisée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui a transformé ces contrats en marchés de partenariat<sup>142</sup>. Entre-temps, l'évaluation s'est implantée dans la fonction publique en supplantant la notation à la fin des années 2000<sup>143</sup>.

**27.** L'enracinement de l'évaluation en droit administratif a répondu aux mêmes causes que l'évaluation des politiques publiques. La performance de l'action étatique et la préservation des deniers publics ont justifié l'instauration de l'évaluation de contrats supposés coûteux et l'évaluation des fonctionnaires. L'efficacité de l'action étatique en matière de santé et de protection de l'environnement a aussi justifié la progression de l'évaluation dans ces domaines. Cependant, s'il existe une *unité des causes* de l'évaluation, la multiplication tous azimuts de cette nouvelle procédure peut faire douter de *l'unité de la notion* d'évaluation. La multiplication des évaluations administratives pourrait être le signe

---

<sup>136</sup> Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature et décret n°77-1141 du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

<sup>137</sup> Directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement et directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

<sup>138</sup> Ordonnance n° 59-250 du 4 février 1959 relative à la réforme du régime de la fabrication des produits pharmaceutiques et à diverses modifications du code de la santé publique.

<sup>139</sup> Prévues aujourd'hui aux articles R. 6113-12 à R. 6113-16 du code de la santé publique et art. R. 163-21 du code de la sécurité sociale.

<sup>140</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

<sup>141</sup> L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 10ème éd., 2016, p. 553.

<sup>142</sup> Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>143</sup> Art. 35 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, mise en œuvre par un décret pour chaque fonction publique.

d'un mésusage ou d'un galvaudage de cette notion. À cet égard, la plupart des auteurs observent aujourd'hui une « extension démesurée de l'usage du terme d'évaluation qui risque d'aboutir à sa dissolution »<sup>144</sup>. Comme le souligne P. Idoux, l'évaluation se réduit souvent à un label qui sert la communication des gouvernants<sup>145</sup>. Les juristes recourent eux-mêmes à la notion d'évaluation de manière extensive, à l'image de L. Cluzel-Métayer, qui l'emploie pour désigner des opérations de contrôle ou d'audit<sup>146</sup>. Ce large emploi officiel et doctrinal empêche-t-il toute entreprise de définition de l'évaluation ? Peut-on dire, suivant L. Rouban que l'« évaluation en tant que telle n'existe pas »<sup>147</sup> ?

**28.** Il est vrai que l'évaluation soulève toujours « certains *problèmes d'ordre conceptuel* »<sup>148</sup>. Pour autant, contrairement à ce qu'affirme A. Jeammaud, il ne semble pas que définir une notion d'évaluation reviendrait à tomber dans « l'illusion nominaliste »<sup>149</sup>. À cet égard, pour J. Chevallier, « [la] banalisation du thème de l'évaluation n'apparaît pas recevable. Entendue au sens strict, l'évaluation implique le respect d'un certain nombre de conditions, d'ordre méthodologique (recours à des instruments scientifiques d'analyse) et institutionnel (indépendance des instances d'évaluation) qui en font une démarche spécifique »<sup>150</sup>.

Un effort de clarification et de redéfinition de l'évaluation paraît donc envisageable. Cet effort peut être mené à partir des définitions doctrinales existantes, en gommant leur parti pris politiste grâce à l'emploi de critères objectifs et indifférents à l'objet évalué, comme la méthode ou le statut de son auteur. La définition obtenue permettra d'établir avec précision le champ des évaluations en droit public incluses dans le périmètre de cette recherche (§II).

---

<sup>144</sup> P. DURAN, « L'évaluation des politiques publiques, une résistible obligation », *loc. cit.*, p. 12.

<sup>145</sup> P. IDOUX, « Évaluation et performance de l'action administrative », in A. LAGET-ANNAMAYER et D. DERO-BUGNY *L'évaluation en droit public, op. cit.*, p. 37.

<sup>146</sup> L. CLUZEL, *Le service public et l'exigence de qualité, op. cit.*, voir notamment les p. 45 et s. et les p. 103 et s.

<sup>147</sup> L. ROUBAN, « Évaluation et modernisation administrative », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration, op. cit.*, p. 47.

<sup>148</sup> J. CHEVALLIER, « Synthèse », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER, *L'évaluation en droit public, op. cit.*, p. 229. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>149</sup> L. CASAUX-LABRUNÉE, A. JEAMMAUD et T. KIRAT, « Évaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 427.

<sup>150</sup> J. CHEVALLIER, « Introduction », in M.-C. KESSLER et al., *L'évaluation des politiques publiques, op. cit.*, p. 14.

## §II. Les évaluations en droit public

29. Il est possible de transposer à l'évaluation l'observation que F. Caballero faisait à propos de la notion de nuisance en droit de l'environnement. Écrire que l'évaluation « [obéit] à un régime uniforme relève, en l'état actuel du droit positif, de l'affabulation pure et simple ». L'évaluation n'a cependant pas besoin d'un tel régime pour constituer une *notion* juridique unifiée.

Pour R. Latournerie, « la notion consiste (...) dans le groupement, sous une rubrique appropriée, d'un ensemble de situations présentant entre elles une suffisante affinité ». L'« identité absolue » des situations à définir n'est pas « souhaitable »<sup>151</sup>. Il faut en effet que la notion garde suffisamment de « malléabilité et de plasticité »<sup>152</sup> pour s'adapter aux différentes situations. De ce fait, il n'est pas nécessaire que la notion d'évaluation recouvre une gamme de pratiques absolument uniforme. Définir l'évaluation eût été impossible en cas contraire, tant les écrits et la pratique montrent le caractère fondamental de la souplesse de la méthode évaluative.

Ce premier point acquis, il faut savoir quelle forme prendra la définition : conceptuelle ou fonctionnelle. En effet, en droit, il est coutume de séparer les notions selon la fameuse distinction faite par le doyen G. Vedel entre les notions conceptuelles et fonctionnelles<sup>153</sup>. Les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes », alors que les notions fonctionnelles « procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »<sup>154</sup>.

30. *A priori*, au regard des divergences existant sur l'évaluation, il semblerait naturel d'assimiler l'évaluation à une notion fonctionnelle. Ce choix négligerait pourtant la polysémie du terme d'« évaluation » et céderait à la tentation de vouloir qu'un terme ne renvoie qu'à un concept. G. Tusseau<sup>155</sup> fustige cette tendance doctrinale, qui a mené, selon lui, G. Vedel à créer la métanotion de notion fonctionnelle. Il rappelle l'importance de la

---

<sup>151</sup> R. LATOURNERIE, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public », *EDCE*, 1960, p. 95.

<sup>152</sup> R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in *Le Conseil d'État, livre jubilaire*, Sirey, 1952, p. 219.

<sup>153</sup> G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950. I. 851.

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, § 43.

polysémie, qui fait qu'un terme ou une expression, comme celle de service public, est employée pour désigner différents concepts en fonction des « stratégies de pouvoirs des acteurs juridiques ». D. de Béchillon rappelle lui aussi que les catégories juridiques sont « instrumentalisables » par les acteurs en fonction des fins qu'ils recherchent<sup>156</sup>. Dans cette perspective, l'emploi d'un même terme dans plusieurs contextes ne signifierait pas qu'il est impossible d'en donner une définition conceptuelle, mais, au contraire, que plusieurs définitions conceptuelles sont possibles.

À cet égard, en matière évaluative, les divergences entre les auteurs et les différentes utilisations de l'évaluation plaident plutôt en faveur de la polysémie du terme. Or, parmi les différents usages qui sont faits de l'évaluation, un seul désigne une pratique originale et spécifique. Il est en effet possible de distinguer parmi les différents usages du terme une notion dominante, dont l'essence est contenue dans les définitions doctrinales existantes (A). L'identification de cette notion permet de distinguer l'évaluation des pratiques qui lui sont proches et auxquelles renvoient les autres usages du terme, afin d'isoler finalement les « vraies » évaluations (B).

## **A. La redéfinition de l'évaluation**

**31.** Les auteurs politistes et philosophes s'intéressant à la définition de l'évaluation abordent toujours deux questions qui paraissent déterminantes pour comprendre cette notion. Le premier point concerne la nature de l'évaluation : est-elle une simple mesure ou un véritable jugement de valeur ? Leur réponse est claire : l'évaluation est un jugement de valeur (1). L'autre point clef concerne la méthode de l'évaluation : quels éléments faut-il retenir pour la définir ? Sur ce point, les avis divergent encore autour de la question de la scientificité de l'évaluation et des spécificités méthodologiques à prendre en compte (2).

---

<sup>156</sup> D. de BÉCHILLON, « À propos des catégories du droit de la responsabilité », in G. DARCY (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, éd. du Sénat, 2001, p. 310.

## 1) La définition de l'évaluation comme jugement de valeur

**32.** Il existe deux pôles extrêmes dans la doctrine politiste et juridico-administrativiste relative à la nature de l'évaluation. Pour certains auteurs, l'évaluation peut se réduire à une mesure<sup>157</sup>.

Selon M. Detourbe, la mesure « consiste à attribuer une valeur sur une échelle qui correspond à un aspect spécifique de l'objet évalué »<sup>158</sup> ; elle « permet de comparer des objets différents (pouvant être de nature diverse) selon une dimension particulière ». E. Enriquez voit ainsi la notation comme une simple « modalité de l'évaluation »<sup>159</sup> quand, pour A. Aflalo, « l'évaluation consiste toujours en une substitution de la quantité à la qualité »<sup>160</sup>. À en croire ces auteurs, l'évaluation pourrait donc se dispenser d'analyse qualitative : elle se limiterait à une mesure et une comparaison à d'autres données. Il apparaît alors peu aisé de comprendre ce qui sépare l'évaluation promue par l'OCDE de l'évaluation monétaire classique<sup>161</sup>.

À l'extrême inverse, d'autres auteurs excluent que l'évaluation puisse avoir un lien avec la mesure. Pour M.-A. Hermitte et V. David « le mot [évaluation devrait être] réservé à des opérations qui impliquent une approximation, une subjectivité, un risque d'erreur, un jugement »<sup>162</sup>. Pour P. Büttgen et B. Cassin, il s'agit d'« une méthode qui permet d'évaluer un résultat et donc de connaître la valeur d'un résultat qui ne peut pas être mesuré »<sup>163</sup>. Cette position semble réduire excessivement le champ de l'évaluation, étant donné qu'il est très difficile de trouver un objet qui ne soit pas, au moins par certains aspects, mesurable. À cet égard, dans l'hypothèse où le travail d'un individu ne peut être mesuré en soi, il est toujours possible d'assigner des objectifs aux employés et de mesurer, par la suite,

---

<sup>157</sup> F. ROBIN, « De l'évaluation, de l'audit et de quelques autres notions », *Connexions*, n° 56, 1990, p. 122, et C. CHAIX et A. FOURCADE, « Avant-propos », in P. DURIEUX (dir.), *Évaluation, qualité, sécurité dans le domaine de la santé. Guide des principaux termes*, Médecine Sciences Pub., 1998, p. XIII.

<sup>158</sup> M. DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation dans l'enseignement supérieur : le cas des universités britanniques*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2014, p. 64.

<sup>159</sup> E. ENRIQUEZ, « L'évaluation entre perversion et sublimation », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 245.

<sup>160</sup> A. AFLALO, « L'évaluation, un nouveau scientisme ? », *loc. cit.*, p. 81.

<sup>161</sup> V. *supra*, § 2 et s.

<sup>162</sup> M.-A. HERMITTE et V. DAVID, « Évaluation des risques et principe de précaution (1) », *LPA*, 30 nov. 2000, n° 239, p. 14.

<sup>163</sup> P. BÜTTGEN et B. CASSIN, « J'en ai 22 sur 30 au vert. Six thèses sur l'évaluation », *Cités*, 2009, n° 1, p. 29.

s'ils ont été atteints, même si cette appréhension du travail engendre d'importants risques sociaux et professionnels<sup>164</sup>.

**33.** La majeure partie des auteurs adopte une position plus nuancée. Si l'évaluation ne se réduit pas à une mesure, elle n'exclut pas toute activité liée à celle-ci : la mesure est à la fois quantitative et qualitative<sup>165</sup>. Plus précisément, l'évaluation implique l'*interprétation* de mesures<sup>166</sup>. Elle constitue un *jugement* « porté sur une donnée par référence à une valeur »<sup>167</sup>. Elle suppose une « observation », une « explication » et une « analyse »<sup>168</sup>. Contrairement à la mesure « unidimensionnelle », l'évaluation est « pluridimensionnelle », elle ne se résume pas à la mesure de la « conformité » à un objectif, mais comporte « l'attribution d'une valeur »<sup>169</sup>. L'évaluation constitue ainsi un jugement de valeur. Si cette approche n'est pas universelle<sup>170</sup>, c'est bien sous cet angle qu'elle est définie dans le rapport Viveret de 1989<sup>171</sup>.

Cette définition de l'évaluation comme un jugement de valeur ne signifie pas qu'elle cherche à définir les valeurs ou qu'elle porte un jugement sur les valeurs elles-mêmes. Elle n'est pas une « axiologie »<sup>172</sup> ; elle ne correspond pas non plus à « l'étude d'une triple relation : entre le sujet, son jugement de valeur et la valeur elle-même »<sup>173</sup> ; elle ne cherche pas à développer une théorie des valeurs. L'évaluation porte sur des institutions, des actes, des activités, des personnes<sup>174</sup> : ce sont eux et non directement la valeur qu'elle juge. Si l'on parle de jugement de valeur, c'est seulement en raison des normes de référence de ce

---

<sup>164</sup> C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Éditions Quae, p. 30 et s.

<sup>165</sup> V. A. REVILLARD, « Quelle place pour les méthodes qualitatives dans l'évaluation des politiques publiques ? », *LIEPP Working paper*, novembre 2018, n° 81, p. 21-30.

<sup>166</sup> V. J.-P. NIOCHE et R. POINSARD, *L'évaluation des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 6 et S. TROSA, « L'évaluation, nécessité ou gadget ? », in S. TROSA, *Évaluer les politiques publiques...*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>167</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>168</sup> L. MADER, *L'évaluation législative*, Genève, Payot Lausanne 1985, p. 57.

<sup>169</sup> M. DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation dans l'enseignement supérieur...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>170</sup> S. TROSA, « Comment profiter des expériences étrangères ? L'évolution des démarches d'évaluation au niveau international », in F. MOUTERDE et S. TROSA, *Les nouvelles frontières de l'évaluation*, *op. cit.*, p. 124 et A. NOURY, « L'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 2, 2000, p. 610.

<sup>171</sup> P. VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques*, *op. cit.*, p. 15

<sup>172</sup> Ch.-A. MORAND, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et société*, n° 10, 1988, p. 393.

<sup>173</sup> C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit : essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1982, p. 36.

<sup>174</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration*, *op. cit.*, p. 12.

jugement, qui s'oppose au jugement de réalité<sup>175</sup>. Jugement de réalité et jugement de valeur sont en effet couramment opposés en philosophie<sup>176</sup>.

**34.** Le jugement se définit classiquement comme « une opinion favorable ou défavorable »<sup>177</sup>. Pour P. Rosanvallon il s'agit, *lato sensu*, d'« une appréciation instruite et argumentée, [un] processus d'examen d'une question conduisant à la trancher »<sup>178</sup>. Pour le sociologue E. Durkheim, un jugement de réalité « énonce ce qui est » alors que les jugements de valeur « ont pour objet de dire non ce que sont les choses, mais ce qu'elles valent par rapport à un sujet conscient, le prix que ce dernier y attache »<sup>179</sup>. En d'autres termes, selon C. Grzegorzcyk, le jugement de valeur n'est pas la description d'une valeur, ce qui serait un acte de connaissance. C'est un jugement qui utilise les valeurs comme standards<sup>180</sup>. Or, pour E. Durkheim, ces valeurs diffèrent des concepts qui fondent les jugements de réalité. Alors que les concepts ont uniquement pour rôle « d'exprimer les réalités auxquelles ils s'appliquent, de les exprimer telles qu'elles sont », les idéaux de valeur ont pour fonction « de transfigurer les réalités auxquelles ils sont rapportés ». L'auteur continue : « dans les premiers cas, c'est l'idéal qui sert de symbole à la chose de manière à la rendre assimilable à la pensée. Dans le second, c'est la chose qui sert de symbole à l'idéal et qui le rend représentable aux différents esprits »<sup>181</sup>. P. Foulquié éclaire cette définition : en philosophie, les valeurs sont les « propriété[s] ou caractère[s] de ce qui est, non pas seulement désiré, mais désirable »<sup>182</sup>.

En ce sens, les jugements formulés dans l'évaluation sont bien des jugements de valeur. Les valeurs employées dans l'évaluation (l'économie des deniers publics, la protection de l'environnement, l'efficacité de l'action publique, *etc.*) sont représentables grâce au jugement porté sur les objets évalués. Ce ne sont pas les objets qui sont rendus représentables par les idéaux utilisés comme référence. Par ailleurs, les valeurs retenues sont les propriétés jugées désirables de l'objet ou du sujet évalué.

Un autre élément appuie cette analyse. Pour plusieurs auteurs, le jugement de valeur se distingue aussi du jugement de réalité en raison de sa forme argumentative. Ch. Perelman

---

<sup>175</sup> E. DURKHEIM, « Jugements de valeur et de réalité », *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, n° 19, p. 437-453.

<sup>176</sup> P. FOULQUIÉ, « Valeur », in P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue...*, op. cit., p. 750-763.

<sup>177</sup> *Le Petit Robert 2015*, Le Robert-Desk éditions, coll. « PR. 1 » 2014, 2387 p.

<sup>178</sup> P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 195.

<sup>179</sup> E. DURKHEIM, « Jugements de valeur et de réalité », *loc. cit.*, p. 337.

<sup>180</sup> C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit...*, op. cit., p. 192.

<sup>181</sup> E. DURKHEIM, « Jugements de valeur... », *loc. cit.*, p. 453.

<sup>182</sup> P. FOULQUIÉ, « Valeur », in P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue...*, op. cit., p. 751.

affirme notamment que « le recours aux raisonnements *dialectiques et rhétoriques* s'impose » pour établir « un *accord* sur des valeurs et leur application, quand celles-ci font l'objet d'une controverse »<sup>183</sup>. Or, selon plusieurs auteurs, dont B. Perret<sup>184</sup> et S. Trosa<sup>185</sup>, l'évaluation peut être décrite comme une méthode argumentative. J.-F. Amedro souligne également la nature justificative et, par conséquent, argumentative de l'évaluation<sup>186</sup>. La définition de l'évaluation comme un jugement de valeur argumenté fait ainsi l'objet d'un large consensus en doctrine. P. Duran la définit même comme la combinaison d'un jugement de réalité et d'un jugement de valeur, puisque l'évaluation implique la réalisation de quantifications préalables<sup>187</sup>.

L'évaluation est donc comprise, dans le cadre de cette recherche, comme un jugement de valeur. Toutefois, cette qualification renseigne assez peu sur ce qu'elle est concrètement. Pour mieux cerner cet acte, il convient donc d'étudier, en plus, sa méthode et sa procédure<sup>188</sup>. Alors que la professionnalisation du « métier » d'évaluateur s'accroît<sup>189</sup>, l'identification des caractéristiques de la méthode évaluative continue de diviser fortement la doctrine (2).

## 2) La question cruciale de la méthode de l'évaluation

**35.** Pour J. Chevallier, il existe une « logique » de l'évaluation<sup>190</sup>, une méthode proprement évaluative. L'évaluation est « censée se distinguer des simples jugements par sa méthodologie rigoureuse »<sup>191</sup>. À l'inverse, pour J. Leca, qui fut président du Conseil scientifique de l'évaluation (CSE), la méthode de l'évaluation est une piste erronée de

---

<sup>183</sup> Ch. PERELMAN., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque du Droit », 2001, p. 101. L'auteur souligne.

<sup>184</sup> B. PERRET, *L'évaluation des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>185</sup> S. TROSA, « L'évaluation, nécessité ou gadget ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>186</sup> J.-F. AMEDRO, « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *RDP*, n° 5, 2013, p. 1137 et s.

<sup>187</sup> P. DURAN, « Les ambiguïtés politiques de l'évaluation », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 138.

<sup>188</sup> M. DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation...*, *op. cit.*, p. 79. L'auteur définit l'évaluation comme « la combinaison contextualisée de méthodes de collecte, de synthèse et d'analyse de données à partir de points de référence particuliers et en fonction d'objectifs spécifiques ».

<sup>189</sup> N. MATYJASIK, « Des évaluations de politiques publiques et des consultants : émergence d'un champ professionnel et segmentation des rôles », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 907-921.

<sup>190</sup> J. CHEVALLIER, « Synthèse », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>191</sup> J. CHEVALLIER, « Synthèse », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER, *L'évaluation en droit public* *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 231.

recherche<sup>192</sup>. Il est vrai que la méthode de l'évaluation est très changeante<sup>193</sup> et qu'elle n'est pas révolutionnaire<sup>194</sup>. Il existe cependant un accord fondamental, en doctrine, sur le principe d'une méthode et d'une procédure propres à l'évaluation. Celle-ci obéit à certains principes cardinaux<sup>195</sup>. La validité de l'évaluation requiert en effet que la méthode retenue soit explicitée et « reproductible »<sup>196</sup> et que l'évaluateur désigné soit objectif et indépendant<sup>197</sup>.

**36.** Toutefois, au-delà de la définition de ce socle commun, les auteurs s'opposent et ne parviennent plus à dégager de critères abstraits, détachés de l'évaluation des politiques publiques. Les auteurs français ont en effet l'habitude de définir la méthode évaluative à partir de critères qui ne sont valables que pour l'évaluation des lois et des politiques publiques. Ces critères révèlent l'emprise du *NPM* sur la doctrine : pour nombre d'auteurs, l'évaluation se réduit à la question de l'efficacité, qu'ils ne définissent pas toujours de la même manière, mais qui a toujours une connotation fortement économique. Ce biais est observable chez B. Delaunay<sup>198</sup> ou chez S. Schott<sup>199</sup>. Il affecte aussi les auteurs qui érigent la performance et l'efficacité en valeurs cardinales de l'évaluation<sup>200</sup>.

Or, comme le relève J. Caillosse, « mesurer l'efficacité pratique de la norme, c'est apprécier son adéquation par rapport à l'objectif qui lui était imparti »<sup>201</sup>, ce qui « se prête

---

<sup>192</sup> J. LECA, « L'évaluation dans la modernisation de l'État », *PMP*, vol. 11, n° 2, 1993, p. 166.

<sup>193</sup> J.-M. BARBIER, « Éléments pour une sociologie de l'évaluation des politiques publiques en France », *loc. cit.*, p. 45.

<sup>194</sup> Certains auteurs lui reprochent son manque de spécificité, qui la rendrait inutile comme critère de définition. V. B. PERRET, *L'évaluation des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>195</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration*, *op. cit.*, p. 13 ; J.-P. NIOCHE et R. POINSARD, « L'évaluation des politiques publiques en France », in J.-P. NIOCHE et R. POINSARD, *L'évaluation des politiques publiques* *op. cit.*, p. 6 ; SFE, *Charte de l'évaluation des politiques publiques et des programmes publics*, 2006, 2 p. ; J. BOURDIN, P. ANDRÉ ; J.-P. PLANCADE, *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, n° 392, *op. cit.*, p. 216 : « l'évaluation des politiques publiques est une démarche qui doit respecter quelques grands principes » et D. MIGAUD, « Les cinq défis de l'évaluation », *loc. cit.*, n° 148, p. 856 et s.

<sup>196</sup> J.-P. NIOCHE et R. POINSARD, « L'évaluation des politiques publiques en France », in J.-P. NIOCHE et R. POINSARD, *L'évaluation des politiques publiques* *op. cit.*, p. 6.

<sup>197</sup> F. ROUVILLOIS, *Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'innovation politique, 2006, p. 28 ; J. CHEVALLIER, « Performance et gestion publique », in *Mélanges en l'honneur de R. Hertzog*, *Economica*, 2011, p. 273, et P. CLARET DE FLEURIEU, « L'expérience de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS, *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., 1995, p. 75.

<sup>198</sup> B. DELAUNAY, « Décision publique évaluée et performance », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, 2010, p. 119.

<sup>199</sup> S. SCHOTT, « L'évaluation législative », in P. HAMMJE, L. JANICOT, et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, p. 148.

<sup>200</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative*, *op. cit.*, p. 533 et s.

<sup>201</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 273.

à d'importantes variations dans le temps et dans l'espace »<sup>202</sup>. En d'autres termes, l'efficacité signifie uniquement l'atteinte d'objectifs déterminés à un moment *t*, sans autre considération : une même activité peut être considérée comme efficace ou inefficace en fonction des objectifs pris en compte. L'efficacité n'est donc pas nécessairement économique. Surtout, si l'évaluation peut être définie comme un jugement de valeur, elle ne peut pas être réduite à la valeur de l'efficacité ou de l'efficience<sup>203</sup>, qui ne sont que des valeurs particulières. En réalité, l'évaluation ne peut être réduite à aucune valeur singulière sous peine de se transformer en idéologie. Il serait donc inadéquat de la définir comme la recherche de la soutenabilité financière ou de l'efficience, qui désigne le rapport entre les coûts engagés pour réaliser une action et les objectifs atteints<sup>204</sup>. Une référence systématique à l'efficacité exclurait de la notion d'évaluation l'appréciation faite des fonctionnaires en fonction de leur « manière de servir »<sup>205</sup> et de leurs « qualités relationnelles »<sup>206</sup> ou les critères d'évaluation des documents d'urbanisme et des projets de travaux, qui ne se réduisent pas à des questions économiques<sup>207</sup>, alors que ces actes sont des parangons de l'évaluation.

Il est donc préférable de s'émanciper de l'efficacité pour conceptualiser l'évaluation dans sa totalité. Il semble qu'il faille même renoncer à caractériser les valeurs utilisables dans l'évaluation, faute de pouvoir en dresser une liste exhaustive. Définir l'évaluation comme un jugement de valeur ne requiert pas d'identifier les valeurs jugées. Les autres critères employés en science politique – objectivité du jugement de valeur porté et indépendance de l'évaluateur – paraissent plus pertinents pour définir l'évaluation. Ils soulèvent une question cruciale pour sa définition. L'évaluation, qui se veut objective, constitue-t-elle une activité scientifique ?

**37.** Pour savoir si l'évaluation est une science, il faut d'abord s'entendre sur la définition de la science. Or, celle-ci fait l'objet de nombreux débats en épistémologie, de la théorie

---

<sup>202</sup> J. CAILLOSSE, *L'état du droit administratif*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2015, p. 235.

<sup>203</sup> Comme le résume P. IDOUX, « l'efficience (...) ne suffit pas à incarner l'intérêt général sous toutes ces facettes », P. IDOUX, « Évaluation et performance de l'action administrative », », in A. LAGET-ANNAMAYER et D. DERO-BUGNY *L'évaluation en droit public, op. cit.*, p. 35.

<sup>204</sup> J. LAGROYE, B. FRANÇOIS et F. SAWICKI, *Sociologie politique, op. cit.*, p. 505.

<sup>205</sup> Article 3 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État.

<sup>206</sup> Article 4 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 relatif à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux.

<sup>207</sup> Par exemple, l'analyse des effets des plans et programmes sur l'environnement, prévue à l'article R. 122-5 du code de l'environnement. Il ne s'agit pas d'efficacité ici.

de la falsifiabilité des énoncés de K. Popper aux paradigmes de T. Kuhn<sup>208</sup>. Il ne s'agit évidemment pas de résoudre cette question ici, mais de choisir une définition suffisamment consensuelle de la science pour analyser l'activité évaluative. À cet égard, la définition donnée par A. Lalande contient certains éléments partagés par différents auteurs. Il définit la science comme « un ensemble de connaissances et de recherches ayant un degré suffisant d'unité, de généralité, et susceptibles d'amener les hommes qui s'y consacrent à des conclusions concordantes qui ne résultent ni de conventions arbitraires ni des goûts ou des intérêts individuels qui leur sont communs, mais de relations objectives qu'on découvre graduellement, et que l'on confirme par des méthodes de vérification définies »<sup>209</sup>. Or, au regard de cette définition, il est difficile de qualifier la pratique évaluative de scientifique.

La doctrine n'a au demeurant pas attendu de s'entendre sur une définition de la science pour affirmer la non-scientificité de l'évaluation. Ainsi, à part M. Baslé<sup>210</sup>, les auteurs écartent le caractère scientifique de l'évaluation<sup>211</sup>. Pour P. Viveret<sup>212</sup>, il serait même dangereux de croire que l'évaluation est scientifique en raison d'un risque de « dérive positiviste », c'est-à-dire de « prétention [de l'évaluation à] “dire le vrai” de manière neutre et exclusive sur une action publique ». A. Aflalo dénonce aussi l'aspect scientifique de l'évaluation, potentiellement tyrannique<sup>213</sup>. C'est même la démocratie qui serait menacée à terme par l'évaluation, qualifiée d'« idéologie » par R. Gori et M.-J. Del Volgo<sup>214</sup>. Cette dernière qualification semble toutefois excessive. Certes, l'évaluation n'est pas une science, mais elle se caractérise tout de même par la recherche d'une rigueur scientifique<sup>215</sup>. Comme le remarque S. Trosa, l'évaluation « fait appel à l'ensemble des sciences existantes, aux acquis de la statistique, de la sociologie, de l'économie ou des sciences sociales »<sup>216</sup> et se réalise « sur la base de méthodes scientifiques »<sup>217</sup>. Elle n'est

---

<sup>208</sup> K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot, 1990, 480 p., et T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. augmentée de 1970, Flammarion, 1972, 247 p.

<sup>209</sup> « Science », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 1 et 2., (dir.), PUF, coll. « Quadrige », 5<sup>e</sup> éd., 1999, p. 954.

<sup>210</sup> M. BASLÉ, *Connaissance et action publique*, Economica, 2010, p. 29 : « l'évaluation est une activité scientifique sur le fond ».

<sup>211</sup> Voir entre autres J. PLANTÉ, « Principes d'une évaluation socialement utile (Leçons de l'expérience Québécoise) », *loc. cit.*, p. 36 ; J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 534 et B. DELAUNAY, « Décision publique évaluée et performance », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif, op. cit.*, p. 126.

<sup>212</sup> P. VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques, op. cit.*, p. 26.

<sup>213</sup> A. AFLALO, « L'évaluation, un nouveau scientisme », *loc. cit.*, p. 82-83.

<sup>214</sup> R. GORI et M.-J. DEL VOLGO, « L'idéologie de l'évaluation, un nouveau dispositif de servitude volontaire ? », *Revue nouvelle de psychosociologie*, 2009, n° 8, p. 18.

<sup>215</sup> M. DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation dans l'enseignement supérieur...*, *op. cit.*, p. 64 et s.

<sup>216</sup> S. TROSA, « Le rôle de la méthode dans l'évaluation à travers l'expérience du Conseil scientifique de l'évaluation », *PMP*, 1992, n° 10, p. 87.

<sup>217</sup> Ch.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1998, p. 87.

donc pas dénuée d'objectivité. Si, en pratique, sa rigueur est « aléatoire »<sup>218</sup> ; c'est bien le recours aux méthodes scientifiques – ou du moins leur imitation – qui caractérise l'évaluation.

**38.** Le rapprochement limité entre l'évaluation et l'activité scientifique permet ainsi de caractériser plusieurs éléments saillants caractérisant l'évaluation : c'est un jugement de valeur argumenté recherchant l'objectivité, réalisé par un évaluateur indépendant, en fonction de mesures préalables. De plus, un consensus existe sur le fait que ce jugement est toujours réalisé dans le but d'aider une autorité à décider<sup>219</sup>. Une première ébauche de définition peut ainsi être proposée. Elle laisse cependant un élément important en suspens : la question de la forme de l'évaluation. En ce sens, la question est de savoir si elle est nécessairement écrite ou si elle peut être orale ? Ici, les textes apportent clairement une réponse unanime : les actes nommés « évaluation » prennent la forme d'un acte écrit, appelé avis, rapport ou compte rendu<sup>220</sup>.

**39.** Ces précisions apportées, il est possible de proposer une définition préalable de l'évaluation, destinée à évoluer au gré des avancées de la réflexion. Cette définition synthétise les recherches menées en science politique et administrative. L'évaluation au sens retenu pour cette étude peut être définie comme *un acte écrit destiné à informer une autorité en vue de la prise d'une décision, motivé par un jugement de valeur tendant à l'objectivité, porté par un évaluateur indépendant et impartial à partir de données mesurées et en fonction de valeurs de référence*<sup>221</sup>. Cette première définition permet de

---

<sup>218</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 534.

<sup>219</sup> V. A. PALANCHON et A. JOVENIAUX, *Les études d'impact en France : éléments de pathologie*, Neuilly, Ministère de l'environnement, 1977, p. 173 ; F. SIMONET, « L'évaluation : objet de standardisation des pratiques sociales », *loc. cit.*, p. 97 ; F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration, op. cit.*, p. 24 ; L. MERMET, « Les études d'évaluation entre stratégie et méthodologie. L'exemple des politiques publiques en matière de zones humide », *Gérer et comprendre, annales des mines*, n° 46, déc. 1996, p. 56 ; J. CAILLOSSE, « Introduction », in D. de BÉCHILLON, J. CAILLOSSE et D. RENARD, *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2001, p. 15 ; D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, La doc. Fr., 2002, p. 106 ; B. PERRET, « L'évaluation des politiques publiques », *Informations sociales*, n° 110, 2003 et D. ASSOULINE, *Rapport d'information n° 623 au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois*, 2014, Sénat, p. 93.

<sup>220</sup> L'article R. 6113-15 du code de la santé publique parle ainsi du « rapport » des évaluateurs à propos de la procédure de certification des établissements de santé.

<sup>221</sup> La définition la plus proche est fournie dans le très clair et très complet guide de l'évaluation du ministère des Affaires étrangères : « L'évaluation rétrospective, menée dans un cadre méthodologique et institutionnel formalisé, a pour but de porter un jugement, empiriquement et normativement, sur la valeur d'une action, d'un

dissocier l'évaluation des pratiques qui sont parfois confondues avec elle, et de dresser une première liste des activités qui peuvent être qualifiées d'évaluations au sens de cette recherche (B).

## **B. L'identification concrète des évaluations en droit public**

**40.** L'évaluation doit d'abord être distinguée des activités qui lui sont proches, comme l'audit ou le contrôle de gestion (1). La définition obtenue doit ensuite être confrontée aux différentes pratiques désignées comme évaluatives dans les textes (2).

1) La distinction de l'évaluation des activités ressemblantes

**41.** Il est malaisé de distinguer l'évaluation du contrôle de gestion et de l'audit, que les textes tendent à confondre<sup>222</sup>. Si l'on se fie à une circulaire de 2001, le contrôle de gestion serait une forme d'évaluation<sup>223</sup>. Il s'agirait d'une sous-catégorie d'évaluation, puisque le contrôle de gestion se limite aux questions économiques et financières<sup>224</sup>. Cependant, la méthode sépare ces deux outils. Le contrôle de gestion est quantitatif et ne consiste pas en un simple jugement de valeur ; il implique aussi une sanction, ce qui le distingue encore de l'évaluation. Malgré ces oppositions, la proximité entre contrôle de gestion et évaluation ne peut pas être niée, puisque le contrôle de gestion peut être un préalable utile à l'évaluation, en lui fournissant de nombreuses données<sup>225</sup>.

**42.** L'audit fournit aussi de nombreuses informations utiles à l'évaluation, avec laquelle il est régulièrement confondu. Si la différence entre l'évaluation et l'audit financier – qui

---

projet, d'un programme, d'une politique ». V. MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *Guide de l'évaluation 2007. Nouvelle édition complétée et révisée*, 2007, 83 p., accessible sur le site du ministère.

<sup>222</sup> La polysémie caractérisant les actes « atypiques » de l'administration est relevée dans sa thèse par W. Zagorski, v. W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, Mare & Martin, 2015, p. 227.

<sup>223</sup> Annexe 1 de la circulaire interministérielle du 21 juin 2001 relative au développement du contrôle de gestion dans les administrations : « le contrôle de gestion est un système de pilotage mis en œuvre (...) en vue d'améliorer le rapport entre les moyens engagés – y compris les ressources humaines – et soit l'activité développée, soit les résultats obtenus dans le cadre déterminé par une démarche stratégique préalable ayant fixé des orientations. Il permet d'assurer, tout à la fois, le pilotage des services sur la base d'objectifs et d'engagements de services et la *connaissance des coûts*, des activités et des résultats » (nous soulignons).

<sup>224</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration*, op. cit., p. 16.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 16, et A. FOUQUET, « L'évaluation des politiques publiques. Concepts et enjeux », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique*, op. cit., p. 26.

s'intéresse uniquement à la comptabilité – est claire, la distinction entre l'évaluation et l'audit de performance est plus floue. Cette forme d'audit plus récente s'est nourrie de la culture évaluative<sup>226</sup>. Elle est aujourd'hui développée autant que l'évaluation, sinon davantage<sup>227</sup>. D'après S. Trosa, « *l'audit de performance* recherche et identifie des dysfonctionnements des organisations et en examine les causes, avec notamment le souci de savoir qui est l'auteur de la performance ou de la non performance, en vue d'apprécier le fonctionnement des institutions concernées »<sup>228</sup>. Si, pour F. Robin, l'évaluation au sens large peut désigner un audit de performance<sup>229</sup>, il ne faut pas méconnaître les différences majeures qui séparent les deux activités<sup>230</sup>. D'abord, l'évaluation ne se réduit pas à la question de la « performance » et ne porte pas seulement sur des organisations. Ensuite, quand elle porte sur une organisation, elle ne limite pas ses références aux standards professionnels ou internes à l'organisation<sup>231</sup> : elle implique nécessairement des références extérieures. Enfin, contrairement à l'évaluation, l'audit est lié à la notion de contrôle administratif<sup>232</sup>, donc à la notion de régularité, à laquelle l'évaluation s'oppose. Ces deux activités doivent donc être distinguées.

Ces mises au point invitent à se méfier des qualifications données par le législateur, le gouvernement et l'Administration. Pour dresser une liste des évaluations entrant dans le champ de cette recherche, il faut regarder en détail les dispositions existantes (2).

## 2) La requalification des évaluations

**43.** En droit public, les évaluations ne se trouvent pas toujours là où elles sont annoncées. Elles sont moins nombreuses que ce que laissent présager les textes. À cet égard, la définition retenue ci-dessus permet d'emblée d'exclure la qualification d'évaluation pour

---

<sup>226</sup> V. D. LAMARQUE, *L'évaluation des politiques publiques locales*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>227</sup> Constat fait dès 1993 par C. PATTYN, « Contrôle, évaluation, inspection », *RFAP*, 1997, n° 65, p. 103 et renouvelé en 2013, H. BOULLANGER, « L'audit interne dans le secteur public », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 1029-1041.

<sup>228</sup> S. TROSA, « L'évaluation, nécessité ou gadget ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>229</sup> F. ROBIN, « De l'évaluation, de l'audit et de quelques autres notions », *loc. cit.*, p. 126.

<sup>230</sup> V. J.-R. ALVENTOSA, « L'évaluation des politiques publiques a-t-elle un avenir ? », *Revue française de finances publiques*, n° 106, 2009, avril, p. 309.

<sup>231</sup> A. FOUQUET, « L'évaluation des politiques publiques. Concepts et enjeux », *loc. cit.*, p. 24.

<sup>232</sup> Décret 2011-775 du 28 juin 2011 et circulaire du 30 juin 2011 relative à la mise en œuvre de l'audit interne dans l'Administration cités par L. CÉLÉRIER, « La mise en place d'une fonction d'audit interne dans l'administration centrale d'État et le possible renouvellement des corps et services d'inspection », *RFAP*, 2015, n° 155, p. 660.

la rationalisation des choix budgétaires (RCB)<sup>233</sup>, la Loi organique relative aux lois de finances (la LOLF) et la Révision générale des politiques publiques (RGPP). Ces exclusions qui semblent aller contre l'évidence sont partagées par la quasi totalité des auteurs. La LOLF se contente en effet de mesurer. Les documents qu'elle demande de produire ne contiennent aucun jugement de valeur argumenté<sup>234</sup>, ce qui conduit L. Cluzel, B. Perret et F. Varone<sup>235</sup> – une juriste, un politiste et un économiste – à lui dénier la qualité d'évaluation. La LOLF ne fait que servir d'éventuelles évaluations futures<sup>236</sup>. Quant à la RGPP, elle ne constituait en réalité qu'un cycle d'audits<sup>237</sup> contrairement à son successeur, la MAP qui a engendré de véritables évaluations<sup>238</sup>.

Dans l'Administration, à côté des supérieurs hiérarchiques chargés d'évaluer les subordonnés<sup>239</sup>, les corps d'inspection et les ministères sont les principaux foyers d'évaluations<sup>240</sup>. Les premiers produisent un nombre conséquent de rapports évaluatifs dont le caractère d'aide à la décision est bien marqué, puisqu'ils comportent une partie « recommandation » et que la méthode et les résultats sont explicités<sup>241</sup>. Quant aux ministères, aidés par de nombreux organes<sup>242</sup>, ils produisent des évaluations destinées au Parlement, les études d'impact des projets de loi prévues par la loi organique du 10 décembre 2009. Les « *lignes directrices pour l'élaboration des études d'impact* » produites

---

<sup>233</sup> V. J.-P. NIOCHE, « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *RFSP*, 1982, p. 47.

<sup>234</sup> V. par exemple, le Rapport annuel de performance de la Bibliothèque nationale de France pour 2017, disponible sur son site internet. Sur ce constat, v. A. LYON-CAEN, « Évaluation », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 417.

<sup>235</sup> L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public...*, *op. cit.*, p. 380 ; B. PERRET, « Regards sur les 20 ans d'évaluation à la française », in F. MOUTERDE et S. TROSA (dir.), *Les nouvelles frontières de l'évaluation*, *op. cit.*, p. 102, et F. VARONE, « De la performance publique, concilier évaluation des politiques et budget par programmes ? », *PMP*, V. 3, n° 3, p. 77-89.

<sup>236</sup> V. A.-M. BROCCAS et F. VON LENNEP, « Contrepoint : de l'utilité (et des limites) du recours aux indicateurs pour le pilotage des politiques publiques », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 149-160.

<sup>237</sup> V. C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, « L'évaluation : un marronnier de l'action gouvernementale ? », *loc. cit.*, p. 870-871.

<sup>238</sup> Voir par exemple, l'évaluation sur « la politique de l'eau », un document de 134 pages argumenté et explicitant le raisonnement des évaluateurs, accessible sur le site internet de la MAP.

<sup>239</sup> Décrets du 28 juillet 2010, du 29 sept. 2010 et du 16 déc. 2014 relatifs respectivement à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État, de la fonction publique hospitalière et des fonctionnaires territoriaux.

<sup>240</sup> Dans ce sens, voir le graphique proposé par A. Bozio et L. Romanello, qui montrent que lors du quinquennat de F. Hollande, 28 % de toutes les évaluations produites l'ont été par des corps d'inspection, A. BOZIO et L. ROMANELLO, « Évaluation des politiques publiques : le bilan contrasté du quinquennat », *Les notes de l'IPP*, n° 25, mars 2017.

<sup>241</sup> Voir les évaluations « du dispositif de revitalisation des zones rurales » et « des expérimentations de simplification en faveur des entreprises dans le domaine environnemental » de l'IGA, accessibles depuis le site internet du ministère de l'Intérieur ou l'évaluation du dispositif des instances médicales dans la fonction publique, de l'IGAS, disponible sur son site Internet.

<sup>242</sup> L'OCDE identifie la Direction générale de la modernisation de l'État, le SGG, le Secrétariat général aux affaires européennes et le Conseil d'État. Cf. OCDE, *Mieux légiférer en Europe. France*, éd. OCDE, 2010, p. 46.

par le Secrétariat général du gouvernement ont instauré un véritable cadre méthodologique destiné à aider la réalisation d'évaluations de qualité. Ce guide est toutefois peu suivi en pratique : les études d'impact des projets de loi, qui explicitent peu les jugements de valeur qu'elles portent, sont couramment critiquées pour leur manque de sérieux<sup>243</sup>.

Ainsi, les instances évaluatrices ne sont pas systématiquement désignées comme telles. À l'inverse, la désignation expresse d'une instance comme évaluatrice n'est pas la garantie d'une production évaluative. Le CSE puis le CNE ne réalisaient pas eux-mêmes des évaluations, ils les coordonnaient. À ce titre, leur travail essentiel consistait dans la définition d'un cadre méthodologique de l'évaluation<sup>244</sup>. La Mission d'évaluation des politiques publiques qui leur a succédé, intégrée à la MAP, était également une simple coordinatrice, rédactrice d'un cahier des charges explicitant les objectifs et la méthodologie de l'évaluation<sup>245</sup> – elle a depuis été supprimée<sup>246</sup>. Le CNEN est lui aussi davantage un organisateur qu'un producteur d'évaluations. Il a mis à disposition des collectivités une fiche d'impact à remplir et il détaille les différentes valeurs auxquelles les collectivités doivent se référer pour évaluer les projets de règlements et de lois<sup>247</sup>. Les délibérations consultables ne montrent pas que le CNEN fait lui-même des évaluations<sup>248</sup>. Parmi les organes nommément évaluateurs, la CNEDIMTS (Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé)<sup>249</sup> se distingue dans la mesure où elle produit de véritables évaluations, à l'image d'autres institutions sanitaires dont les évaluations se dissimulent sous la dénomination d'« avis » ou de « rapport ». Le champ sanitaire est en effet une terre d'évaluations fertile. Les avis donnés par la Commission de la transparence sur le service médical rendu des médicaments ayant reçu une autorisation

---

<sup>243</sup> Voir pour la critique institutionnelle la plus récente le rapport de L. de la Raudière, *op. cit.*, p. 40 et s.

<sup>244</sup> Treize évaluations réalisées en huit ans par le CSE puis quinze évaluations pour le CNE. Voir par exemple, pour le CSE le *Rapport d'évaluation sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, 1995, 462 p.

<sup>245</sup> Procédure précisée dans le « Mémo évaluation des politiques publiques : principes, processus, méthodes », rédigé par le Secrétariat général à la modernisation de l'action publique (SGMAP).

<sup>246</sup> Le secrétariat général à la modernisation de l'action publique (le SGMAP) s'est scindé dans la Direction interministérielle de la transformation publique et une autre entité dédiée au numérique, décret n° 2017-1584 du 20 novembre 2017 relatif à l'organisation de la direction interministérielle de la transformation publique et de la direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État. V. aussi l'arrêté du 22 février 2018 portant organisation de la direction interministérielle de la transformation publique. Ces instances n'ont pas encore produit d'actes.

<sup>247</sup> Le CNEN fait notamment référence à la circulaire du Premier ministre du 2 mai 2016 relative à l'évaluation de l'impact sur la jeunesse des projets de loi et textes réglementaires, précitée.

<sup>248</sup> Délibérations disponibles sur le site Internet du CNEN : elles sont très brèves (1 à 2 pages), rédigées en « attendu que » et ne reprennent pas les données. Il s'agit donc plus d'un avis fondé sur une évaluation qu'une véritable évaluation.

<sup>249</sup> Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé, elle appartient à la Haute autorité de santé.

de mise sur le marché et prétendant au remboursement par la sécurité sociale<sup>250</sup> et les « avis » de la Commission d'évaluation économique et de santé publique<sup>251</sup> sont ainsi des évaluations mal nommées. Il en va de même pour le « rapport » de certification des établissements de santé<sup>252</sup> prévu par la loi<sup>253</sup> qui est, d'après le manuel fourni aux établissements<sup>254</sup>, une véritable évaluation. Cette affinité entre évaluation et santé publique est confirmée hors de France, puisque le Comité des produits humains de l'Agence européenne du médicament – il relève de l'Union européenne, qui a centralisé les procédures en la matière – produit aussi de « vraies » évaluations sur les médicaments<sup>255</sup>.

**44.** Toutes les évaluations destinées à l'Administration ne sont toutefois pas nécessairement réalisées par elle. À cet égard, une des catégories d'évaluations les plus foisonnantes, les évaluations environnementales, sont en principe le fait de personnes privées. L'étude d'impact des projets de travaux a été introduite en 1976<sup>256</sup> en France, avant que l'Union européenne ne s'en saisisse. Depuis, c'est cette dernière qui a impulsé les avancées en la matière<sup>257</sup>. Qu'on parle d'étude d'impact de projets de travaux ou d'évaluation environnementale des plans et programmes d'urbanisme, il s'agit de réelles évaluations : les textes organisent la restitution d'un jugement de valeur puisque les données environnementales doivent être interprétées en fonction d'une « théorie », ou de « normes qui sont elles mêmes l'expression d'un rapport à l'environnement »<sup>258</sup>. L'objectivité de ce jugement est protégée par l'organisation d'une forme de contre-expertise confiée à des autorités environnementales<sup>259</sup>.

---

<sup>250</sup> Article R. 163-1 et s. et plus précisément les articles R. 163-15 et suivants du code de la sécurité sociale pour l'inscription sur la liste des médicaments remboursés.

<sup>251</sup> Article R. 161-71-1 du code de la sécurité sociale.

<sup>252</sup> Articles R. 6113-12 à R. 6113-16 du code de la santé publique.

<sup>253</sup> Art. L. 6113-4 du code de santé publique.

<sup>254</sup> Direction de l'amélioration de la santé et de la qualité des soins, « Manuel de certification des établissements de santé. V2014, 112 p. Les thématiques abordées vont de « l'hygiène des locaux » à la « politique des droits des patients ».

<sup>255</sup> Article 5 du règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004.

<sup>256</sup> Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

<sup>257</sup> Directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics, privés sur l'environnement et la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 et directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

<sup>258</sup> F. EWALD, « L'expertise, une illusion nécessaire », in *La Terre outragée. Les experts sont formels !*, Autrement, 1992, p. 208.

<sup>259</sup> Article L. 122-1 du code de l'environnement pour l'évaluation des projets de travaux, d'ouvrages et d'aménagement et article L. 104-1 du code de l'urbanisme pour les évaluations des plans et programmes.

45. À côté de l'Administration, le Parlement est aussi évaluateur (art. 24 C.), mais moins que ne le laisse paraître le nombre d'organes expressément dédiés à l'évaluation. L'OPECST, qui est le seul organisme parlementaire à s'être doté d'une « méthodologie rigoureuse »<sup>260</sup> dans son règlement intérieur, produit peu de rapports qui ont vocation à être évaluatifs. La plupart de ses travaux sont des exposés sans jugement ou des comptes rendus de tables rondes. La méthodologie de l'Office n'est donc pas spécifiquement évaluative. En outre, selon H.-M. Crucy, les quelques rapports « d'évaluation » produits par l'Office « se rapprochent plus volontiers de l'audit opérationnel »<sup>261</sup>. Il est vrai que ces rapports sont moins des évaluations que des « mises au point »<sup>262</sup> ou des « bilans »<sup>263</sup>. Aucune valeur de référence n'est définie. Il est donc préférable d'exclure l'OPECST des organes pratiquant l'évaluation, en théorie comme en pratique.

En ce qui concerne les autres organes parlementaires expressément évaluateurs, la Mission d'évaluation et de contrôle (MEC) et le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (le CEC), la situation est contrastée. La MEC, d'inspiration britannique<sup>264</sup>, fait partie de la commission des finances de l'Assemblée nationale et ne produit pas d'évaluations. Les rapports, de qualité inégale consistent souvent en des simples jugements de fait. Le jugement de valeur fait défaut<sup>265</sup> : les auteurs passent directement du constat de fait à la recommandation. La MEC et la MECSS doivent donc être exclues du champ des organes évaluateurs.

*A contrario*, le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques<sup>266</sup> évalue réellement. Dans les rapports, les auteurs n'hésitent pas à mettre en avant les difficultés de méthode qu'ils ont pu rencontrer<sup>267</sup>. En outre, le CEC a la chance de pouvoir demander l'aide de la Cour des comptes pour mener à bien sa mission en vertu des articles L. 111-3-1 et L. 132-5 du code des juridictions financières. Cette même Cour apporte une aide

---

<sup>260</sup> H.-M. CRUCY, « Le Parlement face aux sciences et technologies », *AJDA*, 1991, p. 453.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 453.

<sup>262</sup> OPECST, *L'évaluation du plan national de matières et de déchets radioactifs*, PNDGMR 2012-2015, 2014, p. 9 : « un point aussi exhaustif que possible sur les différents modes de gestion des matières et déchets radioactifs, [pour] en identifier les manques et à définir les améliorations nécessaires... ».

<sup>263</sup> OPECST, *L'évaluation du plan national de gestion des matières et des déchets radioactifs 2010-2012*, 2011, p. 13.

<sup>264</sup> V. P. AVRIL et J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, LGDJ-Lextenso, 5<sup>e</sup> éd., 2014, p. 356.

<sup>265</sup> Voir par exemple, les rapports de la Mission d'évaluation et de contrôle n° sur la formation continue et la gestion des carrières dans la haute fonction publique, n° 1234 sur la conduite des programmes d'armement et de coopération, n° 3036 sur la gestion et la transparence de la dette publique et le rapport n° 1213 sur l'évaluation du financement public de la recherche dans les universités.

<sup>266</sup> Articles 146-2 à 146-7 du règlement de l'Assemblée nationale.

<sup>267</sup> Rapport d'information n° 3811 sur le soutien public au thermalisme, p. 25 : « Ce manque de données empêche toute évaluation de l'efficacité ou de la pertinence des périmètres de protection... ».

précieuse dans la mesure où elle produit des évaluations rigoureuses<sup>268</sup> qui explicitent les valeurs prises en compte, la méthode retenue et les difficultés rencontrées<sup>269</sup> (art. 47-2 C.).

En dehors de ces institutions dédiées à l'évaluation, seule la Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, qui a existé de 2011 à 2014<sup>270</sup>, a cherché à mettre en œuvre une démarche évaluative. L'effort de rigueur dans la méthode et son explicitation n'étaient pas systématiques<sup>271</sup>, mais ses rapports se rapprochaient tout de même plus de l'évaluation que les nombreux rapports d'information produits en dehors des commissions précitées. En effet, s'ils se réclament souvent de l'évaluation, ces rapports constituent davantage de simples recueils de mesures<sup>272</sup>. Ils ne constituent que rarement des jugements de valeur argumentés<sup>273</sup>. Le Parlement est donc loin d'être l'organe le plus impliqué dans la production d'évaluations. Cette situation, qui contraste avec celle du Congrès étatsunien, est cependant similaire à celle des autres parlements européens, qui n'ont jamais réussi à se saisir de cette activité<sup>274</sup>.

**46.** Ainsi, le travail d'identification des actes qualifiables d'évaluation invite à se méfier des intitulés officiels. Ceux-ci sont essentiellement des outils de communication. Les « évaluations » les plus médiatisées n'en sont pas tandis que certaines des évaluations les plus pratiquées aujourd'hui en matière de santé et d'environnement ne sont pas dénommées de la sorte.

Ces spécificités sont notamment dues au fait que l'évaluation s'est développée en France dans un contexte institutionnel et théorique mouvant, sous le joug de critiques

---

<sup>268</sup> V. les contributions de la Cour des comptes dans les rapports d'information n° 4536 sur l'évaluation des aides d'accès à la propriété, p. 99 et s. et n° 4951 sur l'évaluation du paquet « énergie-climat » de 2008 en France, p. 140 et s.

<sup>269</sup> La Cour a édicté un guide méthodologique succinct pour réaliser ses évaluations, intégré à son « Recueil des normes professionnelles », disponible sur son site. V. notamment les articles I.5 à I.7 et I.27 et I. 28.

<sup>270</sup> Commission mise en place en novembre 2011 et supprimée par l'arrêté du bureau n° 2014-280 du 12 nov. 2014. Sur les pouvoirs et le fonctionnement de cette commission, v. H. de PADIRAC, « Le Parlement français et l'évaluation. Une institutionnalisation impossible ? », *loc. cit.*, p. 29-30.

<sup>271</sup> Voir par ex. les rapports d'information au Sénat n° 88 et n° 712.

<sup>272</sup> V. par exemple, le rapport d'évaluation sur la loi de programmation pour la ville et la cohésion urbaine de 2016, Rapport d'information de MM. F. Pupponi et M. Sordi, n° 3735, 58 p., adopté en vertu de l'art. 145-7 du règlement de l'Assemblée nationale. Sur ce constat, v. J. CHEVALLIER, « Introduction », in M.-C. KESSLER et al., *L'évaluation des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>273</sup> V. par exemple, M. SAGE et R. GÉRARD, *Rapport d'information n° 1035, fait au nom de la délégation aux outre-mer sur l'évaluation de la loi de programmation relative à l'égalité réelle dans les outre-mer du 28 février 2017*, Assemblée nationale, 2018, 65 p. Il est exceptionnel de trouver un jugement de valeur, comme dans le rapport d'Y. Fréville sur l'université sont toutefois, parfois, d'apparence subjective, v. le rapport d'Yves FRÉVILLE, *Des universitaires mieux évalués, des universités plus responsables*, La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », n° 54, 2002, 522 p.

<sup>274</sup> V. C. LACQUETTE-FOUGÈRE et P. LASCUMES, *Les scènes multiples de l'évaluation...*, *op. cit.*, p. 79.

généralisées : elle a avancé en restant dissimulée. Ce développement souterrain, ponctué de coups d'éclat, n'a pas tari les résistances. Aujourd'hui, personne ne semble satisfait des évaluations françaises. Il y a les auteurs qui mettent en garde contre les excès de l'évaluation<sup>275</sup> et ceux qui fustigent ses insuffisances et son inefficacité<sup>276</sup>. Les juristes s'ajoutent à ce chœur de critiques : ils craignent que la préoccupation de la régularité juridique de l'action publique s'efface devant les valeurs managériales et économiques charriées par l'évaluation. La littérature existante donne ainsi le sentiment que la menace est grande et les remèdes inexistant.

Le prisme juridique de cette recherche suggère toutefois une solution au malaise constaté. La pratique évaluative pourrait être – partiellement – redressée par l'intervention de l'archétype du tiers désintéressé en droit : le juge. Le droit n'est en effet pas un réceptacle passif des règles évaluatives. Leur absorption peut justifier leur contrôle. À ce titre, le juge pourrait catalyser l'expansion d'un *corpus* évaluatif unifié et de qualité, et pallier les échecs de l'institutionnalisation et de la juridicisation de l'évaluation. Inexploré, le contrôle juridictionnel des évaluations assurerait la régularité juridique de la pratique évaluative et garantirait une certaine homogénéité entre les différentes évaluations (Section 2).

## Section 2 : La pertinence de la perspective juridictionnelle

**47.** Contrôler plus systématiquement les évaluations destinées à une personne morale de droit public permettrait de faire évoluer une situation apparemment grippée. Alors que

---

<sup>275</sup> V. entre autres, R. GORI et M.-J. DEL VOLGO, « L'idéologie de l'évaluation, un nouveau dispositif de servitude volontaire ? », *Revue nouvelle de psychosociologie*, 2009, n° 8, p. 11-26 ; Y.-Ch. ZARKA., « Qu'est-ce que tyranniser le savoir ? », *Cités*, 2009, n° 1, p. 3-6 ; M. BLAY, « L'évaluation par indicateurs dans la vie scientifique : choix politique et fin de la connaissance » *Cités*, 2009, n°1, p. 15-25 ; M.-C. BUREAU, « Du travail à l'action publique : quand les dispositifs d'évaluation prennent le pouvoir », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p.161-175 ; E. ENRIQUEZ, « L'évaluation entre perversion et sublimation », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 245-265 et A. DEL REY, *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, 2013, 149 p. ;

<sup>276</sup> V. notamment J. PLANTÉ, « Principes d'une évaluation socialement utile (Leçons de l'expérience Québécoise), in *Outils, pratiques, institutions pour évaluer les politiques publiques, actes du séminaire Plan-ENA*, La Doc. Fr., 1991, p. 29-57 ; D. GAXIE et P. LABORIER, « Des obstacles à l'évaluation des actions publiques et quelques pistes pour tenter de les surmonter », in P. FAVRE et al., *Être Gouverné. Études en l'honneur de J. Leca*, Presses de Sciences-Po, 2003, p. 201-221 ; GARCIA S. et MONTAGNE S., « Pour une sociologie critique des dispositifs d'évaluation », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 189, 2011, p. 603-606 et Y. JÉGOUZO, « Simplifier l'évaluation environnementale des plans et programmes », *AJDA*, 2016, p. 1818-1822.

l'évaluation ne cesse de se développer et s'est durablement implantée dans les mœurs institutionnelles françaises, les critiques à son encontre ne cessent de croître (§I). Le juge, qui peut intervenir en même temps sur les textes régissant l'évaluation et sur les évaluations elles-mêmes, paraît être le mieux placé pour pallier les déficiences de la juridicisation de l'évaluation. Son contrôle, qui est encore balbutiant, ne peut être étudié qu'au moyen d'une réflexion en partie prospective et modérément positiviste, c'est-à-dire assez ouverte pour intégrer les questions posées par les disciplines non juridiques, matrices de l'évaluation (§II).

## **§I. La nécessité de dépasser les blocages actuels**

**48.** L'évaluation est aujourd'hui incontournable. Elle est ancrée dans le droit et se nourrit du déclin des ressorts classiques de la confiance des citoyens dans l'État (A). Pour autant, elle est souvent appréhendée négativement par la doctrine, qui n'est satisfaite ni de la manière dont le droit s'est saisi d'elle jusqu'ici, ni de sa mise en œuvre concrète (B).

### **A. L'implantation irréversible de l'évaluation**

**49.** L'évaluation s'est, matériellement, développée partout. Son expansion continue s'explique par son intégration dans la dynamique de transformation de l'État providence : elle est une composante du nouvel État stratège<sup>277</sup> (1). Parce qu'elle incarne certaines valeurs consensuelles, dont le reflux est peu probable, elle a pu s'enraciner dans ce mouvement (2).

1) Le rôle incontournable de l'évaluation dans l'« État stratège »

**50.** Comme cela a été exposé, l'évaluation a été promue en France au nom de ses vertus démocratiques<sup>278</sup>. Elle s'inscrit plus précisément dans un schéma social où la défiance envers les pouvoirs publics s'est considérablement accrue. Désormais, pour les citoyens « le but est de veiller à ce que le pouvoir élu reste fidèle à ses engagements [et] de trouver

---

<sup>277</sup> V. le rapport du Commissariat général du plan, *Pour un État stratège, garant de l'intérêt général*, 1993, et J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 64.

<sup>278</sup> C'est toujours l'un des principaux arguments avancés, v. CEC, *Rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, Assemblée nationale, 2018, n° 771, p. 17. V. *supra*, §10 et s.

les moyens permettant de maintenir l'exigence initiale d'un service du bien commun »<sup>279</sup>. Or, l'évaluation est un moyen simple de vérifier que les gouvernants et les administrateurs ont obtenu les résultats annoncés. Elle participe au fonctionnement de la « contre-démocratie », théorisée par P. Rosanvallon. Elle devient « l'équivalent d'un nouveau pouvoir (...) pratiquement direct »<sup>280</sup> des citoyens contre les gouvernants. Elle participe plus précisément à la diffusion de la culture du résultat qui accompagne le changement de légitimité de l'État, devenu un État « stratège »<sup>281</sup>. Démythifié, ce nouveau modèle d'État répond à une logique d'efficacité qui l'ampute de ses attributs classiques<sup>282</sup>. La légitimité « mythique » et *a priori* dont bénéficiait l'État s'est tarie au profit d'une légitimité *a posteriori*, circonstancielle, dépendante de la preuve de la réalisation de certaines valeurs – comme l'efficience, la pertinence, l'utilité, l'égalité... L'émergence de l'évaluation et son intégration dans les pratiques politiques et administratives n'est ainsi que la partie émergée d'un changement plus profond. Elle accompagne l'évolution de la notion d'intérêt général, principe cardinal de l'action publique, qui serait désormais moins la recherche du bien commun que des « intérêts bien compris », rationalisés, voire calculés<sup>283</sup>.

**51.** Cette évolution est l'origine et le nœud gordien de la tension entre logique évaluative et logique juridique. En effet, le statut du droit dans l'État, et notamment du droit administratif, a été affecté par ce changement de modèle. Le droit administratif classique a été associé à l'inefficacité et aux échecs de l'État, alors que l'évaluation est présentée comme un élément de la gouvernance qui devrait constituer la solution miracle aux défaillances passées<sup>284</sup>. Certains auteurs se sont même interrogés sur la possibilité d'élaborer l'action publique sans l'aide du droit<sup>285</sup>. Cette critique néo-libérale a toutefois permis, selon O. Dubos, de « réveiller » le droit public, qui évolue désormais pour accompagner le changement des pratiques étatiques<sup>286</sup>. Pour l'heure, l'évaluation n'a pas

---

<sup>279</sup> P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 15.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>281</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 64 et s.

<sup>282</sup> *Ibid.*

<sup>283</sup> J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », *Mél. D. Truchet*, Dalloz, 2015, p. 83-93.

<sup>284</sup> V. L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public...*, op. cit., p. 68 : la gestion publique, « accusée d'être à l'origine de tous les maux de l'administration » doit laisser place à la gestion managériale et « l'évaluation devient un passage obligé ».

<sup>285</sup> V. P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *PMP*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 1-45.

<sup>286</sup> O. DUBOS, « Performance, droit administratif et droits européens : transmutation », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, op. cit., p. 35-51.

remplacé le droit public, elle s'est greffée sur lui et elle est devenue une source nouvelle de légitimité et de contestation de l'action publique<sup>287</sup>.

**52.** À cet égard, hors du cadre étatique, l'évaluation est déjà ancrée dans les mœurs. Dans les régions françaises, l'évaluation des politiques publiques locales a été promue par l'Union européenne. Le « paquet Delors II »<sup>288</sup> a ouvert la voie à un règlement européen de 1999 qui a obligé les collectivités à réaliser de nombreuses évaluations en échange de financements européens<sup>289</sup>. Depuis 1994, la culture de l'évaluation s'est ainsi développée au niveau local, même si la rigueur des évaluations réalisées n'a pas toujours été satisfaisante<sup>290</sup>. Aujourd'hui, alors que les programmes de financements européens ont pris fin, les collectivités continuent à pratiquer spontanément des évaluations<sup>291</sup>. Elles doivent désormais, comme l'État, rendre des comptes devant leur population pour légitimer leur action. Par conséquent, malgré les défauts de l'évaluation, il semble peu réaliste de parier sur sa régression prochaine. L'évaluation n'est assurément pas un phénomène de mode, mais une technique dont il va falloir s'accommoder : elle est l'incarnation de plusieurs valeurs contemporaines (2).

## 2) L'incarnation de valeurs contemporaines par l'évaluation

**53.** La pratique évaluative fait écho à de nombreuses valeurs qui influencent aujourd'hui le fonctionnement de l'État et l'élaboration du droit. Elle répond aux valeurs de transparence, de modernisation, de rationalisation et de précaution. Les thèmes de la transparence et de la modernisation sont particulièrement mis en exergue. Les lois dont l'intitulé s'y réfère se sont multipliées<sup>292</sup>. L'évaluation, qui promet de décortiquer les conséquences et les objectifs de l'action publique dans de nombreux domaines participe au

---

<sup>287</sup> V. Ch.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, p. 61.

<sup>288</sup> Adopté lors du Conseil européen d'Édimbourg en 1992.

<sup>289</sup> Règlement (CE) n° 1260/1999 du Conseil, du 21 juin 1999, portant dispositions générales sur les Fonds structurels.

<sup>290</sup> V. D. LAMARQUE, *L'évaluation des politiques publiques locales*, *op. cit.*, p. 112 et s.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 152 et s.

<sup>292</sup> Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ; loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption... dite loi Sapin II ; loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ; loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle...

mouvement de transparence<sup>293</sup> et profite de l'engouement qui l'entoure. Elle suppose en effet un accès large et aisé à un nombre important d'informations qui sont alors rendues publiques et mises en valeur<sup>294</sup>. Elle participe aussi à l'idéal de rationalisation : elle a pour ambition la prise de la meilleure décision possible au regard de la connaissance disponible. Cette rationalisation concrétise la redéfinition de l'intérêt général évoquée précédemment. L'idée sous-jacente est que la politique devrait être plus rationnelle et moins émotionnelle ou aléatoire. Pour J. Chevallier il s'agit de montrer que la loi est « l'objet d'un "calcul rationnel", excluant toute part d'improvisation et d'arbitraire »<sup>295</sup>. Pour M. Jamet il s'agit de « soumettre les intérêts et les passions aux exigences de l'ordre et du progrès »<sup>296</sup>. Cette idée de rationalisation de l'action publique, ramification de la pensée utilitariste<sup>297</sup>, a donc un sens précis. Il ne s'agit pas uniquement de la rationalisation économique si souvent décriée par la doctrine juridique. La rationalisation de l'action publique désigne plutôt *la recherche de la meilleure décision possible dans un contexte donné au regard d'objectifs prédéfinis*. Or, ainsi formulé, l'objectif poursuivi par la rationalisation et, par incidence, par l'évaluation, pourrait relever du bon sens.

**54.** Au-delà, l'évaluation pourrait même relever de la nécessité dans la mesure où elle répond au nouveau « paradigme de la sûreté » qui caractérise notre époque selon F. Ewald<sup>298</sup>. Avant lui, J.-P. Nioche notait déjà que l'évaluation tendait à se développer dans les domaines où régnait une forte incertitude<sup>299</sup>. Dans une société où l'aversion au risque est maximale<sup>300</sup>, une pratique qui permet de minimiser l'imprévisibilité des actions peut difficilement être remise en cause. L'évaluation est d'ailleurs devenue indissociable

---

<sup>293</sup> V. F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration.*, p. 13-14 ; C. SPANOU. « Les enjeux organisationnels des entretiens d'évaluation », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration, op. cit.*, p. 120 et J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 157.

<sup>294</sup> M.-A. HERMITTE et V. DAVID, « Évaluation des risques et principe de précaution (1) », *loc. cit.*, p. 23. Cette publicité serait même l'apport principal du droit s'agissant de l'évaluation des risques : « l'utilité principale du droit dans l'organisation de l'évaluation des risques (...) porte sur la manière de produire et faire circuler les données pour faciliter la prise de décision politique et non pas pour assurer le développement scientifique ».

<sup>295</sup> J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *PMP*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 111-134.

<sup>296</sup> M. JAMET (dir.), *La valeur. Problématique de la valeur*, Marketing, 1974, p. 23.

<sup>297</sup> V. D. BARANGER, « Utilitarisme », in Ph. RAYNAUD et S. RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique, op. cit.*, p. 928.

<sup>298</sup> F. EWALD, « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution », in O. GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, éd. de la Maison des sciences de l'homme-Paris INRA, 1997, p. 109.

<sup>299</sup> J.-P. NIOCHE, « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *loc. cit.*, p. 42.

<sup>300</sup> U. BECK parle de « société du risque ». Cité par O., GODARD « Le principe de précaution, une règle d'abstention ? », in M. TUBIANA et alii (dir.), *Risque et société*, Gif-sur-Yvette, éd. Nucléon, 1999, p. 142.

du principe de précaution dans la Charte de l'environnement<sup>301</sup>, puisque son article 5 fait de « la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques » une composante du principe de précaution.

L'évaluation répond ainsi aux exigences de sécurité en plus d'être commandée par les valeurs de modernisation et de rationalisation de l'État. Elle est portée par un mouvement de fond et des valeurs – souvent traduites en droit – qu'il est difficile de faire reculer, tant elles semblent indissociables de la société actuelle. De ce fait, il paraît plus facile de chercher à améliorer l'évaluation que de remettre en cause son principe. Pourtant, la majorité de la doctrine et particulièrement la doctrine juridique semble demander et espérer une réduction drastique de la pratique évaluative. À leurs yeux, la justification démocratique de l'évaluation ne vaut plus, celle-ci n'est qu'un outil de plus dans les mains des élites politiques et administratives<sup>302</sup>. Il existe ainsi un décalage important entre le traitement étatique de l'évaluation et sa perception doctrinale (B).

## **B. La permanence des critiques contre l'évaluation**

**55.** Selon les auteurs, l'évaluation actuelle n'est guère satisfaisante. Dangereuse par principe, l'évaluation menacerait l'emprise de la rationalité juridique dans l'élaboration des décisions publiques (1). Inefficace en pratique, elle serait au mieux inutile, au pire néfaste pour les évalués et pour la démocratie (2).

### 1) La fronde des juristes face à la logique évaluative

**56.** C'est peu dire que les juristes ont un préjugé négatif contre l'évaluation : celle-ci concurrence le droit dans l'élaboration de l'action publique dès lors que le jugement qu'elle porte n'est pas juridique. En effet, l'évaluation peut s'intéresser à la régularité juridique<sup>303</sup>, mais son jugement final ne s'y réduit jamais<sup>304</sup>. À cet égard, C. Lacouette-Fougère et P. Lascoumes estiment que l'évaluation a « permis de ne plus penser l'administration en

---

<sup>301</sup> Article 5 de la charte de l'environnement.

<sup>302</sup> R. EPSTEIN, « Des politiques publiques aux programmes : l'évaluation sauvée par la LOLF ? Les enseignements de la politique de la ville », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 246.

<sup>303</sup> Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

<sup>304</sup> V. J.-P. COSTA, « Droit et évaluation », *RFAP*, 1993, n° 66, p. 222.

termes seulement institutionnels et juridiques »<sup>305</sup>. Désormais, elle est aussi pensée en termes économiques et sociaux.

Pour certains auteurs, cette concurrence n'est rien de moins qu'une opposition logique entre l'évaluation et le droit. Ainsi, selon J. Chevallier et D. Lochak « au mode de raisonnement *analytique, linéaire et déductif* caractéristique de la logique juridique – et dont le syllogisme représente la forme-type – s'oppose un raisonnement *synthétique, systémique et téléologique*, qui permet de mieux appréhender la complexité du réel [et] favorise l'efficacité de l'action »<sup>306</sup>. Ce second raisonnement est managérial<sup>307</sup>.

Selon P. Duran, le management peut se définir comme une « activité pratique orientée vers la poursuite explicite et rationnelle d'un but grâce à l'allocation adéquate de moyens dont l'utilisation raisonnée doit produire des conséquences positives »<sup>308</sup>. Cette définition est proche de la définition de la rationalisation de l'action publique évoquée plus haut<sup>309</sup>, ce qui révèle la proximité entre les notions de rationalité managériale et de rationalisation de l'action publique. J. Chevallier et D. Lochak ont à cet égard dénoncé la tendance de la logique managériale à confondre rationalité managériale et « rationalité tout court »<sup>310</sup>. Or, l'évaluation joue sur ce trouble : au nom de la rationalisation, elle permet à la logique managériale de s'insinuer dans toutes les branches du droit public.

**57.** Certes, l'application de la logique managériale en droit public a permis au droit de se saisir des préceptes managériaux pour tenter de les adapter<sup>311</sup>. Toutefois, selon les auteurs, leur juridicisation n'a pas empêché un bouleversement de la logique bureaucratique. Pour C. Vayrou, alors qu'avant la régularité juridique suffisait pour définir l'efficacité et la légitimité d'une action, la légalité n'est plus, désormais, qu'une « condition nécessaire, mais non plus suffisante » de cette légitimité<sup>312</sup>. Qui plus est, dans les textes, le concept de management est devenu un concept « fourre-tout », qui facilite surtout l'instrumentalisation du droit par les gouvernants. Ce dernier devient alors « une technique

---

<sup>305</sup> C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, *Les scènes multiples de l'évaluation*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>306</sup> J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 58. Ce sont les auteurs qui soulignent.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>308</sup> P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *loc. cit.*, p. 9.

<sup>309</sup> La rationalisation de l'action publique désigne la recherche de la meilleure décision possible dans un contexte donné au regard d'objectifs prédéfinis.

<sup>310</sup> J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale... », *loc. cit.*, p. 75.

<sup>311</sup> V. C. VAYROU, *Management public et droit administratif. Essai sur la juridicité des concepts managériaux*, Thèse Université Paris II Panthéon Assas, 2000, p. 353 et s.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 427.

de gestion »<sup>313</sup> parmi d'autres. Le management catalyse la soumission du droit à la rationalité économique et à l'efficacité sociale<sup>314</sup>. L'évaluation, qui est le fruit de la logique managériale, peut apparaître comme l'emblème de cette rationalité destructrice. Dès lors, il peut paraître étonnant de vouloir renforcer sa juridicisation.

Il ne faut toutefois pas ignorer la pression sociale jouant en faveur de la rationalité managériale et de l'évaluation, qui repose sur des valeurs consensuelles. L'évaluation est dorénavant un outil de gouvernement bien implanté dont le droit perdrait à se dessaisir. Surtout, il paraît assez caricatural de présenter l'opposition entre rationalité managériale et rationalité juridique comme un « duel à mort ». Plusieurs auteurs s'accordent pour souligner la portée ambivalente du management sur le droit et mettent en avant la complémentarité potentielle des logiques de performance et de régularité juridique<sup>315</sup>. Il y a des changements « en apparence » importants, mais « tout se passe en fait comme si la rationalité juridique avait insidieusement *contaminé* les mesures prises » pour les utiliser « à son profit »<sup>316</sup>. Vouloir renforcer la juridicisation, ce n'est donc pas souhaiter le bouleversement de la rationalité juridique. C'est peut-être – néanmoins – se rendre complice d'autres méfaits attribués à l'évaluation. En effet, si les cris d'alarme de la doctrine juridique peuvent être relativisés, l'évaluation reste sous le feu des critiques des philosophes et des politistes, qui sont aussi virulents. Pour eux, c'est la pratique de l'évaluation, peut-être plus que son principe, qui pose problème (2).

## 2) La critique politiste de la pratique évaluative

**58.** Les auteurs politistes énoncent deux critiques principales à l'encontre de l'évaluation. En premier lieu, il y a une critique que les juristes et les politistes formulent en chœur. Les auteurs dénoncent une forme de « privatisation » de l'Administration<sup>317</sup> et du droit administratif<sup>318</sup>. Dans la lignée du NPM qui a contribué à dévaloriser et à

---

<sup>313</sup> P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique occidentale », *RDP*, 1982, p. 275.

<sup>314</sup> C'est-à-dire à des logiques matérielles davantage que procédurales, v. F. ROUVILLOIS, *Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'innovation politique, 2006, p. 33 et s.

<sup>315</sup> V. P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *loc. cit.*, p. 38 et J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *PMP*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 128.

<sup>316</sup> J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale... », *loc. cit.*, p. 390.

<sup>317</sup> P. LASCOUMES et P. LE GALÈS, « Introduction », in P. LASCOUMES et P. LE GALÈS (dir.), *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences-Po, 2004, p. 26.

<sup>318</sup> V. N. ALBERT, « La privatisation du droit administratif le rend-elle plus performant ? », in N. ALBERT (dir.) *Performance et droit administratif*, *op. cit.*, p. 60.

délégitimer l'Administration<sup>319</sup>, l'évaluation nourrie par la notion de performance dénature l'action publique, qui était jusqu'ici soumise à une logique distincte.

En deuxième lieu, plus pragmatiquement, les politistes dénoncent certains aspects concrets de l'évaluation. Comme le résume M.-C. Bureau, les « dispositifs d'évaluation sont en crise permanente, que soient mises en cause leur objectivité et leur rigueur, ou leur utilité et leur efficacité, voire leur innocuité sociale »<sup>320</sup>. Il est vrai que les évaluations effectuées respectent peu les principes de méthode censés assurer leur qualité, comme l'indépendance de l'évaluateur<sup>321</sup>. Certaines évaluations qui n'atteignent pas leurs objectifs – par exemple, protéger l'environnement – prospèrent sans réelle remise en cause<sup>322</sup>. Plus globalement, il apparaît que les décideurs ignorent généralement les résultats des évaluations<sup>323</sup>, ce qui conduit M.-A. Dujarier à écrire qu'aucune « recherche scientifique [...], à partir d'une analyse empirique, conclurait aux succès et vertus des dispositifs d'évaluation »<sup>324</sup>. Ce scepticisme est partagé par E. Monnier, selon qui « il y a autant de points de vue possibles pour l'interprétation des données et les conclusions de l'évaluation que de *situations socialement définies* » concrètement<sup>325</sup>. Le risque d'instrumentalisation par les gouvernants est par conséquent important<sup>326</sup>.

Aux critiques politistes s'ajoutent celles des philosophes, irrités par la prétention de l'évaluation à formuler un jugement de valeur. Pour P. Zaoui, l'évaluation détruirait plus qu'elle n'appliquerait la notion de valeur<sup>327</sup> ; pour E. Enriquez, elle produirait une obsession des chiffres, qu'il nomme « quantophrénie » plutôt qu'une discussion de valeurs<sup>328</sup>. Dans la même perspective, A. Supiot voit derrière l'évaluation la substitution

---

<sup>319</sup> V. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, éd. du Seuil, 2010, p. 4.

<sup>320</sup> M.-C. BUREAU, « Du travail à l'action publique : quand les dispositifs d'évaluation prennent le pouvoir », *loc. cit.*, p. 170.

<sup>321</sup> Le constat est fait par plusieurs auteurs v. J.-P. NIOCHE et R. POINSARD, « L'évaluation des politiques publiques en France », in J.-P. NIOCHE et R. POINSARD, *L'évaluation des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 14, et B. DELAUNAY, « Décision publique évaluée et performance », *loc. cit.*, p. 126. Les normes encadrant les évaluations confirment ce constat, v. *infra*, Première partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1.

<sup>322</sup> V. J.-R. BRUNETIÈRE, « Heurts et malheurs du contrôle de gestion en politique – pour un « nouveau management public », *RFAP*, 2015, n° 155, p. 761, et J. BÉTAILLE, « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisantes récurrentes », *RJE*, 2010, n° spécial, p. 241-251.

<sup>323</sup> V. CHANUT, « Pour une nouvelle geste évaluative », *loc. cit.*, p. 171.

<sup>324</sup> M.-A. DUJARIER, « L'automatisation du jugement sur le travail : mesurer n'est pas évaluer », *Cahiers internationaux de la sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 148.

<sup>325</sup> E. MONNIER, *Évaluation de l'action des pouvoirs publics. Du projet au bilan*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>326</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, *op. cit.*, p. 31. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>327</sup> P. ZAOUÏ, « Pour un nietzschéisme démocratique », *Vacarme*, 2008, n° 44, p. 45-48.

<sup>328</sup> E. ENRIQUEZ, « L'évaluation entre perversion et sublimation », *op. cit.*, p. 245-265.

d'une gouvernance par les nombres à la gouvernance par la loi<sup>329</sup>. Le jugement de valeur formulé par l'évaluation ne serait dès lors qu'une façade. Derrière ces observations résonne la crainte d'une dérive tyrannique de l'évaluation<sup>330</sup>. Néanmoins, l'hostilité des philosophes et sociologues à l'égard de l'évaluation concerne surtout l'évaluation des personnes, qui existe en droit privé comme en droit public. Cette évaluation serait la plus néfaste pour le sujet évalué, d'un point de vue social et psychologique, et c'est celle qui poserait le plus de problèmes dans son organisation<sup>331</sup>.

**59.** Pourtant, la réalité n'est pas aussi négative que la décrivent ces auteurs. L'ampleur de leur déception semble causée par une surestimation originelle de l'évaluation : il ne faut pas attendre d'elle qu'elle règle tous les dysfonctionnements administratifs et politiques. Comme l'a souligné F. Rangeon, l'évaluation n'est « qu'un outil d'analyse et de gestion, et non une solution miracle »<sup>332</sup>. Il serait en outre inexact de croire que toutes les évaluations échouent : certaines sont décrites comme des réussites<sup>333</sup>. À cet égard, dans son bilan d'activité pour 2010, le CNEN a souligné les efforts de l'Administration pour prendre en compte ses remarques<sup>334</sup>. Les critiques oublient aussi que tous les effets de l'évaluation ne sont pas visibles. En tant qu'outil d'information du décideur, l'évaluation permet l'« apprentissage »<sup>335</sup> des différents acteurs sur les sujets évalués, ce qui n'est pas mesurable. L'évaluation produit des effets « indirects, diffus et différés »<sup>336</sup>, mais certains.

Finalement, les critiques exposées plus haut sont peut-être mal dirigées : c'est le fonctionnement des institutions françaises plus que la nature de l'évaluation qui paraît expliquer le mésusage dénoncé des données évaluatives<sup>337</sup>. Surtout, davantage que l'évaluation en tant que telle, c'est l'évaluation des politiques publiques qui est visée par la quasi totalité des auteurs cités, reproduisant le tropisme doctrinal français. Les auteurs qui remettent en cause le principe même de l'évaluation ignorent celles qui sont pratiquées en droit de la santé ou en droit de l'environnement. Rares sont les auteurs comme C. Vayrou

---

<sup>329</sup> A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, éd. du Seuil, 2010, 184 p.

<sup>330</sup> Y.-Ch. ZARKA., « Qu'est-ce que tyranniser le savoir ? », *loc. cit.*, p. 3-6.

<sup>331</sup> V. A. DEL REY, *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, 2013, 149 p.

<sup>332</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>333</sup> V. E.-P. GALLIE, A. GLASER, P. LEFEBVRE et F. PALLEZ, « Évaluation moderne, évaluation modeste ? Le cas des pôles de compétitivité français », *loc. cit.*, p. 773-590.

<sup>334</sup> CNEN, *Bilan d'activité 2010*, 2011, p. 22.

<sup>335</sup> CSE, *Rapport annuel*, 1991, *op. cit.*, p. 15.

<sup>336</sup> B. PERRET, « L'évaluation des politiques publiques », *Informations sociales*, n° 110, 2003, p. 21.

<sup>337</sup> J. BOURDIN, P. ANDRÉ et J.-P. PLANCADE, *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, éd. du Sénat, n° 392, 2004, p. 118 et s.

à mettre sur un pied d'égalité évaluations des politiques publiques et études d'impact environnemental<sup>338</sup>. Les critiques énoncées plus haut doivent donc être relativisées.

**60.** Les dangers et les dérives de l'évaluation ne justifient pas sa condamnation générale. Toutefois, il est communément admis que les évaluations réalisées sur habilitation juridique en France souffrent de graves défauts. Or, le juge, qui peut exercer un contrôle sur les textes de l'évaluation, sur l'évaluation elle-même et sur la décision qu'elle a préparée pourrait répondre, en même temps, aux critiques relatives à la méthode évaluative – théorique et pratique – et à l'utilisation finale de l'évaluation.

Le juge serait ainsi en mesure de contribuer au maintien de l'évaluation dans l'étroit corridor qui garantit, d'une part, la permanence du droit dans la formation de l'action publique et qui protège, d'autre part, contre l'instrumentalisation de l'évaluation par les acteurs politiques et économiques (§II).

## **§II. L'intervention salvatrice du contrôle juridictionnel**

**61.** Bien qu'elle soit le plus souvent occultée par la doctrine politiste<sup>339</sup>, la question de l'intervention du juge pour contrôler les évaluations est loin d'être aberrante. Pour F. Varone et S. Jacob, l'appropriation de l'évaluation par les organes traditionnels de contrôle est même l'un des facteurs clefs de son développement dans un État<sup>340</sup>. Si l'évaluation et le contrôle juridique répondent à des logiques différentes, ils n'en restent pas moins complémentaires et le contrôle du juge apparaît comme une étape cohérente du cycle évaluatif (A). La question de l'intervention du juge est d'autant plus pertinente que celui-ci s'est déjà saisi, en France comme en Europe, de l'évaluation. Seulement, son contrôle est à l'image des textes relatifs à l'évaluation, éparpillé entre les différentes branches du droit et sans principes directeurs. Il faut donc savoir si son contrôle peut être unifié et systématisé. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de se détacher d'un

---

<sup>338</sup> C. VAYROU, *Management public et droit administratif*, op. cit., p. 225 et s.

<sup>339</sup> B.-L. Combrade a résumé les pistes de recherches des autres disciplines qui regardent « la réglementation dans une perspective de science économique, (...) la qualité des évaluations produites au regard des standards guidant leur rédaction ou encore, suivant la méthode des sciences politiques, (...) la façon dont l'étude d'impact influe sur les rapports entre le politique et son administration », *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, op. cit., p. 13.

<sup>340</sup> F. VARONE et S. JACOB, « Institutionnalisation de l'évaluation et Nouvelle Gestion Publique : un état des lieux comparatif », *RIDC*, Vol. 11, n° 2, 2004, p. 272.

positivisme trop rigoriste au profit d'une méthode plus adaptée à l'originalité de l'évaluation, dont le biotope est plutôt le management ou la science politique (B).

### **A. La connexité du contrôle juridictionnel et de l'évaluation**

**62.** Contrôler l'évaluation n'obligerait pas le juge à créer de toutes pièces des normes de référence. Le droit régit depuis longtemps les conditions de réalisation de la plupart des évaluations. Le juge pourra mobiliser ces règles pour contrôler l'évaluation, qui n'est pas un objet extérieur au droit (1). En outre, la logique évaluative semble appeler ce contrôle juridictionnel. En effet, si l'évaluation n'est pas en elle-même une forme de contrôle, elle complète le contrôle traditionnel de l'administration. Le contrôle juridictionnel de l'évaluation permettrait alors de réconcilier les deux logiques qui modèlent désormais l'action publique (2).

#### 1) La nécessité d'une analyse juridique de l'évaluation

**63.** Si l'étude du contrôle juridictionnel de l'évaluation paraît peu intuitive, c'est en raison de la domination de la littérature politiste en la matière et de la mise à l'écart des questions juridiques par les auteurs. Or, si l'évaluation est bien « née en dehors du droit »<sup>341</sup>, selon J. Chevallier, son « transit par le droit est [désormais] indispensable »<sup>342</sup> et il paraît essentiel de fusionner ces deux regards. Comme l'a relevé J. Caillosse, en matière évaluative, sans l'apport du droit « ce que l'on perd ne touche pas seulement la forme ou le style de l'objet étudié, mais son identité ou son économie »<sup>343</sup>. La plupart du temps, l'évaluation est en effet insérée dans des procédures juridiques menant à l'adoption d'une décision administrative ou législative. Le statut de ses auteurs, son contenu et ses conséquences sont régis par le droit. Plus généralement, l'évaluation a pris de l'ampleur grâce à sa juridicisation, avec la loi relative à la protection de la nature en droit de

---

<sup>341</sup> A. LAGET-ANNAMAYER et D. DERO-BUGNY, « Avant-propos », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER, *L'évaluation en droit public*, op. cit., p. 21.

<sup>342</sup> J. CHEVALLIER, « Synthèse », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER, *L'évaluation en droit public*, op. cit., p. 223.

<sup>343</sup> J. CAILLOSSE, « Le droit comme méthode ? Réflexion depuis le cas français », in D. de BÉCHILLON, J. CAILLOSSE et D. RENARD, *L'analyse des politiques publiques...*, op. cit., p. 29.

l'environnement<sup>344</sup>, l'adoption de la LOLF en 2001<sup>345</sup> et la révision constitutionnelle de 2008<sup>346</sup>.

**64.** Ce constat ne vise pas à entretenir une compétition entre politistes et juristes pour traiter de l'évaluation. Comme l'écrit Ch.-A. Morand : « le retour du droit sur la scène de l'évaluation ne doit évidemment pas être conçu comme une guerre de tranchée pour la reconquête d'un territoire, mais dans un esprit de collaboration respectueuse de toutes les connaissances acquises par le développement de la science des politiques publiques »<sup>347</sup>. Le droit doit intégrer les apports des disciplines extrajuridiques qui ont forgé la théorie évaluative et ces disciplines doivent intégrer la dimension juridique de l'évaluation. À cet égard, pour J. Chevallier « la démarche évaluative ne se situe (...) pas dans un rapport d'extériorité au droit : non seulement elle présuppose l'existence d'un cadre juridique pour produire son plein effet, mais encore elle influe sur les conditions mêmes de production du droit »<sup>348</sup>. La réalisation d'une évaluation peut en effet déclencher des conséquences spécifiques en droit, notamment en matière d'expérimentation normative, où le résultat de l'évaluation détermine la survie du texte<sup>349</sup>. L'évaluation est aussi, souvent, une obligation juridique appliquée en droit de l'environnement, à la procédure législative, en droit de la fonction publique, en droit des contrats publics, *etc.* En France, évaluer est une obligation constitutionnelle, une obligation européenne, ainsi qu'une obligation aussi bien légale que réglementaire. L'angle juridique en matière d'évaluation est donc pleinement pertinent.

**65.** Il est d'autant plus pertinent que, malgré ce que J. Caillosse appelle la « compétition structurelle dont dépendent les choix publics entre techniques managériales et outillage juridique »<sup>350</sup>, ces deux logiques présentent un important point commun. Comme l'évaluation, le droit a pour fonction de limiter l'incertitude. À cet égard, A. Hauriou relève que « dans leur ensemble, les techniques du droit cherchent à limiter la part d'incertitude

---

<sup>344</sup> Article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976.

<sup>345</sup> Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

<sup>346</sup> Avec la modification de l'article 24 de la Constitution, qui a fait de l'évaluation des politiques publiques une mission dévolue au Parlement.

<sup>347</sup> Ch.-A. MORAND, « L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS, *Contrôle parlementaire et évaluation*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>348</sup> J. CHEVALLIER, « Synthèse », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER, *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 228.

<sup>349</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>350</sup> J. CAILLOSSE, *L'état du droit administratif*, *op. cit.*, p. 50.

qu'il y a nécessairement dans le déroulement des actions humaines »<sup>351</sup>. Il est dès lors peu étonnant que les rationalités évaluatives et juridiques se concurrencent et s'allient alternativement. En ce sens, le contrôle juridictionnel de l'évaluation peut être analysé comme une étape cohérente du cycle évaluatif (2).

## 2) L'intégration du contrôle juridictionnel dans le cycle évaluatif

**66.** Si le contrôle du juge peut s'inscrire dans le cycle évaluatif, c'est en premier lieu parce que « l'évaluation est mobilisable pour le procès »<sup>352</sup> et mobilisable à double titre. Premièrement, les requérants peuvent invoquer l'irrégularité de l'évaluation pour obtenir un contrôle de son *instrumentum* et de son *negotium*. Deuxièmement, ils peuvent l'invoquer à l'occasion d'un recours contre la décision préparée par l'évaluation, soit, de nouveau, en contestant l'irrégularité de l'évaluation, soit en invoquant les données et le jugement évaluatifs comme éléments factuels<sup>353</sup>, pour démontrer l'illégalité de la décision finalement adoptée. Ce type de contrôle a déjà été envisagé par la doctrine juridique. A. Meuwese et T. Delille en droit européen et B.-L. Combrade en droit interne l'ont évoqué, de manière accessoire, dans leurs thèses. D'autres chercheurs ont étudié cette hypothèse de manière plus approfondie dans des monographies sur une catégorie d'évaluation – l'étude d'impact environnemental par exemple<sup>354</sup> –, mais ils n'ont alors pas lié leur sujet d'étude aux autres évaluations en droit public. De ce fait, il n'existe pas d'écrits approfondis sur le contrôle juridictionnel *des* évaluations de droit public, c'est-à-dire des évaluations destinées à des autorités publiques. Ces deux thèmes sont pourtant complémentaires<sup>355</sup>.

**67.** En effet, entre contrôle juridictionnel et évaluation, la complémentarité s'explique par le fait que le premier ne consiste pas en une réitération de la seconde : les normes de référence qui le caractérisent ne sont pas les valeurs employées dans l'évaluation et il ne

---

<sup>351</sup> A. HAURIOU, « Le droit administratif et l'aléatoire », in *Mél. Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 200.

<sup>352</sup> X. BIOY, « L'évaluation, nouvelle forme de création normative ? », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER, *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>354</sup> V. C. HUGLO, *Le juge, la prévention et la résolution des litiges en droit de l'environnement*, thèse de l'Université Paris II, 1994, 3 vol., paginations multiples.

<sup>355</sup> V. J. ARDOINO et G. BERGER, « Étude critique – Vers une nouvelle conception de l'évaluation ? », p. 132, cités par M., DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation...*, *op. cit.*, p. 165 : « on contrôle un résultat, on évalue des effets ; on contrôle la réalisation d'un objectif, mais on évalue la pertinence de celui-ci ; on contrôle l'exécution d'un programme, on évalue un projet. Il s'agit donc bien de distinguer – quand bien même elles ne seraient pas séparables – question de sens, question de la vérité, question de la cohérence ».

constitue pas un outil d'aide à la décision. En outre, le contrôle va moins loin que l'évaluation, puisque s'il est motivé, il n'apporte pas d'explications aussi détaillées<sup>356</sup>. Ces différences font de lui une forme de prolongement et de parachèvement de la logique évaluative. Aussi, bien que l'évaluation n'emporte par elle-même aucune sanction (au sens large), elle appelle *in fine* un tel mécanisme de contrôle dans la mesure où elle est un outil d'aide à la décision. Le but de l'évaluation est que des conséquences soient tirées du diagnostic qu'elle pose<sup>357</sup>. Le juge, qui agit en aval de la procédure décisionnelle, pourrait vérifier que ces conséquences ont été tirées et que l'évaluation dont elles ont été tirées n'était pas irrégulière. En ce sens, il est possible d'écrire que ces deux procédures présentent une « parenté étroite »<sup>358</sup>.

L'intervention du juge paraît d'autant plus pertinente qu'il peut agir *en dépit* des textes<sup>359</sup> et *sur* les textes relatifs à l'évaluation. Son contrôle pourrait être aussi général que pointilleux et factuel, notamment pour vérifier l'exactitude des données utilisées dans l'évaluation puisqu'à en croire, R. Castel, les « données positives qui sont censées fonder [un jugement d'expertise] sont souvent sujettes à caution »<sup>360</sup>.

**68.** Le contrôle juridictionnel n'est cependant pas la seule forme de contrôle à pouvoir achever le cycle évaluatif. Une autre voie a été pensée par des auteurs, notamment américains, pour garantir l'objectivité et la fiabilité de l'évaluation. W. Shadish et S. Scriven ont ainsi développé le concept de méta-évaluation, une évaluation de l'évaluation chargée de vérifier le respect d'une liste de critères qui démontre la solidité de la première évaluation<sup>361</sup>. Ce type de contrôle est déjà pratiqué en France, puisqu'un

---

<sup>356</sup> L'évaluation « a pour but d'expliquer le pourquoi des résultats obtenus », contrairement au contrôle, qui peut se contenter de formuler sa sentence, v. G. JOUVENEL, B. MASINGUE, *Les évaluations d'une action de formation dans les services publics : enjeux, méthodes et outils*, les éd. d'Organisation, 1994, p. 41.

<sup>357</sup> V. J.-C. EMIN, « Toute évaluation se situe dans l'histoire des politiques éducatives », in J.-C. EMIN et J.-L. VILLENEUC, *Évaluer l'évaluation*, Le Manuscrit, 2009, p. 202.

<sup>358</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>359</sup> Qui ne garantissent pas toujours l'objectivité de l'évaluation, comme le remarquait déjà P. Viveret en 1989. P. VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques : rapport au premier ministre*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>360</sup> R. CASTEL, « Savoirs d'expertise et production de normes », in F. CHAZEL et J. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 187.

<sup>361</sup> M. SCRIVEN, « Evaluating Evaluations. Evaluations checklist », 2011, disponible sur l'Internet, W. SHADISH, « Evaluation Theory is Who We Are », *American Journal of Evaluation*, Vol. 19, (1), p. 1-10 et D. L. STUFFLEBEAM, « The Meta-evaluation Imperative », *American Journal of Evaluation*, Vol. 22, n° 2, 2001 p. 183-209. V. aussi P. LADEGAARD, « Measuring RIA quality and performance », in C. KIRKPATRICK and D. PARKER (dir.), *Regulatory impact assessment : towards better regulation ?*, Edward Elgar, 2007, p. 57-71. En France, v. M. BASLÉ, « Méta-évaluation des politiques publiques et qualité

rapport a récemment été consacré à l'évaluation des dispositifs d'évaluation<sup>362</sup>. Ces méta-évaluations devraient être systématiques selon les auteurs américains et pourraient être une alternative au contrôle du juge. Il est certain qu'elles constitueraient au moins un complément utile à son contrôle, dans la mesure où les méta-évaluateurs faciliteraient son travail en identifiant en amont d'éventuelles déficiences et en tarissant certaines sources de contentieux. Cette association utile supposerait toutefois la mise en place d'un certain nombre de garde-fous, pour éviter le risque d'une régression à l'infini des méta-évaluations et leur partialité, des questions réglées en théorie en matière juridictionnelle grâce à l'autorité de chose jugée attachée aux jugements<sup>363</sup> et aux mécanismes garantissant l'impartialité et de l'indépendance des juges administratifs et constitutionnels<sup>364</sup> – excepté en matière de contrôle de constitutionnalité *a priori*<sup>365</sup>. Le caractère équitable des règles procédurales applicables aux méta-évaluations serait ainsi déterminant pour le succès de ces procédures, même si la généralisation des méta-évaluations n'équivaudrait pas à la création de tribunaux spécialisés.

Au demeurant, cette expansion ne priverait pas le recours au juge de tout intérêt, ne serait-ce que pour contrôler l'utilisation de l'évaluation par le décideur, qui ne serait pas traitée lors de la méta-évaluation. L'exercice d'un contrôle direct de l'évaluation resterait aussi pertinent dès lors que le jugement pourrait se traduire par une suspension de la procédure décisionnelle en cours, voire par son annulation, des effets qui ne sont pas attachés aux mécanismes de méta-évaluation pensés par la doctrine.

---

des évaluations », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 1017-1027 et CEC, *Rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, Assemblée nationale, 2018, n° 771, 207 p.

<sup>362</sup> CEC, *Rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, *op. cit.*, 207 p.

<sup>363</sup> L'autorité de chose jugée des jugements administratifs est absolue (CE, 4 oct. 1972, *Sté civile immobilière de construction des 5 et 5 bis rue des Chalets à Bourges et Ministre de l'Équipement et du Logement c. Guillaumin et a.*, req. n°s 81445 et 81469, Rec., p. 598) ou relative en fonction du type de recours exercé et du dispositif (CE, 27 oct. 1965, *Blagny*, req. n°s 46007 et 46740, Rec., p. 559). Les décisions du Conseil constitutionnel bénéficient de la force de chose jugée en vertu de l'article 62 de la Constitution et aussi de l'autorité de chose jugée, sur le fondement de l'article 1355 du code civil, X. MAGNON, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre "autorité" et "force" de chose jugée », *RFDA*, 2013, p. 859-867.

<sup>364</sup> Article R. 721-1 et suivants du code de justice administrative ; articles 339 et 340 du code de procédure civile et article 111-6 du code de l'organisation judiciaire.

<sup>365</sup> Aucun texte ne garantit l'impartialité des juges dans ce contrôle et comme le Conseil constitutionnel ne statue pas, dans cette hypothèse, sur des « contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, [ou sur le] bien-fondé de toute accusation en matière pénale », le droit européen du procès équitable ne lui est pas applicable (art. 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales [CESDH]). En revanche, dans le contentieux *a posteriori*, le procès équitable s'applique bien, comme l'a montré l'arrêt de 1993 *Ruiz Mateos* (CEDH, Plén., 26 juin 1993, *Ruiz Mateos c. Espagne*, n° 12952/87).

**69.** Certains auteurs sont cependant réservés sur l'opportunité d'établir un contrôle juridictionnel de l'évaluation. Pour F. Rouvillois, l'intervention du juge est de prime abord dangereuse. Selon l'auteur, elle pourrait tout au plus prévenir le « négatif », mais non apporter du positif<sup>366</sup> et elle emporterait de nouveaux risques, puisque le juge pourrait s'immiscer dans le choix des fins de l'action administrative ou accélérer le déclin de la rationalité juridique en accordant trop d'importance à l'évaluation. La question des conséquences de l'action juridictionnelle mérite en effet être posée.

Il ne s'agit pas ici de surestimer le contrôle de l'évaluation comme a été surestimé le rôle de l'évaluation dans la rationalisation des décisions publiques. Il est certain, comme le rappelle S. Braconnier, que le juge ne peut pas assurer l'efficacité et la simplicité des décisions publiques à lui seul<sup>367</sup>. Cependant, il peut agir sur l'évaluation pour atténuer les craintes qui traversent la doctrine. Le contrôle juridictionnel de l'évaluation des politiques publiques est un moyen de contenir la menace qu'elle représente pour la rationalité juridique<sup>368</sup>. La capacité d'intervention du juge est en ce sens essentielle. Les pouvoirs publics l'ont bien compris, puisqu'ils ont rendu possible une saisine du juge constitutionnel en matière d'étude d'impact des projets de loi en cas de désaccord du Parlement et du gouvernement sur la qualité de l'évaluation<sup>369</sup>. De même, une procédure de sursis automatique de la décision a été instaurée pour les études d'impact environnemental. Elle peut être activée quand l'obligation d'évaluer n'est pas respectée<sup>370</sup>. Ainsi, le contrôle de l'évaluation existe déjà. Il n'est pas à inventer de toutes pièces. Toutefois, les modalités du contrôle juridictionnel actuel des évaluations ne sont pas celles d'un contrôle des évaluations alors qu'il est possible d'identifier, comme cela a été exposé, une notion d'évaluation. Tout au plus existe-t-il des contrôles d'évaluations. Pour les étudier et regarder s'ils sont adaptés à leur objet, il est indispensable d'adopter une méthode spécifique de recherche, respectueuse des apports des disciplines qui se sont le plus intéressées à l'évaluation (B).

---

<sup>366</sup> F. ROUVILLOIS, *Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, op. cit., p. 36.

<sup>367</sup> S. BRACONNIER, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », *RDP*, 1998, n° 3, p. 817-843.

<sup>368</sup> Ch.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, op. cit., p. 104.

<sup>369</sup> Article 39.4 de la Constitution.

<sup>370</sup> Article 2 de la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature.

## B. Les spécificités de la recherche contentieuse en matière d'évaluation

70. Le juge s'est saisi de l'évaluation dans de nombreuses matières, et le contentieux est parfois abondant. Cependant, le juge contrôle l'évaluation sans le savoir. Il ne réalise pas qu'il contrôle des actes similaires. Les modalités de recours varient selon la branche du droit dont relève l'évaluation<sup>371</sup>. Pour les besoins de l'étude, une sélection a été faite, parmi les contentieux existants, au profit de ceux qui semblaient les plus représentatifs des pratiques évaluatives et des pratiques juridictionnelles (1). Pour les analyser et formuler des propositions, une méthode spécifique, qu'il convient d'exposer, a été suivie (2).

### 1) Les principaux contentieux de l'évaluation

71. Afin que cette entreprise de recherche ne soit pas, comme le champ de l'évaluation, trop fragmentée et difficilement lisible, il est nécessaire de la restreindre à une poignée de domaines représentatifs du contentieux évaluatif actuel. Or, celui-ci est double. Les évaluations destinées au Parlement relèvent du Conseil constitutionnel, et celles destinées à l'Administration relèvent du juge administratif.

Les évaluations de la première catégorie peuvent être réalisées par des organes parlementaires, par le gouvernement ou par une juridiction, la Cour des comptes. Elles constituent rarement le préalable obligatoire à une décision du Parlement. Seules les études d'impact des projets de loi<sup>372</sup> et les évaluations prévues par les lois d'expérimentation sont obligatoires. Ce sont les seules qui seront étudiées ici, et leur contrôle sera confronté à celui mis en œuvre, entre autres, par les juges constitutionnels américains et allemands, qui se sont aussi saisis des évaluations des lois et des actes administratifs<sup>373</sup>.

En matière administrative, le nombre d'évaluations qui constitue effectivement des aides à la décision est plus important. Pour choisir quels contentieux analyser, deux critères principaux ont été retenus afin d'avoir un échantillon représentatif des différentes

---

<sup>371</sup> Un recours direct est possible contre l'évaluation des fonctionnaires, v. CE, 23 nov. 1962, *Camara*, req. n° 50328, Rec. p. 627, mais pas contre les avis de la Commission de la transparence : CE, 12 mai 2010, *Société Roche*, n° 316859, Rec. p. 631.

<sup>372</sup> Article 39 de la Constitution.

<sup>373</sup> Pour l'Allemagne, v. Ch.-A. MORAND, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *loc. cit.*, p. 402, et pour les États-Unis B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact...*, *op. cit.*, p. 116-117. V. par exemple, USSC, 29 juin 2015, *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, 573 U.S. ; US Jugement du 9 fév. 2010, 1 BvL 1/09, para 143 (Hartz IV) et BVerfGE 106, 62, 151 ff (care of the elderly) ; BVerfGE 39, 210, 225–226 (mills structure).

évaluations destinées à des autorités administratives. Premièrement, la préférence a été donnée aux contentieux les plus abondants, qui facilitent l'étude des techniques jurisprudentielles et qui supposent la production d'un nombre conséquent d'évaluations comparables. Un deuxième critère de sélection, supplétif, a été ajouté pour intégrer à la recherche les évaluations qui, sans connaître un contentieux important, sont médiatisées et fréquemment analysées par la doctrine, et constituent, en quelque sorte, des emblèmes de la démarche évaluative.

**72.** Parmi les actes répondant au premier critère, l'étude d'impact environnemental et l'évaluation d'incidence environnementale sont incontournables. Ces évaluations pionnières – les études d'impact environnemental existent depuis 1976<sup>374</sup> – montrent que l'évaluation ne saurait se résumer à une rationalité économique. Elles génèrent un contentieux très important en droit de l'environnement et en droit de l'urbanisme. Elles se déclinent en de nombreuses évaluations spéciales, adaptées en fonction de la spécificité des projets de travaux. Parmi elles, les évaluations des incidences Natura 2000<sup>375</sup> et des grandes infrastructures de transport<sup>376</sup> se distinguent : la première a, en vertu des textes l'instituant, un effet déterminant sur la décision finale, tandis que l'autre implique une évaluation socio-économique spécifique et rare. Elles seront donc intégrées à l'étude.

La deuxième catégorie d'évaluation correspondant au premier critère est celle des fonctionnaires, qui a remplacé la notation dans les trois fonctions publiques relevant de la loi Le Pors<sup>377</sup>. L'évaluation des personnes est en effet une branche spécifique et importante de l'évaluation, qui a suscité une littérature importante et un contentieux foisonnant, en droit public et en droit privé. À ce titre, une comparaison interne entre le contentieux de l'évaluation des salariés et le contentieux de l'évaluation des fonctionnaires sera menée.

La troisième catégorie d'évaluation générant un contentieux abondant est celle des « avis » et « rapports » produits en droit sanitaire. Comme en droit de l'environnement et de l'urbanisme, les évaluations produites dans ce domaine sont pléthoriques. Cependant, toutes n'engendrent pas un contentieux similaire. Celles qui sont le plus traitées devant le juge sont les évaluations produites par la Commission de la transparence pour l'inscription

---

<sup>374</sup> Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

<sup>375</sup> Articles L. 414-4 et R. 4114-19 et s. du code de l'environnement.

<sup>376</sup> Article L. 1511-1 à L. 1511-6 et R. 1511-1 et s. du code des transports ; article 17 de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 et son décret d'application n° 2013-1211 du 23 décembre 2013.

<sup>377</sup> Les militaires, qui ont un statut autonome, sont toujours notés en vertu de l'article L. 4135-1 du code de la défense.

des médicaments autorisés sur la liste des spécialités remboursables et celles produites par la CNEDIMTS pour le remboursement des dispositifs médicaux et des technologies de santé<sup>378</sup>. À l'inverse, aucun contentieux ne concerne les avis donnés par la Commission d'évaluation économique et de santé publique, par ailleurs peu étudiée. Ils ne seront pas abordés ici. En revanche, malgré un contentieux balbutiant<sup>379</sup>, quoique croissant<sup>380</sup>, le critère supplétif de la médiatisation et de l'intérêt doctrinal justifie l'insertion dans le champ de la recherche des rapports rédigés lors de la procédure de certification des établissements de santé<sup>381</sup>.

**73.** La quatrième catégorie d'évaluations destinée à l'Administration qui sera étudiée est aussi peu contestée en justice, mais elle est emblématique de la rationalité évaluative en droit public. Il s'agit de l'évaluation préalable des contrats de partenariat public-privé, qui a survécu à l'ordonnance du 23 juillet 2015<sup>382</sup>. Cette évaluation destinée à garantir le bon usage des deniers publics<sup>383</sup> a été plusieurs fois modifiée et a failli être étendue à l'ensemble des contrats publics<sup>384</sup>. Finalement, elle est restée cantonnée aux marchés de partenariat et aux baux emphytéotiques<sup>385</sup>, des contrats qui génèrent un contentieux important, mais qui n'ont donné lieu qu'à une seule contestation – couronnée de succès – de la régularité de l'évaluation préalable<sup>386</sup>. Le nombre d'études consacrées à ces évaluations et l'éventualité sérieuse d'un contentieux justifient toutefois qu'elles soient incorporées à l'étude.

---

<sup>378</sup> Prévues respectivement aux articles L. 161-37, art. L. 165-1 et articles R. 165-18 et s. du code de la sécurité sociale.

<sup>379</sup> TA de Montreuil, 18 juill. 2013, *CHU de Reims*, n° 1206888.

<sup>380</sup> V. D. TABUTEAU, « Sécurité sanitaire et agences, le renouveau de la santé publique », in CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1998. Réflexions sur le droit de la santé*, La doc. Fr., 1998, p. 246 et s. ; O. CIAUDO, « La procédure d'accréditation des établissements de santé », *Revue générale de droit médical*, n° 8, 2002, p. 21-46, et L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit., p. 98 ; D. CRISTOL, « Le régime des autorisations sanitaires : simplification et modernisation sur ordonnance », *RDSS*, 2018, p. 271-277, et L. CLUZEL-MÉTAYER, « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS*, 2014, p. 1002-1005. *Contra* v. M. DUPONT, « Sur la nouvelle procédure de certification établie par la HAS », *JDSAMN*, n° 2, fév. 2015, p. 41-46.

<sup>381</sup> O. CIAUDO, « La procédure d'accréditation des établissements de santé », *RGDM*, n° 8, 2002, p. 21-46.

<sup>382</sup> Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>383</sup> Ces évaluations ont tout de suite été analysées comme des garde-fous à l'institution de ces nouveaux contrats, v. Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.

<sup>384</sup> Article 40 de l'ordonnance relative aux marchés publics, supprimé par la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II.

<sup>385</sup> Décret n° 2011-2065 du 30 déc. 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs.

<sup>386</sup> TA de Marseille, 12 fév. 2019, *M. G. P.*, req. n° 1709848

74. Cinq branches du droit public seront ainsi étudiées pour comprendre les formes que prennent et que pourraient prendre le contentieux de l'évaluation : le droit constitutionnel<sup>387</sup>, le droit de la fonction publique, le droit de l'environnement, le droit de la fonction publique et le droit des contrats publics. Pour construire une analyse valide de ces contentieux à partir de la définition de la notion d'évaluation proposée plus haut, une démarche méthodique avertie des difficultés que présentent l'angle contentieux et l'angle prospectif dans une recherche juridique a été retenue (2).

## 2) L'étude « en contexte » du contrôle de l'évaluation

75. Si la recherche sur l'évaluation suit un tropisme politiste, en droit public, et particulièrement en droit administratif, un tropisme contentieux domine les recherches, tous sujets confondus. Les risques d'une telle perspective sont pourtant connus. Comme le rappellent M. Chemillier-Gendreau et C. Apostolidis<sup>388</sup> « l'objet est posé par la méthode, [il] est découvert d'une certaine manière, par un certain regard, en fonction de la méthode mise au point ». Or « l'étude du contentieux n'est pas l'étude du droit »<sup>389</sup>. Le contentieux ne représente que la pathologie du droit et mènerait à des inversions de raisonnement, notamment en poussant à (re)construire des notions à partir d'un régime, ce qui est un vice logique<sup>390</sup>. Pour J.-C. Venezia, c'est une « insoluble tentative que de prétendre élucider une notion juridique par le seul approfondissement des solutions concrètes qu'elle inspire »<sup>391</sup>. Il y a donc un véritable danger à embrasser le point de vue contentieux, celui d'avoir une vue partielle de l'évaluation. C'est pourquoi il était nécessaire de prendre le temps de définir au préalable la notion d'évaluation indépendamment du régime contentieux qui est réservé à cette notion. C'est aussi pourquoi il sera nécessaire de bien identifier ensuite la catégorie juridique dont relève l'évaluation. Ce n'est pas le contentieux qui rend la notion

---

<sup>387</sup> Plus précisément le droit gouvernemental et le droit parlementaire, selon la distinction proposée par B.-L. Combrade, B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, op. cit., p. 37.

<sup>388</sup> M. CHEMILLIER-GENDREAU et C. APOSTOLIDIS, « L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique », *RDP*, 1993, p. 613.

<sup>389</sup> M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Dalloz, coll. « Bibliothèque de droit Publ. », t. 233, 2003, p. 2.

<sup>390</sup> B. SEILLER, *Droit administratif 2. L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 44 : « il est, en effet, aberrant d'introduire dans la définition d'une notion un élément tiré de son régime. Ce dernier doit résulter de la qualification retenue et ne pas la déterminer. Lorsque la nature d'une activité est recherchée, ce n'est jamais pour elle-même, mais, bien plutôt, pour trouver le régime auquel la soumettre ». C'est exactement la démarche que nous nous proposons de suivre ici.

<sup>391</sup> J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, LGDJ, 1959, p. 239.

et la recherche intéressantes, c'est l'identification d'une notion juridique d'évaluation qui justifie l'étude de son contentieux.

76. Pour se repérer dans le traitement juridique de l'évaluation, une approche normativiste<sup>392</sup> sera préférée à une analyse réaliste<sup>393</sup>. Ce normativisme sera appliqué à la « base positiviste » nécessaire à toute recherche juridique selon G. Timsit<sup>394</sup>. Pour délimiter le champ des évaluations en vigueur, il est en effet indispensable de se référer aux textes de droit positif. Cependant, prendre l'évaluation comme objet de recherche implique de transgresser en partie ce cadre positiviste. En effet, l'évaluation réintroduit explicitement les valeurs dans le raisonnement juridique et porte une logique profondément téléologique : elle a été instaurée dans le but de réaliser certaines valeurs. Or le positivisme rigoriste « paraît avoir comme une phobie juridique des valeurs », selon l'expression d'E. Picard<sup>395</sup>. Il tend à faire du droit une technique isolée. Il omet qu'un texte juridique est un énoncé interprétable dans un contexte et il assourdit les disciplines alentours, qui irriguent pourtant le droit.

Cette version rigide du positivisme juridique est dénoncée par F. Brunet, selon qui « le droit n'existe pas sans son contenu, car il n'a pas de sens ni de réalité (...) indépendamment des valeurs qu'il traduit »<sup>396</sup>. Cette appréciation semble particulièrement adaptée au cas de l'évaluation. Il paraît en effet impossible de traiter juridiquement l'évaluation sans rendre compte de sa téléologie et des valeurs qu'elle sous-tend. En conséquence, il convient d'adopter ici un point de vue normativiste et modérément positiviste. Les valeurs gouvernant le mouvement de rationalisation des décisions publiques par l'évaluation (l'efficacité et la sécurité) guideront l'analyse de son contentieux.

77. La prise en compte de ces valeurs et, plus largement, du contexte de l'évaluation, favorisera par ailleurs le travail doctrinal, qui est d'« expliquer, [d']objecter, [de] justifier, voire [de] suggérer, dans le registre méthodologique qui est le sien, des solutions, ou du

---

<sup>392</sup> Le normativisme définit le droit comme « un ensemble de normes [qui] forment un ordre ou un système hiérarchisé [et] que toute création est aussi application du droit et réciproquement ». « Normativisme », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1077.

<sup>393</sup> Pour voir une critique de l'approche réaliste, P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 539 et s.

<sup>394</sup> G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction en droit administratif*, LGDJ, 1964, p. 19.

<sup>395</sup> E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 35.

<sup>396</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque de thèses », 2012, p. 263

moins certaines pistes, aux problèmes »<sup>397</sup>. Cette définition du travail doctrinal résulte de la conscientisation du rôle qu'a inévitablement la science du droit sur le droit. Les épistémologues et les théoriciens du droit s'accordent en effet pour reconnaître que la science du droit joue sur la « réception des normes »<sup>398</sup> et « transforme » le droit<sup>399</sup>. Ainsi, pour C. Atias, « le langage juridique n'est jamais neutre. Il n'est pas cet instrument technique qui se laisserait manœuvrer docilement pour conduire au seul résultat choisi par son utilisateur. Les juristes ne sont pas maîtres de leurs vocabulaires ; il les change malgré eux et les entraîne insensiblement dans une direction ou dans l'autre »<sup>400</sup>. De même, pour F. Ost et M. Van de Kerchove, peu importe que la doctrine travaille « à couvert » ou « au grand jour », elle participe toujours à la transformation de son objet<sup>401</sup>. Dans cette perspective, l'insertion annoncée des fins de l'évaluation dans la réflexion doctrinale permet une étude plus frontale du sujet.

Évidemment, cette conception du travail doctrinal n'est pas unanimement partagée. Elle se heurte, d'une part, à la théorie pure du droit prônée par H. Kelsen<sup>402</sup>, selon qui « la science du droit n'a ni à approuver ni à désapprouver son objet, mais seulement à le décrire ». Elle est, d'autre part, réprouvée par P. Amselek. L'auteur critique cette tendance qui réduit la doctrine à une « “téléologie juridique” (pas simplement au sens de recherches de motifs ayant guidé le législateur, mais au sens d'explication de normes, de “valeurs” “juridiques”, objectives quoiqu'informulées, qu'il appliquerait plus ou moins inconsciemment, plus ou moins “naturellement”, plus ou moins “parfaitement”<sup>403</sup> et qui revient à traiter les lois juridiques comme des lois scientifiques »<sup>404</sup>. Malgré ces critiques, P. Amselek reconnaît toutefois la nécessité d'étudier les normes juridiques dans leur contexte. Or, en matière évaluative, celui-ci est constitué par les valeurs que l'évaluation formalise et par la téléologie qu'elle impose aux décisions publiques en leur assignant des objectifs précis. Dès lors, l'emploi d'une démarche modérément positiviste et guidée par les fins évaluatives demeure pertinent.

---

<sup>397</sup> J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015, p. 36.

<sup>398</sup> Ils peuvent freiner son implantation, C. ATIAS, *Épistémologie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 2840, 1994, p. 54.

<sup>399</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Louvain-Paris, Bruylant-LGDJ, 1988, p. 10.

<sup>400</sup> C. ATIAS, *Épistémologie du droit*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>401</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 482.

<sup>402</sup> H. KELSEN, *La théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>403</sup> P. AMSELEK, *Essai de phénoménologie juridique*, LGDJ, 1964, p. 182.

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 43

**78.** Pour mettre en œuvre cette méthode, l'analyse adoptera successivement les points de vue « externe » et « interne » au droit, c'est-à-dire des points de vue plus ou moins objectifs. Ces expressions sont empruntées à F. Ost et de M. Van de Kerchove. Selon ces auteurs, « alors que le point de vue interne prétend précisément imposer une vision normative de la juridicité, de la validité et de l'intelligibilité du droit, il appartient précisément au "point de vue externe averti du point de vue interne" de confronter cette prétention avec la réalité d'ensemble du jeu social »<sup>405</sup>. Ainsi, le point de vue externe « essaie de restituer, derrière le discours rationalisateur des agents, la logique pratique profonde qui détermine leurs comportements, révélant du fait même l'efficacité de tel ou tel postulat implicite qui reste généralement non interrogé »<sup>406</sup>. Il faut immédiatement souligner la difficulté d'adopter un point de vue strictement externe. Comme le relèvent les auteurs, il est difficile de ne pas participer à la situation décrite, de ne pas la transformer<sup>407</sup>.

À défaut de pouvoir parfaitement endosser ce point de vue, ce travail essaiera de s'en rapprocher autant que possible, notamment pour comprendre les ressorts du contrôle juridictionnel actuel de l'évaluation. À l'inverse, pour proposer une systématisation de ce contrôle, c'est-à-dire « un réaménagement [des] données [étudiées] selon une idée directrice dégagée par l'auteur »<sup>408</sup>, le point de vue interne, davantage dogmatique et subjectif, sera préféré. Les changements de point de vue seront mis en avant tout au long de ce travail.

**79.** Ces principes méthodologiques alliés à la mobilisation des textes de droit positif, de la jurisprudence et des recherches existant en droit, en science politique et en science administrative devraient permettre d'étudier pleinement le contrôle juridictionnel de l'évaluation en droit public. À partir de ces sources, il sera possible de comprendre comment le contrôle juridictionnel peut être mieux adapté aux spécificités de l'évaluation, alternativement analysée comme menaçante ou superflue, et comment il peut être un moyen de répondre aux craintes des juristes et des autres auteurs face à la démarche évaluative.

---

<sup>405</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 78.

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>407</sup> Cette limite rejoint les remarques précédentes sur la participation irréductible de la doctrine à la transformation du droit.

<sup>408</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, *op. cit.*, p. 45.

**80.** La première partie de cette recherche sera fondée sur un postulat : l'ordre juridique doit être aussi cohérent que possible et, à cette fin, chaque notion juridique doit enclencher l'application d'un régime juridique unifié. Dans ce cadre, la définition préalable et transdisciplinaire de l'évaluation dégagée plus haut servira à identifier la notion juridique correspondante. Ce travail de classification permettra ensuite d'apprécier l'homogénéité des contrôles juridictionnels exercés sur les évaluations. Juridiquement justifiée au regard du postulat de cohérence de l'ordre juridique, l'unification du contentieux de l'évaluation serait en outre utile du point de vue plus engagé de la doctrine. Juristes, philosophes, sociologues et politistes<sup>409</sup> montrent en effet les nuisances que cause le développement non contrôlé de l'évaluation. L'établissement d'un contentieux unifié de ces actes répondrait ainsi autant à des exigences théoriques qu'à des réalités pragmatiques (**Première partie**).

**81.** Cette unification sera pensée à l'aune de la nature juridique de l'acte d'évaluation et de la téléologie évaluative. Cette étude en partie prospective révélera les potentialités et les limites de l'action juridictionnelle en matière évaluative. Le juge pourrait en effet canaliser certains effets délétères des pratiques évaluatives tout en protégeant l'objectivité et la fiabilité de l'information qu'elles fournissent. Cependant, loin d'être le sauveur providentiel de l'évaluation, le juge pourrait aussi s'effacer, ponctuellement, au profit d'autres formes de contrôles plus adéquates. Le contrôle unifié de l'évaluation serait ainsi optimisé pour répondre aux caractéristiques de l'acte juridique d'évaluation (**Seconde partie**).

### **Première partie : Unifier le contrôle de l'évaluation**

### **Seconde partie : Optimiser le contrôle de l'évaluation**

---

<sup>409</sup> L'énumération des disciplines non-juridiques mobilisées pour cette étude révèle, en creux, l'un des angles morts de l'évaluation, ou plus précisément des critères retenus dans l'évaluation. En effet, il n'est pas anodin que l'histoire, comme discipline universitaire, n'ait pas été citée alors que d'autres sciences sociales comme la philosophie, la sociologie, l'économie ou la science politique sont devenues incontournables pour comprendre l'évaluation. Cette différence de traitement s'explique par le fait que les historiens sont peu convoqués dans les ouvrages doctrinaux consacrés à l'évaluation et qu'aucune catégorie d'expertise évaluative ne fait de l'histoire un critère de contextualisation des décisions publiques – ce qui est justifié selon L. Bantigny, pour qui l'intégration de l'histoire dans une expertise dénaturerait le travail de l'historien, (L. BANTIGNY, « Usages, mésusages et contre-usages de l'expertise. Une perspective historique », *Histoire@politique*, 2011, n° 14, p. 3).





## PREMIÈRE PARTIE : UNIFIER LE CONTRÔLE DE L'ÉVALUATION

82. « La cohérence est la condition la plus générale à laquelle doit satisfaire un système – qu'il soit empirique ou non empirique – s'il doit être d'un usage quelconque »<sup>1</sup>. En droit, cette exigence de cohérence rend préférable la liaison de chaque notion juridique à un régime particulier, modelé en fonction de ses caractéristiques. Or, il s'avère que l'évaluation telle qu'elle a été définie en introduction correspond à une notion juridique spécifique : elle appartient à une catégorie particulière d'actes préparatoires, et plus précisément d'expertises.

En dépit de cette unité conceptuelle, observable d'un point de vue externe<sup>2</sup>, l'évaluation, en droit public, n'est pas encore soumise à un régime unifié. Elle n'a pas été distinguée par les juges, comme le révèle un examen du droit actuel. L'unification de son régime et, incidemment, de son régime contentieux paraît alors nécessaire pour parfaire la cohérence du système juridique français (**Titre premier**).

Cette unification est également souhaitable pour l'observateur interne, c'est-à-dire pour l'observateur arrimé à une conception engagée du droit<sup>3</sup>. En effet, des juristes, des politistes, des sociologues et des philosophes ont pris la plume pour alerter sur la qualité médiocre de la plupart des évaluations et sur les effets pervers qu'elles peuvent avoir quand elles ne sont pas correctement mises en œuvre. Au regard des défauts mis en lumière par les auteurs, il apparaît que le juge, en tant que tiers désintéressé susceptible d'intervenir sur les textes régissant l'évaluation, sur les évaluations réalisées et sur les décisions adoptées sur le fondement d'une évaluation, pourrait juguler certains de ses effets néfastes et contribuer à son amélioration. La mise en place d'un contrôle unifié de l'évaluation serait ainsi salutaire pour l'évaluation elle-même et pour tous ceux qu'elle atteint (**Titre second**).

---

<sup>1</sup> K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot, trad. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, 1990, p. 90.

<sup>2</sup> C'est-à-dire, d'après la définition donnée en introduction, d'un point de vue le plus objectif possible, averti des différentes positions doctrinales, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 78.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 78.



## TITRE PREMIER : La cohérence d'un contrôle unifié de l'évaluation

83. L'évaluation n'a pas encore été définie juridiquement par le droit positif<sup>4</sup> ou par la doctrine. Elle n'est pas davantage catégorisée parmi les divers actes juridiques identifiés. Elle peut toutefois l'être, grâce à un travail de comparaison avec les principales catégories d'actes juridiques de droit public – puisque les évaluations étudiées sont toutes destinées à des autorités de droit public.

Cette étude conduit à classer les actes évaluatifs de droit public dans une sous-catégorie d'actes préparatoires consultatifs : les expertises non-contentieuses (Chapitre I). Or, cette taxinomie est encore ignorée par les juges. Il n'existe pas un, mais plusieurs contrôles des évaluations, une multitude de contentieux qui pourrait être systématisée pour correspondre à l'unicité notionnelle de ces actes (Chapitre II).

---

<sup>4</sup> Seule l'évaluation des politiques publiques a reçu deux définitions successives en droit positif, de la part de textes désormais abrogés. L'article 1 du décret du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques affirme ainsi que l'objet de l'évaluation d'une politique est de « *rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de produire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont fixés* ». Une nouvelle définition lui a été substituée en 1998 : « *l'évaluation d'une politique publique a pour objet d'apprécier l'efficacité de cette politique en comparant ses résultats aux objectifs assignés et aux moyens mis en œuvre* » (art. 1 du décret n° 98-1048 du 18 novembre 1998 relatif à l'évaluation des politiques publiques).



## Chapitre I : Un acte singulier de droit public

84. L'effort initial de définition mené en introduction a permis de mettre en lumière une définition conceptuelle a-juridique de l'évaluation en droit public, applicable à un certain nombre d'actes produits en vertu du droit positif. Ce travail ne renseigne toutefois pas sur la catégorie juridique à laquelle l'évaluation se rattache en droit public. Or, cette information est indispensable pour l'étude de son contrôle juridictionnel dans la mesure où, comme le souligne M. Collet, cette catégorisation juridique présente « une utilité publique particulière : celle de faire présumer l'application d'un régime particulier, c'est-à-dire d'une ou de plusieurs règle(s) »<sup>1</sup>. La création de catégories juridiques constitue en effet « un procédé d'unification et un procédé de prévision dans le monde juridique »<sup>2</sup>. En conséquence, l'identification de la catégorie juridique dont relève l'évaluation permettra de prévoir son régime juridique. Si elle n'est qu'une déclinaison d'un acte juridique bien identifié, une simple transposition du régime qui lui est accolé pourra être envisagée. À l'inverse, si elle présente des caractéristiques telles qu'elle constitue une nouvelle catégorie d'actes, son régime, notamment contentieux, devra être établi sur mesure.

Ce travail d'identification devra être mené avec précaution, étant donné que l'opération de catégorisation présente un risque d'artificialité et de manipulation des faits et des catégories juridiques. Ce risque provient de la dualité de l'opération de catégorisation, qui sert « à la fois à construire le droit et à étudier l'objet construit »<sup>3</sup>. Le premier écueil à éviter est de prendre en compte le régime souhaité pour un objet lors de la définition d'une catégorie juridique. Ce raisonnement téléologique est parfois adopté par le juge, qui participe à la définition des catégories juridiques aux côtés du législateur, du pouvoir réglementaire et de la doctrine. En effet, à la différence de ces autres acteurs, le juge peut appliquer une catégorie en même temps qu'il la crée, ce qui peut l'amener à définir, artificiellement<sup>4</sup>, une catégorie juridique en fonction de la solution qu'il veut donner au litige<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Dalloz, coll. « Bibliothèque de droit Publ. », t. 233, 2003, p. 31. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>2</sup> G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, 1934, p. 340.

<sup>3</sup> S. THÉRON, « Les catégories en droit administratif », *RRJ*, 2005, n° 4, p. 2400.

<sup>4</sup> V. L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, PUF, 1947, p. 231 : une conception devient « artificielle dès l'instant qu'elle cesse d'envisager les objets qu'elle concerne en eux-mêmes pour les rapporter à des fins ».

<sup>5</sup> Pour une étude non juridique des méthodes de travail du juge administratif et plus spécialement du Conseil d'État voir B. LATOUR., *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État.*, La découverte, 2002, 319 p.

Le second écueil à éviter correspond à une autre inversion de raisonnement : il est préférable de s'abstenir de reconstruire une notion à partir de similitudes de régimes au risque, comme le relève E. Langelier, que « l'existence précède l'essence » des catégories<sup>6</sup>. Ce type de raccourci est parfois observable en jurisprudence, quand le juge se fonde sur des convergences de régimes qu'il a lui-même façonnés au gré de différents litiges pour en déduire *a posteriori* l'existence d'une catégorie juridique unique englobant ces différentes hypothèses.

Cette étude cherchera à éviter ces déformations. La catégorie juridique de l'évaluation sera entièrement construite à partir de la définition matérielle présentée en introduction et de sa comparaison avec les définitions conceptuelles des grandes catégories d'actes juridiques.

**85.** L'amorce de ce travail de comparaison requiert d'identifier la catégorie fondamentale de cette recherche, c'est-à-dire la catégorie la plus large à laquelle se rattache l'évaluation. Il s'agit sans nul doute de la catégorie des actes unilatéraux, puisque l'évaluation n'est manifestement pas un contrat. Elle est un des actes qui s'imposent à leurs destinataires indépendamment de leur consentement<sup>7</sup>.

Cette première classification peut immédiatement être affinée grâce à la définition matérielle de l'évaluation dégagée en introduction. La désignation de l'évaluation comme un acte *d'aide à la décision* laisse en effet penser qu'elle ne constitue pas elle-même une décision et, surtout, qu'il ne s'agit pas d'un acte autonome (Section 1) : l'évaluation est toujours émise dans la perspective de l'adoption d'un acte subséquent. Elle est nécessairement intégrée dans un processus décisionnel. Il s'agit d'un acte préparatoire et plus précisément d'une forme spécifique de consultation. L'analyse révèle ainsi que l'évaluation appartient à une sous-catégorie d'actes peu étudiée et dont le régime contentieux n'est pas clairement défini : les expertises non contentieuses de droit public (Section 2).

---

<sup>6</sup> E. LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, coll. « Thèses », 2012, p. 82.

<sup>7</sup> V. G. DUPUIS, « Définition de l'acte administratif unilatéral », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, 1975, p. 205.

## **Section 1 : La distinction de l'évaluation des actes autonomes de droit public**

**87.** L'évaluation appartient à la très vaste catégorie des actes unilatéraux. Parmi ces actes, il sera distingué ici entre les actes autonomes et les actes non autonomes. Au sens de cette recherche, la définition des actes unilatéraux autonomes exclut toute considération procédurale, contrairement à celle des actes unilatéraux non autonomes, qui a pour premier critère leur intégration dans une procédure – à l'instar de la définition des actes préparatoires. La définition de l'évaluation comme un acte d'aide à la décision, c'est-à-dire comme un acte procédural, l'insère dans le second groupe. Elle s'oppose ainsi à une catégorie importante d'actes autonomes : les actes décisifs. Si ces actes peuvent parfois préparer une autre décision et s'intégrer dans un processus décisionnel, cette fonction procédurale est accidentelle, elle ne les définit pas. Or leurs véritables critères de définition les distinguent clairement de l'évaluation (§I).

Cette particularité procédurale sépare également l'évaluation de la seconde catégorie majeure d'actes autonomes : les actes de *soft law*. Cette distinction est cependant moins intuitive, en raison de l'assimilation croissante entre tout acte non décisif et acte de *soft law* (§II).

### **§I. Un acte non décisif**

**88.** Les actes décisifs se distinguent de l'évaluation en raison de leur critère d'identification principal, qui est le même en droit administratif et en droit constitutionnel : l'impérativité<sup>8</sup>. Quelle que soit l'acception de cette notion, qui connaît des interprétations divergentes en doctrine, force est de constater que l'évaluation en est dénuée (A). Cela suffit à la distinguer de tous les actes décisifs, fussent-ils comme elle des actes de l'ordre

---

<sup>8</sup> Une définition concurrente a été proposée par W. Zagorski dans sa thèse consacrée aux actes non décisifs. L'auteur définit la décision comme l'acte qui n'ouvre aucune faculté de dérogation. Cette définition pose cependant problème dans la mesure où l'auteur semble considérer que toute trace de pouvoir discrétionnaire est une faculté de dérogation, ce qui réduit la notion de décision aux seules décisions complètement liées, qui sont rares. Aussi, l'auteur affirme qu'un acte contraignant n'est pas nécessairement décisif, ce qui semble illogique, comme cela sera montré *infra*. Enfin, l'auteur omet la notion de « droits et obligations » pourtant centrale dans la définition de l'impérativité. V. W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, Mare & Martin, 2015, p. 100 et s., p. 152 et p. 161.

intérieur, c'est-à-dire des actes d'abord adressés aux administrateurs, à l'image des lignes directrices et des circulaires. Classés à tort dans la *soft law*, ces actes sont souvent impératifs, donc décisives (B).

### A. Un acte non impératif

**89.** Aucune des définitions variables de l'impérativité donnée par les juges n'est susceptible de convenir aux évaluations (1). Seuls pourraient faire douter de cette exclusion certains actes apparemment mixtes, c'est-à-dire mi-évaluatifs et mi-impératifs comme les décisions de jurys d'examen ou de concours et les actes juridictionnels (2).

#### 1) Les caractéristiques de l'impérativité manquant à l'évaluation

**90.** Les évaluations s'opposent clairement aux décisions. Même les auteurs politistes, qui ne raisonnent pas à partir de la définition juridique de ces actes, partagent cette affirmation<sup>9</sup>. J. Leca définit ainsi l'évaluation comme un acte cognitif qu'il oppose aux actes prescriptifs, c'est-à-dire décisives : selon l'auteur, l'évaluation fournirait de la connaissance et n'imposerait aucun modèle de conduite<sup>10</sup>. Cette distinction est confirmée par l'analyse des critères juridiques de la décision.

La définition des actes décisives la plus largement partagée en droit administratif a été donnée par le juge administratif. Est décisive l'acte juridique qui est impératif, c'est-à-dire l'acte prescriptif, par opposition à l'acte « indicatif »<sup>11</sup>. Cette notion d'impérativité s'est imposée dans la jurisprudence administrative en 2002 avec l'arrêt *Duvignères* du Conseil d'État<sup>12</sup>. Elle est depuis employée par le juge pour déterminer si un acte *a priori* non décisive, par exemple, émis par une autorité administrative indépendante, constitue en réalité un acte décisive<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> V. notamment J.-P NIOCHE, R. POINSARD et *al.*, *L'évaluation des politiques publiques*, Economica, 1984, p. 254.

<sup>10</sup> J. LECA, « Le Conseil scientifique de l'évaluation », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1994, n 4, p. 1219 et s.

<sup>11</sup> B. SEILLER, *Droit administratif 2. L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs Université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 127.

<sup>12</sup> CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, req. n° 233618, Rec. p. 463.

<sup>13</sup> Cette jurisprudence s'applique, au-delà des circulaires, aux actes émis par les autorités administratives ou publiques indépendantes. V. L. CALANDRI, « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », *RDP*, 2013, n° 4, p. 771 et s.

Elle a été bien reçue par la doctrine, qui a pu l'étayer théoriquement. À ce titre, dans sa thèse consacrée à la décision administrative, B. Defoort définit la décision par l'impérativité après avoir analysé en profondeur ces deux notions<sup>14</sup>. Or l'acte évaluatif n'est manifestement pas un acte impératif, quelle que soit l'interprétation donnée par le juge ou par la doctrine de cette notion. En effet, comme l'ont montré B. Lavergne<sup>15</sup> et C. Groulier<sup>16</sup>, la notion d'impérativité employée par le juge administratif est ambivalente. Parfois, celui-ci définit l'impérativité à partir de critères formels, que B. Lavergne appelle des « foncteurs déontiques »<sup>17</sup>. C. Groulier relève ainsi qu'en doctrine et dans la jurisprudence, tout acte enjoignant ou prohibant est impératif<sup>18</sup>. L'impérativité se confond alors avec « la prescription au sens fort »<sup>19</sup>. Cette analyse purement sémantique et formelle de l'impérativité est toutefois assez faible, selon B. Lavergne, puisqu'elle permet aux auteurs d'un acte de déterminer son caractère décisoire en jouant sur sa formulation<sup>20</sup>. Elle n'est d'ailleurs pas la plus répandue. En général, le juge se fonde sur d'autres critères ou indices pour déterminer le caractère décisoire d'un acte. Il prend notamment en compte les effets de l'acte ou la volonté de son auteur. Un acte permissif, qualifié par C. Groulier « d'acte prescriptif faible », peut à ce titre être jugé impératif en fonction de ses effets. Un tel acte peut en effet « présenter en soi un caractère prescriptif et, partant, avoir un effet obligatoire [si] l'auteur de la circulaire entend (...) imposer aux destinataires de l'acte le principe d'une libre détermination des bénéficiaires de la faculté ouverte »<sup>21</sup>.

---

<sup>14</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit Public », t. 286, 2015, p. 624.

<sup>15</sup> B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ-Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, « Collection des thèses de l'IFR », 2013, 614 p.

<sup>16</sup> C. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence *Duvignères* : réflexion sur un « sésame contentieux » », *RFDA*, 2008, p. 941-960.

<sup>17</sup> B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, *op. cit.*, p. 326.

<sup>18</sup> C. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence *Duvignères* : réflexion sur un « sésame contentieux » », *RFDA*, 2008, p. 941-960.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 950.

<sup>20</sup> B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, *op. cit.*, p. 350. L'auteur mentionne des affaires dans lesquelles l'acte qualifié de décision par le juge a été réécrit après avoir été annulé.

<sup>21</sup> C. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence *Duvignères* : réflexion sur un « sésame contentieux » », *loc. cit.*, p. 951. Cet acte prescriptif faible est qualifié d'acte permissif fort par G. Tusseau, qui expose la distinction doctrinale distinguant ces énoncés des permissions faibles, qui ne créent pas de prescriptions, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Vol. 60, 2006, p. 131 : « trois concepts doivent donc être soigneusement distingués : un concept normatif – la permission comme caractère des énoncés normatif –, un concept descriptif, la permission forte, – qui rend compte de la présence dans l'énoncé permissif –, et la permission faible – qui rend compte de l'absence d'obligation et d'interdiction ».

Face au caractère mouvant et incertain de la jurisprudence du juge administratif, qui explicite parfois peu ses raisonnements, certains auteurs<sup>22</sup> voient finalement surgir derrière la condition de l'impérativité la définition plus classique selon laquelle est impératif l'acte qui modifie l'ordonnement juridique, c'est-à-dire qui « impose des obligations ou confère des droits »<sup>23</sup>. C'est d'ailleurs cette expression qu'utilise G. Vedel pour définir la décision dans son manuel de droit administratif<sup>24</sup>.

**91.** En tout état de cause, quelle que soit l'acception retenue, l'évaluation ne peut être qualifiée d'acte impératif. Elle ne constitue ni un acte prescriptif fort ni un acte prescriptif faible. Elle n'impose pas d'obligation au décideur et ne lui confère aucun droit. Elle ne lui ouvre pas non plus de faculté : elle se contente de l'informer. Tout au plus, exceptionnellement, des recommandations lui sont adjointes. Le principe de l'évaluation est de laisser le décideur libre de son choix en connaissance de cause, elle n'impose et ne permet rien en droit<sup>25</sup>. Les évaluations produites à l'occasion d'une procédure administrative ne peuvent ainsi pas être qualifiées de décisions : elles ne sont en aucun cas impératives. Il en va de même pour les évaluations produites à l'occasion de la procédure législative.

**92.** En droit constitutionnel, le juge a également donné une définition jurisprudentielle de la décision en cherchant à définir la loi « normative ». Elle n'est pas, contrairement à celle du juge administratif, explicitement fondée sur la notion d'impérativité. Cependant, l'interprétation de cette normativité concorde avec la notion d'impérativité développée en droit administratif. C'est ce que suggère le discours prononcé par P. Mazeaud en 2005, l'année suivant la première décision du Conseil constitutionnel sur l'exigence de normativité de la loi. Alors président du Conseil constitutionnel, P. Mazeaud explicitait la censure prononcée à partir d'une analyse sémantique de la Constitution<sup>26</sup>. Cette analyse un peu forcée<sup>27</sup> converge avec la conception de l'impérativité fondée sur l'existence de

---

<sup>22</sup> V. par exemple, D. CRISTOL, « Le possible contrôle par le juge de l'excès de pouvoir des recommandations de bonne pratique », *RDSS*, 2006, p. 53 et s.

<sup>23</sup> B. SEILLER, *Droit administratif 2. L'action administrative*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>24</sup> G. VEDEL, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis Droit », 6<sup>e</sup> éd., 2014, p. 180.

<sup>25</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I.

<sup>26</sup> P. MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », extraits du discours prononcé le 3 janvier 2005 à l'Élysée, lors de l'échange de vœux avec le Président de la République, *JCP*, 2005, p. 245-246.

<sup>27</sup> V. G. GLÉNARD, « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA*, 2005, p. 926 : « De plus, les verbes relevés par le président Mazeaud ne démontrent rien. Le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2005-512 DC, réservé le cas des dispositions particulières prévues par la Constitution qui envisagent des

« foncteurs déontiques », évoquée plus haut. Pour le Conseil constitutionnel, la loi ordinaire, non programmatique<sup>28</sup>, doit établir des règles, enjoindre, prohiber, ouvrir des facultés. C'est bien une forme d'impérativité qui est exigée de la loi ordinaire votée par le Parlement. Le juge constitutionnel l'a encore montré dans une décision de 2018, en censurant une loi où le législateur renvoyait, dans un but purement symbolique, à une éventuelle réforme que l'Union européenne adopterait. Cette disposition, non décisive, a été jugée non normative<sup>29</sup>.

Le concept de normativité développé par les juges de la rue Montpensier n'est pas, pour autant, un synonyme parfait de l'impérativité administrative. Des auteurs ont en effet mis en lumière le raffinement du raisonnement du Conseil, qui ne se satisfait pas du seul caractère déontique d'un énoncé voté par le Parlement pour le qualifier de norme. Il exige en plus que l'énoncé soit précis et concret. Comme le relève V. Champeil-Desplats, une forme de confusion est ainsi entretenue entre l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté de la loi et l'exigence constitutionnelle de normativité de la loi<sup>30</sup>. La jurisprudence constitutionnelle déborde donc la seule exigence d'impérativité quand elle vérifie la normativité d'une loi, au regret de certains auteurs<sup>31</sup>.

Pour autant, la notion de norme – décisive – en droit constitutionnel n'est pas plus restrictive qu'en droit administratif : tous les actes impératifs au sens du droit administratif pourraient être qualifiés de décisions au sens de la jurisprudence constitutionnelle. Surtout, cette définition ne permet pas davantage de considérer que l'évaluation est un acte impératif. L'importance qu'attache le juge constitutionnel à la formulation déontique de

---

lois au contenu censé être dépourvu de portée normative, et cite comme exemple les lois de programme. Or l'avant-dernier alinéa de l'article 34 dispose que les lois de programme « déterminent » les objectifs de l'action économique et sociale de l'État. De même, l'antépénultième alinéa du même article évoque les lois de financement de la sécurité sociale qui « fixent » des objectifs de dépenses. Pourquoi les verbes *déterminer* ou *fixer* en général imprimeraient nécessairement à la loi une portée normative, alors que le constituant a employé ces mêmes mots pour des catégories de lois qui en sont, *a priori*, dépourvues ? De même, le verbe *favoriser* que M. Mazeaud n'inclut pas dans la liste des verbes au contenu décisive, n'exclut pas qu'une loi sur la parité hommes/femmes ait un contenu normatif (...). La vérité est que les verbes n'indiquent rien sur la portée normative de la loi, et que le Conseil constitutionnel a procédé de manière purement prétorienne ».

<sup>28</sup> Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*.

<sup>29</sup> Cons. const., 21 juin 2018, n° 2018-756 DC, *Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen*, note F. BRUNET, « La censure de l'anticipation par la loi d'une réforme improbable. Nouvelles remarques sur l'exigence de normativité de la loi », *AJDA*, 2018, p. 2199-2204.

<sup>30</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *Mél. M. Troper*, *Economica*, 2006, p. 267-280. Dans le même sens, v. W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>31</sup> V. F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2012, p. 285 et s., et J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2012, p. 353 et s.

l'énoncé pour déterminer s'il constitue une décision exclut immédiatement l'évaluation de cette catégorie.

Cette exclusion claire et certaine de l'évaluation de la catégorie des actes décisifs semble toutefois occulter une situation spécifique. *Quid* des actes décisifs dont l'objet est principalement une appréciation qualitative, c'est-à-dire une forme d'évaluation ? Malgré les apparences, ces actes *a priori* mixtes présentent des caractéristiques qui justifient de les définir exclusivement comme des actes décisifs (2).

2) Le caractère purement décisif des évaluations rendues par les jurys et dans les décisions de justice

**93.** Les décisions rendues par les jurys d'examens ou de concours et par les juges n'ont *a priori* rien en commun. Elles partagent pourtant la même structure : elles se fondent toutes deux directement sur une appréciation qualitative explicite qui conditionne le dispositif décisif de l'acte. Ces actes ont ainsi l'apparence d'une évaluation décisive : l'appréciation du candidat décide de sa réception à l'examen ou au concours et l'appréciation de la situation factuelle et juridique décide du dispositif juridictionnel. Malgré cette imbrication de l'appréciation qualitative et de la décision, ces actes doivent être exclus du périmètre de cette recherche. Ils constituent une forme spécifique de décision et non une forme spécifique d'évaluation.

**94.** La définition de l'acte juridictionnel a toujours été source de difficultés pour les auteurs, même les plus éminents. Ainsi, L. Duguit soulignait dans ses *Leçons de droit public général*<sup>32</sup> la complexité de cet acte dont il ne réussit pas à donner une définition claire. Aucune définition juridique unique du « complexe »<sup>33</sup> acte juridictionnel ne s'est imposée depuis<sup>34</sup>. Certains auteurs en proposent une définition matérielle<sup>35</sup> quand d'autres, à l'image de F. Hamon, privilégient une définition purement formelle<sup>36</sup>. Le jugement

---

<sup>32</sup> L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, E. de Boccord, 1928, rééd., La mémoire du droit, 2000, 340 p.

<sup>33</sup> A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 1999, 15<sup>e</sup> éd., p. 523.

<sup>34</sup> Une définition philosophique a été proposée par P. RICOEUR, « L'acte de juger », *Esprit*, juill. 1992, n° 183, p. 20-25.

<sup>35</sup> V. « Jugement », in G. CORNU et autres, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10<sup>e</sup> éd., 2014, p. 525 et s.

<sup>36</sup> L. HAMON, *Les juges de la loi : naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987, p. 222 ; voir aussi A. HEILBRONNER et R. DRAGO, « L'administration consultative en France », *Revue internationale des sciences administratives*, 1959, p. 66.

juridictionnel serait-il une forme spécifique d'évaluation comme le pense P. Delnoy<sup>37</sup> ? Malgré l'importance cruciale de l'opération qualitative de qualification juridique dans l'acte juridictionnel, il n'en est rien.

Trois éléments justifient la distinction entre la décision juridictionnelle et l'évaluation. En premier lieu, le juge cumule et confond le rôle de l'évaluateur et du décideur, ce qui n'est pas compatible avec la logique évaluative, qui requiert l'ajout d'un moment distinct dans le processus décisionnel pour qu'un tiers, l'évaluateur, apporte de la connaissance objective au décideur<sup>38</sup>. En deuxième lieu, l'appréciation qualitative réalisée par le juge est d'une nature différente de l'appréciation réalisée dans une évaluation. Il ne s'agit pas d'un jugement de valeur, mais d'un jugement de réalité : la qualification dit ce que les choses sont en droit et non ce qu'elles valent<sup>39</sup>. La qualification n'a pas pour référence les propriétés « de ce qui est, non seulement désiré, mais désirable » chez l'objet à qualifier<sup>40</sup>. Il est aussi significatif que l'opération de qualification juridique soit une opération de conformité, de recherche « d'identité » entre le fait à qualifier et la qualification<sup>41</sup> : l'appréciation faite n'est pas susceptible de degrés, ce qui la sépare du raisonnement adopté lors d'une évaluation. Enfin, en dernier lieu, la qualification juridique n'est jamais seulement une appréciation des faits ou d'un acte<sup>42</sup>. C'est une « opération mixte »<sup>43</sup> : l'opération de qualification juridique est elle-même une décision puisqu'elle détermine l'application d'un régime juridique<sup>44</sup>. Dans l'opération de qualification, l'appréciation – qui correspondrait à l'opération de mesure dans notre définition de l'évaluation – est le moment de la « sélection des éléments de l'objet à qualifier doublée d'une hiérarchisation de ceux-ci [qui] est effectuée pour les besoins de la qualification

---

<sup>37</sup> P. DELNOY, « L'évaluation législative en Belgique », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS (dir.), *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., coll. « Les études de la documentation française », 1995, p. 162. D'après l'auteur, les jugements de la CEDH sont des formes d'évaluation.

<sup>38</sup> L'évaluation a été définie comme un acte écrit, justifiant l'objectivité d'un jugement de valeur porté par un évaluateur indépendant et impartial sur un objet, à partir de données mesurées et en fonction de critères et de valeurs de référence. L'évaluation est destinée à informer une autorité en vue de la prise d'une décision.

<sup>39</sup> Pour E. Durkheim, un jugement de réalité « énonce ce qui est » alors que les jugements de valeur « ont pour objet de dire non ce que sont les choses, mais ce qu'elles valent par rapport à un sujet conscient, le prix que ce dernier y attache », E. DURKHEIM, « Jugements de valeur et de réalité », *loc. cit.*, p. 337.

<sup>40</sup> P. FOULQUIÉ, « Valeur », in P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, 1992, p. 751.

<sup>41</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2010, p. 358.

<sup>42</sup> O. CAYLA, « Ouverture / la qualification, ou la vérité du droit », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1993, n° 18, p. 16.

<sup>43</sup> G. VEDEL, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 594.

<sup>44</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, *op. cit.*, p. 45. L'auteur définit la qualification comme « l'opération du raisonnement juridique qui consiste à faire entrer un objet dans une catégorie juridique, préétablie ou non, dans le but d'ouvrir l'application à l'objet ainsi qualifié du régime juridique ou de l'effet de droit attaché à la catégorie en cause ».

juridique »<sup>45</sup>. Or il est possible que l'appréciation et la qualification soient inextricables<sup>46</sup>, ce qui est impensable dans l'évaluation, qui précède toujours clairement la décision. Surtout, contrairement au résultat d'une évaluation, le résultat d'une opération de qualification juridique – son attribution ou son rejet – déclenche automatiquement l'application d'un régime juridique. Une évaluation n'a aucun effet comparable. Ainsi, si l'acte juridictionnel ressemble *a priori* à une forme spécifique d'évaluation décisive, il est en réalité composé d'une succession de décisions. Il ne peut pas être assimilé aux actes évaluatifs.

**95.** La même conclusion s'impose concernant les décisions de jurys d'examen ou de concours. D'une part, certains de ces actes se résument à l'application d'un barème strict prédéfini et ne constituent alors qu'une simple mesure. Ces appréciations uniquement quantitatives ne peuvent pas être qualifiées d'évaluations comme cela a été exposé en introduction. D'autre part, les évaluations qualitatives réalisées par les jurys souffrent comme les actes juridictionnels d'une confusion personnelle et temporelle entre le décideur et l'évaluateur. Certes, les jurys, comme les juges<sup>47</sup>, sont soumis à un principe général d'impartialité<sup>48</sup>. Cette impartialité n'enlève toutefois rien au caractère purement décisive des actes produits par les jurys. L'appréciation qualitative qu'ils réalisent n'apporte pas une connaissance objective à un tiers décideur. Le jury, en évaluant, adopte une décision qui entraîne automatiquement l'application d'un régime juridique. L. Sfez rappelle ainsi « qu'il n'y a plus de liberté de décision une fois l'évaluation faite par un jury (...). L'autorité compétente qui nomme a compétence liée »<sup>49</sup>. Ici aussi, le résultat de l'évaluation déclenche automatiquement l'application d'un régime juridique. L'ordre juridique est immédiatement modifié du fait de la publication de l'appréciation portée par le jury. Le candidat qui obtient la moyenne prédéfinie est automatiquement reçu à l'examen et bénéficie de droits spécifiques. Or l'acte évaluatif au sens strict ne peut déployer de tels effets ; il n'est qu'une source d'information pour le décideur. Il convient donc d'exclure les évaluations réalisées par les jurys de la catégorie des évaluations au sens strict.

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>46</sup> V. L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, Dalloz, 1932, p. 15 : « lorsqu'il s'agit de qualifier légalement un fait (...), l'appréciation des faits et l'interprétation de la loi sont indissolublement mêlées ».

<sup>47</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 53-63.

<sup>48</sup> Pour les jurys d'examen v. CE, Ass., 18 juill. 2008, *Mme Baysse*, Req. n° 291997, Rec. p. 302, v. Y. AGUILA, « L'impartialité du jury d'un examen professionnel », *AJDA*, 2008, p. 1214. Pour les jurys de concours v. CE, 17 oct. 2016, *Université de Nice-Sophia Antipolis*, req. n° 386400, Rec. T. p. 679-800.

<sup>49</sup> L. SFEZ, *La décision*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4<sup>e</sup> éd., 2004, p. 92.

L'impérativité d'un acte suffit pour exclure la qualification d'évaluation, quand bien même cet acte recèlerait des jugements de valeur argumentés et quand bien même il aurait les mêmes destinataires, c'est-à-dire des autorités publiques. À ce titre, l'évaluation doit être bien distinguée des actes impératifs relevant de la catégorie des actes administratifs d'ordre intérieur<sup>50</sup> (B).

## **B. Un acte à distinguer des actes autonomes d'ordre interne**

**96.** Les actes de l'ordre intérieur, dénommés actes « auxiliaires »<sup>51</sup> ou « pararéglementaires »<sup>52</sup> selon les auteurs, sont des actes administratifs destinés à l'administration elle-même. Ce destinataire particulier fonde la notion d'intériorité qui, pour C. Vayrou, « se rattache (...) à la façon dont l'institution administrative va déterminer en son sein les conditions d'efficacité de son action en s'ordonnant, en s'agençant »<sup>53</sup>. À première vue, les évaluations destinées aux autorités administratives présentent des similitudes avec ces actes – les évaluations destinées au Parlement sont exclues de cette catégorie propre au droit administratif. Comme eux, elles sont destinées aux autorités administratives et comme eux, elles ont pour finalité d'organiser l'action de l'administration. Cependant, à l'étude, il apparaît que nombre d'actes de l'ordre interne, à commencer par les lignes directrices, constituent des actes décisifs (1). Si la situation des circulaires est plus nuancée, puisque seule une partie d'entre elles présente un caractère décisif, ces actes se distinguent tout de même de l'évaluation en raison de leur objet, qui est nécessairement interprétatif (2).

### 1) Le caractère impératif tacite des lignes directrices

**97.** Comme les évaluations, les lignes directrices se situent « dans le cadre fondamental de la recherche de l'adaptation des moyens aux fins de l'administration »<sup>54</sup>. Auparavant dénommées directives, la catégorie des lignes directrices a été mise à jour par le juge

---

<sup>50</sup> Les actes d'ordre intérieur ne sont pas ici assimilés aux mesures d'ordre intérieur qui désignent les actes écartés du prétoire en raison de leur faible portée juridique.

<sup>51</sup> R.-E. CHARLIER, « Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », *JCP G*, 1954, §10.

<sup>52</sup> D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques pararéglementaires*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1984, 623 p.

<sup>53</sup> C. VAYROU, *Management public et droit administratif. Essai sur la juridicité des concepts managériaux*, Thèse Paris II Panthéon-Assas, 2000, p. 87.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 87.

administratif dans un arrêt de 1970<sup>55</sup>. Elle désigne les « documents par lesquels l'administration, dans les domaines où elle dispose d'une compétence discrétionnaire, se fixe elle-même à l'avance une ligne de conduite, une doctrine, destinée à la guider ensuite dans les décisions individuelles qu'elle prendra »<sup>56</sup>. En d'autres termes, selon F. Savonitto, en adoptant des lignes directrices, « une autorité administrative investie du pouvoir de prendre de façon discrétionnaire des décisions individuelles soumet elle-même l'exercice de ce pouvoir à des règles de fond »<sup>57</sup>. Toutefois, comme le relève P. Delvolvé, ces directives ne constituent ni exactement un ordre ni exactement un souhait<sup>58</sup>. Il ne s'agit pas non plus d'une permission : leur mise en œuvre dépend certes d'une action ultérieure, mais elles ont un effet plus prescriptif que les permissions.

**98.** La difficulté à caractériser les lignes directrices se traduit dans leur régime. En principe, elles ne sont pas susceptibles de recours direct et peuvent seulement être invoquées par les administrés par voie d'exception contre la décision les affectant<sup>59</sup>. Ceux-ci peuvent alors invoquer l'illégalité de la ligne directrice qui leur a été appliquée ou au contraire réclamer son application<sup>60</sup>.

Cet acte spécial, longtemps inclassable d'après les auteurs, tend depuis quelques années à être assimilé à un acte de *soft law* par la doctrine organique. En 2013, le Conseil d'État a ainsi qualifié les lignes directrices d'actes situés dans une « zone intermédiaire entre droit dur et droit souple »<sup>61</sup>. Cette affirmation a trouvé une traduction pratique en 2017, puisque le Conseil d'État a accepté de contrôler par voie d'action les lignes directrices édictées par une autorité de régulation au titre du contrôle créé en 2016 pour les

---

<sup>55</sup> CE, Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c. Delle Gaupillat et Dame Adler*, Rec. p. 750.

<sup>56</sup> A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 1999, p. 69. C'est l'auteur qui souligne. Dans le même sens voir la définition donnée par F. Lombard : édicter une ligne directrice « consiste pour une administration qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire à se doter de règles de conduite qu'elle entend suivre dans l'exercice de ce pouvoir », F. LOMBARD, « Les "lignes directrices" des autorités de régulation peuvent désormais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir », *RTD. Com.*, 2018, p. 67-69.

<sup>57</sup> M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 21<sup>e</sup> éd., 2017, p. 534.

<sup>58</sup> P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 459 et s. C'est l'auteur qui souligne. Dans le même sens, v. F. SAVONITTO, « Les recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de santé », *loc. cit.*, p. 476.

<sup>59</sup> V. par exemple, CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, n° 254961, Rec. p. 193.

<sup>60</sup> M. LONG, P. WEIL et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 534.

<sup>61</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2013. Réflexions sur le droit souple*, La doc. Fr., 2013, p. 176.

actes de droit souple<sup>62</sup>. Ainsi, alors même qu'elle reconnaît leur caractère impératif<sup>63</sup>, la haute juridiction administrative leur assigne une impérativité spécifique, dissociable de l'impérativité caractéristique des actes réglementaires.

Pour la doctrine organique et universitaire, les larges possibilités de dérogation ouvertes à l'autorité destinataire de la ligne directrice justifient cette exclusion de la catégorie des actes réglementaires<sup>64</sup>. P. Fombeur estime ainsi dans ses conclusions sur l'arrêt *Duvignères* que les lignes directrices doivent être exclues de la catégorie des actes impératifs en raison de leur généralité et de la marge d'appréciation dont bénéficient les destinataires<sup>65</sup>. Peu importe, comme le souligne le juge dans l'arrêt de 2017 relatif aux lignes directrices des autorités de régulation, que ces actes aient « pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent »<sup>66</sup>. Les juges et la doctrine organique semblent ainsi particulièrement tenir à l'exclusion des lignes directrices de la catégorie des actes décisifs, quitte à forcer la définition du droit souple<sup>67</sup>. Dans un article paru au moment de la publication du rapport de 2013, un conseiller d'État a ainsi qualifié franchement les lignes directrices de droit souple, les extrayant de cette « zone intermédiaire » où le Conseil d'État, manifestement gêné par l'impérativité des directives, les avait rangées.

Les rédacteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* approuvent clairement la distinction entre actes réglementaires et lignes directrices. Comme le Conseil d'État, ils proposent une classification définissant les lignes directrices comme des actes inférieurs aux actes réglementaires<sup>68</sup>. Ils invoquent, comme les auteurs précités, l'ampleur des dérogations possibles à l'obligation contenue dans les lignes directrices pour l'exclure de la catégorie des actes réglementaires.

---

<sup>62</sup> CE, 13 déc. 2017, *SA Bouygues Télécom et autres*, req. n<sup>os</sup> 401799, 401830, 401912, Rec. p. 356 V. F. LOMBARD, « Les “lignes directrices” des autorités de régulation peuvent désormais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir », *loc. cit.*, p.67-69. Cet arrêt est une application du recours spécifique aux actes de droit souple défini dans les arrêts CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n<sup>o</sup> 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76.

<sup>63</sup> « Les lignes directrices imposent bien une obligation, celle de ne s'en écarter qu'en raison de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général », CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2013. Réflexions sur le droit souple*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>64</sup> V. dans ce sens, W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, *op. cit.*, p. 82 et s.

<sup>65</sup> P. FOMBEUR, concl. sur CE, Sect., 18 déc. 2002, *Duvignères*, *RFDA*, 2003, p. 280-293.

<sup>66</sup> CE, 13 déc. 2017, *SA Bouygues Télécom et autres*, req. n<sup>os</sup> 401799, 401830, 401912, Rec. p. 356.

<sup>67</sup> V. L. CYTTERMAN, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence *Crédit Foncier de France* », *RFDA*, 2013, p. 1119 et s.

<sup>68</sup> M. LONG, P. WEIL, et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2015, p. 533 et s.

Une autre ligne de justification de l'exclusion des lignes directrices de la catégorie des actes réglementaires existe toutefois en doctrine. En 1974, P. Delvolvé a ainsi défendu la mise à l'écart des lignes directrices s'appuyant sur le fait qu'elles ne produisent des effets « que par l'adoption de mesures qui la reprennent »<sup>69</sup>. La distinction entre les lignes directrices et les actes réglementaires n'est donc pas nouvelle, seul le motif invoqué a évolué.

**99.** Tous ces raisonnements sont toutefois fondés sur des arguments déroutants. D'un côté, la doctrine organique invoque l'ampleur des dérogations possibles aux lignes directrices et, de l'autre côté, P. Delvolvé s'appuie sur le fait que ces actes ne trouvent à s'appliquer qu'à l'occasion d'une décision ultérieure. Or, d'après la définition étudiée plus haut, c'est uniquement l'impérativité d'un énoncé qui caractérise un acte décisoire. Comme l'a souligné C. Groulier, pour le juge, cette impérativité se manifeste avant tout par les effets prescriptifs de l'acte, c'est-à-dire par la création de droits et d'obligations<sup>70</sup>. D'après cette définition, les éventuelles dérogations à l'obligation ou à l'interdiction posée ne semblent pas pouvoir changer la nature de l'obligation ou de l'interdiction prononcée<sup>71</sup>. De nombreux actes réglementaires, notamment en droit de l'urbanisme<sup>72</sup>, prévoient une procédure d'autorisation à laquelle sont attachées des dérogations. Or leur caractère réglementaire n'a jamais été remis en cause. La valeur décisoire des textes qui instituent un régime d'autorisations refusables pour un motif d'intérêt général n'est pas non plus questionnée<sup>73</sup>. Comme l'exprime J.-M. Jacquet, « en un sens, aménager les modalités de sa force obligatoire, c'est, pour le droit, un moyen de démontrer qu'il n'en est pas dépourvu »<sup>74</sup>. Pourquoi alors questionner celle des lignes directrices qui ne font qu'énoncer des obligations qu'elles conditionnent à la réalisation de certaines circonstances de droit ou de fait ? Peu importe l'ampleur des motifs conditionnant l'obligation. Peu importe que

---

<sup>69</sup> P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *loc. cit.*, p. 290.

<sup>70</sup> C. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence *Duvignères* : réflexion sur un "sésame contentieux" », *loc. cit.*, p. 942.

<sup>71</sup> *Contra*, v. W. ZAGORSKI, *e contentieux des actes administratifs non décisaires. Contribution à une typologie du droit souple*, *op. cit.*, 484 p.

<sup>72</sup> Voir par exemple, l'article L. 421- 4 et L. 421-5 du code de l'urbanisme qui prévoient des dérogations d'une ampleur non négligeable à l'obtention d'un permis de construire.

<sup>73</sup> V. par exemple, une loi qui confie un pouvoir d'autorisation à l'Administration qu'elle devra exercer en fonction de « considérations d'intérêt général, exemple cité par D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 75, 1977, p. 365.

<sup>74</sup> J.-M. JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, Litec, LexisNexis, 2009, p. 343.

cette obligation ne vaille qu'en l'absence de circonstances de fait particulières ou qu'en l'absence de motif d'intérêt général. Le champ de l'obligation varie, mais sa valeur obligatoire n'est pas affectée.

Quant à l'argument de P. Delvolvé reposant sur le caractère indirect des effets des lignes directrices, il semble qu'il doive conduire à l'exclusion de l'ensemble des actes permissifs de la catégorie des actes réglementaires. En effet, les actes qui ouvrent une faculté ne s'appliquent que si le destinataire de l'acte est dans la situation d'user de cette faculté et s'il la met en œuvre. Une permission ne prend effet que lorsqu'une mesure la reprend. Or le juge, en estimant qu'un acte imposant une faculté était prescriptif, a fait des actes permissifs des actes décisifs. Par conséquent, le Conseil d'État aurait dû s'arrêter au constat de l'impérativité des lignes directrices qui sont bien des actes décisifs même si elles s'adressent à des autorités administratives.

**100.** Cette analyse n'est pas novatrice. Certains auteurs ont déjà souligné l'identité de nature entre lignes directrices et actes réglementaires. Dans sa thèse, D. Mockle conclut au caractère réglementaire – donc décisif – des lignes directrices<sup>75</sup> tandis que X. Domino et A. Bretonneau insistent sur leur caractère impératif dans une chronique de 2012<sup>76</sup>. B. Defoort considère également que : « ces actes posent incontestablement des normes obligatoires, mais auxquelles il est possible de déroger dans certaines circonstances »<sup>77</sup>. De fait, conclure au caractère décisif des lignes directrices est inévitable si l'on se réfère aux critères dégagés par le Conseil d'État lui-même. Ainsi, bien que les lignes directrices partagent la même finalité que l'évaluation – accorder les moyens et les fins de l'administration – elles constituent des actes décisifs classiques. Elles n'appartiennent donc pas à la même catégorie juridique. Le régime contentieux spécifique des lignes directrices ne peut donc pas leur être transposé. Le même constat s'impose à l'égard des circulaires, l'autre grande catégorie d'actes de l'ordre intérieur. Ou bien ces circulaires sont impératives, ou bien elles se caractérisent par la spécificité de leur objet, qui n'est pas celui de l'évaluation (2).

---

<sup>75</sup> D. MOCKLE, *Les actes para-réglementaires...*, *op. cit.*, p. 113-114 et p. 376-377. Pour l'auteur, ce ne sont pas les agents qui sont véritablement destinataires de la ligne directrice mais le service, ce qui leur confère un caractère réglementaire.

<sup>76</sup> Chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires », *AJDA*, 2012, p. 690-701.

<sup>77</sup> B. DEFOORT, « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA*, 2018, p. 1089.

## 2) L'impossible assimilation de l'évaluation aux circulaires

**101.** La notion de circulaire ne désigne pas une catégorie d'actes homogènes : le juge a toujours séparé deux catégories de circulaires, soumises à deux régimes différents. Aucune n'est assimilable à l'évaluation.

Pendant longtemps, la *summa divisio* de la circulaire construite par le juge administratif était incarnée dans la division entre circulaires interprétatives et réglementaires<sup>78</sup>. Les circulaires interprétatives se contentaient de reprendre le contenu d'un acte précédemment édicté et les circulaires réglementaires modifiaient les conditions édictées dans l'acte d'origine. Les circulaires réglementaires, qui imposaient des droits ou des obligations, étaient soumises au même contrôle que les actes réglementaires. Les circulaires interprétatives ne pouvaient, elles, faire l'objet d'aucun recours juridictionnel. Cette clef de lecture a été abandonnée en 2002 avec l'arrêt *Duvignères*<sup>79</sup>. Désormais, le juge oppose les circulaires impératives aux circulaires non impératives. Il ne se fonde plus sur l'objet des circulaires, mais sur leur nature. Une circulaire interprétative peut être contrôlée dès lors qu'elle est impérative, c'est-à-dire décisive<sup>80</sup>. Peu importe qu'elle n'ajoute pas de conditions à l'acte qu'elle interprète. L'arrêt *Duvignères* a donc étendu le champ des circulaires susceptibles de recours juridictionnel. Il est présenté par la doctrine organique comme une amélioration de la précédente jurisprudence<sup>81</sup>, même si la notion d'impérativité employée par les tribunaux est jugée floue<sup>82</sup>.

Pour qu'une circulaire impérative soit légale, il faut que son auteur ait le pouvoir réglementaire ou le pouvoir de réglementer dans la matière en cause<sup>83</sup>. S'il ne dispose pas de ce pouvoir, la circulaire est illégale. Toutefois, quand bien même une circulaire impérative a été prise par une autorité compétente, elle sera illégale si elle reprend le

---

<sup>78</sup> CE, Sect., 22 janv. 1954, *Institution Notre-Dame de Kreisker*, req. n°07134, Rec. p. 463.

<sup>79</sup> CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, req. n° 233618, Rec. p. 64

<sup>80</sup> L'impérativité suffit à établir cette qualité. Peu importe que la circulaire soit destinée à des agents administratifs, peu importe qu'elle reprenne le contenu d'un acte existant – l'originalité du contenu de l'acte n'est pas une condition de son impérativité ni de son caractère décisive.

<sup>81</sup> V. entre autres F. DONNAT et D. CASAS, « Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction font grief », *AJDA*, 2003, p. 487-490, et X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires », *AJDA*, 2012, p. 690-701.

<sup>82</sup> V. l'énumération de la longue liste d'indices pris en compte par le juge par P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant ? *Le droit souple. Journées nationales – t. XIII*, Dalloz, coll. « Thèmes & comm. », 2009, p. 131.

<sup>83</sup> La deuxième hypothèse correspondant au pouvoir du chef de service. Distinction proposée par B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LGDJ, 2016, p. 979-980.

contenu d'un acte illégal. Dans tous les cas, ces circulaires impératives doivent être distinguées des actes évaluatifs.

**102.** En revanche, les circulaires non impératives pourraient s'apparenter aux évaluations. Si l'identité était avérée, aucun contrôle juridictionnel ne serait possible contre ces dernières. En effet, les circulaires non impératives connaissent le même régime que les circulaires interprétatives avant 2002, elles bénéficient d'une immunité juridictionnelle totale.

Les évaluations ne sont toutefois pas des circulaires non impératives. Elles n'ont pas la même nature : la circulaire n'est pas un acte préparatoire. En effet, l'objet des circulaires est spécifique puisqu'elles « ne peuvent (...) se comprendre que dans l'existence d'une réglementation qu'elles interprètent à destination des subordonnés »<sup>84</sup>. Aussi ne s'intègrent-elles pas dans un processus décisionnel spécifique, elles ne conditionnent aucunement l'édiction d'un acte. Si leur classification comme acte de *soft law* peut faire débat<sup>85</sup>, il est aisé de les distinguer de l'évaluation, qui n'est pas un acte autonome. Les circulaires sont une sorte de reflet inversé de l'évaluation : leur édicition ne dépend pas de l'adoption d'une décision subséquente, mais de l'adoption d'un acte antérieur. Elles ont pour principal objet d'interpréter cet acte : les circulaires ne portent aucun jugement de valeur objectif, elles ne recherchent aucune objectivation scientifique. Il convient donc d'exclure l'évaluation de la catégorie des circulaires, décisives et non décisives.

L'évaluation n'est pas plus un acte interprétatif qu'un acte prescriptif. Il ne s'agit pourtant pas non plus d'un acte purement indicatif ou descriptif, puisqu'elle porte un jugement de valeur sur un objet. L'évaluation appartiendrait-elle alors à la « zone intermédiaire entre le descriptif et l'impératif »<sup>86</sup> ? Cette zone intéresse beaucoup les juristes depuis plusieurs années. La notion de *soft law* a été forgée et interrogée pour comprendre cette nouvelle catégorie d'actes juridiques. L'évaluation, entre décision et description, relèverait-elle de cette catégorie ? Une réponse négative s'impose, malgré des affinités fortes entre les deux catégories d'actes (§II).

---

<sup>84</sup> B. LAVERGNE, *Recherches sur la soft law...*, op. cit., p. 203.

<sup>85</sup> Voir pour leur qualification de droit souple P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », loc. cit., p. 113-140 et contre leur qualification de *soft law* voir B. LAVERGNE, *Recherches sur la soft law...*, op. cit., p. 203.

<sup>86</sup> B. LAVERGNE, *Recherches sur la soft law...*, op. cit., p. 357.

## §II. Un acte distinct des actes de droit souple

**103.** Comparer l'évaluation à la *soft law* est tentant. Toutes deux s'opposent aux actes décisifs et toutes deux sont difficiles à définir. La comparaison montre cependant vite ses limites : la *soft law* désigne des actes indépendants de l'édiction d'un acte subséquent, c'est-à-dire des actes autonomes. L'évaluation ne peut donc pas être qualifiée d'acte de droit souple (A). Pour autant, le régime contentieux actuel de la *soft law* se révèle riche d'enseignements pour un acte dénué de caractère décisif comme l'évaluation. Le juge a en effet forgé le régime contentieux de ces actes sur des raisonnements transposables à l'ensemble des actes non décisifs (B).

### A. Les limites d'une comparaison de l'évaluation à la *soft law*

**104.** *A priori*, l'évaluation et la *soft law* semblent appartenir à la même catégorie : elles ne constituent pas des actes décisifs (1). Mais ce qui fait la spécificité de la *soft law* est ce qui la sépare de l'évaluation : son autonomie. Contrairement à l'évaluation, la *soft law* ne s'inscrit pas dans une procédure d'édiction d'une décision : elle a vocation à se substituer à la décision (2).

1) La proximité apparente de certaines évaluations avec la *soft law*

**105.** Des auteurs qui se sont intéressés à l'évaluation ont spontanément soulevé la question du rattachement de l'évaluation à la catégorie des actes de *soft law*. J. Calmette voit ainsi dans les évaluations produites par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (le CEC) et la Mission d'évaluation et de contrôle (la MEC) une nouvelle forme de contrôle parlementaire qui relèverait de la *soft law*<sup>87</sup>. De même, A. C. Meuwese voit dans l'étude d'impact européenne un nouvel acte de *soft law*<sup>88</sup>.

Vérifier l'intuition de ces auteurs n'est pas chose aisée, tant la *soft law* suscite des définitions et des analyses contradictoires. Il convient donc de rechercher quelle définition

---

<sup>87</sup> V. J.-F. CALMETTE, « L'évaluation des politiques publiques : un moyen de contrôle de l'action du gouvernement ? », in X. MAGNON, R. GHEVONTIAN et M. STEFANINI (dir.), *Pouvoir exécutif et Parlement : de nouveaux équilibres ?*, Aix-Marseille, PUAM, 2012, p. 90-119.

<sup>88</sup> A. C. M. MEUWESE, *Impact Assessment in European Union Lawmaking*, European Monographs, 2008, 338 p.

reçoit cette expression avant de pouvoir porter un jugement sur ses similarités avec l'acte évaluatif.

La *soft law* a d'abord été identifiée et définie par les auteurs de droit international pour désigner une catégorie d'actes sans force contraignante émis par les organisations internationales sans habilitation préalable<sup>89</sup>. En France, la *soft law* a été principalement traduite par l'expression « droit souple ». Cette expression est employée pour désigner les actes produits par les autorités chargées de mission de régulation des libertés ou de l'économie<sup>90</sup>. Elle désigne un certain nombre d'actes à la nomination variable, « avis » ou « recommandations », tous dénués de caractère décisive et produits par les autorités administratives indépendantes (AAI) ou les autorités publiques indépendantes (API), avec ou sans habilitation textuelle. Ces actes correspondent aux « actes informels » identifiés par Y. Gaudemet dans un article précurseur de 1994<sup>91</sup>. Aujourd'hui, le terme de droit souple est communément admis pour désigner cette forme de droit ni contraignante ni obligatoire.

**106.** Selon P. Amselek, le droit souple relève de la direction « souple des conduites » par opposition à la direction autoritaire des conduites, qui ressort du commandement<sup>92</sup>. Cette direction « autoritaire » des conduites est en général désignée par l'expression de « droit dur ». Sous la plume des auteurs, il est courant de trouver à côté de ces expressions des références au droit mou, droit doux ou au droit flou. La signification de ces notions doit être clarifiée pour comprendre la singularité du droit souple.

Le droit souple désigne le droit à la fois mou et doux. Il est indifférent à la nature floue du droit. En effet, le droit flou fait uniquement référence au degré de précision de l'énoncé d'un texte juridique. L'abstraction des articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen justifie ainsi qu'elle soit qualifiée de droit flou pour B. Lavergne<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> « Le droit souple de substitution constitue la voie royale du droit souple », J.-M. JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, op. cit., p. 342, v. aussi p. 339 et p. 343 et s. Dans le même sens v. T. A. GUZMAN et T. L. MEYER, « International soft law », *Journal of legal analysis*, 2010, p. 180 et p. 188 et s. ; I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n° 2, 2012, p. 38 ; E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, coll. « Nouvelle. Bibliothèque de thèses », Vol. 152, 2014, p. 373 et s.

<sup>90</sup> Pour une analyse de ces missions de régulation voir L. CALANDRI, *La notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2009, 733 p.

<sup>91</sup> Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RIPC*, Vol. 46, n° 2, 1994, p. 645 et s.

<sup>92</sup> P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique occidentale », *RDJ*, 1982, p. 273 et s.

<sup>93</sup> B. LAVERGNE, *Recherches sur la soft law*, op. cit., p. 75.

Peu importe les effets concrets éventuels du texte. Un texte décisoire, donc de droit « dur » peut être aussi flou qu'un texte de droit souple. Le droit flou n'est donc pas un caractère du droit souple. Le droit mou non plus, bien que le droit souple soit nécessairement du droit mou. Seul le droit doux est une qualité propre au droit souple, qui est bien, cependant, un acte de droit doux *et* de droit mou.

Pour faire la différence entre le droit doux et le droit mou, il faut dissocier la force contraignante d'un acte de sa force obligatoire. Le droit mou repose sur la notion de force contraignante. Un acte a une force contraignante quand les textes prévoient que sa violation engendre une sanction. Les actes de droit dur sont, pour la très grande majorité d'entre eux, des actes contraignants, mais ils peuvent aussi être dépourvus de sanction, et constituer alors des actes de droit mou. Le droit souple est, lui, nécessairement mou. Il est aussi nécessairement doux. Le droit doux dépend de la force obligatoire d'un acte, c'est-à-dire des caractéristiques de son énoncé. Pour C. Thibierge le droit doux n'est « pas ou peu obligatoire, ou non prescriptif, à l'image des recommandations »<sup>94</sup>. Les auteurs qualifient ces actes de recommandatoires ou d'incitatifs<sup>95</sup> et le Conseil d'État les désigne comme des actes ayant une fonction « d'inspiration et d'orientation »<sup>96</sup>. Cette force obligatoire ne correspond pas au concept d'« obligatorité » développée par P. Amselek. Selon l'auteur, toutes les normes juridiques, souples ou dures ont « vocation à l'obligatorité, *en ce sens qu'elles [ne sont] pas le modèle d'un objet quelconque, mais [prétendent] à constituer un modèle, le modèle, du réel, de la réalité, de ce qui doit obligatoirement, nécessairement, se réaliser, se manifester* »<sup>97</sup>. Ici, n'est considéré comme obligatoire que l'acte dont l'énoncé est prescriptif, c'est-à-dire impératif. Tous les actes décisaires sont donc des actes de droit dur. À l'inverse, la « douceur », caractérise tous les actes de droit souple. En ce sens, l'acte de droit souple et l'évaluation sont similaires. Comme la *soft law*, l'évaluation a pour fonction d'inspirer, d'influencer et de guider son destinataire grâce au jugement de valeur qu'elle formule.

**107.** En général, les auteurs qui définissent les actes de droit souple s'interrogent sur l'appartenance de ces actes à la sphère des actes juridiques et répondent par l'affirmative

---

<sup>94</sup> C. THIBIERGE « Le droit souple », *RTD. Civ.*, 2003, p. 599 et s.

<sup>95</sup> Ch.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, 227 p.

<sup>96</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>97</sup> P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, LGDJ, 1964, p. 287. C'est l'auteur qui souligne.

– à l’exception notable de B. Lavergne<sup>98</sup>. Bien qu’elle soit cruciale, cette question n’a pas besoin d’être résolue pour déterminer si les évaluations appartiennent à la *soft law*<sup>99</sup>. Les évaluations ont un destinataire spécifique, qui n’est pas celui de la *soft law* : elles s’adressent uniquement à des décideurs<sup>100</sup>. Or, il apparaît que le droit souple, s’il est incitatif, n’a pas vocation à être inséré dans une procédure décisionnelle. L’acte de droit souple est un acte autonome, détaché de tout processus décisionnel et dont l’adoption n’est pas subordonnée à l’édition d’une décision future : il a vocation à se substituer à cette décision finale. Il est ainsi impossible d’assimiler *soft law* et évaluation (2).

## 2) L’impossible assimilation de l’évaluation à la *soft law*

**108.** Les auteurs considèrent à la quasi unanimité que la *soft law* est détachée de tout processus décisionnel et qu’elle ne peut pas constituer un acte préparatoire, ce qui la sépare de l’évaluation. Ils peinent toutefois à construire des argumentations pleinement convaincantes pour justifier cette exclusion. À cet égard, selon B. Lavergne, le caractère non décisif du droit souple n’est pas comparable à « l’infirmité normative » des avis qui résulte de leur « manque d’autonomie »<sup>101</sup>. Or, pour l’auteur, le refus du juge de contrôler les actes de droit souple par voie d’exception « offre la plus belle distinction entre la *soft law* et les mesures préparatoires »<sup>102</sup>. Cette reconstruction de la définition du droit souple à partir du régime est critiquable sur le plan logique. En outre, cette exclusion semble artificielle : elle n’est pas sous-entendue par la définition de la *soft law* donnée par l’auteur

---

<sup>98</sup> Cf. B. LAVERGNE, *Recherches sur la soft law...*, *op. cit.*, p. 371, p. 416 et p. 426. La thèse a cependant été écrite avant le revirement de jurisprudence de 2016 réalisé par les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*. Or l’argumentation retenue par l’auteur laisse penser que ces arrêts l’auraient conduit à reconnaître la juridicité de la *soft law*.

<sup>99</sup> Cette question, cruciale, sera traitée lors de l’étude du régime juridique des actes de droit souple, qui peut être un modèle pour les actes évaluatifs. Cf. *infra*, Première partie, Chapitre I, Section 1, §II, B, 1) et 2).

<sup>100</sup> Le terme de « décideur » est communément utilisé en science administrative et politique, v. entre autres E. MONNIER, *Évaluation de l’action des pouvoirs publics. Du projet au bilan*, Economica 1987, p. 71 et s. ; J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A. MORAND (dir.), *L’État propulsif*, Publisud, 1991, p. 11-48 ; J. LECA, « L’évaluation dans la modernisation de l’État », *PMP*, vol. 11, n° 2, 1993, p. 161-172, et L. CLUZEL-MÉTAYER, « L’évaluation et la gouvernance démocratique », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L’évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d’Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 68-81.

Il est ici préféré aux termes d’autorité administrative et de législateur dans un souci de lisibilité et dans la mesure où l’évaluateur peut aussi être une autorité administrative. Ce terme peu usité en droit est ainsi le plus adéquat pour désigner abstraitement le destinataire de l’évaluation.

<sup>101</sup> CONSEIL D’ÉTAT, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>102</sup> B. LAVERGNE, *Recherches sur la soft law*, *op. cit.*, p. 359.

au début de son ouvrage<sup>103</sup>. Le Conseil d'État rencontre les mêmes difficultés pour justifier l'exclusion des avis de la *soft law*. Son argumentation peine à convaincre<sup>104</sup>. Dans son rapport annuel de 2013, le Conseil d'État définit le droit souple à partir de trois « conditions cumulatives ». Ces actes « ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion », ils « ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires » et « ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »<sup>105</sup>. Selon la haute juridiction administrative, le premier critère énoncé serait décisif pour isoler les actes préparatoires des actes de droit souple. L'objet des actes de droit souple – « modifier ou orienter les comportements de leurs destinataires » – les distinguerait « des avis ou autres documents préparatoires à l'élaboration d'une règle de droit »<sup>106</sup>. I. Hachez se fonde aussi sur l'objet des actes préparatoires pour les situer dans un univers parallèle au droit souple<sup>107</sup>. Cet argument n'est pas probant. Il occulte le fait qu'un acte préparatoire peut parfaitement être décisoire<sup>108</sup> et constituer un modèle contraignant pour le décideur, à l'instar des avis conformes<sup>109</sup>. En outre, un acte préparatoire a *nécessairement* pour objet de modifier le comportement de son destinataire. C'est l'objet de tout avis sollicité. À la définition du terme « conseil », *Le Petit Robert* renvoie ainsi aux termes « avertissement (...), exhortation, incitation, instigation, proposition, recommandation, suggestion »<sup>110</sup>. En doctrine aussi, l'avis est en général défini comme un « conseil »<sup>111</sup> ou comme une proposition<sup>112</sup>. Ainsi, l'avis a manifestement pour objet d'orienter la conduite de la personne à laquelle il s'adresse. Or

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 40. L'auteur définit la *soft law* comme « une technique normative (c'est-à-dire qu'elle indique un modèle de comportement) mais non juridique, car elle correspond à une formulation particulière des énoncés (qu'ils soient contenus dans un acte juridique ou non juridique) et qui n'ont pas en conséquence la signification d'un commandement mais d'une recommandation ».

<sup>104</sup> Pour une autre critique de cette argumentation, v. W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisaires...*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>105</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple.*, p. 9.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>107</sup> I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2012, vol. 65, n° 2, p. 41.

<sup>108</sup> B. SEILLER, *Droit administratif 1. Les sources et le juge*, Flammarion, coll. « Champs université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 193.

<sup>109</sup> E. Laferrière qualifiait déjà les avis conformes de décisions, V. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Nancy, Berger-Levrault, 2<sup>e</sup> éd., 1896, p. 502 et 506. V. *infra*, Partie I, Chapitre I, Section 2, §I, A, 1), a). i).

<sup>110</sup> *Le Petit Robert 2015*, Le Robert-Desk éditions, 2014, p. 515.

<sup>111</sup> J. RAYNARD, « Le domaine des avis en droit », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 12-27.

<sup>112</sup> G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 74, 1968, p. 487 et s.

le dictionnaire renvoie à un certain nombre d'expressions qui illustrent le modèle d'action que constitue l'avis, puisqu'on « se range, se conforme, se rend à l'avis de quelqu'un » ou qu'on « écoute [ou] suit un avis »<sup>113</sup>. Il n'est donc pas possible de justifier l'exclusion des actes préparatoires de la catégorie des actes de droit souple en affirmant que les actes préparatoires n'ont pas pour objet d'orienter un comportement. Les justifications du Conseil d'État et de B. Lavergne ne sont donc pas décisives pour exclure les actes préparatoires et les évaluations de la catégorie des actes de droit souple.

**109.** À l'inverse, il est impossible de considérer, comme le fait P. Deumier, que tous les avis – et les circulaires – relèvent de la catégorie des actes de droit souple : la *soft law* ne peut pas désigner l'ensemble des actes non décisives<sup>114</sup>. Des critères convaincants justifient l'exclusion des actes non autonomes, donc de l'évaluation, de la catégorie des actes de droit souple. Le premier critère, mis en lumière par C. Thibierge, est procédural et matériel : alors que les actes consultatifs sont sollicités par leur destinataire et portent toujours sur une question précise, les actes de droit souple peuvent être émis spontanément et avoir un caractère général<sup>115</sup>. Le second critère, décisif, suppose d'adopter temporairement un point de vue interne, c'est-à-dire engagé<sup>116</sup>. En effet, l'argument qui justifie le plus sûrement la distinction entre les actes consultatifs et les actes de droit souple est constitué par *l'intention scientifique* des chercheurs en droit international qui ont en premier forgé la notion de *soft law*. Ces auteurs ont pensé la notion de droit souple pour désigner des actes autonomes qui ont pour objet de remplacer les actes décisives ou d'exister à leur côté. Cette notion n'a pas été pensée pour décrire l'ensemble des actes non décisives. L'acte de droit souple n'a pas vocation à être relayé par une décision ultérieure, il exprime autrement ce qui peut faire l'objet d'une décision. À l'inverse, les actes non décisives préparatoires, tels que l'évaluation, sont par essence conçus pour ne pas remplacer l'acte final à édicter. Leur objet, leur contenu dépend entièrement de l'édiction de l'acte qu'ils préparent. Par ailleurs, l'évaluation répond à une question différente de celle à laquelle répondent les actes « finals ». Elle se contente de porter un jugement de valeur sur un élément qui permettra de prendre la décision ou l'acte de droit souple ultérieur. Il existe donc une différence de nature et d'objet entre les actes préparatoires,

---

<sup>113</sup> *Le Petit Robert, op. cit.*, p. 197.

<sup>114</sup> P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *loc. cit.*, p. 131.

<sup>115</sup> C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *Le droit souple. Journées nationales – t. XIII, op. cit.*, p. 157.

<sup>116</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit, op. cit.*, p. 273.

dont l'évaluation fait partie, et les actes de droit souple. Toute définition du droit souple devrait ainsi préciser que ces actes concluent une procédure non contentieuse. Ils ne devraient pas être des éléments d'une procédure décisionnelle et, dans tous les cas, leur définition ne comprend pas un élément procédural, contrairement à l'évaluation : ce sont des actes *autonomes*.

Leur différence avec les actes préparatoires condamne toute velléité d'assimilation de la *soft law* à l'évaluation. Tout au plus une évaluation pourrait-elle être mise en place au cours d'une procédure préparant l'édiction d'un acte de *soft law* – ce qui n'est pas encore prévu en droit positif. Ainsi, alors qu'il ne peut être qualifié d'acte de droit dur, l'acte évaluatif ne peut pas non plus être qualifié d'acte de droit souple. Contrairement à l'évaluation, aucune de ces catégories n'est définie par un élément procédural. Ces actes ne sont pas par nature préparatoires. Pour autant, le régime contentieux des actes de droit souple et les écrits doctrinaux dédiés à ces actes présentent un intérêt réel pour l'étude de l'évaluation. Les raisonnements construits par le juge et par les auteurs peuvent, le plus souvent, être transposés à l'évaluation (B).

## **B. Les affinités résiduelles de l'évaluation avec la *soft law***

**110.** Si l'autonomie qui caractérise les actes de droit souple interdit de les assimiler aux évaluations, les deux types d'actes restent proches en raison de leur caractère non décisoire. À ce titre, plusieurs discussions doctrinales relatives aux actes de droit souple intéressent directement l'évaluation et la contestation doctrinale de la normativité de ces actes, fondée sur leur absence d'impérativité, présente un intérêt particulier pour identifier l'évaluation. Il est déterminant de savoir si les actes non décisores sont normatifs dans la mesure où ce concept a des implications contentieuses directes. Pour certains auteurs, un acte non normatif n'est pas juridique : son contrôle juridictionnel ne serait donc pas possible (1). À cet égard, la doctrine s'est longtemps divisée sur la juridicité et la justiciabilité des actes de droit souple, sans qu'un critère objectif ne permette de départager les thèses opposées. Le Conseil d'État a récemment modifié les termes du débat doctrinal en acceptant de contrôler certains de ces actes. Leur juridicité et justiciabilité semblent donc acquises. Or, pour justifier l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre certains actes de droit souple, le juge et les rapporteurs publics ont employé des raisonnements qui pourraient être transposés à l'évaluation et justifier leur soumission à un recours identique (2).

## 1) La normativité juridique trouble des actes non décisives

**111.** Deux principales conceptions de la normativité s'affrontent dans le débat doctrinal. La première, restrictive, assimile normativité et juridicité et définit la normativité par son contenu. La seconde, extensive, dissocie normativité et juridicité et définit la normativité par sa fonction. Le contrôle juridictionnel des actes non décisives n'est pensable que dans le cadre de cette seconde conception de la normativité.

Pour les auteurs qui définissent la norme par son contenu, les actes non décisives ne sont pas normatifs ni juridiques. L'auteur qui a le premier systématisé cette conception est Hans Kelsen. Selon le maître autrichien<sup>117</sup>, tous les actes juridiques sont normatifs. La norme est un « *sollen* », un devoir être qui « prescrit » une conduite, c'est-à-dire qui oblige, interdit ou permet<sup>118</sup>. Pour l'auteur, l'acte non normatif, donc non prescriptif, n'est pas juridique. La normativité est donc un critère nécessaire de la définition du droit, mais ce n'est pas un critère suffisant pour H. Kelsen. Il se cumule avec le critère de l'existence d'une sanction en cas de « conduite contraire » à la « conduite ordonnée ». En droit, cette sanction a pour spécificité d'être socialement organisée<sup>119</sup>. Pour l'éminent auteur, la normativité et la sanction organisée sont les critères cumulatifs de la juridicité.

D'après cette théorie, les actes de droit souple et l'évaluation n'étant ni prescriptifs ni sanctionnés, ils ne sont ni normatifs ni juridiques. Il serait donc exclu d'envisager leur soumission à un contrôle juridictionnel. Cette conception est toujours partagée par des auteurs écrivant tant en droit administratif<sup>120</sup> qu'en droit constitutionnel<sup>121</sup>. Le Conseil constitutionnel semble aussi adhérer à la théorie kelsénienne dans son contrôle de constitutionnalité des lois – il censure les lois ordinaires non normatives, qu'il assimile aux lois non prescriptives –, mais il accepte en réalité de contrôler les lois non normatives que constituent les lois de programme<sup>122</sup>. Ainsi, depuis le revirement du Conseil d'État en 2016 sur les actes de droit souple<sup>123</sup> ni les juges administratifs ni le juge constitutionnel

---

<sup>117</sup> H. KELSEN, *La théorie pure du droit*, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 255 et s.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 23 et s.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>120</sup> V. J.-L. AUTIN, « Entre l'acte normatif et l'acte non normatif » in J.-M. PONTIER (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, Aix-Marseille, PUAM, 2008, p. 75 ; Ch. EISENMANN, *op. cit.*, p. 393 et s. et E. CRÉPEY, « La nature non normative de la doctrine administrative », *RFFP*, 2015, n° 130, p. 47 et s.

<sup>121</sup> V. Ch.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constit. et de science politique », t. 145, 2015, p. 21.

<sup>122</sup> Voir *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1, §I, A, 1).

<sup>123</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76

n'appliquent la théorie d'H. Kelsen, qui a toujours fait, par ailleurs, l'objet de nombreuses critiques<sup>124</sup>. À ce titre, peu convaincue par la définition kelsénienne de la normativité, une partie de la doctrine a entrepris de redéfinir cette notion<sup>125</sup>. Pour ces auteurs, la normativité est distincte du juridique et fait référence à la fonction d'un énoncé, non à son contenu. D'après cette définition, des actes non décisifs peuvent être normatifs et juridiques et, de ce fait, soumis à un contrôle juridictionnel.

**112.** P. Amselek a proposé de redéfinir la norme dès la fin des années 1960. Elle constitue selon lui « l'expression d'un modèle »<sup>126</sup>, plus précisément un modèle « psychique »<sup>127</sup> qui serait indépendant de la « forme grammaticale »<sup>128</sup> de l'énoncé. En d'autres termes, la fonction de modèle serait indépendante du caractère prescriptif de l'acte. A. Jeammaud affirme également que « c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite »<sup>129</sup>. Pour ces auteurs, « rien n'autorise (...) à prétendre que la normativité est de l'essence du juridique »<sup>130</sup>. Cette affirmation a deux conséquences. D'une part, la normativité n'est pas le propre du droit – ce que Kelsen reconnaissait déjà. Un énoncé moral ou technique peut être normatif dès lors qu'il a vocation à servir de référence pour effectuer un choix. Par exemple, pour l'ensemble de la doctrine, les règles techniques énoncées par « les pouvoirs privés économiques » pour « normaliser » leurs productions ou leurs échanges<sup>131</sup> sont normatives. D'autre part, cette affirmation signifie que les actes juridiques ne sont pas nécessairement normatifs. Pour autant, la normativité reste une caractéristique importante des actes juridiques pour ces auteurs. Non seulement il existerait différents degrés de normativité

---

<sup>124</sup> Pour une critique de l'ensemble de la démarche kelsénienne voir V. PETEV, « Hans Kelsen et le cercle de Vienne. À quel point la théorie du droit est-elle scientifique ? », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 233-247 et pour une critique de la notion de normativité voir B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 261 et s. Pour une critique de la définition du droit par la sanction v. H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 2<sup>ème</sup> éd., p. 37-70.

<sup>125</sup> V. entre autres G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1993, p. 123 ; F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 45 ; Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 1983, rééd. 2002, p. 384 et s. ; P. AMSELEK, *Essai de phénoménologie du droit*, op. cit., p. 112 ; C. THIBIERGE, « Le droit souple », *RTD. Civ.*, 2003, p. 599 et s., et B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 143.

<sup>126</sup> P. AMSELEK, *Essai de phénoménologie juridique*, op. cit., p. 27.

<sup>127</sup> P. AMSELEK, « Norme et loi », *APD*, 1980, p. 91.

<sup>128</sup> P. AMSELEK, *Essai de phénoménologie juridique*, op. cit., p. 27.

<sup>129</sup> A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron. XXXIV, p. 199-210.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>131</sup> V. L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du droit constitutionnel*, 2007, n° 21.

fondant une classification des actes juridiques, mais en plus il existerait une forme spécifique de normativité juridique qui permettrait d'identifier directement la plupart des énoncés juridiques. Des critères subsidiaires de définition du droit n'interviendraient qu'exceptionnellement, quand l'énoncé ne relève pas de cette normativité juridique.

Le critère d'identification proposé par la doctrine pour isoler ces énoncés juridiquement normatifs est la « justiciabilité » de l'acte<sup>132</sup>. C. Thibierge nomme cette justiciabilité la « fonction de mesure » de l'acte<sup>133</sup>. Selon l'auteur, cette fonction de mesure correspond à la possibilité d'invoquer la violation de la norme lors d'un « contrôle de légalité ou de cassation ». B. Defoort est moins restrictif et considère que l'invocabilité ou le caractère contestable d'un acte constitue déjà, indépendamment de la nature du contentieux en cause, une preuve que le juge reconnaît ses effets de droit<sup>134</sup>. Cette fonction de mesure complète la « fonction de tracé », c'est-à-dire la capacité d'un énoncé à « directement ou indirectement [...] orienter un comportement »<sup>135</sup>, évoquée plus haut, qui est partagée par toutes les normes. Les normes non juridiques n'ont que cette fonction de tracé ; elles ne peuvent pas être reprises par le juge pour déterminer « comment les choses auraient dû, doivent ou devront être du point de vue de cet ordre juridique »<sup>136</sup>. Au contraire, les normes juridiques cumulent la fonction de mesure avec la fonction de tracé ou n'ont, éventuellement, qu'une fonction de mesure, à l'image des standards étudiés par S. Rials<sup>137</sup>.

Cette justiciabilité n'équivaut pas au critère de la sanction employé par H. Kelsen : pour les auteurs adhérant à la définition large de la normativité, il suffit que l'acte puisse être repris comme référence par le juge, par exemple, lors d'un recours en responsabilité, pour le considérer comme juridique. Il n'est pas nécessaire que la sanction soit textuellement prévue et qu'elle soit obligatoire, comme dans la théorie kelsénienne. La potentialité de cette fonction de mesure suffit à qualifier l'acte normatif de juridique<sup>138</sup>. Les auteurs défendant une conception de la normativité « susceptible de degrés »<sup>139</sup> s'opposent donc à la définition kelsénienne du droit et de la normativité.

---

<sup>132</sup> V. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *loc. cit.*, p. 208.

<sup>133</sup> C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, 2008, t. 51, p. 343.

<sup>134</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative, op. cit.*, p. 76.

<sup>135</sup> C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure... », *loc. cit.*, p. 346.

<sup>136</sup> A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *loc. cit.*, p. 209.

<sup>137</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t.135, 1980, 564 p.

<sup>138</sup> V. C. THIBIERGE, « Le droit souple », *loc. cit.*, p. 19.

<sup>139</sup> G. TIMSIT, *Les figures du jugement, op. cit.*, p. 267.

Ils s'opposent aussi à la « pureté » de la démarche kelsénienne. En effet, la détermination du degré de normativité d'un acte implique de prendre en considération le contexte de l'édition de l'énoncé. Pour C. Thibierge, ce contexte est déterminant pour jauger la « force normative » d'un acte, qu'il soit juridique ou non<sup>140</sup>. Par exemple, la force normative d'un énoncé varierait, lors de son édition, en fonction de la légitimité de l'autorité émettrice, de la confiance que les destinataires ont en elle et de la manière dont ils interprètent la force normative de l'énoncé en cause<sup>141</sup>. En ce sens, comme le relève M. Mekki, « tracer une frontière étanche entre ce qui relève du normatif et du non-normatif est une quête perdue d'avance »<sup>142</sup>. En revanche, cette définition permet de savoir si des actes de droit souple sont des actes normatifs juridiquement et de savoir si, incidemment, des actes évaluatifs peuvent aussi être qualifiés de normatifs.

**113.** D'abord, il convient de relever que certains actes présentés comme des actes de droit souple sont normatifs d'après la définition stricte et la définition large de la normativité. C'est l'hypothèse des actes qui se durcissent au cours de leur « vie »<sup>143</sup>, comme les recommandations des autorités administratives indépendantes requalifiées en décision impératives par le juge. Requalifiés, ces actes ne sont plus des actes de droit souple, mais des décisions.

À l'inverse, certains actes présentés comme des actes de droit souple ne sont jamais considérés comme normatifs par la doctrine. Il s'agit des actes qui ne relèvent ni de la « technique recommandatoire »<sup>144</sup> ni de la technique impérative. C. Thibierge et B. Lavergne affirment ainsi qu'un acte simplement déclaratoire n'est pas un acte de droit souple. Selon l'expression de F. Brunet, il faut que l'acte « puisse produire des conséquences »<sup>145</sup>, pour être normatif.

Finalement, seuls les actes dotés d'une « force référentielle facultative »<sup>146</sup>, c'est-à-dire seuls les actes véritablement recommandatoires, incitatifs ou inspirants divisent la

---

<sup>140</sup> C. THIBIERGE, « Synthèse », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 757.

<sup>141</sup> Pour une critique de cette conception et de la place qu'elle accorde au destinataire voir F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 204 et s.

<sup>142</sup> M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple. Journées nationales – t. XIII*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>143</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple », *loc. cit.*, p. 14.

<sup>144</sup> B. LAVERGNE, *Recherches sur la soft law*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>145</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>146</sup> C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative...*, *op. cit.*, p. 209.

doctrine. Ces actes ne sont définis comme des actes normatifs et des actes juridiques que par les auteurs adoptant une définition large de la normativité. Ils sont normatifs parce qu'ils proposent un modèle psychique devant guider le jugement des personnes. En sus, ces actes sont juridiques dans la mesure où ils constituent des instruments de mesure potentiels pour le juge, notamment en droit de la responsabilité<sup>147</sup>. Par conséquent, contrairement à la définition matérielle de la normativité, sa définition fonctionnelle élargit les frontières de la juridicité et justifie l'existence d'un contrôle juridictionnel des actes non décisifs invocables ou contestables devant le juge. L'évaluation n'est donc pas nécessairement exclue du prétoire, dans cette perspective, du fait de son caractère non décisif.

**114.** Jusqu'en 2016, seules des considérations subjectives, relatives au caractère souhaitable du droit<sup>148</sup>, pouvaient guider l'adoption de l'une ou de l'autre définition. Désormais, cependant, le droit positif offre une raison objective de préférer la définition fonctionnelle de la normativité : la nouvelle jurisprudence administrative ne peut être expliquée que par cette théorie. En effet, après avoir manifesté son adhésion à la définition large de la normativité dans son rapport public de 2013 consacré au droit souple, le Conseil d'État a opéré un important revirement de jurisprudence en 2016 avec les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*<sup>149</sup> en jugeant recevable un recours pour excès de pouvoir formé contre des actes non décisifs<sup>150</sup>. Il convient d'étudier les rouages de l'argumentation juridictionnelle et ses implications pour comprendre pourquoi ce contrôle pourrait s'étendre à d'autres actes non décisifs, et notamment à l'évaluation (2).

---

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>148</sup> Ce que F. Ost et M. Van de Kerchove appellent le point de vue interne, c'est-à-dire le point de vue engagé. V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 482.

<sup>149</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76.

<sup>150</sup> Jusqu'à cette date, à côté des contrats, seuls des actes unilatéraux décisifs étaient susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le contrôle direct des cahiers des clauses administratives générales (CCAG), présentés comme du droit souple dans le rapport public du Conseil d'État de 2013 (p. 105) ne constitue pas une exception à cette règle. Les CCAG constituent bien des actes impératifs, indépendamment de leur application supplétive, ce qui justifie leur contrôle direct par le juge (CE, Ass., 20 mai 1985, *Labbé*, Rec. p. 157). L'arrêt *Église de scientologie* (CE, 22 juin 1988, Rec. p. 354) ne constitue pas non plus une exception à l'irrecevabilité des recours directs contre les actes non décisifs : dans ce litige c'est la décision de publier que le juge a, exceptionnellement, accepté de contrôler.

## 2) La potentialité d'un contrôle direct de la légalité des actes évaluatifs

**115.** Par deux arrêts de mars 2016, le Conseil d'État a déclaré recevables deux recours par voie d'action formés contre les actes de droit souple émis par les « autorités de régulation ». D'après la haute juridiction, en dehors des cas où ces actes peuvent être requalifiés en décision, ils « peuvent [...] faire l'objet d'un (...) recours [en excès de pouvoir], introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». Avant cet arrêt, le juge déclarait irrecevables les recours directs formés contre les actes unilatéraux non décisifs (a). Désormais, au regard de la motivation adoptée par le juge et par les rapporteurs publics, il semble qu'il pourrait contrôler tous les actes non décisifs, donc les évaluations. À ce titre, l'analyse des arrêts de 2016 à partir de la théorie des actes de langage éclaire sous un angle spécial l'universalité de la solution retenue (b).

### a) *Le refus initial du contrôle des actes de droit souple*

**116.** Jusqu'en 2016, les actes de droit souple n'étaient invocables ni par voie directe ni par voie indirecte. Ils ne pouvaient être ni l'objet ni la source d'un contrôle. S'ils apparaissaient dans les décisions des juges, c'était seulement comme référence dans la motivation, « saisis comme un fait »<sup>151</sup>, à l'image des normes techniques qui peuvent être évoquées par le juge sans qu'elles soient effectivement transformées en instruments de mesure. Les actes de droit souple n'étaient invocables par voie d'action qu'à condition d'être requalifiés en actes impératifs<sup>152</sup> faisant grief, c'est-à-dire en décisions faisant grief, donc en perdant leur nature d'acte de droit souple (i). Puis, à partir d'un arrêt de 2010<sup>153</sup> et surtout à partir de l'arrêt *Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*<sup>154</sup> de 2011 le juge administratif a progressivement changé de motivation. Cette évolution a mené à

---

<sup>151</sup> Y. GAUDEMET, « Les actions informelles de l'Administration », *loc. cit.*, p. 653.

<sup>152</sup> Pour une analyse de l'application de la notion d'impérativité aux recommandations de bonne pratique voir F. SAVONITTO, « Les recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de santé », *RFDA*, 2012, p. 471-489.

<sup>153</sup> CE, 17 nov. 2010, *Syndicat français des ostéopathes*, req. n° 332771, Rec. p. 886-954.

<sup>154</sup> CE, 27 avril 2011, *FORMINDEP*, req. n° 334396, Rec. p. 168.

l'organisation d'un contrôle adapté à la nature spécifique des actes de droit souple en 2016 (ii).

*i) Le raisonnement classique du Conseil d'État pour contrôler les actes a priori non décisives*

**117.** Le contentieux des recommandations de bonne pratique (RBP) illustre bien l'inflexion progressive des solutions juridictionnelles en matière de droit souple. Ces recommandations destinées aux médecins sont aujourd'hui émises par la Haute autorité de la santé (HAS). Elles constituent « des propositions développées méthodiquement pour aider le praticien et le patient à rechercher les soins les plus appropriés dans des circonstances cliniques données »<sup>155</sup>. Originellement, elles étaient seulement mentionnées dans la motivation des décisions juridictionnelles relatives à la responsabilité des médecins. Cependant, elles ont rapidement été opposées aux médecins et érigées en fondement de leur responsabilité, dans des affaires où les médecins ne les avaient pas respectées<sup>156</sup>. En parallèle, des recommandations ont été attaquées dans le cadre de recours pour excès de pouvoir sur le fondement de leur illégalité. Certaines ont pu être contrôlées par le juge après avoir été requalifiées en décisions faisant grief, lorsqu'elles généraient une « modification de l'ordonnancement juridique »<sup>157</sup>. Comme le relève F. Chaltiel, le juge appliquait alors une forme de raisonnement fondé sur les effets de l'acte<sup>158</sup>.

À partir de 2005, le juge a cependant changé sa motivation pour requalifier une recommandation en décision faisant grief. Avec l'arrêt *Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM)*<sup>159</sup>, le Conseil d'État a employé pour la première fois le critère de l'impérativité pour requalifier une RBP en décision<sup>160</sup>. Le juge a cependant adopté une définition de l'impérativité plus restrictive que celle de l'arrêt *Duvignères* : seules les recommandations « rédigées de manière impérative » et non « impératives » étaient qualifiables d'actes décisives faisant grief. Ainsi, seul le contenu de l'acte intéressait le

---

<sup>155</sup> Définition donnée par la HAS sur son site Internet.

<sup>156</sup> V. C. BERGOIGNAN ESPER et M. DUPONT *Droit hospitalier*, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 9<sup>e</sup> éd., 2014, p. 199 ; P. SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? – Les documents référents », *AJDA*, 2007, p. 66.

<sup>157</sup> CE, 27 mai 1987, *SA Laboratoire Goupil*, Rec. p. 181.

<sup>158</sup> F. CHALTIEL, « La recevabilité des recours contre des actes de droit souple (à propos des décisions du Conseil d'État du 21 mars 2016) », *LPA*, 16 sept. 016, n° 185-186, p. 11 et s.

<sup>159</sup> CE, 26 sept. 2005, req. n° 270234, Rec. p. 395.

<sup>160</sup> V. D. CRISTOL, « Le possible contrôle par le juge de l'excès de pouvoir des recommandations de bonne pratique », *RDSS*, 2006, p. 53 et s.

juge, au détriment de sa fonction et de ses effets. Cette jurisprudence restrictive a été critiquée, notamment par P. Véron, en raison de son ignorance de l'« influence réelle [des recommandations] sur la pratique médicale et le contentieux de la responsabilité »<sup>161</sup>. En effet, le juge de la responsabilité n'a jamais exigé qu'une recommandation soit rédigée impérativement pour engager la responsabilité d'un médecin sur son fondement. Cette distorsion de jurisprudence a pris fin au début des années 2010.

Avec l'arrêt *FORMINDEP*<sup>162</sup>, le Conseil d'État a modifié son raisonnement et a conclu au caractère décisoire de l'ensemble des recommandations de bonne pratique. Il a alors corrigé son interprétation restrictive de la recommandation décisoire, qui permettait aux autorités de contourner son contrôle en réécrivant simplement la recommandation<sup>163</sup>. Le retour à un raisonnement fondé sur les effets a constitué une inflexion décisive dans l'argumentation juridictionnelle, qui s'est prolongée par la construction d'un recours spécifique pour certains actes de droit souple.

## ii) L'inflexion argumentative du Conseil d'État dans l'arrêt *FORMINDEP*

**118.** L'argumentation du juge apparaît clairement dans l'arrêt *FORMINDEP*. Dans cet arrêt, le juge « pose un principe de normativité des recommandations de l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale »<sup>164</sup> en raison de l'obligation déontologique des médecins de les respecter. Il n'invoque pas l'impérativité de ces recommandations ; il se contente d'évoquer l'éventualité pour le médecin d'être ensuite condamné sur le fondement de cette recommandation. La sanction « potentielle » et « indirecte »<sup>165</sup> de la recommandation, par le droit de la responsabilité, est ainsi mise en avant par le Conseil d'État. Cette solution a été confirmée pour les recommandations de pharmacovigilance émises par l'AFSAPPS dans un arrêt de 2013<sup>166</sup>.

Ce raisonnement fondé sur la potentialité de la sanction doit être distingué du raisonnement tenu par le Conseil d'État à propos des recommandations du Conseil

---

<sup>161</sup> P. VÉRON, « L'évolution du contrôle des recommandations de bonnes pratiques », *Médecine et Droit*, 2015, n° 132, p. 56.

<sup>162</sup> CE, 27 avril 2011, *FORMINDEP*, req. n° 334396, Rec. p. 168.

<sup>163</sup> B. LAVERGNE, *op. cit.*, p. 350. L'auteur mentionne des affaires dans lesquelles l'acte qualifié de décision par le juge a été réécrit après avoir été annulé.

<sup>164</sup> M.-L. MOQUET-ANGER, « Brevet de juridicité et contrôle de légalité des recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé », *JCP A*, n° 42, 17 oct. 2011, 2321, p. 24.

<sup>165</sup> D. KRZISCH, « Force normative et recommandations de bonne pratique en matière médicale », *RDSS*, 2014, p. 1087-2001.

<sup>166</sup> CE, 4 oct. 2013, *S<sup>te</sup> Laboratoires Servier*, n° 356700, Rec. T. 747.

supérieur de l'audiovisuel (CSA). Certes, les raisonnements tenus dans l'arrêt *FORMINDEP* et dans l'arrêt *Association Promouvoir* de 2002<sup>167</sup> présentent des ressemblances. Dans les deux arrêts, le juge a raisonné par catégorie et a qualifié l'ensemble des recommandations émises par la HAS et par le CSA de décisions faisant grief. En outre, aucun de ces arrêts ne fait référence à la notion d'impérativité – son absence est particulièrement flagrante dans l'arrêt *Association Promouvoir*, rendu le même jour que l'arrêt *Duvignères*. Il n'en demeure pas moins que le raisonnement tenu par le juge dans les deux arrêts n'est pas le même. Dans l'arrêt *Association Promouvoir*, la haute juridiction s'est fondée sur les pouvoirs de sanction accordés au CSA, qui confèrent un caractère véritablement contraignant aux recommandations qu'il émet. Si elles ne sont pas respectées, la sanction est certaine : elle est implicitement prévue par les textes. Par conséquent, dans cet arrêt, l'argumentation du juge est classique, voire kelsénienne. Est décisive, c'est-à-dire prescriptif, l'acte qui est obligatoirement sanctionné d'après les textes juridiques. Le juge n'a donc pas mis en œuvre un « véritable raisonnement de droit souple »<sup>168</sup>, comme a pu l'écrire la doctrine autorisée, puisque le Conseil d'État se fonde toujours sur la requalification de l'acte en décision faisant grief pour accepter le recours.

Le raisonnement déployé dans l'arrêt *FORMINDEP* est plus proche d'un tel raisonnement. Toutefois, la réalisation des effets juridiques potentiels de la recommandation est déjà survenue en 2011. Le juge sait donc, lorsqu'il se prononce, que les médecins peuvent être condamnés quand ils ne les respectent pas. Le raisonnement tenu aurait été qualifiable de raisonnement de droit souple si le juge avait contrôlé un acte dont le caractère contraignant n'était pas avéré, à l'image de ce qui s'est produit en 2016.

**119.** En tout état de cause, le raisonnement spécial de l'arrêt *FORMINDEP* n'a pas été étendu par le juge au-delà de la sphère des RBP. C'est ce que révèlent deux arrêts de 2012 par lesquels le juge administratif a systématisé sa jurisprudence relative à la requalification des actes autonomes non décisives<sup>169</sup>. Il consacrent la notion d'impérativité comme critère phare de la requalification en acte faisant grief. Dans l'arrêt *Société Casino-Guichard*, relatif à un avis de l'Autorité de la Concurrence, le juge énonce que « les prises de position et recommandations [que l'Autorité] formule (...) ne constituent pas des décisions faisant

---

<sup>167</sup> CE 18 déc. 2002, *Association Promouvoir*, req. n° 232273, Rec. p. 483.

<sup>168</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA*, 2016, p. 717-726.

<sup>169</sup> CE, 11 oct. 2012, *Société Casino-Guichard*, req. n° 357193, Rec. p. 168 et CE 11 oct. 2012, *Société ITM entreprises et autre*, req. n° 346378, Rec. p. 359.

grief ; qu'il en irait toutefois différemment si elles revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance ». Les jurisprudences *CNOM* de 2005 et *Association Promouvoir* de 2002 sont les seules reconnaissables dans ce considérant. Toutefois, le juge retient ici une définition de l'impérativité plus large qu'en 2005. Il calque sa jurisprudence relative aux autorités administratives indépendantes (AAI) sur la jurisprudence relative aux circulaires.

Malgré cet effort, l'état du droit est alors jugé insuffisant par certains auteurs. P. Idoux<sup>170</sup> dénonce ainsi un « angle mort » dans le contrôle des actes de droit souple. Une partie de la doctrine regrette en effet que des actes n'entrant dans aucune de ces catégories soient exclus du prétoire alors qu'ils produisent des effets similaires. L. Calandri critique aussi l'immunité dont bénéficient les actes pratiquant le « *name and shame* »<sup>171</sup>, c'est-à-dire les actes qui désignent publiquement l'auteur d'agissements critiqués dans le but que la publicité négative générée l'incite à réviser son comportement. En ignorant ces actes, le juge ignore que le contexte de l'édiction d'un acte peut lui conférer une force quasi obligatoire. Pour remédier à cet angle mort, B. Lavergne plaide dans sa thèse en faveur de l'adoption un raisonnement exprimé « en termes de *gravité dans l'intensité* [des] effets » des actes de droit souple<sup>172</sup>. Le juge s'est finalement rangé à cette solution en 2016.

**120.** Le Conseil d'État a longtemps refusé d'embrasser une telle évolution, avant de changer brusquement de position, en 2013. Dans le rapport public publié cette année-là, le Conseil d'État évoque la possibilité voire la nécessité d'un contrôle des actes de droit souple<sup>173</sup>. Pour justifier ce contrôle, il invoque la sécurité juridique qui justifiait sous sa plume, quelques années plus tôt, le dénigrement du même droit souple<sup>174</sup>.

La frontière contentieuse est franchie en 2016. Un « progrès de la liberté »<sup>175</sup> est réalisé grâce aux arrêts *Fairvesta* et *Numéricable* et un considérant de principe clair : « Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés

---

<sup>170</sup> P. IDOUX, « L'absence de justiciabilité des avis et recommandations de l'Autorité de la concurrence », *RJEP*, 2013, n° 708, comm. 19.

<sup>171</sup> L. CALANDRI, « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », *RDP*, 2013, n° 4, p. 771 et s.

<sup>172</sup> B. LAVERGNE, *Recherches sur la soft law*, *op. cit.*, p. 370. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>173</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 12-13.

<sup>174</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, La doc. Fr., 2006, p. 392.

<sup>175</sup> T. PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation », *JCP G*, n° 22, 2016, 623

par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». Peu de temps après ces arrêts, fondés sur les effets notables des dispositions attaquées, le Conseil d'État a accepté un recours pour excès de pouvoir contre une recommandation non contraignante du CSA qui avait « pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes »<sup>176</sup> à qui elle s'adressait.

Dans ces arrêts, le caractère contraignant de l'acte, même éventuel, n'est pas invoqué par le juge<sup>177</sup>. Il met donc en œuvre un véritable raisonnement de droit souple et, bien qu'une seule catégorie spécifique d'actes de droit souple soit expressément visée dans ces arrêts – les actes de régulation –, le raisonnement développé pourrait s'appliquer à d'autres actes non décisifs, c'est-à-dire d'autres actes qui ne font que « proposer l'application d'une norme »<sup>178</sup>, y compris à l'évaluation. En effet, la lecture de l'arrêt et des conclusions des rapporteurs publics montre qu'il n'existe aucune raison objective pour limiter ce revirement de jurisprudence aux actes de régulation. L'analyse de ces solutions à partir de la théorie des actes de langage confirme ce constat : un contrôle direct similaire à celui créé par les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable* pourrait être appliqué aux évaluations<sup>179</sup> (b).

#### *b) L'applicabilité potentielle des arrêts Fairvesta et Numéricable aux évaluations*

**121.** L'étude de l'argumentation déployée par le juge en 2016 révèle qu'il n'existe pas de critère objectif justifiant la limitation de la solution aux autorités de régulation (i). L'analyse de la jurisprudence administrative de la théorie des actes de langage confirme cette observation. Les notions de « force illocutoire » et de « force perlocutoire »,

---

<sup>176</sup> CE, 10 nov. 2016, *Mme Z et autres*, req. n° 384691, Rec. p. 509.

<sup>177</sup> Un tel caractère aurait privé l'acte de son caractère de droit souple qui est, comme cela a été exposé, la conjonction d'un droit doux (non prescriptif) et d'un droit mou (non contraignant).

<sup>178</sup> W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, op. cit., p. 75.

<sup>179</sup> La possibilité d'une telle analyse a déjà été démontrée par W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, op. cit., p. 73 et s.

construites par J.-L. Austin dans son fameux ouvrage *Quand dire c'est faire*<sup>180</sup> et approfondies par J. R. Searle<sup>181</sup>, éclairent l'universalisme des arrêts de 2016 (ii). L'évaluation pourrait manifestement faire l'objet d'un contrôle direct similaire à celui des arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*.

i) *L'absence de justification objective à la limitation du recours aux actes de régulation*

**122.** Dans les arrêts fondateurs de mars 2016, les juges ont limité leur innovation aux actes de droit souple émis par les « autorités de régulation ». Or, cette expression ne renvoie pas à une catégorie juridique définie par les textes ou clairement identifiée en doctrine. Seule une énumération des autorités probablement qualifiables d'autorités de régulation est possible. *A priori*, pourraient être qualifiées d'autorités de régulation l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité de la Concurrence, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes (ARCEP)... Cette liste ne comprend pas d'autorité évaluatrice. Cependant, l'extension du raisonnement retenu à des autorités évaluatrices n'est pas inconcevable. En effet, il ne semble pas exister de raison juridique justifiant la limitation du raisonnement retenu aux actes des autorités de régulation. Le juge ne motive pas, dans son arrêt, la limitation du recours créé aux autorités de régulation. De fait, des membres du Conseil d'État<sup>182</sup> ainsi que les professeurs B. Lavergne<sup>183</sup>, F. Melleray<sup>184</sup>, O. Fouquet<sup>185</sup>, B. Seiller<sup>186</sup> et B. Defoort<sup>187</sup> prévoient que le « verrou » posé dans l'arrêt ne pourra pas perdurer. Les différentes solutions auxquelles le juge est parvenu pourraient alors être transposées à d'autres actes non décisifs, notamment les évaluations.

---

<sup>180</sup> J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Éd. du Seuil, coll. « Points », 1970, 218 p.

<sup>181</sup> J. R. SEARLE, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, 2<sup>e</sup> éd., 2009, 271 p.

<sup>182</sup> V. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA*, 2016, p. 717-726 ; S. VON COESTER et V. DAUMAS, « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de "droit souple" », *Droit administratif*, n° 4, 2016, comm. 20.

<sup>183</sup> B. LAVERGNE, « Le droit souple devant le juge administratif français : de l'inadaptation du contrôle à la consécration d'une technique normative originale », in T. HOCHMANN, D. JOUVE et P. PAILLER (dir.), *Le contrôle juridictionnel du droit souple*, Reims, Épure, 2017, p. 30-44.

<sup>184</sup> F. MELLERAY, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 679-684.

<sup>185</sup> O. FOUQUET, « Le droit souple : quel avenir fiscal ? », *Revue de droit fiscal*, n° 17, 2016, 297.

<sup>186</sup> B. SEILLER, « La recevabilité des recours contre les actes composant le "droit souple" », *La Gazette du Palais*, 2016, n° 22, p. 27 et s.

<sup>187</sup> B. DEFOORT, « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA*, 2018, p. 1074.

**123.** Premièrement, le refus du juge de fixer l'intensité de son contrôle pour l'ensemble des actes de régulation se justifierait en matière évaluative. Cette indétermination était préconisée par V. Daumas, le rapporteur public de l'arrêt *Numéricable*. Celui-ci souhaitait que le juge adapte son contrôle à la spécificité de chaque acte<sup>188</sup>. Selon le rapporteur public, l'intensité du contrôle devrait dépendre « comme toujours, de la marge de manœuvre plus ou moins grande dont l'autorité dispose en vertu des textes, de la nature des décisions attaquées et de la teneur des questions posées ». Cette affirmation très générale, indifférente à la spécificité des actes de régulation, pourrait être reproduite à l'occasion du contrôle d'un acte évaluatif. Le contrôle de ces actes pourrait ainsi changer d'intensité en fonction des matières.

Deuxièmement, la définition de l'intérêt à agir des requérants invoquant directement un acte de régulation pourrait aussi valoir pour l'évaluation. En effet, cette définition n'a pas été justifiée par la nature spécifique des actes de régulation. D'après les arrêts de 2016, ont intérêt pour agir les administrés – qui ne sont pas nécessairement les destinataires de l'acte attaqué – affectés de manière suffisamment spéciale et directe par l'acte attaqué. Pour justifier cette solution, S. Von Coester fait référence aux conclusions Théry sur l'arrêt *Damasio*<sup>189</sup>. Dans ces conclusions, le commissaire du gouvernement prône une appréciation « particulièrement stricte [des conditions de l'intérêt pour agir] s'agissant d'un acte qui n'est pas décisive »<sup>190</sup>. Ce n'est donc pas la nature spécifique des actes de régulation, mais leur rattachement à la catégorie des actes non décisives qui a déterminé la définition de l'intérêt à agir dans les arrêts de 2016. Cette définition devrait donc valoir pour les recours directs formés contre les autres actes non décisives, comme les évaluations.

Troisièmement, le refus du juge de « subjectiviser » l'intérêt à agir contre les actes de régulation serait aussi valable, *a fortiori*, pour les recours visant des actes évaluatifs. En effet, dans l'arrêt *Numéricable*, le Conseil d'État n'a pas suivi la proposition de V. Daumas qui consistait à lier les moyens invocables à l'intérêt pour agir, sur le modèle de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*<sup>191</sup>. Cette liaison de l'intérêt et des moyens invocables aurait rendu irrecevable l'invocation de certains vices de procédure et de forme. En s'éloignant de son rapporteur, le juge a vraisemblablement considéré que l'ensemble des

---

<sup>188</sup> V. DAUMAS, concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, RFDA, 2016, p. 506 et s.

<sup>189</sup> J.-F. THÉRY, Conclusion sur CE, Sect., 28 mai 1971, *Damasio*, req. n° 78951, Rec. p. 391.

<sup>190</sup> S. VON COESTER, Concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta...*, loc. cit., p. 502. Nous soulignons.

<sup>191</sup> CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne c. Bonhomme*, n° 358994, Rec. p. 70.

vices de procédure devaient être invocables dans les recours visant les actes de droit souple. C'est en tout cas ce que suggérait V. Daumas, malgré sa proposition, et ce que démontrait S. Von Coester. Pour justifier la nécessité d'invoquer les vices de procédure dans le contentieux des actes de régulation, la rapporteure s'appuie sur un article de G. Timsit paru en 2007 aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*. Dans cet article, le Professeur démontre l'importance d'un contrôle renforcé de la procédure des normes de régulation, qu'il qualifie de normes « dialogales ». Selon G. Timsit, les normes de régulation sont des normes « contextualisées », qui sont produites à l'issue d'un dialogue qui doit assurer la prise en compte des situations particulières. La légitimité de ces normes repose donc sur la procédure mise en œuvre, qui doit permettre un dialogue avant l'adoption de la décision<sup>192</sup>. En raison de ce rôle crucial, pour l'auteur, la procédure guidant l'édiction des actes de régulation devrait être particulièrement contrôlée. Cette fois-ci, l'argumentation soutenant la solution retenue par les juges est en apparence propre aux actes de régulation. Cependant, le raisonnement et la conclusion contenus dans l'article peuvent être transposés aux évaluations. En effet, il ressort de la définition de l'évaluation que sa spécificité et sa légitimité dépendent de la rigueur de la procédure d'après laquelle elle est réalisée. La procédure est la « clef de voûte » de l'évaluation, c'est ce qui lui permet de tendre vers la scientificité et l'objectivité et de se distinguer d'une simple opinion personnelle. Ainsi, en cas de recours contre un acte évaluatif, l'invocation de vices de procédure serait aussi primordiale qu'en cas de recours contre les normes de régulation et toute liaison entre l'intérêt à agir et les moyens invocables devrait être écartée.

Un dernier élément de la solution retenue en 2016 serait transposable au contentieux évaluatif. Il faudrait aussi préférer, dans le cadre du contentieux évaluatif, la voie du recours pour excès de pouvoir retenue pour le contentieux des actes de régulation. Cette solution, qui était suggérée par les deux rapporteurs, peut paraître étonnante. Comme le relève A. Taibi<sup>193</sup>, le Conseil d'État accepte d'annuler un acte qui, selon ses écrits, produit des effets de droit incertains<sup>194</sup>. Cependant, pour V. Daumas, le recours pour excès de pouvoir se justifie précisément par les effets non juridiques, « symboliques »<sup>195</sup> de l'annulation, qui sont déterminants dans ce type de recours. En matière évaluative, le caractère préparatoire de l'évaluation constitue un argument supplémentaire en faveur du recours pour excès de

---

<sup>192</sup> G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2007, n° 21.

<sup>193</sup> A. TAIBI, « L'élargissement de la recevabilité contentieuse du droit souple des autorités de régulation », *La Gazette du Palais*, 2016, n° 18, p. 20 et s.

<sup>194</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, op. cit., p. 57.

<sup>195</sup> V. DAUMAS, Concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable...*, loc. cit., p. 602.

pouvoir. En effet, l'annulation d'une évaluation illégale n'aura pas que des effets symboliques : elle obligera l'évaluateur à reprendre un acte pour permettre à l'autorité décisionnaire d'agir. Le second argument qui a pesé dans le choix du recours pour excès de pouvoir est aussi applicable *a fortiori* à l'évaluation. Il s'agit de la volonté du juge de ne pas se substituer aux autorités de régulation dans leurs missions non répressives. Cet argument peut s'appliquer au phénomène évaluatif. Il serait étonnant que le Conseil d'État accepte de s'immiscer dans les missions évaluatives d'autorités administratives, alors que ces activités sont réputées pour leur complexité et leur incertitude : le recours pour excès de pouvoir est bien la voie de recours la plus adaptée contre les évaluations.

**124.** Ainsi, tout laisse penser que le juge pourrait remplacer l'expression « actes de régulation » par « actes d'évaluation » dans le considérant de principe de mars 2016 sans qu'il soit nécessaire de changer une virgule du paragraphe. Cette conclusion est confirmée par une analyse plus abstraite des deux arrêts de 2016, fondée sur la théorie des actes de langage et les notions de force illocutoire et de force perlocutoire. Comme les actes de droit souple, les évaluations pourraient faire l'objet d'un recours direct (ii).

*ii) La confirmation de l'applicabilité des arrêts Fairvesta et Numéricable aux évaluations par l'étude de la théorie des actes de langage*

**125.** L'analyse de la jurisprudence initiée en 2016 à l'aune de la théorie des actes de langage confirme que les critères employés par le juge pour justifier le contrôle direct des actes de régulation peuvent être étendus à l'ensemble des actes non décisifs, qu'il s'agisse des actes de droit souple ou des actes préparatoires – donc de l'évaluation. Avec les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*, le juge a modifié la manière dont il prend en compte la force illocutoire et la force perlocutoire d'un acte pour juger la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir.

Ces deux notions sont issues du fameux livre de J. L. Austin, intitulé en français *Quand dire c'est faire*<sup>196</sup>. Dans cet ouvrage, l'auteur cherche à distinguer les énoncés constatifs des énoncés performatifs. Les premiers sont descriptifs, tandis que les seconds permettent, par leur seule énonciation, la réalisation d'une action. Autrement dit, un énoncé performatif peut effectuer ou « faire partie de l'effectuation » d'une action (conseiller,

---

<sup>196</sup> J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Éd. du Seuil, coll. « Points », 1970, 218 p.

menacer...). Comme les énoncés normatifs – au sens fonctionnel –, les énoncés performatifs « prétendent (...) faire advenir la réalité qu'ils énoncent »<sup>197</sup>. Cependant, J. L. Austin conclut très rapidement à l'impossibilité de fixer un critère clair de distinction entre les énoncés constatifs et performatifs<sup>198</sup>. Il considère que tous les actes de langage peuvent avoir un sens performatif en fonction du contexte dans lequel ils sont énoncés. B. Defoort utilise l'exemple éclairant fondé sur l'énoncé : « si tu mets les mains sur la plaque chauffante, tu vas te brûler »<sup>199</sup> prononcé par une mère à destination de son enfant ou par un professeur de physique à ses élèves. Dans le premier cas, la phrase « contient la fonction illocutionnaire de menace pour l'enfant », l'énoncé est performatif. Dans le second cas, l'énoncé est constatif : le professeur enseigne à ces élèves, de manière pragmatique, qu'ils se brûleront si les plaques sont chaudes<sup>200</sup>. Le contexte est ainsi déterminant dans l'étude de l'acte de langage.

Pour singulariser la puissance du contexte sur la signification de l'acte, J. L. Austin utilise trois notions : la force locutoire, illocutoire et perlocutoire de l'acte. L'acte locutionnaire est celui « qui possède une *signification* » : tous les actes ont une force locutoire<sup>201</sup>. L'acte illocutionnaire désigne l'hypothèse dans laquelle « le fait de dire a une certaine valeur », c'est-à-dire qu'« *en* disant *x*, je fais *y* » (commander, réclamer, *etc.*). L'identification de cette force illocutoire dépend du contexte dans lequel l'énoncé s'insère. En fonction du contexte, des énoncés formulés à l'indicatif peuvent avoir une signification d'injonction ou de conseil. La force illocutoire est donc le résultat d'une opération d'interprétation<sup>202</sup>. La troisième caractéristique de l'acte de langage, sa force perlocutoire, désigne « l'obtention de certains *effets* par la parole », c'est-à-dire que « *par* le fait de dire *w*, j'ai fait *y* »<sup>203</sup> (effrayer, convaincre, persuader, *etc.*).

**126.** Ces notions, et plus particulièrement celles de force illocutoire et de force perlocutoire de l'acte, rappellent fortement la théorie de la normativité graduée. Elles se logent en effet avec aisance dans le raisonnement soutenant la théorie fonctionnelle de la normativité. Les auteurs qui défendent cette conception ne cachent d'ailleurs pas qu'ils ont

---

<sup>197</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 137.

<sup>198</sup> J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, *op. cit.*, p. 81 et s.

<sup>199</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*, p. 255

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>201</sup> Cette caractéristique est remise en cause par J. R. Searle, v. J. R. SEARLE, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, 2<sup>e</sup> éd., 2009, p. 59 et s.

<sup>202</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 137.

<sup>203</sup> J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, *op. cit.*, p. 129 et s.

puisé leur inspiration dans la théorie des actes de langage, souvent citée dans leurs travaux<sup>204</sup>. Dès lors, il n'est pas étonnant de constater la proximité entre l'idée d'interprétation contextualisée de la normativité et la notion de force illocutoire. La notion de force illocutoire coïncide avec la notion de force normative : un acte peut avoir la force d'un ordre, d'un conseil, d'une menace, d'une incitation en fonction du contexte.

**127.** Il apparaît d'abord que, jusqu'en 2016, seuls les actes illocutionnaires forts (comme un commandement), c'est-à-dire les actes prescriptifs, permettaient l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir. Le juge était indifférent aux autres catégories d'actes illocutionnaires et à la nature de modèle de tous les actes non impératifs. Il ne se satisfaisait cependant pas de l'importante force illocutoire de l'acte pour juger le recours recevable. Confronté à un acte prescriptif, il exige en plus la démonstration d'un grief, c'est-à-dire la démonstration que l'acte « affecte de manière suffisamment immédiate ou grave des situations juridiques ou non ou l'ordonnement juridique »<sup>205</sup>. Or, cette notion de grief est floue : elle se confond parfois avec la notion de force perlocutoire de l'acte, d'intérêt à agir ou même de caractère décisive<sup>206</sup>.

Le juge a assoupli ce raisonnement en 2016 en acceptant de prendre en compte d'autres formes d'actes illocutionnaires dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et en redéfinissant concomitamment la notion d'acte faisant grief<sup>207</sup>. La seconde branche du considérant de principe de l'arrêt *Fairvesta* a ouvert le recours pour excès de pouvoir contre les actes non décisifs dont la force normative est clairement caractérisée, sans atteindre l'impérativité. Ces actes sont ceux qui ont « pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse »<sup>208</sup>.

**128.** La première branche du considérant de principe sert de « clause filet »<sup>209</sup> pour permettre au juge de contrôler les énoncés dont la force illocutoire et normative est en

---

<sup>204</sup> V. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron. XXXIV, p. 199-210 et F. BRUNET, *La normativité en droit, op. cit.*, p. 221.

<sup>205</sup> M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2014, p. 294.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>207</sup> V. *infra*, § 327 et s. L'exigence de grief pour les actes non décisifs se confond avec l'exigence d'un intérêt à agir.

<sup>208</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76.

<sup>209</sup> Expression doctrinale faisant référence à une jurisprudence européenne relative à l'étude d'impact environnemental, selon laquelle indépendamment des seuils posés par les textes nationaux et européens, certains projets devraient tout de même être soumis à une étude d'impact en raison de leurs effets, v. CJUE, 24 mars 2011, *Commission contre Belgique*, C-435/09.

apparence minimale, mais qui, au regard de leur force perlocutoire, c'est-à-dire de leurs effets, jouissent en réalité d'une normativité indéniable. Ainsi, dans les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*, le juge a, pour la première fois, accepté de contrôler un acte sur le fondement de ses seuls effets non juridiques<sup>210</sup>. Jusqu'ici, quand le juge invoquait les effets non juridiques d'un acte, c'était seulement après avoir caractérisé son caractère décisif, afin d'établir la notion de grief – notamment pour les mesures d'ordre intérieur<sup>211</sup>. L'arrêt de 2016 innove en faisant des effets non juridiques de l'acte l'*unique* critère pour déterminer la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Avec ce revirement, le juge administratif français a rejoint les juges allemands et britanniques qui déployaient déjà ce raisonnement face au droit souple<sup>212</sup>.

Grâce à ce critère, le juge administratif français peut vérifier que l'énoncé d'un acte de régulation doté d'une force illocutoire faible – une simple information par exemple, – n'a pas, malgré tout, une portée normative certaine. Le juge accepte en effet de contrôler les actes de régulation qui ont produit des « effets notables », notamment économiques<sup>213</sup>. Si un acte a produit de tels effets, alors cela signifie qu'un certain nombre de personnes l'a utilisé comme modèle, ce qui atteste de sa normativité réelle.

**129.** Cette analyse fondée sur la théorie des actes de langage et, incidemment, sur la théorie fonctionnelle de la normativité montre clairement que le raisonnement du juge transcende l'hypothèse des actes de régulation. L'évaluation, notamment, pourrait parfaitement remplir les critères jurisprudentiels. D'une part, il est possible de considérer que certaines évaluations ont pour objet d'influencer significativement la conduite des personnes évaluées – qui anticipent les résultats de l'évaluation ou y répondent en modifiant en profondeur leur comportement – et des décideurs. D'autre part, il est possible que l'évaluation produise des effets notables, notamment économiques, si elle est négative et qu'elle détourne par exemple, les patients d'un hôpital ou les étudiants d'une université. Le régime contentieux appliqué aux actes de droit souple pourrait donc être appliqué aux actes évaluatifs.

---

<sup>210</sup> V. O. FOUQUET, « Le droit souple : quel avenir fiscal ? », *Revue de droit fiscal*, n° 17, 2016, 297.

<sup>211</sup> V. S. VON COESTER, concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta*, n° 368082, *RFDA*, 2016, p. 497-506.

<sup>212</sup> V. T. HOCHMANN, « L'atteinte indirecte aux droits fondamentaux en Allemagne », in T. HOCHMANN, D. JOUVE et P. PAILLER (dir.), *Le contrôle juridictionnel du droit souple*, *op. cit.*, p. 214-22 et T. PERROUD, « Le contrôle juridictionnel du droit souple en *common law* », in T. HOCHMANN, D. JOUVE et P. PAILLER (dir.), *Le contrôle juridictionnel...*, *op. cit.*, p. 251-271.

<sup>213</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta*, n° 368082, rec. p. 77.

**130.** Ainsi, la comparaison entre actes de droit souple et actes évaluatifs est loin d'être vaine, en dépit de l'autonomie des premiers : elle dessine ce que pourrait être un recours direct ouvert contre les évaluations devant le juge administratif. Le recours créé pour les actes de droit souple des actes de régulation pourrait en effet être appliqué à l'évaluation dès lors qu'elle est, comme eux, dénuée d'impérativité. Peu importe, théoriquement, qu'elle ne constitue pas un acte autonome<sup>214</sup>, mais, au contraire, un acte par définition inséré dans une procédure décisionnelle. L'évaluation est en effet un acte préparatoire non impératif, donc non décisoire. Sollicitée par le décideur au cours de la procédure, elle constitue une forme singulière de consultation et elle peut être identifiée, plus précisément, comme une forme d'expertise non judiciaire : l'évaluation est une expertise non contentieuse évaluative (Section 2).

## **Section 2 : Un acte consultatif singulier**

**131.** L'acte évaluatif appartient à la catégorie des actes préparatoires, que M. Hauriou appelait « mesures de préparation » et qu'il définit comme « les formalités qui précèdent des décisions »<sup>215</sup>. Pour R. Chapus, elles constituent « un *élément de la procédure d'élaboration d'une autre décision*, et n'ont pas d'autre effet juridique que de rendre possible l'édiction de cette décision »<sup>216</sup>. Le caractère préparatoire de ces actes n'exclut toutefois pas qu'ils puissent être normatifs. X. Dupré de Boulois écrit ainsi qu'« il n'est pas douteux que certains d'entre eux évoquent de véritables actes normateurs »<sup>217</sup>. B. Seiller va plus loin et considère que certains d'entre eux peuvent être décisores<sup>218</sup>. Ces actes impératifs préparatoires constituent cependant l'exception : en principe, les actes préparatoires sont non décisores. Ils relèvent *a priori* de la catégorie des avis. Or les

---

<sup>214</sup> Le Conseil d'État n'a pas encore formellement condamné cette interprétation. S'il a rejeté l'application de l'arrêt *Fairvesta* à un avis, il ne s'est pas appuyé sur un considérant de principe rejetant ce recours contre les actes préparatoires. Il a seulement écrit que « ni [l]avis, ni le rapport qui l'a précédé qui l'a précédé », qui étaient contestés « ne peuvent être regardés comme étant de nature à produire, par eux-mêmes, des effets notables sur des tiers ou comme ayant pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent », CE 28 déc. 2017, req. n° 407883, Inédit au recueil Lebon.

<sup>215</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1900, rééd. Dalloz, 2002, p. 410. Nous soulignons.

<sup>216</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, coll. « Domat droit public », 2008, p. 539.

<sup>217</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les actes administratifs unilatéraux », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », t. 2, 2012, p. 166.

<sup>218</sup> B. SEILLER, *Droit administratif I. Les sources et le juge*, op. cit., p. 193.

auteurs qui se sont intéressés aux avis ont toujours souligné les difficultés qu'ils éprouvaient pour en construire une définition. Pourtant, ils aboutissent généralement à la même conclusion : l'avis est un acte non impératif intégré dans une procédure<sup>219</sup>. Ces critères s'appliquent à l'évaluation, qui constitue donc une forme particulière d'acte juridique (§I).

À partir de la définition précitée, il est possible d'identifier des sous-catégories d'avis et d'affiner la classification de l'évaluation. Ce travail montre que celle-ci peut être assimilée à une forme d'expertise, et plus particulièrement à une forme d'expertise non contentieuse peu étudiée : elle constitue un acte singulier de droit public (§II).

### **§I. L'appartenance de l'évaluation à la catégorie des avis**

**132.** Bien que la catégorie des avis réponde à la même définition en droit constitutionnel qu'en droit administratif, les auteurs ont presque exclusivement étudié l'avis sous l'angle du droit administratif. Cet acte, peu analysé, est réputé difficile à définir. À en croire les auteurs, il n'existe pas de définition claire de l'avis partagée par la doctrine et par le juge. Pourtant, la lecture de ces mêmes auteurs révèle qu'il est possible de donner une définition synthétique de l'avis, à laquelle répond parfaitement l'évaluation (A). Cette première catégorisation laisse cependant en suspens la question de la nature juridique de l'évaluation, puisque les auteurs ne s'accordent pas sur la juridicité des actes consultatifs. Or, si l'évaluation n'est pas un acte juridique, alors, elle ne devrait pas pouvoir être soumise à un juge. Il est donc indispensable de résoudre la question de la nature juridique de l'avis pour savoir si l'évaluation peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. À cet égard, malgré les hésitations de certains juristes, il paraît possible de conclure à la juridicité de la catégorie des avis et d'envisager le contrôle juridictionnel de l'évaluation (B).

---

<sup>219</sup> Ch. HELLER, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, thèse de l'Université de Strasbourg, 1961, p. 284 ; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 487 et s. ; Y. WEBER, *L'administration consultative*, LGDJ, 1968, p. 1 et p. 151 ; G. LANGROD, « Introduction », in G. LANGROD, *La consultation dans l'administration contemporaine*, éd. Cujas, 1972, p. 33 ; A. HEILBRONNER et R. DRAGO, « L'administration consultative en France », *loc. cit.*, p. 60 ; R. HOSTIOU, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », T. 119, p. 26 ; Y. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, *op. cit.*, p. 115 ; H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse », *RFDA*, 2009, p. 896 ; F. DARGENT, *La consultation en droit public interne*, thèse de l'Université Aix-Marseille, 2016, p. 60 et p. 200. *Contra*, pour l'inclusion des actes décisifs dans la catégorie des avis, v. J.-M. AUBY, « Le régime juridique des avis dans la procédure consultative », *AJDA*, 1956, p. 54 et H. SIMONIAN-GINESTE, « Nouveau regard sur l'avis consultatif », *RDP*, 1999, p. 1121-1158.

## A. La définition malaisée de la catégorie des avis

**133.** En dépit des difficultés à définir la catégorie des actes consultatifs<sup>220</sup>, les auteurs qui se sont intéressés à la question se rejoignent dans l'identification des critères qui singularisent les avis, et qui permettent de les identifier aussi bien en droit constitutionnel qu'en droit administratif. L'avis peut être défini, à l'instar de l'évaluation, comme un acte non impératif sollicité au cours d'une procédure décisive (1). Il est ensuite possible d'identifier plusieurs sous-catégories d'avis et d'affiner la classification de l'évaluation : celle-ci constitue un avis *informatif* (2).

1) L'assimilation de l'évaluation à la catégorie des actes consultatifs

**134.** La classification en droit revêt une importance cruciale, à condition, comme le rappellent les auteurs, qu'elle soit utile. À cette fin, pour Ch. Eisenmann, parmi les différentes qualifications possibles pour un acte, il faut retenir celle qui « offre la plus haute valeur de connaissance »<sup>221</sup>. Pour Ch. Vautrot-Schwarz, en matière de définition, ce principe conduit à préférer les définitions normatives, c'est-à-dire les définitions conceptuelles ou énumératives. Les définitions partiellement normatives, fondées sur les effets d'un acte et les définitions non normatives, fondées sur le régime de l'acte, offriraient une connaissance moindre<sup>222</sup>. Par conséquent, une définition utile de l'avis devra être conceptuelle ou énumérative. Or, la définition forgée par la doctrine est justement conceptuelle : l'avis peut être défini comme un acte non impératif procédural (a). Cette définition générale applicable à l'ensemble du droit permet de déterminer avec certitude l'appartenance de l'évaluation à cette catégorie (b).

a) *La définition de l'avis comme un acte procédural non impératif*

**135.** Le principal critère de définition des actes consultatifs est leur caractère procédural. En d'autres termes, ils appartiennent à la catégorie des actes préparatoires. Ce premier

---

<sup>220</sup> L'avis serait « un phénomène juridique difficile à qualifier, car il échappe aux catégories traditionnellement établies de notre droit », R. HOSTIOU, *Procédures et formes...*, *op. cit.*, p. 50

<sup>221</sup> Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in Ch. Eisenmann : *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, éd Panthéon-Assas, 2002, p. 303.

<sup>222</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique*, *op. cit.*, p. 72 et s.

critère ne suffit toutefois pas à les définir puisqu'il existe des actes préparatoires décisifs et d'autres, comme l'évaluation, qui n'ont pas cette qualité. Il faut donc déterminer ce qui fait la spécificité des actes consultatifs pour voir si l'évaluation peut y être assimilée. Dans la mesure où l'avis n'a jamais été conceptualisé par la jurisprudence ni par les textes, la doctrine constitue en la matière la principale source de réflexion.

R. Drago et A. Heilbronner ont produit une étude sur l'administration consultative dans laquelle ils définissent certains aspects de l'avis : c'est un acte sollicité par le décideur auprès de « personnes compétentes »<sup>223</sup> pour l'éclairer avant de décider. Selon ces auteurs, l'avis ne lie pas le pouvoir de décision et « s'incorpore à une opération complexe dont la décision n'est que le résultat »<sup>224</sup>. Ce sont donc l'objet de l'acte (éclairer le décideur), sa force illocutoire (absence d'impérativité) et son caractère procédural (il est sollicité avant la décision) qui définiraient l'avis. De son côté, Y. Weber qui a consacré sa thèse à la fonction consultative définit celle-ci comme « l'expression juridique d'opinions émises individuellement ou collégalement à l'égard d'une autorité administrative, seule habilitée à prendre l'acte de décision à propos duquel intervient la consultation »<sup>225</sup>. Il abonde dans le sens des auteurs précédents en retenant la force illocutoire non impérative de l'acte, son objet (émettre une opinion) et son caractère procédural. Comme R. Drago et A. Heilbronner, il prend acte du fait que « donner une consultation recouvre des réalités très diverses »<sup>226</sup>.

Plus récemment, à l'issue d'un colloque consacré aux avis<sup>227</sup>, Y. Jestaz a proposé une définition un peu différente. Selon l'auteur, l'avis est « une opinion autorisée, écrite et motivée qui a) constitue la réponse de l'émetteur à une demande expresse ; b) doit impérativement être émise lorsque le demandeur la sollicite ; c) participe à l'élaboration d'une prescription juridique, – générale ou individuelle »<sup>228</sup>. Le caractère écrit de l'avis enrichit la définition, mais sa force illocutoire cesse ici de le caractériser. Pourtant, l'auteur précise ensuite que l'avis n'est jamais prescriptif – il n'est donc pas décisif. Malgré cette précision, Y. Jestaz n'est pas convaincu par la définition qu'il propose et l'écarte finalement à la fin de son intervention. Selon lui, la « catégorie [est] trop multiple pour qu'on en puisse donner une définition à la fois courte et rigoureusement exacte »<sup>229</sup>. Ce

---

<sup>223</sup> A. HEILBRONNER et R. DRAGO, « L'administration consultative en France », *loc. cit.*, p. 60.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>225</sup> Y. WEBER, *L'administration consultative*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>227</sup> T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, 203 p.

<sup>228</sup> Y. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 125.

retrait de l'auteur est d'autant plus surprenant que, finalement, si tous les auteurs invoquent le caractère indéfinissable de l'avis, tous mettent en avant les mêmes critères de distinction.

En effet, G. Isaac utilise aussi dans sa thèse les mêmes critères pour aboutir à une définition de l'acte consultatif similaire aux définitions citées plus haut<sup>230</sup>. Il en va de même pour R. Hostiou, qui définit l'avis comme « une formalité préalable à l'émission de certains actes unilatéraux, consistants en une consultation prévue ou non prévue, se traduisant par une proposition dépourvue de tout effet normateur que l'auteur peut ou doit solliciter, selon les hypothèses, sans qu'une telle opération traduise un partage de compétences »<sup>231</sup>. Ce sont encore une fois les mêmes critères qui sont sollicités : le caractère non décisoire de l'avis, son caractère procédural et une définition très vague de son objet.

Les auteurs s'accordent donc pour définir l'avis comme un acte non décisoire intégré dans une procédure décisoire et émis après une sollicitation – éventuellement contrainte – du décideur. Le but de l'avis n'est retenu que de manière secondaire par certains auteurs, pour établir une taxinomie interne. À cet égard, Ch. Heller distingue entre les avis du Conseil d'État qui relèveraient de la coordination interne, les avis qui ont pour but d'éclairer l'administration et de confronter les opinions, et les avis destinés à mettre en œuvre une procédure contradictoire<sup>232</sup>. Ce type de distinction téléologique est cependant difficile à manier en raison de la porosité des catégories définies. La même incertitude affecte les classifications doctrinales fondées sur l'objet de l'avis, alternativement qualifié d'« éclairage », de « proposition » ou d'« opinion ». Or, si un éclairage peut être une opinion ou une proposition, une proposition n'est pas nécessairement une opinion. Ces distinctions vagues souffrent au demeurant d'une faiblesse méthodologique dans la mesure où l'objet de l'avis dépend, en réalité, de l'objet de la question posée à l'autorité consultée, c'est-à-dire de l'objet de la sollicitation. De ce fait, il semble plus pertinent de retenir l'objet de la question posée à l'autorité consultée et non l'objet de l'avis, qui n'est que le reflet de cette question, pour le définir. En outre, le critère de la sollicitation suffit à souligner le caractère éclairant de l'avis pour le décideur. Comme le rappellent les auteurs, les avis recouvrent des réalités très diverses et une énumération de ses objets serait longue et vaine. Par conséquent, il ne paraît pas nécessaire de conserver le critère de l'objet de l'avis pour en donner une définition générale, valable pour l'ensemble du droit. L'avis est l'acte non

---

<sup>230</sup> G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 487 et s.

<sup>231</sup> R. HOSTIOU, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », T. 119, p. 26.

<sup>232</sup> Ch. HELLER, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, op. cit., p. 6.

impératif émis au cours d'une procédure décisive après sollicitation, éventuellement obligatoire, du décideur.

**136.** Cette définition permet de faire le tri entre les actes exactement et inexactly dénommés avis. En effet, comme le souligne Y. Weber, la dénomination des actes consultatifs n'est pas fiable<sup>233</sup>, des actes sont faussement dénommés « avis ». Parmi eux se trouvent les « faux avis »<sup>234</sup> produits par les AAI qui ne sont pas les éléments d'une procédure décisionnelle.

Aussi, puisque le propre de la consultation est de ne pas être prescriptive, les avis conformes doivent être écartés de la catégorie des avis : ils opèrent un transfert de compétence qui n'est pas compatible avec la qualification d'avis, comme l'a noté R. Hostiou<sup>235</sup>. Ces actes lient le décideur<sup>236</sup> qui doit suivre « l'avis » ou renoncer à prendre la décision. Le Conseil constitutionnel a indirectement souligné cette différence de nature en refusant qu'un avis du Conseil Supérieur de la Magistrature soit transformé par la loi en un avis conforme dans la mesure où ce changement induisait un transfert des compétences prévues par la Constitution<sup>237</sup>.

Ainsi, ni les avis conformes ni les avis émis par les AAI ne correspondent à la définition doctrinale donnée plus haut. Seuls les actes intégrés dans une procédure décisive et dénués d'impérativité, à l'image de l'évaluation, sont qualifiables d'avis (b).

#### *b) La définition de l'évaluation comme un acte non impératif procédural*

**137.** La distinction entre avis et évaluation peut être plus que « relativisée »<sup>238</sup> : elle peut être abandonnée. L'évaluation *est* une forme d'avis. L'étude des principales évaluations sélectionnées en introduction le démontre. La plupart d'entre elles sont aisément qualifiables d'avis (i) et si certaines présentent *a priori* des caractéristiques peu compatibles

---

<sup>233</sup> Y. WEBER, *L'administration consultative*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>234</sup> L. CALANDRI, « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », *RDP*, 2013, n° 4, p. 771 et s.

<sup>235</sup> R. HOSTIOU, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>236</sup> Ces actes sont décisifs, ce que reconnaissait déjà E. Laferrière dans son *Traité*, puisque l'éminent auteur utilise alternativement les termes d'avis conforme et d'avis impératif. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p. 503 et s.

<sup>237</sup> Cons. const., 21 fév. 1992, n° 92-305 DC. V. M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, p. 790.

<sup>238</sup> C. VIARD, « De la recherche de l'efficacité de l'acte normatif par l'usage des chiffres », in P. HAMMJE, L. JANICOT, et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, p. 149.

avec la définition de l'avis, ces obstacles apparents ne résistent pas à l'analyse. Toutes les évaluations peuvent être qualifiées d'avis (ii).

*i) Les qualifications simples*

**138.** L'évaluation environnementale et l'étude d'impact environnemental relèvent nettement de la catégorie des avis. Elles sont intégrées dans une procédure décisive, et elles ne prescrivent aucun comportement au décideur, conformément à la définition des actes consultatifs. D'ailleurs, les études d'impact environnemental sont depuis longtemps qualifiées d'éléments de procédure<sup>239</sup> non décisives<sup>240</sup> en doctrine. À cet égard, si le droit positif a imposé aux décideurs de « tenir compte » des préoccupations environnementales exprimées dans les évaluations environnementales<sup>241</sup>, c'est bien parce qu'elles ne s'imposent pas au décideur. En effet, comme le rappelle C.-H. Born, « le système général d'évaluation des incidences n'oblige pas, *per se*, l'autorité à refuser le projet ou le plan proposé si l'évaluation effectuée met en évidence des effets négatifs, même importants, sur l'environnement »<sup>242</sup>.

Il en va de même des évaluations identifiées en matière de santé, souvent dénommées « avis » dans les textes. Les avis rendus par la Commission de la transparence sont, notamment, « purement consultatifs »<sup>243</sup>. Les textes de droit positif ne leur confèrent aucune force contraignante, ce dont le juge administratif a pris acte : aucun recours direct n'est possible contre ces avis<sup>244</sup>. Il en va de même pour les évaluations produites par la CNEDIMTS<sup>245</sup> (Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé) ou pour le rapport produit par les experts dans le cadre de la

---

<sup>239</sup> V. A PALANCHON et A. JOVENIAUX, *Les études d'impact en France : éléments de pathologie*, Neuilly, Ministère de l'environnement, 1977, p. 173 et S. HÉBRARD., *L'étude d'impact sur l'environnement : révolution ou évolution dans l'aménagement du territoire ?*, Thèse Paris II-Panthéon-Assas, 1982, 804 p.

<sup>240</sup> V. par exemple, C. LO et C. LEPAGE-JESSUA « L'étude d'impact écologique », *Gaz. Pal.*, 22 oct. 1978, p. 524. L'étude d'impact n'est qu'« un des éléments de la décision » prise par la suite.

<sup>241</sup> Directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics, privés sur l'environnement et la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 et directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

<sup>242</sup> C.-H. BORN, « Quelques réflexions sur le régime de protection des sites Natura 2000 contre les incidences des plans et projets », in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 957-987.

<sup>243</sup> G. BOUVENOT, « Les apports et les limites de la notion de service médical rendu », *RDSS*, 2011, p. 403-409.

<sup>244</sup> CE, 12 mai 2010, *Société Roche*, req. n° 316859, Rec. p. 162.

<sup>245</sup> Articles L. 161-37, L. 165-1 et R. 165-18 et s. du code de la sécurité sociale.

procédure d'accréditation des établissements de santé : les textes imposent leur édicition avant la prise de décision sans leur conférer de force prescriptive<sup>246</sup>.

Les études d'impact des projets de loi présentent, elles aussi, toutes les caractéristiques de l'avis : elles sont intégrées dans la procédure législative décisive<sup>247</sup>, et elles ne contiennent aucune prescription. D'ailleurs, la Constitution ne les envisage qu'à travers une obligation de présentation des projets de loi<sup>248</sup> : elles constituent bien des actes procéduraux non impératifs.

**139.** En dehors de l'hexagone, plusieurs types d'évaluations répondent aussi à la qualification d'avis. C'est d'abord le cas des études d'impact européennes, puisque la Cour de justice a refusé que les *Regulatory Impact Assessment* lient le législateur européen<sup>249</sup>. C'est aussi le cas des études d'impact de projets (au sens large) réalisées en Espagne et au Royaume-Uni<sup>250</sup>. En matière environnementale, il est également possible de qualifier d'avis les évaluations étatsuniennes, qui ont été les premières du genre<sup>251</sup>, et les évaluations environnementales belges<sup>252</sup>. Cette qualification convient enfin à l'avis donné par le Comité des médicaments à usage humain agissant au sein de l'Agence européenne du médicament<sup>253</sup>. Toutes ces évaluations se coulent aisément dans la définition de l'avis. Ce constat étaye l'identité de nature des deux catégories et l'homogénéité d'une notion juridique conceptuelle de l'évaluation. Cette convergence paraît toutefois fragile dès lors que d'autres évaluations sont en apparence prescriptives (ii).

---

<sup>246</sup> Articles R. 6113-12 à R. 6113-16 du code de la santé publique.

<sup>247</sup> Les études d'impact sont en effet exclues de la préparation des lois de programmation en vertu de l'article 11 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

<sup>248</sup> Article 39.3 de la Constitution.

<sup>249</sup> CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd v. Secretary of State for Business*, C-58/08, obs. D. KEYAERTS, « *Ex ante* evaluation of EU legislation intertwined with judicial review? Comment on *Vodafone Ltd v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform (C-58/08)* », *European Law Review*, n° 35, 2010, p. 6.

<sup>250</sup> V. P. ISSALYS, « Analyse d'impact et production normative : de l'efficacité à la légitimité », *Rev. Fac. Direito UFMG*, Numero especial : Jornadas jurídicas Brasil-Canada, 2013, p. 245-274.

<sup>251</sup> Elles ont été créées en 1969 avec le *National environment policy act*, le (NEPA). V. S. HÉBRARD, *L'étude d'impact sur l'environnement...*, *op. cit.*, p. 102 et s.

<sup>252</sup> Si le décideur est tenu d'intégrer l'étude dans sa décision, ce dernier n'est jamais obligé de suivre sa conclusion implicite. J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Précis de la faculté de droit de l'université libre de Bruxelles », 2001, p. 257 et s.

<sup>253</sup> Règlement CE n° 726-2004 du 31 mars 2004 et règlement n° 1325-2010 du Parlement européen et du Conseil européen.

ii) *Les qualifications complexes*

**140.** L'évaluation individuelle des fonctionnaires n'est pas, à en croire le juge administratif, une évaluation. En effet, le juge a qualifié l'évaluation, comme la notation avant elle, de décision faisant grief<sup>254</sup>. Cette qualification semble néanmoins étonnante dans la mesure où l'évaluation, comme la notation avant elle, n'est en réalité pas prescriptive : elle ne décide rien. Elle ne crée ni droits ni obligations. Elle est seulement l'un des éléments – le Conseil d'État refuse que l'avancement soit « mécaniquement » déduit de la notation<sup>255</sup> – sur lesquels les supérieurs hiérarchiques de l'agent décideront de son éventuel avancement. Une mauvaise évaluation n'entraîne aucune conséquence juridique directe, une évaluation très négative, par exemple, ne provoque pas *de facto* le licenciement pour insuffisance professionnelle<sup>256</sup>. L'évaluation individuelle des fonctionnaires n'est pas un acte impératif : c'est le jugement d'un agent public sur le travail d'un autre agent public, qui servira à un tiers décideur pour faire évoluer la carrière de l'agent évalué. En d'autres termes, c'est un acte non décisoire qui prépare une décision : c'est un avis. Ces actes ont donc été qualifiés à tort de décisions.

La requalification des évaluations individuelles des fonctionnaires en actes décisores semble en réalité avoir été motivée par leurs effets non juridiques, à l'image du raisonnement tenu par le juge en 1995 pour les mesures d'ordre intérieur<sup>257</sup> et en 2016 dans les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*<sup>258</sup>. En effet, il paraît probable que les effets extrajuridiques de la notation aient retenu l'attention du Conseil d'État – les sociologues et les philosophes ont souligné les risques psychologiques de cette évaluation pour les évalués<sup>259</sup>.

**141.** La qualification d'avis est moins aisée à attribuer à un certain nombre d'évaluations ressemblant à des avis conformes. Dans certaines hypothèses, le législateur et le pouvoir

---

<sup>254</sup> Pour la notation v. CE, Sect., 23 novembre 1962, *Camara*, Rec. p. 627 et pour l'évaluation CE, 25 janv. 2006, *Marc Antoine*, req. n° 275070, Rec. p. 29.

<sup>255</sup> CAA de Paris 17 fév. 2000, *Rocca*, req n° 96PA00932 et CE, 12 mars 2012, *Liboutry*, req. n° 326294, cités par J.-M. AUBY et alii., *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 2012 7<sup>ème</sup> éd., p. 261.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 259. Elle peut toutefois le justifier, CE, 13 avril 2018, *Mme A*, req. n° 410411, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

<sup>257</sup> CE, Ass., 17 fév. 1995, *Hardouin et Marie*, (deux esp.), Rec. p. 82 et 85.

<sup>258</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres*, (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76.

<sup>259</sup> Y.-Ch. ZARKA., « Qu'est-ce que tyranniser le savoir ? », *Cités*, 2009, n° 1, p. 3-6 et A. DEL REY, *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, 2013, 149 p.

réglementaire ont en effet lié la légalité d'une décision au résultat de l'évaluation la précédant. C'est le cas des évaluations des incidences, dites « Natura 2000 » et des évaluations des contrats de partenariat : leur contenu bride la liberté du décideur. Ainsi, pour les évaluations Natura 2000, l'article L. 414-4-VI du code de l'environnement prévoit que « l'autorité chargée d'autoriser, d'approuver ou de recevoir la déclaration s'oppose à tout document de planification, programme, projet, manifestation ou intervention si l'évaluation des incidences requise en application des III, IV et IV bis n'a pas été réalisée, si elle se révèle insuffisante ou s'il en résulte que leur réalisation porterait atteinte aux objectifs de conservation d'un site Natura 2000 »<sup>260</sup>. L'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 liait également la possibilité de conclure le contrat de partenariat au résultat de l'évaluation. Celle-ci devait montrer l'existence d'une certaine forme de complexité ou d'urgence ou montrer que la conclusion du contrat de partenariat était plus favorable que la conclusion d'un autre contrat (critère du bilan favorable) pour que le contrat soit légal. L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et son décret d'application du 25 mars 2016<sup>261</sup> ont supprimé cette liaison automatique entre résultat de l'évaluation et possibilité de contracter. Pour autant, la question de la nature juridique des évaluations Natura 2000 et des évaluations préalables des contrats de partenariat réalisées jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2015 se pose.

Dans ces deux hypothèses, les textes ont « transformé en critère juridique ce qui devrait n'être qu'une aide à la décision »<sup>262</sup>. Néanmoins, ils n'ont pas transformé les évaluations en avis conforme. En premier lieu, contrairement aux avis conformes, l'évaluation n'a pas un contenu prescriptif, qui limite expressément et directement la compétence du décideur. Contrairement à eux, elle ne prend pas directement position sur l'opportunité ou la légalité d'adopter la décision finale, elle ne fait qu'informer le décideur

---

<sup>260</sup> V. pour une étude poussée du régime des évaluations Natura 2000, v. T. GARANCHER, *Études d'impact environnemental*, Le Moniteur, coll. « Pratique du droit », 2013, p. 42 et s.

<sup>261</sup> Ordonnance n° 2015-889 relative aux marchés public et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics L'article 74 de l'ord. du 23 juillet 2015 prévoit que « La décision de recourir à un marché de partenariat, quel que soit le montant d'investissement, doit être précédée de la réalisation d'une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet », codifié à l'article L. 2211-6 du code de la commande publique.

<sup>262</sup> F. LICHÈRE, « La réforme des partenariats publics-privés », *Contrats et marchés publics*, 2008, n° 10, étude 9.

sur certains aspects de cette décision. Il y a donc une double différence matérielle entre les évaluations précitées et l'avis conforme.

En second lieu, alors qu'en cas d'avis conforme, le décideur doit suivre la prescription indiquée dans l'avis et ne peut pas s'en écarter, sa compétence est liée<sup>263</sup>, la compétence du décideur n'est pas affectée par les évaluations précitées<sup>264</sup>. L'évaluation a seulement été érigée en *motif* conditionnant la légalité de l'acte décisoire : elle constitue une condition supplémentaire de régularité, un motif de fait. Or il n'y a pas d'avis conforme à chaque fois qu'un texte soumet la régularité d'une décision à l'adoption d'un acte ayant un objet particulier ou à la réalisation d'une condition de fait. D'ailleurs, N. Symchowicz et P. Proot qualifient les évaluations préalables des contrats d'avis « non conforme »<sup>265</sup>. Il est vrai que ni l'évaluation des incidences ni les évaluations précontractuelles ne prennent explicitement position pour ou contre l'adoption de la décision finale, contrairement aux autres catégories d'avis conformes. Par conséquent, malgré les apparences, ces évaluations constituent, comme toutes celles étudiées ici, des avis. Elles correspondent à la définition conceptuelle de l'avis donnée plus haut : il s'agit d'actes non impératifs émis au cours d'une procédure.

**142.** Cette définition minimale de l'avis peut toutefois paraître trop imprécise. À cet égard, P. Deumier constate qu'il « est possible de tout trouver dans la catégorie des avis et [que] nous serions tentés de dire n'importe quoi, et donc rien »<sup>266</sup>. Pour autant, l'auteur estime qu'il faut « dépasser » cette analyse. Le critère de l'objet de l'avis, qui a été exclu de la définition très lâche proposée ici, peut en effet être employé et combiné à d'autres critères procéduraux pour *affiner* la catégorie des avis. Ce travail permet de mettre au jour une sous-catégorie d'avis dont la définition est encore plus proche de l'évaluation : les avis informatifs (2).

---

<sup>263</sup> V. C. ROBLIN, « Les avis conformes », in G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, p. 80-95.

<sup>264</sup> *Contra*, sur l'idée que tous les vices se rapportent à une question de compétence, E. GIRAUD, « Étude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *RDP*, 1924, p. 193 et s., et p. 286 et s.

<sup>265</sup> N. SYMCHOWICZ et P. PROOT, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes. Analyse et aide à la décision*, éd. du Moniteur, coll. « Essentiel Experts/Contrats publics », 2012, p. 37

<sup>266</sup> P. DEUMIER, « Avis et recommandations au regard du droit positif », *RGDM*, Dossier « La force des avis et recommandations des autorités de santé », p. 33-45.

## 2) L'assimilation de l'évaluation à une sous-catégorie d'avis

**143.** Les auteurs qui se sont intéressés à l'avis ont souvent tenté de définir son objet. Fréquemment, ils qualifient l'avis d'opinion. Y. Weber affirme ainsi qu'émettre « un acte consultatif revient à émettre une opinion, qui, si elle peut se passer difficilement des faits, peut cependant être totalement indépendante d'une vue scientifiquement démontrée en ce qu'elle exprime davantage l'opportunité d'un comportement ». L'auteur ajoute que, « quelle que soit la finalité [de l'avis], toute opinion a besoin, pour s'étayer d'une connaissance et d'une interprétation des faits »<sup>267</sup>. Cette définition est cependant tautologique, dans la mesure où, l'opinion est définie par le dictionnaire comme « un avis »<sup>268</sup>.

Pour dénouer cette difficulté, d'autres auteurs ajoutent au critère de l'objet une multiplicité de critères, au prix d'une certaine complexité. G. Isaac propose ainsi une classification fondée sur la nature et la composition de l'organe consulté, ainsi que sur la mission confiée<sup>269</sup>. Sur le fondement de l'objet de l'avis, il distingue les consultations expertises, données par des techniciens, des consultations enquêtes, données par des consultants intéressés aux résultats. Cette classification est peu éclairante dans la mesure où les mêmes questions peuvent être posées dans les deux situations. L'auteur ajoute alors une subdivision entre les avis palliant une insuffisante technicité et une insuffisante information du décideur. Cependant, la différence entre les deux n'est pas clairement expliquée et il semble difficile de savoir en quoi l'information s'oppose à la technicité : cette classification soulève donc plus de questions qu'elle n'en résout.

**144.** Pour construire une classification scientifique des avis, un détour par le point de vue interne, plus engagé, s'impose. L'avis, de l'accord général, est un acte sollicité dans la procédure : il répond à une question formulée par le décideur – ou, souvent, formulée par le texte qui permet ou impose la consultation. Étant donné que l'avis est une réponse à une question, l'objet de l'avis dépend nécessairement de l'objet de la question posée. Plutôt que l'objet de l'avis, c'est donc l'objet des questions posées qui devrait servir de critère de distinction.

---

<sup>267</sup> Y. WEBER, *L'administration consultative*, op. cit., p. 154.

<sup>268</sup> Le dictionnaire renvoie à « appréciation, avis, conviction, croyance, idée, jugement... », *Le Petit Robert 2015*, Le Robert-Desk éditions, 2014, p. 515. L'opinion est donc un terme trop large pour déterminer une catégorie d'avis.

<sup>269</sup> G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 457 et s.

Or, en étudiant ces questions, il est possible de distinguer deux types d'avis. Il y a, d'un côté les avis-conseils et, de l'autre, les avis informatifs. En matière de conseil, la question posée à l'organe consultatif est la question à laquelle répond le décideur : « faut-il prendre cet acte ? ». En matière d'information, la question posée a un objet différent. Elle porte sur un élément jugé important pour la prise de la décision et non directement sur l'opportunité de prendre la décision. L'évaluation appartient à cette seconde catégorie, aux avis informatifs. Cette classification, exclusivement fondée sur le critère objectif de l'objet de la question posée, a déjà été évoquée en doctrine. Lors de sa participation au colloque consacré à *L'inflation des avis en droit*<sup>270</sup>, J. Raynard a distingué « l'avis informatif [qui] porte sur un élément de connaissance, généralement technique, que le décideur, celui qui est en charge de la prescription (...) ne possédait pas » de « l'avis d'opportunité, consultatif, [qui] porte directement sur l'opportunité de la décision alors que celui qui est en charge de prendre celle-ci disposait de tous les éléments d'appréciation »<sup>271</sup>. Si J. Raynard ne fonde pas directement sa distinction sur l'identité des questions posées au décideur et à l'organe consultatif, l'idée développée est similaire. L'expression « avis d'opportunité » semble toutefois maladroite. L'avis informatif sert aussi à déterminer l'opportunité de la décision à prendre, même s'il ne répond pas directement à une question d'opportunité. Le terme de conseil paraît ainsi plus approprié. Le conseil est en effet « l'opinion donnée à quelqu'un sur ce qu'il convient de faire »<sup>272</sup>. Il désigne bien ce que J. Raynard appelle l'avis « d'opportunité ».

Il ne semble pas adéquat d'ajouter à ce critère de l'objet de la question celui de l'ignorance de l'autorité quant à l'information demandée – son ignorance consacrerait le caractère informatif de l'avis. L'autorité peut posséder cette information et consulter pour vérifier sa véracité ou sa soutenabilité. Ce critère subjectif paraît en outre difficile à manier : quand est-il possible d'affirmer qu'une autorité dispose de tous les éléments d'appréciation d'une question ? Se fonder sur l'identité d'objet de la décision à prendre et de la question posée au consultant permet d'éviter ces qualifications délicates.

**145.** Ces redéfinitions des sous-catégories d'avis permettent d'identifier plus finement la nature juridique de l'évaluation. Comme elle n'exprime aucun conseil, il convient de la classer dans la catégorie des avis informatifs. Dans le dictionnaire, l'information est définie

---

<sup>270</sup> T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, 130 p.

<sup>271</sup> J. RAYNARD, « Le domaine des avis en droit », in T. REVET (dir.), *L'inflation...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>272</sup> *Le Petit Robert 2015*, Le Robert-Desk éditions, 2014, p. 515.

comme un « renseignement »<sup>273</sup> : ce terme a une connotation plus neutre que le conseil et correspond bien à la tâche de l'évaluateur, qui ne répond jamais à la question formulée : « faut-il ou non prendre la décision  $x$  ? ». Il est uniquement interrogé sur un sujet qui servira, avec d'autres éléments, à prendre la décision. Par exemple, dans la fonction publique, l'évaluateur ne prend pas position sur l'opportunité d'avancer tel agent, il porte seulement un jugement de valeur sur ses compétences. De même, en matière sanitaire, la Commission de la transparence ne détermine pas si le médicament doit être remboursé, mais porte seulement un jugement sur le « service médical rendu » par le médicament et sur l'amélioration de ce service médical rendu par rapport aux autres médicaments disponibles<sup>274</sup>. L'évaluation d'impact environnemental ne se prononce pas davantage sur l'autorisation sollicitée, elle se contente d'analyser les effets environnementaux du projet évalué. De son côté, l'étude d'impact des projets de loi analyse les effets de la loi et les autres options envisageables, mais elle ne prend pas position, directement, sur la décision de voter de la loi. Même l'évaluation préalable des contrats et marchés de partenariat ne se prononce pas expressément sur la décision de conclure le contrat dans la mesure où le critère du bilan favorable ne correspond pas à une évaluation de l'opportunité générale du projet<sup>275</sup>. Ainsi, à chaque fois, l'évaluation n'est qu'un des éléments d'information dont dispose le décideur, elle ne le conseille pas, elle ne lui dit pas explicitement s'il peut ou doit prendre une décision.

**146.** Cette liaison entre évaluation et information avait déjà été faite par les politistes<sup>276</sup>. L. Rouban<sup>277</sup>, C. Vayrou<sup>278</sup> et J. Chevallier<sup>279</sup> lient en effet le développement de l'évaluation au besoin accru d'information de l'État face à la complexité croissante de la

---

<sup>273</sup> *Le Petit Robert 2015*, Le Robert-Desk éditions, 2014, p. 1328.

<sup>274</sup> Article R. 163-3 et R. 163-18 du code de la sécurité sociale.

<sup>275</sup> C'est un bilan uniquement économique et financier qui est réalisé. Pour les contrats conclus jusqu'en 2015 voir MINEFI, *Contrats de partenariat, principes et méthodes*, 2011, disponible sur le site du ministère de l'Économie et des Finances, 62 p.

<sup>276</sup> L'évaluation des lois généralisée telle qu'elle a été pensée, en premier, par J. Bentham pourrait ainsi s'inscrire dans la perspective d'un Panoptique non carcéral, dans lequel l'État saurait tout de la société, v. G. TUSSEAU, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *RFHIP*, n° 19, 2004, p. 19.

<sup>277</sup> L. ROUBAN, « Évaluation et modernisation administrative », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 50 et s.

<sup>278</sup> C. VAYROU, *Management public et droit administratif. Essai sur la juridicité des concepts managériaux*, Thèse Paris II-Panthéon-Assas, 2000, p. 238.

<sup>279</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 157 et s.

société. Comme le souligne S. Trosa, même les critiques de l'évaluation reconnaissent qu'elle apporte du « savoir »<sup>280</sup>.

Les juristes souscrivent aussi à cette analyse. S. Hébrard estime que l'étude d'impact environnemental « n'a pas à dicter la décision », mais doit seulement « fournir l'information la plus complète possible »<sup>281</sup>, tandis qu'il ne fait aucun doute pour B.-L. Combrade que le but de l'étude d'impact est d'informer les parlementaires<sup>282</sup>. Ce constat n'est pas propre aux évaluations françaises. F. Marty et J. Spindler considèrent ainsi que le *Public sector comparator*, l'équivalent de l'évaluation préalable des contrats de partenariat, a pour objet d'améliorer la connaissance du décideur<sup>283</sup>. Plus largement, pour M. Shadish, informer est le principe même de toute évaluation<sup>284</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme abonde dans ce sens quand elle fonde l'obligation étatique d'évaluer les risques environnementaux de certains projets sur le droit à l'information des individus<sup>285</sup>. Or, cette qualification n'est pas sans conséquence. Comme le souligne M. Detourbe, cette prétention à informer devrait justifier un contrôle poussé de la « fiabilité des données » présentées<sup>286</sup>. La nature informative de l'évaluation pourrait donc être prise en compte pour organiser son régime contentieux.

**147.** L'insertion de l'évaluation dans la catégorie des avis et plus précisément dans la sous-catégorie spécifique des avis informatifs, est ainsi un élément important dans la recherche du régime contentieux adapté aux évaluations, qu'elles soient destinées au Parlement ou à des autorités administratives.

Il se pourrait toutefois que la classification de l'évaluation comme avis interdise, paradoxalement, tout contrôle juridictionnel. En effet, les définitions étudiées à ce stade n'ont pas résolu une question cruciale pour le sort juridictionnel de l'évaluation : elles ne prennent pas position sur la juridicité de l'avis. Or, si les avis, donc les évaluations, ne sont

---

<sup>280</sup> S. TROSA, « Le rôle de la méthode dans l'évaluation à travers l'expérience du Conseil scientifique de l'évaluation », *PMP*, 1992, n° 10, p. 84. C'est effectivement le cas de l'auteur de l'un des écrits les plus virulents contre l'évaluation, Y.-Ch. ZARKA, « Qu'est-ce que tyranniser le savoir ? », *Cités*, 2009, n° 1, p. 3-6.

<sup>281</sup> S. HÉBRARD, *L'étude d'impact...*, *op. cit.*, p. 423.

<sup>282</sup> B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, notamment p. 85 et p. 128.

<sup>283</sup> F. MARTY et J. SPINDLER, « L'évaluation préalable des contrats de partenariat : contrainte juridique ou outil de pilotage des finances publiques ? », *Gestion et Finances publiques*, 2009, n° 7, p. 585 et s.

<sup>284</sup> W. SHADISH, « Evaluation Theory is Who We Are », *American Journal of Evaluation*, Vol. 19, (1), p. 1-10 et « Need based evaluation theory : what do you need to know to do good evaluation », *Evaluation practice*, Vol. 15, n° 3, 1994, p. 347-358.

<sup>285</sup> CEDH, 19 fév. 1988, *Anna maria Guerra et autres c Italie*, JCP, 1991, §I, 105.

<sup>286</sup> M. DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation dans l'enseignement supérieur : le cas des universités britanniques*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2014, p. 84.

pas des actes juridiques, il semble difficile d'envisager leur soumission à un contrôle juridictionnel. Cette hypothèse doit cependant être écartée : tout converge en faveur de la juridicité de l'avis (B).

## **B. La juridicité certaine de l'avis et de l'évaluation**

**148.** Les auteurs sont partagés sur la juridicité de l'avis. Certains estiment qu'il doit être exclu de la catégorie des actes juridiques en raison de sa nature d'acte préparatoire, alors que d'autres concluent à sa juridicité (1). L'étude des principales définitions du droit développées en doctrine permet de trancher cette querelle et de conclure au caractère juridique de l'avis et, par conséquent, au caractère juridique de l'évaluation (2).

### 1) Les hésitations doctrinales sur la nature juridique de l'avis

**149.** Dès lors que l'évaluation appartient à la catégorie des avis, la question de leur nature juridique est cruciale pour savoir si l'évaluation peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Si l'avis n'est pas un acte juridique, il faudra conclure à l'impossibilité d'un contrôle juridictionnel de l'évaluation. Certes, comme l'écrit B. Defoort, le contrôle actuel du juge sur les avis plaide en faveur de leur juridicité<sup>287</sup>, mais ce n'est pas un élément déterminant. Si la possibilité de les contester par voie d'exception est bien la preuve que le juge leur reconnaît des effets sur la décision finale, les arrêts *Camara*<sup>288</sup>, *Fairvesta* et *Numéricable*<sup>289</sup> montrent que ce ne sont pas toujours les effets juridiques d'un acte qui motivent son contrôle. D'ailleurs, après avoir relevé la profusion d'arguments non juridiques dans les conclusions rendues par les rapporteurs publics sur des affaires relatives à des avis, B. Defoort conclut finalement à la prévalence de conditions d'opportunité, au sens d'utilité, dans le régime des actes préparatoires<sup>290</sup>.

Dans le même sens, en dépit de l'existence d'un contrôle juridictionnel, G. Vedel affirme que « les mesures antérieures à l'acte ne franchissent pas le seuil de l'acte administratif »<sup>291</sup>. N. Bobbio rejette aussi la sphère du conseil hors du droit, en se fondant

---

<sup>287</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 80.

<sup>288</sup> CE, Sect., 23 novembre 1962, *Camara*, Rec. p. 627

<sup>289</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76.

<sup>290</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 84.

<sup>291</sup> G. VEDEL, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis Droit », 6<sup>e</sup> éd., 2014, t. 1, p. 254.

sur la notion de normativité<sup>292</sup>. En revanche, les auteurs qui ont consacré une étude à l'avis se prononcent tous en faveur de son caractère juridique. R. Hostiou<sup>293</sup>, Yves Weber<sup>294</sup>, R. Drago et A. Heilbronner<sup>295</sup> et G. Jèze<sup>296</sup> concluent à la juridicité de l'avis. Des auteurs civilistes définissent aussi l'avis comme un acte juridique<sup>297</sup>.

Toutefois, tous les auteurs qui concluent à la juridicité de l'avis omettent de définir la notion d'acte juridique au cours de leur argumentation. Il convient pourtant de définir l'acte juridique pour savoir si l'avis appartient à cette catégorie.

**150.** Des définitions très différentes de l'acte juridique ont été proposées par la doctrine depuis un siècle, sans qu'aucune ne fasse l'unanimité. Deux expressions reviennent régulièrement dans les définitions : « manifestation de volonté » et « effets de droit ». Pour L. Duguit, l'acte juridique est « tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné »<sup>298</sup>. Il ajoute quelques pages plus loin le critère de la sanction à sa définition<sup>299</sup>. Cette définition a inspiré de nombreux auteurs, dont G. Scelle qui a écrit en 1935 que l'acte juridique est « une manifestation de volonté du sujet de droit tendant à l'utilisation de sa compétence (de son pouvoir juridique) pour produire un effet de droit »<sup>300</sup>. Elle se retrouve aussi sous la plume d'auteurs plus récents comme M. Virally<sup>301</sup>.

Certains auteurs ont cherché à compléter et à améliorer cette définition. Ch. Eisenmann a récusé l'emploi de la notion de volonté en remarquant qu'« une part immense des actes accomplis par les êtres humains, même de ceux qui en sont en aucun sens des actes juridiques, sont des manifestations de volonté, puisqu'ils sont volontaires »<sup>302</sup>. Il définit les actes juridiques comme « des opérations que l'ordre juridique établit comme des moyens pour des sujets de modifier ses éléments constitutifs. », c'est-à-dire « de faire apparaître ou disparaître de droits »<sup>303</sup>. Le critère du guiste de « modification

---

<sup>292</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 120.

<sup>293</sup> R. HOSTIOU, *Procédures et formes de l'acte...*, p. 50.

<sup>294</sup> Y. WEBER, *La fonction consultative*, op. cit., p. 211 et s.

<sup>295</sup> A. HEILBRONNER et R. DRAGO, « L'administration consultative en France », loc. cit., p. 66.

<sup>296</sup> G. JÈZE, « Les formes en droit administratif français », *RDP*, 1922, p. 503-524.

<sup>297</sup> V. J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2015, 793 p.

<sup>298</sup> L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003, p. 326 et p. 330.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 333.

<sup>300</sup> G. SCELLE, *Cours de droit administratif première année et capacités*, 1934/1935, p. 101.

<sup>301</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2010, p. 71.

<sup>302</sup> Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 389.

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 373.

de l'ordonnement juridique » est donc conservé ici, mais il est reformulé. Plus récemment, X. Dupré de Boulois a proposé une définition un peu différente de l'acte juridique. Dans le *Traité de droit administratif*, l'auteur ajoute un critère formel à la définition de l'acte juridique. Il écrit que l'acte juridique « procède d'une habilitation conférée par le système juridique ». L'acte juridique serait donc « une manifestation de volonté prévue dont les conséquences sont établies par le système juridique »<sup>304</sup>. À la lecture de ces définitions, il apparaît que les auteurs s'accordent sur un critère minimal de définition : l'acte juridique produit des effets de droit.

Toutefois, B. Defoort a récemment proposé une définition de l'acte juridique libérée du critère de la « modification de l'ordonnement juridique ». L'auteur propose dans sa thèse deux définitions de l'acte juridique, « au sens large » et « au sens strict »<sup>305</sup>. Le critère des effets juridiques de l'acte, de modification de l'ordonnement juridique, définirait seulement l'acte juridique « au sens strict ». « Au sens large », l'acte juridique dépendrait uniquement d'un critère formel : ce serait « la manifestation de volonté d'un organe prévue par le droit et appartenant de ce fait au système juridique »<sup>306</sup>. Cette proposition d'une définition plus large de l'acte juridique répond à la critique de certains auteurs, comme P. Amselek<sup>307</sup>, qui considèrent que la juridicité ne se limite pas au normatif. Par conséquent, pour ces auteurs, un acte juridique peut ne pas avoir d'effets juridiques. Dans cette perspective, comme le montre la définition de B. Defoort, les effets de l'acte ne peuvent plus être un critère de définition. Finalement, l'acte juridique serait l'« acte prévu par le droit et soumis à des conditions extérieures de validité »<sup>308</sup>.

**151.** Ces définitions soulèvent toutes des difficultés majeures. La première est la définition des « effets de droit », faussement évidente. Le simple fait de pouvoir invoquer un acte devant le juge est-il un effet de droit ou l'effet de droit ne concerne-t-il que la création de droits et obligations directement dans le chef du destinataire ? La notion de « manifestation de volonté » peut également poser des difficultés<sup>309</sup>. Peut-on considérer qu'une volonté n'est manifestée qu'en cas d'impérativité de l'acte ou qu'il y a aussi volonté

---

<sup>304</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS, « L'acte administratif », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. « Traité Dalloz », t. 2, 2012, p. 160.

<sup>305</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 139.

<sup>306</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>307</sup> P. AMSELEK, *Essai de phénoménologie du droit*, op. cit., p. 118.

<sup>308</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 256.

<sup>309</sup> « Rien n'est plus délicat pour le juriste que de définir la volonté », B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 925.

lorsque l'autorité ne fait qu'inciter ? *Quid* enfin de l'utilité d'une définition large par rapport à une définition stricte de l'acte juridique ? Ces questions renvoient à des divergences profondes dans la doctrine. En effet, comme le remarque B. Defoort, les différences entre les définitions de l'acte juridique proviennent de divergences entre auteurs dans la définition du droit. Il identifie ainsi une opposition principale entre les tenants d'une définition « formelle et systémique » du droit et les tenants d'une définition « matérielle et normative »<sup>310</sup>.

Le choix est fait ici de ne souscrire à aucun des deux courants, mais d'essayer d'apprécier un échantillon représentatif des définitions existantes. Comme le relèvent F. Ost et M. Van de Kerchove, « le présupposé selon lequel la définition du droit devrait nécessairement à la fois être unique et conduire à la caractérisation univoque de son objet, se trouve (...) empreint d'un certain dogmatisme »<sup>311</sup>. Par conséquent, plutôt qu'élaborer « une » définition du droit pour savoir si l'avis est un acte juridique, il sera préféré l'étude séparée des principales définitions du droit formulées par la doctrine. Ce travail de comparaison permet d'éviter tout postulat méthodologique. Cet exercice est particulièrement intéressant dans la mesure où il révèle que toutes les définitions permettant d'expliquer l'état du droit positif reconnaissent la juridicité de l'avis (2).

## 2) Un acte nécessairement juridique

**152.** Alors qu'au regard de la jurisprudence administrative, la juridicité de l'avis ne semble pas faire de doute<sup>312</sup>, les différentes définitions du droit ne rangent pas toutes l'avis dans la catégorie des actes juridiques<sup>313</sup>. Toutefois, les définitions qui font de l'avis un acte non juridique se révèlent être en opposition avec le droit positif et mènent à des contradictions (a), contrairement aux définitions qui impliquent la juridicité de l'avis et, incidemment, de l'évaluation (b).

---

<sup>310</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 306.

<sup>311</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 142.

<sup>312</sup> La régularité des actes consultatifs peuvent être contestés par voie d'exception, v. par exemple, CE, 6 avril 2016, req. n° 395916, rec. T. 839-863.

<sup>313</sup> La recherche réalisée ne portera pas sur les définitions dont l'objet principal est l'étude des relations entre le juge et le droit et non la définition du droit elle-même. Seront ainsi écartées la théorie réaliste de l'interprétation et la théorie des principes de Dworkin, qui concernent notamment le rôle de l'interprétation juridictionnelle en droit.

a) Les définitions excluant l'avis de la catégorie des actes juridiques

**153.** Toutes les définitions de l'acte juridique fondées sur la notion de sanction concluent à l'absence de juridicité de l'avis. Cependant, dans la mesure où ces définitions ne permettent plus d'expliquer le droit positif et aboutissent à des contradictions, elles doivent être écartées.

Les premières définitions du droit par la sanction se trouvent sous la plume d'éminents auteurs, comme R. Jhering ou H. Kelsen, qui définissent la sanction comme la contrainte. Pour R. Jhering, l'État est l'organisation de la contrainte sociale, « c'est la société devenue détentrice de la force réglée et disciplinée de la contrainte. Le droit est l'ensemble des principes qui forme cette discipline »<sup>314</sup>. Pour H. Kelsen aussi, l'ordre juridique est « un ordre de contrainte »<sup>315</sup>. Cette contrainte, c'est la contrainte physique, employée seulement quand le sujet de droit « résiste à la sanction prononcée après le non-respect de la norme initiale »<sup>316</sup>. Cette utilisation de la notion de contrainte a fait l'objet de vives critiques. H. L. A. Hart a montré la réduction artificielle de la diversité des règles de droit que supposait ce concept<sup>317</sup> et M. Virally a montré le caractère tautologique de cette définition<sup>318</sup>. Elle ne résume cependant pas la définition du droit donnée par H. Kelsen, qui invoque des critères complémentaires.

Selon l'auteur, le droit est normatif, c'est-à-dire qu'il oblige, interdit et permet. En d'autres termes, le droit ressort du « devoir être », le *sollen*. Ce devoir-être ne peut jamais émerger de « l'être » – c'est la « loi de Hume », qui a été critiquée avec fermeté<sup>319</sup>. Sa normativité est indissolublement liée à la notion de sanction. À cet égard, pour l'auteur, « est sujet d'une obligation juridique l'individu dont la conduite est la condition à laquelle est attachée comme sa conséquence une sanction dirigée contre cet individu ou contre ses proches »<sup>320</sup>. La normativité dépend, en outre, de la validité de l'énoncé déontique. Pour l'auteur, la validité est « le mode spécifique d'existence de la norme »<sup>321</sup>. Une « norme est valable seulement si elle a été posée par l'autorité compétente et cette autorité compétente

---

<sup>314</sup> R. JHERING, *L'évolution du droit*, trad. de la 3<sup>e</sup> éd. allemande par O. de MEUNELAERE, Chevalier-Marescq et Cie, 1901, p. 197.

<sup>315</sup> H. KELSEN, *La théorie pure du droit*, op. cit., p. 27.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>317</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 37-70.

<sup>318</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 70 et s.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. XIII et s.

<sup>320</sup> H. KELSEN, *La théorie pure du droit*, op. cit., p. 160.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 14.

si elle a été habilitée à prendre cette norme »<sup>322</sup>. Pour éviter la régression à l'infini qu'engendre une telle définition, H. Kelsen termine sa démonstration en énonçant la nécessité scientifique de définir une « norme fondamentale » (« *Grundnorm* »), dont dépend la validité de toutes les normes. Elle se trouve au sommet de la fameuse « pyramide des normes » de Kelsen. Pour l'auteur, le droit désigne donc une norme, au sens de règle déontique de conduite, valide et sanctionnée par un acte de contrainte.

L'avis répond-il à ces critères ? Il peut manifestement être défini comme un acte soumis à des conditions de validité dans la mesure où il est toujours édicté par une autorité habilitée à le faire, sur le fondement de normes supérieures. En revanche, si le droit est nécessairement normatif et que le normatif est seulement ce qui oblige sous peine de sanction, alors il faut considérer que l'avis n'est pas un acte juridique. Le manquement à un avis, la violation du contenu d'un avis ne fait jamais l'objet d'une sanction directe : l'avis ne sert pas de référence pour une sanction. Tout au plus est-il contrôlé au regard des normes qui régissent sa procédure, sa forme et son contenu.

**154.** Les définitions modernisées du droit fondées sur l'œuvre de H. Kelsen aboutissent à la même conclusion : l'avis n'est pas un acte juridique. C'est ce qu'on comprend à la lecture d'E. Bottini, qui propose une redéfinition du critère de la sanction, en le libérant de la notion de contrainte. Pour l'auteur, « la sanction se définit comme une réaction à la violation ou une conséquence de la non-réalisation d'une norme juridique, décidée et administrée par un acteur tiers au conflit opposant celui qui subit la violation et celui qui en est considéré comme l'auteur »<sup>323</sup>. L'auteur vise essentiellement la justiciabilité de l'acte. Elle définit ensuite la normativité comme « la propriété qui caractérise le lien d'imputation entre la condition (*si x*) et la conséquence (*alors y*) ». C'est donc le caractère obligatoire d'un comportement sous peine de sanction – administrée par un tiers – qui fait la norme. Pour l'auteur, ce caractère obligatoire de la sanction signifie que, même si aucune sanction n'est finalement prononcée, le juge, s'il est saisi, doit obligatoirement recourir à la norme supposément violée pour fonder sa solution. À ce titre, elle rejette la théorie de R. Dworkin, qui qualifie de juridiques des principes qui ne doivent pas obligatoirement être utilisés par le juge<sup>324</sup>. En conséquence, dans la mesure où l'avis – et, incidemment, l'évaluation – n'est pas un modèle prescriptif de conduite obligatoirement sanctionné, cette

---

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>323</sup> E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle...*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 505.

définition modernisée du droit fondée sur la sanction l'exclut de nouveau du champ des actes juridiques.

**155.** Les définitions classiques du droit évincent donc clairement l'avis de la sphère des actes juridiques. Cependant, ces définitions peuvent être écartées dans la mesure où elles peinent à expliquer le droit positif récent. En effet, pour les auteurs précités, un acte n'est juridique qu'à condition d'être une *référence obligatoire* pour le juge. Par conséquent, ne serait juridique ni l'acte pris spontanément comme référence à l'occasion d'un contrôle ni l'acte qui est soumis au contrôle – c'est-à-dire l'acte qui aurait méconnu l'acte de référence. Ainsi, d'après ces théories, il faudrait considérer que les actes annulés dans les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable* ne sont pas des actes juridiques puisque ces actes ne sont pas édictés dans la perspective de servir de référence obligatoire à l'occasion d'un contrôle. Rien n'impose au juge de sanctionner le non-respect de ces actes.

Or, ce raisonnement conduit à considérer que, lorsque le juge déclare l'illégalité d'un avis par voie d'exception ou lorsqu'il annule un acte de droit souple à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, des règles juridiques servent à annuler un acte non juridique. Ce raisonnement semble illogique : il implique qu'un acte non juridique puisse être « annulé » par un acte juridique. Il entre ainsi en contradiction avec un élément essentiel de la définition « pure » du droit donnée par ces auteurs. En effet, alors que ces auteurs affirment que le fait et le droit sont deux mondes séparés – la fameuse loi de Hume –, ils amènent à conclure que le droit « annule » du non-droit dans les contentieux de légalité<sup>325</sup>. Le droit pourrait « éradiquer » le fait (l'écrit non juridique). En raison de cette contradiction, ces définitions ne seront pas retenues.

Pour résoudre cette faille, il faudrait considérer que le critère de la sanction désigne à la fois la possibilité pour un acte de servir de *référence* pour le juge lors d'un contrôle *et* la possibilité pour un acte d'être *l'objet* d'un contrôle juridictionnel. Seule la redéfinition de la sanction comme la justiciabilité au sens large permettrait d'expliquer la jurisprudence administrative<sup>326</sup>. Pour F. Ost et M. Van de Kerchove, ce critère peut bien constituer un critère du droit dans la mesure où les juges peuvent « décider de manière ultime,

---

<sup>325</sup> Leur raisonnement est plus cohérent en matière de responsabilité, puisqu'alors le droit se saisit de ces actes sans prétendre les annuler. Les avis et autres actes non sanctionnés constituent alors des « faits juridiques », ils ont une existence parallèle en fait et en droit, où ils produisent des conséquences juridiques.

<sup>326</sup> Les actes de droit souple n'ont pas vocation à devenir des références juridictionnelles obligatoires, v. W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs...*, *op. cit.*, p. 161 et P. DEUMIER, « Quand le droit souple rencontre le juge dur », *RTD civ.*, 2016, p. 571-576.

implicitement ou explicitement, si une règle ou un principe qui en constitue le fondement et dont la portée serait incertaine constitue *du droit* ou non »<sup>327</sup>. Il ne pourrait cependant pas définir le droit à lui seul, puisqu'il ne désigne qu'une partie de ses confins. D'autres critères sont ainsi invoqués par une grande partie de la doctrine en sus ou à la place de la justiciabilité pour définir le droit. Tous conduisent au classement de l'avis, donc de l'évaluation parmi la catégorie des actes juridiques (b).

*b) Les définitions concluant à la juridicité des avis et de l'évaluation*

**156.** Bien qu'elles souffrent de certains défauts, les définitions formalistes du droit proposées en doctrine permettent d'expliquer le droit positif. Elles rangent, sans hésitation, les avis dans la catégorie des actes juridiques (i). Les auteurs qui ont cherché à compléter ces définitions en invoquant les fins du droit aboutissent à la même conclusion (ii).

*i) Les définitions formalistes du droit et la juridicité de l'avis*

**157.** La plupart des auteurs qui font le choix de ne pas définir le droit par la sanction proposent une définition essentiellement formaliste, fondée sur les caractéristiques des organes qui édictent le droit. La logique qui sous-tend ces définitions s'oppose à la logique kelsénienne<sup>328</sup>. Alors que l'auteur autrichien définissait la norme avant de définir le système, pour les auteurs plus formalistes, les normes « font partie de l'ordre juridique »<sup>329</sup>, ce qui requiert d'identifier l'ordre juridique avant de pouvoir identifier les normes juridiques<sup>330</sup>.

Or, cet ordre juridique peut être, dans une perspective positiviste, celui de l'État. À cet égard, N. Bobbio affirme qu'« est juridique tout ordre ayant pour contenu l'organisation

---

<sup>327</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 301.

<sup>328</sup> V. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Vol. 60, 2006, p. 86-87.

<sup>329</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>330</sup> Le critère formaliste peut aussi jouer le rôle, à l'inverse, d'un critère secondaire, pour les auteurs qui définissent les normes juridiques sans recourir à la notion de sanction ni à celle d'ordre juridique. Ainsi, les défenseurs de la conception fonctionnelle de la normativité, qui ne prétendent pas définir le droit en définissant la normativité puisque pour eux la normativité n'est pas le propre du droit et, qu'en outre, il existe des actes juridiques non normatifs, recourent subsidiairement au critère formaliste pour définir ces actes juridiques non normatifs. Ainsi, C. Thibierge reconnaît implicitement l'utilité de ces critères, qui sont évoqués expressément par A. Jeammaud et B. Defoort. V. C. THIBIERGE, *Le droit souple*, *loc. cit.*, p. 617 et s. ; A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *loc. cit.*, p. 593 et B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*, p. 306.

de la force »<sup>331</sup>, ce qui ressemble à la définition de l'État donnée par Max Weber<sup>332</sup>. C. Vayrou est plus directe quand elle écrit que les « autorités investies par l'État [sont] détentrices, en quelque sorte, du sceau de la juridicité »<sup>333</sup>. D. de Béchillon partage ce point de vue. Il estime que « l'État détient, seul, la puissance nécessaire pour nommer droit ce qu'il entend, comme il l'entend, et qu'il possède par là même le pouvoir exclusif de clôturer effectivement l'espace de la sphère juridique » et qu'« il faut admettre que le droit appelle et suppose l'État, et qu'il n'existe à vrai dire pas de Droit qui ne possède au moins partiellement une "origine" étatique »<sup>334</sup>.

Tous les auteurs formalistes ne tissent cependant pas de tels liens entre État et ordre juridique. À cet égard, la définition proposée par Ch. Perelman n'induit pas l'identité entre ordre juridique droit et État, puisque l'auteur écrit que « c'est l'existence d'un organe compétent, qualifié pour dire le droit, qui apparaît ainsi comme l'élément distinctif qui différencie le droit de la morale »<sup>335</sup>.

**158.** Ces définitions sont séduisantes, mais que l'État soit ou non assimilé à l'ordre juridique, elles posent question dans la mesure où le critère organique employé entraîne une régression à l'infini. Jusqu'où faire remonter la désignation d'un organe comme source – formelle – de droit ? Pour éviter cet écueil, A. Jeammaud, qui fait aussi du critère formaliste un critère clef de la définition du droit, ajoute un second élément à sa réflexion. Pour l'auteur, « la vocation d'un énoncé à servir de modèle d'évaluation résulte de son insertion dans un ensemble socialement considéré comme normatif (...). Cette insertion dépend, à son tour, soit de la compétence que d'autres dispositions de cet ensemble reconnaissent à l'auteur de l'énoncé (condition première d'une validité des règles légiférées, qui est, dans le droit étatique moderne, une validité de type formel), soit de la reconnaissance de son appartenance à cet ordre par "les membres du groupe" (validité factuelle ou empirique) pour les normes constitutionnelles (alternative à l'hypothèse kelsénienne de la *Grundnorm*) ou les règles non légiférées »<sup>336</sup>. A. Jeammaud, qui est suivi dans son questionnement par B. Defoort<sup>337</sup>, reprend un critère dégagé par H. L. A. Hart dans son ouvrage *Le concept de droit* pour dessiner les limites de l'ordre juridique.

---

<sup>331</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 12.

<sup>332</sup> M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. C. Colliot-Thélène, La Découverte, 2003, 207 p.

<sup>333</sup> C. VAYROU, *Management et droit public*, op. cit., p. 19.

<sup>334</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 98.

<sup>335</sup> Ch. PERELMAN, *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 315.

<sup>336</sup> A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », loc. cit., p.594. Nous soulignons.

<sup>337</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 306.

A. Jeammaud reprend en effet le critère de la « règle de reconnaissance ultime », variable entre chaque système, et qui définit le « critère ultime de validité du système »<sup>338</sup>. Cette règle n'est pas elle-même valide, mais « simplement acceptée comme appropriée à un tel usage »<sup>339</sup>. Cette réponse à la régression à l'infini a été critiquée<sup>340</sup>, mais il n'est pas indispensable de s'engager dans la discussion de ce critère pour déterminer si les avis sont des actes juridiques au regard des définitions formalistes du droit.

Celles-ci placent manifestement l'avis, et, incidemment, l'évaluation dans la catégorie des actes juridiques. En effet, les avis et les évaluations sont en principe pris sur le fondement direct ou indirect de normes étatiques qui habilite l'organe consulté à édicter l'avis. Ce sont des normes législatives et réglementaires qui définissent les conditions d'émission des avis, c'est-à-dire leur validité de type formel. Les avis appartiennent donc à l'ordre juridique étatique, qui est un ordre juridique en vertu de toutes les définitions formalistes. Il est dès lors possible d'envisager un contrôle juridictionnel des évaluations, qui pourraient notamment être confrontées aux normes régissant leur élaboration. Cette solution ne varie pas malgré l'addition du critère des finalités du droit à sa définition (ii).

*ii) Les définitions finalistes du droit et la juridicité de l'avis*

**159.** Les définitions du droit formalistes et les définitions du droit par la sanction ont en commun l'ignorance du contenu du droit et l'attention minime portée aux fins du droit et à son contexte social. Un certain nombre d'auteurs s'est ému de cette indifférence. B. Latour juge notamment qu'il est « saugrenu de distinguer le droit de la société » étant donné que le droit « ne tient pas sans elle »<sup>341</sup>. Les auteurs qui partagent cette analyse ont entrepris de construire une définition plus riche du droit. Certains chercheurs ont par exemple, défendu une méthode de définition dialectique du droit, qui implique « d'intégrer [dans sa définition] des éléments d'ordre spirituel », c'est-à-dire de « revenir aux valeurs »<sup>342</sup>. La nécessité de se référer aux valeurs dans la définition du droit revient régulièrement sous la plume de la doctrine. En effet, de nombreux auteurs partent du postulat que le droit intègre

---

<sup>338</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 217.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>340</sup> Pour un résumé des critiques et une réponse de l'auteur v. H. L. A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 255 et s.

<sup>341</sup> B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte, 2002, p. 283.

<sup>342</sup> M. CHEMILLIER-GENDREAU et C. APOSTOLIDIS, « L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique », *RDV*, 1993, p. 611-639.

des valeurs et n'est pas indifférent au « sentiment du juste et de l'injuste »<sup>343</sup>. A. Arnaud écrit, à cet égard, que « tout droit, en tant que système de normes juridiques imposées, est reflet d'une vision du monde, projetée partie consciemment et partie inconsciemment, par le truchement du pouvoir, dans la vie sociale et économique du groupe sous forme de règles attributives, impératives ou prohibitives, destinées à assurer la réalisation de cette vision »<sup>344</sup>.

**160.** F. Brunet fait partie des auteurs ayant intégré la fin du droit à sa définition. Pour y parvenir, il propose d'abord une définition de la norme comme une « référence *pour penser*, comme instrument d'une opération intellectuelle de jugement »<sup>345</sup>, qui comprend le « persuasif » à côté de « l'impératif ». Toutefois, il précise aussitôt que cette normativité « exprime une direction [ou] mieux : un sens. Une volonté ou un idéal n'est jamais qu'une volonté ou un idéal *de quelque chose* »<sup>346</sup>. L'auteur cherche alors à identifier l'idéal du droit et conclut que : « la normativité du droit apparaît (...) comme une rationalité spécifique, ordonnée à la réalisation d'un cadre institutionnel permettant *la coexistence la plus juste possible des êtres humains* »<sup>347</sup>. Pour F. Brunet, la poursuite de cette finalité détermine la légitimité du droit et, par conséquent, son autorité. Il analyse en effet le droit comme un discours cherchant à persuader et à convaincre. Or, dans la lignée de l'analyse des actes de langage, il juge que la force illocutoire persuasive du discours juridique dépend en grande partie de la légitimité du locuteur. Il écrit ainsi que la normativité juridique « repose sur une seule condition spécifique : la légitimité, c'est-à-dire la croyance dans l'adéquation du droit et d'un idéal de justice ». Il ajoute : « le droit doit savoir convaincre ses destinataires qu'il agit dans le sens de la justice »<sup>348</sup>. Sans cet idéal de justice, l'ordre juridique serait déconsidéré. N. Ferreira appuie cette idée dans un article où elle met en lumière le mépris existant envers les ordres juridiques totalitaires, qui ne poursuivent pas l'idéal de justice<sup>349</sup>. Dans cette conception, les actes qui ne participent pas à cet idéal peuvent ne pas être considérés comme juridiques.

---

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 636.

<sup>344</sup> A. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. Tome 1 : où va la sociologie du droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », vol. XXVI, 1981, p. 22.

<sup>345</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2012, p. 221.

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 628.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 628. C'est nous qui soulignons.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 629.

<sup>349</sup> N. FERREIRA, « L'efficacité du droit... pour quoi faire ? », in P. HAMMJE, L. JANICOT, et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte l'administratif...*, *op. cit.*, p. 32.

**161.** Avant F. Brunet, M. Villey proposait déjà de définir le droit par ses fins<sup>350</sup>, c'est-à-dire par la recherche de la justice, mais l'éminent auteur retenait une conception différente de la justice. M. Villey considère en effet que la définition doctrinale contemporaine de la « justice générale »<sup>351</sup> est un idéal inatteignable, à la fois « rêve d'égalité absolue » et « rêve de liberté... de respect de chaque personne humaine »<sup>352</sup>, deux choses contradictoires. Il récuse le caractère individualiste de cette justice, portée par l'idéologie elle-même individualiste des droits de l'homme – qu'il ne critique toutefois pas directement<sup>353</sup>. Cette conception condamne la définition des fins du droit donnée par F. Brunet, qui cite la dignité humaine – donc un droit de l'Homme –, comme l'épicentre de son raisonnement<sup>354</sup>.

Pour M. Villey, la fin du droit est bien la justice, mais au sens de « justice particulière », à savoir « le juste partage des biens et des charges »<sup>355</sup>. Il précise que cette distribution devrait se faire de manière inégale, mais il ne fournit pas les critères qui devraient guider cette différenciation. Il est seulement clair que cette justice individuelle – mais non individualiste – est du ressort du juge, qui a un rôle central dans la conception du droit développée par l'auteur et qui est ici chargé de concrétiser la maxime romaine selon laquelle le droit est l'art « d'attribuer à chacun le sien ».

**162.** La lecture de M. Villey montre ainsi qu'il existe des divergences non négligeables entre auteurs sur la définition des fins du droit, ce qui ne facilite pas l'analyse de la juridicité de l'avis selon les définitions finalistes du droit. En tout état de cause, sans information sur le contenu des avis, il semble difficile de savoir s'ils poursuivent la justice générale ou individuelle. Cependant, il paraît possible d'affirmer que la finalité – lointaine – de l'acte consultatif, indépendamment de son contenu, est bien la recherche de la justice, qu'elle soit individuelle ou individualiste. En effet, dans les deux définitions considérées ci-dessus, l'idée du tiers est indispensable pour la réalisation de la justice.

Si ce tiers est incarné par le juge pour M. Villey, pour F. Brunet, l'acte juridique est lui-même ce tiers qui permet la coexistence des relations sociales. Selon l'auteur, ce n'est qu'à condition d'être « tiers », c'est-à-dire d'assurer qu'il n'est pas le produit de

---

<sup>350</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définition et fins du droit, Les moyens du droit*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., 1984-1986, rééd. Dalloz, 2008, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 35.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 48-49.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 117. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 118 et s.

<sup>354</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 189 et s.

<sup>355</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit...*, *op. cit.*, p. 50.

l'arbitraire, mais de la raison, que le droit peut viser la justice<sup>356</sup>. Or, les avis ont justement pour but de réduire les risques d'arbitraire. Ils apportent au décideur de l'information ou un conseil dont la légitimité repose sur la procédure consultative et le statut de l'organe consulté. La procédure évaluative est à ce titre une garantie pour la prise d'une décision « en connaissance de cause » et non seulement en fonction de la subjectivité du décideur. En ce sens, les avis participent pleinement à la légitimation du discours juridique et à la recherche de la justice telle qu'elle est définie par F. Brunet. Il est plus difficile d'affirmer qu'ils participent à la recherche de la justice individuelle définie par M. Villey, mais, il semble acquis que le critère supplémentaire de la recherche de la justice ne leur ôte pas, par principe, leur caractère juridique.

**163.** Ainsi, à l'étude de ces différentes définitions, il apparaît clairement que l'avis peut être qualifié d'acte juridique. Si les définitions du droit d'inspiration kelsénienne, fondées sur la notion de sanction, excluent la juridicité de l'avis, elles peuvent être écartées dans la mesure où elles mènent à des contradictions dans l'analyse du droit positif récent. Les clefs de lecture qu'elles proposent invitent en effet à conclure à une confusion du droit et du fait – pourtant rejetée par ces doctrines – en droit positif. Les définitions formalistes du droit ont aussi des défauts, notamment à cause de l'éventuelle régression à l'infini des critères employés, mais elles présentent une plus grande cohérence dans l'explication du droit positif. Or, ces définitions amènent à classer l'avis dans la sphère du droit. Par conséquent, il est possible d'affirmer que l'évaluation appartient à la catégorie *juridique* des avis et qu'elle relève plus précisément de la sous-catégorie des avis informatifs. Cette classification permet de définir l'évaluation comme un acte juridique d'information non impératif sollicité au cours d'une procédure décisive.

Cette définition peu évocatrice peut être interprétée et approfondie grâce à la doctrine juridique et politiste, qui qualifie souvent l'évaluation « d'expertise »<sup>357</sup>. Ce rapprochement ouvre de nouvelles perspectives pour la définition de l'évaluation et l'étude de son contrôle juridictionnel. La littérature juridique est en effet abondante en matière d'expertise et

---

<sup>356</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 199. Dans le même sens v. F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2016, p. 345 et s. Le droit permet, selon l'expression des Grecs, de ne pas être gouverné par les hommes mais par les lois, donc d'éviter l'arbitraire.

<sup>357</sup> V. entre autres J.-L. BODIGUEL et L. ROUBAN, « Le fonctionnaire détrôné ? L'État au risque de la modernisation », *PFNSP*, 1991, p. 202 et J. MORAND-DEVILLER, « Le "système expert", l'expertise scientifique et gestion de l'environnement », in *Mél. J. Dupichot*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 358-375.

propose des qualifications qui permettent d'identifier très précisément la nature de l'évaluation : il s'agit d'une expertise non judiciaire (§II).

## **§II. L'assimilation de l'évaluation à une forme spécifique d'expertise**

**164.** Contrairement aux avis, l'expertise a été analysée en détail par la doctrine, ce qui s'avère précieux pour cerner la nature de l'acte évaluatif et penser un contrôle juridictionnel adapté. Si les auteurs se sont longtemps concentrés sur un seul type d'expertise, l'expertise judiciaire, les juristes et les politistes ont intégré dans leur champ de recherche un nouveau type d'expertise : l'expertise scientifique<sup>358</sup>. Les classifications nées de ces recherches aident à caractériser plus précisément l'évaluation : elle relève de la catégorie des expertises non judiciaires, largement étudiée par A. Noury<sup>359</sup> (A).

Toutefois, dans sa thèse, l'auteur s'intéresse peu à la question du contrôle juridictionnel des expertises. L'étude de la normativité de l'évaluation et plus précisément, l'analyse de sa force illocutoire et perlocutoire montrent pourtant la pertinence de sa soumission à un juge (B).

### **A. Une forme d'expertise non judiciaire**

**165.** De prime abord, l'assimilation de l'expertise à la catégorie des avis peut surprendre. La définition de l'expertise ne laisse cependant aucun doute quant à son insertion dans la catégorie des avis informatifs et quant à l'intégration de l'évaluation dans la catégorie des expertises et plus précisément des « expertises de service », selon la classification d'I. Théry<sup>360</sup> (1). À partir de ces qualifications, il est possible d'observer les éléments qui séparent l'évaluation et l'expertise judiciaire et les éléments qui lient, à l'inverse, l'évaluation et l'expertise non contentieuse (2).

---

<sup>358</sup> V. entre autres Ph. ROQUEPLO, « Les scientifiques face aux politiques dans les affaires de risque », in M. TUBIANA, C. VROUSO, C. CARDE et J.-P. PAGES (dir.), *Risque et société*, Gif-sur-Yvette, Nucléon, 1999, p. 326-331 ; M.-A. HERMITTE, « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, 1997, n° 8, p. 79-103, et C. RESTIER-MELLERAY, « Experts et expertise scientifiques, le cas de la France », *RFSP*, vol. 40, n° 4, p. 546-585.

<sup>359</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse Dactyl., Nantes, 1996, 622 p.

<sup>360</sup> I. THÉRY, « Expertises de service, de consensus, d'engagement : essai de typologie de la mission d'expertise en sciences sociales », *Droit et société*, 2005, n° 60, p. 314 : « il s'agit d'une mission d'éclairage de la décision. C'est en ce sens que nous pouvons parler d'*expertise de service*. La connaissance technique a pour fonction de réduire l'incertitude sur les "faits", selon des moyens falsifiables d'appréhension du vrai et du faux ». L'auteur souligne.

## 1) L'appartenance de l'expertise à la catégorie des avis informatifs

**166.** La confusion entre expertise et avis est souvent faite par la doctrine, tant pour les expertises destinées au juge que celles destinées à l'Administration ou au Parlement. J.-P. Pastorel considère notamment que « les constatations de l'expert ne sont que des avis donnés à la suite de raisonnements inductifs »<sup>361</sup>. J. Morand-Deville écrit, elle, que les expertises « ne sont que des avis qui laissent à l'autorité publique sa liberté d'arbitrage et de choix dans la décision qu'elle est amenée à prendre »<sup>362</sup>. H. Motulsky lui-même utilise le terme d'avis pour désigner l'expertise judiciaire<sup>363</sup> et A. Noury relève que de nombreuses expertises non judiciaires sont qualifiées d'avis par les textes<sup>364</sup>. Cette circonstance n'est pas surprenante puisque le Conseil d'État, qui conseille le gouvernement et participe à l'élaboration des textes, évoque aussi des « consultations expertises »<sup>365</sup>.

La justesse de cette assimilation est corroborée par la définition de l'expertise. Comme l'avis, l'expertise est un acte procédural non impératif sollicité par le décideur. D'après R. Castel, « l'expertise, dans son sens le plus général, peut être définie comme le recours à un savoir spécialisé pour aider à trancher dans une conjoncture problématique »<sup>366</sup>. O. Leclerc écrit pareillement que « l'expertise est la mise à disposition par un spécialiste de connaissances qui permettront, le cas échéant, à un tiers de prendre ensuite une décision éclairée »<sup>367</sup>. La sociologue I. Théry adopte la même définition<sup>368</sup>. Le caractère procédural de l'expertise et son caractère non impératif sont ainsi systématiquement mobilisés par la doctrine. Si elle « aide à trancher », c'est que l'expertise ne décide pas elle-même : elle n'est donc pas impérative. Cela signifie aussi qu'un tiers va

---

<sup>361</sup> J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, thèse Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1985, p. 673.

<sup>362</sup> J. MORAND-DEVILLER, « Le “système expert”, l'expertise scientifique... », *loc. cit.*, p. 370.

<sup>363</sup> H. MOTULSKY, « Notions générales », in F. TERRÉ et H. MOTULSKY (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Éd. de l'Épargne, coll. « Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris », 1969, p. 20.

<sup>364</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, *op. cit.*, p. 525.

<sup>365</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2011. Consulter autrement, participer effectivement*, La doc. Fr., coll. « EDCE », 2011, p. 20 et s.

<sup>366</sup> R. CASTEL, « Savoirs d'expertise et production de normes », in F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 177.

<sup>367</sup> O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 443, 2003, p. 5.

<sup>368</sup> « Au sens strict, le mot désigne une activité particulière d'exercice diagnostique du savoir en situation problématique, dans le cadre d'une mission intégrée à un processus décisionnel dont l'expert n'est pas maître », I. THÉRY, « Expertises de service, de consensus, d'engagement : essai de typologie de la mission d'expertise en sciences sociales », *loc. cit.*, p. 315.

décider après l'émission de l'expertise, qui a donc un caractère procédural. Enfin, l'expertise est toujours définie comme une commande, ce qui rappelle le critère de la sollicitation de l'avis<sup>369</sup>.

C. Delmas donne une définition plus détaillée de l'expertise qui permet de l'identifier précisément comme un avis informatif. Pour l'auteur, « la catégorie d'expertise désigne la détention de connaissances spécialisées susceptibles d'autoriser, *sur un phénomène déterminé*, un avis en vue d'arbitrage dans une décision politique, juridique ou technique, permettant ainsi d'éclairer un problème et de dégager des directions pratiques de résolution »<sup>370</sup>. Cette définition est la même que celle de l'avis informatif. Si l'expertise porte « sur un phénomène déterminé », alors elle ne répond pas directement à la question « faut-il prendre telle décision ? », elle ne répond pas à la même question que le décideur. Si tous les avis informatifs ne reposent pas sur un savoir spécialisé et ne sont donc pas des expertises, l'expertise est indéniablement un avis, et plus précisément un avis informatif.

D'une part, alors que l'évaluation doit expliciter et justifier le jugement de valeur qu'elle formule, la motivation est aussi, pour C. Castaing, « un élément essentiel de la présentation de l'expertise »<sup>371</sup>. D'autre part, les rôles de l'expert et de l'évaluateur sont identiques. Pour M. Detourbe, le rôle de l'évaluateur est de « collecter, d'analyser et de faire la synthèse de données (...) pour arriver à déterminer une valeur (...). À cet effet, les évaluateurs doivent maîtriser des méthodes spécifiques comme l'analyse de statistiques, la menée d'entretiens... »<sup>372</sup>. Pour B. Lajudie et E. Plottu aussi, l'évaluateur doit avoir « des compétences d'analyse : caractérisation de résultats et/ou d'impacts, analyse et explication »<sup>373</sup>. P. Viveret estime quant à lui que l'évaluateur doit présenter des garanties d'indépendance, de rigueur et de transparence<sup>374</sup>. Ces caractéristiques sont précisément

---

<sup>369</sup> V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI et O. LECLERC, « Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique », in R. ENCINAS DE MUNAGORRI (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, p. 199. Cette commande serait même le seul critère de l'expertise à en croire France Stratégie, *Expertise et démocratie. Faire avec la défiance*, Rapport France Stratégie, 2018, p. 22 : « on ne peut donc définir l'expertise ni par un contenu spécifique, ni par une méthode, ni par un titre ; c'est en effet celui qui sollicite l'expertise qui détermine le type de savoir dont il pense avoir besoin (...). En d'autres termes, c'est la sollicitation qui fait l'expert, il n'y a pas d'expert "en soi" et pas d'expert sans situation d'expertise ».

<sup>370</sup> C. DELMAS, « Pour une définition non-positiviste de l'expertise », in C. DAMAMME et T. RIBEMONT (dir.), *Expertise et engagement politique – Cahiers politiques*, n° 6, L'Harmattan, 2001, p. 13. Nous soulignons.

<sup>371</sup> C. CASTAING, *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, thèse Université de Bordeaux, 2001, p. 188.

<sup>372</sup> M. DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation...*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>373</sup> B. LAJUDIE et E. PLOTTU, « Évaluation et réingénierie de l'action publique : passer des recommandations à l'action », *PMP*, 2010, vol. 27, n° 3, p. 105-120.

<sup>374</sup> P. VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques : rapport au premier ministre*, La Doc. Fr., 1989, p. 58.

celles attendues d'un expert. Ainsi, pour C. Restier-Melleray : l'activité de l'expert est « faite d'examens, de constats, de vérifications, d'appréciations, d'estimations [et] est destinée à apporter à son mandataire des éléments permettant la formulation d'un jugement ou d'une décision ». L'auteur ajoute que, « bien que cette information ne figure pas explicitement dans les définitions analysées, le mandataire est extérieur à l'instance commanditaire de la mission et indépendant de celle-ci »<sup>375</sup>. L'évaluateur partage ainsi avec l'expert l'exigence de compétence en matière d'examens, d'analyse et d'explication ainsi que l'exigence d'indépendance envers le décideur. Il est dès lors compréhensible que C. Castaing<sup>376</sup> et D. Kernéis<sup>377</sup> emploient indifféremment les termes d'expertise et d'évaluation et qu'E. Hérail parle d'expertise pour désigner les évaluations du service médical rendu par les médicaments<sup>378</sup>. Comme le dit très justement E. Naim-Gesbert : « évaluer c'est expertiser avec méthode »<sup>379</sup>.

**167.** Il est même d'ores et déjà possible d'assimiler certaines évaluations à une sous-catégorie d'expertises, les expertises scientifiques. À ce titre, il est éloquent de voir que la discussion sur la scientificité réelle de ce type d'acte, qui rappelle le débat sur le caractère scientifique de l'évaluation, connaît la même réponse : cette expertise n'est pas à proprement parler scientifique<sup>380</sup>. Elle peut être rapprochée des évaluations prospectives de droit public dans la mesure où, comme l'écrit D. Ribemont, elle est « de plus en plus fréquemment utilisée, non plus pour dire le vrai sur une situation passée, mais plutôt pour mobiliser son savoir pour anticiper l'avenir. Et sous cet angle [l'expert scientifique] intervient de fait le plus fréquemment en tant qu'auxiliaire de la décision publique, et non plus tellement pour le règlement de conflits d'ordre privé »<sup>381</sup>. Cette description correspond

---

<sup>375</sup> C. RESTIER-MELLERAY, « Experts et expertise scientifiques, le cas de la France », *loc. cit.*, p. 551.

<sup>376</sup> C. CASTAING, *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, *op. cit.*, 672 p.

<sup>377</sup> D. KERNÉIS, P. TCHAMITCHIAN et D. HOUSSIN, « Le recours à des experts dans l'évaluation des établissements d'enseignement supérieur et de recherche français », *Les cahiers de la fonction publique*, 1<sup>er</sup> février 2015, n° 352, p. 67-70.

<sup>378</sup> E. HERAIL, « De l'organisation de l'expertise en matière de médicament, retour d'expérience », *RDSS*, 2013, p. 788-795.

<sup>379</sup> E. NAIM-GESBERT, « L'évaluation en matière environnementale », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, 2015, p. 157-166.

<sup>380</sup> V. à ce sujet A. M. WEINBERG, « Science and Trans-science », *Minerva*, 1972, n° 2, p. 209-222 et, pour une critique de cette position E. TREUIL, *La preuve en droit de l'environnement*, Thèse Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne, 2002, p. 323.

<sup>381</sup> C. DELMAS, « Pour une définition non-positiviste de l'expertise », *op. cit.*, p. 15.

à une partie des évaluations étudiées jusqu'ici, les évaluations des risques, à l'image des évaluations environnementales, qui a pour objet la prévision scientifique<sup>382</sup>.

Ainsi, il est désormais possible de qualifier l'évaluation d'expertise et de qualifier certaines évaluations d'expertises scientifiques. Cependant, cette dernière catégorisation, purement doctrinale, a un intérêt limité dans la perspective de cette recherche. En effet, le juge ignore cette définition matérielle de l'expertise, le seul critère qu'il retient pour déterminer l'application d'un régime spécifique est la nature de la procédure dans laquelle l'évaluation est insérée. Est-elle judiciaire, administrative ou législative ? Pour connaître plus finement le régime contentieux applicable à l'évaluation, il importe donc de savoir à quelle procédure rattacher l'évaluation. L'analyse montre rapidement que l'évaluation s'oppose à l'évaluation judiciaire (2).

## 2) L'appartenance de l'évaluation à la catégorie des expertises non judiciaires de droit public

**168.** La doctrine divise généralement les expertises en trois catégories – judiciaires, scientifiques et professionnelles<sup>383</sup> – qui n'obéiraient pas au même régime<sup>384</sup>. Certains auteurs préfèrent toutefois remplacer cette tripartition par une dichotomie fondée sur la nature de la procédure dans laquelle s'insère l'expertise, seul critère pris en compte par le juge. À cet égard, selon O. Leclerc<sup>385</sup> et Arnaud Noury<sup>386</sup>, il conviendrait plutôt de distinguer entre les expertises judiciaires et les expertises non judiciaires, en isolant parmi ces dernières celles adressées à des autorités publiques et celles adressées à des autorités privées. L'étude des évaluations en droit public limite en effet le champ de la recherche aux expertises destinées à des autorités publiques.

---

<sup>382</sup> V. E. NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant-Vubpress, 1999, p. 646.

<sup>383</sup> On la retrouve par exemple, chez J.-P. GALLAND, « Introduction », in C. DAMAMME et T. RIBEMONT, *Expertise et engagement politique – Cahiers politiques*, n° 6, L'Harmattan, 2001, *Prévenir les risques : de quoi les experts sont-ils responsables ?*, in G. DECROP G. et J.-P. GALLAND (dir.), éd. de l'Aube, coll. « Mondes en cours », 1998, p. 14 et C. DELMAS, « Pour une définition non-positiviste de l'expertise », in *Expertise et engagement politique... op. cit.*, p. 15.

<sup>384</sup> V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI et O. LECLERC, « Théorie du droit et expertise... », in R. ENCINAS de MUNAGORRI (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>385</sup> L'auteur distingue entre les expertises préparant une décision juridictionnelle et une « décision publique », O. LECLERC, *Le juge et l'expert...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>386</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse Dactyl., Université de Nantes, 1996, 622 p.

**169.** Pendant longtemps, les expertises non judiciaires ont été « invisibles »<sup>387</sup>. Elles ont été peu étudiées, à l'inverse des expertises judiciaires, considérées comme la matrice de toutes les expertises<sup>388</sup>. À ce jour, seule une recherche juridique d'ampleur a été consacrée à ces expertises non contentieuses, par A. Noury. Cependant, l'auteur s'est seulement intéressé aux « expertises administratives »<sup>389</sup>, à l'exclusion des expertises adressées au Parlement. Or il apparaît que ces expertises répondent à la même définition, bien qu'elles ne relèvent pas du même juge. Elles peuvent donc être étudiées en même temps que les expertises administratives. Leur étude simultanée est même indispensable pour achever la classification juridique de l'évaluation. Les expertises « administratives » et « parlementaires » seront donc regroupées ici sous la dénomination d'expertises « non contentieuses », empruntée à A. Pastorel<sup>390</sup>. C'est dans cette ultime sous-catégorie que l'évaluation peut être définitivement classée, puisque tout sépare l'expertise judiciaire de l'évaluation.

**170.** A. Plantey définit l'expertise judiciaire comme « une mesure d'instruction par laquelle des techniciens indépendants des intérêts en cause et qualifiés pour connaître une affaire sont chargés de procéder à un examen technique et d'en exposer le résultat dans un rapport destiné au juge »<sup>391</sup>. Elle est réalisée aussi bien devant le juge administratif que devant le juge judiciaire, en principe par un expert unique<sup>392</sup>. O. Leclerc précise qu'elle ne constitue pas un simple constat dans la mesure où elle associe au « travail de collecte de données (...) une élaboration conceptuelle »<sup>393</sup>.

Comme toute expertise, donc comme l'évaluation, l'expertise judiciaire est soumise aux principes d'objectivité et d'indépendance de l'expert<sup>394</sup> – celui-ci doit rester parfaitement neutre<sup>395</sup>. Elle ne constitue cependant pas une évaluation. Elle constitue exclusivement un jugement de réalité. En effet, les jugements portés par l'expert juridictionnel ne sont formulés qu'à partir de concepts qui doivent servir à rendre la chose expertisée

---

<sup>387</sup> J.-P. GALLAND, « Introduction », in *Prévenir les risques...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>388</sup> V. J. MORAND-DEVILLER, « Le “système expert”, l'expertise scientifique... », *loc. cit.*, p. 359.

<sup>389</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>390</sup> J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>391</sup> A. PLANTEY, *La preuve devant le juge administratif*, *Economica*, 2003, p. 159.

<sup>392</sup> Art. R. 621-1 du code de justice administrative (CJA) et article 264 du code de procédure civile (CPC).

<sup>393</sup> O. LECLERC, *Le juge et l'expert...*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>394</sup> La récusation de l'expert est possible pour ces motifs devant les juridictions judiciaires en vertu de l'article 234 du code de procédure civile et en vertu de l'article R. 621-6 du code de justice administrative devant les juridictions administratives.

<sup>395</sup> O. LECLERC, *Le juge et l'expert...*, *op. cit.*, p. 111.

« assimilable à la pensée » et dont « le rôle est uniquement d'exprimer les réalités auxquelles ils s'appliquent, de les exprimer telles qu'elles sont »<sup>396</sup>. L'activité de l'expert peut ainsi être exprimée à travers les termes de la définition du jugement de réalité donnée par E. Durkheim. D'ailleurs, la neutralité attendue de l'expertise est telle que certains jugements de réalité sont interdits. Ainsi, l'expertise ne peut pas se prononcer sur le droit en concluant, par exemple, à l'adéquation de telle qualification juridique<sup>397</sup>. Cette interdiction de se prononcer sur le droit, qui prévient la délégation du pouvoir du juge à l'expert, est commune à tous les pays d'Europe<sup>398</sup>. L'expert ne doit pas prendre le droit ou les valeurs pour référence. Son jugement doit seulement être fondé sur les concepts que lui fournissent les standards professionnels ou les règles techniques et scientifiques. Même si, comme l'écrit O. Jouanjan « le jugement de réalité est nécessairement aussi un jugement de valeur [puisque] la perception même de la réalité est orientée par des principes et des buts déterminants le contenu de l'acte juridique »<sup>399</sup>, il y a bien une différence entre un jugement de réalité orienté par des valeurs et un jugement ayant pour principale référence une valeur. L'expertise judiciaire constitue nécessairement un jugement de réalité, porté sur des faits passés et contestés devant un juge. Par conséquent, les évaluations ne peuvent être intégrées à cette catégorie.

**171.** En revanche, la catégorie des expertises non contentieuses publiques reçoit avec facilité les actes d'évaluation. Comme le remarque O. Leclerc, cette catégorie d'expertises est beaucoup moins réglementée que l'expertise judiciaire<sup>400</sup>. A. Noury avait déjà fait ce constat et relève dans sa thèse que, la plupart du temps, ces évaluations sont « innommées et semblent difficilement identifiables compte tenu de l'étendue et de la diversité des activités de l'Administration »<sup>401</sup>. En outre, pour l'auteur, ces expertises sont « *a priori* caractérisées par l'absence de différenciation entre l'expert et l'Administration »<sup>402</sup>, ce qui

---

<sup>396</sup> E. DURKHEIM, « Jugements de valeur... », *loc. cit.*, p. 453

<sup>397</sup> Sur la qualification du jugement juridique comme jugement de réalité, v. *supra*, § 94. L'interdiction n'est pas expresse en droit administratif mais elle est sanctionnée par le juge, cf. CE, 11 mars 1996, n° 161112, *SCI du domaine des Figuières*, Rec. p. 182. Il existe désormais une procédure spéciale, l'*amicus curiae*, pour consulter un expert en droit (art. R. 625-3 du CJA). En droit civil, l'article 145 CPC prévoit que les mesures d'instruction ne peuvent porter que sur la « preuve des faits ». Cette interdiction de se prononcer en droit est relayée par le juge, v. O. LECLERC, *Le juge et l'expert...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>398</sup> V. H. MOTULSKY, « Notions générales », in F. TERRÉ et H. MOTULSKY (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>399</sup> O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, coll. « Droit public Positif », 1992, p. 411.

<sup>400</sup> O. LECLERC, *Le juge et l'expert...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>401</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, *op. cit.*, p. 522.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 522.

amenuise, pour le moins, l'indépendance des experts et l'éloigne du standard de l'expertise. L'objectivité de l'acte produit est sauvegardée, pour l'auteur, par la garantie textuelle ou jurisprudentielle de l'impartialité des experts administratifs<sup>403</sup>.

Ces expertises délaissées par la doctrine contiennent la catégorie des évaluations. En effet, contrairement aux expertises judiciaires, elles n'interviennent pas dans la résolution d'un conflit. Au contraire, elles relèvent très souvent de la « vraisemblance voire de la prédiction », selon l'expression d'A. Noury<sup>404</sup>. Cela les rapproche des évaluations préalables des contrats de partenariat, des études d'impact environnemental et des études d'impact des projets de loi. En outre, aucune règle n'interdit à ces expertises de formuler des jugements de valeur, même si rien ne les oblige à en formuler. Certaines expertises publiques non contentieuses peuvent ainsi formuler des jugements de réalité. D'autres peuvent formuler des jugements de valeur : ces expertises constituent des évaluations. Une expertise non contentieuse publique qui formule un jugement de valeur peut en effet être définie comme *un acte écrit destiné à informer une autorité en vue de la prise d'une décision, motivé par un jugement de valeur tendant à l'objectivité, porté par un évaluateur indépendant et impartial à partir de données mesurées et en fonction de valeurs de référence*. A. Noury avait déjà atteint cette conclusion. Dans sa thèse, il qualifie d'expertises administratives<sup>405</sup> les études d'impact des projets de décrets et aux évaluations réalisées par le CIME (Comité interministériel de l'évaluation) sous l'égide du CNE (Conseil national de l'évaluation).

**172.** Cette classification n'est cependant pas riche d'enseignements. Elle ne fournit pas de modèle du contrôle juridictionnel qui pourrait être transposé à l'ensemble des actes qualifiables d'actes évaluatifs. Certes, A. Noury a pu déterminer que les expertises administratives sont soumises à un régime « sensiblement différent » des expertises judiciaires, mais il ajoute aussitôt que la qualification d'expertise administrative « est une donnée théorique qui ne confère pas à l'expertise administrative le bénéfice d'un régime juridique spécifique »<sup>406</sup>. L'expertise non contentieuse n'est pas une notion employée par

---

<sup>403</sup> L'article 13 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers a longtemps garanti cette impartialité. Elle est aujourd'hui imposée par l'article R. 133-12 du Code des relations entre le public et l'administration.

<sup>404</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise...*, *op. cit.*, p. 626.

<sup>405</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise...*, *op. cit.*, p. 612. « Le concept d'expertise administrative – qui regroupe l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État, les évaluations réalisées sous l'égide du comité interministériel de l'évaluation, *etc.* – est juridiquement innommé ».

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 612.

le juge administratif ou le juge constitutionnel. Il semble donc exister un angle mort du contrôle juridictionnel qui concerne l'évaluation et, plus largement, les expertises non contentieuses.

Surtout, face à l'indifférence du juge pour cette catégorie d'actes, il est légitime de se questionner sur la pertinence d'un contrôle des évaluations. Si le juge n'a pas construit de régime spécial, c'est peut-être parce que ces actes ont une importance infime dans la décision, contrairement à l'expertise judiciaire. Leur contrôle occasionnerait alors un encombrement inutile du rôle des juridictions. Cette conclusion pessimiste ne semble cependant pas appropriée au regard des spécificités de l'évaluation. Comme toutes les expertises, l'évaluation n'est ni un acte décisoire ni un acte de droit souple : c'est un acte doté d'une normativité certaine. Elle a vocation à servir de modèle de référence pour le décideur. Dès lors, un contrôle de cet acte peut être utile pour garantir la fiabilité du modèle énoncé par l'évaluation et pour vérifier que la décision finale a correctement fait référence au modèle énoncé (B).

## **B. La normativité certaine de l'évaluation et des expertises**

**173.** Les auteurs se sont peu intéressés à la normativité des avis et de l'expertise, mais, généralement, ils considèrent que leur qualité d'acte préparatoire les prive de normativité. Toutefois, depuis peu, une partie de la doctrine remet en cause cette affirmation et cherche à démontrer la normativité fonctionnelle de l'expertise. Ces auteurs s'intéressent tant à l'expertise judiciaire qu'à l'expertise non contentieuse : selon eux, toutes les formes d'expertises sont normatives (1). Cette caractéristique est importante dans la mesure où la normativité d'un acte juridique semble déterminante dans l'organisation de son contrôle juridictionnel. Or, l'évaluation, qui est une forme d'expertise, jouit d'une normativité certaine. À ce titre, elle devrait donc faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (2).

### 1) La normativité non négligeable mais négligée des expertises

**174.** La normativité est définie par le caractère prescriptif de l'acte – conception « sémantique » de la normativité<sup>407</sup> – ou par sa capacité à servir de référence dans un

---

<sup>407</sup> T. HOCHMANN, « L'atteinte indirecte aux droits fondamentaux en Allemagne », in T. HOCHMANN, D. JOUVE et P. PAILLER (dir.), *Le contrôle juridictionnel du droit souple*, op. cit., p. 222.

jugement<sup>408</sup>. Pendant longtemps, quelle que soit la définition de la normativité retenue, la doctrine ne considérait pas les actes préparatoires comme normateurs. Cependant, récemment, des auteurs se sont fondés sur la seconde acception de la normativité – la théorie fonctionnelle – pour « contester les idées traditionnelles »<sup>409</sup>. Selon eux, malgré leur caractère préparatoire, les expertises constituent des actes normatifs.

Cette reconsidération de la normativité de l'expertise part d'un constat fait par l'ensemble de la doctrine. Dans la pratique, la solution du juge est partiellement déterminée par l'expertise. Cette influence déterminante est relevée en droit administratif par O. Gohin<sup>410</sup> et par G. Viney<sup>411</sup>. L'expertise a aussi un rôle central en droit civil, d'après H. Motulsky qui dénonce les « empiétements des experts sur les attributions juridictionnelles »<sup>412</sup>. Ch. Vautrot-Schwarz souligne plus largement l'influence de l'expertise sur tout jugement juridictionnel<sup>413</sup>. Transcendant les contentieux, la Cour européenne des droits de l'Homme a aussi admis que l'expertise participe au jugement<sup>414</sup>. Or, pour les auteurs qui défendent la normativité de l'expertise, sa normativité réside justement dans sa participation au jugement. Plus précisément, pour O. Leclerc, la normativité de l'expertise se manifesterait par la contribution que l'expert apporte à la qualification juridique des faits puisque même si elle ne formule qu'un jugement de réalité, ce jugement est le plus souvent repris par le juge dans sa décision<sup>415</sup>. En d'autres termes, le jugement de l'expert est utilisé comme une référence dans la décision du juge : il constitue un modèle pour son jugement final. D'après la définition large de la normativité, l'expertise est donc normative.

**175.** Les auteurs qui se sont intéressés à l'expertise non contentieuse atteignent la même conclusion. Elle aussi a pour fonction de servir de référence dans le jugement final de son destinataire. A. Noury affirme ainsi que « l'expertise [non contentieuse] n'est (...) pas dénuée d'une dimension normative » même si elle est « beaucoup plus difficilement

---

<sup>408</sup> Cf. Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1, §II, B, 1).

<sup>409</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI et O. LECLERC, « Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique », in R. ENCINAS de MUNAGORRI (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, *op. cit.*, p. 218.

<sup>410</sup> O. GOHIN, *Contentieux administratif*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2014, p. 313-314.

<sup>411</sup> G. VINEY, « La responsabilité des entreprises prestataires de conseil », *JCP*, 1975, §I, doctr., 275.

<sup>412</sup> H. MOTULSKY, « Préface », in F. TERRÉ et H. MOTULSKY (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, *op. cit.*, p. 7-10.

<sup>413</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 173.

<sup>414</sup> CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, n° 21497/93.

<sup>415</sup> O. LECLERC, *Le juge et l'expert...*, *op. cit.*, p. 181.

identifiable que celle de la jurisprudence »<sup>416</sup>. F. Brunet appuie cette analyse. Dans sa thèse, l'auteur interroge plutôt la normativité de l'expertise judiciaire, mais il traite en même temps de l'expertise scientifique, ce qui permet d'étendre ses conclusions à la situation des expertises publiques non contentieuses. Selon l'auteur, la multiplication des expertises scientifiques est liée à la croyance que la science serait « l'étalon ultime des actions humaines »<sup>417</sup>. L'expertise « tend [alors] à jouer le rôle d'un appui légitimant la norme juridique (...). Par l'appoint "scientifique" qu'elle donne à une norme juridique qui se sait fragile, l'expertise participe (...) pleinement de la décision elle-même<sup>418</sup>. ». En d'autres termes, l'expert produit dans ces situations un jugement de valeur qui va servir de modèle de référence privilégié en raison de son statut « scientifique ». L'expertise scientifique est normative. Ce raisonnement est transposable à l'ensemble des expertises non contentieuses : elles produisent un savoir extérieur et objectif qui tend à la scientificité et qui a vocation à servir de référence privilégiée pour le décideur au moment où il arrêtera sa décision. L'expertise non contentieuse est donc tout autant normative que l'expertise judiciaire.

Certains auteurs refusent cependant de reconnaître la normativité de l'évaluation. Il est impératif de résoudre cette controverse pour savoir si l'évaluation devrait être contrôlée. Bien qu'elle soit un acte juridique, son contrôle n'aurait pas de sens si l'évaluation ne prétend pas influencer la décision finale. En revanche, si l'évaluation est normative, c'est-à-dire si elle constitue un modèle pour le décideur, alors un contrôle qui garantisse que l'évaluation est un modèle valable et qui vérifie que ce modèle est correctement pris en compte par son destinataire est envisageable (2).

## 2) La normativité spécifique de l'évaluation

**176.** En science politique, les auteurs mentionnent régulièrement la normativité de l'évaluation. Cependant, pour les politistes, ce terme signifie seulement que l'évaluation se réfère à des normes. C'est dans ce sens qu'est abordée la normativité chez F. Rangeon<sup>419</sup>,

---

<sup>416</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise...*, *op. cit.*, p. 585.

<sup>417</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 515.

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 511.

<sup>419</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP (dir.), *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 18.

chez D. Martuccelli<sup>420</sup> ou chez J. Leca et M. Grawitz<sup>421</sup>. C'est également en ce sens que D. Lochak fait référence à l'évaluation comme un système « fondamentalement normatif »<sup>422</sup>. Cette normativité ne correspond pas au concept de normativité fonctionnelle ou prescriptive. Or, entendue comme modèle pour le jugement, la normativité de l'évaluation fait moins consensus.

**177.** X. Bioy refuse ainsi de voir dans l'évaluation un acte normatif. D'après l'auteur « selon un premier aperçu, au prisme du normativisme, l'évaluation est une opération imposée ou recommandée par une règle de droit ou dont les modalités techniques sont définies par le droit. Mais l'évaluation n'est en elle-même pas une norme, encore moins une norme juridique »<sup>423</sup>. L'auteur adopte ici une définition néo-kelsénienne de la norme juridique : est seulement normative la règle dont le non-respect est obligatoirement sanctionné<sup>424</sup>. Il conclut sans surprise à l'absence de normativité de l'évaluation qui ne peut pas être une source de sanction, mais seulement l'objet de sanctions. X. Bioy écrit ainsi que « seules existent les normes de droit qui imposent l'évaluation et en prescrivent les outils ou encore habilitent certaines autorités à déterminer ces éléments »<sup>425</sup>. L'évaluation « n'est que l'objet de la prescription »<sup>426</sup>. Pour l'auteur, l'évaluation n'étant pas normative, elle ne peut pas être juridique. X. Bioy assimile alors l'évaluation aux normes techniques, qu'il définit comme des « préconisations liées à l'état de l'art »<sup>427</sup>, en raison de la « normalisation » qu'elles opèrent<sup>428</sup>. En effectuant cette comparaison, l'auteur oublie toutefois que le propre de la norme technique est de ne pas être prescrite ni élaborée selon des critères édictés par une règle juridique, contrairement à l'évaluation. Elle dépend des « pouvoirs privés économiques »<sup>429</sup>. La norme technique n'est juridicisée que si le juge ou si une autorité publique le décide, *a posteriori*. La comparaison de l'évaluation à la norme technique n'est donc pas valable. Il n'est pas non plus possible d'accueillir l'argumentation

---

<sup>420</sup> D. MARTUCCELLI, « Critique de la philosophie de l'évaluation », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 39.

<sup>421</sup> J. LECA et M. GRAWITZ (dir.), *Traité de science politique*, PUF, t. 4, 1985, p. 34.

<sup>422</sup> D. LOCHAK, « Droit, normalité et normalisation », in CURAPP, *Le droit en procès*, PUF, 1987, p. 75.

<sup>423</sup> X. BIOY, « L'évaluation, nouvelle forme de création normative ? », in D. DERO-BUGNY ET A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>424</sup> Voir Première partie, Chapitre I, Section 1, §II, B, 1).

<sup>425</sup> X. BIOY, « L'évaluation, nouvelle forme de création normative ? », in D. DERO-BUGNY ET A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 205-206.

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 204

<sup>428</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>429</sup> L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du droit constitutionnel*, janv. 2007, n° 21.

de l'auteur fondée sur la définition kelsénienne de la norme, qui aboutit à nier la juridicité d'actes annulés par un juge sur le fondement de règles de droit<sup>430</sup>.

**178.** X. Bioy finit d'ailleurs par reconnaître une certaine normativité à l'évaluation. Toutefois, il ne semble pas considérer que cette normativité existe du point de vue du décideur. Celle-ci serait uniquement décelable depuis la perspective de l'évalué. L'auteur écrit ainsi que « l'anticipation de l'évaluation conduit à l'adaptation [des évalués] au modèle que décrivent les objectifs traduits en indicateurs ». L'évaluation appartiendrait à « un corpus déontique » pris en compte par les évalués, qui anticipent le comportement souhaité. Elle serait normative dans cette limite. X. Bioy n'évoque pas le destinataire de l'évaluation, le décideur. Selon lui, en dehors de ses effets sur les évalués, l'évaluation « ne se situe que dans le domaine du fait »<sup>431</sup>. Ainsi, l'auteur n'envisage pas que l'évaluation soit normative dans la mesure où elle servirait de référence au décideur pour prendre sa décision. Or les évalués constituent seulement l'*objet* de l'évaluation, et non ses destinataires.

Cette omission et cette confusion ne sont pas surprenantes dans la mesure où l'auteur donne une définition de l'évaluation qui passe sous silence son lien avec une procédure décisionnelle. En effet, il définit l'évaluation comme « une opération imposée ou recommandée par une règle de droit ou dont les modalités techniques sont définies par le droit » sans qu'il s'agisse d'une norme juridique<sup>432</sup>. Cette définition ne fait nulle mention du contexte procédural dans lequel s'inscrit l'évaluation. Son rejet de la normativité de l'expertise évaluative est donc fondé sur une définition critiquable de la norme et sur l'éviction du principal destinataire de l'évaluation : le décideur. De ce fait, la démonstration de X. Bioy ne constitue pas une objection dirimante à la normativité de l'évaluation comprise comme la possibilité pour l'évaluation de servir de référence dans le jugement du décideur.

**179.** Les doutes de X. Bioy mettent néanmoins en lumière la spécificité de la normativité de l'évaluation. Celle-ci est moins aisément décelable que la normativité des expertises judiciaires – qui participent directement à la qualification des faits – et des actes de droit

---

<sup>430</sup> Cf. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §I, B, 2), i).

<sup>431</sup> X. BIOY, « L'évaluation, nouvelle forme de création normative ? », in D. DERO-BUGNY ET A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>432</sup> X. BIOY, « L'évaluation, nouvelle forme de création normative ? », *loc. cit.*, p. 205.

souple – qui édictent explicitement une incitation ou une recommandation. R. Castel a très bien expliqué la différence qui pouvait exister entre ces actes et les expertises non judiciaires, comme les évaluations. Leur normativité est implicite. Pour démontrer la spécificité de cette normativité, l’auteur sépare les expertises techniques, qui fondent sur les informations aussi objectives et neutres que possible, des expertises « instituantes » qui interviennent dans des situations qui « sont problématiques en fonction d’enjeux de valeurs »<sup>433</sup>. L’évaluation peut être rattachée à cette seconde catégorie. Après avoir posé cette distinction, R. Castel montre en quoi la normativité des expertises instituantes est moins visible que la normativité des expertises techniques. Il prend l’exemple d’une information donnée par une expertise sur « l’existence de substances psychotropes destructrices pour la santé et altérant gravement l’autonomie de jugement des consommateurs ». Pour R. Castel, « [c]’est sans doute une information à caractère objectif, puisqu’elle est raisonnablement fondée sur l’état des connaissances médicales à un moment. Mais c’est davantage qu’une information, en ce sens qu’elle implique directement une prescription : on ne saurait laisser des gens se détruire eux-mêmes ou, s’y résignerait-on, il faudrait quand même contrôler le danger qu’ils présentent pour autrui. »<sup>434</sup>.

La normativité de l’évaluation peut être comprise à partir de cette analyse. En effet, le jugement contenu dans l’évaluation est formulé à partir de valeurs dont la réalisation est souhaitée ou évitée. Il renferme en conséquence un modèle d’action implicite, fondé sur le niveau de réalisation des valeurs en cause. R. Castel évoque à ce sujet la « force de conviction du savoir »<sup>435</sup> et B. Defoort l’autorité « épistémique » d’un acte, par opposition à son « autorité déontique »<sup>436</sup>. La caractérisation du caractère implicite du modèle normatif rejoint par ailleurs l’analyse de P. Amselek, qui rappelle « qu’une proposition n’est pas, par elle-même, révélatrice, significative objectivement, de son caractère normatif ou descriptif » et que « la qualification de “norme” n’est pas attachée aux propositions prises en elles-mêmes, mais à la perspective dans laquelle on les envisage, au rôle qu’on entend leur faire jouer »<sup>437</sup>. C’est la force illocutoire de l’évaluation, sa signification en fonction du contexte de sa production, qui révèle sa normativité. L’évaluation est donc

---

<sup>433</sup> R. CASTEL, « Savoirs d’expertise et production de normes », in F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, op. cit., p. 186, .

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>436</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 202.

<sup>437</sup> P. AMSELEK, *Essai de phénoménologie du droit*, op. cit., p. 73.

normative dans la mesure où elle produit toujours une référence implicite pour l'action dans sa conclusion. Elle est fondée sur des valeurs qui impliquent un engagement social.

Définir l'évaluation comme un acte normatif n'a pas qu'un intérêt purement théorique. Cela sert aux auteurs pour proposer l'établissement d'un régime juridique de l'évaluation adapté à sa fonction. Par exemple, pour K. Foucher, la normativité de l'évaluation, et plus particulièrement de l'évaluation des risques, devrait justifier l'institutionnalisation de la pluridisciplinarité dans sa préparation<sup>438</sup>. Elle justifierait aussi le contrôle de sa régularité, notamment pour s'assurer que la subjectivité « incontrôlable » et « indicible »<sup>439</sup> de son auteur ne dénature pas le fond de l'évaluation, qui a vocation à servir de modèle. Ce contrôle permettrait, incidemment, de s'assurer que le décideur se sert correctement du modèle qui lui est fourni.

**180.** La normativité de l'évaluation n'engendre toutefois pas automatiquement sa justiciabilité. Il y a des actes normatifs qui ne sont pas contrôlés. Les recours contre les actes décisifs qui ne font pas grief sont déclarés irrecevables par le juge. Pour autant, la normativité semble être une condition *sine qua non* de l'ouverture d'un contrôle juridictionnel de légalité par voie d'action devant le juge administratif. Devant le juge constitutionnel, la situation est différente. La Constitution décide des cas d'ouvertures du contrôle et le juge constitutionnel n'utilise le critère de la force illocutoire de l'acte qu'au stade du contrôle de la constitutionnalité des textes qui lui sont soumis, puisqu'il contrôle l'impérativité de la loi ordinaire seulement pour déterminer si le législateur a agi dans les limites de sa compétence<sup>440</sup> et puisqu'il accepte de contrôler des actes non normatifs – les lois de programmation<sup>441</sup>.

Devant le juge administratif, l'étude de la normativité de l'acte contesté joue avant l'examen du bien-fondé du recours. Elle détermine sa recevabilité. Sans normativité, il paraît impossible qu'un acte fasse grief. À ce titre, l'étude de la jurisprudence montre que le juge administratif prend en compte la force illocutoire de l'acte – sa signification de menace, ordre ou conseil en fonction du contexte – et sa force perlocutoire – les effets de l'acte – pour déceler sa normativité et juger la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir. La force illocutoire de l'acte peut ouvrir la voie du recours pour excès de pouvoir

---

<sup>438</sup> K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, thèse Nantes, 2000, p. 61.

<sup>439</sup> J.-Y. TRÉPOS, *La sociologie de l'expertise*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, p. 51.

<sup>440</sup> Cf. *supra*, Première partie, Chapitre I, Section 1, §I, A, 1).

<sup>441</sup> Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Avenir de l'École*.

si l'acte est prescriptif ou si l'acte « a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »<sup>442</sup> : en d'autres termes, l'acte doit exprimer un ordre, une interdiction, ou une recommandation proche de l'injonction. Si la force illocutoire de l'acte ne correspond pas à ces catégories, alors le juge examine la force perlocutoire de l'acte. Si l'acte a produit des effets notables – non juridiques –, c'est qu'un certain nombre de personnes l'a utilisé comme modèle, ce qui atteste de sa normativité.

Or, ce diptyque peut être appliqué à l'évaluation. En effet, il est d'abord possible de considérer que, le plus souvent, l'évaluation « a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles [elles] s'adressent ». Son rôle est d'apporter une information aussi objective et précise que possible au décideur pour qu'il fasse le choix le plus approprié. En outre, comme le montre X. Bioy, l'évaluation peut avoir des « effets notables » sur les personnes évaluées qui vont prendre en compte le résultat de l'évaluation pour changer leurs comportements en vue d'une évaluation future. Une évaluation négative peut enfin avoir des répercussions sur l'institution évaluée, dont les administrés se détourneraient au regard du contenu de l'expertise (une université ou un hôpital pourraient être moins fréquentés, par exemple, à la suite d'une évaluation défavorable ou mitigée).

L'évaluation peut donc présenter une normativité qui permettrait, au regard de la jurisprudence actuelle, l'ouverture d'un contrôle pour excès de pouvoir. Au-delà de ce recours spécifique, l'unité juridique des actes normatifs appelle l'organisation d'un contrôle juridictionnel unifié et adapté aux caractéristiques de cette forme spécifique d'avis. Un contrôle très éloigné de la multitude de techniques aujourd'hui employées par les juges quand ils sont confrontés aux évaluations.

**181. Conclusion du chapitre.** L'évaluation n'est pas un acte aisément identifiable en droit. Elle s'apparente à des catégories d'actes juridiques peu étudiées par la doctrine, dont la définition requiert de résoudre des questions fondamentales de la discipline juridique, questions qui ne sont pas l'objet même de cette recherche, mais dont l'étude est indispensable pour comprendre quel régime peut être associé aux actes évaluatifs. L'effort accompli pour définir l'évaluation n'est au demeurant pas vain. Celle-ci peut d'abord être

---

<sup>442</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76.

dissociée des actes décisifs et de la *soft law*, qui ne préparent pas, par nature, des décisions. Elle est un acte préparatoire et elle peut être plus précisément assimilée à une catégorie spécifique d'actes consultatifs, les expertises non contentieuses, dénuées d'impérativité, mais non de normativité, c'est-à-dire de prétention à servir de modèle pour leur destinataire. Si l'évaluation doit informer les décideurs publics, elle cherche, nécessairement, mais implicitement, à les orienter. Cette ambition permettrait à l'évaluation d'être contestable en justice : puisqu'elle a pour but de participer à la décision publique, voire de l'améliorer, sa régularité et son bien-fondé pourraient, voire devraient, être contrôlés, ainsi que la manière dont le destinataire s'en saisit.

Or les évaluations ont des caractéristiques communes qui justifient que ce contentieux soit, sinon uniforme, du moins harmonisé, au nom de la cohérence du système juridique. Cependant, aujourd'hui, les régimes et les recours ouverts contre les évaluations sont extrêmement divers. Toutes les évaluations ne sont pas contestables et il n'y a pas deux évaluations contrôlées selon les mêmes règles. Le droit positif ne reflète pas l'unité de la catégorie juridique des évaluations (Chapitre II).



## Chapitre II : Un régime indistinct en droit public

**183.** Bien qu'ils forment une catégorie juridique singulière de droit public, les actes évaluatifs ne sont pas encore soumis à un contrôle harmonisé. Chaque évaluation fait l'objet d'un contrôle différencié de la part du juge, sans que cela ne paraisse justifié par les particularités de chaque acte. Cette situation est en partie due aux réglementations régissant les évaluations, qui ont créé un ensemble de règles disparates (Section 1).

Or, au nom du principe de cohérence de l'ordre juridique, un contrôle unifié pourrait être mis en place. Pour ce faire, il ne serait pas nécessairement nécessaire de créer *ex nihilo* des règles et des principes nouveaux. Le juge pourrait en théorie faire usage de son « pouvoir jurisprudentiel »<sup>1</sup> pour dupliquer les règles contentieuses appliquées dans le contentieux des autres actes consultatifs. Cependant, il s'avère que ces contrôles souffrent eux-mêmes d'un manque de cohérence et de systématisation. Leurs modalités ne sont pas toujours adaptées aux spécificités des évaluations (Section 2).

### Section 1 : L'absence de contrôle juridictionnel unifié de l'évaluation

**184.** Le contrôle actuel de l'évaluation est kaléidoscopique. Les juges contrôlent les différents actes évaluatifs en fonction de l'objet évalué et de la branche du droit dont l'évaluation relève. Cette diversité est le reflet des textes en vigueur : il n'existe pas de *corpus* cohérent en matière d'évaluation (§I). En conséquence, le contrôle exercé par les juges est dépourvu de principes directeurs et il n'est pas nécessaire d'adopter un point de vue engagé<sup>2</sup> pour constater que ce contrôle n'est pas adapté aux spécificités de l'évaluation (§II).

---

<sup>1</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, 1972, rééd. LGDJ-Lextenso, coll. « Anthologie du droit », 2014, 321 p. Ce pouvoir s'oppose au « pouvoir juridictionnel » du juge, uniquement concentré sur la résolution du litige au fond.

<sup>2</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 78.

## §I. Les obstacles textuels à l'organisation d'un contrôle unifié de l'évaluation

**185.** Les textes relatifs à l'évaluation ne présentent pas de cohérence d'ensemble. Ils ne se répondent pas et ils fournissent peu d'indices sur l'unité des actes évaluatifs, qu'ils ne définissent pas (A). Qui plus est, ils ne contiennent pas de principes communs qui permettraient au juge de reconstruire la notion d'évaluation indirectement, à partir de son régime<sup>3</sup>. Ils ne permettent donc pas de déceler l'unité de la catégorie des actes évaluatifs (B).

### A. L'impossible identification directe de l'évaluation à partir des textes

**186.** Les textes relatifs à l'évaluation forment des législations indépendantes, ce qui rend difficile leur mise en relation. Depuis 1976, les textes se sont accumulés sans qu'un fil directeur ne les relie. Chaque évaluation semble relever d'une logique propre, inséparable de la matière dans laquelle elle s'insère (1). Non seulement les dénominations varient selon les textes, mais, en outre, ceux-ci ne définissent jamais leur objet (2). Ces divergences et omissions n'ont pas favorisé l'émergence d'un contentieux unifié.

#### 1) Un corpus dénué de fil directeur

**187.** En France, la succession chronologique des évaluations ne coïncide pas avec leur perfectionnement progressif. Chaque procédure d'évaluation est le fruit de circonstances particulières et répond à des problématiques inhérentes aux différentes branches du droit.

À cet égard, les études d'impact environnemental, inspirées des pratiques américaines<sup>4</sup>, semblent répondre à une logique propre au droit de l'environnement. Il est possible de les étudier sans se préoccuper des autres procédures évaluatives<sup>5</sup>. Créées en 1976, elles ont répondu à la volonté législative de mieux protéger l'environnement en exprimant une « nouvelle échelle de valeurs et [l'ambition de] donner de nouvelles

---

<sup>3</sup> V. E. LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, coll. « Thèses », 2012, p. 82.

<sup>4</sup> Elles ont été créées en 1969 avec le *National environment policy act* (le NEPA). V. S. HÉBRARD, *L'étude d'impact sur l'environnement : révolution ou évolution dans l'aménagement du territoire ?*, Thèse Université Paris II-Panthéon-Assas, 1982, p. 100 et s.

<sup>5</sup> En matière d'études d'impact environnementales, les comparaisons entre évaluations de la même catégorie dans plusieurs États paraissent plus pertinentes que des comparaisons entre évaluations de différents domaines, V. DELPIANO, *Le processus juridique d'évaluation et d'examen en matière environnementale en Amérique du Nord et dans l'Union européenne*, thèse Université de Nice, 1999, 747 p.

orientations aux objectifs sociaux » portées par le droit de l'environnement<sup>6</sup>. Quarante ans plus tard, ces études font office d'expertises scientifiques indispensables à la mise en œuvre de l'ordre public écologique que ce droit promeut<sup>7</sup> – elles sont d'ailleurs imposées par le droit de l'Union européenne<sup>8</sup>. En effet, si ce sont des textes de droit interne qui ont modelé l'étude et la notice d'impact des projets de travaux dans les années 1970<sup>9</sup>, les évaluations environnementales ont évolué dès 1985 sous l'impulsion de l'Union européenne, qui a rapidement pris le relais de la volonté nationale<sup>10</sup>. L'Union a imposé l'évaluation de nombreux documents d'urbanisme à l'occasion de leur élaboration ou de leur modification<sup>11</sup>. Elle a ainsi pallié l'essoufflement de la volonté du législateur national qui, à partir de 1985, s'est contenté de transposer, en général avec retard, les dispositions européennes<sup>12</sup>.

En droit de l'environnement, la nécessité de ces études s'est encore accentuée avec la reconnaissance du principe de précaution, qui renforce la dépendance du droit de l'environnement à l'évaluation – en l'occurrence à l'évaluation des risques<sup>13</sup>. Tout indique ainsi que l'évaluation environnementale est avant tout une affaire de droit de l'environnement, ce qui justifierait sa soumission à un régime contentieux spécifique.

**188.** Les évaluations réalisées en droit de la santé – les premières réalisées, au sens large, sous la V<sup>e</sup> République<sup>14</sup> – semblent tout aussi autarciques. Ces évaluations ont toujours été

---

<sup>6</sup> M. DESPAX, *Droit de l'environnement*, Librairies techniques, 1980, p. 1.

<sup>7</sup> V. E. NAIM-GESBERT, « L'irrésistible ordre public écologique. Risque et État de droit », in *Pour un droit commun de l'environnement : Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1327.

<sup>8</sup> Directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement et directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

<sup>9</sup> Loi n° 76-629 du 10 juill. 1976 relative à la protection de la nature et décret d'application n° 77-1141 du 12 oct. 1977.

<sup>10</sup> Dès 1985, cf. directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement et directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

<sup>11</sup> Obligation transposée aux articles L. 104-1 et s. du code de l'urbanisme.

<sup>12</sup> Par exemple, le décret n° 2010-635 du 9 avril 2010 est une réaction à la condamnation de la France par la CJUE le 4 mars 2010 (aff. C-241/08, *AJDA*, 2010, p. 468) tandis que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 dite loi Macron a été prise une fois qu'une procédure d'infraction après l'engagement, par la Commission européenne, d'une procédure d'infraction contre la France, v. P. PLANCHET, « Quand les droits de l'urbanisme et de l'environnement font cause commune », *AJDA*, 2015, p. 2193-2199.

<sup>13</sup> V. N. DE SADELEER, « Les avatars du principe de précaution en droit public : effet de mode ou révolution silencieuse ? », *RFDA*, 2001, p. 547 et s.

<sup>14</sup> Ordonnance n° 59-250 du 4 février 1959 relative à la réforme du régime de la fabrication des produits pharmaceutiques et à diverses modifications du code de la santé publique.

pensées et modifiées dans la seule perspective du droit sanitaire. Aucune réflexion croisée n'a été menée lors de la refonte de la procédure d'autorisation de mise sur le marché des médicaments en 1993, en réponse aux scandales sanitaires du début des années 1990<sup>15</sup>. Au contraire, cette réforme a accentué leur particularisme. Ces évaluations sont désormais indissociables de la notion de sécurité sanitaire, qui désigne la « sécurité des personnes contre les risques thérapeutiques de toute nature, risques liés aux choix thérapeutiques, aux actes de prévention, de diagnostic et de soins, mais également à l'usage des biens et des produits de santé, comme aux interventions et aux décisions des autorités sanitaires et réglementaires »<sup>16</sup>. Cette expression a accompagné la création des premières agences sanitaires chargées de réaliser les nouvelles évaluations. Depuis, les procédures évaluatives en droit de la santé évoluent en même temps que ces agences, c'est-à-dire à chaque fois qu'un nouveau scandale sanitaire éclot<sup>17</sup>. De ce fait, les évaluations évoluent uniquement au gré du droit de la santé publique et, pour la plupart, ne semblent avoir que ce droit pour horizon<sup>18</sup>.

**189.** Cet horizon restreint est aussi celui de l'évaluation préalable des contrats de partenariat. L'avènement de cette évaluation qui recherche seulement l'efficacité de l'action publique est dissociable des autres branches du droit. Cette situation s'explique par l'histoire des contrats de partenariat, qui ont été façonnés sur le modèle britannique du *Private Finance Initiative*<sup>19</sup>. L'évaluation préalable est le pendant français du *Public Sector Comparator* (PSC)<sup>20</sup>, l'évaluation à visée uniquement économique précédant la conclusion d'un contrat de partenariat outre-manche.

---

<sup>15</sup> Plus précisément les scandales du sang contaminé et de la « vache folle ».

<sup>16</sup> J.-P. BUISSON et D. GIORGI, *La politique du médicament*, LGDJ, coll. « Clefs Économie », 1997, p. 26.

<sup>17</sup> V. S. BRIMO, « Les agences sanitaires : traduction(s) institutionnelle(s) d'un principe fonctionnel ? », *RDSS*, 2013, p. 779-789. L'évaluation des établissements hospitaliers a ainsi été d'abord réalisée par l'ANDEM (Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale), créée à la suite du scandale du sang contaminé le 31 juillet 1991 a été remplacée par l'ANAES (Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé) en avril 1996 après le scandale de l'amiante et a elle-même été remplacée par la HAS (la Haute autorité de la santé) en 2004 après le scandale de la « vache folle ».

<sup>18</sup> Le rapport qui leur a été consacré en 2011, les évaluations sanitaires ne sont interrogées que dans la perspective du droit sanitaire. À ce titre, lorsque les auteurs du rapport s'interrogent sur la faible valorisation de l'expertise, trop peu rémunérée, ils ne s'intéressent pas aux solutions retenues dans d'autres domaines. V. F. BAS-THÉRON., C. DANIEL et N. DURAND, *Expertise sanitaire. Rapport de synthèse*, IGAS, 2011, p. 47-49. Aucune autre catégorie d'évaluation n'est évoquée dans le rapport, plus largement, à titre de comparaison.

<sup>19</sup> En 2016, L. Richer dénombre plus de 800 contrats passés sous cette forme au Royaume-Uni mais il subit les mêmes critiques que les contrats et marchés de partenariat français, v. L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 10<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 531.

<sup>20</sup> V. A. BRÉVILLE, « Comparaison entre les contrats de partenariat au Royaume-Uni et aux USA », *Le Moniteur – Contrats publics*, 2004, n° 36, p. 49.

L'emprise économique de l'évaluation britannique a été reproduite en France. La définition des principes et de la méthodologie des évaluations préalables a été déléguée au ministère de l'Économie et des Finances<sup>21</sup> dont la perspective n'a pas dépassé les contrats publics<sup>22</sup>. La refonte de ces évaluations en 2015 n'a pas desserré l'étai intellectuel pesant sur elles. Elles semblent toujours indissociables du droit des contrats publics et dépourvues de lien avec les autres évaluations.

**190.** L'intertextualité est donc rare en matière évaluative. La dénomination commune utilisée pour désigner les évaluations accompagnant les projets de loi et les évaluations environnementales – toutes deux nommées études d'impact – fait figure d'exception. Exception purement nominale, d'ailleurs, puisque l'homonymie est en réalité leur seul point commun. La création de l'étude d'impact des projets de loi est le résultat de pressions internationales spécifiques, émanant notamment de l'OCDE<sup>23</sup>, et de pressions nationales exercées au nom de la qualité du travail parlementaire<sup>24</sup>. Par ailleurs, le juge constitutionnel, compétent pour contrôler les études d'impact des projets de loi, ne s'est pas inspiré des méthodes du juge administratif pour définir les modalités de son contrôle<sup>25</sup>, qui est bien moins intense que celui réalisé en matière environnementale<sup>26</sup>. De ce fait, pour Ch. Cans un « paradoxe réside dans le fait que plus l'idée même d'«étude d'impact préalable» pénètre toutes les strates du droit, plus le vocabulaire et les méthodes se diversifient »<sup>27</sup>. Les similitudes entre les études d'impact en droit constitutionnel et en droit de l'environnement sont donc ténues.

Il semble plus aisé d'établir une parenté entre les évaluations individuelles des agents publics et les évaluations de droit privé réalisées par les employeurs sur leurs salariés et aujourd'hui encadrées par le code du travail<sup>28</sup>. Les évaluations des fonctionnaires ne constituent pas, toutefois, une transposition des pratiques privées. Cette version modernisée

---

<sup>21</sup> MINEFI, *Contrats de partenariat, principes et méthodes*, 2011. Disponible sur l'Internet, 62 p.

<sup>22</sup> F. BRENET, F. MELLERAY, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats*, Litec, coll. « Collectivités territoriales », 2005, 278 p.

<sup>23</sup> V. OCDE, *Mieux légiférer en Europe. France*, éd. OCDE, 2010, 220 p.

<sup>24</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, La doc. Fr., 2006, p. 305.

<sup>25</sup> Sur le fondement de l'article 39.3 de la Constitution et de l'article 61, cf. Cons. const., n° 2010-603 DC, 11 fév. 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*

<sup>26</sup> V. *infra*, Première partie, Titre premier, Chapitre II, §II, B, 2).

<sup>27</sup> Ch. CANS, « Variations autour d'une innovation environnementale. L'impact des études d'impact sur le droit public », in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 475.

<sup>28</sup> Articles L. 1222-2 et suivants du code du travail.

de la procédure de notation, dont les dysfonctionnements étaient vivement critiqués<sup>29</sup>, n'a transposé aucun des principes évaluatifs protecteurs définis en droit du travail. Les textes de droit public ne précisent pas, comme le font les textes de droit privé, que « les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à [l'agent] ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles »<sup>30</sup>. Ils n'expliquent pas que « ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes » ou que « les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie »<sup>31</sup>. Ils ne transposent pas non plus les règles définies par le juge judiciaire quant aux critères utilisables par l'employeur<sup>32</sup>. En bref, les autorités compétentes n'ont pas extrait l'évaluation nouvellement créée de son environnement immédiat.

Les législations relatives à l'évaluation forment ainsi des îlots juridiques, des blocs épars et indépendants, qui peuvent laisser penser que chaque évaluation devrait obéir à un régime singulier. Cette impression est renforcée par l'absence de définition textuelle générale de l'évaluation. Les autorités compétentes se sont contentées de décrire avec plus ou moins de minutie la procédure et le contenu des diverses évaluations instaurées, sans s'apercevoir de l'unité profonde qui les relie. Privé de repères conceptuels, le juge n'a pas pu reconstruire la catégorie des actes évaluatifs et les soumettre à un contrôle homogène (2).

## 2) L'absence de définition textuelle de l'évaluation

**191.** Le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont manifestement pas perçu les liens qui unissaient les différents actes évaluatifs et ont favorisé le développement d'un contrôle pluriel de l'évaluation. En premier lieu, les pouvoirs publics n'ont pas dénommé de manière cohérente les différents actes évaluatifs. Ils sont appelés « avis »<sup>33</sup>, « études

---

<sup>29</sup> V. par exemple, M. BRESLAU, *La notation et la constitution du dossier du fonctionnaire depuis l'affaire des fiches*, Thèse Paris II, 1994, p. 370 et s. et v. A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *La fonction publique*, LexisNexis, coll. « Traités », 3<sup>e</sup> éd., 2012, 1186 p.

<sup>30</sup> Article L. 1222-2 code du travail.

<sup>31</sup> Article L. 1222-3 du code du travail.

<sup>32</sup> TGI de Nanterre, 5 sept. 2008, n° 08/05737 : les critères d'évaluation doivent être objectifs et transparents et les critères comportementaux ne doivent pas placer les personnes évaluées dans une situation « d'insécurité préjudiciable ». V. aussi CA Toulouse, 21 sept. 2011, n° 11/00604, cités par P. DENIMAL, « Appréciation individuelle : une démarche juridiquement délicate », *Les cahiers du DRH*, 2014, n° 205, p. 53-58.

<sup>33</sup> Pour la Commission de la transparence, articles R. 163-4 et R. 163-21 du code de la sécurité sociale.

d'impact »<sup>34</sup>, « rapport »<sup>35</sup> ou « évaluation »<sup>36</sup> sans que des critères objectifs, comme leur objet, ne semblent justifier ces choix. Les études d'impact concernent aussi bien des projets de travaux que des projets de textes (législatifs), mais certains projets de textes – les documents d'urbanisme et les contrats devenus marchés de partenariat – sont, eux, soumis à des « évaluations ». Quant aux évaluations des médicaments, dont la logique est proche des projets de travaux évalués par les études d'impact, elles sont dénommées « avis ». Aucune cohérence n'est donc décelable.

Ces choix sont d'autant plus surprenants que les textes confèrent bien le même objet à ces différents actes : ils doivent « évaluer ». En effet, les études d'impact environnemental sont qualifiées d'évaluations par le code de l'environnement<sup>37</sup> et les textes précisent que l'étude d'impact des projets de loi « expose avec précision (...) l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales... »<sup>38</sup>. Le code de la sécurité sociale confirme quant à lui que l'avis de la Commission de la transparence « réévalue » le service médical rendu d'un médicament<sup>39</sup>. Rien ne justifie donc la subtilité sémantique des dénominations des actes évaluatifs.

**192.** La confusion causée par la multiplicité des termes est aggravée par l'absence de définition conceptuelle de l'évaluation dans les textes – une situation observable dans les autres États pratiquant l'évaluation<sup>40</sup>. Les dispositions relatives aux évaluations frappent par leur indigence. Tout au plus est-il possible d'apprendre en les lisant que l'étude d'impact des projets de loi « évalue »<sup>41</sup>, que les études d'impact environnemental constituent des « rapports d'évaluation des incidences sur l'environnement qui « décrivent et apprécient »<sup>42</sup>, que les évaluations environnementales « décrivent et évaluent »<sup>43</sup> et que

---

<sup>34</sup> Article L. 122-1 du code de l'environnement et article 39.3 de la Constitution et article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

<sup>35</sup> L'article L. 6113-6 du code de la santé publique parle de « rapport de certification » pour désigner l'évaluation des établissements de santé.

<sup>36</sup> V. entre autres l'article les articles L. 104-1 et s. du code de l'urbanisme et le décret 2014-526 du 16 déc. 2014 relatif à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux.

<sup>37</sup> Article L. 122-1 du code de l'environnement.

<sup>38</sup> Alinéa 5 de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

<sup>39</sup> Articles R. 163-3 et R. 163-18 du code de la sécurité sociale.

<sup>40</sup> V. DELPIANO, *Le processus juridique d'évaluation et d'examen...*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>41</sup> Alinéa 5 de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 précitée.

<sup>42</sup> Article L. 122-1 du code de l'environnement.

<sup>43</sup> Articles L. 104-1 et s. et R. 104-4 et s. du code de l'urbanisme.

l'évaluation préalable des contrats « présente » et « analyse »<sup>44</sup>. Pour le reste, les textes se contentent de décrire les différentes rubriques que doit contenir l'évaluation.

Le constituant, le législateur et le pouvoir réglementaire ne se questionnent dans aucun texte sur la nature de l'acte qu'ils prévoient. Nulle part il n'est précisé en quoi consiste l'évaluation. Les textes relatifs au Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES) sont à cet égard édifiants. L'article L. 114-3-1 du code de la recherche définit les missions d'évaluation du HCERES. D'après cet article, le HCERES est notamment chargé « d'évaluer les établissements d'enseignement supérieur et leurs regroupements, définis à l'article L. 718-3 du code de l'éducation, les organismes de recherche, les fondations de coopération scientifique et l'Agence nationale de la recherche ou, le cas échéant, de s'assurer de la qualité des évaluations conduites par d'autres instances ». Plus de six missions d'évaluation lui sont confiées et le terme « évaluation » apparaît à toutes les phrases de cet article. Or, il n'est pas défini dans ces dispositions, ni dans la section relative aux « objectifs de l'évaluation » ni dans la section 1 intitulée « dispositions diverses relatives à l'évaluation et au contrôle ». Le décret d'application qui régit l'organisation et le fonctionnement du Haut Conseil est également muet<sup>45</sup>. Le défaut de conceptualisation des pouvoirs publics est ainsi flagrant : les textes s'évertuent à poser les conditions d'application d'un acte qu'ils ne définissent pas.

**193.** Dans ce contexte, il est compréhensible que le juge n'ait pas aperçu l'unité de la catégorie des actes évaluatifs à partir de leur réglementation et qu'il ne les ait pas soumis à un contentieux harmonieux. Seule la lecture de la doctrine, surtout de la doctrine non juridique, permet d'identifier leur essence commune.

Le droit positif ne permet pas davantage de reconstruire indirectement la notion d'évaluation à partir de son régime. Rares sont en effet les textes à évoquer les principes devant régir l'évaluation. À ce titre, les articles relatifs au HCERES constituent une exception. Alors qu'ils ne donnent aucun indice sur la nature de l'acte à réaliser, ils prévoient de manière remarquable les principes qui doivent le guider. L'article L. 114-3-1 du code de la recherche expose ainsi que le HCERES « fonde son action, en ce qui concerne les critères d'évaluation, sur les principes d'objectivité, de transparence et d'égalité de traitement entre les structures examinées et, en ce qui concerne le choix des personnes

---

<sup>44</sup> Article 147 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>45</sup> Décret n° 2014-1365 du 14 novembre 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur.

chargées de l'évaluation, sur les principes d'expertise scientifique au meilleur niveau international, de neutralité et d'équilibre dans la représentation des thématiques et des opinions. Il veille à la prévention des conflits d'intérêts dans la constitution des comités d'experts chargés de conduire les évaluations ». L'article L. 114-3 du code de la recherche pose, lui, le principe du contradictoire. Cette explicitation des principes de l'évaluation est rarissime. Les textes sont en général muets sur le régime de l'évaluation, qu'il s'agisse de son régime contentieux ou non-contentieux (B).

## **B. L'impossible reconstruction indirecte de la catégorie juridique de l'évaluation**

**194.** Bien que les évaluations ne soient pas définies dans les textes, le droit positif aurait pu révéler leur unité de façon incidente, en établissant des éléments de régime communs. Si la mise au jour d'une notion à partir de son régime semble incompatible avec l'idée selon laquelle la notion précède son régime, ce renversement est parfois effectué par le juge pour bâtir *a posteriori* l'unité d'une notion<sup>46</sup>. De ce fait, si des similitudes de régime étaient décelables dans les textes, le juge aurait pu en inférer l'identité de nature des évaluations et harmoniser son contrôle. De telles similitudes sont cependant introuvables. Les principes d'indépendance et d'impartialité de l'évaluateur ainsi que les principes d'objectivité et de motivation de l'évaluation ne sont ni systématiquement évoqués<sup>47</sup> ni systématiquement respectés dans les textes (1). De fait, les quelques éléments de régime récurrents contreviennent aux principes fondamentaux de l'évaluation et de toute expertise, à commencer par l'objectivité de l'acte produit (2).

### 1) La mise en œuvre aléatoire des principes de l'évaluation

**195.** Les dispositions textuelles relatives au régime des évaluations ne permettent pas d'induire l'existence d'une catégorie juridique spécifique. Les textes font rarement référence aux principes fondamentaux qui les régissent d'après la définition donnée en introduction<sup>48</sup> et, parfois, ils les enfreignent. Les pouvoirs publics semblent ainsi peu

---

<sup>46</sup> V. E. LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, op. cit., p. 82.

<sup>47</sup> Il faut lire entre les lignes de plusieurs dispositions pour déceler l'obligation de motivation prévue dans toutes les procédures évaluatives, v. *infra*, § 413.

<sup>48</sup> L'évaluation peut être définie comme un acte écrit, objectivant et justifiant un jugement de valeur porté par un évaluateur indépendant et impartial sur un objet, en fonction de données mesurées et selon des critères et des valeurs de référence qu'il ne choisit pas seul. L'évaluation est destinée à informer une autorité en vue de la prise d'une décision. Elle est donc soumise aux principes d'objectivité et de motivation.

sensibles à l'importance des garanties d'objectivité, d'indépendance et d'impartialité de l'évaluation alors que celle-ci se caractérise, comme toute expertise, par la spécificité et la rigueur de sa méthode.

La réglementation de l'évaluation des fonctionnaires est un bon exemple de cette indifférence. Bien que des sociologues aient alerté sur la dangerosité des évaluations du travail, qui peuvent avoir des effets néfastes sur les évalués<sup>49</sup> et notamment provoquer des dépressions<sup>50</sup>, les textes régissant les évaluations individuelles des fonctionnaires ne garantissent pas clairement leur objectivité<sup>51</sup>. Seul le principe du contradictoire est garanti par les textes – il se réalise au cours de l'entretien d'évaluation par le dialogue mis en place avec l'évaluateur et par les observations que l'évalué peut envoyer après l'entretien<sup>52</sup>. Ce laconisme est étonnant. Les pouvoirs publics auraient dû veiller davantage à l'objectivité de l'évaluation, dans la mesure où l'égalité de traitement est un principe fondamental de la fonction publique<sup>53</sup> et que l'objectif de l'évaluation est, comme celui de la notation avant elle, de limiter l'arbitraire hiérarchique<sup>54</sup>.

Certes, l'organisation des évaluations professionnelles pose toujours des difficultés concernant l'impartialité de l'évaluateur, puisque la personne qui connaît le mieux le travail effectué est le supérieur hiérarchique direct de l'agent<sup>55</sup>, mais ce biais incitait justement au rappel de la nécessité d'une évaluation objective – rappel que le juge judiciaire n'a pas hésité à faire en droit du travail<sup>56</sup>. Il est vrai que les critères de l'évaluation des agents

---

<sup>49</sup> V. A. DEL REY, *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, 2013, 149 p. et C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Éditions Quae, coll. « Sciences en question », 84 p.

<sup>50</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2003, 02-30577. La Cour de cassation a reconnu que la dépression nerveuse contractée par un salarié à la suite d'un mauvais entretien d'évaluation, après des années de bons résultats, était un accident du travail.

<sup>51</sup> Décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 relatif à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux ; décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État et décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 portant application de l'article 65-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

<sup>52</sup> Article 4 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour les fonctionnaires d'État, articles 4 et 6 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 pour les fonctionnaires territoriaux et article 5 du décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 pour la fonction publique hospitalière.

<sup>53</sup> Article 6 sexies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; v. E. AUBIN, « Les valeurs de la fonction publique en dehors de la loi du 13 juillet 1983 », AJDA, 2013, n° 21, p.1212-1217.

<sup>54</sup> G. ASCHIERI et A. LE PORS, *La fonction publique du XXI<sup>e</sup> siècle*, Les éditions de l'Atelier/éditions ouvrières, 2015, p. 146-147.

<sup>55</sup> Ce supérieur n'est pas l'agent placé le plus près de l'évalué. Il s'agit de celui « qui est investi de prérogatives permettant effectivement d'effectuer son évaluation : ce qui est déterminant est le pouvoir d'organiser le travail de l'agent évalué, d'en ordonner et d'en contrôler le contenu » (CAA de Lyon, 3 déc. 2018, req. n° 16LY00043).

<sup>56</sup> V. par exemple, TGI de Nanterre, 5 sept. 2008, n° 08/05737, précité.

publics sont définis à l'avance par les textes, contrairement à ce qui se fait en droit du travail, de telle sorte qu'ils ne relèvent pas de l'arbitraire de l'évaluateur. Cependant, l'absence d'interdiction explicite des critères fondés sur le comportement ou la personnalité de l'évalué surprend. En effet, comme l'a rappelé le juge judiciaire, ce type de critères donne prise à une subjectivité accrue de l'évaluateur, voire au dévoiement de l'évaluation – ce n'est plus le travail du salarié qui est évalué, mais la personne même du salarié, ce qui est source d'inégalité et ce qui peut être traumatisant pour le travailleur<sup>57</sup>. Ce risque est vérifié en droit de la fonction publique, puisque le silence des textes laisse prospérer des critères aussi flous, périlleux à mettre en œuvre et peu appropriés pour évaluer le travail fourni que le critère du « sens de l'intérêt général » de l'agent<sup>58</sup>. L'intervention correctrice de l'autorité hiérarchique, qui est limitée par les décrets à un simple « visa » du compte rendu de l'entretien par l'autorité hiérarchique<sup>59</sup>, n'est pas à même de compenser ce défaut d'objectivité. Celle-ci n'est garantie qu'*a minima*. Aucun principe fondamental de l'expertise évaluative n'est énoncé alors qu'il s'agit d'une procédure aux effets psychologiques et sociaux potentiellement destructeurs.

**196.** Le désintérêt des autorités publiques pour le régime de l'évaluation transparaît également dans les évaluations institutionnelles, exception faite des évaluations de l'enseignement supérieur et de la recherche. Initialement, les textes relatifs à cette catégorie d'évaluations étaient aussi laconiques que les autres. Le décret créant le Comité national de la recherche scientifique en 1982<sup>60</sup> et la loi lui substituant l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES)<sup>61</sup> n'imposaient que le principe du contradictoire dans la conduite de l'évaluation. Pour le reste, la procédure était discrétionnairement définie par les organes créés, ce qui suscitait l'insatisfaction des évalués, c'est-à-dire des universitaires<sup>62</sup>. Le législateur a finalement écouté ces derniers et

---

<sup>57</sup> V. M. HAUTEFORT, « Évaluation – Dans quelles conditions le comportement peut-il entrer dans les critères d'évaluation ? », *Jurisprudence sociale Lamy*, 2011, n° 308, p. 9-11.

<sup>58</sup> Fiche d'évaluation des administrateurs civils, fournie en juin 2016 lors d'un entretien avec un fonctionnaire étatique chargé de réaliser les évaluations d'un service appartenant au ministère de l'Économie et des Finances.

<sup>59</sup> Article 4 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour les fonctionnaires d'État, article 6 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 pour les fonctionnaires territoriaux et article 5 du décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 pour la fonction publique hospitalière

<sup>60</sup> Décret n° 82-993 du 24 novembre 1982 portant organisation et fonctionnement du Centre national de la recherche scientifique.

<sup>61</sup> Loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 de programme pour la recherche.

<sup>62</sup> V. par ex. O. DORD, « Réforme du statut des enseignants-chercheurs : universités vs. universitaires ? », *AJDA*, 2010, n° 6, p. 323-32, et J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « L'évaluation des enseignants-chercheurs », in Ch. Fortier (dir.), *Université, universités*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 349.

il a réorganisé leur évaluation en 2013. Il a alors adopté le texte le plus fidèle à la logique évaluative. Les trois sections du code de la recherche consacrées au HCERES<sup>63</sup> constituent ainsi une exception remarquable au regard des autres textes en vigueur. L'impartialité, l'indépendance, la collégialité et la contradiction lors de la conduite de l'évaluation sont définis dans la loi. Si c'est toujours l'institution créée qui définit précisément la procédure d'évaluation, le Haut Conseil est borné dans sa démarche.

Cette abondance de détails tranche avec le laconisme des articles du code de la santé publique décrivant la procédure de certification des établissements de santé. En effet, alors que ces articles délèguent également l'établissement de la procédure évaluative à une autorité indépendante – la HAS – ils posent comme seule limite le respect du secret professionnel de l'établissement. La définition des critères et de la procédure est entièrement dévolue à la HAS, sans précision supplémentaire<sup>64</sup>. Les principes fondamentaux de l'évaluation sont donc aléatoirement pris en compte par les pouvoirs publics.

**197.** Les évaluations sanitaires des produits corroborent cette analyse. Deux évaluations très proches dans la méthode et dans les fins, celles de la Commission de la transparence et de la CNEDIMTS, sont soumises à des régimes sensiblement différents. Les articles du code de la sécurité sociale relatifs à la Commission de la transparence sont plutôt conformes aux principes de l'évaluation : ils imposent la motivation des avis rendus – c'est le seul principe expressément nommé<sup>65</sup> –, ils organisent une forme de contradictoire avec le laboratoire produisant le médicament évalué, ils interdisent les conflits d'intérêts aux membres de la Commission et ils précisent leur mode de désignation, ce qui garantit la collégialité, l'impartialité et l'indépendance des évaluateurs à l'égard du décideur<sup>66</sup>. Ils contrastent avec la brièveté des textes relatifs à la CNEDIMTS, qui se contentent d'interdire les conflits d'intérêts<sup>67</sup> et d'imposer la motivation des avis rendus, sans contenir un seul des autres principes cités<sup>68</sup>.

Face à tant de diversité, il est impossible d'identifier une quelconque identité de régime entre évaluations et de conclure à leur nature commune. Il existe bien quelques

---

<sup>63</sup> Articles L. 114-1 et s. du code de la recherche.

<sup>64</sup> Article L. 6113-4 et article R. 6113-12 et s. du code de la santé publique.

<sup>65</sup> Articles R. 163-15 à R. 163-21-1 du code de la sécurité sociale.

<sup>66</sup> Article R. 163-17 du code de la sécurité sociale.

<sup>67</sup> Article R. 165-20 du code de la sécurité sociale.

<sup>68</sup> Articles R. 165-18 à R. 165-22 du code de la sécurité sociale.

réurrences dans les textes, mais elles caractérisent des dispositions méconnaissant l'exigence d'objectivité de l'évaluation (2).

## 2) La méconnaissance ponctuelle des principes de l'évaluation

**198.** Des similitudes de régime sont observables entre les textes organisant les études d'impact des projets de loi, les évaluations préalables aux contrats de partenariat et les évaluations environnementales – au sens large. Aucun de ces énoncés ne formule explicitement l'exigence d'impartialité ou d'indépendance de l'évaluateur. Au contraire, ils désignent toujours le porteur du projet, nécessairement partial, comme évaluateur. Dès lors, si le juge avait déduit de ces actes l'existence d'une catégorie juridique spécifique, il aurait consacré des principes antinomiques avec les exigences fondamentales de l'évaluation.

Certes, la désignation du porteur du projet comme évaluateur dans ces hypothèses est justifiée par des considérations pragmatiques – il connaît mieux que quiconque le projet – mais, en contrepartie, des garanties d'impartialité auraient dû être clairement énoncées. Longtemps, cependant, les pouvoirs publics ont ignoré les alertes lancées par la doctrine et par l'Union européenne. Le seul facteur d'objectivité de ces évaluations consistait dans la prédétermination des critères d'évaluation. À cet égard, le cas des études d'impact environnemental est exemplaire. De 1976 à 2005, les textes se sont contentés de désigner le maître d'ouvrage comme évaluateur et de détailler les rubriques de l'évaluation. Pourtant, en 1997, l'Union européenne a émis une directive imposant aux États la création d'une autorité environnementale, indépendante de l'évaluateur et du décideur, chargée de vérifier la qualité de l'évaluation et assurant, incidemment, son objectivité<sup>69</sup>. La France n'a transposé cette disposition que tardivement<sup>70</sup> et elle l'a transposé imparfaitement : jusqu'en 2016, les autorités environnementales désignées n'étaient pas toutes indépendantes du décideur. Il a fallu attendre un arrêt du Conseil d'État annulant une autorisation administrative sur le fondement du défaut d'impartialité d'une autorité environnementale<sup>71</sup> pour que le gouvernement décide d'intervenir pour assurer leur indépendance<sup>72</sup> – et

---

<sup>69</sup> Directive n° 97/11/CE du 3 mars 1997, article 1er-7.

<sup>70</sup> Loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement et décret n° 2009-496 du 30 avril 2009 relatif à l'autorité administrative de l'État compétente en matière d'environnement prévue aux articles L. 122-1 et L. 122-7 du code de l'environnement.

<sup>71</sup> CE, 26 mai 2015, *France Nature Environnement*, n° 360212, Rec. T. p. 577-834.

<sup>72</sup> Décret n° 2016-519 du 28 avril 2016 portant réforme de l'autorité environnementale.

l'assurer imparfaitement<sup>73</sup>. Force est de constater la tardiveté de cette intervention : les textes régissant les études d'impact environnemental n'ont pas respecté les principes fondamentaux de l'évaluation de leur création à 2016 – soit pendant quarante ans.

La même problématique s'est posée pour les évaluations environnementales des documents d'urbanisme<sup>74</sup>, avec, toutefois, une difficulté supplémentaire. Dans ce domaine, l'évaluateur porteur du projet est aussi le décideur, ce qui fait qu'il ne jouit *a priori* ni de l'impartialité ni de l'indépendance attendue d'un évaluateur. Entre leur création en 2004 et la réforme des autorités environnementales, aucun mécanisme ne compensait véritablement ces manquements. L'objectivité des évaluations environnementales n'était pas assurée.

**199.** Les évaluations préalables des contrats de partenariat appartiennent aussi à la sous-catégorie des évaluations indifférentes à l'objectivité de l'acte produit. En effet, l'expert chargé d'évaluer préalablement les contrats devenus les marchés de partenariat n'est autre que la personne publique désireuse de conclure le contrat. L'ordonnance de 2004<sup>75</sup> avait toutefois créé un organe spécial chargé d'aider les collectivités publiques à réaliser ces évaluations potentiellement techniques : il aurait pu compenser la partialité de l'évaluateur. Cet organe, la Mission d'appui aux partenariats publics-privés (la MAPPP)<sup>76</sup> était obligatoirement saisi de tous les projets de contrats de partenariat conclus par l'État, ses établissements publics et les établissements publics hospitaliers<sup>77</sup>, tandis que son intervention pour les évaluations réalisées par des collectivités territoriales et leurs établissements publics était seulement facultative. Cette intervention extérieure ne garantissait cependant pas l'impartialité des évaluations préalables, puisque comme l'ont dénoncé la Cour des comptes<sup>78</sup> et les parlementaires<sup>79</sup>, elle avait aussi pour mission de promouvoir les contrats de partenariat. Or, elle concluait toujours favorablement en faveur

---

<sup>73</sup> Le juge a annulé une partie du décret de 2016 en raison de l'absence d'indépendance fonctionnelle des services du préfet régional, qui était encore l'autorité environnementale compétente dans certains cas, CE, 6 déc. 2017, *Assoc. France Nature Environnement*, n° 400559, rec. T. 691. V. L. SANTONI, « L'autorité environnementale (AE) doit être autonome à l'égard du maître d'ouvrage et de l'autorité compétente », *Construction-Urbanisme*, janv. 2018, comm. 1. Cet arrêt a depuis été confirmé, CE, 13 mars 2019, *France Nature Environnement*, req. n° 414930, à paraître aux tables du Recueil Lebon.

<sup>74</sup> Articles L. 104-1 et s. et R. 104-4 et s. du code de l'urbanisme.

<sup>75</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

<sup>76</sup> Décret n° 2004-1119 du 19 oct. 2004 relatif à la mission d'appui aux partenariats public-privé.

<sup>77</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

<sup>78</sup> COUR DES COMPTES, *Rapport public 2015*, t. II, chap. 3 « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », La doc. Fr., p. 148-217.

<sup>79</sup> H. PORTELLI et J.-P. SUEUR, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », 2014, 99 p.

de ces contrats : l'impartialité de l'évaluation n'était donc pas garantie. La réforme de 2015 a été l'occasion de remédier à ces dysfonctionnements. Si les pouvoirs publics n'ont pas saisi cette occasion pour énoncer clairement les principes d'impartialité et d'indépendance de l'évaluation, la MAPPP a été supprimée et remplacée par un organisme dont la mission est plus neutre, ce qui devrait renforcer l'objectivité des évaluations préalables des marchés de partenariat<sup>80</sup>.

Cette évolution favorable fait figure d'exception. Les autres catégories d'évaluations préalables, notamment celles précédant la conclusion de baux emphytéotiques administratifs, n'énoncent toujours pas la moindre garantie d'objectivité<sup>81</sup>. Manifestement, l'impartialité des évaluations produites n'est pas une préoccupation prioritaire pour les pouvoirs publics, ce que le régime des études d'impact des projets de loi achève de démontrer.

**200.** La procédure d'élaboration de ces études témoigne de l'indéfectible indifférence des pouvoirs publics quant à l'objectivité de l'évaluation. En premier lieu, elle n'est organisée ni par la Constitution ni par la loi organique, qui ne désignent même pas l'organe chargé de rédiger l'évaluation. C'est une circulaire du Premier ministre qui prévoit qu'il incombe au « ministre principalement responsable du projet de réforme de prendre en charge la responsabilité de l'étude d'impact ». Elle prévoit aussi l'intervention du secrétariat général du gouvernement et des services du Premier ministre pour contrôler l'évaluation<sup>82</sup>. Si l'indépendance de l'évaluateur à l'égard du décideur (le Parlement) est assurée, son impartialité n'est pas garantie, puisque les services chargés de vérifier l'évaluation dépendent du Gouvernement qui porte collégalement la mesure évaluée. Ils ont donc un intérêt direct à ce que l'évaluation confirme le projet porté par le ministre – ou ne le confirme pas, en fonction des circonstances. Certes, la loi organique de 2009 prévoit que le Conseil d'État donne son avis sur les études d'impact<sup>83</sup> et celui-ci a décidé qu'il pouvait refuser l'examen d'un projet de loi en cas d'absence de l'étude et en cas de carence grave de l'étude<sup>84</sup>, mais ce contrôle se limite à un contrôle sommaire de la suffisance de l'étude :

---

<sup>80</sup> Décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures.

<sup>81</sup> Décret n° 2011-2065 du 30 déc. 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs.

<sup>82</sup> Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle (procédure législative).

<sup>83</sup> Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009,

<sup>84</sup> Le refus d'examen en cas d'absence de l'étude date de 1995 et de la première mise en œuvre non obligatoire de l'étude d'impact pour les textes réglementaires, v. B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèse » 2017, p. 86. La possibilité de refus d'examen

son objectivité, son impartialité, sa justesse ne sont pas directement questionnées<sup>85</sup>. Le Conseil d'État reconnaît d'ailleurs lui-même le caractère limité des relectures qu'il a effectuées entre 2009 et 2016 et il appelle à l'instauration d'un organe de contrôle compétent<sup>86</sup>, à l'image des organes indépendants instaurés dans d'autres États pour contrôler la qualité de l'évaluation et attester de son objectivité<sup>87</sup>.

Ainsi, si les textes juridiques français se distinguent en matière évaluative et présentent quelques similitudes, ceux-ci révèlent surtout l'inadaptation des énoncés en cause à la nature expertale de l'évaluation. Les éléments de régime récurrents se limitent à l'organisation de la partialité de l'évaluateur, en contradiction avec les principes fondamentaux de l'évaluation. Même en recourant à la technique critiquable consistant à reconstruire une notion juridique à partir de son régime – faute de définition claire dans les textes –, le juge ne pouvait pas définir la catégorie juridique des évaluations. Son contrôle, mouvant et hétérogène, est seulement le reflet de la diversité et des silences des textes. Il n'est ainsi pas étonnant que le contrôle de l'évaluation soit éclaté, sans principe directeur ni cohérence d'ensemble. Le contrôle juridictionnel de l'évaluation n'est pas plus que les textes adapté à son objet (§II).

## §II. Les incohérences du contrôle juridictionnel de l'évaluation

**201.** Il est plus juste de parler *des contrôles* des évaluations que *du contrôle* des évaluations tant le régime contentieux des actes évaluatifs défie l'unité de la notion. Cet éclatement est particulièrement visible à l'occasion du contrôle de la régularité de l'évaluation<sup>88</sup>. Les modalités de contestation de l'évaluation, d'abord, varient beaucoup :

---

en cas de carence grave est en revanche nouvelle. V. J.-M. SAUVÉ, « Le rôle du Conseil d'État dans la mise en œuvre des études d'impact », intervention du 29 nov. 2010 lors de la conférence *L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique*, organisée par l'Université Ouest Nanterre La Défense au Cercle France Amériques, 2010, 6 p.

<sup>85</sup> J.-M. Sauvé reconnaît lui-même que le Conseil d'État ne vérifie pas la suffisamment la qualité de l'étude d'impact. Il ne peut donc pas garantir son impartialité. J.-M SAUVÉ, intervention à la table ronde « Contrôler et évaluer la loi », in ASSEMBLÉE NATIONALE, colloque « Mieux légiférer », Hôtel de Lassay, 28 novembre 2014, compte rendu disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

<sup>86</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, La Doc. Fr., 2017, 256 p.

<sup>87</sup> Notamment le *Regulatory Policy Committee* au Royaume-Uni, cf. CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La doc. Fr., 2006, p. 247 et s. et M. GIBBONS, « Penser et voter la loi », *JCP G*, 2015, n° NS14, p. 8-9 ; ce type d'organe aussi en Suède, aux Pays-Bas, en Allemagne et en Pologne, v. CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, La doc. Fr., 256 p.

<sup>88</sup> Pour illustrer cette inconstance juridictionnelle, il ne sera pas possible de faire référence à toutes les évaluations retenues en introduction. En effet, le juge des contrats n'a jamais été saisi d'une question concernant la régularité ou le bien-fondé des évaluations préalables, il les traite seulement comme un élément probant factuel (v. par ex. CE, 30 juill. 2014, *Commune de Biarritz*, req. n° 363007, Rec. T. 737 et CAA de Paris, Formation plénière, 3 avril 2014, req. n° 13PA02769, Inédit au recueil Lebon). Il ne s'est donc jamais

celle-ci est parfois susceptible de recours direct, parfois de recours indirect et, exceptionnellement, elle n'est susceptible d'aucun recours. Si différentes modalités de contestation sont envisageables dans la mesure où le contrôle de l'évaluation n'a pas à être uniforme, ces différences devraient tout de même être justifiables objectivement. Or, ce n'est pas le cas aujourd'hui. Le contrôle de la régularité et du bien-fondé de l'évaluation n'est pas davantage cohérent (A). Le juge a certes développé certains moyens spécifiques, mais leur mise en œuvre n'est pas systématisée (B).

### **A. La diversité injustifiée des modalités de contrôle de l'évaluation**

**202.** Les évaluations sont aujourd'hui contestables par voie d'action ou d'exception selon les matières, sans que ces disparités ne semblent justifiées (1). Les modalités de contestation de leur bien-fondé illustrent particulièrement le défaut de cohérence de leur régime contentieux (2).

#### 1) Les conditions confuses de contestation de l'évaluation

**203.** Les modalités de contestation juridictionnelle de l'évaluation sont très disparates. Elles contrastent avec la cohérence des différentes procédures de recours administratifs, qui épousent les caractéristiques objectives de chaque catégorie d'évaluation. Les textes relatifs à l'évaluation de la valeur professionnelle des fonctionnaires prévoient que l'évalué peut saisir l'autorité hiérarchique qui a visé son compte rendu d'entretien dans un délai de quinze jours après ce visa et ils l'autorisent, en cas d'échec de ce recours, à saisir la Commission administrative paritaire pour demander la révision du compte rendu<sup>89</sup>. C'est le seul recours hiérarchique prévu par les textes. De manière compréhensible, seul un recours gracieux est prévu contre les évaluations du HCERES<sup>90</sup>, qui est une autorité administrative indépendante. Dans la même perspective, pour les évaluations de la Commission de la transparence, bien qu'aucun recours ne soit explicitement prévu, les textes permettent au laboratoire qui a produit le médicament évalué d'envoyer des

---

prononcé sur leur invocabilité ou sur leur illégalité. Le contentieux des évaluations environnementales, législatives, sanitaires et individuelles suffisent, cependant, pour démontrer l'hétérogénéité injustifiée du contrôle juridictionnel actuel.

<sup>89</sup> Article 7 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour les fonctionnaires d'État, article 7 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 pour les fonctionnaires territoriaux et article 6 du décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 pour la fonction publique hospitalière.

<sup>90</sup> L. 114-1 du code de la recherche.

observations ou se faire entendre dans les huit jours suivants la publication de l'évaluation<sup>91</sup>. Une forme éthérée de recours gracieux est donc organisée en matière d'évaluation des médicaments. Logiquement, aucun recours de ce type n'a été pensé pour les évaluations contractuelles préalables et les évaluations environnementales ou législatives étant donné que dans ces hypothèses, l'évaluateur n'est autre que l'évalué, soit le porteur du projet. Il ne peut donc pas faire de recours contre lui-même. Ainsi, chaque procédure particulière de recours administratif paraît justifiée par les particularités de chaque procédure évaluative.

**204.** Les recours juridictionnels institués par les textes ne bénéficient pas de la même cohérence. À cet égard, il est surprenant que le référé spécial prévu pour les études d'impact environnemental dans la loi sur la protection de la nature de 1976<sup>92</sup> n'ait pas été transposé aux évaluations environnementales introduites en 2004<sup>93</sup> ni aux autres évaluations réalisées par le porteur du projet, à l'image des évaluations préalables des contrats de partenariat. Toutes ces procédures auraient pu bénéficier de l'ouverture d'un référé spécial aboutissant au sursis automatique de la procédure d'autorisation quand l'évaluation est absente du dossier<sup>94</sup> – ou plutôt, d'après l'interprétation des juges, quand l'évaluation n'a pas été portée à la connaissance du décideur<sup>95</sup>. En effet, les évaluateurs qui sont à l'origine du projet ou du texte évalué sont, en raison de leur partialité, *a priori* plus enclins à « omettre » la soumission de l'évaluation. De ce fait, la procédure de sursis automatique aurait pu être étendue à toutes les procédures où l'évaluateur est intéressé à la décision finale. Or, à ce jour, le seul écho de cette procédure de sursis se trouve à l'article 39 de la Constitution, qui permet à la Conférence des présidents de l'Assemblée saisie en première lecture de suspendre le processus législatif si elle constate que l'étude d'impact d'un projet de loi est

---

<sup>91</sup> Article R. 163-6 du code de la sécurité sociale.

<sup>92</sup> Aujourd'hui article L. 122-2 du code de l'environnement.

<sup>93</sup> Articles L. 104-1 et s. du code de l'urbanisme.

<sup>94</sup> Le juge a considéré que l'absence de l'étude d'impact n'équivalait pas à une étude d'impact « manifestement insuffisante ». V. notamment Chron. B. LASSERRE et J.-M. DELARUE, *AJDA*, 1983, p. 537-540 ; T. BABADJI, « Le sursis à exécution pour absence d'étude d'impact », *RJE*, 1992, p. 313-331 et v. TA de Marseille, 30 oct. 1981, inédit au recueil Lebon, qui a reconnu que l'insuffisance pouvait équivaloir à l'absence d'étude d'impact.

<sup>95</sup> CE, 13 juill. 2007, n° 294603, *Syndicat intercommunal enlèvement ordures ménagères région Tournan-en-Brie*, rec. T. 1004. Face à la rigueur de cette jurisprudence, le pouvoir réglementaire est intervenu en 2012 pour prévoir un sursis automatique en cas d'absence de mise à disposition du public de l'étude d'impact produite au cours d'une procédure d'enquête publique (article L. 123-16.3 issu de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite loi « Grenelle II »). Toutefois, cette disposition a disparu en 2016 au profit d'une protection de la participation du public à l'enquête publique (article L. 123-16.3 modifié par l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016).

absente ou partielle. Cependant, l'audace de ce recours est contrebalancée par l'improbabilité de sa mise en œuvre en raison d'une part, des conditions prévues par la loi<sup>96</sup>, et, d'autre part, de l'extrême retenue dont fait preuve le Conseil constitutionnel, arbitre final du conflit<sup>97</sup>. Il demeure néanmoins remarquable dans la mesure où c'est l'un des deux seuls recours par voie d'action possibles contre une évaluation et le seul recours direct possible contre l'évaluation sans requalification préalable. Il s'oppose ainsi au recours par voie d'action né en droit de la fonction publique de la requalification juridictionnelle de cet acte préparatoire en décision. Les évaluations individuelles des fonctionnaires ont en effet été requalifiées en décisions par le juge administratif<sup>98</sup>, qui a repris la jurisprudence qu'il appliquait aux notations<sup>99</sup>. Cette solution accentue l'illisibilité des modalités d'invocation de l'évaluation et elle la dénature. L'évaluation ne constitue pas une décision : elle ne crée aucun droit ni obligation<sup>100</sup>. Cette requalification était toutefois, jusqu'à l'adoption de la jurisprudence *Fairvesta*<sup>101</sup>, la seule voie possible pour soumettre un acte unilatéral au recours pour excès de pouvoir. Or, la requalification opérée semble avoir précisément pour but de soumettre ces actes à un recours par voie d'action, révélant la sensibilité aux effets non juridiques de ces actes, potentiellement très néfastes pour les évalués.

Ce raisonnement aurait pu conduire le juge à requalifier d'autres évaluations en décisions ou du moins à accepter leur contestation directe lorsque, comme les évaluations de projets de travaux, elles préparent des actes qui peuvent avoir des conséquences irréversibles et apportent un éclairage aussi déterminant au décideur en raison de la technicité du sujet<sup>102</sup>. Le juge n'a cependant pas adopté de raisonnement systématique en matière évaluative. L'essence commune des procédures évaluatives est ignorée, comme le confirme l'analyse des conditions de contestation du bien-fondé de l'évaluation (2).

---

<sup>96</sup> Le Conseil constitutionnel n'a été saisi qu'une fois depuis 2010, Cons. const. 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 2014-12 FNR. Pour une critique du système mis en place voir B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 103 et s.

<sup>97</sup> Voir *infra*, Seconde Partie, Titre second, Chapitre II, Section 2, §I.

<sup>98</sup> CE, 25 janv. 2006, *Marc Antoine*, req. n° 275070, Rec. p. 29.

<sup>99</sup> CE, Sect., 23 novembre 1962, *Camara*, Rec. p. 627.

<sup>100</sup> Cf. la définition de l'acte décisoire vue *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1, §I, A, 1).

<sup>101</sup> Cf. *infra*, Première Partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §II.

<sup>102</sup> Les évaluations du service médical attendu reposent sur les études cliniques réalisées par le laboratoire, article R. 163-18 du code de la sécurité sociale. Or il n'est pas requis du ministre de savoir déchiffrer ce genre d'étude. L'évaluation joue alors un rôle majeur dans l'intelligibilité et la transmission de l'information.

## 2) La possibilité aléatoire de contester le bien-fondé de l'évaluation

**205.** Le juge administratif et le juge constitutionnel ne contrôlent pas de manière cohérente les moyens relatifs au contenu de l'évaluation. Le traitement des moyens relatifs à l'exactitude des faits et au caractère erroné de l'appréciation évaluative varie d'un contentieux à l'autre, en fonction de considérations propres à chaque matière. La jurisprudence n'a pas de fil directeur.

En premier lieu, dans certaines hypothèses, le juge refuse de contrôler le bien-fondé de l'évaluation. À cet égard, le juge constitutionnel évince le contrôle du contenu des études d'impact des projets de loi quand il est saisi sur le fondement de l'article 39 de la Constitution. L'unique fois où il a été saisi par la Conférence des présidents, en 2014<sup>103</sup>, il n'a pas répondu aux griefs des requérants concernant l'insuffisance de l'étude d'impact. Il s'est limité au contrôle de l'existence des rubriques exigées par la loi organique de 2009 en fonction des objectifs de la loi énoncés par le gouvernement. Cette retenue a probablement été motivée par la brièveté du délai dans lequel le Conseil doit se prononcer dans le cadre de cette procédure (huit jours) alors que l'évaluation peut contenir des dispositions très techniques. Lorsqu'il a un délai plus important pour se prononcer – en principe un mois pour le contrôle de constitutionnalité *a priori*<sup>104</sup> –, il accepte de contrôler de manière (très) restreinte sa suffisance<sup>105</sup>. Il ne rejette donc pas systématiquement les moyens portant sur le fond des études.

Il n'en va pas de même du juge administratif, qui refuse sans justification apparente de contrôler le contenu des avis des commissions de la HAS – la Commission de la transparence et la CNEDIMTS – dont il est saisi par voie d'exception<sup>106</sup>. Il ne déclare recevables les moyens relatifs au contenu de ces avis seulement quand la décision finale reprend expressément ledit avis dans sa motivation. Pour le juge, « les [décideurs] ne sont pas liés dans leurs décisions par les positions prises par cette commission et (...) lorsque ces décisions adoptent une position identique à celle de la commission, le bien-fondé de cette position peut être discuté à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre les

---

<sup>103</sup> Cons. const., 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 2014-12 FNR ; *JCP A*, 2014, act. 551. J.-M. PONTIER, « Études d'impact : l'interprétation en retrait de leur exigence par le Conseil constitutionnel. L'exemple de la délimitation des régions », *JCP A*, n° 48, 2014, p. 2334.

<sup>104</sup> L'article 39 de la Constitution ne laisse au Conseil constitutionnel qu'un délai de huit jours pour statuer alors que l'article 61 lui donne un délai d'un mois, sauf urgence, pour statuer.

<sup>105</sup> Comme le relève B.-L. Combrade, seule une insuffisance d'une « particulière gravité » justifierait l'annulation, B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact...*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>106</sup> V. pour la Commission de la transparence CE, 12 mai 2010, *Société Roche*, req. n° 316859, Rec. p. 631.

décisions ainsi prises par l'autorité compétente »<sup>107</sup>. En d'autres termes, le juge refuse de faire du bien-fondé de l'avis un moyen liant la légalité de la procédure consultative ; il le lie indissociablement au bien-fondé de la décision finale. Dans les arrêts, l'exactitude des faits et la justesse des appréciations qu'elle porte ne sont jamais examinés séparément de la légalité des décisions ministérielles<sup>108</sup>. L'avis est contrôlé à part, comme un élément susceptible de vicier la procédure consultative, seulement en cas d'invocation de moyens portant sur la méthode employée et sur la procédure menée<sup>109</sup>. Comme l'a relevé J. Pentecoste, cette jurisprudence qui est aussi appliquée par le juge de l'Union européenne<sup>110</sup> rend incontestable le bien-fondé d'une évaluation que le décideur ne reprend pas<sup>111</sup>. Elle fait ainsi peu de cas de la portée informative de l'évaluation, qui n'intéresse pas seulement le décideur, mais aussi les administrés et dont la fiabilité pourrait, en conséquence, être systématiquement vérifiée.

**206.** Cette attitude de retrait du juge administratif et du juge constitutionnel est d'autant moins compréhensible que, dans d'autres contentieux tout aussi techniques, le juge n'hésite pas à exercer un contrôle poussé sur le bien-fondé de l'évaluation. Le contrôle exercé par le juge en droit de l'environnement contraste ainsi avec le contentieux sanitaire. Dans cette matière, le juge n'exige pas que le contenu de l'évaluation soit repris dans la motivation de la décision finale pour examiner son bien-fondé. Il contrôle toujours le caractère manifestement erroné de l'appréciation faite dans l'évaluation, la méthode de l'évaluation, sa suffisance et l'inexactitude des faits évoqués. Le Conseil d'État, en tant que juge du fond, a ainsi qualifié d'« erreur » la sous-estimation « légère » de l'impact d'un projet de travaux<sup>112</sup>. Dans un autre arrêt, le juge regarde si l'évaluation contient des « erreurs de nature à remettre en cause [sa] pertinence »<sup>113</sup>. Il contrôle aussi les erreurs de fait commises

---

<sup>107</sup> CE, 9 sept. 2016, *Société Bayer Healthcare SAS*, req. n° 391307, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>108</sup> V. par exemple, pour la CNEDIMTS CE, 31 juill. 2015, *SAS Oniris*, req. n° 382775, Inédit au Recueil Lebon, et pour la Commission de la transparence v. CE, 9 sept. 2016, req. n° 391307, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>109</sup> V. entre autres CE, 28 fév. 2013, req. n° 366193, inédit au recueil Lebon et CE, 20 mai 1988, *Laboratoire de thérapeutique moderne*, req. n° 71519, Rec. p. 1978.

<sup>110</sup> TPICE, 26 nov. 2002, *Commission c. Artégodan*, T-74/00, v. J. PEIGNÉ, « Le contentieux des A.M.M., le juge communautaire et le principe de précaution », *LPA*, 2003, n° 137, p. 18-34

<sup>111</sup> J. PENTECOSTE, « Pour une vision claire des responsabilités des autorités du médicament », *La Gazette du palais*, 2011, n° 279, p. 7 et s.

<sup>112</sup> CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et de Migné-Auxances*, req. n° 330256, Rec. T. 967.

<sup>113</sup> CE, 5 déc. 2016, *Assoc. Sauvegarde du Trégor*, req. n° 394592 et 394617, rec. T. 835-840.

dans l'étude<sup>114</sup>. Il écarte le contrôle de leur bien-fondé seulement quand il est saisi en tant que juge de cassation<sup>115</sup>.

Cette jurisprudence montre que le juge administratif s'estime apte à contrôler les appréciations très techniques et souvent incertaines contenues dans les études d'impact. Ce contrôle approfondi tranche avec la réserve exprimée en contentieux sanitaire. Or la différence ne paraît pas justifiée : dans les deux cas, le juge est confronté à des évaluations très techniques qui ne lient pas la compétence du décideur et qui préparent des décisions aux conséquences importantes. Ainsi, il aurait été plus compréhensible que le contenu de ces deux évaluations soit soumis au même contrôle.

**207.** Le sort réservé par le juge administratif au contenu des évaluations individuelles des fonctionnaires bigarre encore plus le paysage du contrôle juridictionnel du contenu des évaluations : leur bien-fondé est contestable par voie d'action<sup>116</sup>, grâce à la requalification – discutable – de l'évaluation en décision<sup>117</sup>. De fait, dans le cadre de ce recours, le juge contrôle sans restriction le bien-fondé de l'évaluation. Si son contrôle est, d'après la formulation des arrêts, limité à un contrôle restreint de l'appréciation portée par l'évaluateur<sup>118</sup> – ce qui conduit le juge de cassation à n'exercer qu'un contrôle de la dénaturation des pièces du dossier<sup>119</sup> –, en réalité, les investigations menées et la précision des observations jurisprudentielles laissent penser que le contrôle pratiqué est plus près du contrôle de l'erreur « stricte » d'appréciation<sup>120</sup>.

En conséquence, il y a certaines évaluations dont le contenu n'est pas contestable, certaines évaluations dont le contenu peut être soumis à un contrôle restreint et d'autres qui sont soumises à un contrôle normal. Les différences de régime prévues par les textes ne suffisent pas à expliquer ces différences, qui rendent le régime contentieux de l'évaluation particulièrement inadapté à son objet. Il serait pourtant faux d'écrire que le juge est resté complètement indifférent à la spécificité des actes évaluatifs, puisqu'il a développé le contrôle de deux moyens particuliers, la méthode et la suffisance de l'évaluation, dans plusieurs contentieux. Toutefois, si ces moyens sont invocables à l'encontre de plusieurs

---

<sup>114</sup> CE, 22 juin 2016, *Société SCCV Huit Douze Liberté*, req. n° 388276, inédit au recueil Lebon.

<sup>115</sup> CE, 30 janv. 2013, *Société Nord Broyage*, req. n° 347347, Rec. T. 713-750.

<sup>116</sup> CE, Sect., 23 nov. 1962, *Camara*, req. n° 50328, Rec. p. 627.

<sup>117</sup> CE, 25 janv. 2006, *Marc Antoine*, req. n° 275070, Rec. p. 29.

<sup>118</sup> V. par ex. CAA de Paris, 7 avril 2016, req. n° 14PA02307 et CAA de Lyon, 2 fév. 2016, req. n° 14LY01702, Inédits au recueil Lebon.

<sup>119</sup> CE, 23 juin 2008, *ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Mme Auger*, req. n° 305430, Inédit au recueil Lebon.

<sup>120</sup> V. *infra*, Seconde Partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §I, B.

évaluations, ils ne sont ni systématiquement appliqués ni interprétés de manière uniforme par le juge. L'adaptation du contrôle effectué par le juge n'est donc pas complète (B).

## **B. L'adaptation incomplète du contrôle de la légalité de l'évaluation**

**208.** Le juge étudie souvent deux moyens particuliers quand il est saisi d'une évaluation, ce qui laisse penser qu'il a perçu la particularité de ces actes et qu'il exerce un contrôle adapté à leurs spécificités. Cette première impression est cependant vite dissipée, puisque le juge ne contrôle pas ces moyens de manière homogène. Le contrôle de la méthode (1) et de la suffisance de l'évaluation (2) varie en effet au gré des contentieux et il n'est pas encore appliqué à l'ensemble du contentieux évaluatif.

### 1) Le contrôle erratique de la méthode de l'évaluation

**209.** Le moyen portant sur la méthode de l'évaluation revient de manière récurrente dans la jurisprudence. À première vue, la création de ce moyen montre la prise en considération par le juge de la singularité de l'évaluation. Toutefois, ce contrôle singulier n'est pas encore arrivé à maturité, puisque le moyen relatif à la méthode de l'évaluation ne fait pas l'objet d'une définition conceptuelle transcendant les branches du contentieux. Il est appliqué au cas par cas : son interprétation change selon les domaines, voire au sein d'un même domaine. En droit sanitaire, par exemple, il est difficile de savoir si ce moyen ressort du contrôle externe ou interne de l'évaluation. Dans les contentieux des avis émis par la Commission de la transparence et la CNEDIMTS (Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé), il est intégré dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>121</sup> au motif que la méthode influe sur « la pertinence » de l'avis<sup>122</sup>. En revanche, quand ce moyen est invoqué en référé, le juge regarde si la méthode utilisée est susceptible de rendre la procédure évaluative « irrégulière », ce qui laisse penser que la méthode relève plutôt du contrôle externe l'évaluation<sup>123</sup>. La nature du moyen ne semble donc pas bien établie.

---

<sup>121</sup> CE, 4 juin 2014, 366877, req. n° 366877, Inédit au Recueil Lebon et CE, 23 juin 2004, *Société Laboratoire Genevrier*, req. n° 257797, Rec. p. 256.

<sup>122</sup> CE, 6 mai 2016, *Société Rottapharm*, req. n° 388174, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>123</sup> CE, 20 mai 1988, *Laboratoires de thérapeutique moderne*, req. n° 71519, Rec. p. 199.

Celle-ci varie parfois au sein d'une même branche du droit, comme le montre l'étude du contentieux environnemental et sanitaire. Dans le contentieux des évaluations environnementales au sens large, en effet, la méthode est en général invoquée pour démontrer la commission d'une erreur manifeste d'appréciation dans le jugement formulé<sup>124</sup> : le juge vérifie si la méthode employée n'est pas « erronée »<sup>125</sup>. En revanche, si la méthode est précisée par les textes, alors elle relève de l'erreur de droit<sup>126</sup>. De même, en matière sanitaire, l'erreur sur la méthode employée dans les avis de la Commission de la transparence et de la CNEDIMTS est contrôlée sur le fondement de l'erreur de droit quand un texte prévoit la méthode à suivre<sup>127</sup> ou à défaut, à travers un contrôle de l'adéquation (donc de proportionnalité) : le juge s'assure, parfois implicitement<sup>128</sup>, que la méthode employée est « appropriée » à l'objet de l'évaluation<sup>129</sup>. La nature de ce moyen dépend donc des circonstances.

**210.** Il n'est, au demeurant, pas systématiquement contrôlé. Le terme « méthode » n'est ainsi jamais évoqué dans le contentieux des évaluations individuelles des fonctionnaires, alors que le juge a pu, du temps de la notation, s'intéresser aux méthodes de calculs produites dans des notes de service<sup>130</sup>. Il est cependant possible de considérer qu'elle est contrôlée de manière implicite quand le juge vérifie que l'évaluateur a recouru aux seuls critères prévus par les textes<sup>131</sup>. La méthode est alors intégrée dans l'erreur manifeste d'appréciation ou dans l'erreur de droit en fonction des affaires.

Il est plus difficile de détecter un quelconque contrôle de la méthode en matière d'études d'impact des projets de loi. Aucune décision du Conseil constitutionnel, qu'elle soit rendue sur le fondement de l'article 39 ou de l'article 61 de la Constitution, n'évoque explicitement ou implicitement ce moyen. Tout au plus est-il précisé dans deux décisions

---

<sup>124</sup> V. par ex., pour un examen détaillé de la méthode, CE, 16 oct. 2015, *Mme H. et autres* req. n° 385114, rec. T. 918 et CAA de Marseille, 19 oct. 2015, req. n° 14MA01232, pt. 18.

<sup>125</sup> CAA de Lyon, 12 janv. 2016, req. n° 14LY03235, Inédit au recueil Lebon.

<sup>126</sup> CAA de Marseille, 19 oct. 2015, req. n° 14MA01232, Inédit au recueil Lebon.

<sup>127</sup> CE, 7 mars 2012, *Mouvement pour les droits et le respect des générations futures*, req. n° 332805, Rec. p. 75.

<sup>128</sup> Il est à cet égard remarquable que le Conseil d'État vise de manière répétée « l'évaluation » réalisée par l'ANSES dans ses arrêts alors que l'Agence se contente de produire des jugements de réalité et qu'il ne mentionne pas ce terme dans les arrêts visant les avis chargés de se prononcer sur le service médical rendu, c'est-à-dire sur la balance bénéfice-risque d'un médicament, qui forment manifestement un jugement de valeur.

<sup>129</sup> CE, 7 mars 2012, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, req. n° 329249, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>130</sup> CAA de Paris, 9 nov. 2015, req. n° 14PA04338 et CAA de Paris, 31 déc. 2015, 14PA00807, Inédits au recueil Lebon et CE, 16 fév. 2005, *Odile X*, req. n° 263308, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>131</sup> CAA de Marseille, 4 juin 2013, req. n° 11MA00818, Inédit au recueil Lebon.

que l'article 8 de la loi organique de 2009 est respecté<sup>132</sup>, ce qui est d'un intérêt limité compte tenu de l'absence de prescription de méthode dans cet article. Si le juge n'a jamais explicitement refusé de vérifier le caractère approprié de la méthode employée dans l'étude d'impact, ce moyen est pour l'instant seulement latent dans le contentieux constitutionnel.

Le contrôle juridictionnel de la méthode de l'évaluation manque donc encore de cohérence. Le contrôle de la suffisance de l'évaluation, autre moyen spécifiquement appliqué par le juge aux expertises, confirme ce diagnostic. Il n'est pas exercé de manière homogène (2).

## 2) Le contrôle flou de la suffisance de l'évaluation

**211.** La nature et le sens du contrôle de la suffisance de l'évaluation ne sont pas encore fixés dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles. Ce contrôle est emblématique de la jurisprudence relative aux évaluations environnementales (au sens large). Il a été insufflé par les textes qui prévoient que l'évaluation doit être proportionnée à l'importance de l'objet évalué<sup>133</sup>. S'il est fréquemment employé, ce moyen n'est pas toujours clair. En principe, il semble recouvrir deux questions : l'approfondissement des recherches effectuées<sup>134</sup> et la précision des données fournies<sup>135</sup>. Cependant, le considérant de principe forgé par le juge en matière d'évaluation environnementale en 2011 l'érige en moyen « fourre-tout », dont les contours sont flous. L'arrêt *Ocreal* dispose en effet que « les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude d'impact ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative »<sup>136</sup>. Cette trilogie semble faire de la suffisance le réceptacle de tous les moyens distincts des questions de fait. Elle couvrirait ainsi les erreurs de méthodes et les erreurs manifestes d'appréciation, ce qui prive ce moyen de son originalité et de sa pertinence. Cette confusion semble toutefois propre à la matière environnementale. Dans

---

<sup>132</sup> Cons. const., n° 2014-12 FNR du 1 juillet 2014, et Cons. const., n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage pour tous au couple de même sexe.

<sup>133</sup> Art. R. 122-5 du code de l'environnement pour les études d'impact des projets de travaux et article R. 104-19 du code de l'urbanisme pour les évaluations de certains plans et programmes d'urbanisme.

<sup>134</sup> CE, 29 juin 2005, *SEMMARIS*, req. n° 262328, Rec. p. 269.

<sup>135</sup> CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°s 342409, 342569, 342689, 342740, 342748 et 342821, Rec. p. 60.

<sup>136</sup> CE, 14 oct. 2011, *société Ocreal*, Rec. T. p. 966.

d'autres domaines, l'invocation de la suffisance est davantage individualisée et aboutie, dans la mesure où elle fait exclusivement référence à la précision et au périmètre de l'évaluation.

S'agissant des études d'impact des projets de loi, la loi organique pose clairement l'assimilation entre suffisance et précision : elle prévoit que l'étude d'impact doit exposer « avec précision » les différentes rubriques qu'elle énonce<sup>137</sup>. Sur ce fondement, les parlementaires soutiennent régulièrement que l'étude n'a pas « suffisamment démontré » ses résultats<sup>138</sup>. En général, ils lient cet argument au principe de sincérité et de clarté des débats, en affirmant que l'étude insuffisante n'a pas pu correctement informer le décideur, ce qui, en termes de normativité, signifie qu'elle n'a pas pu jouer son rôle de modèle. La suffisance fonde aussi des griefs portant sur le périmètre de l'évaluation, accusé d'être trop restreint au regard des objectifs de la loi<sup>139</sup>. Aucun de ces griefs fondés sur la suffisance n'a cependant prospéré à ce jour, étant donné que le juge effectue seulement un contrôle très superficiel de l'évaluation<sup>140</sup>.

**212.** Quand il ne découle pas d'une disposition textuelle, ce contrôle n'est qu'exceptionnellement mis en œuvre par les juges. Dans le contentieux des évaluations des fonctionnaires, le juge s'est contenté de remarquer, une fois, que l'évaluateur s'était bien prononcé « au vu d'une information suffisante et complète »<sup>141</sup>. De son côté, la jurisprudence relative aux évaluations produites par les commissions de la HAS fait seulement référence à cette notion à propos de la motivation de la décision finale, dans les litiges où les ministres se réapproprient les avis énoncés<sup>142</sup>. Exceptionnellement, le juge a même utilisé – à propos d'un avis non évaluatif – la notion de suffisance pour désigner le caractère approprié de la méthode employée<sup>143</sup>. Le moyen relatif à la suffisance de l'évaluation n'est donc pas encore un marqueur de l'unité de son contrôle juridictionnel.

---

<sup>137</sup> Article 8 de la loi organique n° 2009-453 précitée.

<sup>138</sup> Cons. const., n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

<sup>139</sup> Objectifs que le Conseil constitutionnel définit à partir des explications gouvernementales, ce qui a déçu la doctrine, v. B.-L. COMBRADE, *Les études d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 108. Dans le même sens, v. S. HUTIER, « Première décision FNR relative à une étude d'impact : déception ou espérance ? », *RFDC*, 2015, n° 101, p. 194-201.

<sup>140</sup> V. *infra*, Seconde partie, Titre second, Chapitre II, Section 2.

<sup>141</sup> CE, 18 déc. 2014, req. n° 368069, Inédit au recueil Lebon.

<sup>142</sup> CE, 13 juin 2016, *Société Menarini France*, req. n° 399765, Rec. T. p. 622. V. dans le même sens CE, 19 juill. 2016, *Société Pierre Fabre Médicaments*, req. n° 391797, Inédit au recueil Lebon.

<sup>143</sup> CE, 7 mars 2012, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, req. n° 329249, Inédit au Recueil Lebon : « l'association requérante soutient que la décision attaquée est entachée d'erreur de droit, dès lors que les insuffisances de la méthode suivie par l'AFSSA ».

Les conditions actuelles de recours contre l'évaluation n'épousent pas sa normativité : sa fonction de modèle est sous-estimée par le juge, qui accorde peu d'égards à l'évaluation et son unité notionnelle est occultée. Pour être davantage cohérents, les contrôles existants devraient être redéfinis et systématisés.

Cette systématisation pourrait être réalisée à partir des techniques déjà mises en œuvre par le juge administratif et le juge constitutionnel dans le contentieux des actes consultatifs non évaluatifs. Son étude permet en effet de mettre en lumière certains principes qui n'ont pas encore été transposés au contrôle des évaluations, à l'image du principe d'impartialité. Toutefois, le contentieux des actes consultatifs ne constitue pas un modèle susceptible d'être dupliqué tel quel en matière évaluative. Seules certaines techniques contentieuses pourraient être appliquées au contentieux évaluatif (Section 2).

## **Section 2 : L'impossible alignement du contrôle de l'évaluation sur le contrôle des autres actes consultatifs**

**213.** Le contrôle juridictionnel des actes consultatifs non évaluatifs est une source d'inspiration pour guider la systématisation du contrôle des évaluations. Cependant, l'étude du droit positif montre qu'il est impossible de « copier-coller » la jurisprudence relative aux actes consultatifs non évaluateurs pour harmoniser le contrôle des évaluations. Les modalités du contrôle de ces actes sont, en général, insusceptibles d'être transposées en l'état à l'évaluation : elles sont soit aussi confuses, soit inadaptées à ses spécificités (§I). Seul le contentieux des avis destinés au juge, c'est-à-dire des expertises judiciaires<sup>144</sup>, pourrait guider, en partie, la systématisation du contrôle des évaluations (§II).

---

<sup>144</sup> Les avis contentieux du Conseil d'État, prévus à l'article L. 113-1 du code de justice administrative, sont une forme d'avis informatifs et d'expertise particulière, compte tenu de la spécialisation identique – en droit, ce qui les distingue aussi des autres procédures étudiées ici – de l'autorité sollicitant l'avis et de l'autorité rendant l'avis. En outre, si ces avis n'ont, en droit, ni l'autorité de chose jugée ni l'autorité de chose décidée, ils l'ont « en réalité » en raison de la position suprême du Conseil d'État dans l'ordre juridictionnel administratif, comme le relève P. Delvolvé. Ces avis sont donc très particuliers. V. P. DELVOLVÉ, « Les fonctions juridictionnelles », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2017, § 364-365.

## **§I. L'impossible transposition du contentieux des avis destinés au Parlement et à l'administration**

**214.** Même s'il n'est pas parfaitement systématisé, le contentieux des avis simples non évaluatifs est plus abouti que le contrôle des évaluations. Cependant, la formulation actuelle des principes généraux appliqués à l'ensemble de la matière ne permet pas de le transposer sèchement à l'évaluation (A).

Le contentieux des avis conformes, qui, en dépit de leur caractère décisive<sup>145</sup>, sont traités comme des actes non décisifs par le juge, n'est pas d'un plus grand secours. Si ce contrôle est systématisé, il s'avère relativement restreint, si bien que sa transposition entraînerait une régression du contentieux actuel des évaluations. Or une telle régression conduirait le juge à sous-estimer davantage la normativité de l'évaluation, et renforcerait donc l'inadéquation du contrôle aux actes contrôlés (B).

### **A. L'impossible transposition du contrôle des avis simples**

**215.** L'étude de la jurisprudence relative aux avis simples non évaluatifs ne permet pas de définir en détail le contrôle systématisé des évaluations. Le contrôle du juge constitutionnel, très restreint, est même insusceptible de fournir la moindre piste de réflexion en la matière. Toutes les fois où il a été saisi d'une question portant sur une procédure consultative à l'occasion de son contrôle de constitutionnalité *a priori*, il n'a jamais évoqué la régularité externe ou interne de l'avis. Il se prononce seulement sur le défaut de consultation du législateur<sup>146</sup>, c'est-à-dire sur l'éventuelle violation d'une obligation de réaliser une consultation. Les juges de la rue Montpensier ont plusieurs fois accepté d'accueillir ce grief, sur le fondement de motifs variables. La jurisprudence constitutionnelle en matière de défaut de consultation est en effet loin d'être linéaire. Ce défaut de consultation est parfois un vice substantiel<sup>147</sup>, parfois non<sup>148</sup>, il peut entraîner l'inconstitutionnalité de la disposition qui aurait dû faire l'objet de la consultation ou, si c'est la procédure de l'article 74 qui n'a pas été respectée, seulement l'inapplication de la

---

<sup>145</sup> Cf. *supra*, § 135.

<sup>146</sup> V. décisions Const. const., n° 77-83 DC, n° 79-104 DC, 80-122 DC, n° 81-131 DC, n° 86-207 DC, n° 85-187 DC, n° 88-248 DC, n° 90-285 DC, n° 93-321 DC, n° 2000-1 LP, n° 2003-474 DC, 2005-512 DC, n° 2013-669 DC et n° 2014-709 DC.

<sup>147</sup> Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Avenir de l'École*.

<sup>148</sup> Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC.

disposition à l'outre-mer<sup>149</sup>. De manière étonnante, aucune censure n'a été prononcée depuis 2005 pour défaut de consultation<sup>150</sup>. Cette jurisprudence limitée et mouvante ne peut donc pas servir de modèle à la systématisation du contrôle des évaluations.

Elle contraste avec le contrôle exercé par le juge administratif sur les avis simples. Ce contrôle, bien plus approfondi, aurait pu être une source de réflexion cruciale. Cependant, il s'avère que les conditions de contestation des avis simples sont aussi inconstantes que celles des évaluations (1). L'étude des moyens utilisés par le juge est plus instructive, dans la mesure où ce contrôle est partiellement systématisé. Néanmoins, les moyens mis en œuvre ne pourraient être appliqués à l'évaluation qu'au prix de certaines transformations (2).

### 1) Les modalités inconstantes de contestation des avis simples

**216.** Limitées à la voie de l'exception sauf rarissime exception<sup>151</sup> et peu stables, les modalités de contestation des avis non évaluatifs ne sont pas adaptées à la normativité des évaluations. Leur transposition au contentieux évaluatif ne serait donc pas opportun.

Jusqu'en 2011, le juge refusait de contrôler les avis non suivis par le décideur en se fondant sur un raisonnement conséquentialiste<sup>152</sup>. Il regardait les conséquences à tirer de l'éventuelle irrégularité de l'avis pour décider de le contrôler<sup>153</sup>. L'inversion logique réalisée par le juge est résumée dans une formulation employée par G. Dumortier dans ses conclusions sur l'arrêt *Danthony*. La rapporteure publique relève que « quelques décisions excluent toute influence, donc toute illégalité, lorsque l'irrégularité affecte un avis non suivi par l'auteur de la décision et (...) [qui] n'a donc pu en être la "cause" »<sup>154</sup>. D'après ce raisonnement conséquentialiste<sup>155</sup> préjudiciable aux requérants, un avis peut être irrégulier

---

<sup>149</sup> Cons. const., 20 juill. 1993, n° 93-321 DC.

<sup>150</sup> Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, préc.

<sup>151</sup> Il s'agit des avis non conformes émis par le Conseil supérieur de la magistrature, qualifiés « d'actes faisant grief » par le juge. Ces avis sont particuliers dans la mesure où, bien que « non conformes », ils affectent tout de même la compétence du décideur. CE 29 oct. 2013, *Vidon*, req. n° 346569, Rec. p. 259.

<sup>152</sup> CE, 2 fév. 1957, *Delord*, n° 22476, Rec. p. 80 ; CE, 6 nov. 1957, *Syndicat chrétien des agents du ministre de la reconstruction et de l'urbanisme*, n° 15958, Rec. p. 582 ; CE, 15 juill. 1958, *Lavegne*, n° 18864, Rec. p. 450 ; CE, 11 janv. 1980, *Laveau*, n° 10680 à 10867 et, plus récemment CE, 20 juin 2003, *Société Meraniri France*, req. n° 252592, Inédit au recueil Lebon.

<sup>153</sup> Cette focalisation sur les conséquences de l'avis était déjà relevée à l'époque, v. par exemple, Ch. HELLER, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, thèse de l'Université de Strasbourg, 1961, p. 49 et s.

<sup>154</sup> G. DUMORTIER, concl. sur CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, req. n° 330353, *RFDA*, 2012, p. 284-306.

<sup>155</sup> Dans la mesure où le juge anticipe ou reconstruit les conséquences de l'avis contrôlé.

seulement s'il a été la « cause déterminante »<sup>156</sup> de la décision finale. En d'autres termes, l'irrégularité de l'avis dépend de son influence sur la décision finale avant de dépendre d'un manquement aux règles qui le régissent. S'il est compréhensible que l'irrégularité de l'avis ne vicie la décision finale que s'il l'a influencée, l'établissement de son irrégularité ne devrait pas dépendre de cette circonstance.

Des réminiscences de ce raisonnement sont pourtant visibles dans la jurisprudence actuellement appliquée aux évaluations produites par les commissions de la HAS. La possibilité de contester le fond des avis émis par la Commission de la transparence et la CNEDIMTS dépend en effet du contenu de la décision finale – elle doit avoir repris l'avis. Or, cette solution méconnaît la fonction d'apprentissage et d'information de l'évaluation, dont l'irrégularité devrait toujours être soulignée afin qu'elle ne diffuse pas des données et des jugements erronés auprès du public et des pouvoirs publics pour qui elle a aussi vocation à servir de modèle.

**217.** Ce raisonnement inversé ne constitue toutefois pas le seul grief qu'il est possible de formuler à l'encontre de la jurisprudence anciennement applicable aux avis simples. Celle-ci était plus globalement critiquée par la doctrine pour son défaut de cohérence et de systématisme<sup>157</sup>. Ces griefs provenaient de la distinction mouvante que faisait le juge jusqu'en 2011 entre consultations obligatoires et facultatives et entre irrégularités substantielles et non substantielles. Seules les irrégularités substantielles, appréciées de manière changeante, justifiaient l'annulation de la décision finale. Ces irrégularités étaient celles qui avaient pu influencer la teneur de la décision finale. Elles pouvaient découler automatiquement d'un manquement à certaines règles, dénommées formalités substantielles. Leur violation constituait, à elle seule, une irrégularité substantielle. À l'inverse, le manquement aux formalités jugées « non substantielles » constituait un vice substantiel ou non substantiel en fonction des circonstances de l'espèce. Ces solutions n'étaient pas parfaitement établies, si bien que la violation d'une formalité substantielle pouvait parfois être qualifiée de vice non substantiel<sup>158</sup>. En général, les vices des consultations obligatoires étaient plus facilement considérés comme substantiels que les

---

<sup>156</sup> CE, 21 janv. 1953, *Cail*, req. n° 91661, Rec. T. p. 695.

<sup>157</sup> P. CASSIA, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA*, 2012, p. 296-314.

<sup>158</sup> La violation d'une formalité substantielle a pu, selon les circonstances de l'espèce, ne pas constituer une irrégularité substantielle, CE, Ass., 7 mars 1975, *Association des amis de l'Abbaye de Fontevrau*, cité par G. DUMORTIER, *loc. cit.*, p. 284-306.

vices entachant les consultations facultatives, mais certains vices, comme l'impartialité, étaient toujours sanctionnés<sup>159</sup>.

Cette jurisprudence qui prenait les allures d'une « roulette russe »<sup>160</sup> pour les parties au procès a finalement été abandonnée en 2011 par le juge, qui a saisi l'opportunité offerte par l'adoption d'une loi délaissant la distinction entre consultation obligatoire et facultative<sup>161</sup>. Ce revirement n'a cependant pas marqué la fin du raisonnement conséquentialiste en matière consultative : le juge a seulement simplifié sa jurisprudence antérieure et il a reformulé son raisonnement. Les distinctions entre consultation obligatoire et entre formalité et vices substantiels ont été formellement abandonnées, mais l'arrêt *Danthony* n'a pas réalisé le bouleversement qui a pu être décrit<sup>162</sup>.

**218.** Désormais, en matière d'avis administratifs non évaluatifs, l'irrégularité d'une procédure consultative vicie la décision finale si elle « a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou [si elle] a privé les intéressés d'une garantie ». Cette nouvelle jurisprudence a mis fin au refus principiel du juge de contrôler les avis non suivis par le décideur, mais des traces de cette jurisprudence sont encore observables. En effet, seuls les vices relatifs à l'instruction de l'avis semblent globalement prospérer depuis ce revirement ; la contestation de son contenu semble toujours dépendre du sens de la décision finale – il ne peut être contesté que si l'avis a été suivi, comme en droit de la santé. À cet égard, dans un arrêt de 2013, la Cour administrative d'appel de Paris a jugé que « le moyen tiré de ce que [l']avis serait illégal, car entaché d'incompétence et d'erreur manifeste d'appréciation doit être écarté, dès lors que l'avis de la DIRECCTE d'Ile-de-France ne constitue pas le fondement légal de l'arrêté contesté du préfet de police »<sup>163</sup>. La même solution avait précédemment été retenue par la Cour administrative d'appel de Nantes<sup>164</sup>. La solution est la même que le requérant soit le destinataire de la décision (arrêt de la Cour de Paris) ou qu'il soit un tiers à la décision (arrêt de la Cour de Nantes). Les cas dans lesquels le juge accepte de regarder le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation

---

<sup>159</sup> S. DELIANCOURT, « Le respect du principe d'impartialité au cours de la procédure d'élaboration de l'acte administratif », *La Gazette du Palais*, mars 2015, n° 73, p. 14 et s.

<sup>160</sup> P. CASSIA, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *loc. cit.*, p. 298.

<sup>161</sup> Article 70 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

<sup>162</sup> V. D. CONNIL, « Vice de procédure et annulation : l'office du juge administratif se précise », *JCP G*, n° 18, 30 avril 2012, 558. Pour l'auteur, il s'agit d'un « changement majeur ».

<sup>163</sup> CAA de Paris, 2 oct. 2013, req. n° 12PA02647, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>164</sup> CAA de Nancy, 16 déc. 2004, 99NC00329, Inédit au Recueil Lebon.

d'un avis<sup>165</sup> sont ceux où le décideur a repris la motivation de l'avis. Dans ces arrêts, le juge contrôle alors l'avis comme un acte à part, ce qui distingue ces solutions de la jurisprudence appliquée à la Commission de la transparence et à la CNEDIMTS, où le bien-fondé de l'avis est indissociablement lié au contenu de la décision finale.

Si le Conseil d'État n'a pas adopté de considérant de principe relatif aux modalités de contestation du bien-fondé des avis simples depuis 2011, il semble être à l'origine des jurisprudences précitées<sup>166</sup>. La portée de l'arrêt rendu en mars 2013 peut cependant être questionnée dans la mesure où il portait sur une consultation facultative ; le juge pourrait donc décider différemment en matière de consultation obligatoire. Toutefois, la distinction entre procédures consultatives et obligatoires ayant été abandonnée, *a priori*, cette jurisprudence pourrait en principe être étendue à tous les types de consultations. Or la solution qu'elle établit n'est pas adaptée à la nature informative des évaluations ni à leur « autorité épistémique »<sup>167</sup>, qui renforce leur influence et qui justifie que leur contenu soit systématiquement vérifiable, indépendamment du sens de la décision finale, pour éviter d'induire le public et d'autres autorités publiques en erreur. Sa transposition à l'évaluation n'est donc pas envisageable.

En tout état de cause, l'absence de ligne claire dans la jurisprudence relative à la contestation du bien-fondé des avis simples empêche, en pratique, toute transposition. L'étude des moyens invoqués par le juge pour contrôler les avis est davantage inspirante pour dessiner les contours d'un contentieux évaluatif unifié. Le juge a en effet dégagé plusieurs principes qui sont systématiquement appliqués dans le contentieux des avis simples non évaluatifs. Ces principes pourraient être transposés à l'évaluation, à condition de leur faire subir quelques modifications (2).

## 2) Le contentieux instructif de l'instruction des avis simples

**219.** Le contrôle des avis simples repose sur quelques principes directeurs clairs, qui sont absents du contentieux évaluatif<sup>168</sup>. Ces principes relatifs à la procédure d'élaboration des

---

<sup>165</sup> CAA de Lyon, 29 avril 2014, req. n° 12LY20727 et CAA de Nancy, 27 sept. 2012, req. n° 12NC00452, Inédits au Recueil Lebon.

<sup>166</sup> CE, 20 mars 2013, *Société Addmedica*, req. n° 356661, Rec. T. p. 777-848.

<sup>167</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 286, 2015, p. 202.

<sup>168</sup> Une théorie générale de la fonction consultative est dégagée dès 1961 par Charles Heller, v. Ch. HELLER, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, thèse de l'Université de Strasbourg, 1961, p. 46 et s.

avis, c'est-à-dire à la phase de leur instruction<sup>169</sup>, correspondent à certains principes fondamentaux de l'évaluation. *A priori*, ils pourraient donc être transposés au contrôle des évaluations et participer à sa systématisation.

P. Crocq, qui distingue entre les avis classiques et les avis « individuels »<sup>170</sup>, c'est-à-dire « affectant directement les intérêts d'un individu »<sup>171</sup> – ou d'une personne morale – a défini ces principes généraux. Pour l'auteur, il s'agit de « l'indépendance du donneur d'avis » et de son impartialité, qui sont notamment garanties par le pluralisme et par la motivation de l'avis. Pour les avis individuels, la contradiction s'ajoute à cette liste. Ces principes ne sont pas tous contrôlés par le juge : hors obligation textuelle, par exemple, la motivation de l'avis n'est pas exigée<sup>172</sup> ; le principe du contradictoire n'est pas non plus exigé en principe pour les avis individuels<sup>173</sup>. En revanche, les requérants peuvent toujours invoquer le défaut d'impartialité de l'organe consulté, un certain nombre de règles relatives à la composition de l'organe en cause et, contre les avis individuels, l'absence de respect de la contradiction.

Tous ces moyens ont vraisemblablement leur place en matière évaluative : l'impartialité est un principe fondamental de l'évaluation et la doctrine considère que le respect du contradictoire est nécessaire dans de nombreux domaines, notamment en matière d'évaluation des personnes<sup>174</sup> et des risques<sup>175</sup>. Néanmoins, les contrôles du principe d'impartialité (a) et du contradictoire (b) exercés sur les avis simples non évaluateurs ne peuvent pas être sèchement transposés aux évaluations, sous peine de méconnaître, voire de déformer, certaines spécificités de cette sous-catégorie d'avis.

---

<sup>169</sup> A. HEILBRONNER et R. DRAGO, « L'administration consultative en France », *Revue internationale des sciences administratives*, 1959, p. 63.

<sup>170</sup> P. CROCQ, « Élaboration et diffusion des avis », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 75 et s.

<sup>171</sup> A. HEILBRONNER et R. DRAGO, « L'administration consultative en France », *loc. cit.*, p. 57.

<sup>172</sup> CE, 21 juill. 1932, *Hayer*, Rec. p. 757, cité par Y. WEBER, *L'administration consultative*, *op. cit.*, p. 211. V. aussi CE, 3 mai 1950, *Paon*, Rec. p. 432.

<sup>173</sup> TA de Paris, 4 mai 1955, *Guarnéri*, p. 21, cité par Ch. HELLER, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 204

<sup>174</sup> L'entretien est d'abord un moment de « dialogue » pour J.-L. BODIGUEL et L. ROUBAN, « Le fonctionnaire détrôné ? L'État au risque de la modernisation », *PFNSP*, 1991, p. 185, et il apporte la « personnalisation » indispensable à cette évaluation pour F. RANGEON, « La notation des fonctionnaires en question », *PMP*, vol. 10, n° 2, 1992, p. 197.

<sup>175</sup> C. LEPAGE, *Le Grenelle Environnement - Mission Lepage. Rapport final*, 2008, p. 34.

a) *L'adaptation nécessaire du contrôle du principe d'impartialité*

**220.** Dans le contentieux des avis simples non évaluatifs, le grief d'impartialité est invoqué sans son acolyte traditionnel, l'exigence d'indépendance. Il est vrai qu'il est difficile de requérir l'indépendance d'organes intégrés à l'administration – A. Noury avait déjà noté cette spécificité en matière d'expertises administratives<sup>176</sup>. Pour compenser cette absence, le principe d'impartialité est consacré et contrôlé avec une certaine vigueur. L'impartialité des commissions administratives est, d'ailleurs, désormais inscrite à l'article R. 133-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Néanmoins, cette disposition n'a qu'un champ d'application limitée : elle exclut de son champ la majorité des procédures consultatives, parmi lesquelles l'évaluation<sup>177</sup>. Le contrôle de l'impartialité de l'évaluation relèverait donc du principe jurisprudentiel<sup>178</sup> appliqué avec rigueur<sup>179</sup> par le juge depuis 1949 à la procédure administrative non contentieuse<sup>180</sup>. Comme le résume E. Mitard, « il y a lieu de douter de l'impartialité d'un fonctionnaire public lorsque celui-ci a un intérêt personnel à l'affaire » ou quand « une animosité personnelle à l'égard du destinataire de l'acte » est exprimée<sup>181</sup>. Cette impartialité objective ou subjective<sup>182</sup> n'est pas exigée de manière absolue, dans la mesure où, dans certaines circonstances, les personnes consultées sont sommées de donner leur opinion partisane<sup>183</sup>.

Depuis 2010, le juge a pris la peine de décliner son considérant de principe relatif à l'impartialité administrative à certaines consultations. Il l'a répété en droit de l'urbanisme,

---

<sup>176</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse Dactyl., Nantes, 1996, p. 522.

<sup>177</sup> « Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent ni aux commissions administratives à caractère consultatif composées exclusivement d'agents de l'État, ni aux instances d'étude ou d'expertise, ni aux organes créés au sein des établissements publics administratifs de l'État ou des services à compétence nationale pour assister leurs autorités compétentes dans l'exercice de leurs missions ».

<sup>178</sup> Ce principe est un principe général du droit selon la doctrine, v. E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478-496 ; P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif*, Montpellier-Université de Montpellier I, coll. « Thèses », t. 2, 2005, p. 453 ; B. QUIRINY, « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP*, 2006, n°2, p. 375-390 et L. de FOURNOUX, *L'impartialité de l'administration*, thèse Université de Strasbourg, 2017, p. 186 ;

<sup>179</sup> A.-M. LE POURHIET LE BOS, « Le contrôle de l'impartialité des avis », in G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, p. 56-70.

<sup>180</sup> CE, Sect., 29 avril 1949, *Bourdeaux*, Rec. p. 488 ; CE, 4 mars 1949, *Trèbes*, S. 1950, III, p. 21 ; CE, Ass., 27 avril 1951, *Mélamède*, Rec. p. 226 ; CE 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, Rec. p. 413 ; CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec. p. 399.

<sup>181</sup> E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478-496.

<sup>182</sup> La notion d'impartialité objective, d'origine européenne, est liée à la notion de doute, aux apparences de partialité, tandis que l'impartialité subjective renvoie à la certitude d'un parti pris chez la personne mise en cause, V. L. de FOURNOUX, *L'impartialité de l'administration*, op. cit., p. 133 et *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, §I.

<sup>183</sup> E. MITARD, « L'impartialité administrative », *loc. cit.*, p. 487.

dans les litiges relatifs aux permis de construire<sup>184</sup> et en matière d'enquêtes publiques<sup>185</sup>, et en droit sanitaire, pour viser spécifiquement les recommandations de bonne pratique émises par la HAS<sup>186</sup> et les avis émis par l'AFSSA (Agence française de sécurité sanitaire des aliments) – devenue l'ANSES<sup>187</sup> (Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail). Il l'a aussi décliné aux jurys d'examens<sup>188</sup> et de concours<sup>189</sup>.

**221.** Pour l'instant, le contentieux évaluatif n'est pas concerné par cette entreprise de ramification alors qu'un nombre conséquent d'évaluations est rédigé par un expert partial, ce qui nuit à l'objectivité attendue de cet acte. Aujourd'hui, seuls le code de la recherche, relatif au HCERES (Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur)<sup>190</sup>, et le code de la sécurité sociale cherchent à garantir l'impartialité des évaluateurs. Le code de la sécurité sociale prévoit ainsi que les membres siégeant à la Commission de la transparence<sup>191</sup> et à la CNEDIMTS<sup>192</sup> sont soumis aux règles relatives aux conflits d'intérêts, ce qui prévient un des deux versants du principe d'impartialité – l'absence d'intérêt personnel à l'affaire. Le risque d'animosité personnelle n'est pas abordé en droit de la santé.

Malgré ce silence, ces textes demeurent plus prolixes que la jurisprudence relative aux évaluations, qui semble éviter la question. Le juge n'a jamais traité de l'impartialité d'une évaluation dans un considérant de principe<sup>193</sup>. En réalité, le « principe d'impartialité » est surtout invoqué dans les écritures des parties et le juge répond rarement à ce moyen. Il a pourtant eu des occasions de se prononcer abstraitement sur le sujet, notamment en 2012, quand un moyen visant le manque d'objectivité « structurelle » du

---

<sup>184</sup> CE, 8 fév. 2019, *Association « Sauvons note stade »*, req. n° 424122, Inédit au recueil Lebon : « le principe d'impartialité des autorités administratives, découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, implique que tout organe administratif est soumis à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent, et a pour objet de garantir que ces organes ne sont pas détournés de leur mission d'intérêt général ».

<sup>185</sup> CE, 7 juill. 2006, *Association de sauvegarde de la région de Langeais et Galteau*, req. n° 259252, rec. T. p. 1035.

<sup>186</sup> CE, 27 avril 2011, *FORMINDEP*, req. n° 334396, Rec. p. 168.

<sup>187</sup> CE, 11 fév. 2011, *Sté Aquatrium*, req. n° 319828, Rec. p. 42.

<sup>188</sup> CE, Ass., 18 juill. 2008, *Mme Baysse*, Req. n° 291997, Rec. p. 302

<sup>189</sup> CE, 17 oct. 2016, *Université de Nice-Sophia Antipolis*, req. n° 386400, Rec. T. p. 679-800.

<sup>190</sup> Art. L. 114-1 et s. du code de la recherche.

<sup>191</sup> Article R. 163-17 du code de la sécurité sociale.

<sup>192</sup> Article R. 165-20 du code de la sécurité sociale.

<sup>193</sup> V. pour un litige portant sur un avis de la Commission de la transparence CE, Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France* req. n° 361962, Rec. p. 245 et en matière d'étude d'impact environnementale CAA de Marseille, 12 juin 2015, req. n° 14MA00321, Inédit au Recueil Lebon.

maître d'ouvrage – donc du porteur du projet – pour réaliser une étude d'impact environnemental a été soumis à la Cour administrative d'appel de Marseille. Cependant la Cour a rejeté l'argument soulevé par le ministre de l'Environnement de manière plus que succincte<sup>194</sup>. Il n'existe donc pas de considérant de principe relatif au principe d'impartialité en matière évaluative.

Par ailleurs, le contrôle de l'impartialité n'est parfois même pas explicite. À cet égard, il faut se référer au contrôle des appréciations rendues par les jurys<sup>195</sup> pour faire le lien entre la censure des évaluations individuelles des fonctionnaires fondées sur l'emploi de critères étrangers à la valeur professionnelle de l'agent et le principe d'impartialité<sup>196</sup>. Une seule occurrence du terme « impartialité » peut être relevée dans le contentieux des évaluations individuelles des fonctionnaires<sup>197</sup>. Dans tous les cas, l'issue du recours est la même : les moyens relatifs à l'impartialité sont systématiquement rejetés.

**222.** Ces jurisprudences montrent que, malgré les références ponctuelles au principe d'impartialité, le juge ne l'applique pas réellement aux évaluations. En effet, s'il l'appliquait strictement, il aurait par exemple, tiré les conséquences du défaut d'impartialité qui vicie *a priori* toutes les études d'impact et les évaluations environnementales, puisqu'elles sont réalisées par une personne personnellement intéressée au résultat de l'évaluation : le porteur du projet évalué et soumis à autorisation<sup>198</sup>. Bien que le principe d'impartialité des consultations n'ait qu'une valeur infra-législative, le juge pouvait écarter les textes relatifs aux évaluations environnementales sur le fondement des directives européennes de 1985<sup>199</sup> et de 2001<sup>200</sup>, qui prévoient que l'évaluation ne devrait pas être le seul fait du maître d'ouvrage, et sur le fondement du droit à une information environnementale impartiale découlant de l'article 8 de la CESDH<sup>201</sup>. Ainsi, toutes les

---

<sup>194</sup> CAA de Marseille, 12 mars 2015, req. n° 14MA00313, Inédit au recueil Lebon.

<sup>195</sup> V. notamment CE, 1<sup>er</sup> mars 2010, *M. et Mme Thevenet*, req. n° 318385, rec. T. 662-1019 et CE, 7 mars 2012, *Mme Patricia A.*, req. n° 338112, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>196</sup> CAA de Douai, 13 mai 2013, req. n° 12DA01038, Inédit au recueil Lebon.

<sup>197</sup> CAA de Douai, 7 juill. 2011, req. n° 10DA00610, Inédit au recueil Lebon.

<sup>198</sup> En matière d'études d'impact environnementales, l'évaluateur peut être une personne privée, de telle sorte que le principe d'impartialité, limité aux autorités administratives, pourrait être jugée inapplicable en l'espèce. Toutefois, dans ces hypothèses, il est possible de considérer que le maître d'ouvrage a été unilatéralement désigné comme organe consultatif de la procédure administrative. De ce fait, l'étude d'impact qu'il élabore peut être considérée comme un acte administratif. Dès lors, le principe d'impartialité pourrait lui être appliqué.

<sup>199</sup> Directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 modifiée par la directive n° 97/11/CE du 3 mars 1997. Cette directive a été abrogée en 2011 et remplacée par la directive n° 2011/92/UE, qui a été depuis modifiée par la directive n° 2014/52/UE du Parlement et du Conseil.

<sup>200</sup> Directive 2001/42/CE du 27 juin 2001.

<sup>201</sup> CEDH, 19 fév. 1988, *Anna maria Guerra et autres c Italie*, JCP, 1991, §I, 105.

évaluations environnementales (au sens large) réalisées jusqu'en 2016 auraient pu être systématiquement déclarées illégales. Depuis 2016, cependant, la partialité de l'évaluateur n'est plus synonyme de partialité de l'évaluation environnementale (au sens large) : le gouvernement et le Parlement ont instauré un tiers indépendant et impartial chargé de vérifier la qualité de l'évaluation produite<sup>202</sup>. Ce « tiers garant »<sup>203</sup> compense la partialité des maîtres d'ouvrage. Il transforme la procédure évaluative en une procédure consultative singulière, échappant au prisme du principe d'impartialité classique, qui vise davantage l'impartialité de l'évaluateur que l'objectivité de l'acte édicté. En effet, désormais, avec l'intervention de ce tiers, l'impartialité de l'évaluateur n'abolit plus en principe l'objectivité de l'évaluation réalisée. Le principe d'impartialité devrait prendre en compte cette singularité en matière évaluative. Il en va de même pour le contrôle du contradictoire, également affecté par cette conception dépersonnalisée de l'objectivité (b).

*b) L'aménagement indispensable du principe du contradictoire*

**223.** Les procédures évaluatives constituent, à l'exception des études d'impact des projets de loi, des avis individuels et la hiérarchie des normes ne fait pas obstacle à leur soumission immédiate au principe jurisprudentiel du contradictoire<sup>204</sup>. Cette transposition serait toutefois sans effet sur certaines procédures.

Dans sa forme actuelle, ce principe exige que la personne affectée par un avis ait la possibilité de faire part de ses observations. L'organe consultatif doit lui accorder, à cet effet, un délai raisonnable<sup>205</sup>. Sous cette forme, le principe du contradictoire n'est pas absent des procédures évaluatives : il est notamment garanti par les réglementations relatives aux évaluations de la Commission de la transparence et aux évaluations individuelles des fonctionnaires<sup>206</sup>. Il est en revanche absent des textes relatifs à la

---

<sup>202</sup> Pour les évaluations et études d'impact environnementales voir le décret n° 2016-519 du 28 avril 2016 portant réforme de l'autorité environnementale et pour les évaluations préalables le décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures.

<sup>203</sup> Cette expression a été adoptée par le Conseil d'État son rapport public de 2011 au sujet d'une procédure similaire instaurée en matière de concertation, cf. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2011. Consulter autrement, participer effectivement*, La doc. Fr., coll. « EDCE », 2011, p. 87.

<sup>204</sup> P. CROCQ, « Élaboration et diffusion des avis », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 75 et s.

<sup>205</sup> CE, 26 fév. 1947, *Feeud Valade*, Rec. p. 79, cité par Y. WEBER, *L'administration consultative*, op. cit., p. 208.

<sup>206</sup> La mise en œuvre d'un « entretien » suppose le dialogue entre l'évaluateur et l'évalué. le dialogue postérieur à l'entretien est prévu par l'article 4 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour les fonctionnaires d'État, articles 4 et 6 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 pour les fonctionnaires territoriaux et article 5 du décret n° 2010-1153 du 29 pour la fonction publique hospitalière.

procédure de certification des établissements de santé et à la CNEDIMTS<sup>207</sup>. Le guide de la procédure de certification émis par la HAS pour la certification des établissements de santé prévoit, lui, seulement une phase contradictoire après l'émission du pré-rapport – mais avant l'édition de la décision finale<sup>208</sup>. Or, ces avis qui peuvent être défavorables à l'évalué devraient pouvoir être précédés d'un échange avec ce dernier. À l'inverse, l'omission du contradictoire dans les dispositions relatives aux évaluations environnementales (au sens large), aux évaluations précontractuelles et aux études d'impact des projets de loi semble inévitable. L'application du principe actuel serait sans objet pour elles : le réalisateur du projet ne peut pas organiser la contradiction avec lui-même. Dans ces hypothèses, pour être utile, la contradiction devrait s'effectuer avec l'éventuel tiers garant chargé de contrôler la qualité des évaluations produites. Il permettrait alors au porteur du projet de répondre à ses observations. Le principe du contradictoire pourrait ainsi être réinterprété pour être intégré pertinemment dans le contentieux des évaluations, cette réinterprétation est même indispensable pour que cette transposition ait un sens.

**224.** Quant aux moyens connexes qui assurent le bon déroulement de la procédure consultative – convocation des membres en temps utile, *quorum* lors de la délibération de l'avis<sup>209</sup> et devoir de l'autorité consultante de mettre l'organe consultatif en mesure de trancher<sup>210</sup> – ils présentent un intérêt certain pour l'évaluation. La convocation de l'évaluateur en temps utile semble en effet indispensable compte tenu de la complexité de la plupart des données à analyser et des jugements à formuler. Il en va de même pour les règles de *quorum* en cas d'évaluation collégiale. Toutefois, l'obligation de l'autorité consultante de mettre l'organe consulté en mesure de trancher semble moins pertinente puisqu'en matière évaluative l'autorité consultante détient rarement les informations qui permettent à l'évaluateur de se prononcer. Ce moyen serait plus adapté s'il obligeait indistinctement les autorités administratives et législatives à communiquer à l'évaluateur

---

<sup>207</sup> Articles L. 161-37, art. L. 165-1 et articles R. 165-18 et s. du code de la sécurité sociale pour la CNEDIMTS et articles L. 611-4 et R. 6113-12 à R. 6113-16 du code de la santé publique pour la certification des établissements hospitaliers.

<sup>208</sup> HAS, *Procédure de certification des établissements de santé et des structures visées aux articles L. 6133-7, L. 6321-1, L. 6147-7 et L. 6322-1 du code de la santé publique*, 2018, p. 8. V. M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, LGDJ, coll. « Manuels », 5<sup>e</sup> éd., 2018, p. 189.

<sup>209</sup> CE, 20 janvier 1950, *Calvy*, Rec. p. 49 cité par A. HEILBRONNER et R. DRAGO, « L'administration consultative en France », *Revue internationale des sciences administratives*, 1959, p. 157.

<sup>210</sup> CE, 11 fév. 1959, *Confédération du travail du Tchad et Cotrinou*, cité par Y. WEBER, *op. cit.*, p. 205.

les informations qu'il sollicite, dans la limite traditionnelle des secrets préservés s'agissant des documents administratifs<sup>211</sup>.

Le contentieux des avis administratifs simples est ainsi, dans une certaine mesure, instructif. Il fournit, en creux, plusieurs pistes susceptibles d'orienter la systématisation du contentieux évaluatif. Le contentieux des « avis » conformes, c'est-à-dire des décisions préparatoires<sup>212</sup> est, en comparaison, une source d'inspiration moindre (B).

## **B. L'impossible transposition du contentieux des avis conformes**

**225.** Les avis conformes sont une spécificité du droit administratif. Aucune consultation ne bride à ce jour la compétence du législateur. De ce fait, seul le contentieux administratif peut nourrir la réflexion relative à cette catégorie d'actes. Le contrôle de ces avis conformes, que le juge considère comme des hybrides d'avis et de décisions, pourrait être un compromis idéal entre le contrôle très poussé des actes juridiques les plus normatifs, les actes décisifs, et le contrôle insuffisant des actes juridiques les moins normatifs, les avis. Plus précisément, l'étude de ce contentieux pourrait être particulièrement instructive à l'égard des évaluations dont le résultat a été érigé en condition juridique de la décision finale : les évaluations d'incidences Natura 2000<sup>213</sup> et les évaluations préalables des contrats et marchés de partenariat<sup>214</sup>. Si ces évaluations ne constituent pas des actes décisifs<sup>215</sup>, la liaison faite par les textes entre leur contenu et la légalité de la décision finale les rapproche des avis conformes et justifie l'examen de leur régime contentieux. L'analyse de ce régime se révèle néanmoins infructueuse. Il serait inadéquat de transposer le régime contentieux des avis conformes, modelés sur leur caractère décisif et leur fonction de conseil, aux avis évaluatifs, qui sont des avis informatifs (1). Ce contentieux souffre, au demeurant, des mêmes défauts que le contrôle des avis simples (2). Le

---

<sup>211</sup> Ils sont désormais énumérés à l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration.

<sup>212</sup> V. *supra*, Chapitre I, Section 2, §I. Le juge lui-même reconnaît le caractère décisif de l'avis, v. CAA de Nantes, 15 sept. 2017, req. n° 16NT00526 : « lorsque l'avis de la Commission nationale d'aménagement commercial est favorable, le permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale ne peut être refusé sur le fondement des dispositions de l'article L. 752-1 et suivants du code de commerce ; que dans ces conditions, l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale est recevable à solliciter devant le juge de l'excès de pouvoir l'annulation de l'avis rendu par la commission nationale d'aménagement commercial qui présente à son égard *un caractère décisif* ». Nous soulignons.

<sup>213</sup> Articles L. 414-4-VI et s. du code de l'environnement.

<sup>214</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008.

<sup>215</sup> Cf. *supra*, Partie 1, Titre premier, Chapitre I, Section 1, §I.

contentieux des avis conformes n'est donc pas le modèle providentiel qui remédiera aux hésitations relatives à l'organisation du contrôle des évaluations.

#### 1) La contestation singulière mais insuffisante des avis conformes

**226.** Les modalités de contestation des « avis » conformes sont plus complexes que celles des avis « simples » non évaluatifs. En premier lieu, leur régime a partiellement intégré le caractère réellement décisive de ces faux avis. À cet égard, il apparaît impossible de transposer le raisonnement soutenant la contestation par voie d'action des avis conformes rendus par les conseils de disciplines<sup>216</sup>, par la commission d'avancement pour les magistrats judiciaires<sup>217</sup>. En effet, selon S. Nauge-Fenioux, cette jurisprudence est motivée par le caractère « particulièrement contraignant » de ces avis, qui sont « susceptibles d'être assimilés à de véritables décisions [dès lors qu'ils] indiquent le contenu de la décision à prendre, imposant ainsi à l'autorité compétente de substituer l'avis à sa propre décision »<sup>218</sup>.

En second lieu, le régime des avis conformes a parfaitement intégré leur fonction de conseil. Les décisions préparatoires sont en effet des avis-conseils dans la mesure où elles répondent toujours à la même question que le décideur : « faut-il prendre tel acte ? ». Si la jurisprudence en vigueur s'adapte aux caractéristiques des avis conformes, elle est en revanche inadaptée aux évaluations, qui constituent des avis informatifs et qui n'ont donc pas le même objet.

Avant d'étudier plus avant cette jurisprudence, il convient de rappeler que tous les actes produits lors d'une procédure dite d'avis conforme ne sont pas décisifs. En principe, seul l'avis favorable ou l'avis défavorable lie le décideur et est donc « conforme », c'est-à-dire décisif. Son alternative constitue un avis « simple », c'est-à-dire un véritable acte non décisif sollicité au cours d'une procédure décisionnelle. Cet avis n'est cependant pas soumis au contrôle traditionnellement attaché à ces actes et étudié plus haut dans la mesure où le bien-fondé de cet avis a une importance particulière : si l'avis est erroné, cela signifie que le décideur final avait en réalité compétence liée. Cette spécificité justifierait que l'illégalité de ces avis soit plus facilement invocable que celle

---

<sup>216</sup> V. entre autres CE, 26 sept. 2008, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, req. n° 306922, Rec. p. 321.

<sup>217</sup> CE, 30 déc. 2003, *Moko*, req. n° n° 243943, Rec. p. 535.

<sup>218</sup> S. NAUGES-FENIOUX, « Une autorité administrative n'est pas tenue de suivre un avis conforme illégal », *LPA*, 7 juin 2002, n° 114, p. 15-24.

des avis simples « classiques ». Néanmoins, en pratique, ils demeurent moins facilement invocables que les décisions préparatoires.

Or, jusqu'en 2001, les possibilités de contestation de ces décisions étaient relativement restreintes. Non seulement, en dehors des exceptions précitées, leur contestation par voie d'action était refusée – elle l'est toujours – mais, en outre, la jurisprudence distinguait entre quatre hypothèses, en fonction de la teneur de l'avis formulé par l'organe consulté et du sens de la décision finale. S. Austray a résumé cette jurisprudence dans ses conclusions sur l'arrêt *M. et Mme Eisenchteter* de 2001<sup>219</sup>. Jusqu'à cet arrêt, l'illégalité de l'avis émis à l'occasion d'une procédure consultative conforme était invocable uniquement quand le décideur avait suivi le sens de l'avis – peu importe qu'il ait été défavorable ou favorable, c'est-à-dire conforme ou non conforme. Les décisions prises en violation d'un avis conforme étaient automatiquement annulées, sans que l'illégalité de l'avis conforme ne soit invocable. *A contrario*, conformément à la jurisprudence applicable aux avis simples classiques, les décisions contredisant un avis non conforme ne pouvaient pas être annulées sur le fondement de l'illégalité de l'avis, dès lors qu'il n'était manifestement pas la cause de la décision.

**227.** Cet agrégat de solutions a évolué en 2001. Depuis l'arrêt d'assemblée *M. et Mme Eisenchteter* rendu sur les conclusions contraires de S. Austray<sup>220</sup>, le juge administratif n'annule plus automatiquement les décisions méconnaissant le sens de l'avis conforme émis au cours de la procédure. Le décideur, le destinataire de la décision et les tiers peuvent exciper de l'illégalité de l'avis conforme au soutien de la décision finale contredisant cet avis, à condition toutefois que les moyens préalables de recours non contentieux aient été mis en œuvre<sup>221</sup>. M. Gentot avait déjà proposé cette solution dans un arrêt isolé de 1971<sup>222</sup>. Pour M. Guyomar et P. Collin, avec cette jurisprudence, « c'est en réalité la notion même de compétence liée qui est remise en cause puisque [elle] confère, *de facto* sinon *de jure*, au destinataire de l'avis le pouvoir de décider s'il est tenu ou non de suivre l'avis »<sup>223</sup>. Cette analyse semble un peu sévère. L'arrêt de 2001 ne remet pas nécessairement en cause la

---

<sup>219</sup> CE, Ass., 26 oct. 2001, *M. et Mme Eisenchteter*, Rec. p. 495.

<sup>220</sup> S. AUSTRAY, concl. sur CE, Ass., 26 oct. 2001, *M. et Mme Eisenchteter*, n° 216471, Rec. p. 495, *BJDU*, 2001, n°5, p. 339 et s.

<sup>221</sup> M. BERNABEU, « L'autorité délivrant les autorisations d'urbanisme peut-elle passer outre le désaccord de l'ABF ? », *AJDA*, 2013, p. 2396 et s.

<sup>222</sup> M. GENTOT, concl. sur CE, Sect., 29 janv. 1971, *SCI « La Charmille de Montsault »*, *AJDA*, 1971, p. 234-238.

<sup>223</sup> M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Une autorité administrative peut-elle légalement s'affranchir d'un avis conforme illégal ? », *AJDA*, 2002, p. 118-124.

notion de compétence liée. Le juge administratif semble seulement faire application de la jurisprudence classique selon laquelle une autorité administrative ne doit pas appliquer un acte illégal<sup>224</sup>. Par ailleurs, cette jurisprudence peut aussi être perçue comme un lointain écho de l'exception au devoir d'obéissance de l'agent public, qui joue quand l'acte lui semble manifestement illégal<sup>225</sup>. Dans une situation où il n'existe pas de hiérarchie entre l'émetteur de la première décision et de la seconde, la suppression de l'exigence d'illégalité « manifeste » se justifie et il ne paraît pas si surprenant que le juge ait donné au décideur la possibilité de « désobéir ». La solution de 2001 ne semble donc nullement exceptionnelle. Elle constitue une ouverture sinon logique du moins justifiée de la contestation des avis conformes.

**228.** Cette contestation élargie reste toutefois limitée. Si elle est adaptée à la nature de conseil des avis conformes, elle est trop restrictive pour convenir à des avis informatifs. Elle entraînerait en outre une régression de certaines solutions jurisprudentielles, notamment celles relatives aux évaluations des incidences Natura 2000 qui peuvent conditionner la légalité de la décision finale – et non la compétence du décideur – si elles révèlent que la réalisation du projet envisagé « porterait atteinte aux objectifs de conservation d'un site Natura 2000 »<sup>226</sup>. Elles sont aujourd'hui contestables indépendamment de leur sens et de celui de la décision finale. À cet égard, une évaluation des incidences concluant à l'absence d'atteinte portée au site est invocable non seulement quand le décideur a suivi l'évaluation et a autorisé le projet<sup>227</sup>, mais aussi quand le décideur a refusé de donner cette autorisation<sup>228</sup>. Cette seconde solution serait rejetée si l'évaluation devait être contrôlée comme un avis conforme. En sus, l'illégalité d'une évaluation d'incidences Natura 2000 qui démontre que le projet porterait atteinte au site est invocable que le décideur ait autorisé<sup>229</sup> ou ait refusé d'autoriser le projet<sup>230</sup>. La solution de l'arrêt *Eisenchteter* est donc déjà appliquée en la matière et elle est même dépassée. Dès lors, la transposition de la jurisprudence relative aux avis conformes aux évaluations des

---

<sup>224</sup> CE, Sect., 14 nov. 1958, *Mme Ponard*, Rec. p. 554.

<sup>225</sup> Article 28 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

<sup>226</sup> Article L. 414-4 du code de l'environnement.

<sup>227</sup> CE, 25 juin 2012, *Commune de Fos-sur-Mer et autres*, req. n° 338601, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>228</sup> CAA de Marseille, 12 mars 2015, req. n° 14MA00313, Inédit au Recueil Lebon. Cet arrêt semble par ailleurs transformer la possibilité d'autoriser une manifestation sportive sur une zone Natura 2000.

<sup>229</sup> Sur l'invocabilité d'une évaluation incomplète, CAA de Lyon, 16 déc. 2016, req. n° 14LY03705, Inédit au recueil Lebon.

<sup>230</sup> CAA de Marseille, 20 juin 2017, req. n° 16MA03194 et CAA de Bordeaux, 31 oct. 2013, req. n° 12BX00988, Inédits au Recueil Lebon.

incidences Natura 2000 constituerait une régression. Elle méconnaîtrait la normativité de l'évaluation et sa nature informative, qui impliquent que sa contestation, au moins par voie d'exception, soit toujours possible. Il est important que son modèle soit fiable même si elle n'a pas fondé la décision prise dans la mesure où elle a vocation à informer le public et les pouvoirs publics au-delà de la simple procédure décisionnelle dans laquelle elle s'insère. De ce fait, la jurisprudence relative aux modalités de contestation des avis conformes, qui reste attachée à leur fonction de conseil et, en conséquence, à la liaison entre la teneur de l'avis produit et la décision finale, n'est pas adaptée à des actes informatifs comme les actes évaluatifs. À l'inverse, quand il est exercé, le contrôle du contenu des avis conformes mis en œuvre par le juge administratif s'avère trop approfondi pour convenir à l'incertitude inéluctable qui affecte les actes évaluatifs (2).

## 2) Le monolithisme problématique du contrôle du bien-fondé des avis conformes

**229.** Lorsque le juge accepte de contrôler un avis émis à l'issue d'une procédure consultative conforme, il effectue un contrôle complet de l'acte mis en cause. Toute irrégularité de l'avis vicie la procédure et justifie l'annulation de la décision finale. Le juge n'applique pas de raisonnement conséquentialiste comparable à la jurisprudence *Danthony*<sup>231</sup>. L'abandon de ce raisonnement conviendrait à l'évaluation, mais le contrôle des avis conformes s'avère inadapté : le contrôle de leur instruction est similaire au contrôle appliqué aux avis simples<sup>232</sup> et le contrôle de leur contenu est trop intense pour convenir à des actes empreints d'incertitude et de technicité. Le contrôle de toutes les « erreurs d'appréciation »<sup>233</sup> contenues dans les avis conformes<sup>234</sup>, est en effet plus strict que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation appliqué en matière évaluative : il est trop approfondi pour y être transposé.

D'après D. Labetoulle, l'erreur manifeste d'appréciation « vient sanctionner (...) une “mal administration” patente et grave et ce que les juristes anglo-saxons appellent et sanctionnent [comme] une décision “déraisonnable” ». R. Odent écrit lui aussi que l'erreur

---

<sup>231</sup> CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 330353, Rec. p. 649.

<sup>232</sup> Cf. *supra*, Partie 1, Titre premier, Chapitre II, Section 2, §I, A, 2).

<sup>233</sup> La qualification juridique des faits n'est pas invocable contre les avis conformes malgré les qualifications juridiques réalisées dans les avis, à l'instar de « l'appréciation » de la visibilité fondée sur les anciens articles L. 621-30-1 et L. 621-31 du code du patrimoine, v. par ex. CAA de Marseille, 20 mars 2015, req. n° 13MA02239, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>234</sup> Pour un exemple de contrôle de l'erreur d'appréciation voir CE, 5 juin 2002, *M. Chabauty*, req. n° 222390, Rec. T. 902-962 et CE, 4 oct. 2017, req. n° 400553, inédit au Recueil Lebon.

manifeste d'appréciation est « destinée à imposer aux autorités administratives un minimum de bon sens et de logique » et « censure les erreurs grossières et les solutions déraisonnables »<sup>235</sup>. Cette notion d'erreur déraisonnable se retrouve chez la plupart des auteurs<sup>236</sup>. Elle repose pour la doctrine sur une ambiguïté : contrairement à ce qui est souvent écrit, il n'est pas certain que cette erreur manifeste soit une erreur évidente. En effet, cette erreur est parfois longuement démontrée par le juge, elle peut faire l'objet d'appréciations contradictoires aux différents stades du procès et elle peut être révélée par une mesure d'instruction<sup>237</sup>. L'évidence de l'erreur manifeste doit ainsi être relativisée.

En matière évaluative, cette erreur manifeste ne porte pas sur une qualification juridique<sup>238</sup> – l'évaluation n'en contient normalement pas –, mais sur l'appréciation « pure » de l'autorité consultée. Or, il n'est pas certain que ce contrôle restreint puisse être remplacé par un contrôle strict de l'erreur d'appréciation, même si le juge procède à des investigations en réalité très poussées dans certains domaines – notamment en matière d'évaluations individuelles des fonctionnaires. La technicité de l'évaluation plaide d'abord en faveur du maintien global d'un contrôle restreint, puisque l'erreur manifeste d'appréciation est justement l'outil qui permet au juge de s'aventurer dans les matières techniques<sup>239</sup>. Cette technicité pourrait néanmoins justifier la solution inverse, comme l'induit le raisonnement tenu par C. Castaing à propos du principe de précaution. L'auteur relève en effet que « dans la logique même du principe de précaution, il n'y a pas d'erreur grossière, mais seulement des erreurs subtiles, voire de simples imprudences ou soupçons d'imprudence » en raison du « contexte d'incertitude »<sup>240</sup>. En d'autres termes, compte tenu des incertitudes affectant les questions soumises au juge, aucune erreur ne peut être jugée comme grossière, puisqu'il n'y a pas à proprement parler d'évidence, d'analyses ou de choix simples. En suivant ce raisonnement, il est possible de considérer que l'incertitude inhérente aux opérations d'évaluation imposerait un contrôle normal du juge, l'incertitude interdisant de qualifier les erreurs réalisées d'erreurs grossières.

---

<sup>235</sup> R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, 2, Dalloz-Sirey, 2007, p. 564.

<sup>236</sup> V. aussi G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, 2014, 12<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis Droit Public », t. 1 et t. 2, p. 326 et B. SEILLER, *Droit administratif*, t. 2., *op. cit.*, p. 255.

<sup>237</sup> J.-P. BOURGOIS, *L'erreur manifeste d'appréciation, la décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, L'espace juridique, 1988, p. 234 et s.

<sup>238</sup> Ce type d'erreur manifeste a suscité la perplexité de la doctrine. V. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t.135, 1980, p. 193 et Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification en droit administratif... op. cit.*, p. 490.

<sup>239</sup> V. F. KORNPROBST, « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, p. 121 et s.

<sup>240</sup> C. CASTAING, *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, thèse Université de Bordeaux, 2001, p. 395.

Ces deux solutions semblent toutefois trop monolithiques. Il paraît plus réaliste de suivre les conclusions de V. Daumas sur l'arrêt *Numéricable*<sup>241</sup> : l'intensité du contrôle juridictionnel pourrait varier en fonction des spécificités de l'acte contrôlé. L'application uniforme d'un contrôle des appréciations formulées dans l'évaluation, quelle que soit son intensité, paraît inadaptée à la diversité de ces actes. L'évaluation individuelle des agents publics, fondée sur des objectifs et des faits aisément identifiables est moins incertaine que l'évaluation du service médical rendu par un médicament fondé sur une très technique analyse « risques-bénéfices », tandis que le degré de certitude et de technicité des appréciations contenues dans les études d'impact environnementales dépend des cas d'espèce. Aucune solution uniforme ne semble devoir ou pouvoir être préconisée. En conséquence, le contrôle strict de l'appréciation réalisé en matière d'avis conformes ne saurait être purement et simplement transposé aux évaluations.

**230.** Ce premier panorama de la jurisprudence appliquée aux actes consultatifs non évaluatifs offre donc plusieurs pistes de réflexion pour penser un contrôle juridictionnel systématisé et adapté aux évaluations. Il n'a cependant pas fourni d'exemple directement transposable. Le contentieux constitutionnel n'a même été d'aucun secours dans cette recherche. Seule la jurisprudence administrative relative aux avis simples et aux avis conformes a pu être exploitée pour éclaircir les voies que le contrôle de l'évaluation pourrait emprunter. Ces quelques pistes de réflexion peuvent être enrichies par l'étude du contentieux de l'autre grande catégorie d'avis non évaluatifs, les expertises judiciaires. Cet examen ne fournit toutefois pas davantage de modèle clef-en-main sur lequel aligner le contentieux des actes évaluatifs (§II).

## **§II. L'impossible transposition du contentieux des expertises judiciaires**

**231.** Les avis contentieux<sup>242</sup> désignent ici les expertises judiciaires, qui sont des mesures

---

<sup>241</sup> V. DAUMAS, concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable, RFDA*, 2016, p. 506 et s.

<sup>242</sup> Comme vu plus haut, cette expression désigne en général les avis contentieux du Conseil d'État, prévus à l'article L. 113-1 du code de justice administrative, sont une forme d'avis informatifs et d'expertise particulière, compte tenu de la spécialisation identique – en droit, ce qui les distingue aussi des autres procédures étudiées ici – de l'autorité sollicitant l'avis et de l'autorité rendant l'avis. En outre, si ces avis n'ont, en droit, ni l'autorité de chose jugée ni l'autorité de chose décidée, ils l'ont « en réalité » en raison de la position suprême du Conseil d'État dans l'ordre juridictionnel administratif, comme le relève P. Delvolvé. Ces avis sont donc très particuliers. V. P. DELVOLVÉ, « Les fonctions juridictionnelles », in *Répertoire de contentieux administratif, op. cit.*, § 364-365. V. aussi

d'instruction que le juge administratif<sup>243</sup> peut<sup>244</sup> prononcer au cours d'un procès au fond ou d'un référé<sup>245</sup>. À cet égard, quand le juge ne dispose pas des compétences techniques nécessaires à l'établissement des faits litigieux ou qu'il n'a pas la possibilité de se déplacer<sup>246</sup>, il désigne en principe un individu pour réaliser une expertise<sup>247</sup>.

**232.** Devant le juge constitutionnel, des expertises peuvent être sollicitées à l'occasion de toute affaire<sup>248</sup>, mais dans le contentieux *a priori*, le seul durant lequel les évaluations sont invocables<sup>249</sup>, ces expertises sont menées de manière informelle<sup>250</sup>. Elles ne sont pas soumises à la contradiction et elles n'apparaissent pas dans la décision<sup>251</sup>. Seul le contentieux administratif constitue donc, une fois de plus, une source d'information en droit public. Toutefois, il peut ici être complété par l'étude du contentieux judiciaire, dans la mesure où le contrôle de l'expertise<sup>252</sup> devant les juridictions administratives est fortement inspiré du droit privé.

Contrairement à son homologue judiciaire, pendant longtemps, le juge administratif a peu recouru aux mesures d'instruction<sup>253</sup>. Cependant, aujourd'hui, l'expertise est fréquemment ordonnée<sup>254</sup> et sa contestation est réglée par un ensemble de principes clairs. Certains de ces principes sont indissociables du caractère contentieux de ces actes et ne sauraient être transposés aux évaluations. C'est le cas de la limitation temporelle de la contestabilité des expertises judiciaires. En effet, le juge administratif considère qu'elles

---

<sup>243</sup> Article R. 621-1 du CJA.

<sup>244</sup> Le juge n'est en principe pas tenu de demander une expertise. V. art. R. 621-1 du CJA et v. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, coll. « Domat droit public », 2008, §1011.

<sup>245</sup> Au cours d'un référé-instruction pour le juge administratif, article R. 532-1 et suivants du CJA.

<sup>246</sup> V. J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, thèse Université Paris II-Panthéon-Assas, 1985, p. 9.

<sup>247</sup> Article R. 621-1 du CJA et article 234 du code de procédure civile.

<sup>248</sup> La procédure la plus proche d'une expertise judiciaire existant en contentieux constitutionnel est l'audition prévue par l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel du 4 fév. 2010, applicable au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

<sup>249</sup> En effet, l'invocation des évaluations par voie d'exception constitue un vice de procédure or les vices de procédure sont irrecevables en contentieux QPC, Cons. const., 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC, et 4 mai 2012, n° 2012-241 QPC.

<sup>250</sup> Une procédure plus proche d'une expertise judiciaire existe en contentieux constitutionnel *a posteriori* grâce à l'audition prévue par l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel du 4 fév. 2010, applicable au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

<sup>251</sup> V. D. RIBES, « Les experts au Palais Royal : la place de l'expertise dans le contrôle de constitutionnalité », *Droit de l'environnement*, n° spécial, 2006, p. 280-284.

<sup>252</sup> Articles 234 et s. du code de procédure civile.

<sup>253</sup> Il y recourait en tout cas moins que le juge judiciaire. V. J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 377.

<sup>254</sup> V. C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative française*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 685 p. et J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 307.

doivent être contestées au cours de sa réalisation ou, du moins, au cours de l'instance qui a donné lieu au prononcé de la mesure d'expertise. Une expertise ordonnée en première instance ne peut donc pas être contestée pour la première fois en appel<sup>255</sup>. Cette solution, qui impose de contester l'expertise avant l'édiction de la décision qu'elle prépare fait sens en matière juridictionnelle dans la mesure où les personnes intéressées par l'évaluation sont les parties au procès : elles ont donc nécessairement connaissance de l'expertise et peuvent la contester avant le verdict. À l'inverse, les tiers et les destinataires d'une décision administrative n'ont pas nécessairement connaissance de la préparation d'une décision qu'ils pourront contester, s'ils ont intérêt à agir, après son entrée en vigueur. Il serait donc injustifié, voire illégal, en raison du droit à un recours effectif, d'interdire la contestation des évaluations après l'adoption de la décision qu'elles préparent.

Pour d'autres raisons, les règles relatives au contrôle de l'instruction et du contenu des expertises judiciaires sont, elles aussi, globalement inadaptées au contentieux évaluatif. Les jurisprudences administratives et judiciaires relatives au contrôle de l'instruction des expertises mésestiment en effet la normativité des expertises contrôlées et protègent mal leur objectivité (A). S'agissant du contrôle du contenu des expertises judiciaires, le contrôle de la méthode et de la suffisance des expertises judiciaires paraît plus instructif, mais les conséquences que le juge tire de ces illégalités restent en décalage avec la normativité des actes contrôlés (B). La transposition de ces contrôles aux évaluations ne permettrait ainsi pas la construction d'un contrôle adapté à leur nature.

### **A. Le contrôle inadapté de l'instruction des expertises judiciaires**

**233.** Le contrôle de l'instruction des expertises judiciaires repose en partie sur des moyens spécifiques. À ce titre, sont spécialement contrôlés le respect des délais prescrits à l'expert pour déposer le rapport final, l'unicité du rapport et l'exécution personnelle de l'expertise. Ces principes pourraient être transposés au contrôle de l'évaluation, à l'inverse des autres moyens, plus génériques, mobilisés par les juges administratifs et judiciaires. Le contrôle de l'impartialité de l'expert repose en effet sur des règles liées à l'organisation de la procédure juridictionnelle insusceptibles d'être appliquées aux évaluations (1). Quant au principe du contradictoire, bien qu'il ne soit pas expressément prévu par le code de justice

---

<sup>255</sup> CE, 15 fév. 1957, *Ministre des travaux publics c. Bergeret*, req. n° 99.033 et CE, 19 mars 1969, *Commune de Saint Maur des Fossés*, Rec. p. 170, cités par J.-P. PASTOREL, *L'expertise...*, op. cit., p. 311.

administrative, il s'applique tout de même à l'expertise judiciaire en vertu d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme de 2007<sup>256</sup> qui a créé un « droit à l'expertise équitable »<sup>257</sup>, dont fait partie la contradiction. L'application de ce principe dans la conduite de l'expertise paraît en effet déterminante pour assurer son objectivité. Toutefois, le juge semble négliger son importance et l'influence que l'expertise a réellement sur sa décision. Son contrôle est ainsi inadapté à la normativité des actes d'expertises et ne saurait constituer un modèle pour le contentieux unifié de l'évaluation (2).

### 1) Le contrôle singulier de l'impartialité de l'expert judiciaire

**234.** Le contrôle de l'impartialité de l'expert judiciaire peut difficilement être transposé aux expertises non contentieuses, dans la mesure où il repose sur des procédures indissociables du contexte juridictionnel. Ces règles spéciales ont été importées du droit privé en 1889, par la loi relative à la procédure à suivre devant les conseils de préfecture. Elle a appliqué la procédure de récusation du code de procédure civile aux juges administratifs et à leurs experts<sup>258</sup>. Par la suite, en 1934, le juge administratif a érigé cette procédure en « règle générale applicable devant toute juridiction »<sup>259</sup>. Elle est désormais organisée par l'article R. 621-6 du code de justice administrative. D'après F. Roussel, la « récusation pourra être justifiée par une prise de position de l'expert antérieure à sa désignation (...), [par] l'existence d'une inimitié personnelle ou (...) [par] les liens de dépendance ou d'intérêt que l'expert a pu nouer avec l'une des parties »<sup>260</sup>. L'impartialité requise est donc comparable à celle attendue d'un juge<sup>261</sup>.

La procédure de récusation, qui a un caractère juridictionnel<sup>262</sup>, doit être sollicitée par l'expert ou par l'une des parties devant la juridiction compétente au fond « tant que les opérations d'expertise n'ont pas débuté, ou à défaut, dès la révélation, par le dépôt du rapport par exemple, de la cause de la récusation. »<sup>263</sup>. Cette règle contraste avec la possibilité généralisée de contester la partialité des évaluateurs par voie d'exception, postérieurement à l'adoption de la décision préparée par l'évaluation. Pour la transposer, il

---

<sup>256</sup> CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, aff. n° 21497/93.

<sup>257</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit à l'expertise équitable », *D.*, 2000, p. 111-117.

<sup>258</sup> Article 234 du code de procédure civile.

<sup>259</sup> CE, sect., 24 juill. 1934, *Ducos*, Rec. p. 882.

<sup>260</sup> F. ROUSSEL, « Le contentieux des obligations de l'expert », *AJDA*, 2014, p. 1370-1380.

<sup>261</sup> CE, 2 févr. 1968, *Ville de Lille*, req. n° 64712, Rec. p. 89.

<sup>262</sup> CE, Sect., 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, req. n° 355151, Rec. T. 771-774.

<sup>263</sup> D. CHABANOL, « Expertise » in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, §441.45.

faudrait bouleverser les conditions de contestation de l'évaluation et généraliser les recours directs contre ces procédures, alors que le juge administratif est très réticent à ouvrir des recours par voie d'action contre des actes non décisifs et surtout contre des actes préparatoires.

En outre, ce mécanisme ne permettrait pas de prendre en compte l'intervention des tiers garants évoquée plus haut. En se focalisant sur la personne de l'expert et non sur l'objectivité de l'acte produit, elle conduirait à des récusations injustifiées, voire à l'impossibilité de mener certaines procédures – notamment quand le porteur du projet est l'évaluateur. Par ailleurs, son application paraît techniquement impossible en matière d'évaluations des fonctionnaires, puisque le supérieur hiérarchique chargé de l'évaluation est le seul à détenir la connaissance suffisante pour la réaliser<sup>264</sup>. Il ne pourrait pas être remplacé par quelqu'un d'aussi compétent *et* plus impartial.

L'utilité de la procédure de récusation dépend ainsi d'un système précis permettant de désigner facilement un expert remplaçant parmi une liste de personnes supposées également compétentes<sup>265</sup> et impartiales<sup>266</sup>. Faute de l'existence d'un tel système en matière évaluative, hormis pour les membres de la Commission de la transparence, qui doivent déclarer leurs intérêts et pour qui un suppléant est prévu<sup>267</sup>, la mise en place d'une récusation des experts évaluatifs semble difficile. Elle supposerait de revoir en profondeur l'organisation des évaluations.

**235.** Les conséquences contentieuses de la procédure de récusation sont tout aussi problématiques. En effet, l'existence d'une procédure de récusation a des conséquences directes sur la recevabilité de la contestation de l'impartialité de l'expert : celle-ci n'est recevable que devant les juges du fond<sup>268</sup> et, pour F. Roussel, qui s'appuie sur les conclusions de S. Von Coester sur un arrêt de 2013, cette contestation devrait même être irrecevable en appel si l'expertise a été ordonnée en première instance<sup>269</sup>. D. Chabanol cite

---

<sup>264</sup> Ce supérieur n'est pas l'agent placé le plus près de l'évalué. Il s'agit de celui « qui est investi de prérogatives permettant effectivement d'effectuer son évaluation : ce qui est déterminant est le pouvoir d'organiser le travail de l'agent évalué, d'en ordonner et d'en contrôler le contenu » (CAA de Lyon, 3 déc. 2018, req. n° 16LY00043).

<sup>265</sup> Article R. 221-9 du CJA.

<sup>266</sup> Les experts inscrits devront remplir une déclaration sur l'honneur qui devra mentionner leurs « liens directs ou indirects avec tout organisme de droit public ou privé intervenant dans son domaine d'activité », art. R. 221-13 du CJA.

<sup>267</sup> Article R. 163-17 du code de la sécurité sociale

<sup>268</sup> CE, 30 déc. 2013, *Société EDP Renewables France*, req. n° 352693, Rec. T. 771.

<sup>269</sup> F. ROUSSEL, « Le contentieux des obligations de l'expert », *loc. cit.*, p. 1371.

un arrêt de 1971 allant dans ce sens<sup>270</sup> : seul le bien-fondé de l'expertise serait invocable aux stades ultérieurs de la procédure juridictionnelle. Ces solutions sont plus sévères que celles existant pour les avis non contentieux, puisque dans ce domaine les moyens nouveaux sont invocables en appel à condition de ne pas reposer sur une condition juridique distincte des moyens invoqués en première instance<sup>271</sup>. La partialité d'une consultation peut donc être invoquée pour la première fois en appel. Une solution plus sévère ne serait pas adaptée aux actes évaluatifs, qui sont des actes informatifs dont la fiabilité doit pouvoir être facilement attestée, ce qui implique qu'ils soient facilement contestables.

**236.** Le contenu donné à cette notion et, plus particulièrement, l'acceptation d'une impartialité « atténuée »<sup>272</sup> de l'expert est plus prometteuse pour le contentieux évaluatif, et plus particulièrement pour amener le juge à prendre en compte l'intervention des tiers garants. Cet espoir est cependant déçu : l'impartialité « atténuée » désigne certes un tempérament spécifique au principe d'impartialité, appliqué par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>273</sup> et la Cour de cassation<sup>274</sup>, mais ce tempérament correspond seulement au refus de déclarer systématiquement partial un expert lié à l'une des parties, « pour la raison que juger autrement priverait, ou tout au moins limiterait, la possibilité pour la justice de trouver les techniciens les plus aptes à répondre à la complexité des affaires »<sup>275</sup>. Plus précisément, la Cour de Strasbourg a écrit en 1991 que : « la circonstance qu'un expert travaille pour le même laboratoire qu'un confrère, dont l'avis constitue la base de l'acte d'accusation n'autorise pas en soi à le croire incapable d'agir avec la neutralité voulue. En juger autrement limiterait dans bien des cas, de manière inacceptable, la possibilité pour les tribunaux de recourir à une expertise »<sup>276</sup>.

En matière évaluative, cette même impossibilité de remplacer l'expert a justifié dans plusieurs domaines – le droit de l'environnement, le droit de la fonction publique, le droit des contrats publics et la procédure législative – la désignation d'évaluateurs intéressés à la décision à rendre. Toutefois, la situation de ces évaluateurs diffère de la situation des

---

<sup>270</sup> CE 21 juill. 1971, *Paisnel*, req. n° 74811, Rec. T. 1189.

<sup>271</sup> CE, Sect., 28 oct. 1955, *Gervais*, Rec. p. 504 et CE, 26 juin 1985, *Commune de Rethel*, req. n° 44707, Rec. T. p. 689-748.

<sup>272</sup> H. HEUGAS-DARRASPEN, « Impartialité de l'expert judiciaire réalisant des expertises pour des compagnies d'assurance et procès équitable », *AJDI*, 2007, p. 327-330.

<sup>273</sup> CEDH, 28 août 1991, *Brandstetter c/ Autriche*, n° 11170/84.

<sup>274</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 22 mai 2008, n° 08-10.840 et Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 14 mai 2009, n° 09-11.466.

<sup>275</sup> H. HEUGAS-DARRASPEN, « Impartialité de l'expert judiciaire réalisant des expertises... », *loc. cit.*, p. 327.

<sup>276</sup> CEDH, 28 août 1991, *Brandstetter c/ Autriche*, préc.

experts judiciaires qui sont difficiles à remplacer. En effet, dans la jurisprudence précitée, l'expert est jugé impartial malgré ses liens avec l'affaire. L'évaluateur, quant à lui, ne peut pas prétendre à l'impartialité. Le tempérament à l'exigence d'impartialité de l'expert consisterait alors à déplacer le regard sur l'impartialité de *l'acte* produit, en considérant que, malgré la partialité de l'évaluateur, cette objectivité peut résulter de l'intervention d'un tiers garant chargé de contrôler la qualité de l'évaluation avant sa soumission au décideur.

En matière évaluative, il est donc préférable d'effectuer une translation du principe d'impartialité plutôt que d'assouplir l'appréciation de l'impartialité de l'évaluateur. Pour la même raison, le contrôle particulièrement lâche de la contradiction dans la procédure d'expertise judiciaire n'est pas susceptible de convenir au contentieux évaluatif (2).

## 2) Le contre-modèle de l'application du principe du contradictoire aux expertises judiciaires

**237.** Alors que les juges ont conscience de l'influence de l'expertise sur leurs décisions, ils font preuve d'une certaine bienveillance quand il s'agit de contrôler sa régularité. Ils minimisent notamment l'importance qu'a la contradiction au cours de l'expertise sur la fiabilité du jugement produit par l'expert. Le contrôle mis en place, très lâche, méconnaît tant la normativité des expertises qu'il peut servir de contre-modèle au contrôle des évaluations.

Devant le juge administratif, l'avènement de ce contrôle semble trouver ses origines dans l'absence d'obligation expresse de faire respecter le principe du contradictoire durant l'expertise dans le code de justice administrative. Face à ce silence, le juge a toujours contrôlé le principe du contradictoire de manière assez souple, sans corrélation avec son importance pour la formulation d'une expertise objective ou avec l'importance de l'expertise pour la décision finale. Dans le *Répertoire de contentieux administratif*, D. Chabanol présente différentes jurisprudences illustrant la tolérance extrême du juge envers les expertises non contradictoires. Par exemple, pour le juge administratif, le principe du contradictoire n'oblige pas l'expert à « discuter les conclusions de son rapport avec les parties qui ont participé aux opérations d'expertise »<sup>277</sup>, il « ne fait [pas] obstacle à ce que l'expert puisse s'entretenir avec l'une des parties au litige en dehors de la présence de l'autre dès lors qu'il ne fait pas état ultérieurement dans son rapport d'éléments qui

---

<sup>277</sup> CE, 24 janv. 1969, *Syndicat intercommunal des eaux de Saint-Crépin-lbouvillers, Lormaison et Villeneuve-les-Sablons*, req. n° 71465, Rec. T. 922.

n'auraient pas été soumis à la procédure contradictoire »<sup>278</sup> et il « n'oblige pas l'expert à organiser plusieurs réunions d'expertise, ni à recueillir les observations écrites des parties postérieurement à la réunion d'expertise, ni à respecter un délai minimum avant le dépôt du rapport »<sup>279</sup>.

Non seulement le juge considère rarement qu'une expertise a violé le principe du contradictoire, mais, en outre, il estime le plus souvent qu'une expertise prise en violation du principe contradictoire peut toujours être utilisée « à titre d'information », ce qui signifie qu'il peut continuer à s'en servir comme référence pour prendre sa décision<sup>280</sup>. En d'autres termes, la Haute juridiction « ne juge pas que toute méconnaissance du contradictoire au cours des opérations d'expertise doit être sanctionnée ; elle porte une appréciation globale sur l'équité de la procédure juridictionnelle »<sup>281</sup>. Elle fonde la contradiction organisée durant l'expertise, dont l'expert est garant, dans la contradiction qu'il doit assurer durant le reste du procès. Selon le juge, cette seconde phase du contradictoire peut compenser la première. Cette appréciation a cependant été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme en 1997<sup>282</sup>. La Cour de Strasbourg a en effet condamné la France en raison d'un arrêt dans lequel le juge administratif estimait que l'atteinte au contradictoire ne viciait pas l'expertise pas tant que « les parties ont encore la possibilité, inexploitée en l'occurrence, de discuter les conclusions du rapport devant le tribunal ayant ordonné la mesure »<sup>283</sup>. Pour D. Chabanol, cette solution était le fruit d'une application excessivement « pragmatique » du principe du contradictoire, guidée par la volonté du juge « de ne pas retarder inutilement l'issue du litige »<sup>284</sup>. Elle témoigne de l'inclination du juge à considérer l'expertise comme un moment de l'instance non individualisable, dont les défauts peuvent être compensés par toute mesure ou action ultérieure.

Cette vision est en complet décalage avec l'importance réelle de l'expertise dans la décision finale – elle peut déterminer la solution du juge<sup>285</sup> – et l'importance réelle de la procédure dans le processus d'expertise : c'est elle qui garantit l'objectivité et la neutralité

---

<sup>278</sup> CAA de Lyon, 29 mai 1990, *Consorts Guermontprez*, req. n° 89LY00390, rec. T. 974.

<sup>279</sup> CAA de Paris, 11 juill. 2006, *Melle Boujeant*, req. n° 03PA01702, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>280</sup> CE, 5 juill. 1939, *Ville de Saint-Etienne*, Rec. p. 75 et, pour des applications récentes notamment CAA de Nantes, 3 déc. 2015, req. n° 14NT01117, Inédit au Recueil Lebon, et CE, 6 mars 2002, *Alain X*, req. n° 219120, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>281</sup> F. ROUSSEL, « Le contentieux des obligations de l'expert », *loc. cit.*, p. 1374.

<sup>282</sup> CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, req. n° 21497/93.

<sup>283</sup> CE, 1<sup>er</sup> juill. 1991, *Antunes c. Cne de Decazeville*, *Gaz. Pal.* 8-9 avril 1992, p. 41.

<sup>284</sup> D. CHABANOL, « Expertise administrative », *loc. cit.*, § 442.11.

<sup>285</sup> V. O. GOHIN, *Contentieux administratif*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2014, p. 313-314 ; G. VINEY, « La responsabilité des entreprises prestataires de conseil », *JCP*, 1975, I., doct., 275, et H. MOTULSKY, « Préface », in *L'expertise dans les principaux systèmes européens*, Éd. de l'Épargne, 1969, p. 7-10.

de l'expert. Si les mêmes questions peuvent être débattues avant et après son rapport, l'objectivité de celui-ci est cristallisée une fois qu'il a été édicté. L'influence des questions soulevées avant et après son édicton est par conséquent incomparable : les observations faites après la rédaction du rapport ne peuvent plus influencer sa conclusion. La Cour européenne des droits de l'Homme le sous-entend quand elle affirme que les parties doivent se faire entendre avant le dépôt du rapport d'expertise dès lors que la question posée à l'expert « ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges »<sup>286</sup>. Comme le relève F. Roussel, ce raisonnement « très convaincant » s'applique à toutes les expertises, puisqu'il est « relativement inhabituel que les juges désignent un expert pour lui poser des questions ressortissant à un domaine technique dont ils maîtrisent la connaissance »<sup>287</sup>. L'arrêt de la Cour européenne n'a pour autant entraîné aucun changement dans la jurisprudence administrative ou judiciaire.

Le juge judiciaire distingue ainsi entre les expertises amiables et les expertises judiciaires pour définir les conséquences à tirer d'une atteinte au contradictoire. Dans le premier cas, le juge a l'interdiction de se fonder « exclusivement » sur l'expertise qui n'a pas respecté le principe du contradictoire<sup>288</sup>, ce qui lui laisse la possibilité de se prononcer « essentiellement » sur elle, comme le remarque S. Amrani-Mekki<sup>289</sup>. Bien que le juge reconnaisse la fonction de modèle prépondérant que peut constituer l'expertise au stade de la décision – il sous-entend qu'elle peut constituer le fondement exclusif ou essentiel de la décision –, il refuse d'en tirer les conséquences. Dans le second cas, en matière d'expertises judiciaires, il est encore moins exigeant encore. D'après sa jurisprudence, il peut fonder exclusivement sa décision sur l'expertise irrégulière, qui n'est jamais inopposable en raison de ces irrégularités. L'expertise peut seulement être annulée sur le fondement de l'article 175 du code de procédure civile, en cas de démonstration d'un grief résultant de son illégalité. Face à cette rigueur, les auteurs civilistes appellent de leurs vœux une présomption de grief en cas d'irrégularité de l'expertise<sup>290</sup> – ce que certains arrêts ont fait<sup>291</sup> – pour faciliter la sanction de ses irrégularités ; d'autres auteurs espèrent un

---

<sup>286</sup> CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, aff. n° 21497/93.

<sup>287</sup> F. ROUSSEL, « Le contentieux des obligations de l'expert *loc. cit.*, p. 1373.

<sup>288</sup> Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, *Cie Huk Coburg c/ Sté Trigano et a.*, n° 11-18710, FS-PBRI, M. Lamanda, prés. – Me Ricard, SCP Gadiou et Chevalier, Me Bertrand, SCP Ortscheidt av.

<sup>289</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ? », *JCP G*, n° 46, 2012, p. 1200.

<sup>290</sup> V. C. HUGON, « L'expertise à l'épreuve de la contradiction », *La Gazette du Palais*, 10 janv. 2013, n° 9, p. 19.

<sup>291</sup> Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-18.147 : JurisData n° 2008-045692 ; Bull. civ. 2008, IV, n° 189 ; cité par S. AMRANI-MEKKI, « Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ? », *loc. cit.*, 1200.

revirement qui alignerait la jurisprudence appliquée aux expertises judiciaires sur la jurisprudence appliquée aux expertises extra-judiciaires<sup>292</sup>. Toutefois, dans ce second cas, la jurisprudence resterait inadaptée à la force normative de l'expertise puisque le juge pourrait toujours se fonder « essentiellement » sur l'expertise irrégulière. Pour autant, elle serait plus conforme à la normativité de l'expertise que l'indifférence assumée du juge administratif face aux atteintes portées au principe du contradictoire.

**238.** De fait, le juge administratif sanctionne plus sévèrement les atteintes au principe du contradictoire relevées dans les avis administratifs que dans les expertises judiciaires, alors qu'il ne reconnaît à ces avis qu'une faible influence sur la décision finale. Le manquement à la contradiction au cours d'une procédure consultative non contentieuse est sanctionné dès qu'il prive l'intéressé d'une garantie – discuter avec l'autorité qui édicte l'avis<sup>293</sup>. Si cette jurisprudence était appliquée aux expertises judiciaires, les annulations seraient beaucoup plus fréquentes. En l'ignorant, le juge admet implicitement que la contradiction au cours d'une consultation portant sur des faits litigieux est moins importante que la contradiction au cours d'une consultation portant sur des faits non litigieux. Il ne tient pas compte de l'importante normativité de l'expertise, qui jouit pourtant d'une autorité scientifique ou technique, ce qui renforce sa portée normative. Il ignore aussi la singularité de la contradiction *avant* l'édition du rapport, qui n'est pas comparable à la contradiction mise en œuvre *après* le rapport et sans son rédacteur. Certes, comme le note F. Roussel, la réfection systématique de l'expertise non contradictoire entrainerait des délais déraisonnables de procès, un autre travers sanctionné par la Cour de Strasbourg<sup>294</sup>, mais un juste équilibre entre réfection systématique de l'expertise et ignorance systématique des atteintes au contradictoire pourrait être trouvé. En attendant, le contrôle du respect de la contradiction au cours de l'expertise judiciaire fait figure de contre-modèle pour le contrôle de l'évaluation.

À l'inverse, l'étude des moyens invocables contre le bien-fondé de l'évaluation appelle des conclusions moins sévères. Si le juge tire toujours peu de conséquences des irrégularités constatées, il met en œuvre un contrôle relativement clair de la méthode et de la suffisance de l'évaluation qui pourrait être transposé en matière évaluative (B).

---

<sup>292</sup> V. S. HOURDEAU-BODIN, « La valeur probatoire de l'expertise en assurance », *Revue générale du droit des assurances*, dossier « L'expert, au cœur du processus d'indemnisation », 2016, n° 4, p. 206-210.

<sup>293</sup> CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthy*, n° 330353, Rec. p. 649.

<sup>294</sup> F. ROUSSEL, « Le contentieux des obligations de l'expert *loc. cit.*, p. 1374.

## B. Le contrôle insuffisant du fond de l'expertise

**239.** Le juge administratif et le juge judiciaire ont développé un contrôle spécifique du contenu de l'expertise, fondé sur la méthode et la suffisance de l'évaluation. Ce contrôle pourrait servir de modèle pour l'harmonisation de la jurisprudence évaluative (1). En revanche, les conséquences que le juge donne à ces irrégularités restent inadéquates au regard de la normativité réelle des expertises. Cet aspect du contrôle ne saurait donc être transposé au contentieux évaluatif (2).

### 1) Le contrôle instructif des faits et de la méthode de l'expertise

**240.** Le contrôle du contenu de l'expertise est fondé sur différents moyens spécifiques, adaptés aux particularités de cet avis contentieux. Certains sont indissociables du caractère juridictionnel de la procédure dans lequel s'insère cette expertise. À ce titre, l'interdiction faite à l'expert de se prononcer en droit, sous peine de nullité de l'expertise<sup>295</sup>, ne paraît pas justifiée en matière évaluative, quand bien même celle-ci ne devrait pas, en principe, contenir de qualification juridique. La transposition de la sanction des expertises frustratoires est également inenvisageable. Une expertise frustratoire est une mesure inutile, « portant sur des faits qu'il n'y avait pas à trancher, ou pouvant être tranchés sans elle (CE, 18 avr. 1969, *Consorts Vitry*, Rec. p. 217) »<sup>296</sup>. Cette inutilité est sanctionnée par les juges du fond et par le juge de cassation en cas de dénaturation ou d'erreur de droit<sup>297</sup>. L'application de ce moyen aux évaluations n'aurait pas d'intérêt puisque les questions auxquelles elles doivent répondre sont fixées en avance par les textes, et que son édicition ne dépend pas de l'incapacité du décideur à établir les faits. En conséquence, une évaluation qui respecte la procédure prévue par les textes ne peut pas être frustratoire. Tout au plus peut-elle être insuffisante ou menée selon une méthode inappropriée, deux questions qui doivent être examinées et dont le contrôle, aujourd'hui instable, pourrait être unifié sur le modèle du contentieux des expertises judiciaires.

---

<sup>295</sup> Pour un aperçu des différents empiètements sur le droit sanctionnés par le juge voir D. CHABANOL, « Expertise administrative », in *Répertoire de contentieux administrative*, loc. cit., § 431.22.

<sup>296</sup> B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental Classiques », 7<sup>e</sup> éd., 2005, p. 177.

<sup>297</sup> V. D. CHABANOL, « Expertise administrative », *op. cit.*, §4 23.21

**241.** Le contrôle de la suffisance est, s'agissant des expertises judiciaires produites devant le juge administratif – ce contrôle n'existe pas devant le juge judiciaire<sup>298</sup> –, intégré dans le contrôle des faits, qui se révèle très proche du contrôle des faits exercé sur les études d'impact environnemental. En effet, alors qu'en matière d'étude d'impact environnemental le juge examine « [les] inexactitudes, omissions ou insuffisances »<sup>299</sup> qu'elle contient, en matière d'expertise judiciaire il contrôle « les insuffisances ou erreurs contenues dans le rapport d'expertise »<sup>300</sup> ou vérifie que le rapport n'est entaché « ni d'omission ni d'inexactitude »<sup>301</sup>. Dans d'autres arrêts, le juge reprend la formulation des requérants pour regarder si l'expert a « répondu à l'essentiel de sa mission »<sup>302</sup> et, en cassation, il vérifie l'exactitude des faits contenus dans l'expertise à travers son contrôle de la dénaturation des faits<sup>303</sup>. Ce sont donc globalement les mêmes standards que le juge administratif applique pour contrôler les erreurs de fait contenues dans les expertises judiciaires et évaluatives. Le juge de l'évaluation pourrait s'inspirer de cette jurisprudence pour redéfinir clairement l'insuffisance et éviter qu'elle ne se développe comme un moyen fourre-tout. L'insuffisance pourrait uniquement désigner la précision et l'approfondissement des informations fournies dans l'expertise<sup>304</sup>.

**242.** Le contrôle de la méthode évaluative pourrait aussi être éclairci sur le modèle des contrôles juridictionnels de l'expertise judiciaire. Le juge judiciaire l'inclut dans le contrôle du bien-fondé des résultats de l'expertise et l'introduit en général par l'expression « concernant la méthode suivie » devant les juges du fond<sup>305</sup> et devant la Cour de cassation<sup>306</sup>. Son contrôle ne repose pas sur une technique contentieuse particulière : le juge judiciaire vérifie seulement que la méthode employée permettait de répondre à la question posée. En d'autres termes, il examine implicitement le caractère approprié de l'expertise.

---

<sup>298</sup> Le juge judiciaire se contente de regarder si elle ne contient pas l'existence « d'affirmations inexactes », v. CA d'Aix-en-Provence, 3 juin 2009, 08/07441 et CA de Rennes, 6 nov. 2007, 06/06525.

<sup>299</sup> CE, 14 oct. 2011, *Société Ocréal*, Rec. T. p. 966.

<sup>300</sup> CAA de Marseille, 27 juin 2016, req. n° 15MA03947, Inédit au recueil Lebon.

<sup>301</sup> CAA de Bordeaux, 28 oct. 2010, req. n° 10BX00398, Inédit au recueil Lebon.

<sup>302</sup> CAA de Lyon, 31 mai 2012, req. n° 11LY01237.

<sup>303</sup> CE, 22 sept. 2017, req. n° 408438, Inédit au recueil Lebon.

<sup>304</sup> V. CE, 8 juin 1988, req. n° 55065 ; CAA de PARIS, 23 nov. 2015, req. n° 13PA03942 ; CAA de Marseille, 7 janv. 2016, req. n° 14MA03972, et CAA de Douai, 17 oct. 2017, req. n° 15DA00538, Inédit au recueil Lebon.

<sup>305</sup> CA de Lyon, 6 sept. 2011, 10/02208 et CA d'Agen, 28 nov. 2001, 00/00346.

<sup>306</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 juin 2016, 15-16.648, Inédit.

C'est aussi ce qu'examine le juge administratif<sup>307</sup>, qui emploie l'expression de méthode « inadéquate »<sup>308</sup> ou « inappropriée »<sup>309</sup>.

Ces termes ont le mérite d'explicitier la nature du contrôle exercé par le juge : il s'agit d'un contrôle de proportionnalité<sup>310</sup>, comme le contrôle de la suffisance, mais son objet est clairement distinct. Par ailleurs, le contrôle de la suffisance n'emporte aucun jugement sur le caractère approprié de la méthode employée, et réciproquement. Leur généralisation en matière évaluative éviterait les qualifications mouvantes d'erreur manifeste d'appréciation ou d'erreur de droit quand le juge contrôle l'évaluation : tout pourrait être subsumé sous le moyen de la méthode inappropriée en fonction des textes ou du contexte.

**243.** Ainsi, si Ch. Vautrot-Schwarz doute de la « capacité du juge à juger de la qualité des appréciations portées par l'expert »<sup>311</sup>, le juge, en revanche, comme le montre le contrôle de la méthode et de la suffisance exposé, a pleinement confiance dans ses facultés. L'occurrence de ces moyens dans le contentieux des expertises judiciaires et évaluatives révèle aussi l'existence d'une base commune au contrôle des actes d'expertises, contentieuses ou non. Le contentieux du bien-fondé des évaluations devrait néanmoins se distinguer du contentieux des expertises judiciaires en ce qui concerne les conséquences à tirer de la constatation d'une expertise mal fondée (2).

## 2) La sanction insuffisante des expertises erronées

**244.** Le juge administratif et le juge judiciaire sont particulièrement tolérants envers les expertises erronées au fond : le plus souvent, ils les utilisent quand même dans leur décision. À cet égard, le juge judiciaire, comme cela a été exposé plus haut, exige des requérants la démonstration d'un grief pour annuler le rapport d'expertise. Cependant, même si ce grief est démontré, l'annulation de l'expertise ne garantit pas sa mise à l'écart du jugement. En effet, P. Catala cite dans un article des décisions anciennes de la Cour de cassation qui admettent l'utilisation d'une expertise annulée comme élément de preuve, en

---

<sup>307</sup> CAA de Bordeaux, 21 déc. 2010, req. n° 10BX00419, Inédit au recueil Lebon

<sup>308</sup> CAA de Nancy, 29 janv. 2015, req. n° 14NC00481, Inédit au recueil Lebon

<sup>309</sup> CAA de Marseille, 21 déc. 2006, req. n° 03MA00676, Inédit au recueil Lebon

<sup>310</sup> Le contrôle de l'adéquation est un des éléments de la triade qui constitue le principe de proportionnalité, avec le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict. Pour un examen de cette triade voir B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail*, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », t. 86, 2009, p. 250 et s.

<sup>311</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, op. cit., p 173.

précisant seulement que le juge « ne peut faire de ces renseignements la base de sa décision que s'ils sont corroborés par d'autres éléments dont il doit faire connaître la nature et la valeur »<sup>312</sup>. Ainsi, non seulement il est difficile d'obtenir l'annulation d'une expertise dont la méthode est inappropriée, mais, de toute façon, l'obtention de cette annulation n'empêche pas son utilisation par le juge, qui fait peu de cas de la fiabilité de l'expertise et méconnaît sa normativité.

**245.** Le juge administratif annule plus facilement les expertises irrégulières, mais sa jurisprudence reste modérée. Pour annuler une expertise, il distingue entre irrégularités substantielles et non substantielles<sup>313</sup>. Seules les irrégularités substantielles peuvent motiver l'annulation de l'expertise, ce qui interdit normalement au juge de se fonder sur elle<sup>314</sup>. Ces irrégularités substantielles ont été énumérées par J.-P. Pastorel : l'incapacité absolue de l'expert, l'absence d'exécution personnelle de l'expertise et l'absence de réponse nette aux questions posées par le juge peuvent notamment justifier l'annulation de l'expertise<sup>315</sup>.

Or tous ces moyens sont *a priori* inapplicables à l'évaluation, puisque rien n'oblige l'exécution personnelle de l'évaluation et que l'incapacité des évaluateurs n'est pas envisagée par les textes. Quant au grief concernant l'absence de réponse nette, il paraît particulièrement inadapté aux spécificités évaluatives. En effet, en matière évaluative, ce sont des conclusions trop catégoriques qui pourraient être illégales. L'incertitude inéluctable de la démarche évaluative pourrait en effet être invoquée contre les conclusions péremptoires de l'évaluateur.

Par conséquent, les seules formalités qui pourraient être invoquées indifféremment dans le contentieux des expertises judiciaires et évaluatives sont les formalités non substantielles, qui ne justifient pas, en principe, l'annulation de l'expertise. Les atteintes au contradictoire, un retard dans le dépôt du rapport, les erreurs de fait ou l'inadéquation de méthode de l'expert peuvent en effet être couvertes, d'après la jurisprudence, par la discussion contradictoire du débat *a posteriori*<sup>316</sup>. J.-P. Pastorel observe ainsi que les cas de nullité « sont presque tous relatifs » et que « beaucoup d'irrégularités n'entraînent

---

<sup>312</sup> V. Cass. civ., 5 août 1895, DP, 1896, I, 157, et P. CATALA, « Les suites de l'expertise », in F. TERRÉ et H. MOTULSKY (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Éd. de l'Épargne, coll. « Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris », 1969, p. 75-83.

<sup>313</sup> CAA de Marseille, 21 déc. 2012, req. n° 10MA02867, Inédit au recueil Lebon.

<sup>314</sup> V. J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 695.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 663.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 757.

aucune nullité »<sup>317</sup>. Un rapport entaché d'erreurs de fait pourra toujours être utilisé par le juge comme un « élément d'information »<sup>318</sup>. À cet égard, le Conseil d'État a pu annuler un arrêt d'une Cour administrative d'appel en raison de l'irrégularité de l'expertise judiciaire avant d'utiliser cette même expertise pour trancher au fond<sup>319</sup>. Certes, dans ces hypothèses, le juge ne se fonde pas *uniquement* sur l'expertise, mais il peut se fonder *essentiellement* sur elle. Or, cette tolérance méconnaît la normativité de l'expertise. Compte tenu de son importance pour le sens de la décision finale, le juge ne devrait pas pouvoir se fonder essentiellement sur une expertise contenant des erreurs de fond. De même, le décideur confronté à une évaluation erronée ne devrait pas pouvoir fonder principalement sa décision sur elle.

Le contrôle exercé sur les expertises judiciaires mal fondées ne devrait donc pas être reproduit en matière évaluative. Seule la vérification du bien-fondé de l'expertise – l'étape antérieure du raisonnement juridictionnel – pourrait être utilisée comme modèle dans le contentieux évaluatif. L'étude du contentieux des expertises judiciaires fait donc progresser de manière limitée la réflexion sur la systématisation du contrôle juridictionnel des actes évaluatifs. Une réflexion plus téléologique et menée d'un point de vue engagé, c'est-à-dire un point de vue davantage dogmatique et subjectif<sup>320</sup>, est nécessaire pour mieux cerner les contours potentiels du contrôle juridictionnel unifié de l'évaluation.

**246. Conclusion du chapitre.** Le contentieux actuel des évaluations n'est pas représentatif de l'unité de la catégorie juridique afférente. Les textes législatifs et réglementaires, par leur diversité et leur laconisme, n'ont pas participé à l'émergence d'un régime commun de l'évaluation. Ce régime unifié n'a pas davantage été édifié par les juges, qui appliquent à l'évaluation des contrôles divers et variés. Leur contentieux est ainsi moins systématisé que celui des expertises judiciaires et des avis non évaluatifs adressés à l'administration et au Parlement. Ces contentieux ne sont toutefois pas transposables, en l'état, au champ de l'évaluation. Ils fournissent seulement des pistes de réflexion sur les moyens invocables, et révèlent notamment à la nécessité d'un contrôle modulé de

---

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 757.

<sup>318</sup> CAA de Versailles, 8 juill. 2010, req. n° 07VE01888, Inédit au recueil Lebon.

<sup>319</sup> CE, 17 juin 1988, *SIAE de l'Échandon*, req. n° 47737, Inédit au Recueil Lebon, cité par D. CHABANOL, « Expertise administrative », *loc.cit.*, §442.42.

<sup>320</sup> Ce point de vue correspond au « point de vue interne » défini par F. Ost et M. Van de Kerchove, v. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 78 : « le point de vue interne prétend précisément imposer une vision normative de la juridicité, de la validité et de l'intelligibilité du droit ».

l'impartialité, du contradictoire et de la suffisance de l'évaluation. Le contrôle de l'évaluation doit en effet être pensé à partir des caractéristiques spécifiques des actes évaluatifs. Or, pour orienter la réflexion sur ce sujet, il est nécessaire d'adopter un temps un point de vue plus engagé et d'approfondir l'étude des analyses doctrinales consacrées à l'évaluation, afin de mieux comprendre les enjeux liés à cet acte consultatif.

**247. Conclusion du titre.** L'organisation d'un contrôle systématisé de l'évaluation peut se justifier au nom d'une meilleure cohérence du système juridique. L'étude de l'évaluation d'un point de vue externe<sup>321</sup>, c'est-à-dire le plus objectif possible, permet de mettre à jour une définition juridique conceptuelle de l'évaluation. Celle-ci relève d'une catégorie juridique précise : il s'agit d'un acte juridique non autonome, c'est-à-dire ni décisoire ni souple. L'évaluation est un acte préparatoire, c'est-à-dire un acte qui prépare nécessairement l'édiction d'une décision subséquente, un avis introduit, en l'occurrence, dans des procédures décisionnelles non contentieuses. À visée essentiellement informative, l'évaluation n'en est pas moins un acte normatif : elle a pour fonction d'orienter la décision du décideur grâce au jugement de valeur qu'elle formule, jugement indissociable d'un modèle de comportement implicitement, mais nécessairement formulé. Cette normativité justifie qu'il soit envisagé de soumettre l'évaluation à un contrôle juridictionnel et compte tenu de l'unité de la notion juridique afférente, à un contrôle juridictionnel unifié à défaut d'être uniforme.

Or, à ce jour, l'évaluation est soumise à des contrôles disparates, en fonction des matières et des juges compétents. L'éparpillement des textes relatifs à l'évaluation, leurs silences et leurs différences ont favorisé cet état du droit. Aucune définition de l'évaluation n'est proposée en droit positif et aucun principe commun n'est décelable à la lecture des différents textes. Le contrôle juridictionnel de l'évaluation est ainsi, fatalement, à l'image des textes qui la modèlent : il ne reflète pas l'unité juridique de cette expertise non contentieuse. Il fait appel à certains moyens spécifiques, mais il demeure dépourvu de principes directeurs clairs. À cet égard, l'examen du contrôle juridictionnel des autres actes consultatifs, les expertises judiciaires et les avis destinés à l'administration et au législateur, permet d'éclaircir un peu les contours que pourrait prendre un contentieux évaluatif unifié. Dans le détail, toutefois, les modalités de ces contrôles se révèlent peu adaptées aux

---

<sup>321</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 78.

spécificités de l'évaluation. L'étude du droit positif ne permet donc pas de dégager un modèle contentieux immédiatement transposable à l'évaluation.

Aussi, il faut abandonner le point de vue externe et étudier la « vision normative du droit »<sup>322</sup> défendue par une partie de la doctrine pour mieux cerner les modalités d'un contrôle qui serait adapté à l'évaluation. En effet, c'est à partir de l'identification doctrinale des enjeux juridiques et non juridiques de l'évaluation que son régime contentieux pourra être construit (Titre second).

---

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 78. Cette vision normative du droit est celle des auteurs qui adoptent un point de vue interne.



## TITRE SECOND : L'utilité d'un contrôle juridictionnel unifié de l'évaluation

249. L'unification du contrôle juridictionnel de l'évaluation se justifie, d'un point de vue externe<sup>323</sup>, en raison de l'amélioration de la cohérence qu'elle apporterait au système juridique. D'un point de vue interne, c'est-à-dire davantage engagé, cette unification apparaît également requise. En effet, les observations doctrinales formulées par les juristes, les sociologues et les politistes à l'égard de l'évaluation mettent en lumière les multiples conséquences néfastes que cet acte peut avoir sur les individus et sur les institutions s'il n'est pas régulé. Étant donné que les pouvoirs législatif et réglementaire montrent peu d'intérêt pour la question évaluative, le juge pourrait intervenir pour prévenir ou atténuer certaines de ces conséquences. Le juge pourrait, s'il systématisait son contrôle, améliorer le processus de rationalisation des décisions publiques et protéger, dans une certaine mesure, les individus et les institutions contre l'évaluation (Chapitre I). Une action systématisée du juge pourrait toutefois s'avérer contre-productive et causer plus de torts aux décideurs que le déploiement non contrôlé de l'évaluation. Le développement du contrôle juridictionnel de l'évaluation pourrait en effet entraîner la paralysie de l'action publique en allongeant les processus décisionnels et en rongant la marge de manœuvre des décideurs. En plus de protéger ces derniers contre les effets néfastes de l'évaluation, il convient donc également de les protéger contre les effets néfastes du contrôle de l'évaluation (Chapitre II).

---

<sup>323</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 78.

## Chapitre I : Protéger contre l'évaluation

**251.** Pour des raisons différentes, la doctrine juridique et la doctrine politiste critiquent l'expansion des évaluations. Les juristes s'inquiètent avant tout pour la pérennité du principe de régularité juridique dans le processus décisionnel public : celui-ci serait en passe d'être phagocyté par la rationalité évaluative, économique et managériale. Or, ce mouvement pourrait être freiné par l'intensification et l'élargissement du contrôle juridictionnel de l'évaluation. Symboliquement, la soumission ultime de l'évaluation à une autorité juridique, qu'il s'agisse du juge administratif ou du juge constitutionnel, participerait à la réaffirmation de la primauté du principe de régularité juridique dans les processus décisionnels publics. Plus concrètement, le juge pourrait vérifier que les préoccupations managériales et économiques ne se sont pas imposées au détriment du respect des normes juridiques (Section 1).

La résolution de cette question n'aurait toutefois aucune conséquence sur les effets pervers institutionnels, sociaux, psychologiques et axiologiques résultant de la pratique évaluative, qui correspondent aux effets secondaires de l'évaluation dénoncés par les non-juristes. Si le juge est évidemment incapable d'influer sur toutes ces sphères, il pourrait néanmoins, en systématisant son contrôle, prévenir ou atténuer certains de ces effets non-juridiques, qui découlent pour la plupart de malfaçons évaluatives. Cette action reviendrait à protéger l'évaluation contre elle-même, ou plutôt contre ses dérives (Section 2).

### Section 1 : Protéger la rationalité juridique contre l'évaluation

**252.** Plusieurs aspects de la pratique évaluative suscitent l'appréhension de la doctrine juridique. Les auteurs dénoncent d'abord le risque de dénaturation de la légitimité juridique. Selon eux, la légitimité du droit, dont dépend son autorité<sup>324</sup>, est de plus en plus conditionnée par des facteurs non juridiques au détriment des principes classiques de

---

<sup>324</sup> La légitimité du droit est, pour F. Brunet, le fondement de son autorité et dépend de l'adéquation du droit avec un idéal de justice. F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2012, p. 629. Plus largement, la légitimité est la « conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution », G. CORNU et al., *Vocabulaire juridique*, PUF, 10<sup>e</sup> éd., coll. « Quadrige Dico Poche », 2014, p. 542. La légitimité est donc indispensable pour la réception et l'application du droit dans la société.

régularité et de cohérence juridiques. La multiplication des procédures évaluatives contribuerait à ce mouvement, dans la mesure où l'évaluation impose à l'autorité publique de prendre en compte des informations non juridiques, principalement économiques et sociales, pour décider (§I). Ce glissement n'est cependant pas inéluctable. La soumission systématisée de l'évaluation au droit, grâce à la mise au point d'un contrôle adapté aux spécificités de l'évaluation et des processus décisionnels publics, pourrait limiter l'influence des éléments non juridiques dans la prise de décision publique (§II).

### **§I. La crainte d'une déformation de la rationalité juridique**

**253.** La pratique évaluative participe à l'établissement du modèle technocratique de décision publique décrit par J. Habermas. Ce modèle résulte de « la “rationalisation” croissante de la société (...), liée à l'institutionnalisation du progrès scientifique et technique [qui] détruit les anciennes légitimations là où elle pénètre »<sup>325</sup>. À l'inverse du modèle décisionniste, dans lequel les politiques exercent seuls, sans contrainte, leur pouvoir de décision, dans le schème technocratique, « les nouvelles technologies à la disposition de la pratique politique (...) rationalisent le choix en tant que tel en mettant au point des stratégies calculées et des simulateurs de décision : dans cette exacte mesure, les contraintes objectives (*Sachzwang*) des spécialistes semblent s'imposer au détriment du pouvoir de décision (*Dezision*) des chefs »<sup>326</sup>. Alors, « le politique ne conserve plus (...) dans l'État technique qu'une activité de décision tout à fait fictive »<sup>327</sup>.

C'est l'avènement de ce modèle technocratique que redoute une partie de la doctrine juridique avec le développement de l'évaluation. Elle craint que les rationalités non juridiques mises en œuvre par cet acte ne deviennent les facteurs principaux de la décision au détriment du principe de régularité juridique (A). L'attention immodérée portée à ces nouveaux domaines transformerait la légitimité juridique et pourrait même dénaturer le droit, ou du moins l'affaiblir durablement, en le soumettant à des exigences intenable : correspondre au fait et au vrai (B). Les menaces que véhicule l'évaluation sont donc grandes d'un point de vue juridique.

---

<sup>325</sup> J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, trad. J.-R. LADMIRAL, Gallimard, 1973, p. 4.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 101.

## A. La domination croissante des rationalités non juridiques dans les processus décisionnels publics

254. L'évaluation participe à ce que les auteurs appellent la « managérialisation » du droit. D'après la définition de P. Duran, le management est « une activité pratique orientée vers la poursuite explicite et rationnelle d'un but grâce à l'allocation adéquate de moyens dont l'utilisation raisonnée doit produire des conséquences positives »<sup>328</sup>. Les principes qui guident cette activité ont été progressivement intégrés dans l'État, parfois à l'initiative de l'État lui-même, dans la perspective d'encadrer les agents publics<sup>329</sup>. Le plus souvent cependant, comme le montre C. Vayrou, cette intégration répond aux injonctions d'acteurs privés qui désignent le droit comme la « source de tous les maux qu'ils éprouvent dans leur activité économique »<sup>330</sup>. Alternativement soutenu par les pouvoirs publics et les pouvoirs économiques, le management, en partie grâce à l'évaluation, « se substitue aux autres langages et logiques ». À ce titre, le droit est de plus en plus utilisé comme une technique parmi d'autres au service du management. Or, pour A. Burlaud et R. Laufer, le management ne devrait être « qu'un langage d'appoint dont il peut être fait usage chaque fois que les autres langages ne peuvent plus fonctionner de façon satisfaisante »<sup>331</sup>. La situation actuelle témoigne donc d'une inversion des rationalités à l'œuvre dans les processus décisionnels publics.

Cette inversion est catalysée par l'évaluation, qui diffuse la logique managériale dans les différentes branches du droit. En effet, comme le relève J.-P. Costa, « normalement, [l'évaluation] n'a pas à formuler de jugements juridiques »<sup>332</sup>, son rôle est de porter à la connaissance du décideur les informations non juridiques qui devraient guider sa décision. L'évaluation participe ainsi à l'instrumentalisation du droit, au profit de rationalités non juridiques et en défaveur du principe de régularité juridique (1). Pour la doctrine, l'évaluation favoriserait surtout les sciences économiques, qui deviendraient la principale

---

<sup>328</sup> P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *PMP*, vol. 11, n° 4, 1993, n° spécial « Droit et management public », p. 9.

<sup>329</sup> V. A. TAILLEFAIT, « Sélectivité et performance de la fonction publique », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2010, p. 172. Pour l'auteur, « la rigueur scientifique [du management] est légitimante et se suffit à elle-même. *A priori*, elle pourrait se passer du droit pour déployer ses effets dans l'administration (...). Mais parce que l'État n'a pas confiance en ses agents (...) une œuvre de juridicisation des préceptes managériaux est en cours »,

<sup>330</sup> C. VAYROU, *Management public et droit administratif. Essai sur la juridicité des concepts managériaux*, Thèse Paris II-Panthéon-Assas, 2000, 540 p.

<sup>331</sup> A. BURLAUD et R. LAUFER, *Management public*, Dalloz, 1980, p. 120.

<sup>332</sup> J.-P. COSTA, « Droit et évaluation », *RFAP*, 1993, n° 66, p. 221-226.

source de légitimation des décisions juridiques. De ce fait, l'évaluation participerait à ce que J. Caillosse appelle la « surdétermination économique du droit »<sup>333</sup>, c'est-à-dire la soumission du droit aux questions et aux principes économiques. L'évaluation servirait à s'assurer de la compatibilité du droit nouveau avec « la “réalité” ou la “nécessité” économique »<sup>334</sup>. L'emploi récurrent dans les évaluations du critère de l'efficacité traduirait ce mouvement. Si la place accordée par les auteurs à l'économie est surévaluée, il est vrai que le critère de l'efficacité, qu'il soit ou non lié à la performance économique, tend à soumettre le bien-fondé d'un texte de droit à l'atteinte d'objectifs non juridiques (2).

### 1) La préférence pour les rationalités non juridiques dans l'évaluation

**255.** Les juristes considèrent que l'évaluation amène les décideurs à prendre en compte des éléments non juridiques dans le processus décisionnel, au détriment des principes classiques conditionnant la légitimité juridique, notamment le principe de régularité juridique. De ce fait, le phénomène évaluatif participerait à la transformation des conditions de légitimité du droit.

J. Chevallier a résumé ce glissement. Pour l'auteur, sous la pression managériale et évaluative, « l'administration tend à passer d'une légitimité extrinsèque, découlant de son appartenance à l'État, à une légitimation intrinsèque, fondée sur l'analyse concrète de son action »<sup>335</sup>. Il en va de même pour le Parlement, dont l'action n'est plus jugée à l'aune de l'intérêt général, mais de ses effets<sup>336</sup>. Dans ce contexte, l'évaluation tend à instaurer, d'après l'expression de J. Caillosse, une « compétition structurelle » entre le droit et les techniques managériales<sup>337</sup>. Les textes de droit ne sont plus légitimes à la seule condition de poursuivre l'intérêt général et d'être réguliers, ils doivent en plus démontrer qu'ils produisent les conséquences environnementales, économiques et financières attendues. À cet égard, pour F. Brunet, s'il y a eu des « interactions entre le droit et l'économie », désormais, la « rationalité juridique n'a guère de chance de prévaloir si elle n'est pas en mesure de donner des gages de sa compatibilité avec les impératifs économiques »<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> J. CAILLOSSE, « “Surdétermination économique” du droit et nouvelles figures du service public », *PMP*, 2012, Vol. 29/3, p. 305-324.P

<sup>334</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 550.

<sup>335</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis Droit », 5<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 70.

<sup>336</sup> J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *PMP*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 111-134.

<sup>337</sup> J. CAILLOSSE, *L'état du droit administratif*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2015, p. 50.

<sup>338</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 551.

**256.** En soumettant la légitimité du droit à ses effets, l'évaluation cherche, incidemment, à modifier son contenu : elle promeut une légitimité matérielle du droit. À ce titre, en matière législative, l'évaluation est classée comme un outil de « légistique matérielle »<sup>339</sup>. Contrairement à la légistique formelle, la légistique matérielle n'a pas pour objet de changer la manière dont le droit est rédigé ou produit. Elle cherche à modifier son contenu, son sens, en fonction de considérations non juridiques, comme les effets économiques et sociaux d'une disposition. La « préparation technique »<sup>340</sup> de la décision réduit la marge de manœuvre du décideur, qui doit désormais justifier sa décision au regard d'éléments non exclusivement juridiques. Selon P. Issalys, le développement de l'évaluation « tend [ainsi] à brouiller la démarcation entre droit et non-droit dans les formes et les moyens de [l']action publique »<sup>341</sup>. Insidieusement, les éléments non juridiques mis en lumière par l'expertise évaluative prendraient donc le pas sur les aspects juridiques de la décision et détermineraient son contenu. Pour cette raison, F. Ost et M. Van de Kerchove estiment que l'évaluation participe à l'établissement du système technocratique décrit par J. Habermas<sup>342</sup>. Or, cet infléchissement vers le système technocratique se fait au détriment du principe de régularité juridique, relégué à l'arrière-plan dans le processus décisionnel.

**257.** La soumission systématisée de l'évaluation au juge pourrait ralentir cette subsidiarisation en montrant que le principe de régularité reste le critère ultime de validité dans une procédure décisionnelle publique. Ce contrôle rappellerait en même temps que le critère de l'efficacité du droit, promu par le phénomène évaluatif, est étranger au contrôle de la régularité juridique. Ce principe cardinal de l'action publique contemporaine<sup>343</sup> est pour les auteurs le cheval de Troie des sciences économiques. Pour J. Chevallier, l'efficacité en droit public est indissociable de l'efficacité de l'action publique, c'est-à-dire de la recherche des meilleurs résultats au moindre coût<sup>344</sup>.

---

<sup>339</sup> V. Ch.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in Ch.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 17-45.

<sup>340</sup> J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 80.

<sup>341</sup> V. P. ISSALYS, « Analyse d'impact et production normative : de l'efficacité à la légitimité », *Rev. Fac. Direito UFMG*, Numéro especial : Jornadas jurídicas Brasil-Canada, 2013, p. 255. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>342</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, *op. cit.*, p. 524.

<sup>343</sup> Pour le législateur, v. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 157, pour l'administration N. ALBERT, « La privatisation du droit administratif le rend-elle plus performant ? », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, *op. cit.*, p. 60, et pour la justice, M. PAILLET, « Développement des référés et efficacité contentieuse », in M. PAILLET, *La modernisation de la justice administrative en France*, Larcier, 2010, p. 163-166.

<sup>344</sup> V. J. CHEVALLIER, *Science administrative*, *op. cit.*, p. 71.

Cette définition économique de l'efficacité doit cependant être relativisée. L'examen des différentes réglementations relatives à l'évaluation montre que le critère de l'efficacité ne se résume pas à l'atteinte d'objectifs économiques : des objectifs environnementaux<sup>345</sup>, sociaux<sup>346</sup> et sanitaires<sup>347</sup> sont aussi exigés par les textes au nom de l'efficacité. Le droit n'est donc pas systématiquement soumis à l'exigence de performance économique<sup>348</sup>. Pour autant, l'efficacité soumet tout de même la légitimité de la future décision juridique à la démonstration de l'atteinte d'objectifs extrajuridiques, ce qui fragilise également la prééminence du principe de régularité juridique dans le processus décisionnel (2).

## 2) Le danger des références à l'efficacité dans l'évaluation

**258.** L'intérêt des autorités publiques et de la société pour l'efficacité des normes a accompagné la mutation de l'État libéral en État providence<sup>349</sup> puis en « État propulsif »<sup>350</sup>, c'est-à-dire en État « qui entend agir sur le social au nom d'une préoccupation de justice »<sup>351</sup>. En explicitant les objectifs de leurs actions, les autorités publiques ont suscité l'intérêt pour leur réalisation. Cependant, la mise en valeur des objectifs de l'action publique, notamment à travers l'insertion de critères d'efficacité prospective ou rétrospective dans l'évaluation, diminue l'autorité des principes de régularité juridique dans les procédures décisionnelles. Tous les auteurs s'accordent sur le caractère néfaste de l'utilisation de la notion d'efficacité pour la rationalité juridique.

Cette notion demeure pourtant mal cernée. Elle n'est pas toujours distinguée de l'efficience, qui désigne la recherche de l'atteinte de certains objectifs au moindre coût, et de l'effectivité, qui vise « la propriété qu'aurait une règle de produire des effets dans la réalité empirique », sans considération pour les objectifs de cette règle<sup>352</sup>. Or l'efficacité

---

<sup>345</sup> V. l'article 8 de la loi n° 2009-403 du 15 avril 2009 pour les études d'impacts des projets de loi, l'article L. 122-1 du code de l'environnement et l'article L. 104-1 du code de l'urbanisme.

<sup>346</sup> Les évaluations environnementales et les études d'impact environnementales imposent à l'évaluateur de regarder les conséquences des projets présentés sur la santé.

<sup>347</sup> Les évaluations réalisées pour la certification des établissements hospitaliers s'intéressent aux questions sanitaires.

<sup>348</sup> V. *contra*, F. ROUVILLOIS, *Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'innovation politique, 2006, p. 33.

<sup>349</sup> R. BETTINI et S. RIBEMONT, « Efficacité », in A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY et A. CARTY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, coll. « Droit et société » 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 220.

<sup>350</sup> Ch.-A. MORAND (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments de l'État*, Publisud, 1991, 164 p.

<sup>351</sup> J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien-Lextenso, coll. « Clefs politique », 2010, 5<sup>e</sup> éd., p. 93.

<sup>352</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 87.

fait seulement référence à l'atteinte de certains objectifs<sup>353</sup>, sans considération pour les moyens mis en place. De ce fait, la mesure de l'efficacité d'une norme, comprise comme « l'appréciation de son adéquation par rapport à l'objectif qui lui était imparti »<sup>354</sup> se prête, comme le remarque J. Caillosse, « à d'importantes variations dans le temps et dans l'espace »<sup>355</sup>. Elle dépend de la définition des objectifs d'une action – qui peuvent être contradictoires –, ce qui la rend très malléable. Malgré cette plasticité, pour de nombreux auteurs, dont J. Caillosse, l'efficacité est « totalement dépourvue de neutralité axiologique [et est] indissociable de préoccupations économiques »<sup>356</sup>.

Il est vrai que l'efficacité peut faire référence à l'atteinte d'objectifs économiques et cette dimension est particulièrement centrale dans l'étude d'impact des projets de loi<sup>357</sup>, ainsi que dans les évaluations préalables des marchés de partenariat<sup>358</sup>. Cependant, l'étude des autres évaluations conduit à relativiser l'indissociabilité entre efficacité et économie. En matière de médicaments et d'établissements hospitaliers<sup>359</sup>, ainsi qu'en matière d'évaluations et d'études d'impact environnemental<sup>360</sup>, ce n'est pas l'efficacité économique qui est principalement visée. Des objectifs environnementaux (limiter les atteintes à l'environnement), sociaux et sanitaires (permettre l'accès aux médicaments) sont essentiellement pris en compte dans ces expertises. Même en matière d'études d'impact des projets de loi, l'examen de l'efficacité économique du projet est complété, le cas échéant, par l'étude de son efficacité sociale et environnementale<sup>361</sup>. La notion d'efficacité ne peut donc pas être réduite à la sphère économique. Il faut par voie de conséquence relativiser la participation de l'évaluation à la surdétermination économique du droit.

**259.** Or, la soumission du droit à l'efficacité n'est pas en tant que telle menaçante pour la légitimité traditionnelle du droit : c'est la soumission de la légitimité juridique à une efficacité non juridique qui bouscule le schéma traditionnel. En effet, J. Chevallier et D. Lochak relèvent que « sous sa forme la plus dogmatique, la rationalité juridique voit

---

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>354</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, *op. cit.*, p. 273.

<sup>355</sup> J. CAILLOSSE, *L'état du droit administratif*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>356</sup> J. CAILLOSSE, *L'état du droit administratif*, *op. cit.*, p. 250.

<sup>357</sup> Article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 n° 2015-403.

<sup>358</sup> V. MINEFI, *Plan type d'évaluation préalable du mode de réalisation*, 2016, disponible sur le site de la Fin Infra, 12 p.

<sup>359</sup> Articles L. 165-1 et suivants et R. 163-15 et suivants du code de la sécurité sociale.

<sup>360</sup> Article L. 122-1 du code de l'environnement et articles L. 104-1 et suivants du code de l'urbanisme.

<sup>361</sup> Article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 précitée.

dans la *régularité* la *condition* même de *l'efficacité* »<sup>362</sup>. Seulement, aujourd'hui, cette efficacité juridique est écartée au profit d'une « figure inversée, dans laquelle c'est *l'efficacité* qui devient (...) la *condition de la régularité* »<sup>363</sup>. Comme le résume C. Vayrou, la pratique évaluative contribue à dissocier le principe de régularité et d'efficacité, confondus dans le modèle bureaucratique<sup>364</sup> – où est efficace la norme régulière. Par conséquent, pour l'auteur, « la mise en place de plus en plus systématique de procédés d'évaluation porte atteinte à l'hégémonie du principe de légalité dans le contrôle de l'action administrative »<sup>365</sup>.

Ainsi, la référence à l'efficacité dans l'évaluation, même si elle n'est pas économique, reste étrangère à la rationalité juridique. Qu'elle soit sociale ou écologique, l'efficacité requise par l'évaluation fait toujours dépendre la légitimité de l'action publique de l'atteinte d'objectifs non juridiques. Le phénomène évaluatif participe donc à la légitimation du droit par le non-droit et partant, pour les auteurs, à sa dénaturation.

À ce titre, pour F. Rouvillois, les principes fondamentaux du droit comme l'égalité devant la loi, la non-rétroactivité de la loi ou l'organisation de procédures contradictoires pourraient être dévalorisés au nom de la recherche de l'efficacité des normes<sup>366</sup>. D'autres auteurs sont plus pessimistes encore : selon J. Ellul, la recherche systématique de l'efficacité du droit risque d'entraîner sa dissolution. Happé par la plasticité de la notion d'efficacité, le droit se retrouve limité au rôle d'instrument de l'État, détaché de toute finalité spécifique, comme la recherche de la justice. Cette instrumentalisation opérerait « une transformation générale des moyens en fins ». Avant, l'efficacité du droit était destinée à la recherche d'une certaine fin ; aujourd'hui, avec la mise en avant de la seule notion d'efficacité, détachée de tout discours sur ce que devrait être contenu du droit : « le droit devient (...) une activité sans but et sans signification, il est efficace pour être efficace »<sup>367</sup>. J. Chevallier partage cette conclusion<sup>368</sup> : l'évaluation tendrait à dissocier le droit de sa dimension politique, des choix de société qu'il sous-tend pour l'asservir à des logiques singulières.

---

<sup>362</sup> J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale... », *loc. cit.*, p. 77.

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>364</sup> C. VAYROU, *Management public et droit administratif...*, *op. cit.*, p. 441.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 441.

<sup>366</sup> F. ROUVILLOIS, *Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>367</sup> J. ELLUL, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Economica, coll. « Classiques des sciences sociales », 2<sup>e</sup> éd., 2008, p. 270.

<sup>368</sup> J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A. MORAND, *L'État propulsif*, Publisud, 1991, p. 19.

**260.** Pour limiter ces effets, il serait pertinent de limiter, notamment par la voie du contrôle juridictionnel, l'emploi de la notion d'efficacité dans l'évaluation. Un contrôle systématisé de la légalité de l'évaluation dans toutes les branches du droit permettrait, plus largement, de rappeler la prééminence du principe de régularité juridique sur la rationalité évaluative.

La dénaturation du droit n'est cependant pas l'effet néfaste le plus problématique causé par l'évaluation. Celle-ci tend aussi, indirectement, à dissoudre le droit dans la norme sociale *stricto sensu*, c'est-à-dire dans ce qui est normal, ce qui *est* en général. L'évaluation sous-entend en effet que le droit légitime se fonde sur la science ou sur la normalité, entendue comme l'état le plus fréquent : elle induit, insidieusement, une dissolution du droit dans le fait (B).

## **B. Un culte du fait affaiblissant le droit**

**261.** L'évaluation ne menace pas seulement la prédominance du principe de régularité juridique au cours du processus décisionnel. D'après les auteurs, elle menace le droit lui-même de dissolution, en favorisant la confusion entre le droit et le fait. L'expertise évaluative promeut en effet l'idée que la décision juridique doit être fondée sur des vérités scientifiques et sur une représentation fidèle de la réalité. Comme le synthétisent F. Ost et M. Van de Kerchove, aujourd'hui, « la cohérence de l'ordre juridique et (...) le respect des valeurs éthiques (...) importent moins que l'établissement empirique des données de fait. Le législateur se préoccupe désormais de produire des textes qui épousent d'aussi près que possible les réalités factuelles afin de pouvoir influencer sur leur déroulement selon les techniques proposées par les experts »<sup>369</sup>. Or, selon J. Chevallier, « cette volonté de coller au réel voue les textes à des ajustements incessants. La stabilité de la règle juridique était liée à sa généralité : dès l'instant où elle devient précise et détaillée, elle tend aussi à être frappée plus rapidement de caducité, affectée d'obsolescence »<sup>370</sup>. Vouloir confondre le droit et le fait est une ambition vaine et destructrice. La confiance dans le droit ne peut que souffrir de cette course éperdue après les faits (1). À ce titre, l'utilisation du critère de l'effectivité dans l'évaluation soulève de nombreuses difficultés, puisqu'elle amène à qualifier de bon droit le droit parfaitement appliqué dans les faits (2). Face aux risques multiples résultant de ces amalgames, le contrôle juridictionnel de l'évaluation pourrait

---

<sup>369</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, *op. cit.*, p. 525.

<sup>370</sup> J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *loc. cit.*, p. 128.

être l'occasion, pour le juge, de censurer les dispositifs évaluatifs voulant lier sans nuance la régularité du droit aux circonstances de fait.

#### 1) Les risques d'une tyrannie du fait sur le droit

**262.** Ce n'est pas parce que l'évaluation cherche à « informer la volonté du décideur » en lui apportant la connaissance des réalités factuelles et scientifiques<sup>371</sup> qu'elle est critiquée par la doctrine. Ce qui lui est reproché est de sous-entendre que toute décision juridique doit être justifiée par des observations factuelles, et plus particulièrement par des observations scientifiques. Cette idée est aujourd'hui ancrée en droit de l'environnement, où, comme l'écrit E. Naim-Gesbert, la légitimité scientifique est devenue indispensable à la légitimité du droit<sup>372</sup>. Elle est aussi bien implantée en droit sanitaire, où des agences indépendantes apportent une expertise déterminante aux ministères<sup>373</sup>. Même dans l'évaluation préalable des marchés de partenariat, les connaissances scientifiques sont essentielles. Cette évaluation repose en effet sur des modélisations économiques et financières<sup>374</sup>.

La recherche d'une légitimité scientifique du droit n'est toutefois pas née avec la pratique évaluative, qui constitue plutôt l'une de ses déclinaisons. L'idée selon laquelle la décision juridique doit être fondée sur des informations scientifiques est liée, pour J. Ellul,

---

<sup>371</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 208.

<sup>372</sup> E. NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant-Vubpress, 1999, p. 22.

<sup>373</sup> V. S. BRIMO, « Les agences sanitaires : traduction(s) institutionnelle(s) d'un principe fonctionnel ? », *RDSS*, 2013, p. 779-789.

<sup>374</sup> V. MINEFI, *Contrats de partenariat, principes et méthodes*, 2011 et MINEFI, *Plan type d'évaluation préalable du mode de réalisation*, 2016, disponibles sur l'Internet. L'argumentation de l'arrêt du tribunal administratif condamnant le recours à un marché de partenariat est à cet égard éloquent. Les juges déploient des arguments très techniques fondés sur les nombreuses modélisations économiques et financières de l'étude d'impact dont voici un extrait : « alors que dans cette première phase de l'évaluation, le coût du marché de partenariat s'avère déjà plus élevé, Fin Infra relève notamment que l'évaluation retient sans explications un taux d'honoraires de conception et de contrôle de 30 % supérieur en maîtrise d'ouvrage publique, que le coût de maîtrise d'ouvrage en marché de partenariat, nul pour la maîtrise d'ouvrage publique, a été estimé en marché de partenariat à 3 % du coût des travaux, alors que ce poste qui couvre à la fois les frais d'offre et de pilotage en période de passation du contrat, dont les frais de conseil, les frais généraux de la société de projet dédiée, les coûts directs de maîtrise d'ouvrage et potentiellement la rémunération d'un promoteur en cas de structuration autour d'un contrat de promotion immobilière, devrait plutôt être évalué entre 5 et 8 % du coût des travaux. S'agissant des coûts de procédure correspondant aux indemnités dues aux candidats non retenus, une enveloppe globale de 1 500 000 € sur la base de trois marchés subséquents a été retenue pour le marché de partenariat, ce qui, pour Fin Infra, se situe dans une fourchette basse, alors que l'évaluation retient pour la maîtrise d'ouvrage publique trois primes de 50 000 € par groupe scolaire, soit un montant total de 5 100 000 € pour les 34 établissements », TA de Marseille, 12 fév. 2019, *M. G. P.*, req. n° 1709848.

au développement de l'idéologie des sciences et des techniques dans la démocratie. Ce développement conduit le décideur, notamment le politique, à développer une technique politique pour se « maintenir en face du technicien »<sup>375</sup>, qui « met en application la science » et fait apparaître « le point de contact entre la réalité matérielle et le résultat scientifique »<sup>376</sup>. En outre, le technicien se distingue par « la recherche d'une plus grande efficacité »<sup>377</sup>. Or, pour J. Ellul, « du point de vue qui intéresse l'homme le plus moderne, celui du rendement, toute activité technique est supérieure à toute activité non technique (...) [et] l'activité non technique est considérée comme inférieure »<sup>378</sup>. De fait, face à la technique, la politique paraît être une activité aléatoire<sup>379</sup>. Pour s'adapter, le décideur, politique comme administratif, est donc tenté de fonder son action sur ce que J.-M. Lévy-Leblond appelle la « technoscience », c'est-à-dire « cette sphère unifiée où circulent et s'échangent idées et objets, expériences et produits, chercheurs et ingénieurs »<sup>380</sup>. De fait, l'influence de la technoscience sur la décision publique ne cesse de croître<sup>381</sup>, alors même que le caractère faillible des informations scientifiques, « soumises à emprise directe de l'économique, du social, du politique et de l'idéologique »<sup>382</sup>, a été démontré<sup>383</sup>. Les informations scientifiques peuvent éclairer le décideur, mais elles ne devraient ainsi pas suffire à justifier des décisions.

Pourtant, les autorités publiques continuent à considérer la science comme une « source sacrée et infaillible de la vérité théorique et de l'efficacité pratique »<sup>384</sup>. Il est vrai que, comme l'écrit D. Lochak, « on ne peut pas imaginer norme plus objective que celle qui se déduit immédiatement de l'empiriquement contestable, ni meilleure adhérence du droit au fait sur lequel il se modèle étroitement »<sup>385</sup>. L'évaluation, qui n'est pas un acte scientifique, mais qui tend vers une certaine scientificité<sup>386</sup>, nourrit l'idée que les données

<sup>375</sup> J. ELLUL, *La technique ou l'enjeu du siècle*, op. cit., p. 237.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>380</sup> J.-M. LÉVY-LEBLOND, *La pierre de touche. La science à l'épreuve...*, Gallimard, coll. « Essais », 1996, p. 44.

<sup>381</sup> V. entre autres S. CHARBONNEAU, *La gestion de l'impossible. La protection contre les risques techniques majeurs*, Economica, coll. « Patrimoine », 1992, 152 p. et J.-Y. TRÉPOS, *La sociologie de l'expertise*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, 128 p.

<sup>382</sup> J.-M. LÉVY-LEBLOND, *La pierre de touche. La science à l'épreuve...*, op. cit., p. 54.

<sup>383</sup> V. sur la possible falsifiabilité des énoncés scientifiques K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot, trad. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, 1990, 480 p. et, sur la faillibilité des énoncés scientifiques, T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. augmentée de 1970, Flammarion, coll. « Nouvelle Bibliothèque scientifique », 1972, 247 p.

<sup>384</sup> J.-M. LÉVY-LEBLOND, *La pierre de touche. La science à l'épreuve...*, op. cit., p. 54.

<sup>385</sup> D. LOCHAK, « Droit, normalité et normalisation », in CURAPP, *Le droit en procès*, PUF, 1987, p. 74.

<sup>386</sup> Cf. *supra*, Introduction, Section 1, § 34 et s.

scientifiques et techniques doivent être déterminantes dans le processus décisionnel public. Elle lie, implicitement, la légitimité de la décision finale à sa conciliation avec les données scientifiques et techniques fournies en amont au décideur.

**263.** Or, comme cela a été suggéré, la science n'est pas plus infaillible qu'elle n'est parfaitement objective. Plusieurs études, dont la démonstration du trilemme de Münchhausen<sup>387</sup>, montrent qu'il y a toujours des choix et des valeurs à l'origine et au cours de la pratique scientifique<sup>388</sup>. D'ailleurs, D. Lochak conclut finalement que « la prétention [du droit] à l'objectivité et à la scientificité est largement mystificatrice (...). Derrière [ses] calculs prétendument objectifs se dissimulent des systèmes d'évaluations qui restent fondamentalement normatifs et n'échappent pas à l'emprise des valeurs dominantes »<sup>389</sup>. La notion de risque acceptable en droit de l'environnement fait partie de ces choix de valeur habillés de technique. La notion de service médical rendu<sup>390</sup>, qui fait la balance entre les risques et les bénéfices d'un médicament, en fait aussi partie.

Ainsi, la référence à la science ne dé-valorise pas le droit : les choix de valeur sont seulement rejetés en amont du processus décisionnel. Non seulement l'évaluation formule un jugement de valeur, mais les critères qu'elle met en œuvre et les objectifs qu'elle retient sont aussi le fruit de jugements de valeur. Les procédures évaluatives ne dissolvent donc pas le droit dans une factualité neutre et morne.

**264.** Pour autant, cette nouvelle forme de légitimité consume le droit, ou du moins la confiance qui lui est accordée, en le dénaturant et en le soumettant à une quête de l'impossible. En premier lieu, la pratique évaluative donne parfois l'impression que la vérité est le but du droit, alors que, comme l'écrit R. Jhering, « la vérité est le but de la *connaissance*, mais non celui des *actes* »<sup>391</sup>. Le but du droit est, d'après les auteurs, la

---

<sup>387</sup> R. BOUDON, *Le sens des valeurs*, PUF, coll. « Quadrige grands textes », 2007, p. 19 et s. Ce trilemme montre l'impossibilité de fonder les principes à l'origine d'une théorie sur la raison. Trois options, toutes insatisfaisantes, s'opposent pour démontrer ces principes : 1) les théories fidéistes qui admettent que les principes sont indémonstrables ; 2) les théories qui cherchent à démontrer des principes en s'appuyant sur d'autres principes qu'elles devront démontrer, régressant ainsi à l'infini ; 3) les théories circulaires qui cherchent à démontrer les principes à partir de leurs conséquences.

<sup>388</sup> V. notamment la notion de paradigme chez T. S. Kuhn, définie comme « l'ensemble de croyances et de valeurs et que partagent les scientifiques », T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>389</sup> D. LOCHAK, « Droit, normal et normalisation », in CURAPP, *Le droit en procès*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>390</sup> Article R. 163-3 du code de la sécurité sociale.

<sup>391</sup> R. JHERING, *L'évolution du droit*, trad. de la 3<sup>e</sup> éd. allemande par O. de MEUNELAERE, Chevalier-Marescq et Cie, 1901, p. 289.

justice, qui peut être définie de différentes façons<sup>392</sup> : or le droit n'est pas juste parce qu'il répond à une vérité supposée absolue.

En deuxième lieu, dès lors qu'il cherche à s'aligner sur la vérité scientifique, le droit souffre de la réfutation des résultats sur lesquels il s'est fondé et qui semblaient, du fait de leur juridicisation, plus immuables qu'ils ne le sont vraiment. Chaque démonstration de la faillibilité de la science précipite ainsi la chute du droit fondé sur elle. Les tourments dans lesquels une institution juridique peut se retrouver en raison de mauvaises appréciations scientifiques ont été démontrés par les scandales sanitaires, notamment ceux du sang contaminé et de la vache folle<sup>393</sup>. Le droit qui a suivi avec aveuglement la science est discrédité.

En dernier lieu, comme le souligne F. Brunet, le droit « ne peut jamais être une protection parfaite du réel »<sup>394</sup> : il sera toujours confronté à une situation d'exception qui ne peut être résolue par le modèle proposé. La course après les « réalités factuelles »<sup>395</sup>, éventuellement scientifiques, est perdue d'avance. Plus l'évaluation demande au droit de se calquer sur les faits, plus elle accentue son incapacité à y parvenir : elle le soumet à un impératif qu'il ne peut ontologiquement pas satisfaire. Le discrédit qui atteint le droit est cependant préférable à sa dissolution, qui surviendrait si l'évaluation permettait effectivement de calquer le droit sur le fait, et plus précisément sur le normal.

**265.** La soumission du droit à la normalité est en effet le second écueil, potentiellement destructeur, auquel mène l'évaluation. D'après A. Lalande « est *normal*, au sens le plus usuel du mot, ce qui se rencontre dans la majorité des cas d'une espèce déterminée, ou ce qui constitue soit la moyenne, soit le module d'un caractère mesurable »<sup>396</sup>. Aujourd'hui, le lien entre le droit et le « normal » est renforcé par ce que F. Ost et M. Van de Kerchove appellent la réorganisation de l'ordre juridique en réseau. Pour les auteurs belges, l'image de la pyramide centralisée théorisée par Kelsen n'est plus valable : désormais, « la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme (on ne l'admet plus que sous conditions,

---

<sup>392</sup> V. M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définition et fins du droit, Les moyens du droit*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., 1984-1986, rééd. Dalloz, 2008, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 30 et s. ; F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 221 et s. et F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2016, p. 345 et s. Les définitions de la justice varient toutefois de manière sensible entre les auteurs, v. *supra*, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §I.

<sup>393</sup> V. A. TABUTEAU, « Sécurité sanitaire et droit de la santé », *RDSS*, 2007, p. 823-843.

<sup>394</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 592.

<sup>395</sup> V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie... op. cit.*, p. 525.

<sup>396</sup> « Normal », in A. LALANDE (dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, PUF, coll. « Quadrige », 5<sup>e</sup> éd., 1999, p. 689.

au terme de procédures complexes d'évaluation tant en amont qu'en aval de l'édiction de la loi) ; les frontières du fait et du droit se brouillent »<sup>397</sup>.

Toutefois, il semble que, quelle que soit la forme de l'ordre juridique, pyramidale ou en réseau, les « interférences »<sup>398</sup> et les « interdépendances »<sup>399</sup> entre le normal et le normatif – donc le droit – sont inévitables dans la mesure où la normalité sert à « façonner » et à « contester » le droit<sup>400</sup>. C. Thibierge relève ainsi que la normalité « opère une fusion de l'être et du devoir être, ne se laissant réduire ni à une pure moyenne, ni à un idéal »<sup>401</sup>. D. Lochak exprime la même idée lorsqu'elle écrit que « le droit, dans sa fonction normative, confère force juridique à des normes préexistantes, mais à son tour la norme juridique sert d'étalon de ce qui est socialement reconnu comme normal de sorte que normalité et normativité – ou encore prétention descriptive et visée normative de la norme juridique – apparaissent inextricablement mêlées, se confortant mutuellement »<sup>402</sup>. Une certaine forme d'équilibre semble ainsi exister entre le normatif et la normalité.

Or, pour les auteurs, l'évaluation pourrait briser cet équilibre. D. Lochak craint notamment que la normalité non juridique puisse absorber la normativité juridique, de telle sorte que « le droit [perdrait] son épaisseur normative propre, donc sa spécificité, pour devenir l'enveloppe, ou la “couverture” d'autres modalités de contrôle social plus efficaces pour éliminer la déviance »<sup>403</sup>. L'évaluation, en rapportant le droit à une simple technique managériale parmi d'autres, sommée de répondre aux faits et de les reproduire, favorise sa désincarnation. Elle tend à le rabaisser au rang de suivant de la normalité. Dans la perspective managériale et évaluative, le droit devrait être une coquille ou un instrument pour d'autres sciences, un doublon finalement inutile de la norme sociale. D'ores et déjà, dans plusieurs matières, le droit semble incapable d'agir sans béquille scientifique.

Ce mouvement ne peut toutefois pleinement aboutir : l'incapacité du droit à épouser parfaitement les données factuelles et scientifiques dont la faillibilité ou la volatilité est sous-estimée rend impossible sa dilution dans le normal ou dans le vrai. En revanche, la

---

<sup>397</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 14.

<sup>398</sup> C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, 2008, T. 51, p. 346.

<sup>399</sup> S. CHASSAGNARD-PIGNET, « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 153.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>401</sup> C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, 2008, T. 51, p. 346.

<sup>402</sup> D. LOCHAK, « Droit, normalité et normalisation » », in CURAPP, *Le droit en procès, op. cit.*, p. 65.

<sup>403</sup> *Ibid.*, p. 66.

poursuite vaine du fait imposée par l'évaluation contribue à son affaiblissement, puisqu'elle multiplie les sources d'obsolescence du droit et le place régulièrement en situation d'échec, en révélant son incapacité à saisir l'objet qui lui est donné. L'emploi récurrent du critère de l'effectivité dans les évaluations accentue ce mouvement (2).

## 2) La recherche potentiellement destructrice de l'effectivité du droit

**266.** La référence à l'effectivité projetée ou passée de la norme dans une évaluation peut être aussi dangereuse pour le droit que la référence à des résultats scientifiques. Définir le bon droit comme le droit effectif, c'est définir le bon droit comme le droit parfaitement appliqué, ce qui soulève diverses objections théoriques et pratiques. En effet, « mesurer l'effectivité de la norme, c'est mesurer le degré d'utilisation du moyen »<sup>404</sup>, c'est-à-dire son degré d'application dans les faits. La mesure de l'effectivité consiste uniquement à « mesurer l'écart entre normes et pratiques, ou, si l'on préfère, entre le droit et “le fait” »<sup>405</sup>.

Contrairement à la mesure de l'efficacité d'une norme, la mesure de l'effectivité d'une norme ne requiert donc pas l'identification de ses objectifs. Pourtant, les deux notions sont aujourd'hui rapprochées. Comme le relève A. Jeammaud, « les manifestations d'ineffectivité » sont aujourd'hui interprétées « comme autant de “dysfonctionnements” de la régulation sociale incombant au droit, de résistance à ses prétentions, donc comme des causes d'inefficacité de sa présence ou de son intervention »<sup>406</sup>. L'assimilation de l'ineffectivité à un défaut de la norme, véhiculée par la pratique évaluative, repose sur une incompréhension de cette notion. D'abord, elle omet, comme l'écrit J. Carbonnier, que la notion d'effectivité ne prend pas en compte la spécificité des règles permissives, qui n'enjoignent pas ou ne prohibent pas de comportement, mais octroient une « liberté de faire », qui laisse à ses destinataires, justement, le choix de l'inaction<sup>407</sup>. Face à une norme permissive, l'ineffectivité est ainsi une forme d'effectivité de la norme. Faire de l'effectivité une condition du « bon » droit méconnaît, plus largement, la nature de la règle de droit. Selon le même auteur, « l'ineffectivité partielle (...) ne doit pas être regardée *a priori* comme un phénomène morbide ». Elle est inhérente aux règles juridiques : « la

---

<sup>404</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, op. cit., p. 273.

<sup>405</sup> L. CASAUX-LABRUNEE, A. JEAMMAUD et T. KIRAT, « Évaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 2009, §8. Ce sont les auteurs qui soulignent.

<sup>406</sup> *Ibid.*

<sup>407</sup> J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la loi », in J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 139.

phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoiqu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité (...) générale. (...) Il [y a des règles] dont la vocation, paradoxalement, est de n'être pas appliquées, à tout le moins de ne pas l'être constamment, ni jusqu'au bout »<sup>408</sup>. Ces règles sont par exemple, les règles comminatoires, les pénalités qui peuvent être réduites ou supprimées, la retenue de salaire en cas de grève... En faisant de la sociologie la concurrente du droit, le critère de l'effectivité tend ainsi, pour P. Lascoumes, à changer la définition de sa validité<sup>409</sup>. En outre, comme le relèvent F. Ost et M. Van de Kerchove, « l'excès de légalisme »<sup>410</sup> qui consiste à exiger une « effectivité intégrale de la loi » – ce vers quoi tendent certains dispositifs existants – « conduit à l'abandon du rôle de façonnage de la société que peut revêtir le droit »<sup>411</sup>.

Enfin, sur un plan plus théorique, F. Brunet considère que la liberté du sujet est indispensable à la normativité elle-même, qui ne peut pas être une contrainte. Les énoncés normatifs se proposent comme modèle, plus ou moins obligatoires, à leur destinataire : ceux-ci restent libres, intellectuellement et physiquement, de les mettre en œuvre. En principe, le destinataire d'une règle a toujours la possibilité de s'y soustraire – quitte à être sanctionné<sup>412</sup>. Par conséquent, en faisant de l'effectivité d'une décision un critère de jugement de son efficacité ou de son opportunité, l'évaluation dénature le droit.

**267.** Toutefois, les évaluations dans lesquelles le critère de l'effectivité peut être employé sont en réalité peu nombreuses, puisque la mesure de l'effectivité porte nécessairement sur une norme. Elle ne peut pas porter sur un projet de travaux, un médicament ou une personne. Aussi, contrairement à la mesure de l'efficacité d'un objet, qui est souvent projetée, la mesure de l'effectivité est généralement intégrée dans une évaluation rétrospective, c'est-à-dire une évaluation réalisée après la prise d'une première décision dans le but de modifier cette décision. Néanmoins, le lien entre effectivité et évaluation peut parfois être plus ambigu, dans la mesure où certaines évaluations prospectives visent, à terme, l'adoption de lois plus effectives. C'est notamment le cas des études d'impact des projets de loi. B.-L. Combrade relève en effet que ces études d'impact ont pour objectif

---

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>409</sup> P. LACOUSMES, « Effectivité », in A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY et A. CARTY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 217 et s.

<sup>410</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p. 337.

<sup>411</sup> *Ibid.*, p. 336 : si le droit « devait toujours se traduire par un alignement du droit sur le fait lorsque, alors qu'[il] était en avance par exemple, sur les valeurs de son temps, [il] renoncerait à jouer son rôle pédagogique ».

<sup>412</sup> V. F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 177.

d'améliorer l'effectivité des lois en renforçant la confiance dans le législateur et la crédibilité de la loi – dont les mesures sont légitimées par des données factuelles et scientifiques<sup>413</sup>. À cet égard, le gouvernement devait, en vertu de la version initiale de la loi organique du 15 avril 2009, indiquer dans l'étude d'impact les délais d'adoption et les orientations principales des futurs décrets d'application de la loi<sup>414</sup>. Ces dispositions proposées dans le rapport Mandelkern devaient garantir que la loi ne reste pas ineffective du fait de l'inaction des autorités administratives<sup>415</sup>. La disposition précitée de la loi organique a cependant été censurée par le Conseil constitutionnel, non en raison de l'inadaptation du critère de l'effectivité pour l'évaluation d'une loi, mais à cause du principe de séparation des pouvoirs législatif et réglementaire<sup>416</sup>. Il n'existe au demeurant aucun principe juridique s'opposant *per se* à la prise en compte de l'effectivité d'un texte dans une évaluation alors que ce critère, surtout s'il mesure l'effectivité passée d'une décision et l'érige en critère positif, dénature le droit et devrait être manié avec précaution.

Le juge pourrait intervenir pour censurer les mésusages de la notion d'effectivité qui contribue, comme composante de la pratique évaluative, à reléguer le principe de régularité juridique au rang d'accessoire dans les procédures de décisions publiques. Plus largement, il pourrait contrôler tant le contenu de l'évaluation que l'utilisation qui en est faite, afin de contenir l'influence des éléments extrajuridiques dans le processus décisionnel (§II).

## §II. L'éventualité d'une protection juridictionnelle de la rationalité juridique

**268.** Le modèle technocratique porté par l'évaluation<sup>417</sup> pourrait être aiguillé sur la voie du « modèle pragmatique » de décision publique. D'après J. Habermas, dans ce modèle, « la stricte séparation entre les fonctions de l'expert spécialisé d'une part et celles du politique d'autre part fait place à une interrelation critique » qui rend la fonction politique « *globalement* accessible à une discussion menée sous l'égide de la science »<sup>418</sup>. Dans ce

---

<sup>413</sup> B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses » 2017, p. 342 et s.

<sup>414</sup> L'article 8 du projet de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution demandait au gouvernement de fournir « la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires, leurs orientations principales et le délai prévisionnel de leur publication ».

<sup>415</sup> D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, La doc. Fr., 2002, 139 p.

<sup>416</sup> Cons. const., 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*. Pour une critique de cette décision voir J. SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, n° 5, 2010, p. 1367-1397.

<sup>417</sup> V. *supra*, § 253.

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 106.

schème, « une certaine forme de communication réciproque » est « possible et nécessaire »<sup>419</sup>. L'établissement de ce compromis entre le modèle décisionniste, où les politiques détiennent l'essentiel du pouvoir de décision, et le modèle technocratique, où les experts confisquent l'essentiel du pouvoir de décision, peut être favorisé par la systématisation et la généralisation du contrôle juridictionnel de l'évaluation. Le juge pourrait dégager certaines règles imposant un dialogue entre décideurs et experts afin d'instaurer un équilibre entre les rationalités juridiques et évaluatives (A). Il pourrait en même temps s'assurer que le fait, même scientifique, ne dicte pas seul le droit à l'issue d'une procédure évaluative (B).

### **A. Rééquilibrer les rationalités à l'œuvre dans le processus décisionnel**

**269.** L'organisation d'un contrôle juridictionnel systématisé de l'évaluation serait un symbole fort de la soumission de la rationalité évaluative à la rationalité juridique. Ce contrôle rappellerait que l'évaluation doit en dernier lieu répondre à des critères de validité juridiques. Il participerait ainsi à l'intégration et à la dilution de la logique managériale dans la logique juridique<sup>420</sup>. L'intérêt d'une telle action juridictionnelle ne se limiterait cependant pas au symbole. Le juge pourrait préserver plus concrètement la rationalité juridique dans le processus décisionnel. Il pourrait vérifier que l'évaluation, dont la normativité est certaine, mais modérée, ne devient pas le motif essentiel des décisions publiques. Comme l'expriment les auteurs politistes, l'évaluation doit être soumise à une « exigence d'humilité »<sup>421</sup> : elle ouvre plus qu'elle ne clôt les débats. En conséquence, contrairement à ce que souhaitent certains auteurs (1), il paraît préférable que le principe de régularité juridique reste exclusif de toute appréciation d'efficacité (2).

#### 1) Les potentialités d'un contrôle juridictionnel de l'efficacité des normes juridiques

**270.** Une partie de la doctrine considère aujourd'hui que l'évolution du droit justifie l'intégration du principe d'efficacité dans le contrôle de la régularité. Ces auteurs partent du constat que le droit ne peut pas se désintéresser de l'efficacité de ses actes, surtout s'il

---

<sup>419</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>420</sup> V. J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale... », *loc. cit.*, p. 89.

<sup>421</sup> E.-P. GALLIE, A. GLASER et *alii*, « Évaluation moderne, évaluation modeste ? Le cas des pôles de compétitivité français », *PMP*, 2012, n° 29/4, p. 590.

prend la peine d'exposer leurs objectifs<sup>422</sup>. Avec la multiplication des mesures de l'efficacité des normes résultant de l'expansion de l'évaluation, l'efficacité des normes juridiques pourrait paraître en état d'être juridicisée. À cet égard, V. Goesel-Le Bihan estime qu'il ne « faut pas tenir la notion d'efficacité hors du droit » et qu'elle pourrait nourrir le contrôle de la proportionnalité réalisé par le Conseil constitutionnel<sup>423</sup>. F. Ost et M. Van de Kerchove font eux de l'efficacité l'une des qualités essentielles du droit compris dans le nouveau modèle du droit en réseau<sup>424</sup>. Les auteurs redéfinissent le concept de validité kelsénienne en prônant une définition de la validité « graduelle »<sup>425</sup>, à partir de trois sous-catégories de validité. La validité formelle (la légalité), la validité axiologique (la légitimité) et la validité empirique (l'efficacité). Les effets attendus de l'acte joueraient désormais partiellement sur sa validité. Dans cette perspective, les auteurs définissent la validité « comme la qualité qui s'attache à la norme dont on reconnaît, sur la base de divers critères, qu'elle a les effets juridiques que ses auteurs prétendent lui attribuer »<sup>426</sup>. En conséquence, pour F. Ost et M. Van de Kerchove, l'efficacité du droit doit devenir une préoccupation des juristes et du juge.

**271.** La notion d'efficacité est déjà présente dans les jurisprudences de diverses cours constitutionnelles en Europe. Cependant, si les juges évoquent l'efficacité du droit, ils ne l'ont pas nécessairement érigée en critère de la régularité juridique des actes contestés devant eux. En Allemagne, par exemple, l'examen de l'efficacité du droit fonde uniquement une obligation procédurale à destination du législateur, elle ne justifie pas l'inconstitutionnalité des textes. Comme l'écrit Ch.-A. Morand, « au lieu de procéder elle-même à une étude de la réalité et à des évaluations qu'elle se sait incapable de réaliser », la Cour constitutionnelle fédérale allemande « s'est contentée d'imposer au législateur certaines exigences de méthode législative et d'en contrôler le respect »<sup>427</sup>. Plus exactement, la Cour a imposé au législateur une « obligation constitutionnelle de

---

<sup>422</sup> Avec l'intégration des normes dans des politiques publiques, notamment.

<sup>423</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Études d'impact de l'article 39 de la Constitution et contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in M. PHILIP-GAY (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p. 121-129.

<sup>424</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 305 et s.

<sup>425</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 314.

<sup>427</sup> Ch.-A. MORAND, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et société*, n° 10, 1988, p. 396. Sur le contrôle allemand, v. aussi A. FLÜCKIGER, « Case-law sources for evaluating the impact of legislation : an application of the precautionary principle to fundamental rights », *Theory and practice of legislation*, 2016, n° 2, p. 263-277.

correction »<sup>428</sup> à partir des années 1980<sup>429</sup>. À partir de 1993, cette obligation a été explicitement fondée sur la notion d'efficacité<sup>430</sup>. La Cour a ainsi jugé que « s'il s'avère, après une période d'observation suffisante, que la loi n'est pas en mesure de garantir la protection exigée par la Constitution, le législateur est tenu d'œuvrer en modifiant ou en complétant les directives existantes en vue d'obtenir l'élimination des insuffisances et d'assurer une protection satisfaisante au minimum garanti par la Constitution »<sup>431</sup>. Cette obligation requiert du législateur qu'« à intervalles réguliers et selon des procédures adaptées », il contrôle les effets de la loi<sup>432</sup>. Ainsi, l'inefficacité n'entraîne pas directement l'inconstitutionnalité de la loi en cause, mais elle fonde une obligation de faire adressée au législateur et destinée à assurer, *in fine*, l'efficacité de la loi.

Le lien entre l'efficacité et la régularité d'un acte juridique est plus direct en Italie et en Suisse. En effet, en Italie, l'efficacité d'une loi peut conditionner sa constitutionnalité. À ce titre, dans plusieurs affaires, la Cour constitutionnelle italienne a pu affirmer que la constitutionnalité des lois et des actes équivalents devait être « vérifiée en fonction de leur impact social, c'est-à-dire de leur incidence sur les intérêts réels »<sup>433</sup>. Seulement, comme le note J.-J. Pardini, il y a une déconnexion dans ces décisions entre l'appréciation de l'efficacité de la loi et la réalisation d'évaluations préalables à l'adoption de la loi. Si le juge italien « évalue » l'impact social des lois, il ne se fonde pas sur un acte évaluatif préalable. Ce contrôle de l'efficacité n'est donc pas le fruit de la multiplication des procédures évaluatives et ne repose pas sur des études recherchant la scientificité. Dans les litiges en cause, le juge n'a pas mis en lumière les données lui permettant de fonder son contrôle, l'efficacité est invoquée comme un totem justifiant la décision finale. Par conséquent, le contrôle exercé est particulièrement fragile. Il ne correspond pas à un réel contrôle de l'efficacité des actes contestés, fondé sur une évaluation préalablement formalisée.

---

<sup>428</sup> A. HÖLAND, « L'évaluation législative en RFA », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS, *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., coll. « Les études de la documentation française », 1995, p. 173.

<sup>429</sup> BVerfGE 84, 239.

<sup>430</sup> BVerfGE 88, 203.

<sup>431</sup> Traduction donnée par A. HÖLAND, « L'évaluation législative en RFA », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS, *Contrôle parlementaire et évaluation*, *op. cit.*, p. 174

<sup>432</sup> *Ibid.*, p. 175

<sup>433</sup> Traduction personnelle. V. par exemple, Cour constit. italienne, 13 juin 1989, Sent. 406/189 ; 10 mai 1996, Sent. 161/1995 et 12 avril 2005, Ord. 155/2005. Pour un commentaire de ces décisions, v. J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2001, p. 87 et s.

La même faiblesse affecte le contrôle réalisé par le Tribunal fédéral suisse, alors que l'efficacité est fréquemment invoquée dans la jurisprudence. En effet, les juges suisses ont érigé l'efficacité en condition de régularité des mesures fiscales<sup>434</sup> et en condition de régularité des mesures cantonales dérogatoires<sup>435</sup>. Dans plusieurs arrêts, ils se réfèrent à l'efficacité d'une mesure pour prononcer des réserves d'interprétation – ils cherchent alors à préserver l'efficacité de la loi interprétée<sup>436</sup> – et ils regardent parfois quelles conséquences la solution proposée par le requérant aurait sur l'efficacité de la loi en cause pour juger du bien-fondé des prétentions qui lui sont soumises<sup>437</sup>. L'efficacité des normes est ainsi une notion présente de manière récurrente dans la jurisprudence suisse. Cependant, le juge constitutionnel de la Confédération helvétique paraît faire aussi peu cas des sources sur lesquelles il se fonde que le juge italien, ce qui affaiblit la portée de son contrôle<sup>438</sup>. Ses appréciations d'efficacité ne sont pas fondées sur des études techniques ; elles semblent plutôt appartenir à une rhétorique du bon sens, ce qui les fragilise. Finalement, dans ces arrêts, le terme d'efficacité paraît remplaçable par d'autres termes plus adéquats : l'efficacité des mesures fiscales serait plutôt un contrôle de leur adéquation, donc de leur inefficacité manifeste, tandis que le principe de l'efficacité supérieure des mesures cantonales semble correspondre au principe selon lequel une collectivité territoriale ne peut intervenir que pour adopter « des mesures plus rigoureuses »<sup>439</sup> ; quant à l'interprétation des textes à l'aune de leur efficacité, notamment en matière pénale, le principe de nécessité des peines pourrait être employé.

En réalité, il n'y a pas, à notre connaissance, de trace en Europe ou en Amérique du Nord d'une véritable obligation d'efficacité des actes juridiques contrôlée par un juge et liée à une pratique évaluative. Cette retenue est bienvenue : malgré son apparente

---

<sup>434</sup> Tribunal fédéral Suisse, 26 mai 2009, 1C\_469/2008, §9.2.

<sup>435</sup> Tribunal fédéral Suisse, 12 avril 2011, 2C\_230/2010.

<sup>436</sup> Le juge considère par exemple, qu'une mesure de placement des mineurs délinquants dans une maison d'éducation n'est légale que si elle est efficace, en précisant que plus la peine à laquelle le mineur a été condamnée est importante, moins cette mesure pourra être considérée comme efficace, Tribunal fédéral Suisse, 16 janv. 2002, 6P.157/2001. Pour un raisonnement similaire, v. Tribunal fédéral Suisse, 10 janv. 2007, 4P.148/2006

<sup>437</sup> L'inefficacité dont serait frappée une loi du fait dont l'application serait au nom du principe d'égalité a été invoquée par le juge parmi d'autres arguments pour rejeter un recours (en l'espèce, la requérante invoquait le caractère passant des rues où son commerce était installé pour demander une dérogation aux horaires de fermeture fixés par les textes) : « Une exception de ce genre en entraînerait en effet immédiatement de nombreuses autres et priverait la loi d'une bonne partie de son efficacité, tout en compliquant considérablement son application », Tribunal fédéral Suisse 18 avril 2006, 2P.90/2005 (nous soulignons). Pour un raisonnement similaire, Vol. 17 janv. 2005, 2P.70/2004.

<sup>438</sup> Dans ce sens, v. Ch.-A. MORAND, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *loc. cit.*, p. 395.

<sup>439</sup> CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*, req. n° 04749, Rec. p. 275.

simplicité, la notion d'efficacité serait très difficile à contrôler de manière approfondie. De ce fait, les juges français devraient veiller à ne jamais accorder une portée juridique importante au critère évaluatif de l'efficacité (2).

## 2) La consécration difficile d'un impératif juridique d'efficacité

**272.** Ériger l'efficacité des actes juridiques en condition de leur régularité soulèverait de graves problèmes théoriques et pratiques. Le juge de l'évaluation devrait ainsi s'abstenir de juridiciser l'exigence d'efficacité contenue dans les évaluations, bien qu'il soit de plus en plus à l'aise avec le raisonnement « conséquentialiste » qui justifie les mesures d'efficacité et qu'il n'hésite pas à se référer à cette notion. Toutefois, aucun des recours actuels n'est allé jusqu'à faire de l'efficacité une condition de régularité juridique.

Pourtant, les juges sont désormais attentifs aux effets de leurs décisions ; ils peuvent notamment moduler dans le temps leurs effets pour éviter la survenance de conséquences excessives<sup>440</sup>. Ce faisant, cependant, les juges ne s'intéressent pas à l'efficacité de leur contrôle, mais veillent à ce que ses conséquences ne soient pas disproportionnées<sup>441</sup>. Quand ils s'intéressent à l'efficacité de leur travail, ils n'hésitent pas à l'inscrire dans leurs décisions. L'efficacité est à ce titre expressément mentionnée pour justifier l'ouverture de certains contrôles, par exemple, en matière électorale<sup>442</sup>. Ces hypothèses restent cependant exceptionnelles et, surtout, elles n'ont aucune incidence sur la consécration d'un éventuel principe d'efficacité des lois ou des actes administratifs.

---

<sup>440</sup> Pour le Conseil d'État v. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !* et autres, req. n° 255886, Rec. p. 197 et, pour le Conseil constitutionnel, l'article 61-1 de la Constitution. Sur ce mouvement, v. O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets de droit des décisions de justice en droit français*, thèse Université Paris I, 2013, p. 59 et s. et p. 234 et s. L'auteur identifie plusieurs critères de la modulation dans le temps des décisions comme les effets sur la sécurité juridique, le respect du droit de l'Union européenne, de la Constitution, la stabilité des relations contractuelle administrative, parfois des intérêts privés, la non application de l'acte annulé, l'atteinte au droit au recours... En bref, le juge administratif se questionne sur les effets de sa décision sans s'interroger explicitement sur leur efficacité, c'est-à-dire sur leurs buts, ce que reflète la recherche d'O. Mamoudy. V. aussi S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constit et de sc. polit. », t. 147, 2016, 779 p.

<sup>441</sup> Les charges résultant du dispositif ne doivent pas excéder ces bienfaits, sans considération pour l'efficacité du dispositif en lui-même.

<sup>442</sup> « Considérant qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité de l'élection du Président de la République qui lui est conférée par l'article 58 de la Constitution, le Conseil constitutionnel *peut exceptionnellement statuer sur les requêtes mettant en cause l'élection à venir, dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle de l'élection* », Cons. const., 5 avril 2007, n° 2007-137 PDR, *Schivardi* (nous soulignons). Sur ce sujet, v. A. VIDAL-NAQUET, « L'efficacité dans le contrôle de constitutionnalité », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 187-207.

**273.** Une seule forme de contrôle juridictionnel peut être reliée, marginalement, à la notion d'efficacité des actes juridiques telle qu'elle est employée par l'évaluation : le contrôle de l'adéquation<sup>443</sup>. Ce contrôle s'inscrit dans le contrôle plus large de proportionnalité, qui prend en compte les effets des actes pour déterminer leur légalité, leur conventionnalité<sup>444</sup> et leur constitutionnalité<sup>445</sup>. À côté du contrôle de l'adéquation, le contrôle de la proportionnalité au sens strict, qui constitue la seconde branche du contrôle de proportionnalité et selon lequel la décision « ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché »<sup>446</sup>, ignore l'efficacité de l'acte contrôlé. Même s'il atteint les objectifs fixés, l'acte peut être annulé ou abrogé en raison de ses effets négatifs secondaires. Le contrôle de la nécessité de l'acte, troisième branche du contrôle, fait aussi fi de l'efficacité : au lieu de vérifier si l'acte atteint son objectif, il regarde s'il l'atteint en engendrant le moins de restrictions possibles.

Seul le contrôle de l'adéquation requiert donc du juge qu'il s'intéresse – de manière minimale – à l'efficacité de la décision contestée. À ce titre, le juge constitutionnel se réfère parfois explicitement à l'efficacité de la loi contestée. Il a déjà évoqué le fait qu'une disposition « conforte »<sup>447</sup> l'efficacité de la loi ou est « indispensable »<sup>448</sup> à cette efficacité pour conclure à sa constitutionnalité. Ces observations ne signifient pas, pour autant, qu'une disposition législative doit être efficace pour être constitutionnelle. Au contraire, quand il effectue un contrôle de l'adéquation, le juge réalise plutôt un contrôle de l'inefficacité manifeste. Il vérifie que la mesure n'est pas inapte – voire pas manifestement

---

<sup>443</sup> Dans ce sens, v. L. JANICOT, « L'efficacité dans le contentieux administratif », in P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, p. 177.

<sup>444</sup> En matière d'inconventionnalité, l'arrêt *Gonzalez- Gomez* rendu par le Conseil d'État a fait des effets de l'acte la condition de leur compatibilité au droit européen en dehors du contrôle classique de proportionnalité. V. CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, req. n° 396848, Rec. p. 208. V. J. PRÉVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2017, p. 855-865.

<sup>445</sup> Sur l'augmentation de la concrétisation de ces deux derniers contrôles, v. J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821-861

<sup>446</sup> Chron. X. DOMINO et M. GUYOMAR, « Le passeport biométrique au contrôle : empreinte et clichés », *AJDA*, 2012, p. 35-41.

<sup>447</sup> Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*.

<sup>448</sup> Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-19/27 QPC, *époux P. et autres*. Pour un commentaire de ces décisions, v. A. VIDAL-NAQUET, « L'efficacité dans le contrôle de constitutionnalité », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique...*, op. cit., p. 187-207.

inapte – à atteindre le but poursuivi par ses auteurs pour déclarer sa constitutionnalité<sup>449</sup>. Dans les décisions précitées, où l'efficacité est expressément mentionnée, la disposition aurait été censurée seulement s'il avait été rationnellement impossible que la mesure litigieuse atteigne les objectifs fixés.

Si le contrôle de l'adéquation a donc un lien avec l'efficacité de la décision finale, c'est un lien distendu. Il n'impose qu'une exigence minimale d'efficacité de la loi : les dispositions adoptées doivent théoriquement pouvoir atteindre les objectifs qui leur ont été assignés<sup>450</sup>.

**274.** Cette exigence minimale d'efficacité n'est pas comparable au contrôle de l'efficacité qui pourrait être mis en place dans le prolongement de la pratique évaluative. Si le juge prenait appui sur l'évaluation pour transformer l'efficacité des normes en condition de leur régularité, il vérifierait alors leur efficacité « maximale », c'est-à-dire l'atteinte d'un certain niveau d'efficacité, ce qui soulèverait de nombreuses difficultés.

D'une part, contrôler l'efficacité des énoncés juridiques suppose que les autorités publiques explicitent systématiquement l'ensemble des buts de leur action dans l'évaluation. Cependant, le plus souvent, l'efficacité n'est regardée dans l'évaluation qu'en fonction de certains objectifs. À cet égard, l'évaluation occulte systématiquement l'efficacité symbolique du droit<sup>451</sup>, qui s'exprime par la distinction conférée par la juridicisation à certaines valeurs. Elle est, en outre, toujours indifférente à la recherche de l'intérêt général, alors que cet objectif paraît indissociable de l'action publique<sup>452</sup>. Or le juge ne peut pas combler ces silences : il ne lui appartient pas de déterminer les buts éventuellement cachés que poursuit une disposition juridique, ni de juger la sincérité des objectifs évoqués par les auteurs des normes.

---

<sup>449</sup> L'interprétation du contrôle de l'adéquation comme un contrôle de l'inefficacité manifeste est réfutée par V. Goesel-Le Bihan, qui conclut néanmoins sa réflexion en jugeant potentiellement pertinente une telle analyse. Cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « À quoi sert le contrôle de l'adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel ? », *RFDC*, 2017, Vol. 1, n° 109, p. 89-102.

<sup>450</sup> Le vœu d'un contrôle manifeste des lois formulé par J.-J. Urvoas est ainsi déjà exercé. Cf. J. de CLAUDE, J.-J. URVOAS et J.-L. WARSMANN., « La qualité de la loi en débat », *Constitutions*, 2010, p. 195-208.

<sup>451</sup> V. J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2012, p. 361.

<sup>452</sup> V. P. IDOUX, « Évaluation et performance de l'action administrative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 35.

D'autre part, ce contrôle bien plus sévère que celui de l'inefficacité manifeste suppose de définir le degré d'efficacité à partir duquel une disposition pourra être jugée régulière. En effet, comme le souligne N. Ferreira, « l'efficacité totale serait difficilement envisageable et réalisable d'un point de vue pratique, voire symbolique, mais surtout dangereuse, risquant de verser dans une forme de régime autoritaire, tyrannique, à la recherche de la moindre parcelle de désobéissance, exigeant une soumission totale de la part de ses sujets »<sup>453</sup>. L'efficacité recherchée dans une démocratie est donc une efficacité partielle. De ce fait, si l'efficacité conditionnait la légalité d'un acte, il appartiendrait au juge de déterminer à partir de quel degré d'efficacité une norme est régulière ou irrégulière. Cette appréciation, particulièrement délicate, combinée à la difficile identification des objectifs de l'acte, rend le contrôle de l'efficacité d'une norme difficilement réalisable et difficilement compatible avec le principe de sécurité juridique. Le juge ne dispose pas des moyens ni du temps nécessaires pour contrôler de manière approfondie l'efficacité des dispositions juridiques. C'est donc avec une certaine sagesse que le juge constitutionnel refuse d'abroger une loi en fonction de son inefficacité constatée au regard des objectifs du législateur<sup>454</sup>.

**275.** Ainsi, si les décideurs doivent s'intéresser à l'efficacité de leurs actes<sup>455</sup>, le juge ne devrait pas induire de la pratique évaluative l'existence d'une injonction juridique d'efficacité des décisions publiques. Le contrôle juridictionnel de l'évaluation pourrait ainsi donner l'occasion au juge de formuler un considérant de principe rappelant l'absence de principe juridique imposant l'efficacité du droit, ce qui contribuerait à la garantie de la prééminence du principe de régularité juridique dans le processus décisionnel. Son action

---

<sup>453</sup> N. FERREIRA, « L'efficacité du droit... pour quoi faire ? », in L. JANICOT, et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, p. 34.

<sup>454</sup> Cons. const, 29 avril 2011, n° 2011-123 QPC. Dans cette décision, le juge constitutionnel a refusé d'examiner si, concrètement, la disposition en cause avait produit des effets contraires à ses objectifs initiaux. Pour vérifier que la disposition n'a pas produit de discrimination, le juge a gardé un niveau d'analyse abstrait. D'après le commentaire disponible sur le site du Conseil constitutionnel, ce refus s'explique par la volonté de lier les contrôles *a priori* et *a posteriori* : « si le Conseil avait, comme le requérant l'invitait à le faire, tiré la conclusion que la différence de traitement alors instituée n'est pas en rapport avec l'objet de la loi, il aurait introduit une dissociation entre le contrôle abstrait *a priori* et le contrôle abstrait *a posteriori*. Ce n'est pas la solution retenue : l'éventuelle erreur du législateur ne peut pas constituer une cause d'inconstitutionnalité au seul motif qu'elle est susceptible d'être constatée *a posteriori* ». V. A.-L. CASSARD-VALEMBOIS, « Le refus du Conseil constitutionnel de sanctionner, dans le cadre d'une QPC, les lois qui se sont révélées inopportunes », *Constitutions*, 2011, p. 319-320, et le commentaire informé, paru aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, en 2011, accessible sur l'Internet.

<sup>455</sup> V. P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *loc. cit.*, p. 38.

ne serait toutefois pas complète s'il ne dégagait pas, en même temps, des principes garantissant la dissociabilité du droit des faits et du vrai (B).

## **B. Rappeler la distinction entre droit et faits**

**276.** L'évaluation cherche à soumettre le décideur et, plus largement, le droit, aux données factuelles et scientifiques. Pourtant, comme le rappellent les auteurs de science politique, l'évaluation a pour but de générer une discussion, non de la clore<sup>456</sup> : ses résultats sont trop incertains pour constituer une base suffisante à une décision<sup>457</sup>. Le décideur ne devrait pas perdre de vue cette relativité et, à cette fin, il est important de la rendre visible. Le juge pourrait participer à cet effort. En effet, la visibilité de la relativité de l'évaluation dépend d'abord de l'organisation de la procédure évaluative, que le juge pourrait remodeler. Il pourrait aussi, de manière plus casuistique, éliminer les évaluations trop péremptoires et les décisions exclusivement fondées sur le résultat d'une évaluation (1). La protection de la rationalité juridique pourrait enfin justifier un contrôle plus global des dispositifs évaluatifs, afin d'en évincer les critères exigeant une effectivité maximale du droit (2).

### 1) L'exposition de la relativité des arguments scientifiques et évaluatifs

**277.** Les décideurs doivent avoir conscience de la subjectivité des experts « dès lors qu'il s'agit de sujets hautement complexes et d'une grande importance éthique ou socio-économique »<sup>458</sup>. Quand un décideur accorde une place exagérée aux informations non juridiques fournies par l'évaluation, il surestime la normativité de l'expertise qui lui est adressée et il sous-estime l'influence des considérations politiques, sociales et économiques sur les avis des experts et, plus largement, des scientifiques<sup>459</sup>. Pour remédier à ces déformations, Ph. Roqueplo recommande de « mettre en place des procédures pour faire apparaître les biais qui peuvent en résulter et, dans la mesure du possible, pour

---

<sup>456</sup> V. notamment J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 532.

<sup>457</sup> V. E.-P. GALLIÉ, A. GLASER et *alii*, « Évaluation moderne, évaluation modeste ? Le cas des pôles de compétitivité français », *loc. cit.*, p. 578.

<sup>458</sup> Ph. ROQUEPLO, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Quae, coll. « Sciences en questions », 1997, p. 40.

<sup>459</sup> V. E. TREUIL, *La preuve en droit de l'environnement*, thèse Paris 1, 2002, p. 290. Ces considérations seraient particulièrement influentes en matière d'expertises administratives pour l'auteur : étant donné que « dans ce type d'expertise (...) les experts administratifs interrogent la plupart du temps leur propre savoir à partir d'une orientation décisionnelle d'ores et déjà élaborée ».

s'assurer de la fiabilité de l'expertise qui lui est fournie »<sup>460</sup>. À cet égard, l'organisation d'évaluations collégiales, préconisée par le rapport du Sénat consacré à l'évaluation des politiques publiques en 2004<sup>461</sup>, participerait à la relativisation des appréciations effectuées dans l'évaluation. La collégialité assure en effet l'expression de la pluralité des points de vue et des courants scientifiques. Cependant, si, en principe, les textes prévoient que l'évaluation est réalisée par plusieurs individus<sup>462</sup>, ils instaurent rarement de véritables commissions d'évaluateurs où un échange semble possible et susceptible d'être retranscrit à l'écrit<sup>463</sup>.

À défaut d'organiser une véritable collégialité, les textes prévoient toutefois une forme atténuée de dialogue au cours de l'évaluation en instaurant une contradiction entre l'évaluateur et l'évalué ou entre l'évaluateur et un observateur impartial. Cette confrontation permet au décideur de repérer plus facilement les limites des affirmations évaluatives. Elle est prévue pour les évaluations individuelles des agents publics (l'autorité supérieure vise l'évaluation et l'évalué peut fournir ses observations)<sup>464</sup>, pour les évaluations préalables des contrats de partenariat (les collectivités publiques bénéficient de l'appui d'un organe spécial)<sup>465</sup>, pour les évaluations et études d'impact environnemental (avec l'avis de l'autorité environnementale)<sup>466</sup> et pour les évaluations sanitaires produites par la Commission de la transparence (échange avec le laboratoire produisant le médicament évalué)<sup>467</sup>. En revanche, aucune procédure de la sorte n'a été pensée pour les évaluations de la CNEDIMTS (Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé) et les études d'impact des projets de loi. Pour compenser ce silence, le juge pourrait consacrer une règle de procédure évaluative

---

<sup>460</sup> Ph. ROQUEPLO, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, op. cit., p. 48.

<sup>461</sup> J. BOURDIN, P. ANDRÉ et J.-P. PLANCADE, *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, éd. du Sénat, coll. « Les rapports du Sénat », n° 392, 2004, 428 p.

<sup>462</sup> La circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle (procédure législative) implique les cabinets ministériels et le secrétariat général du gouvernement ; les pétitionnaires désignés par les articles L. 122-1 du code de l'environnement et L. 104-1 du code de l'urbanisme sont en principe des personnes morales composées de plusieurs individus.

<sup>463</sup> De telles commissions existent néanmoins pour l'évaluation de l'enseignement supérieur et de la recherche (art. L. 114-1 et s. du code de la recherche), pour les évaluations de la Commission de la Transparence (art. R. 163-17 du code de la sécurité sociale) et pour la CNEDIMTS (art. R. 165-20 du code de la sécurité sociale).

<sup>464</sup> Article 4 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour les fonctionnaires d'État, article 6 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 pour les fonctionnaires territoriaux et article 5 du décret n° 2010-1153 du 29 pour la fonction publique hospitalière.

<sup>465</sup> La MAPPP jusqu'en 2016 et aujourd'hui la Fin Infra, cf. décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures.

<sup>466</sup> Décret n° 2009-496 du 30 avril 2009 relatif à l'autorité administrative de l'État compétente en matière d'environnement prévue aux articles L. 122-1 et L. 122-7 du code de l'environnement.

<sup>467</sup> Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle (procédure législative).

accordant un droit de réponse de l'évalué à l'évaluateur ou, quand les deux ne font qu'un, de l'évaluateur au tiers garant. Cette action serait cependant inutile en matière d'études d'impact des projets de loi, puisqu'elles confondent évalué et évaluateur et qu'aucun tiers garant n'a été instauré.

**278.** Dans les autres matières, son action contre la déformation et la surestimation de la normativité évaluative par le décideur serait encore plus efficace *in concreto*. Elle pourrait, d'une part, s'effectuer grâce au contrôle de la méthode de l'évaluation. Ce contrôle de l'adéquation<sup>468</sup> rappellerait que l'évaluation est, en dépit de sa scientificité plus ou moins prononcée, sujette à discussion et fragile : la régularité des résultats obtenus dépend du caractère approprié de la méthode employée. Le juge pourrait, d'autre part, contrôler l'utilisation de l'évaluation par le décideur. Le juge administratif annule déjà les décisions prises sur le fondement d'une évaluation quand le décideur « s'est cru lié » ou « s'est cru juridiquement lié » par son contenu<sup>469</sup> – le juge constitutionnel n'a pas encore été confronté à cette question. Cette jurisprudence est une transposition de solutions anciennes appliquées aux avis simples<sup>470</sup> : elle rappelle au décideur la normativité modérée de l'avis sur lequel il s'appuie.

À condition que le contrôle juridictionnel de l'évaluation soit systématisé et généralisé, ces deux interventions combinées pourraient, malgré leur aspect casuistique, contribuer à tempérer l'autorité des données factuelles et scientifiques comprises dans l'évaluation. Ces contrôles ne constitueraient toutefois qu'un versant de l'action que le juge pourrait mener pour limiter l'influence des réalités factuelles dans les processus décisionnels publics. Celui-ci pourrait agir d'une autre manière sur les textes régissant l'évaluation, afin d'éliminer les critères liant démesurément le droit au fait, à l'image des critères relatifs à l'effectivité du droit (2).

---

<sup>468</sup> Déjà pratiqué sur les expertises judiciaires, v. *supra*, Première Partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, §II.

<sup>469</sup> Par exemple, pour la Commission de la transparence : CE, 13 nov. 2013, *Novartis Pharma SAS*, req. n° 344490, inédit au recueil Lebon pour la fonction publique CAA de Paris 17 fév. 2000, *Rocca*, req. n° 96PA00932 et CE, 12 mars 2012, *Liboutry*, req. n° 326294, inédit au recueil Lebon.

<sup>470</sup> CE, 21 mars 1952, *Testardi*, Rec. p. 175.

## 2) L'éventuelle censure des critères portant sur l'effectivité du droit

**279.** L'organisation d'une procédure collégiale et dialogale ne suffit pas à garantir la prééminence du droit dans le processus décisionnel. Il est en effet possible qu'indépendamment de la procédure utilisée, les critères utilisés dans l'évaluation affaiblissent le principe de régularité juridique, en définissant le bon droit comme le droit conforme aux faits. À cet égard, plusieurs évaluations font directement ou indirectement de l'effectivité un critère de jugement, en l'érigeant en condition de l'efficacité de la norme évaluée. Or, comme l'écrit L. Heuschling, « une loi peut être parfaitement effective (tous les individus lui obéissent, se l'approprient) et, pourtant le but visé par la loi n'est pas atteint [voire] la loi produit des effets pervers, contre productifs. [À l'inverse], une loi peut être efficace (eu égard à un certain but par le législateur), tout en étant ineffective »<sup>471</sup>, à l'image des lois d'affichage ou des lois symboliques. Effectuer un lien automatique entre effectivité et efficacité est donc fallacieux. En outre, comme cela a été exposé plus haut, vouloir qu'un texte ait une effectivité maximale méconnaît la nature du droit<sup>472</sup>.

Le juge pourrait, à l'occasion du contrôle de l'évaluation, éliminer ces critères en considérant que le recours au critère de l'effectivité révèle le caractère inapproprié de la méthode employée dans l'évaluation. Le critère de l'effectivité ne permet en effet pas de produire du droit de meilleure qualité. Le Conseil constitutionnel pourrait, sur le fondement de l'inadéquation, censurer les dispositifs évaluatifs inclus dans les lois expérimentales lorsqu'ils prévoient une mesure rétrospective de l'effectivité.

Ce contrôle de l'adéquation des critères devrait en revanche laisser perdurer les critères évaluatifs recherchant l'effectivité minimale des décisions, à l'image de la disposition censurée de la loi organique de 2009 relative aux projets de loi qui prévoyait la communication par le gouvernement des orientations générales de ses futurs textes d'application. Dans la mesure où ces dispositions ne recherchent pas l'effectivité maximale, mais plutôt l'effectivité minimale des décisions évaluées, elles pourraient être jugées appropriées à leur objet. Pourraient ainsi subsister les critères, en général insérés dans une évaluation prospective, enjoignant l'indication des délais et du sens que pourraient prendre les mesures d'application d'un texte ou les mesures de compensation

---

<sup>471</sup> L. HEUSCHLING, « « Effectivité », « efficacité », « efficience », et « qualité » d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique...*, op. cit., p. 55.

<sup>472</sup> V. *supra*, § 266 et s.

prévues – comme dans les études d’impact et les évaluations environnementales destinées à limiter l’impact sur la nature.

**280.** Ainsi, le juge pourrait, par son action, minimiser la dénaturation du principe de régularité juridique et soutenir sa prééminence dans les procédures décisionnelles publiques grâce à des contrôles systématisés de la procédure évaluative, du contenu de l’évaluation et de son utilisation finale par le décideur. L’action juridictionnelle pourrait ainsi être un moyen de répondre à une partie des critiques formulées par les juristes à l’encontre de l’évaluation. Elle pourrait aussi répondre à une partie des remarques émises par les non-juristes, c’est-à-dire par les sociologues, les politistes et les philosophes qui mettent en exergue d’autres défauts de l’évaluation, qui doit aussi être protégée contre elle-même, ou plutôt contre ses dérives. L’étude de ces autres effets néfastes évaluatifs permet de tracer plus avant les contours du contrôle juridictionnel qui serait adapté aux spécificités de l’évaluation (Section 2).

## **Section 2 : La protection de l’évaluation contre elle-même**

**281.** Les juristes ne sont pas les seuls à craindre les effets de l’évaluation. Pour les politistes et les sociologues aussi, l’évaluation présente des risques. Elle pourrait être manipulée par ses commanditaires et utilisée pour asseoir une domination « déshumanisée »<sup>473</sup> de la société.

Certains de ces effets non juridiques pourraient être atténués par des interventions juridictionnelles adéquates (§I), mais d’autres conséquences du phénomène évaluatif, notamment axiologiques, sont hors de portée de l’action du juge (§II).

### **§I. Contrôler les effets concrets de l’évaluation**

**282.** La doctrine non juridique ne fait pas preuve de plus d’angélisme à l’égard de l’évaluation que les juristes. Elle voit dans l’accroissement du phénomène évaluatif une source d’inquiétude pour la société et pour la démocratie. À cet égard, les politistes et les

---

<sup>473</sup> F. SIMONET, « L’évaluation : objet de standardisation des pratiques sociales », *Cités*, 2009, n° 1, p. 91-100.

sociologues notent que, parfois, l'évaluation déforme les objets qu'elle évalue, ou qu'elle est elle-même déformée par ses destinataires (A). Alors que les autorités publiques, maîtresses des procédures évaluatives, semblent peu sensibles à ces critiques récurrentes, le juge pourrait intervenir pour protéger l'évaluation contre ces dérives (B).

## A. Déformations et difformités évaluatives

**283.** Les politistes et les sociologues formulent deux principales réserves à l'égard de la pratique évaluative. D'une part, au regard du surplus de légitimité que l'évaluation peut procurer à une décision, les auteurs redoutent son instrumentalisation par les décideurs, enclins à déformer les résultats de l'évaluation à leur profit (1). D'autre part, ils fustigent le potentiel tyrannique de l'évaluation, qui, en raison des indicateurs qu'elle déploie, peut dévoyer le sens de l'activité qu'elle évalue et l'éloigner de ses objectifs originels (2).

### 1) Le risque de déformation de l'évaluation par les décideurs

**284.** Si l'évaluation constitue une menace pour la liberté du décideur, le décideur représente aussi une menace pour l'évaluation dans la mesure où il peut chercher à écarter ou à décrédibiliser l'avis qui lui est défavorable<sup>474</sup>, ou à déformer les résultats en sa faveur. En la manipulant, les décideurs peuvent ainsi, indirectement, faire de l'évaluation une menace pour la démocratie, qu'il convient de protéger contre l'évaluation.

**285.** Pour E. Monnier, ces dérives sont facilitées par le fait qu'« il y a autant de points de vue possibles pour l'interprétation des données et les conclusions de l'évaluation que de *situations socialement définies* »<sup>475</sup>. Il est vrai que l'évaluation est une « science » délicate. Comme l'a montré A.-L. Sibony à propos des différentes évaluations de la justice réalisées aux États-Unis, le changement d'un indicateur entre deux évaluations d'un même objet peut conduire à des résultats foncièrement différents<sup>476</sup>. Pour J. Chevallier, les évaluations des politiques publiques, très délicates à réaliser, sont les plus menacées par ce risque d'instrumentalisation<sup>477</sup>. En réalité, ces détournements peuvent concerner toutes les

---

<sup>474</sup> V. M. BASLÉ, *Connaissance et action publique*, Economica, 2010, p. 20.

<sup>475</sup> E. MONNIER, *Évaluation de l'action des pouvoirs publics. Du projet au bilan*, Economica 1987, p. 111. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>476</sup> A.-L. SIBONY, « Quelles leçons tirer des expériences étrangères ? », in E. BREEN (dir.), *Évaluer la justice*, PUF, coll. « Droit et justice », 2002, p. 85 et s.

<sup>477</sup> J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *loc. cit.*, p. 126.

évaluations, mais les auteurs qui les ont dénoncés se sont principalement intéressés aux évaluations des politiques publiques.

Ceux-ci ont mis en valeur le risque que l'évaluation soit « mobilisée de manière purement rhétorique pour renforcer la crédibilité, la légitimité et l'autorité du discours des pouvoirs publics »<sup>478</sup> et se mue en un « instrument de pouvoir » technocratique dangereux pour la démocratie<sup>479</sup>. Le risque de manipulation est encore plus fort en cas de non-publication d'une évaluation. Dans ce cas, les autorités publiques peuvent dévoiler au gré de leurs besoins des éléments de l'évaluation les confortant, transformant un outil de débat en un simple outil de légitimation « sans charge critique »<sup>480</sup>.

Toutefois, pour F. Rangeon, si l'évaluation est susceptible d'être manipulée et partiellement écartée par les autorités publiques, ce n'est pas seulement pour des raisons égoïstes<sup>481</sup>. En effet, en occultant l'évaluation, les décideurs chercheraient aussi à éviter la réalisation de certains effets pervers. Pour illustrer ces effets pervers « spontanés », l'auteur prend l'exemple d'une évaluation de politiques publiques, plus précisément d'une évaluation des villes étatsuniennes, qui a conduit certaines villes ayant fait l'objet d'un jugement négatif dans « une spirale de l'échec »<sup>482</sup>. Les activités économiques ont déserté les villes jugées en déclin. Taire le résultat d'une évaluation pourrait ainsi d'être d'intérêt public, et indirectement justifié économiquement et socialement.

**286.** Pour autant, quelles qu'en soient les causes, le détournement de l'évaluation par son destinataire nuit toujours, *in fine*, au décideur et à l'évaluation elle-même. Il décrédibilise d'abord l'évaluation, qui peut légitimement susciter la méfiance et des résistances dans la mesure où elle peut être subvertie, voire occultée quand son résultat déplaît. Si, comme le remarque B. Perret, le décideur ne peut tricher longtemps avec les résultats d'une évaluation publiée, sous peine que sa crédibilité soit aussi atteinte<sup>483</sup>, la possibilité de cette tricherie suffit pour affaiblir l'évaluation. Elle apparaît manipulable aux yeux des tiers. Surtout, si l'évaluation peut être manipulée, alors cela signifie qu'elle ne remplit pas son

---

<sup>478</sup> B. PERRET, *L'évaluation des politiques publiques*, La découverte, coll. « Sciences politiques, droit », 2014, p. 108

<sup>479</sup> J.-L. QUERMONNE, « Démocratie continue et évaluation des politiques publiques », in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1995, p. 157.

<sup>480</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 14.

<sup>481</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>482</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>483</sup> B. PERRET, *L'évaluation des politiques publiques...*, *op. cit.*, p. 108.

office : elle ne rationalise pas les décisions publiques. Elle n'atténue pas la subjectivité des choix publics. Au contraire, elle est elle-même happée par cette subjectivité.

Le juge ne peut évidemment pas empêcher ces détournements *a priori*, mais il peut les sanctionner *a posteriori*, lors du contrôle de l'utilisation de l'évaluation. Le juge constitutionnel ou administratif pourrait, à ce titre, censurer ou annuler la décision publique qui a fait un mauvais usage de l'évaluation sur le fondement de l'erreur d'appréciation (manifeste ou non).

Le juge judiciaire pourrait aussi être impliqué dans une action de lutte contre les détournements et les instrumentalisation de l'évaluation. En effet, comme le relève S. Trosa, la distorsion d'une évaluation n'est pas forcément le fait des personnes impliquées dans la procédure décisionnelle. Elle peut émaner de la presse, qui sélectionnerait ou interpréterait mal une partie de l'évaluation et, de ce fait, qui en diffuserait une image erronée<sup>484</sup>. Dans cette hypothèse ce n'est pas directement la rationalisation des décisions publiques qui est atteinte, mais la dimension informative large de l'évaluation, l'information à destination du public qui est affectée par cette pratique. Or, ce type de détournement devrait échapper à toute sanction juridictionnelle, puisqu'il tombe vraisemblablement en dehors du champ des infractions de presse<sup>485</sup>. Cette immunité n'est toutefois pas problématique, dès lors que l'évaluation est publique et consultable par d'autres moyens.

L'évaluation n'est cependant pas qu'un objet susceptible de déformation. Elle peut aussi être la cause de déformations spécifiques. En effet, il est possible qu'une évaluation mal construite, à partir d'indicateurs inappropriés, déforme l'activité qu'elle évalue, qu'elle la dévoie de son sens et de ses buts originaux. Dans cette hypothèse, il ne faut plus protéger la démocratie contre l'évaluation – en protégeant l'évaluation des décideurs – mais les évalués et les tiers contre l'évaluation (2).

## 2) Le risque de déformation de l'activité évaluée par l'évaluation

**287.** Pour que l'évaluation participe vraiment à la rationalisation des décisions publiques, elle doit apporter au décideur et au public une information objective et pertinente. À cette

---

<sup>484</sup> V. S. TROSA, « L'évaluation, nécessité ou gadget ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France - IGPDE, coll. « Gestion publique », 2009, p. 15.

<sup>485</sup> V. la loi du 28 juill. 1881 sur la liberté de la presse.

fin, elle doit reposer sur une grille de critères adaptée à son objet. Dans le cas contraire, comme le relève R. Salais, « une sorte de “court-circuit” se produit entre l’évaluation comme référence et la performance comme objectif »<sup>486</sup> : les évalués, pour éviter les conséquences attachées à la production d’une évaluation négative, se focalisent sur les indicateurs au détriment de leur activité initiale, qui n’est pas correctement prise en compte. En d’autres termes, quand les critères sont inappropriés, « l’évaluation cesse d’être un moyen et devient la fin elle-même – l’indicateur devient l’objectif central de l’organisation »<sup>487</sup>. L’activité est alors progressivement coupée de son sens du fait de l’évaluation, qui n’est plus ici victime, mais coupable.

Ce risque de déviance est particulièrement prégnant en matière d’évaluations du travail. Selon M.-A. Dujarier, le développement de l’évaluation des travailleurs rend en effet la « connaissance du travail » moins importante que la construction « des traces de performance sur le travail »<sup>488</sup>. Les indicateurs deviennent le centre de l’attention des évalués et des concepteurs de l’évaluation et, en même temps, ils sont dissociés de l’activité en cause. Les indicateurs simples, voire simplistes, déformant le réel, sont en effet favorisés<sup>489</sup>. La pratique évaluative tend alors à occulter les objectifs réels de l’activité en cause, ce qui cause des souffrances humaines et des difficultés sociales<sup>490</sup> – la politique du chiffre en matière de police est à cet égard vivement critiquée pour ses effets délétères, qui détourneraient les policiers de leurs vraies missions<sup>491</sup>.

**288.** Ainsi, quand les décideurs et les acteurs publics ne cherchent pas à détourner le sens de l’évaluation, c’est l’évaluation qui risque de détourner le sens des activités qu’elle évalue. Alors que les pouvoirs publics renâclent à répondre aux alertes lancées par les chercheurs, le juge, à travers un contrôle généralisé et systématisé du contenu et de l’utilisation de l’évaluation, pourrait s’employer à corriger certains de ces mésusages (B).

---

<sup>486</sup> R. SALAIS, « Usages et mésusages de l’argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 132.

<sup>487</sup> D. MARTUCCELLI, « Critique de la philosophie de l’évaluation », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 40.

<sup>488</sup> M.-A. DUJARIER, « L’automatisation du jugement sur le travail : mesurer n’est pas évaluer », *Cahiers internationaux de la sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 147.

<sup>489</sup> V. A.-M. BROCAS et F. VON LENNEP, « Contrepoint : de l’utilité (et des limites) du recours aux indicateurs pour le pilotage des politiques publiques », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 149-160.

<sup>490</sup> V. J. CHEVALLIER, « Performance et gestion publique », in *Réformes des finances publiques et Modernisation de l’administration – Mélanges en l’honneur de R. Hertzog*, Economica, 2011, p. 92.

<sup>491</sup> V. pour un résumé de ces critiques et leur relativisation A. PURENNE et J. AUST, « Piloter la police par les indicateurs ? Effets et limites des instruments de mesure des performances », *Déviance et Société*, 2010, n° 1, vol. 34, p. 7-28.

## B. La potentialité d'une intervention juridictionnelle pour protéger l'évaluation

**289.** Le juge pourrait aisément sanctionner les hypothèses de sous-utilisation ou d'utilisation sélective des évaluations par les décideurs en soumettant la décision finale à un contrôle de l'erreur, manifeste ou non, d'appréciation<sup>492</sup>. En revanche, pour empêcher l'évaluation de déformer les activités étudiées, un contrôle plus original semble nécessaire.

Deux pistes pourraient être suivies pour corriger les faiblesses des indicateurs actuels. Les procédures d'élaboration des indicateurs pourraient d'abord être revues afin d'assurer leur définition collective et de permettre aux évalués de faire entendre leurs observations avant la mise en œuvre de l'évaluation. Cette piste requerrait toutefois une certaine audace créatrice pour être mise en œuvre (1). Le juge pourrait agir plus facilement sur le dispositif de l'évaluation, pour s'assurer que les indicateurs retenus sont clairs et pertinents, c'est-à-dire qu'ils sont appropriés à l'objet de l'évaluation. En éliminant les dispositifs évaluatifs défectueux, il participerait activement à l'amélioration des pratiques évaluatives et il canaliserait partiellement le processus de rationalisation des choix publics (2).

1) L'impuissance du juge pour refondre la procédure d'élaboration des indicateurs

**290.** Les indicateurs « orientent les résultats de l'évaluation de façon décisive puisqu'ils offrent une perception nécessairement sélective et partielle de la réalité »<sup>493</sup>. Pour limiter les effets néfastes de l'évaluation, il importe donc que les indicateurs qu'elle recèle soient appropriés à son objet. À cet égard, pour la doctrine, produire un indicateur adapté est avant tout une question de méthode. Comme le relèvent le Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics<sup>494</sup>, A.-M. Brocas et F. Von Lenep « [l']élaboration [des indicateurs] constitue un enjeu normatif qui doit explicitement être pris en compte »<sup>495</sup>. L'organisation d'une méthode plus ouverte d'élaboration des indicateurs serait ainsi

---

<sup>492</sup> V. *infra*, Seconde Partie, Titre premier, Chapitre II, Section 2, §II.

<sup>493</sup> M. DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation dans l'enseignement supérieur : le cas des universités britanniques*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2014, p. 76.

<sup>494</sup> COMITÉ D'ENQUÊTE SUR LE COÛT ET LE RENDEMENT DES SERVICES PUBLICS, *Conclusions sur la mise en place d'indicateurs de résultats dans trois ministères*, La Doc. Fr., 2001, 30

<sup>495</sup> A.-M. BROCAS et F. VON LENEP, « Contrepoint : de l'utilité (et des limites) du recours aux indicateurs pour le pilotage des politiques publiques », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 150. L. Cluzel plaide aussi pour une élaboration collective des indicateurs, cf. L. CLUZEL, *La qualité du service public...*, *op. cit.*, p. 114.

« indispensable pour leur donner davantage de légitimité politique et sociale, mais aussi une légitimité scientifique incontestable »<sup>496</sup>.

Or les textes en vigueur sont loin d'instaurer de telles procédures. L'organisation d'une discussion collective préalable à la discussion d'indicateurs demeure exceptionnelle. Le plus souvent, les indicateurs ne sont en fait pas définis dans les textes législatifs et réglementaires, qui ne précisent pas, pour autant, les moyens par lesquels les évaluateurs ou les organes chargés de préciser les procédures évaluatives pourront, eux, les définir. Le seul texte à prévoir une définition sinon contradictoire du moins collective des indicateurs est relatif à l'évaluation des fonctionnaires étatiques. Ceux-ci peuvent en effet participer, *via* les comités techniques paritaires, à la définition d'indicateurs complémentaires à ceux mis en œuvre par les textes<sup>497</sup>. La collégialité est aussi garantie, nécessairement, quand les indicateurs sont définis par le législateur. Néanmoins, le Parlement se préoccupe très rarement de la définition des indicateurs structurant les évaluations qu'il crée. La collégialité reste donc exceptionnelle en France.

**291.** Face à l'indifférence des pouvoirs publics, le juge apparaît comme le seul acteur à même de hâter l'instauration de procédures appropriées aux enjeux et aux effets de l'évaluation. Cependant, faute de principes mobilisables en l'état du droit, l'imposition d'une procédure collégiale et contradictoire lui demanderait un effort créateur important et, en amont, l'identification claire de la catégorie juridique des évaluations.

Or, si le juge constitutionnel a déjà consacré des règles ou des principes applicables aux procédures législative<sup>498</sup> et juridictionnelle<sup>499</sup>, aucune disposition constitutionnelle ne justifierait l'édiction d'une règle selon laquelle la définition d'indicateurs évaluatifs devrait être dévolue à une autorité collégiale, voire requérir la participation des évalués. Cette impuissance du juge constitutionnel n'est toutefois pas dirimante, puisque le législateur délègue en principe la définition des indicateurs évaluatifs aux autorités administratives. De ce fait, le juge administratif pourrait garantir, à lui seul, une procédure collégiale et éventuellement participative de définition des indicateurs dans la plupart des hypothèses. Cette possibilité doit toutefois être relativisée puisqu'en matière administrative, le juge n'a jamais imposé la collégialité d'une procédure consultative ou décisionnelle, fût-elle

---

<sup>496</sup> M. ELBAUM, « Les indicateurs de performance en matière de politiques sociales », *Revue de l'OFCE*, n° 111, 2009, p. 48.

<sup>497</sup> Article 3 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010.

<sup>498</sup> À l'image de la règle de l'entonnoir, Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Avenir de l'École*.

<sup>499</sup> À l'image du principe des droits de la défense, Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC.

juridictionnelle. En outre, le principe de contradiction est réservé aux décisions affectant des intérêts individuels, c'est-à-dire les décisions administratives défavorables<sup>500</sup>. Aucun principe de ce type n'a été posé à propos des avis « individuels »<sup>501</sup>. Le juge administratif ne pourrait donc pas raisonner par analogie en matière évaluative et, s'il se décidait à intervenir, il se contenterait vraisemblablement de consacrer une simple règle de procédure applicable dans le silence des textes réglementaires et législatifs.

Il est donc peu probable que le juge constitutionnel ou le juge administratif agisse effectivement sur les procédures d'édition des indicateurs évaluatifs. Ils pourraient agir plus facilement sur le contenu des dispositifs évaluatifs, afin d'éliminer les critères et les indicateurs inappropriés à leur objet et responsables de certains effets néfastes (2).

## 2) Le contrôle de la pertinence et de la clarté des indicateurs

**292.** Afin d'empêcher les évaluations de déformer les activités qu'elles auscultent, le juge pourrait développer un contrôle systématisé des indicateurs évaluatifs. Ce contrôle permettrait d'éliminer les indicateurs qui dévoient le sens des activités contrôlées en éloignant les évalués des objectifs initiaux de leurs missions. Ces indicateurs adéquats sont d'abord des indicateurs clairs, c'est-à-dire compréhensibles par les évaluateurs, les évalués et les tiers. Comme le résume B. Perret, un « bon indicateur doit être fiable »<sup>502</sup>. Cela signifie qu'il ne doit pas être « utilisé isolément ou non explicité »<sup>503</sup>. À cette fin, selon J.-C. Groshens et G. Knayb, les indicateurs pourraient être associés à « des conventions de lecture » facilitant leur interprétation par les évaluateurs<sup>504</sup>.

Ce contrôle de la fiabilité des indicateurs pourrait être facilement exercé par le juge constitutionnel, qui pourrait étendre son contrôle du respect de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>505</sup>, qui a succédé au feu objectif à valeur constitutionnelle de clarté de la loi<sup>506</sup>, aux dispositifs évaluatifs créés par le

---

<sup>500</sup> Article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration. Le principe est plus ancien, pour les sanctions disciplinaires, CE, Ass., 26 oct. 1945, *Aramu*, req. n° 77.726, Rec. p. 213.

<sup>501</sup> Les avis individuels sont ceux qui affectent directement les intérêts d'un individu, v. P. CROCCQ, « Élaboration et diffusion des avis », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 75 et s.

<sup>502</sup> B. PERRET, *L'évaluation des politiques publiques...*, loc. cit., p. 24.

<sup>503</sup> M. DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation dans l'enseignement supérieur*, op. cit., p. 77.

<sup>504</sup> J.-C. GROSHENS et G. KNAYB, « Evaluationmania et évaluation », in *Réformes des finances publiques et Modernisation de l'administration – Mélanges en l'honneur de R. Hertzog*, Economica, 2011, p. 274.

<sup>505</sup> Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC.

<sup>506</sup> V. Cons. const., 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC et Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC. Ce principe de clarté n'est plus utilisé depuis 2005 par le Conseil constitutionnel.

législateur. Quant au juge administratif, il pourrait contrôler cet aspect tout aussi aisément, en déclinant l'objectif non qualifié « de clarté et d'intelligibilité de la norme »<sup>507</sup>.

**293.** Cependant, il ne suffit pas que l'indicateur soit clair pour que l'évaluation produite soit adaptée à son objet. Il faut aussi et, avant tout, que cet indicateur soit pertinent. À ce titre, même si la doctrine non juridique s'étend peu sur la question, il paraît impératif que les indicateurs retenus respectent le principe d'égalité, et ne génèrent pas de discrimination directe ou indirecte entre les objets ou sujets évalués. Cette exigence est particulièrement importante en matière d'évaluation des personnes. Or, étant donné que le principe d'égalité est un principe à valeur constitutionnelle<sup>508</sup> et un principe général du droit<sup>509</sup>, son application à l'évaluation s'effectuerait sans difficulté. Ce contrôle ne serait toutefois toujours pas suffisant.

Un indicateur clair et respectueux du principe d'égalité peut toujours conduire à une évaluation déformante. La LOLF, vivement critiquée en raison des malfaçons de ses indicateurs<sup>510</sup>, a permis de rappeler l'importance d'un principe pourtant proche du truisme : une institution doit être jugée en fonction d'indicateurs portant sur des aspects qu'elle maîtrise. Des indicateurs portant sur des éléments non imputables à l'entité évaluée ne peuvent pas aboutir à une évaluation fiable<sup>511</sup>. À ce titre, les indicateurs qui dépendent davantage ou exclusivement de faits non maîtrisés par la personne évaluée devraient être prohibés<sup>512</sup>. Les juges administratifs et le juge constitutionnel pourraient, sans dégager de règle spécifique, éliminer ces indicateurs défectueux sur le fondement du contrôle de l'adéquation de la méthode de l'évaluation<sup>513</sup>.

---

<sup>507</sup> CE, 8 juill. 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT et autres*, req. n° 266900, rec. T. 708 ; CE, 29 oct. 2013, *Association les amis de la rade et des calanques*, req. n° 360085, Rec. T. p. 413-715-716. Le juge administratif invoque parfois l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité de la règle de droit, CE, 10 fév. 2016, *Fédération nationale des mines et de l'énergie-Confédération générale du travail FNME-CGT*, req. n° 383756, Rec. p. 22.

<sup>508</sup> Articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 3 de la Constitution.

<sup>509</sup> CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. p.151 et CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. p. 274.

<sup>510</sup> V. J. ARTHUIS, *Rapport d'information n° 220 sur les objectifs et les indicateurs de performance de la LOLF*, La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », 2005, p. 24 et J.-R. BRUNETIÈRE, « Les indicateurs de la LOLF : une occasion de débat démocratique ? », *RFAP*, 2006, n° 117, p. 103.

<sup>511</sup> V. L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Vol. 52, 2006, p. 121.

<sup>512</sup> V. J. ARTHUIS, *Rapport d'information n° 220 sur les objectifs et les indicateurs de performance de la LOLF*, La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », 2005, p. 24 et J.-R. BRUNETIÈRE, « Les indicateurs de la LOLF : une occasion de débat démocratique ? », *loc. cit.*, 103.

<sup>513</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre II, Section 2, §I.

Ce contrôle des indicateurs discriminatoires et aléatoires ne serait toutefois toujours pas suffisant pour éliminer tous les indicateurs défectueux. Un indicateur clair, non discriminatoire et lié à l'activité évaluée pourrait tout de même être inapproprié. À cet égard, une évaluation du travail reposant sur des critères purement quantitatifs est inappropriée, comme l'ont démontré les sociologues<sup>514</sup>. Or, ce type de dispositif pourrait persister malgré un contrôle juridictionnel fondé sur les moyens précités. Certes, « les indicateurs pertinents sont souvent imparfaits, voire inexistant, la production publique restant difficile à mesurer autrement que par son coût »<sup>515</sup>, mais une évaluation entièrement quantitative manquerait la dimension qualitative qui caractérise nécessairement toute activité évaluable. Un contrôle efficace des indicateurs viserait donc, *in fine*, l'économie globale du dispositif évaluatif. Ces moyens pourraient limiter la production d'évaluations défailtantes, néfastes tant pour les individus ou l'activité évalués que pour le processus décisionnel public – il serait biaisé par la fourniture d'informations erronées.

Évidemment, cette intervention ne ferait pas disparaître tous les effets pervers de l'évaluation, notamment l'inconfort psychologique qu'elle génère ou la tendance des évalués à se focaliser sur les indicateurs plutôt que sur leurs tâches quotidiennes<sup>516</sup>. Le juge est loin d'être omnipotent. Il ne peut pas maîtriser l'ensemble des conséquences de son action, qui pourrait, ponctuellement, s'avérer contre-productive. À cet égard, la voie juridictionnelle paraît particulièrement inadéquate pour tempérer l'autorité axiologique des évaluations, qui imposent un certain nombre de valeurs pour juger l'action publique (§II).

## §II. L'impossibilité de contrôler les effets axiologiques de l'évaluation

**294.** Pour de nombreux sociologues, philosophes et politistes, l'évaluation présente un risque de dérive tyrannique. En effet, en explicitant et en formalisant certaines valeurs dans les processus décisionnels publics, elle sous-entend qu'une seule hiérarchie de valeurs est susceptible de les guider. Or le juge ne peut pas contrôler la pertinence de ces valeurs sans

---

<sup>514</sup> V. M.-A. DUJARIER, « L'automatisation du jugement sur le travail : mesurer n'est pas évaluer », *Cahiers internationaux de la sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 135-159 et C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Éditions Quae, coll. « Sciences en question », 84 p.

<sup>515</sup> D. BUREAU, M. MOUGEOT et N. STUDER, « Mesurer la performance de la gestion publique à la lumière de l'analyse économique », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 89.

<sup>516</sup> S'assurer que l'évaluation ne devienne pas une obsession destructrice pour les évalués est une tâche qui relève davantage acteurs de l'évaluation, à savoir les commanditaires ou les évaluateurs, et les acteurs des instances évaluées.

imposer, en même temps, sa propre axiologie, tout aussi peu légitime (A). Il est condamné à subir, lui aussi, les effets de l'objectivisme axiologique de l'évaluation (B).

### **A. Le contrôle périlleux des valeurs diffusées par l'évaluation**

**295.** En sous-entendant qu'un seul ordre de valeurs collectives est pertinent pour juger l'action publique, l'évaluation imposerait une forme de tyrannie<sup>517</sup> des valeurs dont les effets démocratiques et sociaux sont dénoncés (1). Toutefois, s'il importe que la relativité des résultats de l'évaluation et des valeurs qu'elle prend pour référence soit comprise par les décideurs et par les tiers, le juge ne peut pas bousculer la domination des valeurs exposées dans les évaluations. S'il le faisait, il ne ferait qu'endosser, à la place de l'évaluation, l'habit du « tyran » axiologique (2).

#### 1) La diffusion d'une hiérarchie arbitraire de valeurs par l'évaluation

**296.** Pour les sociologues et les politistes, la définition de valeurs et d'objectifs officiels de l'action publique, à travers l'évaluation, a des effets délétères. Les auteurs reprochent notamment à l'évaluation d'écraser l'axiologie et la factualité des domaines qu'elle couvre et, surtout, de se présenter comme un parangon d'objectivité alors qu'elle est pétrie de subjectivité. À cet égard, R. Gori et M.-J. Del Volgo estiment que la « référence à l'«objectivité» [de l'évaluation] participe davantage d'une rhétorique de propagande qu'elle ne procède d'une rigueur méthodologique »<sup>518</sup>. Cette objectivité rhétorique servirait le discours évaluatif, selon lequel « tout est évaluable » et, par voie de conséquence, « il est indispensable que tout le monde soit évalué »<sup>519</sup>. Cette injonction « tyrannique »<sup>520</sup> est vivement critiquée par la doctrine non juridique. Présentée comme le fruit d'une pure rationalité l'évaluation constitue, pour les auteurs, un dangereux instrument de domination sociale. À ce titre, pour A. Lévy « l'enjeu masqué de tout jugement évaluatif (...) consiste à imposer une lecture de la vie sociale et des conduites qui soit conforme aux valeurs et

---

<sup>517</sup> V. Y.-Ch. ZARKA, « Qu'est-ce que tyranniser le savoir ? », *Cités*, 2009, n° 1, p. 3-6 et A. DEL REY, *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, 2013, 149 p

<sup>518</sup> R. GORI et M.-J. DEL VOLGO, « L'idéologie de l'évaluation, un nouveau dispositif de servitude volontaire ? », *Revue nouvelle de psychosociologie*, 2009, n° 8, p. 16.

<sup>519</sup> D. MARTUCCELLI, « Critique de la philosophie de l'évaluation », *loc. cit.*, p. 31. Dans le même sens, v. M.-C. BUREAU, « Du travail à l'action publique : quand les dispositifs d'évaluation prennent le pouvoir », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p.161-175.

<sup>520</sup> Y.-Ch. ZARKA, « Qu'est-ce que tyranniser le savoir ? », *Cités*, 2009, n° 1, p. 3-6 et A. DEL REY, *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, 2013, 149 p.

aux normes dominantes, qu'il s'agit de faire reconnaître et d'appliquer dans les conduites futures »<sup>521</sup>.

L'évaluation participerait aussi à la « déshumanisation »<sup>522</sup> de la vie sociale. Elle serait particulièrement destructrice en matière de travail<sup>523</sup>. Alors que l'évaluation s'effectue toujours du haut vers le bas, des employeurs vers les employés, elle reproduit la domination au sein des entreprises et elle engendre une « hiérarchisation sociale mécanisée »<sup>524</sup>. Pour le psychiatre C. Dejours, ni l'évaluation des performances ni l'évaluation des compétences ni l'évaluation de la qualité ne constituent des évaluations du travail effectif, qui supposent de prendre en compte la subjectivité des travailleurs et la dimension collective du travail réalisé<sup>525</sup>. Enfin, pour la sociologue M.-A. Dujarier, l'évaluation mettrait en place une nouvelle forme de taylorisme séparant la pensée de l'action, en opposant les penseurs de l'évaluation aux travailleurs, dont le jugement est dévalorisé au profit des critères produits<sup>526</sup>. Ces pratiques évaluatives contribuent, pour l'auteur, à la dégradation humaine et affective du travail, notamment en créant un état de concurrence entre tous les employés<sup>527</sup>.

Toutefois, M.-A. Dujarier ne condamne pas l'évaluation du travail en soi, elle dénonce seulement les méthodes actuelles d'évaluation, et la croyance dans la possibilité de tout évaluer. Devenue « un très puissant instrument de pouvoir » dans le monde du travail, l'évaluation tyrannise en ce qu'elle se prétend totalement objective au lieu de « laisser la place à d'autres interprétations »<sup>528</sup>. Ainsi, alors qu'en matière de politiques publiques, l'incertitude et la subjectivité résiduelle de l'évaluation la fragilisent, dans la sphère du travail c'est la certitude et l'objectivité proclamées de l'évaluation qui est source de danger.

---

<sup>521</sup> A. LÉVY, « L'évaluation créatrice de valeur », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2009, n° 8, p. 97.

<sup>522</sup> V. A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Éd. du Seuil, 2010, p. 117 et F. SIMONET, « L'évaluation : objet de standardisation des pratiques sociales », *Cités*, 2009, n° 1, p. 91-100.

<sup>523</sup> V. D. MARTUCCELLI, « Critique de la philosophie des valeurs », *loc. cit.*, p. 31. L'évaluation dans les entreprises est une vraie déception selon l'auteur.

<sup>524</sup> M.-A. DUJARIER, « L'automatisation du jugement sur le travail : mesurer n'est pas évaluer », *Cahiers internationaux de la sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 155.

<sup>525</sup> C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Éditions Quae, coll. « Sciences en question », p. 45 et s.

<sup>526</sup> M.-A. DUJARIER, *L'automatisation du jugement sur le travail... », loc. cit.*, p. 143.

<sup>527</sup> C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel... », loc. cit.*, p. 75.

<sup>528</sup> A. DEL REY, *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, 2013, p. 47.

**297.** Cette objectivité proclamée a une seconde conséquence, tout aussi critiquée par la doctrine : l'évaluation favoriserait l'instauration du modèle technocratique théorisé par J. Habermas<sup>529</sup>. Or, dans le modèle technocratique, « le choix de valeur qui est nécessairement sous-jacent à la fois à la position des fins et à la sélection des moyens est occulté, refoulé par l'apparente neutralité du raisonnement scientifique »<sup>530</sup>. Le voile de l'objectivité évaluative masquerait ainsi le transfert de pouvoir technocratique réalisé par l'évaluation et plus précisément, selon D. Martuccelli, par les indicateurs qu'elle contient. En effet, d'après l'auteur, « tout indicateur est un choix politique par omission : il déplace la décision politique dans le moment de la construction en amont des indicateurs, mais il n'augmente pas forcément la transparence. La confection d'indicateurs escamote le moment politique derrière un débat en apparence technique »<sup>531</sup>. L'évaluation serait ainsi le fruit de choix politiques, incarnés dans les indicateurs qu'elle déploie et les valeurs qu'elle poursuit. Cette analyse corrobore l'idée selon laquelle au lieu de dé-valoriser le droit, l'évaluation réalise plutôt une translation du moment où les jugements de valeur guidant l'élaboration du droit sont réalisés<sup>532</sup>.

**298.** Cette translation n'est pas dénuée de conséquences : la vocation informative de l'évaluation participe d'abord à la redéfinition de la notion de valeur, puisque dans la perspective évaluative, « n'a de valeur que ce qui peut se réduire à l'information »<sup>533</sup>. En outre, selon Y.-Ch. Zarka, l'évaluation tend à faire croire qu'en dehors du « système de valeurs objectives » qu'elle propose « il n'y aurait aucune possibilité d'examiner, d'apprécier ou de juger des différentes activités d'enseignement, de recherche, mais aussi de soin, d'exercice de la justice ou autres »<sup>534</sup>. Cette prétention à l'univocité des valeurs confère à l'évaluation une force supplémentaire pour « dominer le savoir » et étendre le pouvoir des gouvernants<sup>535</sup>. Elle prétend clore la discussion infinie sur la subjectivité ou l'objectivité des valeurs en philosophie. Comme l'explique M. Jamet, « tenant (...) toute entière dans le jugement de valeur, dans l'acte d'évaluation, la valeur est ce qui est reconnu comme tel puisqu'elle vaut pour tout être raisonnable : valeur et objectivité sont réunies

---

<sup>529</sup> J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, *op. cit.*, p. 100-101.

<sup>530</sup> F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *APD*, 1985, t. 30, p. 31.

<sup>531</sup> D. MARTUCCELLI, « Critique de la philosophie des valeurs », *loc. cit.*, p. 33.

<sup>532</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre I, Section 1, §I, B.

<sup>533</sup> R. GORI et M.-J. DEL VOLGO, « L'idéologie de l'évaluation, un nouveau dispositif de servitude volontaire ? », *Revue nouvelle de psychosociologie*, 2009, n° 8, p. 16.

<sup>534</sup> Y.-Ch. ZARKA, « Qu'est-ce que tyranniser le savoir ? », *Cités*, 2009, n° 1, p. 5.

<sup>535</sup> *Ibid.*, p. 5.

dans l'idée d'un quelque chose qui, indépendamment (objectivité) des préférences individuelles vaut pour soi, c'est-à-dire indépendamment de sa liaison avec autre chose (indépendance) et vaut aussi pour tous (universalité d'une raison) »<sup>536</sup>.

Ainsi, la pratique évaluative serait en contradiction avec la pensée de R. Boudon<sup>537</sup>, qui affirme l'irréductible subjectivité des valeurs, avec celle de C. Grzegorzcyk qui insiste sur l'existence de « systèmes de valeurs [collectives] conflictuelles » que le droit doit refléter<sup>538</sup>, et avec celle de Ch. Perelman, pour qui « le raisonnement est incapable de départager les antagonistes, faute d'un accord sur les principes qui pourraient servir de point de départ à la discussion »<sup>539</sup>. Or s'il est possible de considérer avec L. Sfez qu'il existe des valeurs sociales discutables rationnellement<sup>540</sup>, ce que prétend faire l'évaluation, cela ne signifie pas que l'objectivité de ces valeurs soit complète dans la mesure où, comme le relève T. S. Kuhn, « l'adhésion à des mêmes valeurs peut donner lieu à des applications différentes, considérablement influencées par les caractères individuels personnels et biographiques qui différencient les membres du groupe »<sup>541</sup>. La prudence devrait ainsi présider la sélection et la présentation des valeurs retenues comme références dans une évaluation. Les décideurs devraient toujours avoir à l'esprit l'incertitude inéluctable qui affecte ces références : considérer l'évaluation comme une source sûre et universalisable d'informations participerait à l'instauration d'une nouvelle forme de domination sociale, technocratique et déshumanisante.

**299.** Les critiques formulées à l'encontre de l'évaluation sont ainsi nombreuses et virulentes. Pourtant, les auteurs ne souhaitent pas sa disparition : ce sont seulement les modalités actuelles de l'évaluation qui sont dénoncées. À cet égard, les auteurs de la revue *Vacarme* écrivent qu'évaluer « c'est aussi la vie même, à condition de l'entendre au sens propre : créer de nouvelles valeurs, comparer pour dépasser et se dépasser, donner du sens, interpréter. C'est une question de justice et d'équité : juger, distribuer, répartir exige

---

<sup>536</sup> V. M. JAMET (dir.), *La valeur. Problématique de la valeur*, Marketing, 1974, p. 10.

<sup>537</sup> R. BOUDON, *Le sens des valeurs*, PUF, coll. « Quadrige grands textes », 2007, p. 11.

<sup>538</sup> C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit : essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1982, p. 268.

<sup>539</sup> Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'université de Bruxelles, coll. « UBlire Fondamentaux », 2012, p. 85.

<sup>540</sup> L. SFEZ, *La décision*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4<sup>e</sup> éd., 2004, p. 56-57. R. Boudon lui-même reconnaît cette possibilité de discussion rationnelle : « si on ne peut échapper (...) au "polyéthisme des valeurs", il n'en résulte pas que ces principes ne puissent être rationnellement discutés, qu'ils ne puissent être contredits par le réel, et que la concurrence entre les principes ne soit soumise à des mécanismes de sélection rationnelle », R. BOUDON, *Le sens des valeurs*, op. cit., p. 74-75.

<sup>541</sup> T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, op. cit., p. 220.

toujours une évaluation préalable »<sup>542</sup>. Il faudrait donc épurer l'évaluation au lieu de la condamner en bloc ; il faudrait rendre visibles la relativité et la subjectivité irréductible de la démarche évaluative. Or un tel mouvement ne pourra venir que des pouvoirs publics. S'il intervenait, le juge ne pourrait que devenir, à la place de l'évaluation, le vecteur d'un dangereux objectivisme axiologique (2).

## 2) Le risque d'une tyrannie juridictionnelle des valeurs

**300.** Demander au juge d'éclairer les valeurs évaluatives et de les contrôler, voire d'y substituer d'autres valeurs, ne ferait que renforcer la diffusion d'une axiologie officielle et autoritaire. Certes, le juge n'est pas étranger au maniement des valeurs. Comme le relèvent F. Ost et M. Van de Kerchove, par définition, il doit « témoigner d'un sens aigu de la hiérarchie des valeurs que tend à promouvoir le système juridique dans son ensemble » pour préciser des notions comme l'ordre public<sup>543</sup>. Le juge peut même mettre en balance plusieurs valeurs, comme dans le contrôle du bilan coûts-avantages<sup>544</sup>. Cependant, son action dans ce champ est toujours liée à l'établissement d'une qualification juridique qui ne porte pas sur les valeurs elles-mêmes<sup>545</sup>. Par exemple, s'agissant du bilan coûts-avantages, le juge ne cherche pas à savoir si la poursuite de telle ou telle valeur est pertinente, il regarde si l'atteinte à certaines valeurs est suffisamment compensée par l'atteinte d'autres valeurs pour établir la qualification juridique d'utilité publique. Il ne s'interroge pas directement sur la pertinence de la valeur poursuivie par l'autorité publique.

À l'inverse, le contrôle des valeurs évaluatives demanderait au juge de s'interroger, *in abstracto*, sur la pertinence des valeurs retenues par les pouvoirs publics. À cet égard, E. Monnier estime que les pouvoirs publics peuvent choisir entre quatre systèmes de valeurs pour irriguer les procédures évaluatives « les valeurs affichées de la rhétorique officielle ; les valeurs de fait qui se dégagent d'un examen attentif des pratiques de l'institution ; les intérêts immédiats poursuivis par l'institution ; l'idéal qui comprend les

---

<sup>542</sup> Collectif, « Subvertir l'évaluation ? », *Vacarme*, 21 juin 2008, Dossier « Pour en finir avec l'évaluation », p. 16-17.

<sup>543</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, *op. cit.*, p. 430.

<sup>544</sup> Pour R. Hostiou, le système du bilan « renvoie à un système de valeurs beaucoup plus que de normes », R. HOSTIOU, « La théorie du bilan à l'épreuve de la protection de l'environnement », *AJDA*, 2004, n° 22, p. 1193-1196.

<sup>545</sup> Le contrôle du détournement de pouvoir, qui peut apparaître comme une qualification portant directement sur des valeurs, constitue bien un jugement de réalité. Si l'intérêt général est composé des valeurs communes, le constat du caractère partagé de ces valeurs, c'est-à-dire la qualification d'intérêt général, est un jugement de réalité. Voir, sur la définition des valeurs et du jugement de valeur *supra*, Introduction, § 31.

valeurs normatives auxquelles l'institution est supposée souscrire implicitement »<sup>546</sup>. Si le juge contrôlait le choix des créateurs de la procédure évaluative de privilégier telle ou telle catégorie de valeurs, il serait en réalité amené à contrôler le choix des fins de l'action publique. Ce contrôle serait inédit, puisque les choix discrétionnaires habituellement contrôlés portent sur l'adaptation des moyens aux fins et non la pertinence des fins elles-mêmes<sup>547</sup>. Or il est difficile d'identifier un principe sur lequel pourrait se fonder ce nouveau contrôle des fins. Il ne s'agirait pas, comme dans le cas du détournement de pouvoir, de rechercher si l'intérêt général est poursuivi, mais de décomposer cet intérêt général et de considérer que telle valeur, même si elle est partagée et relève de l'intérêt général, n'est pas adéquate quand elle est appliquée à tel objet, sans qu'aucune disposition ne définisse à l'avance quelles valeurs devraient être poursuivies.

Alors que le contrôle du détournement de pouvoir ne consiste qu'en une *application* des fins prédéfinies par le législateur ou par l'administration, le contrôle des valeurs évaluatives constituerait un contrôle de la *définition* de ces fins. Le juge pourrait très bien décider que la protection de l'environnement n'est pas une valeur adéquate pour l'évaluation des contrats de partenariat, ou au contraire qu'elle est indispensable. Ce faisant, il prendrait la place du législateur et de l'administration dans la définition des fins de l'action publique. En outre, en devenant le maître de la hiérarchie officielle des valeurs guidant l'action publique, il perpétuerait l'objectivisation forcée et l'autoritarisme des valeurs évaluatives. Comme l'écrit F. Rouvillois, s'agissant des valeurs présentes dans l'évaluation, « le contrôle du juge prévient le négatif, mais il ne peut pas apporter du positif »<sup>548</sup>. Par ailleurs, cette forme d'activisme judiciaire<sup>549</sup> rencontrerait vraisemblablement une grande hostilité en France, où la peur d'un gouvernement des juges est toujours tapie dans les consciences<sup>550</sup>. Le juge est donc condamné à appliquer et promouvoir, indirectement, les valeurs associées à une évaluation (B).

---

<sup>546</sup> E. MONNIER, *Évaluation de l'action des pouvoirs publics. Du projet au bilan*, Economica 1987, p. 128.

<sup>547</sup> Cf. *infra*, Première partie, Titre second, Chapitre II, Section 1, §1.

<sup>548</sup> F. ROUVILLOIS, *Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'innovation politique, 2006, p. 36.

<sup>549</sup> L'activisme judiciaire « consiste pour un juge à affirmer sans ménagement sa capacité à censurer ou à susciter l'action des autres pouvoirs publics afin de faire prévaloir ses propres conceptions de ce que être le droit », G. TUSSEAU, « Les pouvoirs des juges constitutionnels », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Traité Dalloz », 2012, t. 3, p. 176. Selon certains auteurs, la portée et l'intensité de cet activisme judiciaire mériteraient d'être relativisées, v. I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Vol. 165, 2017, 767 p.

<sup>550</sup> V. par ex. M.-A. FRISON-ROCHE, « Vers un gouvernement économique des juges », *Commentaire*, n° 111, 2005, p. 631-640. Le gouvernement des juges est aussi allié à la « liberté » du juge par E. NAIM-

## B. La soumission du juge aux valeurs proclamées dans les évaluations

**301.** Le juge ne peut pas juger sans formuler, explicitement ou implicitement, des jugements de valeur (1). Or, s'il refuse d'influer sur l'axiologie évaluative, il est fatalement soumis aux valeurs dévoilées de l'action publique et perd une partie de sa liberté pour formuler les jugements de valeur que son travail l'amène à réaliser (2).

### 1) Les liens indéfectibles entre jugements de valeur et contrôle juridictionnel

**302.** Si le juge est atteint par l'objectivisme évaluatif, c'est parce qu'il est tenu de formuler constamment des jugements de valeur, explicites ou implicites, pour rendre une décision. En effet, l'office du juge a nécessairement partie liée avec les valeurs collectives, tant dans sa « mission juridictionnelle »<sup>551</sup>, c'est-à-dire la finalité courte de son jugement (trancher le litige)<sup>552</sup>, que dans sa mission jurisprudentielle (la création et l'incorporation de règles de droit positif<sup>553</sup> et la recherche de la paix sociale), c'est-à-dire la finalité longue du jugement, selon la terminologie de P. Ricœur<sup>554</sup>. Si, comme l'écrit M. Virally, avec le positivisme « parler de valeurs est superflu et même dangereux »<sup>555</sup>, de nombreux auteurs ont aujourd'hui reposé la question du lien entre le droit et les valeurs et ont montré l'importance des valeurs dans l'office du juge<sup>556</sup>.

Pour M. Virally les valeurs, ont comme le droit, « la particularité commune d'être placées au niveau de l'action [et] leur fonction est de gouverner le comportement »<sup>557</sup>. De même, pour E. Millard « les normes juridiques expriment évidemment des valeurs. Prescrire, vouloir ce qui doit être, c'est dire sa conception de ce qui est juste, ce qui est

---

GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p 630 ; quand M. COLLET analyse le développement des autorités administratives indépendantes comme la préférence marquée pour le gouvernement des experts plutôt que le gouvernement des juges, v. *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Dalloz, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 233, 2003, p. 170. Plus récemment, l'intégration des valeurs dans le contrôle de la police administrative a de nouveau été condamné, v. B. SEILLER, « La censure a toujours tort », *AJDA* 2014 p. 129-133.

<sup>551</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 11.

<sup>552</sup> P. RICOEUR, « L'acte de juger », *Esprit*, juill. 1992, n° 183, p. 20-25.

<sup>553</sup> V. Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>554</sup> P. RICOEUR, « L'acte de juger », *loc. cit.*, p. 20-25.

<sup>555</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>556</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 280 et s. ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 430 et E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Conn. du droit », 2006, p. 22 et s.

<sup>557</sup> *Ibid.*, p. 25.

utile, de ce qui est nécessaire... c'est faire un choix en faveur ou en défaveur de tel comportement »<sup>558</sup>. En conséquence, le travail du juge, qui contrôle ces normes, est indissociable des valeurs qu'elles portent. Ch. Fortier écrit à cet égard que les « décisions judiciaires permettent de donner sens aux valeurs contenues par le droit »<sup>559</sup>. Le contrôle de proportionnalité est particulièrement représentatif de ce mouvement. Ce contrôle a, notamment en droit constitutionnel, une « fonction régulatrice »<sup>560</sup>, puisqu'il conduit le juge à mettre en balance deux dispositions parfois contradictoires – comme la liberté d'expression et le droit au respect de sa vie privée. Or, cette fonction régulatrice est, d'après D. Lochak<sup>561</sup>, une fonction politique, puisque le juge se réfère implicitement à des valeurs collectives formalisées et objectivées dans des normes juridiques.

**303.** Les liaisons entre l'office du juge et les jugements de valeur ne se limitent cependant pas aux valeurs juridicisées. Pour trancher le litige qui lui est soumis, le juge peut se référer, implicitement, à des valeurs sociales qui ne sont pas traduites par les normes applicables au litige. À cet égard, la doctrine considère, à la quasi unanimité, que les considérations axiologiques pénètrent l'office du juge à l'occasion de son travail d'interprétation.

Les principales théories de l'interprétation affirment en effet que le juge peut ou doit s'inspirer du contexte social pour arrêter son interprétation. Pour les normativistes, à la suite de Kelsen, l'interprétation est en même temps un acte de connaissance et de volonté<sup>562</sup>, ce qui laisse une marge de manœuvre au juge. Pour les réalistes, l'interprétation est avant tout un acte de volonté, mais cet acte demeure contraint par différents facteurs, dont le contexte social<sup>563</sup>. Ainsi, quelle que soit leur affiliation théorique, les auteurs semblent unanimes sur l'existence d'une « marge irréductible de libre détermination que comporte nécessairement toute opération d'application du droit »<sup>564</sup>. Cette marge d'action permet au juge de prendre en compte le contexte de la décision, notamment son contexte axiologique<sup>565</sup>. Pour les auteurs français, cette marge de manœuvre ne signifie pas, comme

---

<sup>558</sup> E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 22.

<sup>559</sup> Ch. FORTIER (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?*, CNRS éd., coll. « CNRS droit », 2007, p. 16.

<sup>560</sup> X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Economica-PUAM, coll. « Science et droit administratifs », 1990, p. 424.

<sup>561</sup> D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, p. 103.

<sup>562</sup> H. KELSEN, *La théorie pure du droit*, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 460-461.

<sup>563</sup> V. M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 2001, 334 p.

<sup>564</sup> J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in CURAPP et CHRIP (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 260.

<sup>565</sup> V. entre autres G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, -Nancy, Berger-Levrault, 1904, rééd., Dalloz, coll. « Anthologie du droit », t. 1, p. 73-74 ; J.-J. BIENVENU *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et de la loi*, thèse Paris II, 1979, p. 170 ; Ch. PERELMAN, *Logique juridique*.

dans la théorie de R. Dworkin, que le juge « doit choisir entre les interprétations à retenir en se demandant laquelle présente sous son meilleur jour, du point de vue de la morale politique, la structure des institutions et des décisions de la collectivité, ses normes de vie publique dans leur ensemble »<sup>566</sup>. Ils semblent considérer que le questionnement du juge sur les valeurs joue davantage comme une contrainte limitant les interprétations possibles, plutôt que comme une obligation devant mener à une bonne interprétation<sup>567</sup>. Ph. Otero écrit ainsi que « l'adéquation entre la décision et la demande sociale est une condition essentielle de légitimation du rôle du juge »<sup>568</sup>.

Plus précisément, selon J. Chevallier, « les interprètes ne sauraient aller à l'encontre des représentations et des valeurs sociales dominantes, dont ils sont d'ailleurs eux aussi imprégnés »<sup>569</sup>. Pour Y. Gaudemet, la prise en compte par le juge de ces valeurs sociales trouve son « expression privilégiée » dans la découverte de principes généraux du droit<sup>570</sup>. S. Rials identifie dans la formulation et l'application des standards<sup>571</sup> une autre forme d'expression privilégiée de ces jugements de valeur non juridiques, qui sont aussi visibles à l'occasion du contrôle du bilan exercé par le juge administratif<sup>572</sup>. L'intégration récente du principe de précaution dans le bilan, au moment où son importance sociale se renforce<sup>573</sup>, appuie cette idée. Le juge questionne donc, indépendamment de l'existence

---

*Nouvelle rhétorique*, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque du Droit », 2001, p. 176 ; G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1993, p. 35 ; E. LANGELIER, *L'office du juge administratif*, op. cit., p. 566 et Ch.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 145, 2015, p. 62.

<sup>566</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, coll. « Recherches politiques », 1994, p. 279.

<sup>567</sup> Seuls Y. Robineau et D. Truchet paraissent se rapprocher de la théorie de Dworkin quand ils écrivent que la fonction du droit jurisprudentiel est de « refléter les rapports politiques économiques et sociaux et les orientations des pouvoirs publics constitutionnels, en les entourant de garanties juridiques », Y. ROBINEAU et D. TRUCHET, *Le conseil d'État*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2012, p. 109-110.

<sup>568</sup> C. OTERO, *Les rébellions du juge administratif. Recherche sur les décisions juridictionnelles subversives*, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », n° 100, 2014, p. 239. Dans le même sens, v. P. MERTENS, « Préface », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essai sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leurs fonctions*, Bruylant, 2016, p. 14 : « le juge ne sera respecté que s'il écoute la société dans laquelle il vit ; qu'il doit se souvenir du passé, mais aussi anticiper l'avenir, qu'il doit exercer son pouvoir, de manière à la fois intuitive et empirique, car, ne disposant d'aucune légitimité électorale et ne pouvant s'appuyer sur aucune transcendance, c'est par l'acceptabilité de ses audaces qu'il pourra survivre dans un système où, après tout, on pourrait, sinon le faire disparaître, à tout le moins, réduire ses compétences, nier son autorité, ou, plus sournoisement, le soumettre à la tyrannie du rendement et, s'il résiste, l'appauvrir ».

<sup>569</sup> J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », *loc. cit.*, p. 260.

<sup>570</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 206.

<sup>571</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit., p. 87.

<sup>572</sup> S. KTISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 162, 1991, p. 267 et s.

<sup>573</sup> CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°s 342409, 342569, 342689, 342740, 342748 et 342821, Rec. p. 60, obs. A. VAN LANG, « L'application du principe de précaution à la déclaration d'utilité publique », *RDI*, 2013, p. 305-316.

des évaluations, les valeurs non juridiques dominantes à même de servir de référence pour juger l'action publique.

En outre, comme le souligne D. Lochak, les valeurs sociales ne sont pas seulement « reçues » par le juge. Celui-ci cherche aussi à diffuser, à l'occasion de son contrôle, certaines valeurs<sup>574</sup> – une action désignée par l'expression « activisme judiciaire »<sup>575</sup>. Alors que ce rôle ne cesse de croître, l'évaluation intervient comme un contrepoids. Elle restreint la liberté d'appréciation du juge plus qu'elle ne l'accompagne (2).

## 2) La liberté croissante du juge contrebalancée par l'autorité axiologique des évaluations

**304.** Le rôle du juge est de plus en plus celui d'un récepteur et d'un émetteur des valeurs, comme l'a montré la doctrine<sup>576</sup>. En effet, le juge est de plus en plus amené à s'intéresser aux valeurs juridiques et non juridiques qui irriguent la société. D'après les auteurs, cette évolution est le fait de la judiciarisation de la société et du politique, qui engendre une « revalorisation de la fonction juridictionnelle (...) accompagnée d'un mouvement d'élargissement de celle-ci »<sup>577</sup>. Elle est aussi liée à la perte partielle de substance du droit<sup>578</sup>. Comme l'expliquent F. Ost et M. Van de Kerchove, les normes produites aujourd'hui sont plus abstraites qu'auparavant. Elles transfèrent au juge la charge de faire certains choix en l'invitant à réaliser des balances d'intérêts au moment de son contrôle. Pour les deux auteurs belges, « c'est entre des intérêts en conflit et des principes et valeurs concurrents que le juge doit arbitrer : des intérêts pour lesquels nulle hiérarchie préétablie n'est indiquée au juge, et des valeurs et des principes qui, non contents d'être formulés dans des termes souvent très vagues, sont consacrés (quand ils le sont) dans des normes de rang formellement égal »<sup>579</sup>.

En raison de ce nouveau rôle, le juge apparaît plus que jamais comme le « gardien des valeurs »<sup>580</sup>. Ses nouvelles attributions sont particulièrement visibles en droit de

---

<sup>574</sup> D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge*, op. cit., p. 103.

<sup>575</sup> R. BADINTER, « Rapport introductif », in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Fayard-Publications de la Sorbonne, 2003, p. 25 et I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis*, op. cit., 767 p.

<sup>576</sup> V. P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, 2006, p. 22 ; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 59 ; Ph. OTERO., *Les rébellions du juge administratif. Recherche sur les décisions juridictionnelles subversives*, op. cit., p. 28.

<sup>577</sup> Ph. OTERO, *Les rébellions du juge administratif*, op. cit., p. 28.

<sup>578</sup> J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 138.

<sup>579</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, op. cit., p. 433.

<sup>580</sup> J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 128.

l'environnement. À cet égard, le principe de précaution confère au juge d'importants pouvoirs de conciliation des intérêts<sup>581</sup>. Comme le résume E. Naim-Gesbert, il appartient désormais au juge de « trouver des valeurs transcendant les conflits d'intérêts au nom de l'intérêt général »<sup>582</sup>. Les hypothèses de jugements de valeur juridictionnels se sont donc multipliées. La liberté du juge n'a pas, cependant, crû en proportion avec cet élargissement.

**305.** L'évaluation apparaît en effet comme une compensation, un contrepoids à la nouvelle licence juridictionnelle. Au lieu d'ouvrir au juge de nouvelles perspectives, l'évaluation, en fixant les valeurs guidant les différents domaines de l'action publique, limite les appréciations qu'il peut formuler. En effet, cette expertise n'est pas une banale formalisation de valeurs : elle est l'œuvre d'experts, dont le « point de vue éclairé »<sup>583</sup> s'impose d'autant plus aisément au juge qu'il est paré d'atouts scientifiques.

Ainsi, selon I. Savarit-Bourgeois, les études d'impact peuvent être analysées comme des réponses à l'imprévisibilité du juge. Cette analyse prolonge la pensée de J. Bentham, qui définissait la motivation rationnelle des lois comme un « guide », notamment pour le juge<sup>584</sup>. Selon l'auteure, ces études constituent un « préjugé objectif de la mesure réduisant la capacité d'appréciation du juge »<sup>585</sup>. Non seulement l'évaluation guide le juge dans son appréciation du bien-fondé de la décision finale, mais elle le renseigne également sur le contexte axiologique à prendre en compte. En formalisant les valeurs juridiques ou non juridiques qui devraient guider la décision publique et en informant le juge sur la manière dont ces différentes valeurs sont atteintes par la décision qui lui est soumise, l'évaluation réduit sa marge de manœuvre plus qu'elle ne l'incite à approfondir son contrôle. Elle

---

<sup>581</sup> A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan, 2003, p. 25 p. 270 et s. et C. LEPAGE-JESSUA, « La vision des avocats », in GARDVAUD G. et OBERDOFF H. (dir.) *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, PUG, 1995, p. 127-151 et N. de SADELEER, « Les avatars du principe de précaution en droit public : effet de mode ou révolution silencieuse ? », *RFDA*, 2001, p. 547 et s.

<sup>582</sup> E. NAIM-GESBERT, « L'irrésistible ordre public écologique. Risque et État de droit », in *Pour un droit commun de l'environnement : Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1330.

<sup>583</sup> F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *APD*, 1985, t. 30, p. 31.

<sup>584</sup> J., BENTHAM *Traité de législation civile et pénal*, 1802, Bossange, Masson et Besson, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, p. 435. V. aussi F. OST, qui interprète ce passage, F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, p. 187 : « du point de vue du juge et de l'administrateur, le commentaire sert de guide –ou de garde-fous – dans l'application de la loi, de sorte que celle-ci est mise à l'abri de toutes les distorsion que lui font généralement subir les interprètes ».

<sup>585</sup> I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : le bilan coûts-avantages*, Thèse Poitiers, 1995, p. 229.

n'invite pas le juge à formuler à son tour des jugements de valeur ou à intégrer à sa réflexion d'autres valeurs que celles qu'elle énonce.

**306.** L'évaluation tend ainsi à accroître les contraintes pesant sur l'interprétation juridictionnelle plus qu'elle ne la libère en « révélant » les valeurs sous-jacentes aux choix publics. Si l'effet de l'évaluation sur le juge est trop faible pour affirmer qu'il est sous son joug, à défaut de pouvoir contrôler les valeurs exposées dans l'évaluation, le juge est tout de même condamné à subir son autorité axiologique. Seule une action non juridictionnelle, voire non juridique, pourrait être menée pour démythifier l'objectivité évaluative et rappeler aux décideurs et aux tiers la relativité des références et des résultats de cette expertise.

**307. Conclusion du chapitre.** Les critiques parfois virulentes exprimées par les juristes, les politistes, les philosophes et les sociologues à l'encontre des pratiques évaluatives révèlent que l'organisation d'un contrôle juridictionnel systématisé n'est pas uniquement souhaitable du point de vue de la cohérence du système juridique. Ce contrôle est aussi souhaitable face à l'inertie des pouvoirs publics, pour limiter les effets néfastes de la pratique évaluative. Il pourrait avoir des effets concrets. Si le juge ne peut pas agir sur tous les effets pervers de l'évaluation, il pourrait, par son intervention, participer à la préservation de la prééminence du principe de régularité juridique dans les processus décisionnels publics incluant une évaluation et protéger la rationalité juridique en tenant à l'écart les principes d'efficacité et d'effectivité qu'elle promet. Il pourrait aussi protéger les évalués et les décideurs contre les dérives de l'évaluation, notamment en contrôlant la clarté et l'adéquation des indicateurs utilisés dans ces expertises.

L'étude de la doctrine éclaire donc les enjeux du contrôle de l'évaluation et dévoile les grands axes qui pourraient le structurer. Toutefois, les pistes mises à jour par l'étude de la doctrine ne suffisent pas pour construire le contrôle juridictionnel systématisé de l'évaluation. En effet, ce contrôle ne peut pas avoir pour seul horizon l'évaluation. Il doit en sus, comme elle, garantir l'édiction d'une décision finale appropriée au regard du contexte de son adoption. Il est donc impératif qu'il s'intègre dans les processus décisionnels publics sans les paralyser ni les dénaturer. À ce titre, il importe de protéger les processus décisionnels contre les éventuels effets pervers d'un contrôle juridictionnel de l'évaluation (Chapitre II).



## Chapitre II : Protéger contre le contrôle de l'évaluation

**308.** La mise à jour des formes que pourrait prendre le contrôle juridictionnel de l'évaluation invite à s'interroger plus avant sur les conséquences d'un tel contrôle. Certes le juge pourrait, par son action, atténuer certains effets secondaires néfastes de l'évaluation, mais son contrôle n'engendrerait-il pas, à son tour, des effets secondaires qui annuleraient ses bénéfiques ? Le remède ne serait-il pas plus nocif que le mal ?

Un contrôle par voie d'action de la procédure et du contenu de l'évaluation pourrait notamment bousculer la bonne marche des procédures décisionnelles en multipliant les risques d'annulation et de suspension. Par conséquent, s'il devait survenir, ce contrôle ne servirait véritablement l'action publique et sa rationalisation modérée qu'à condition de prendre en compte les exigences, notamment temporelles, de l'action publique (Section 1). Des précautions analogues devraient entourer le contrôle juridictionnel de l'évaluation par voie d'exception, et plus précisément le contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur, qui pourrait affecter profondément son pouvoir discrétionnaire. En effet, en vérifiant que le décideur a fait un usage correct, voire conforme de l'évaluation, le juge accentuera, *nolens volens*, le « postulat rationaliste » de la décision, qui fonde la démarche évaluative. Selon ce postulat, un décideur bien informé ferait de manière quasi automatique le meilleur choix<sup>1</sup>. La judiciarisation de cette théorie pourrait amener le juge à annuler toute décision qui ne correspond pas au meilleur choix au regard du contexte de la prise de décision, ce qui rognerait le pouvoir discrétionnaire des décideurs. Le contrôle juridictionnel de l'évaluation aurait alors des effets néfastes plus importants sur la prise de décision publique que le développement non contrôlé de l'évaluation (Section 2).

### Section 1 : Préserver l'édiction rapide des décisions publiques

**309.** Il existe aujourd'hui peu de recours par voie d'action visant l'évaluation. Or, cette voie de recours est la seule à même de faire surgir les éventuels défauts d'une évaluation avant l'adoption de la décision finale. En d'autres termes, il s'agit de la seule modalité juridictionnelle susceptible de garantir la fonction préventive de l'évaluation (§I). La généralisation de ces recours ne devrait toutefois pas être irréfléchie, sous peine d'allonger

---

<sup>1</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis Droit », 5<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 474.

et de désorganiser les procédures décisionnelles publiques. Des garde-fous pourraient ainsi être mis en place pour lui conférer un effet perturbateur mineur sur les délais d'adoption des décisions publiques (§II).

### **§I. Le rythme de l'action publique menacé par l'organisation de recours directs contre l'évaluation**

**310.** Les moyens dont disposent aujourd'hui les justiciables pour attaquer une évaluation ne sont pas adaptés à la nature préparatoire et préventive de cet acte. Le contrôle par voie d'exception de l'évaluation, qui est aujourd'hui le plus courant, est trop tardif pour garantir l'information en temps utile du décideur (A). Seuls des recours par voie d'action formés contre l'évaluation dès sa publication pourraient s'achever en temps utile, avant l'adoption d'une décision aux effets potentiellement irréversibles (B).

#### **A. Les insuffisances des recours par voie d'exception contre l'évaluation**

**311.** Le contrôle par voie d'exception est la technique normale de contestation de l'évaluation qui est en principe, comme les autres actes préparatoires, insusceptible de faire l'objet de recours par voie d'action<sup>2</sup> – sous réserve de l'exercice d'un déféré préfectoral<sup>3</sup>. Ce contrôle indirect répond bien à la normativité élargie de l'évaluation, qui peut servir de modèle aux administrés et à toute autorité publique. Il élimine les évaluations incorrectes qui auraient encore pu servir de modèle. En revanche, il sied moins à la fonction informative et normative première de l'évaluation, qui est avant tout destinée au décideur, puisque ce contrôle *a posteriori* peut s'achever après la réalisation d'effets potentiellement irréversibles (1). Pour que les recours par voie d'exception se résolvent plus rapidement et aboutissent avant que tous les effets de la décision soient réalisés, il faudrait qu'ils soient exercés en référé. Or, au regard des jurisprudences actuelles, il semble peu probable que les référés fondés sur des irrégularités évaluatives prospèrent (2).

---

<sup>2</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §II.

<sup>3</sup> CE, Ass., 15 avril 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, Rec. p. 130.

## 1) La contestation généralisée de l'évaluation par voie d'exception

**312.** Aujourd'hui, la voie normale pour contester la procédure et le contenu de l'évaluation est la voie de l'exception. Tous les recours ouverts dans ce domaine ont été mis en place par le juge. Le sursis à exécution spécial mis en place par le législateur en matière d'études d'impact environnemental ne constitue en effet pas un véritable contrôle indirect de l'évaluation. Il permet seulement de sanctionner l'absence de l'étude d'impact dans la procédure<sup>4</sup>, ce qui signifie que le juge ne contrôle ni la procédure ni le contenu de l'évaluation à cette occasion.

**313.** Devant le juge administratif, les évaluations peuvent toujours être invoquées par voie d'exception à l'occasion d'un contentieux de légalité ou indemnitaire. Dans le contentieux de la légalité, l'évaluation peut être contestée indirectement soit au cours d'un recours pour excès de pouvoir, soit, notamment en matière d'installations classées pour l'environnement (ICPE)<sup>5</sup>, au cours d'un recours de plein contentieux objectif<sup>6</sup>. Comme cela a été exposé, ces contrôles ne reposent pas sur une technique unifiée<sup>7</sup>. Chaque contentieux a ses spécificités. Les évaluations individuelles des fonctionnaires, par exemple, sont les seules à être soumises à un délai pour être invocables par voie d'exception – elles doivent être contestées par voie d'exception dans les deux mois suivant leur notification si elles n'ont pas été contestées par voie d'action<sup>8</sup>. Le contentieux des évaluations de la HAS est aussi spécifique puisque leur bien-fondé n'est pas toujours contestable. Il n'est contestable que si la décision finale reprend la motivation de l'avis et alors ce moyen se confond avec la contestation du fond de la décision finale<sup>9</sup>. Cette curiosité contentieuse a été reproduite par

---

<sup>4</sup> Article L. 122-2 du code de l'environnement.

<sup>5</sup> Cette différence a des conséquences. En plein contentieux, en dehors des règles de composition du dossier, la légalité de l'évaluation est appréciée au jour du jugement, ce qui rend plus facile la défense des pétitionnaires et du décideur, grâce notamment aux possibilités de régularisation. V. CE 22 sept. 2014, req. n° 367889, *Syndicat mixte pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères [SIETOM] de la région de Tournan-en-Brie*, Rec. T. p. 753-755 V. D. GILLIG, « Les irrégularités affectant le dossier de demande d'autorisation peuvent-elles être régularisées », *Envir.*, n° 1, janv. 2015, comm. 9 et S. BECUE, « Le maintien des effets de l'autorisation d'exploitation malgré le vice d'information du public », *AJDA*, 2017, p. 1733-1737.

<sup>6</sup> Sur la remise en cause de cette classification, v. H. LEPETIT-COLLIN et A. PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative », *RFDA*, 2011, p. 813-833.

<sup>7</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, §2.

<sup>8</sup> Pour la notation v. CE, Sect., 23 novembre 1962, *Camara*, Rec. p. 627, et pour l'évaluation CE, 25 janv. 2006, *Marc Antoine*, 275070, Rec. p. 29.

<sup>9</sup> V. par exemple, pour la CNEDIMTS CE, 31 juill. 2015, *SAS Oniris*, req. n° 382775, Inédit au Recueil Lebon, et pour la Commission de la transparence v. CE, 9 sept. 2016, req. n° 391307, Inédit au Recueil Lebon, et D. GADBIN, « Les nouvelles articulations entre expertise scientifique et décision politique : l'exemple de l'Agence européenne de sécurité des aliments », *Droit rural*, 2005, n° 1, étude 1.

le juge de l'Union européenne, compétent pour connaître des avis produits par les comités de l'Agence européenne du médicament<sup>10</sup>. Bien que ces contrôles de légalité puissent s'achever par la modification ou par la disparition rétroactive de la décision finale, ils n'interviennent pas suffisamment tôt pour empêcher la décision administrative préparée par l'évaluation de produire ses premiers effets, éventuellement irréversibles.

Ils demeurent toutefois plus efficaces que les recours en responsabilité au cours desquels l'illégalité de l'évaluation peut être invoquée par voie d'exception<sup>11</sup>. Si ces recours peuvent mettre à jour les irrégularités évaluatives, ils ne peuvent pas s'achever, contrairement aux précédents, par l'annulation ou la modification de la décision adoptée – seule une réparation par équivalent est possible<sup>12</sup>. De ce fait, cette voie de recours ne peut servir qu'aux tiers et aux évalués, en leur indiquant les failles de l'évaluation mise en cause. En revanche, elle est sans effet sur la décision qui devait être principalement informée par l'évaluation. Elle est donc insusceptible de protéger la fonction informative première de cette expertise.

**314.** Devant le juge constitutionnel, le contrôle indirect des études d'impact des projets de loi est plus prometteur puisqu'il s'exerce à l'occasion du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois, c'est-à-dire avant la promulgation et l'entrée en vigueur de la loi. Ce contrôle par voie d'exception est comparable à ce qui se pratique à l'étranger, puisque les évaluations des projets de législation – en général dénommées *Regulatory Impact assessment* en anglais – sont aussi contestables par voie d'exception dans l'ordre juridique

---

<sup>10</sup> TPICE, 18 déc. 2003, *Nancy Fern Olivieri c/ Commission*, aff. T-326/99.

<sup>11</sup> L'illégalité ou l'irrégularité de l'évaluation n'aurait en effet de portée que dans un recours en responsabilité que dans les cas de responsabilité pour faute, ce qui exclut l'invocabilité des études d'impact des projets de loi dans le cadre de la responsabilité du législateur pour rupture de l'équilibre devant les charges publiques (CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. p. 25). Quant à la responsabilité balbutiante du législateur du fait de lois inconstitutionnelles devant le juge administratif, elle n'élargit pas les possibilités de contestation des études d'impact. En effet, cette responsabilité découlerait d'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel en QPC (O. DESAULNAY, « La responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle : l'inévitable pas de deux du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, coll. « Études, Mélanges, Travaux », 2014, p. 794-816 et F. DORE, concl. sur TA de Paris, 7 fév. 2017, req. n° 1507714/3-1, *AJDA*, p. 698 et s.), si bien que l'étude d'impact ne serait invocable au fondement de cette responsabilité seulement dans le cas d'une violation des articles 5 et 7 de la Charte de l'environnement. V. plus longuement *infra*, Seconde partie, Titre second, Chapitre Premier, Section 1, §I.

<sup>12</sup> Le juge a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le sujet, notamment en droit de l'environnement, v. CE, 31 mars 1989, *Dame Coutras*, req. n° 81903, Rec. p. 10, et CE, 28 juill. 1993, *SARL Bau Rouge*, req. n° 116493, Rec. p. 249. *A contrario*, sur l'invocation d'une évaluation correcte pour démontrer la faute de l'État, en droit de la santé v. CE, 9 nov. 2016, *Mme Faure. et Ministre des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme*, req. n° 393902, Rec. T. 938-941-950.

de l'Union européenne<sup>13</sup>, en Suisse<sup>14</sup>, aux États-Unis<sup>15</sup> et au Royaume-Uni<sup>16</sup>. Le contrôle du Conseil constitutionnel se distingue cependant du contrôle de ses homologues étrangers, de manière positive et négative. Positivement, d'abord, dans les États cités, le contrôle réalisé est un contrôle *a posteriori*, il est donc potentiellement moins efficace que le contrôle français. Cependant, malgré sa supériorité sur le papier, il s'avère que le contrôle français *a priori* demeure moins protecteur de la qualité évaluative que les contrôles réalisés à l'étranger. En effet, le contrôle réalisé par le Conseil constitutionnel est très superficiel : il n'a jamais mené à une décision de non-conformité malgré les malfaçons notoires des études d'impact<sup>17</sup>. De ce fait, l'organisation d'un contrôle indirect *a posteriori* de l'évaluation serait bienvenue pour compléter les limites du contrôle *a priori*. Or un tel contrôle semble exclu en France, étant donné que le juge constitutionnel ne contrôle pas la procédure législative lorsqu'il est saisi par le biais d'une QPC<sup>18</sup>. Il devrait donc rejeter les contestations portant sur l'étude d'impact, qui relèvent du vice de procédure de la loi – elles sont liées à la présentation de la loi en vertu de l'article 39 de la Constitution. Des exceptions pourraient cependant exister, selon J. Bétaille, quand l'étude d'impact est invoquée pour démontrer une violation du droit à l'information environnementale prévue à l'article 7 de la Charte de l'environnement<sup>19</sup>. Par analogie, sa contestation pourrait aussi être recevable sur le fondement de l'article 5 de la Charte, c'est-à-dire sur le fondement du principe de précaution, qui pose une obligation d'évaluation<sup>20</sup>. Cette possibilité n'a cependant pas encore été confirmée ou infirmée par le juge. Pour l'heure, les possibilités de contestation indirecte de l'évaluation devant le Conseil constitutionnel sont donc aussi

---

<sup>13</sup> CJUE, 7 sept. 2006, *Espagne c. Conseil*, Aff. 310/04 et CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, C-58/08.

<sup>14</sup> V. Ch.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in Ch.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 17-45.

<sup>15</sup> U.S. District Court for the Middle District of Florida, 24 fév. 1998, *Associated Fisheries of Me., Inc. v. Daley*, 954 F.Supp. 383 (D.Me.1997) et Supreme Court of the United States, 29 juin 2015, *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, 573 U.S.

<sup>16</sup> Supreme Court of the United-Kingdom, 10 fév. 2016, *Kennedy (Appellant) v Cordia (Services) LLP (Respondent) (Scotland)*.

<sup>17</sup> V. J.-M. SAUVÉ, « Le rôle du Conseil d'État dans la mise en œuvre des études d'impact », intervention du 29 nov. 2010 lors de la conférence *L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique*, organisée par l'Université Ouest Nanterre La Défense au Cercle France Amériques, 2010 ; S. HUTIER, « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, 2015/1, n° 101, p. 73-86 ; A. VIDAL-NAQUET, « Évaluation et qualité normative », in *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 41-66 ; B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, 492 p. ; CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, La Doc. Fr., 2016, 256 p. ; V. la contribution d'E. Woerth dans le rapport ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, Assemblée nationale, 2018, p. 202.

<sup>18</sup> Cons. const., n° 2010-4/17 QPC, 22 juill. 2010 et QPC n° 2012-241, 4 mai 2012.

<sup>19</sup> J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2012, p. 414.

<sup>20</sup> V. *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §I, A, 1).

peu protectrices de l'information du décideur que les contrôles indirects ouverts devant le juge administratif. Les recours constitutionnels fondés sur l'article 61 de la Constitution s'avèrent même, finalement, davantage limités que les recours en légalité formés par voie d'exception devant le juge administratif, puisque ceux-ci peuvent, contrairement aux premiers, être exceptionnellement couplés à une procédure d'urgence qui leur permet d'aboutir très rapidement. Il semble toutefois peu probable que des référés fondés sur des irrégularités évaluatives soient couronnés de succès (2).

## 2) Un contrôle peu utile en dehors des procédures d'urgence

**315.** L'association d'une procédure d'urgence aux recours formés contre une décision préparée par une évaluation permettrait de corriger les évaluations défectueuses avant la réalisation d'effets dommageables. Malgré la diversité des procédures d'urgence applicables, il est toutefois peu probable que des référés fondés sur des illégalités évaluatives soient accueillis favorablement par le juge.

Aucun des référés spéciaux existants n'est susceptible d'accélérer le contrôle du juge administratif en matière évaluative. Le sursis à exécution automatique créé spécifiquement par le législateur pour les études d'impact environnemental<sup>21</sup> ne concerne pas la régularité procédurale ni le bien-fondé de l'évaluation : il conduit le juge à s'interroger sur la seule matérialité de l'évaluation, et sur sa communication au décideur<sup>22</sup>. Parmi les autres référés spéciaux, seul le référé-précontractuel<sup>23</sup> pourrait théoriquement être intéressant, afin d'accélérer la contestation indirecte des évaluations préalables des contrats et marchés de partenariat<sup>24</sup>. Toutefois, comme le relève H. Letellier, depuis l'arrêt *SMIRGEOMES* de 2008<sup>25</sup> et l'injonction faite au requérant de démontrer que les manquements allégués « sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de [le] léser », il est probable que le juge considère que tous les manquements relatifs à l'évaluation préalable, qui influent principalement sur

---

<sup>21</sup> Article L. 122-2 du code de l'environnement.

<sup>22</sup> CE, 13 juill. 2007, *Syndicat intercommunal pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères de la région de Tournan-en-Brie*, req. n° 294603, rec. T. 1004.

<sup>23</sup> Article L. 551-1 du CJA.

<sup>24</sup> Les auteurs étaient divisés, v. X. BEZANÇON, L. DERUY, R. FISZELSON et M. FORNACCIARI, *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Le moniteur, coll. « Guides juridiques », 2005, 1<sup>ère</sup> éd., p. 188. V. aussi Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC, *Loi relative aux contrats de partenariat*, pt. 10. Le juge insiste sur la possibilité de contester en référé l'évaluation préalable.

<sup>25</sup> CE, Sect., 3 oct. 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420, Rec. p. 324. L'arrêt est postérieur à la décision constitutionnelle insistant sur la procédure de référé, ce qui justifie les doutes de la doctrine quant à l'invocabilité en référé de l'évaluation préalable.

la nature du contrat à conclure et, seulement subsidiairement sur la procédure mise en œuvre, ne sont pas de nature à léser les intérêts des requérants<sup>26</sup>. L'influence du résultat de l'évaluation sur la procédure applicable a en outre disparu depuis 2015, puisque seul l'appel d'offres est désormais possible – et seul le critère du bilan a survécu à la réforme<sup>27</sup>. Si cette interprétation était confirmée – et un tribunal a déjà jugé dans ce sens<sup>28</sup> –, tous les moyens fondés sur l'évaluation seraient systématiquement rejetés. Ainsi, même si l'arrêt *Sueur*<sup>29</sup>, qui envisageait la contestation en référé de l'évaluation préalable, doit être compris comme une jurisprudence spéciale survivant à l'arrêt *SMIRGEOMES*, l'invocabilité de l'évaluation préalable en référé reste très incertaine<sup>30</sup>.

**316.** L'appréciation de la recevabilité des moyens est moins sévère dans les procédures de référé de droit commun. Pour autant, les conditions d'octroi du référé-suspension et du référé-liberté rendent aussi peu probable le succès de recours fondés sur des irrégularités évaluatives. L'ancienne procédure du sursis à exécution, réputée pour sa sévérité<sup>31</sup>, était peut-être plus adaptée à la contestation indirecte de l'évaluation en référé, comme le montrent plusieurs arrêts l'ayant accordé, notamment dans un litige où l'étude d'impact alléguée ne contenait aucune mesure compensatoire pour la protection de l'environnement<sup>32</sup>. En effet, le critère de la réparation difficile des conséquences de l'acte pouvait convenir aux décisions préparées par des évaluations en matière sanitaire et environnementale<sup>33</sup>, tandis que l'examen assez approfondi requis pour déterminer le caractère sérieux du moyen allégué pouvait amener le juge à étudier un acte aussi technique que l'évaluation. Avec le référé-suspension, il semble plus difficile d'obtenir la suspension d'une décision à cause d'une évaluation défectueuse. Pourtant, la nouvelle condition

---

<sup>26</sup> H. LETELLIER, « Contrôle juridictionnel de l'urgence et recours aux contrats de partenariat », *Contrats Publics*, n° 89, juin 2009, p. 80-85.

<sup>27</sup> Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>28</sup> TA Nice, 30 août 2006, *Sté Novergie*, req. n° 0604198. V. F. BERGÈRE, X. BEZANÇON et L. XAVIER, *Le guide opérationnel des PPP*, Le moniteur, coll. « Guides juridiques marchés publics », 2010, 3<sup>e</sup> éd., p. 332.

<sup>29</sup> CE, 29 oct. 2004, *M. Sueur*, req. n° 269814, Rec. p. 392.

<sup>30</sup> V. en ce sens F. LICHÈRE et autres, *Pratique des partenariats publics-privés*, Litec, 2006, 1<sup>ère</sup> éd. et 2009, 2<sup>ème</sup> éd., p. 172.

<sup>31</sup> F. MALLOL, « “Veuillez patienter” : regard dubitatif sur la qualité et la célérité de la justice administrative », *RFAP*, 2016, n° 159, p. 779.

<sup>32</sup> CAA de Nantes, 28 mars 1996, req. n° 95NT01157, à propos d'un permis de construire délivré sur le fondement d'une étude d'impact insuffisante ; dans le même sens v. CAA de Marseille, 29 juill. 1999, req. n°s 99M101207, 99M101208, 99M101209, Inédit au recueil Lebon, à propos d'études d'impact environnementales. V. *contra*, pour des rejets, CAA de Nancy, 24 mars 1994, req. n° 93NC01019, Inédit au recueil Lebon, et CAA de Marseille, 21 janv. 1999, req. n° 96MA12352, Inédit au Recueil Lebon.

<sup>33</sup> V. C. CASTAING, *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, thèse Bordeaux, 2001, p. 345.

d'urgence imposée par l'article L. 521-1 du code de justice administrative n'est pas moins favorable que l'ancien critère « conséquentialiste » du sursis à exécution<sup>34</sup>. En effet, le juge a interprété l'urgence comme les conséquences graves et immédiates que la décision causerait à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre<sup>35</sup>. Il fait une balance des intérêts en cause, et ne se focalise pas uniquement sur la proximité temporelle des effets de l'acte<sup>36</sup>. À ce titre, selon R. Chapus, cette appréciation éminemment concrète vise toujours les conséquences difficilement réversibles<sup>37</sup>. Le juge a d'ailleurs dégagé une présomption d'urgence en cas d'atteinte à un site en droit de l'environnement<sup>38</sup> et il a finalement accepté en matière contractuelle, après dix ans de jurisprudence négative<sup>39</sup>, de reconnaître l'urgence à suspendre un contrat prévoyant des travaux « difficilement réversibles » et affectant « de façon substantielle » les finances de la personne publique contractante<sup>40</sup>. Le critère de l'urgence ne devrait donc pas empêcher le succès de référés fondés sur les irrégularités évaluatives, au moins en matière environnementale et contractuelle.

La difficulté provient plutôt de la nouvelle exigence d'un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision contestée, dont la définition « paraît bien être à la limite de l'insaisissable »<sup>41</sup>. Il ne fait toutefois pas de doute que cette condition suppose un examen bien plus succinct et plus superficiel de la part du juge que le moyen sérieux précédemment exigé. Certes, le Conseil d'État a reconnu, à l'occasion d'un contentieux contractuel, que le défaut d'information des membres de l'assemblée délibérante ayant signé le contrat litigieux constitue un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité du contrat signé, motif qui pourrait valoir en matière d'évaluation préalable des marchés

---

<sup>34</sup> V. B. SEILLER, « Du neuf avec du vieux, l'urgence en matière de référé-suspension », *D.*, 2001, J, p. 1414.

<sup>35</sup> CE, Sect., 19 janv. 2001, *Confédération Nationale des radios libres*, Rec. p. 29.

<sup>36</sup> V. B. SEILLER, « Du neuf avec du vieux : l'urgence en matière de référé-suspension », *loc. cit.*, p. 1414.

<sup>37</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, coll. « Domat droit public », 2008, p. 1237, n° 1254.

<sup>38</sup> CE, 9 juin 2004, *Magniez*, req. n° 265547, Rec. T. p. 821.

<sup>39</sup> Cette incompatibilité entre la notion d'urgence inscrite à l'article L. 521-1 du code de justice administrative et la caractérisation du contrat

<sup>40</sup> Le juge a retenu l'urgence « lorsque le coût des travaux qui [faisait] l'objet d'un marché public [risquait] d'affecter de façon substantielle les finances de la collectivité ou du groupement concerné et que l'engagement des travaux [était] imminent et difficilement réversible CE, 18 sept. 2017, *Humbert et autres*, req. n° 408894, rec. T. p. 684-735. Dans le même sens, v. CE, 10 oct. 2018, *Virapoullé et CIREST*, n° 419406, Inédit au recueil Lebon. Au regard des sommes importantes qu'implique nécessairement un marché de partenariat public-privé, qui recouvre plusieurs prestations, la condition d'urgence serait remplie. Les vices procéduraux comme l'illégalité de l'évaluation préalable ne seraient en outre pas disqualifiés pour générer un doute sérieux quant à la légalité du contrat dès lors qu'ils peuvent amener sa résiliation ou son annulation, v. S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », *AJDA*, 2019, p. 227-230.

<sup>41</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1343.

de partenariat, mais le défaut d'information caractérisé en l'espèce était particulièrement patent<sup>42</sup>. Seules des évaluations indéniablement erronées, fondées sur un montant fantaisiste ou sur des données de fait inexactes seraient susceptibles de justifier la suspension d'un marché de partenariat. De ce fait, les chances de succès des moyens portant sur l'évaluation, qui nécessitent un examen assez approfondi en raison de la technicité de l'acte en cause, sont affaiblies. D'ailleurs, peu de décisions retiennent, depuis 2001, la suspension d'une décision en raison des défauts de l'évaluation l'accompagnant<sup>43</sup>.

**317.** Cette inefficacité du référé-suspension ne peut pas être compensée par la mise en œuvre du référé-liberté, étant donné que l'évaluation n'est liée à aucune liberté fondamentale susceptible de justifier l'octroi du référé prévu à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Certes, le droit à l'information environnementale et le principe de précaution – qui suppose une obligation d'évaluer<sup>44</sup> – ont une valeur constitutionnelle, mais ils n'ont pas encore été qualifiés de libertés fondamentales susceptibles de fonder un référé-liberté en cas d'évaluation manifestement insuffisante ou erronée. Par ailleurs, si l'évaluation individuelle des fonctionnaires est un droit fondamental d'après la loi de 1983<sup>45</sup>, rien n'indique qu'il s'agisse d'une liberté fondamentale au sens du référé-liberté. Quant aux droits à la santé ou à la vie, ils n'ont jamais été interprétés comme imposant la réalisation d'évaluations, leur invocation serait donc vaine à l'occasion d'un référé-liberté fondé sur une évaluation irrégulière<sup>46</sup>. En tout état de cause, quand bien même l'évaluation pourrait être reliée systématiquement à une liberté fondamentale, la condition d'urgence du référé-liberté, qui réside dans l'atteinte grave et manifeste à une liberté fondamentale justifiant qu'un jugement soit rendu dans les 48 heures ne semble pas pouvoir être satisfaite par la seule caractérisation d'une évaluation défectueuse, qui n'aura que des impacts limités, lors de sa publication, sur le patrimoine ou l'image de l'évalué. Seul un préjudice

---

<sup>42</sup> CE, 10 oct. 2018, *Virapoullé et CIREST*, n° 419406, Inédit au recueil Lebon. Voir V. W. ISSOP et C. BARDON, « Première suspension d'un marché public dans le cadre d'un référé "Tarn-et-Garonne" », *Droit administratif*, janv. 2019, n° 1, comm. 1.

<sup>43</sup> À notre connaissance, un seul référé-suspension a été reconnu en raison des irrégularités d'une évaluation, à propos d'une étude d'impact environnementale, CE, 24 juill. 2009, *Ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire et Société Valoise SAS*, req. n° 319836, Rec. T. 845-891-892.

<sup>44</sup> Article 5 de la Charte de l'Environnement.

<sup>45</sup> Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi Le Pors.

<sup>46</sup> Sur le rejet de l'invocation du droit à la santé, v. CE, 8 septembre 2005, *Garde des sceaux c. Bunel*, req. n° 284803, Rec. p. 388.

moral tel que la souffrance de l'évalué dont le travail reçoit une très mauvaise appréciation pourrait vraisemblablement constituer cette urgence.

**318.** Ainsi, il apparaît peu vraisemblable qu'un recours en référé spécial ou de droit commun soit jugé recevable s'il est exclusivement fondé sur les défauts de l'évaluation précédant une décision. La contestation par voie d'exception de l'évaluation est donc vouée à s'achever tardivement. Elle ne constitue pas un moyen adéquat pour assurer l'information préventive du décideur, pourtant indispensable pour l'effectivité et la qualité de la rationalisation des décisions publiques. L'organisation de recours directs est le seul moyen de garantir l'efficacité du contrôle juridictionnel de l'évaluation (B).

## **B. Les avantages irremplaçables des recours par voie d'action contre l'évaluation**

**319.** Si les recours par voie d'action actuellement disponibles contre l'évaluation retiennent l'attention, c'est en raison de leur rareté : seules deux catégories d'évaluations peuvent être directement contestées (1). Or, ce type de recours présente l'avantage estimable, pour l'efficacité du contrôle exercé, de pouvoir se conclure par une injonction adressée à l'évaluateur et, en toute hypothèse, par l'épuration de la procédure évaluative avant l'édiction de la décision finale – sous réserve, encore une fois, d'aboutir avant l'édiction de cette décision (2).

1) Une éventualité exceptionnelle en l'état du droit positif

**320.** Les seuls recours par voie d'action ouverts contre des évaluations sont les recours prévus à l'article 39 de la Constitution contre les études d'impact des projets de loi et les recours contre les évaluations individuelles des fonctionnaires, requalifiées en décisions par le juge administratif<sup>47</sup>. Si, compte tenu des conséquences économiques, environnementales et sociales<sup>48</sup> des décisions préparées par ces évaluations, leur soumission à des contrôles par voie d'action paraît justifiée, les modalités de ces contrôles ne sont pas exemplaires. S'agissant des évaluations individuelles des fonctionnaires

---

<sup>47</sup> CE, 25 janv. 2006, *Marc Antoine*, 275070, Rec. p. 29.

<sup>48</sup> L'étude d'impact du projet pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR), 2014, 561 p., est représentative de l'ampleur des conséquences que peut prévoir une étude d'impact, qui prépare une loi qui a modifié les transactions immobilières.

remplaçant les notations, l'ouverture du recours par voie d'action a entraîné une limitation rigoureuse du délai pendant lequel elles peuvent être contestées par voie d'exception, puisque ce recours peut seulement être formé dans les deux mois suivant la notification de l'évaluation<sup>49</sup>. Quant à la procédure de contrôle direct des études d'impact des projets de loi, elle fait l'unanimité contre elle<sup>50</sup>, si bien que les parlementaires envisagent de la supprimer<sup>51</sup>.

**321.** Il est peu compréhensible que si peu de recours par voie d'action soient ouverts contre l'évaluation. En effet, il ne semble pas que les décisions préparées par des évaluations de la HAS (Haute autorité de la santé) et de la CNEDIMTS (Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé) aient des conséquences moins importantes, puisqu'elles conditionnent le remboursement des médicaments autorisés sur le marché et des technologies et dispositifs médicaux, remboursement qui peut être déterminant dans l'accès aux soins. La même conclusion s'impose à l'égard des évaluations environnementales au sens large. L'autorisation de faire des travaux et l'adoption de plans et autres documents d'urbanisme peuvent avoir des conséquences irréversibles sur l'environnement. Les conséquences de ces décisions ne paraissent pas donc moins graves que celles d'une loi ou d'une évaluation du travail individuel. Elles ont même, en comparaison, une normativité renforcée en raison de leur caractère quasi scientifique<sup>52</sup>. Certes, elles ne constituent pas, comme les études d'impact des projets de loi, une obligation constitutionnelle. Néanmoins, elles peuvent apparaître comme les conséquences de l'application de droits constitutionnels, notamment le principe de précaution inscrit dans la Charte de l'environnement et le droit à la santé inscrit dans le préambule de la Constitution de 1946. D'ailleurs, d'autres évaluations aux conséquences

---

<sup>49</sup> Pour une justification de cette limitation voir A. GANDOLFI, note sous CE, 1963, *Camara*, JCP, 1963, §II, n° 13111 et, contre cette limitation, v. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », t. 2, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 219.

<sup>50</sup> V. P. MBONGO, « La "constitutionnalisation" des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *D.*, 2009, p. 108-110 ; Ph. BLACHER, *Le parlement en France*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2012, p. 34. P. AVRIL et J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, LGDJ-Lextenso, coll. « Domat », 5<sup>e</sup> éd., 2014, p. 87 ; H. PORTELLI, *Rapport de la commission des Lois sur la proposition de loi organique de M. Jacques MÉZARD et plusieurs de ses collègues visant à supprimer les alinéas 8 à 10 de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 1er juillet 2014*, juin 2015, p. 12 et B.-L. COMBRADE, *Les études d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>51</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Première conférence des réformes*, Assemblée nationale, 2017 p. 183-245.

<sup>52</sup> Les évaluations en droit de la santé, notamment, sont quasiment toujours suivies en pratique, SEA AVOCATS, « Publicité des produits de santé : panorama de jurisprudence », *LPA*, 30 avril 2008, n° 87, p. 7-23.

moins irréversibles ont aussi un ancrage constitutionnel, à l'image des évaluations préalables des contrats et marchés de partenariat, qui peuvent être reliées à l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics<sup>53</sup>. Ce critère ne semble toutefois pas déterminant, dans la mesure où les évaluations ont été requalifiées en décisions alors même qu'elles sont difficilement rattachables à un droit constitutionnel, sauf à interpréter de manière constructive l'article 6 de la Constitution sur l'égal accès aux emplois publics. Il n'en reste pas moins que ni la nature ni l'ampleur des conséquences de la décision préparée par l'évaluation ni la valeur de la disposition prévoyant l'évaluation ne justifient la soumission de seulement deux catégories d'évaluations à un contrôle par voie d'action. La généralisation de ces recours profiterait autant à l'évaluation qu'aux décisions finales, mieux assurées d'être adoptées sur le fondement d'une information fiable. À cet égard, la possibilité d'adresser des injonctions à l'évaluateur à l'occasion d'un recours par voie d'action contre l'évaluation paraît précieuse (2).

## 2) La possibilité utile d'enjoindre à l'évaluateur

**322.** Contrairement aux recours indirects, les recours directs contre l'évaluation donneraient l'occasion au juge de prononcer, sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, des injonctions à l'égard de l'évaluateur dont la production a été jugée irrégulière ou illégale. Cette possibilité est particulièrement intéressante dans la mesure où, quand il prononce une injonction, le juge de l'excès de pouvoir se comporte comme un juge de plein contentieux, si bien qu'« à l'examen de la légalité d'un acte se substitue l'analyse d'une situation juridique »<sup>54</sup>. Cet examen plus concret favoriserait la protection du rôle informatif de l'évaluation dans la mesure où le juge prendrait davantage en compte son caractère préparatoire et l'urgence de la prise de décision finale pour ordonner une injonction adéquate. En outre, comme le relève B. Baldous, les pouvoirs du juge du plein contentieux<sup>55</sup>, y compris du plein contentieux objectif<sup>56</sup> sont avant tout destinés à protéger le justiciable dans le cas où la contestation porte « sur l'existence, la portée, les modalités et l'exécution d'une situation juridique individuelle »<sup>57</sup>. Or, les

---

<sup>53</sup> Cons. const., 2 déc. 2004, n° 504-2006 DC, *Loi de simplification du droit*, pt. 33.

<sup>54</sup> F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 212, 2001, p. 95.

<sup>55</sup> B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, Thèse Aix-en-Provence, 1998, p. 178.

<sup>56</sup> V. D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux en droit public français*, LGDJ, 2000, p. 198 et s.

<sup>57</sup> R. BONNARD, *Précis de droit public*, Sirey, 5<sup>e</sup> éd., 1938, 1946, p. 119.

évaluations, à l'exception des études d'impact des projets de loi, relèvent de la catégorie des avis individuels. Elles affectent directement les intérêts de l'évalué ou du propriétaire de l'objet évalué, qui est une personne physique ou morale : l'avis rendu n'est pas impersonnel<sup>58</sup>. Ainsi, quelle que soit la nature du recours formé contre l'évaluation, le juge pourrait ordonner sa réfection en tout ou partie et fixer un délai à l'évaluateur pour fournir cette évaluation sous peine d'astreinte. Ces injonctions permettraient de garantir que la décision a été prise sans retard inutile sur le fondement d'une évaluation fiable. L'annulation de l'évaluation ne serait ainsi « pas une fin mais un moyen d'obtenir la reconnaissance des droits du requérant »<sup>59</sup>, en l'occurrence de l'évalué, du décideur ou d'un tiers à l'évaluation.

**323.** Ce type d'injonction ne serait pas une révolution pour le juge administratif, puisqu'il le pratique déjà. Il a notamment pu enjoindre la réalisation d'une nouvelle évaluation d'un fonctionnaire après une annulation fondée sur l'incompétence de l'évaluateur<sup>60</sup>. Quant au juge constitutionnel, bien qu'il ne statue pas sur un avis individuel et bien que l'article 39 de la Constitution ne prévoient pas la possibilité de prononcer des injonctions à l'égard des rédacteurs de l'évaluation, il est possible de considérer que sa décision constitue *de facto* une forme d'injonction implicite de réfection de l'évaluation. En effet, en cas de non-conformité de l'évaluation avec les dispositions de la loi organique, la décision du juge rend impossible l'inscription à l'ordre du jour du projet de loi mal évalué, ce qui oblige le gouvernement à refaire l'évaluation pour espérer faire voter son projet de loi. L'intérêt principal de l'organisation de recours directs réside ainsi dans la possibilité de contraindre l'évaluateur à revoir sa copie pour que le contenu de l'évaluation remplisse son rôle informatif en temps utile auprès du décideur.

**324.** Cette injonction n'aurait toutefois d'utilité que si elle permet la réalisation d'une meilleure évaluation, ce qui implique de respecter la technicité de celle-ci. À cette fin, il serait préférable que le juge ne se substitue pas à l'évaluateur. Le juge ne devrait pas, par exemple, indiquer à l'évaluateur le sens que devrait avoir l'évaluation une fois refaite, ni

---

<sup>58</sup> Il s'agit d'avis « individuels », v. P. CROCQ, « Élaboration et diffusion des avis », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 75 et s.

<sup>59</sup> F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité : contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, LGDJ, 2010, p. 494.

<sup>60</sup> CAA de Nancy, 22 sept. 2016, req. n° 15NC01546, Inédit au recueil Lebon.

intervenir directement sur son contenu. Le juge français adopte déjà cette attitude de retrait face à la technicité « scientifique »<sup>61</sup>, ce que R. Odent et J. Waline considèrent normal<sup>62</sup>. De même, selon M.-L. Anger, le juge ne peut pas exercer seul un contrôle poussé d'actes techniques : il doit, éventuellement de manière informelle, consulter des experts indépendants sur le sujet<sup>63</sup>. V. Daumas a résumé cette pensée doctrinale dans ses conclusions sur l'arrêt *Fairvesta*, « [les juges ne sont] pas dotés des mêmes outils que ceux dont disposent ces autorités. [Ils ne possèdent] pas les mêmes compétences que celles de leurs services. [Leur] mission est, éclairée par le débat contradictoire, de vérifier que la légalité a été respectée (...) cette mission ne doit pas aller jusqu'à une substitution du juge aux autorités qu'il contrôle »<sup>64</sup>. Ainsi, l'incapacité supposée du juge administratif rend difficilement acceptable l'idée d'une réformation de l'évaluation, sans compter que les appréciations évaluatives demandent en général un travail de terrain et un temps de réflexion que le juge ne peut pas combler à l'occasion du procès.

Il pourrait, en revanche, indiquer le périmètre que devrait avoir l'évaluation en identifiant précisément ses objectifs. À cet égard, le juge de l'Union européenne a, dans son arrêt *Royaume d'Espagne c. Conseil*, guidé la Commission européenne à propos des rubriques à intégrer dans une étude d'impact insuffisante<sup>65</sup>. Présenté non comme une injonction ou une partie du dispositif, mais comme un motif de la décision, ce conseil adressé à l'évaluateur ne semble pas hors de portée du juge français.

Cependant, si le contentieux constitutionnel par voie d'action contre l'évaluation suspend la procédure législative (article 39 de la Constitution), en contentieux administratif, l'absence d'effet suspensif des recours<sup>66</sup> condamnerait vraisemblablement l'action juridictionnelle par voie d'action à s'achever après l'édiction de la décision finale. Ainsi, la contestation des évaluations par voie d'action devant le juge administratif serait loin de paralyser l'action publique. Au contraire, pour que les recours par voie d'action contre l'évaluation aient un effet visible et une valeur ajoutée en comparaison des recours

---

<sup>61</sup> D. LABETOULLE, « Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, n° 16 1978 colloque du 5 mars 1977 Cah. n° 16, 1978, p. 30.

<sup>62</sup> R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, 2, Dalloz-Sirey, 2007, t. 2., p. 511, et J. WALINE, « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », in *Mél. M. Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 822.

<sup>63</sup> M.-L. MOQUET-ANGER, « Brevet de juridicité et contrôle de légalité des recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé », *JCP A*, n° 42, 17 oct. 2011, 2321, p. 25.

<sup>64</sup> V. DAUMAS, concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable, RFDA*, 2016, p. 506 et s.

<sup>65</sup> Le juge a enjoint à la Commission d'étendre l'étude d'impact réalisée aux coûts omis dans le premier calcul. CJUE, 7 sept. 2006, *Espagne c. Conseil*, Aff. 310/04.

<sup>66</sup> Article L. 4 du code de justice administrative.

déjà possibles par voie d'exception, il faudrait qu'ils soient entourés d'un certain nombre de règles que seuls le législateur et le pouvoir réglementaire peuvent édicter (§II).

## **§II. Les conditions d'une ouverture modérée des recours par voie d'action contre l'évaluation**

**325.** En droit constitutionnel la procédure régissant les recours directs contre les études d'impact est prévue par la Constitution et par la loi organique de 2009<sup>67</sup>, si bien que sa modification sans révision constitutionnelle est impossible. En droit administratif, en revanche, le juge est historiquement le bâtisseur de la procédure juridictionnelle<sup>68</sup>. Alors que le Conseil constitutionnel peut seulement jouer sur les moyens invocables devant lui, le juge administratif peut décider, dans le silence des textes et dans le respect du droit à un procès équitable<sup>69</sup>, de sa compétence et de la recevabilité des recours. L'extension spectaculaire du recours pour excès de pouvoir à des actes non décisifs de *soft law* en 2016<sup>70</sup> illustre ce pouvoir. Or, ce recours novateur rend envisageable la généralisation de la contestation par voie d'action des évaluations en dépit de leur caractère non décisif et préparatoire (A). Cette ouverture ne déstabiliserait pas le déroulement normal des procédures décisionnelles. Faute d'intervention des pouvoirs publics, ces recours directs aboutiraient en effet toujours après l'adoption de la décision finale. Le concours du législateur et du pouvoir réglementaire serait ainsi indispensable pour permettre à ces recours d'être pleinement efficaces en perturbant le moins possible les procédures décisionnelles publiques (B).

### **A. L'organisation de recours pour excès de pouvoir contre l'évaluation devant le juge administratif**

**326.** Les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable* ont opéré un revirement spectaculaire en ouvrant le recours pour excès de pouvoir à des actes non décisifs. La clef de voûte de ce revirement a été la redéfinition de la notion d'acte faisant grief (1). Or les évaluations, qui sont justement des actes non décisifs, pourraient être qualifiées d'actes faisant grief au

---

<sup>67</sup> Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

<sup>68</sup> V. R. ODENT, *Contentieux administratif*, op. cit., t. 1, p. 712.

<sup>69</sup> Article 6 § 1 de la CESDH.

<sup>70</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76 ;

sens de la jurisprudence de 2016, ce qui signifie qu'elles pourraient toutes être contestables par la voie du recours pour excès de pouvoir (2).

#### 1) Le renouvellement de la notion d'acte faisant grief

**327.** Le grief est le sésame contentieux indispensable pour qu'un recours pour excès de pouvoir soit jugé recevable. Jusqu'en 2016, seuls des actes unilatéraux autonomes et impératifs, c'est-à-dire des décisions, étaient susceptibles de faire grief. Depuis, les juges ont accepté de reconnaître qu'un acte unilatéral non décisoire peut aussi faire grief, ce qui permet d'envisager la soumission des évaluations à un recours par voie d'action.

L'ouverture réalisée par les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable* en 2016 repose sur une redéfinition complète de la notion de grief, qui a été rapprochée de la notion d'intérêt à agir avec laquelle elle était déjà confondue par une partie de la doctrine. E. Laferrière et R. Bonnard<sup>71</sup> définissent ainsi le grief par l'intérêt à agir, puisque l'acte doit faire grief de manière certaine et directe au requérant. F. Benoit-Rohmer considère même que les deux expressions sont « interchangeables »<sup>72</sup> dans la mesure où elles désignent toutes deux les effets juridiques de l'acte. Malgré leur proximité certaine, il semble néanmoins nécessaire de distinguer les deux notions. Comme le relève A. Ciaudo, le grief correspond plutôt à la notion de « modification de l'ordonnement juridique »<sup>73</sup>. D'après J.-M. Auby et R. Drago, qui partagent cette analyse, s'il peut viser les effets juridiques de l'acte sur le requérant<sup>74</sup>, c'est-à-dire la lésion d'un intérêt ou d'un droit selon R. Odent et R. Chapus<sup>75</sup>, il désigne aussi un caractère parfaitement objectif de l'acte. B. Seiller exprime la même idée en d'autres termes quand il qualifie le grief d'appréciation « autonome » qui « se caractériserait en réalité par l'intensité de son impact sur l'ordonnement juridique (...), [l'acte doit affecter] de manière suffisamment grave ou immédiate des situations ou l'ordonnement juridique »<sup>76</sup>. Notion purement contentieuse, le grief relève bien, dans

---

<sup>71</sup> E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Nancy, Berger-Levrault, 2<sup>e</sup> éd., 1896, p. 117 et R. BONNARD, *Précis de droit public*, Sirey, 5<sup>e</sup> éd., 1938, p. 12.

<sup>72</sup> F. BENOIT-ROHMER, *La recevabilité dans le droit du contentieux administratif français*, thèse de l'Université de Strasbourg, 1984, p. 115.

<sup>73</sup> A. CIAUDO., *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2009, p. 212.

<sup>74</sup> J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 198 et s. et C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 1994, p. 257.

<sup>75</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, coll. « Domat droit public », 2008, p. 798, n° 1010 et R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, 2, Dalloz-Sirey, 2007, p. 774 et s.

<sup>76</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 2. L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs Université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 133.

ce sens, d'un « souci fort pragmatique [du juge] de ne pas favoriser exagérément l'accès au prétoire, [en fonction de] l'opportunité d'admettre la contestation de certaines décisions »<sup>77</sup>. Le juge peut ainsi refuser le recours d'une personne qui aurait intérêt à agir, c'est-à-dire qui serait affectée de manière directe et certaine par un acte, en raison de l'absence de grief de l'acte, c'est-à-dire de l'absence d'effets juridiques suffisants sur l'ordonnement juridique. Il est donc pertinent de distinguer grief et intérêt à agir en matière d'actes décisifs. À l'inverse, en matière d'actes non décisifs, il est plus difficile de distinguer les actes faisant grief des actes donnant intérêt à agir.

**328.** Un acte non décisif « de régulation » fait grief s'il « [est] de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou [a] pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »<sup>78</sup>. En creux, cette expression signifie que si une personne est affectée de manière directe et certaine par un acte de régulation, c'est-à-dire si une personne a intérêt à agir, alors cet acte fait grief, à son destinataire (seconde branche du considérant de principe) ou à son destinataire et aux tiers (première branche du considérant).

Pour déterminer cet intérêt, en vertu des arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*, le juge se focalise d'abord sur les effets non juridiques de l'acte, qui doivent être notables. Jusqu'ici, seuls les effets de droit<sup>79</sup> étaient pris en compte une fois l'impérativité de l'acte établie<sup>80</sup>. Ce critère secondaire – au sens de second dans le raisonnement – disparaît « naturellement » quand la première étape du raisonnement disparaît, c'est-à-dire quand l'acte contesté n'est pas décisif. Dans ce cas, le juge s'intéresse directement aux effets non juridiques de l'acte et il détermine en même temps le grief et l'existence d'au moins un administré ayant intérêt à agir.

Le juge s'intéresse aussi, de manière alternative, à la fonction de modèle des actes non décisifs pour déterminer cet intérêt, dans l'obédience de la théorie graduée de la

---

<sup>77</sup> M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2014, p. 295.

<sup>78</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76.

<sup>79</sup> V. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1900, rééd. Dalloz, 2002, p. 414 ; E. LANGAVANT et M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Dalloz-Sirey, 1986, p. et l'arrêt CE, Ass., 26 nov. 1976, *Soldani*, Rec. p. 507 cité par D. CASAS et F. DONNAT, « Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction font grief », *AJDA*, 2003, p. 487-490.

<sup>80</sup> V. dans ce sens CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, Rec. p. 82 et 85 et v. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Variations sur le thème de la mesure d'ordre intérieure dans la fonction publique », *AJDA*, 2015, p. 2147-2151.

normativité juridique<sup>81</sup>. Les juges ont en effet accepté de contrôler par voie d'action les actes de régulation dont l'objet est « d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »<sup>82</sup>. Cette « influence significative » déborde l'impérativité : elle peut prendre la forme d'une recommandation, d'un conseil ou d'une incitation. Il semble que ce critère est rempli dès lors que l'application de l'acte affecte ou affecterait de manière suffisante, directe et certaine son destinataire, c'est-à-dire dès que le destinataire de l'acte a ou aurait intérêt à agir en cas de mise en œuvre. L'intérêt à agir est donc également intimement lié à la notion de grief dans cette hypothèse.

Le juge a remodelé le critère de la modification de l'ordonnement juridique qui était indissociable de la notion de décision en le *subjectivisant*<sup>83</sup>. Avec ce nouveau considérant de principe, l'acte non décisoire faisant grief est donc très proche de l'acte contre lequel une personne peut avoir intérêt à agir, si bien que le recours pour excès de pouvoir pourrait, s'il était détaché des actes de régulation, être plus facilement ouvert contre les actes non décisores que contre les actes décisores – pour lesquels le grief sert à fermer la porte contentieuse même quand il existe un sujet de droit ayant un intérêt à agir. Or, il apparaît que les deux critères dégagés en 2016 pourraient s'appliquer à l'ensemble des évaluations<sup>84</sup> et justifier l'organisation d'un contrôle direct généralisé (2).

## 2) L'application du grief non décisoire aux actes évaluatifs

**329.** Bien que l'évaluation appartienne à la catégorie des actes préparatoires jusqu'ici exclue de la catégorie des actes faisant grief<sup>85</sup>, elle pourrait, en raison de ses effets notables non juridiques et de sa normativité, être soumise à un recours pour excès de pouvoir. Cette évolution bousculerait des conceptions doctrinales et jurisprudentielles établies étant donné que, si les auteurs s'accordent pour reconnaître l'éventuel caractère décisoire ou normatif

---

<sup>81</sup> Cette théorie s'attache à la fonction des normes, qui est de proposer un modèle pour le jugement. V. *supra* Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1, §2, B.

<sup>82</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76.

<sup>83</sup> V. J.-Ch. ROTOULLIÉ, « Le Conseil constitutionnel et la charte de déontologie de la juridiction administrative », *DA*, n° 1, janv. 2018, comm. 1.

<sup>84</sup> Cf. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1, § 2.

<sup>85</sup> CE, 19 mars 2003, *Sté Canal Antilles*, req. n° 249413, Rec. p. 137. V. M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 295.

des actes préparatoires<sup>86</sup>, ils considèrent, sauf rare exception<sup>87</sup>, que ces actes sont insusceptibles de faire grief. À cet égard, pour L. Desfonds-Farjon, les définitions de l'acte ne faisant pas grief et de l'acte préparatoire se confondent, puisque la mesure préparatoire se caractérise par le fait que ses éventuels effets juridiques ne sortent pas du cadre procédural dans lequel elle s'inscrit<sup>88</sup> : ils ne sont pas suffisants pour faire grief. Dans le même sens, F. Benoit-Rohmer considère – en faisant une légère confusion entre grief et intérêt à agir – qu'une mesure est dite préparatoire dès que ses effets « n'atteignent pas le requérant dans ses intérêts »<sup>89</sup>, et A. Noury écrit en 2000 que les études d'impact des projets de loi prévues par la circulaire de 1998 ne font pas grief<sup>90</sup>. J.-M. Auby et R. Drago excluent, eux aussi, de la catégorie des actes faisant grief les avis et les expertises médicales<sup>91</sup>. Or, cette analyse semble moins convaincante depuis que la notion de grief a été détachée des effets juridiques de l'acte : les actes préparatoires peuvent produire des effets non juridiques notables dépassant le cadre de la procédure.

Il n'est toutefois pas certain que tous les actes préparatoires produisent de tels effets. À cet égard, dans les arrêts rendus depuis 2016, le juge a surtout distingué des actes qui contenaient des incitations ou des recommandations de faire ou de ne pas faire, c'est-à-dire des actes qui étaient explicitement dotés d'un modèle d'action<sup>92</sup>. Or, les actes évaluatifs sont dénués de tels modèles explicites : ils ne posent que des modèles d'action implicites, résultant du jugement de valeur prononcé dans l'expertise<sup>93</sup>. Pourtant, comme les actes

---

<sup>86</sup> V. P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », t. 2, 2012, p. 201 et B. SEILLER, *Droit administratif 1. Les sources et le juge*, Flammarion, coll. « Champs université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 190.

<sup>87</sup> Y. WEBER, « La fonction consultative et le droit », in G. LANGROD (dir.), *La fonction consultative dans l'administration contemporaine*, éd. Cujas, 1972, p. 129 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 197 et E. LANGAVANT et M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Dalloz-Sirey, 1986, p. 201. Pour ces auteurs, peuvent notamment faire grief « les appréciations destinées à préparer des décisions », qualificatif qui pourrait convenir à l'évaluation.

<sup>88</sup> L. DESFONDS-FARJON, « En matière d'aménagement, tous les actes ne font pas grief », *AJDA*, 2016, p. 1642-1645.

<sup>89</sup> F. BENOIT-ROHMER, *La recevabilité dans le droit du contentieux administratif français*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>90</sup> A. NOURY, « L'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 2, 2000, p. 613.

<sup>91</sup> J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 198.

<sup>92</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76 ; CE, 20 juin 2016, *FFSA*, req. n° 384297, rec. T. p. 1321 ; CE, Sect., 31 juill. 2016, *GDF Suez*, req. n° 388150, Rec. T. p. 384 CE, 10 nov. 2016, *Mme Z et autres*, req. n° 384691, Rec. p. 509 ; CE, 19 juill. 2017, *Société Menarini France et société Daiichi Sankyo France*, req. n° 399766, rec. T. 716-718 et CE, 13 déc. 2017, *SA Bouygues Télécom et autres*, req. n°s 401799, 401830, 401912, Rec. p. 356.

<sup>93</sup> Comme toutes les expertises, v. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §2, B.

contrôlés sur le fondement de la jurisprudence *Fairvesta*<sup>94</sup>, les évaluations peuvent produire des effets matériels, éventuellement économiques, facilement visibles. L'évaluation défavorable d'une université par le HCERES (Haut conseil d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur), l'évaluation négative d'un établissement hospitalier par la HAS (Haute autorité de la santé) et le mauvais bilan bénéfices-risques d'un médicament ou d'une technologie médicale peuvent, quel que soit le sens de la décision finale, avoir un impact direct sur le comportement des administrés intéressés par l'évaluation, étudiants ou patients. Ceux-ci peuvent en effet se fonder sur le contenu de l'évaluation pour se détourner de l'institution ou du produit en cause, et ainsi causer un dommage économique à l'évalué. À ce titre, il semble désormais d'usage pour des étudiants en droit de regarder l'évaluation des formations de Master 2 susceptibles de les intéresser avant de postuler<sup>95</sup>. L'évaluation des établissements hospitaliers a aussi des effets indirects, mais certains sur son activité et ses ressources en raison des répercussions administratives de l'évaluation<sup>96</sup>. L'évaluation peut enfin avoir des effets immatériels notables – comme l'atteinte à la réputation d'une institution –, psychologiques ou moraux – notamment sur les évalués dont le travail est évalué<sup>97</sup> –, qui justifieraient sa contestation par voie d'action. À cet égard, les évaluations individuelles des fonctionnaires, requalifiées à tort en actes décisives par le juge administratif<sup>98</sup>, pourraient causer une dépression de l'agent évalué<sup>99</sup>. Finalement, seules les évaluations préalables des contrats et marchés de partenariat semblent insusceptibles de relever de l'une des catégories précitées. Certes, elles pourraient théoriquement mobiliser

---

<sup>94</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76. CE, Sect., 31 juill. 2016, *GDF Suez*, req. n° 388150, Rec. T. p. 384.

<sup>95</sup> Question posée à plusieurs groupes de travaux dirigés de Master 1 en droit public et droit public de l'Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne au cours de l'année universitaire 2014-2015, 2017-2018 et 2018-2019.

<sup>96</sup> L. CLUZEL-MÉTAYER, « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS*, 2014, p. 1002-1005 ; D. CRISTOL, « Le régime des autorisations sanitaires : simplification et modernisation sur ordonnance », *RDSS*, 2018, p. 271-277 et M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, LGDJ, coll. « Manuels », 5<sup>e</sup> éd., 2018, p. 192. Le rapport de certification est une pièce de certains dossiers d'autorisation et une nouvelle ordonnance du 3 janvier 2018 a modifié l'article L. 6122-2 du code de santé publique : désormais la décision d'autorisation d'équipement sanitaire doit tenir compte des éléments du rapport de certification

<sup>97</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2003, 02-30577. La Cour de cassation a reconnu que la dépression nerveuse contractée par un salarié à la suite d'un mauvais entretien d'évaluation, après des années de bons résultats, était un accident du travail. Sur ce risque d'atteinte mentale, v. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au collège de France : 2012-2014*, Fayard, 2015, p. 256.

<sup>98</sup> CE, 25 janv. 2006, *Marc Antoine*, req. n° 275070, Rec. p. 29.

<sup>99</sup> Cette situation est survenue en droit privé. Un salarié a souffert d'une dépression imputée à son évaluation, . Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2003, 02-30577. La Cour de cassation a reconnu que la dépression nerveuse contractée par un salarié à la suite d'un mauvais entretien d'évaluation, après des années de bons résultats, était un accident du travail. Sur ce risque d'atteinte mentale, v. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au collège de France : 2012-2014*, Fayard, 2015, p. 256.

l'opinion publique sur un projet et générer des mouvements de soutien et d'opposition politique ou juridictionnelle, mais il n'est pas certain que le juge considère ces effets comme « notables » au sens de la jurisprudence *Fairvesta*.

**330.** En revanche, ces évaluations pourraient relever de la seconde catégorie utilisée par le juge : les actes ayant pour objet d'influer de manière significative du comportement des personnes auxquelles elles s'adressent, en l'occurrence les décideurs. En effet, les pouvoirs publics ont indirectement souligné l'importance « significative », déterminante, que plusieurs catégories d'évaluations devraient avoir pour le décideur en organisant des recours *ad hoc*, pouvant aboutir avant la décision finale. De tels recours ont été créés pour les études d'impact environnemental<sup>100</sup> et les études d'impact des projets de loi<sup>101</sup>. Si rien de similaire n'a été instauré en matière d'évaluation préalable des contrats et marchés de partenariat, le juge constitutionnel avait expressément montré sa volonté de voir une telle procédure se faire, au moins dans le cadre des référés de droit commun. Le juge constitutionnel avait en effet souhaité « qu'aucune des dispositions contestées ne porte atteinte au contrôle du juge, à qui il reviendra s'il est saisi par une personne intéressée, au besoin en référé, de vérifier, au vu de l'évaluation préalable, si les conditions permettant de recourir à un contrat de partenariat sont remplies »<sup>102</sup>. Quant aux évaluations environnementales des documents d'urbanisme, si elles ne se sont pas vu étendre le bénéfice du sursis automatique, dès lors qu'elles constituent une duplication des études d'impact environnemental, tout indique qu'elles ont aussi vocation à influencer de manière significative sur les décisions préparées.

**331.** En raison des caractéristiques spécifiques des évaluations, il est donc possible d'envisager une ouverture généralisée du recours pour excès de pouvoir contre elles, conformément à ce que souhaite une partie de la doctrine<sup>103</sup>. Cette reconnaissance serait un premier pas dans la protection de leur rôle informatif auprès du décideur. À cet égard, l'organisation d'un recours pour excès de pouvoir paraît plus pertinente que la mise en place d'un recours de plein contentieux, étant donné qu'il est peu probable que le juge fasse

---

<sup>100</sup> Article L. 122-2 du code de l'environnement.

<sup>101</sup> Article 39 de la Constitution.

<sup>102</sup> Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC *Loi relative aux contrats de partenariat*, pt. 10.

<sup>103</sup> V. notamment B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*, p. 74, 278 et 329 et s. et R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 509, n° 657.

usage de ses pouvoirs de réformation sur un acte aussi technique que l'évaluation<sup>104</sup>. Pour autant, l'efficacité de ces recours reste suspendue à deux questions annexes à son organisation : son possible effet suspensif, qui devrait être décidé par le législateur, et l'existence de personnes ayant intérêt à agir. Or, ces facteurs peuvent être aménagés pour maximiser l'efficacité d'un recours pour excès de pouvoir formé contre un acte préparatoire en minimisant l'allongement des procédures décisionnelles (B).

## **B. La portée nécessairement limitée de cette ouverture**

**332.** La généralisation du contrôle de l'évaluation par voie d'action devant le juge administratif avant l'édiction finale est rendue possible par la publication immédiate des évaluations<sup>105</sup>. Elle ne constituerait pas, en dépit des apparences, un remède pire que le mal – le développement non contrôlé des évaluations. L'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les évaluations ne désorganiserait pas les procédures décisionnelles publiques, quand bien même, sur le modèle du contrôle par voie d'action existant devant le juge constitutionnel, le législateur lui accorderait un effet suspensif, par dérogation à l'article L.4 du code de justice administrative. L'octroi d'un effet suspensif aux recours dirigés contre l'évaluation serait en effet indispensable pour que le juge se prononce avant l'édiction de la décision finale et protège efficacement la fonction préparatoire et préventive de cet acte (1). Cette suspension profiterait à un nombre limité, mais certain de personnes à même d'agir par voie d'action contre l'évaluation (2).

### 1) L'intervention indispensable de règles temporelles annexes

**333.** S'ils étaient dénués d'effet suspensif<sup>106</sup>, les recours par voie d'action formés contre les évaluations ne garantiraient pas davantage que les recours par voie d'exception l'information en temps utile du décideur. En effet, compte tenu des délais de recours, la décision juridictionnelle visant un acte préparatoire interviendrait vraisemblablement après

---

<sup>104</sup> V. *supra*.

<sup>105</sup> Toutes les évaluations font l'objet d'une publication avant la prise de la décision finale, à l'exception notable des évaluations produites pour la procédure de certification des établissements de santé, articles R. 6113-12 à R. 6113-16 du code de la santé publique. Ils ne sont publiés qu'en même temps que la décision de certification.

<sup>106</sup> Conformément au principe posé à l'article L. 4 du code de justice administrative.

l'adoption de la décision finale et, si le juge est maître de certains délais de recours<sup>107</sup>, il semble peu probable qu'il décide spontanément de se contraindre en fixant un délai maximal pour rendre son verdict, comme cela est parfois prévu par les textes en plein contentieux objectif<sup>108</sup>.

Sans dérogation à l'article L.4 du code de justice administrative, seule une procédure de référé garantirait un procès rapide. Plus précisément, seule une procédure de référé-suspension serait mobilisable, puisqu'une malfaçon évaluative n'est *a priori* pas susceptible de violer gravement et manifestement une liberté fondamentale. Or, en l'état du droit, aucun référé dirigé contre la légalité d'une évaluation ne pourrait prospérer : le juge rejette par principe les référés formés contre des actes préparatoires<sup>109</sup>. En outre, une interprétation stricte de l'article L. 521-1 du code de justice administrative exclut la possibilité d'utiliser un référé-suspension contre un acte non décisoire, donc contre une évaluation. L'article fait en effet expressément référence à une décision, qui peut être, d'après la jurisprudence, unilatérale ou contractuelle<sup>110</sup>. À cet égard, si L. Dutheillet de Lamothé et G. Odinet envisagent dans une chronique la possibilité d'une procédure de référé contre les actes de droit souple<sup>111</sup>, ils restent très évasifs quant à la nature du référé envisagé. À première vue, pour pouvoir inclure les actes de régulation et les évaluations dans le champ du référé-suspension, qui doit toujours être accompagné d'un recours au fond, la solution pour le juge consisterait à assimiler la notion de décision au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative à la notion d'acte faisant grief. Faute d'une interprétation aussi audacieuse et extensive, une intervention législative serait indispensable, soit pour créer un référé spécial en matière évaluative – le juge a toujours réservé l'initiative de ces recours au pouvoir réglementaire et législatif –, soit pour réécrire l'article L. 521-1 afin de permettre le référé-suspension contre tous les actes faisant grief.

---

<sup>107</sup> V. entre autres, CE, 3 nov. 1922, *Dame Cachet*, Rec. p. 790 ; CE, Ass., 26 oct. 2001, *Ternon*, Rec. p. 497 ; CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, req. n° 291545, Rec. p. 360 et CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne c. Bonhomme*, n° 358994, Rec. p. 70.

<sup>108</sup> Notamment en contentieux électoral, art. R. 117 et R. 121 du code électoral. Le tribunal administratif a deux mois pour statuer sur la requête qui lui est soumise.

<sup>109</sup> CE, 2 juin 2006, *Bertrand A.*, req. n° 288738, et CE, 31 janv. 2013, *M. B.*, req. n° 350613, Inédits au recueil Lebon.

<sup>110</sup> CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, req. n° 291545, Rec. p. 360 et CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne c. Bonhomme*, n° 358994, Rec. p. 70. Cette interprétation a surpris, d'autant que le juge a refusé dans le même arrêt *Tropic* d'assimiler le contrat à une décision au sens de l'article R. 421-1 du code de justice administrative, v. G. BERTHON, « La suspension juridictionnelle du contrat administratif entre "référé suspension" et "référé contractuel" », *RFDA*, p. 1218.

<sup>111</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA*, 2016, p. 717 et s.

Pour assurer une information fiable et en temps utile du décideur, il serait plus utile de reconnaître l'effet suspensif des recours visant les évaluations. Or une intervention expresse du législateur dans ce domaine serait requise. Elle éviterait au requérant de devoir démontrer les critères de l'urgence et de l'existence d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de l'évaluation, difficiles à prouver<sup>112</sup>.

**334.** Pour parachever la protection conférée par l'octroi d'un effet suspensif aux recours formés contre l'évaluation, le juge pourrait ordonner l'observation d'un délai de *stand-still* de quinze jours ou d'un mois entre la prise de décision et la publication de l'évaluation, sur le modèle du délai existant en matière de référé-précontractuel<sup>113</sup>. Ce délai pourrait être la seule fenêtre durant laquelle un recours au fond contre l'évaluation peut être engagé. Il permettrait aux décideurs de prendre conscience de l'importance de l'évaluation pour la décision finale et il maximiserait l'effet suspensif du recours, puisque c'est seulement après la vérification de l'évaluation par le juge qu'une décision serait prise. Même s'il était créé, ce délai très court n'empêcherait pas de maintenir un équilibre entre l'objectif de rationalisation de l'évaluation et la préservation des processus décisionnels publics, alors même que l'obligation d'évaluer rallonge déjà la prise de décision. Il profiterait à un nombre limité, mais suffisant de personnes disposant d'un intérêt à agir contre l'évaluation (2).

## 2) Les contours de l'intérêt à agir contre l'évaluation

**335.** L'interprétation stricte de l'intérêt à agir dans les litiges ayant pour objet des actes non décisionnels<sup>114</sup> limite fortement le nombre de personnes susceptible de former un recours pour excès de pouvoir recevable contre les évaluations. Il est même possible d'énumérer limitativement les qualités des personnes qui pourraient bénéficier de l'effet suspensif précité.

Comme l'écrit B. Pacteau, l'intérêt à agir « impose que le requérant soit véritablement affecté par lui et au titre de la qualité dont il excipe »<sup>115</sup>, ce qui est plus difficile à démontrer quand l'acte est non décisionnel. À ce titre, S. Von Coester estime dans

---

<sup>112</sup> V. *supra*, § 316.

<sup>113</sup> Article L. 551-1 du code de justice administrative.

<sup>114</sup> S. VON COESTER, concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta GMBH International*, 2016, p. 497 et s.

<sup>115</sup> B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 182.

ses conclusions sur l'arrêt *Fairvesta*<sup>116</sup> qu'il n'est pas nécessaire de subjectiviser l'intérêt à agir<sup>117</sup>, c'est-à-dire d'imposer une liaison entre l'intérêt lésé et les moyens invoqués pour limiter le nombre de recours recevables contre les actes non décisifs que constituent les actes de régulation. Pour la rapporteure publique, cette liaison – devenue la norme pour les recours contractuels<sup>118</sup> – aurait au contraire des conséquences fâcheuses sur la recevabilité des vices de procédure, qui deviendraient irrecevables alors qu'ils sont d'une importance cruciale pour les actes de régulation, dont la légitimité dépend de la procédure suivie en amont<sup>119</sup>. Cette remarque peut être transposée à l'évaluation, dont la crédibilité comme expertise découle de sa méthode, donc de la procédure suivie. Sa procédure garantit son objectivité, qui est la source de sa normativité, c'est-à-dire de sa fonction de modèle. Ainsi, même si la subjectivisation de l'intérêt à agir est selon certains auteurs une condition de l'élargissement du prétoire<sup>120</sup> et une manière de préserver la sécurité juridique en réduisant les hypothèses d'annulation<sup>121</sup>, sa transposition au contentieux évaluatif conduirait à ignorer la dimension expertale de cet acte préparatoire.

L'autre technique de subjectivisation du contentieux administratif, fondée sur l'exclusion de certaines catégories de moyens<sup>122</sup>, aboutirait au même résultat. Il paraît donc préférable d'exclure l'application de ces techniques au contentieux évaluatif : « les droits subjectifs substantiels du demandeur ne devraient pas supplanter son droit accessoire à la légalité administrative »<sup>123</sup> pour l'accès au prétoire.

**336.** Même en l'absence de ces procédés d'enserrement de l'intérêt à agir, seules trois catégories de personnes, l'évalué, le tiers garant<sup>124</sup> et le décideur, auraient de toute façon

---

<sup>116</sup> S. VON COESTER, concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta GMBH International*, loc. cit., p. 499.

<sup>117</sup> Cette subjectivisation est en général reliée à la notion de « droits publics subjectifs », étudiée par N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Dalloz, 2003, 805 p. Avec la subjectivisation, le juge prend en de plus en plus en compte les situations particulières des personnes dans son jugement, tant pour déterminer leur intérêt à agir et les moyens invocables que les effets à donner à la décision, v. J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, n° 3, p. 529-545.

<sup>118</sup> CE, Sect., 3 oct. 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305240, Rec. p. 324 et CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne c. Bonhomme*, req. n° 358994, Rec. p. 70.

<sup>119</sup> G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2007, n° 21.

<sup>120</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA*, 2016, p. 479 et s.

<sup>121</sup> V. P.-Y. SAGNIER, « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA*, n° 25, p. 1378.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 1379 et s.

<sup>123</sup> B. SEILLER, « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, Travaux de l'AFDA, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », 2011, p. 191-209.

<sup>124</sup> Cette reconnaissance serait particulièrement importante dans la mesure où l'évaluateur est dans ces cas l'évalué et qu'il est improbable qu'il attaque sa propre évaluation – son recours serait de toute façon rejeté

systématiquement intérêt à agir et pourraient bénéficier de l'effet suspensif du recours. Le recours contre les évaluations individuelles des fonctionnaires serait encore plus fermé, puisque le juge a déjà précisé que seul l'agent évalué a un intérêt suffisant pour critiquer sa notation et, par analogie, son évaluation<sup>125</sup>.

Cette situation est toutefois exceptionnelle. Le plus souvent, plusieurs individus sont évalués ou ont le statut de décideur. Par exemple, s'agissant des contrats et marchés de partenariat, les membres de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale (le décideur) ayant conduit l'évaluation auraient intérêt à agir contre elle, conformément à l'intérêt privilégié qui leur est reconnu en matière d'affaires locales<sup>126</sup>. En revanche, les évaluations réalisées par le HCERES sur les universités et par la HAS sur les établissements hospitaliers pourraient seulement être contestées par la personne morale évaluée, quand bien même l'évaluation rétroagit sur les personnels attachés à ces entités, secrétaires, infirmiers et médecins à l'hôpital, Professeurs, Maîtres de conférences, post-doctorants et doctorants à l'université. Certes, l'anticipation de l'évaluation peut amener à une école doctorale à durcir ses conditions de réinscription améliorer ses statistiques et renvoyer une image jugée satisfaisante de son fonctionnement<sup>127</sup>. Cependant, ces catégories de personnes sont en réalité davantage affectées par la décision d'instituer l'évaluation que par l'évaluation elle-même. Elles n'auraient donc vraisemblablement pas intérêt à agir contre les évaluations réalisées, qui affectent de manière beaucoup plus certaine les institutions nommément visées dans ces actes.

**337.** Dans certaines matières, toutefois, des tiers à la procédure évaluative pourraient plus facilement intervenir. Par exemple, en droit de l'environnement, le juge pourrait reconnaître l'intérêt à agir des associations agréées contre une évaluation qui menace, compte tenu de son influence sur la décision finale, les intérêts qu'elles protègent. En droit

---

s'il a consciemment mal conduit l'évaluation. CE, 22 sept. 1993, *Université de Nancy*, cité par N. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux en droit public français*, op. cit., p. 95.

<sup>125</sup> Un fonctionnaire n'a pas intérêt à agir pour contester la note d'un autre fonctionnaire, CE, 7 juill. 1995, *Werl*, req. n° 119112, Rec. p. 291, pas plus qu'un syndicat, CE, 9 nov. 1983, *Saerens*, req. n° 15116, Rec. p. 453. La jurisprudence existante à propos des notations n'a pas encore été appliquée, à notre connaissance, en matière d'évaluation des fonctionnaires, mais devrait être reprise à l'image des autres solutions existantes.

<sup>126</sup> Plus précisément, les membres des assemblées délibérantes ont qualité par agir contre les délibérations de cette assemblée non préparatoires, CE, sect., 22 mars 1996, *Mme Paris et Mme Roignot*, req. n° 151719, Rec. p. 99. Récemment, cette qualité a justifié qu'ils puissent, contrairement aux autres requérants, invoquer tout moyen en matière de contrats CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne c. Bonhomme*, n° 358994, Rec. p. 70 et en matière de recrutement d'agents publics contractuels, CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 373520, Rec. p. 14.

<sup>127</sup> Interviews réalisées auprès de doctorants.

de la santé, l'évaluation du service médical rendu<sup>128</sup> et de l'amélioration du service médical rendu par un médicament ou une technologie médicale, déterminante pour son inscription sur la liste des médicaments et dispositifs remboursables, intéresse manifestement les laboratoires dont le médicament a été comparé avec le nouveau médicament dans l'hypothèse où une amélioration du service médical rendue est établie – le maintien du remboursement de leurs produits pourrait en être affecté. L'interprétation stricte de l'intérêt à agir exclurait en revanche du prétoire les associations de patients concernées par le produit évalué. Si leur accès au traitement peut être remis en cause par la décision fondée sur le résultat de l'évaluation, leur intérêt est plus indirect et plus incertain. Il en va de même pour les caisses d'assurance maladie, qui ne sont pas directement ni suffisamment affectées par le jugement de valeur porté sur le médicament éventuellement remboursable. Seuls les laboratoires concurrents pourraient donc exercer un recours direct contre l'évaluation. L'ouverture du prétoire envisagée serait donc finalement limitée.

**338.** La généralisation des recours pour excès de pouvoir dotés d'un effet suspensif contre les évaluations destinées à l'administration ne générerait donc pas un raz-de-marée contentieux paralysant l'action publique. Elle constituerait en revanche un premier pas vers la construction d'un contrôle juridictionnel plus adapté à l'évaluation, qui est censée avoir une influence significative sur le décideur et lui apporter en amont de la prise de décision des informations fiables.

Cette voie de recours n'a toutefois pas vocation à devenir la voie normale d'action contre l'évaluation. S'il importe que l'évaluation puisse être contrôlée et corrigée avant la prise de décision, les recours par voie d'exception demeurent la voie préférentielle pour attaquer cet acte préparatoire. Ils sont en effet susceptibles d'être formés par un plus grand nombre de personnes durant une période bien plus étendue et eux seuls permettent de sanctionner les mésusages de l'évaluation, régulière ou irrégulière, par le décideur. Or, ce contrôle risque aussi d'engendrer des effets secondaires indésirables. Il pourrait notamment maximiser l'influence de l'évaluation au détriment du pouvoir discrétionnaire du décideur.

---

<sup>128</sup> Article R. 163-3 du code de la sécurité sociale. Ces éléments sont résumés par P. VILLENEUVE, « L'accréditation et la certification des établissements de santé », *Litec droit médical et hospitalier* fasc. 120-20, n° 30. « La Commission de la transparence est chargée d'évaluer le service médical rendu par un médicament à l'aune de cinq éléments : la gravité de la pathologie à laquelle il est destiné ; son efficacité et ses effets indésirables ; son caractère préventif, curatif ou symptomatique ; sa place dans la stratégie thérapeutique au regard des autres thérapies disponibles ; son intérêt pour la santé publique ».

Il existerait ainsi un risque de dénaturation des procédures décisionnelles publiques du fait du contrôle juridictionnel de l'évaluation (Section 2).

## **Section 2 : Un contrôle menaçant pour le pouvoir discrétionnaire des décideurs publics**

**339.** Principalement appliquée à l'administration, mais aussi applicable au législateur<sup>129</sup>, sans cesse redéfinie en doctrine, la notion de pouvoir discrétionnaire désigne, pour L. Di Qual<sup>130</sup> et P. Duez<sup>131</sup> les hypothèses dans lesquelles, quand un événement  $x$  ou  $y$  survient, le décideur a le choix entre plusieurs mesures. Une majorité d'auteurs s'accordent ainsi pour définir le pouvoir discrétionnaire comme « un pouvoir de choix entre plusieurs décisions légales »<sup>132</sup>. Ce pouvoir discrétionnaire s'exerce dans le cadre de l'État de droit<sup>133</sup>, dans lequel il est acquis que les décisions juridiques ne doivent pas être fondées sur l'arbitraire des décideurs : elles doivent être conformes au droit et résulter d'un raisonnement rationnel, ce qui signifie, pour Ch. Perelman, qu'elles doivent être précédées d'une discussion et d'une délibération préalable à la décision<sup>134</sup>.

Or, l'évaluation, en cherchant à rationaliser les décisions publiques, demande plus que cette simple discussion préalable. L'instauration de procédures évaluatives dans les procédures décisionnelles repose sur l'idéologie du choix intelligent<sup>135</sup>, c'est-à-dire l'idéologie du meilleur choix. Cette théorie du choix rationnel promeut « l'idée d'un choix cohérent, motivé par de bonnes raisons, et qui est la source d'une action juste, correcte ou

---

<sup>129</sup> O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, coll. « Droit public Positif », 1992, p. 151 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. « Droit public positif », 1999, p. 159, et A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899-914.

<sup>130</sup> L. DI QUAL, *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 134 et s.

<sup>131</sup> P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, *op. cit.*, p. 193 et s.

<sup>132</sup> L. MICHOU, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *RGA*, 1914, p. 429-500 ; B. SEILLER, *Droit administratif 2. L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 250 ; S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2002, p. 152 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 151 et Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. 2, 1983, rééd. 2002, p. 290.

<sup>133</sup> J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, LGDJ, « Clefs Politique », 6<sup>e</sup> éd., 2017, 160 p.

<sup>134</sup> Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'université de Bruxelles, coll. « UBlire Fondamentaux », 2012, p. 417.

<sup>135</sup> L. ROUBAN, « L'évaluation, nouvel avatar de la rationalisation administrative ? Les limites de l'import-export institutionnel », *RFAP*, 1993, n° 66, p. 197-208.

appropriée »<sup>136</sup>, voire « optimale »<sup>137</sup>. Cette conception linéaire de la décision est fermement critiquée en science politique<sup>138</sup>, mais persiste, à l'étonnement d'une partie de la doctrine, à prospérer en droit<sup>139</sup> : l'évaluation est l'une de ses déclinaisons. Elle prétend guider le législateur ou l'administration vers l'adoption de la meilleure solution, en déniant la possibilité qu'il existe deux solutions équivalentes. En conséquence, il est possible d'affirmer qu'elle tend à restreindre le pouvoir discrétionnaire des décideurs. Le contrôle de l'évaluation accentuerait ce mouvement restrictif dans la mesure où la doctrine considère, en général, que « c'est le degré de contrôle du juge qui révèle l'absence ou l'existence d'un pouvoir discrétionnaire »<sup>140</sup> (§I). Pourtant, en dépit des apparences, le contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur pourrait être mis en œuvre sans aggraver les atteintes au pouvoir discrétionnaire causées par l'évaluation. Il participerait même, au contraire, au rétablissement d'un équilibre entre les exigences évaluatives et les exigences juridiques dans les procédures décisionnelles (§II).

## **§I. La restriction apparente du pouvoir discrétionnaire des décideurs du fait du contrôle de l'évaluation**

**340.** Le « postulat rationaliste » qui fonde l'évaluation est un approfondissement du concept de rationalité instrumentale ou « rationalité en finalité »<sup>141</sup> qui désigne la recherche d'une « adéquation entre moyens et fins ». Cette rationalité « ne se pose jamais la question : pourquoi, elle ne prend en compte que la question : comment. Elle se centre donc sur les moyens, les méthodes à disposition et non pas sur les fins »<sup>142</sup>. À cet égard, l'évaluation ne cherche pas à savoir si les valeurs qui lui sont assignées comme fins sont pertinentes ; elle s'intéresse seulement à la réalisation ou à l'évitement de ces fins. Cette rationalité est

---

<sup>136</sup> E. PICAVET, *Choix rationnel et vie publique : pensée formelle et raison pratique*, PUF, « Fondements de la politique », 1996, p. 15.

<sup>137</sup> W. MIKULOWSKI, *La décision administrative et le processus décisionnel*, thèse Paris 1, 1974, p. 22.

<sup>138</sup> V. L. SFEZ, *La décision*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4<sup>e</sup> éd., 2004, p. 49 et s. et R. HOPPE, « Ex Ante Evaluation of Legislation : between Puzzling and Powering », in *The Impact of Legislation. A critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, J. VERSCHUUREN (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 86.

<sup>139</sup> V. Ch.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, p. 152 et s. et J. VAN MEERBEECK, « Penser par cas... et par principal », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 73, 2014, n° 2, p. 82 et s.

<sup>140</sup> G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, 2014, 12<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis Droit Public », t. 1 et t. 2, p. 330. Dans le même sens L. MICHOU, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *loc. cit.*, p. 453.

<sup>141</sup> M. WEBER, *Économie et société*, trad. de J. Chavy et E. de Dampierre (dir.), Plon, coll. « Les classiques », 1998, p. 55.

<sup>142</sup> E. ENRIQUEZ, « L'évaluation entre perversion et sublimation », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 255.

souvent désignée « dans la pratique des sciences sociales et humaines, [comme] la rationalité tout court »<sup>143</sup>. En droit, elle s'incarne dans le principe de bonne administration.

**341.** La bonne administration n'est, pour F. Brunet, qu'une déclinaison de l'idée d'une « bonne institution » qui prendrait « la forme d'une norme selon laquelle le fonctionnement de [l'institution] doit être de nature à assurer *correctement* [ses] missions »<sup>144</sup>. Les moyens mis en œuvre par l'autorité publique doivent être accordés aux circonstances et aux fins, sans que les fins ne soient jugées pour elles-mêmes. Son pendant serait pour le législateur la « bonne législation »<sup>145</sup> – l'expression est employée ici non dans son sens usuel de légistique formelle, relatif à la rédaction de la législation<sup>146</sup>, mais en référence à la légistique matérielle.

La définition donnée par R. Bousta au versant administratif du principe de la bonne institution révèle les liens existants entre le principe de bonne administration et l'évaluation. En effet, selon l'auteur, le principe de bonne administration demande au décideur une « pondération raisonnable et équilibrée des différents moyens en tenant compte des différents intérêts »<sup>147</sup>. Cette pondération est notamment permise par la procéduralisation de la prise de décision pour L. de Fournoux<sup>148</sup>, procéduralisation dont fait partie l'évaluation. Cette définition est plus neutre que celle retenue en droit de l'Union européenne où le principe, inscrit à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, est lié à « des droits qui renvoient au respect de procédures qui protègent les citoyens »<sup>149</sup>.

En France, la bonne administration est détachée des droits des administrés, ce qui a favorisé sa reprise dans le raisonnement managérial si bien que, comme l'écrit C. Vayrou, « dans le discours du management public, la bonne administration est facilement

---

<sup>143</sup> R. BOUDON, « La rationalité axiologique », in *La rationalité des valeurs*, S. MESURE, PUF, coll. « Sociologies », 1998, p. 21.

<sup>144</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2012, p. 385.

<sup>145</sup> X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Economica-PUAM, coll. « Science et droit administratifs », 1990, p. 413 et J.-G. RAFFRAY, « Fonds de commerce – La rédaction de l'acte de vente de fonds de commerce », *JCP N&I*, 1997, n° 6.

<sup>146</sup> V. V. LASSERRE, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2016, § 243 ; Ph. MALINVAUD, « Offre de loi du club des juristes », *RFDA*, 2013, p. 755. P. MAZEAUD « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP A*, 2005, act. 70.38 ; J. MARTIN, « Turbulences sur les délégations de compétences entre collectivités territoriales », *JPC A*, n° 38-39, 21 sept. 2015, act. 769 et R. MORTIER, « L'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du Code civil », *Droit des sociétés*, n° 2, fév. 2008, comm. 23.

<sup>147</sup> R. BOUSTA, *La notion de bonne administration*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2010, p. 313.

<sup>148</sup> L. de FOURNOUX, *Le principe d'impartialité de l'administration*, thèse Strasbourg, 2017, p. 107.

<sup>149</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2011. Consulter autrement, participer effectivement*, La doc. Fr., coll. « EDCE », 2011, p. 93.

identifiable à la rationalité managériale »<sup>150</sup>. Étant donné que l'évaluation est, comme cela a été exposé, une manifestation de la rationalité managériale, il n'est pas étonnant de relever des affinités avec le principe de bonne administration.

**342.** Or, ce principe a des incidences contentieuses. Selon R. Bousta, il doit guider le contrôle de légalité, qu'elle définit comme « une supervision de "l'adéquation aux fins qui justifient l'exercice des pouvoirs de l'administration" », et notamment son pouvoir discrétionnaire<sup>151</sup>. D'après cette analyse, le contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur, qui relève de la bonne administration, peut être qualifié de contrôle de l'adéquation des moyens aux fins, et, subséquemment, de contrôle d'un éventuel pouvoir discrétionnaire<sup>152</sup>. Or, si, pour R. Bousta, ce contrôle n'amenuise pas le pouvoir discrétionnaire dans la mesure où celui-ci imposerait « par nature » la recherche de la solution la plus adaptée parmi les choix possibles<sup>153</sup>, d'après les définitions classiques précitées, imposer le choix de la meilleure solution serait au contraire une négation de ce pouvoir. Pour les tenants de cette interprétation, l'approfondissement du contrôle juridictionnel permis par la divulgation de nouvelles données par l'évaluation (A) et plus précisément le développement du contrôle de l'adéquation de la décision à l'évaluation, qui est une branche du contrôle de proportionnalité (B), peuvent être perçus comme des facteurs importants de limitation du pouvoir discrétionnaire des décideurs.

#### **A. Les conséquences juridictionnelles de l'approfondissement de la connaissance du contexte de la prise de décision**

**343.** Le contentieux de l'évaluation donnerait l'occasion au juge d'approfondir les contrôles du pouvoir discrétionnaire qu'il effectue déjà en lui fournissant des informations plus poussées sur le contexte de la décision. Si ce contentieux inquiète la doctrine administrative (1), la doctrine constitutionnaliste et politiste paraît moins soucieuse des atteintes que l'évaluation pourrait causer au pouvoir discrétionnaire du législateur (2).

---

<sup>150</sup> C. VAYROU, *Management public et droit administratif. Essai sur la juridicité des concepts managériaux*, Thèse Paris II-Panthéon Assas, 2000, p. 162.

<sup>151</sup> R. BOUSTA, *La notion de bonne administration*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2010, p. 376. L'auteur cite C. CHINCHILLA MARIN, *La desvacion de poder*, Madrid Civitas, 1991, p. 155.

<sup>152</sup> V. *contra*, E. GIRAUD, « Étude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *RDP*, 1924, p. 193 et s. et p. 309 et s.

<sup>153</sup> R. BOUSTA, *La notion de bonne administration*, *op. cit.*, p. 190.

## 1) La crainte d'un contrôle resserré de l'administration

**344.** Avec les informations nouvelles fournies par l'évaluation, le champ potentiel du contrôle juridictionnel s'élargit, puisque cette nouvelle expertise permet au juge de confronter le contenu de la décision prise avec plus d'éléments qu'auparavant. D'après les conceptions de la doctrine administrative, cet élargissement pourrait affecter sensiblement le pouvoir discrétionnaire des décideurs. En effet, les auteurs administrativistes font en général dépendre l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du champ et de l'intensité du contrôle juridictionnel. À cet égard, pour A. Mestre, « plus le juge étend son contrôle, plus le pouvoir discrétionnaire en sera réduit »<sup>154</sup>. Si, comme le relève M. Waline<sup>155</sup>, le pouvoir discrétionnaire doit être contrôlé pour éviter toute dérive tyrannique, la plupart des auteurs regardent quand même ce contrôle d'un œil réprobateur, craignant qu'il empiète démesurément sur une liberté « essentielle à l'administration »<sup>156</sup>. Ils considèrent généralement que le juge est trop éloigné des faits pour pouvoir correctement contrôler les choix que l'administrateur a dû faire<sup>157</sup>. Or, en dévoilant au public des informations qui étaient alors connues du seul administrateur et ne rentraient pas en compte dans le jugement de légalité de sa décision, l'évaluation donne au juge les moyens d'exercer un contrôle plus invasif et plus restrictif du pouvoir discrétionnaire.

**345.** Les informations de l'évaluation viennent en premier lieu nourrir le contrôle que le juge peut exercer sur l'adéquation de la décision aux circonstances de fait, c'est-à-dire l'exactitude de ces faits et leur appréciation par le décideur. Ce second contrôle, qui peut

---

<sup>154</sup> A. MESTRE, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, 1974, p. 271. V. dans le même sens, J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, LGDJ, 1959 ; L. DI QUAL, *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 134 et s. ; A. de LAUBADERE, « Le contrôle du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », in *Mél. M. Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 531 et J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 481 ; J. KHAN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *IFSA, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, n° 16 1978 colloque du 5 mars 1977 Cah. n° 16, 1978, p. 11-16 et S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2002, p. 152.

<sup>155</sup> M. WALINE, « Étendue et limite du contrôle du juge sur les actes de l'Administration », *EDCE*, 1956, p. 25 et s.

<sup>156</sup> R. BONNARD, *Précis de droit public*, Sirey, 5<sup>e</sup> éd., 1938, p. 365, v. aussi M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 197.

<sup>157</sup> V. R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, 2, Dalloz-Sirey, 2007, 1834, p. 575 et L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, Dalloz, 1932, 423.

être fondu dans le contrôle de la qualification juridique des faits<sup>158</sup> ou isolé<sup>159</sup>, est généralement considéré comme une intrusion du juge dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration<sup>160</sup>. En d'autres termes, le contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le juge constituerait un contrôle plus poussé du pouvoir discrétionnaire. D'ailleurs, des auteurs ont clairement exprimé la crainte d'un asservissement du décideur à l'évaluation du fait de son contrôle juridictionnel. À cet égard, D. Gadbin se demande si le partage des rôles entre le décideur et l'expert n'est pas brouillé au sein de l'Union européenne, dans la mesure où la nature scientifique ou quasi scientifique des informations fournies par l'évaluation rend l'expert plus crédible et plus important que l'administrateur aux yeux du juge<sup>161</sup>. En droit interne, Y. Jégouzo estime que l'étude d'impact en matière environnementale « réduit considérablement la marge d'appréciation discrétionnaire dont dispose l'autorité étatique »<sup>162</sup>. Cette opinion est partagée par la doctrine qui s'est intéressée à la notation et à l'évaluation : celles-ci auraient amoindri la discrétionnalité de l'avancement dans la fonction publique<sup>163</sup>, un temps guidé par une appréciation plus libre du bon fonctionnement du service public<sup>164</sup>.

Or, l'évaluation a aussi un impact direct sur le contrôle juridictionnel réalisé, puisque comme le relève I. Savarit-Bourgeois, la marge de manœuvre du juge est affectée dans les mêmes proportions que celle des décideurs par l'évaluation. Comme le décideur, le juge

---

<sup>158</sup> Le juge fait parfois un contrôle restreint de la qualification juridique des faits en employant l'expression erreur manifeste d'appréciation, v. F. KORNPROBST, « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, p. 121 et D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, E. Bruylant, 1986, p. 296.

<sup>159</sup> Ce contrôle est en général isolé quand le contrôle de la qualification juridique des faits n'est pas pratiqué. Cf. J.-Y. VINCENT, « L'erreur manifeste d'appréciation », *RA*, 1971, p. 409 et J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 526 et R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, 2, *op. cit.*, p. 563. Pour M. Deguegue, ce contrôle n'est pas pratiqué quand le juge n'a pas de norme juridique à interpréter, comme le montrerait l'exemple des contrôles asymétriques, notamment à propos des permis de construire, v. M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Publ », t. 17, 1994, p. 906 et s.

<sup>160</sup> V. F. KORNPROBST, « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, p. 121 et B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, 1977, p. 45 ; D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif...*, *op. cit.*, p. 291 ; A. de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 1999, p. 584 ; S. KTISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 162, 1991, 472 ; Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mél. D. Truchet*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 475.

<sup>161</sup> D. GADBIN, « Les nouvelles articulations entre expertise scientifique et décision politique : l'exemple de l'Agence européenne de sécurité des aliments », *Droit rural*, 2005, n° 1, étude 1.

<sup>162</sup> Y. JÉGOUZO, « Protection de l'environnement et utilité publique des expropriations. De quelques évolutions récentes », in *Mél. D. Truchet*, Dalloz, coll. « Études, mélanges et travaux », p. 282.

<sup>163</sup> V. notamment A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *La fonction publique*, Lexis-Nexis, coll. « Traités », 4<sup>e</sup> éd., 2015, p. 732 et M. BRESLAU, *La notation et la constitution du dossier du fonctionnaire depuis l'affaire des fiches*, Thèse Paris II-Panthéon Assas, 1994, p. 726.

<sup>164</sup> V. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Nancy, Berger-Levrault, 1904, rééd., Dalloz, coll. « Anthologie du droit », t. 2, 3<sup>e</sup> éd., p. 494.

serait appelé par l'évaluation, implicitement, à s'en remettre à elle sur les appréciations matérielles pour déterminer le bien-fondé de la décision<sup>165</sup>. Dans ces conditions, le contrôle juridictionnel de l'évaluation scellerait la restriction du pouvoir discrétionnaire des décideurs.

**346.** Les auteurs ne partagent toutefois pas unanimement cette analyse. Une partie de la doctrine considère en effet que l'évaluation étend plutôt qu'elle ne restreint le pouvoir discrétionnaire des décideurs publics. C'est l'avis de L. Rouban, selon qui l'évaluation nourrit le pouvoir discrétionnaire « à défaut d'un principe de justice indiscutable pouvant trancher la valeur [des questions posées] (le droit de certains à bénéficier d'un environnement sain est-il plus ou moins important que le droit des autres au travail) »<sup>166</sup>. S. Hébrard développe la même analyse à propos de l'étude d'impact environnemental : étant donné qu'elle ne contient pas de conseil explicite sur la décision à prendre et qu'elle ne décide pas, elle renforcerait selon l'auteur le pouvoir discrétionnaire des décideurs en leur laissant une forte marge d'appréciation<sup>167</sup>. Si ces auteurs sont plus positifs, il semble cependant que c'est parce qu'ils n'envisagent pas l'éventuel contrôle de l'évaluation par le juge. Or, c'est essentiellement dans cette perspective que l'évaluation est considérée comme une menace pour le décideur, comme le montre, en creux, la sérénité de la doctrine constitutionnaliste et politiste, qui fait peu la liaison entre pratique évaluative et contrôle juridictionnel (2).

## 2) Le refus d'envisager un contrôle resserré du législateur

**347.** Globalement, les auteurs ne considèrent pas que les évaluations destinées au Parlement constituent une menace pour son pouvoir discrétionnaire. Au contraire, elles mettraient en exergue le moment politique de la décision dans la mesure où l'évaluation constitue un moment technique adossé au moment politique, *mais* dissocié de lui. La décision politique dépasserait toujours le moment de l'expertise. J.-J. Duby écrit à cet égard que le décideur « se doit de prendre une décision même s'il n'a pas toutes les informations

---

<sup>165</sup> I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : le bilan coûts-avantages*, Thèse Poitiers, 1995, p. 248.

<sup>166</sup> L. ROUBAN, « Évaluation et modernisation administrative », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 54.

<sup>167</sup> S. HÉBRARD, *L'étude d'impact sur l'environnement : révolution ou évolution dans l'aménagement du territoire ?*, Thèse Paris II – Panthéon – Assas, 1982, p. 586.

et toutes les certitudes pour la prendre »<sup>168</sup>. En conséquence, l'évaluation n'est pas perçue comme une contrainte supplémentaire pesant sur le législateur, mais plutôt comme une étape décisionnelle lui permettant d'exercer en connaissance de cause son pouvoir discrétionnaire<sup>169</sup>. Dans leur ensemble, les auteurs considèrent que l'évaluation est toujours soumise au vouloir politique<sup>170</sup>, ce que confirmerait le faible suivi des conclusions évaluatives par les parlementaires, qui demeurent réticents à l'intégration de considérations techniques dans les débats<sup>171</sup>. Certains auteurs vont même jusqu'à reconnaître une nature politique à l'évaluation, en raison de son intégration dans un processus législatif<sup>172</sup>, de son objet (une politique publique)<sup>173</sup> ou de son caractère axiologique<sup>174</sup>.

Ces auteurs comprennent donc l'évaluation pour ce qu'elle est, un acte consultatif qui, par définition, ne saurait contraindre le décideur consultant<sup>175</sup>. Ils excluent

---

<sup>168</sup> J.-J. DUBY, « Les risques de l'expertise scientifique », in M. TUBIANA, C. VROUSOS, C. CARDE et J.-P. PAGÈS, *Risque et Société*, 1999, Nucléon, p. 23-38. Dans la même perspective, cinq ans après avoir jugé que l'expertise signait la disparition du souverain, F. Ewald change d'opinion et estime que le principe de précaution et l'incertitude scientifique établie avant la prise de décision rétablit, au contraire, la décision souveraine. V. F. EWALD, « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution », in O. GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, éd. de la Maison des sciences de l'homme- INRA, 1997, p. 123.

<sup>169</sup> V. P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, coll. « NBT », Vol. 137, 2014, p. 217, et J.-P. NIOCHE, « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *R.F.S.P.*, 1982, p. 57.

<sup>170</sup> V. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2e éd., 2004, p. 286 ; CSE, *Rapport annuel sur l'évolution des pratiques d'évaluation des politiques publiques. L'évaluation de l'expertise à la responsabilité*, La Doc. Fr., 1991, p. 18 ; J. LECA, « Sur le rôle de la connaissance dans la modernisation de l'État et le statut de l'évaluation », *RFAP*, 1993, n° 66, p. 187 ; E. THÉROUX, « L'analyse d'impact environnemental: une approche comparée Communauté européenne-Québec », *Revue québécoise de droit international*, 1993, Vol. 8, n° 2, p. 228 ; J. MORAND-DEVILLER, « Le "système expert", l'expertise scientifique et gestion de l'environnement », in *Mél. J. Dupichot*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 370 et J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2014, p. 159.

<sup>171</sup> V. Ph. BLACHER, *Le parlement en France*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2012, p. 60 et s. ; L. DE LA RAUDIÈRE (prés.) et P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, La Doc. Fr., 2014, p. 45 et H. de CASTRIES et N. MOLFESSIS (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare et Martin, coll. « Rapport du club des juristes », 2015, p. 77.

<sup>172</sup> V. notamment P. DURAN et E. MONNIER, « Le développement de l'évaluation en France. Nécessité technique et exigence politique », *RFSP*, n° 2, 1992, p. 243 ; R. HOPPE, « Ex Ante Evaluation of Legislation : between Puzzling and Powering », in *The Impact of Legislation. A critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, op. cit., p. 81, et N. MANSOURI-GUILLIANI, *Promouvoir une culture de l'évaluation de politiques publiques*, CESE, 2015, p. 117.

<sup>173</sup> V. J.-C. GROSHENS et G. KNAYB, « Evaluationmania et évaluation », in *Réformes des finances publiques et Modernisation de l'administration – Mélanges en l'honneur de R. Hertzog*, Economica, 2011, p. 274 et B. PERRET, « L'évaluation des politiques publiques », *Informations sociales*, n° 110, 2003, p. 14-25.

<sup>174</sup> V. P. DURAN, « Les ambiguïtés politiques de l'évaluation », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 137-149. Selon l'auteur, donner de la valeur aux faits est le propre de la politique.

<sup>175</sup> V. la définition de l'avis donnée par N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Louvain-, Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1988, p. 150.

implicitement – et parfois explicitement<sup>176</sup> – l'éventualité d'un contrôle juridictionnel dans leur raisonnement, ne voient dans l'évaluation qu'« nouvelle étape dans la prise de décision »<sup>177</sup> relativement inoffensive pour le législateur.

**348.** À rebours de ces auteurs, une partie de la doctrine craint toutefois que la dimension technocratique de l'évaluation absorbe la dimension politique de la décision. F. Ewald juge notamment que « l'expert apparaît dans la disparition du souverain »<sup>178</sup> et A. Noury estime que l'évaluation réduit le champ du débat démocratique en se présentant comme démesurément objective<sup>179</sup>. Plus généralement, ces auteurs soulignent le risque de confusion entre les rôles de l'expert et du politique<sup>180</sup> et la réduction drastique du pouvoir discrétionnaire du législateur qui s'en suivrait<sup>181</sup>. Cette réduction du pouvoir discrétionnaire est cependant souhaitée par une partie de la doctrine, notamment les auteurs qui se sont intéressés au *Regulatory Impact Assessment* de l'Union européenne. Ils ne fustigent pas le développement du contrôle juridictionnel de l'évaluation, mais souhaitent au contraire lui adjoindre un contrôle non juridictionnel alternatif et complémentaire, qui serait le fait du médiateur européen. Celui-ci peut déjà être saisi par les citoyens qui ont peu accès au juge de l'Union et qui seraient insatisfaits d'une évaluation de la Commission<sup>182</sup>. Dans un autre registre, en France, la réserve du Conseil constitutionnel, qu'il soit saisi sur le fondement de l'article 39 ou de l'article 61 est aussi globalement regrettée : les auteurs souhaiteraient qu'il pratique un contrôle plus approfondi<sup>183</sup>. Ainsi, la

---

<sup>176</sup> V. J.-C. GROSHENS et G. KNAYB, « Evaluationmania et évaluation », *loc. cit.*, p. 267 : « l'évaluation est un jugement de valeur porté sur une décision prise par une autorité politique dont la légitimité ne peut être remise en cause que sur un terrain politique ».

<sup>177</sup> E. MONNIER, *Évaluation de l'action des pouvoirs publics. Du projet au bilan*, Economica 1987, p. 78.

<sup>178</sup> F. EWALD, « L'expertise, une illusion nécessaire », in *La Terre outragée. Les experts sont formels !*, Autrement, 1992, p. 210.

<sup>179</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse Dactyl., Nantes, 1996, p. 582 et s.

<sup>180</sup> V. P. AVRIL, « Le contrôle des finances de l'État : le rôle et l'avenir de l'Office d'évaluation des politiques publiques », in L. PHILIP (dir.), *L'exercice du pouvoir financier du Parlement*, Economica, 1996, p. 101-103 ; D. SCHNAPPER, « Audition de Mme D. Schnapper », in C. BARTOLONE et M. WINOCK (co-prés.), *Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions. Refaire la démocratie*, Assemblée Nationale, 2015, p. 383-400, et A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan, 2003, p. 25.

<sup>181</sup> Au niveau de l'Union européenne, v. T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 510 et s.

<sup>182</sup> V. A. ALEMANNNO, « A Meeting of Minds on Impact Assessment : When *Ex Ante* Evaluation Meets *Ex Post* Judicial Control », *European Public Law*, n° 17, 2011, p. 487 et T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 465 et s. et p. 625. Ce dernier souligne néanmoins les défaillances actuelles de cette voie de contrôle.

<sup>183</sup> V. J.-M. PONTIER, « Études d'impact : l'interprétation en retrait de leur exigence par le Conseil constitutionnel. L'exemple de la délimitation des régions », *JCP A.*, n° 48, 2014, p. 2334 ; S. HUTIER, « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, 2015/1, n° 101,

doctrine constitutionnaliste et politiste est bien plus confiante que la doctrine administrativiste sur les conséquences potentielles de l'évaluation sur le pouvoir discrétionnaire des décideurs. Pourtant, le juge constitutionnel se nourrit autant que le juge administratif des informations fournies par l'évaluation pour développer un contrôle généralement jugé invasif et destructeur du pouvoir discrétionnaire par la doctrine : le contrôle de proportionnalité (B).

## **B. La participation du contrôle de l'évaluation au principe de « bonne institution »<sup>184</sup>**

**349.** Le contrôle de proportionnalité a été analysé par X. Philippe comme une forme de contrôle de la bonne administration et de la bonne législation<sup>185</sup>. Cette « manifestation privilégiée de la rationalité »<sup>186</sup>, selon l'expression de J.-J. Bienvenu, est régulièrement liée au contrôle de l'évaluation en doctrine<sup>187</sup>. Le contentieux de l'évaluation pourrait en effet renforcer ou multiplier les hypothèses existantes de contrôle de proportionnalité et, incidemment, renforcer ou multiplier les occurrences de contrôles du pouvoir discrétionnaire, puisque comme le relève R. Boustia, les déclinaisons contentieuses du principe de bonne institution constituent des formes de contrôle du pouvoir discrétionnaire<sup>188</sup>.

---

p. 73-86 ; J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ-Lextenso, coll. « Domat droit public », 30<sup>e</sup> éd., 2016, p. 717 et B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses » 2017, p. 107 et s.

<sup>184</sup> La bonne institution est entendue ici comme le principe matriciel de la bonne administration et de la bonne législation. La « bonne institution » prendrait « la forme d'une norme selon laquelle le fonctionnement de [l'institution] doit être de nature à assurer *correctement* [ses] missions », F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2012., p. 385.

<sup>185</sup> X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité...*, *op. cit.*, p. 413.

<sup>186</sup> J.-J. BIENVENU, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et de la loi*, thèse II, 1979, p. 248.

<sup>187</sup> V. notamment formation de la législation Ch.-A. MORAND, « L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS, *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., coll. « Les études de la documentation française », 1995, p. 133-153 ; sur lien avec jugement de valeur J.-M. PONTIER, « La notion d'état intermédiaire en droit administratif », in J.-M. PONTIER (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, Aix-Marseille, PUAM, 2008, p. 61 et p. 116 et B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », t. 86, 2009, p. 256.

<sup>188</sup> Le contrôle de l'adéquation est la manifestation privilégiée du contrôle de bonne administration et du pouvoir discrétionnaire pour R. Boustia, v. *La notion de bonne administration*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2010, p. 376. L'auteur cite C. CHINCHILLA MARIN, *La desvacion de poder*, Madrid Civitas, 1991, p. 155.

**350.** Le « principe de proportionnalité » – qui n’est pas explicitement nommé dans la jurisprudence<sup>189</sup> – correspond à l’« exigence d’une relation logique et cohérente entre deux ou plusieurs éléments »<sup>190</sup>. Pour établir cette relation, le juge peut réaliser un contrôle de l’adéquation, aussi appelé contrôle de l’appropriation, un contrôle de la nécessité et un contrôle de la proportionnalité au sens strict, selon la triade consacrée.

Tant les juges administratifs que le juge constitutionnel français mettent en œuvre tout ou partie<sup>191</sup> de cette triade dans de nombreux domaines, notamment en matière de police administrative, de discipline des agents publics, pour l’application du principe d’égalité, pour le contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité et à l’occasion du bilan coûts-avantages (le contrôle de proportionnalité au sens strict est alors intégré dans la qualification juridique des faits<sup>192</sup>). Il est aussi pratiqué à l’occasion du contrôle du principe de précaution, pour vérifier l’adéquation des mesures prises en contexte d’incertitude<sup>193</sup>. Dans toutes ces hypothèses, quelle que soit la branche de la triade concernée, le juge recourt à un examen ternaire identifié par G. Braibant comme la mise en rapport de la juste décision, de sa finalité et de la situation de fait<sup>194</sup>. Avec l’évaluation, le juge pourrait améliorer sa connaissance de la situation de fait et, en conséquence, approfondir les contrôles déjà pratiqués de l’adéquation et du respect de la proportionnalité au sens strict (1). Il pourrait en outre se saisir de certaines rubriques évaluatives pour multiplier les hypothèses de contrôle de la nécessité de la décision finale (2). Or, ces contrôles peuvent être analysés comme des contrôles du pouvoir discrétionnaire.

1) L’enrichissement des contrôles de l’appropriation et de la proportionnalité au sens strict

**351.** L’impact de l’évaluation sur le contrôle juridictionnel de proportionnalité varie peu selon le juge compétent, bien que ce contrôle ne soit pas identique devant le juge constitutionnel et devant le juge administratif – la valeur du principe de proportionnalité

---

<sup>189</sup> J. ZILLER, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1996, p. 185 et s.

<sup>190</sup> X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Economica-PUAM, coll. « Science et droit administratifs », 1990, p. 7.

<sup>191</sup> Ce contrôle est le plus souvent réalité seulement partiellement, v. B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail*, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », t. 86, 2009, p. 474.

<sup>192</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 477.

<sup>193</sup> V. C. CASTAING, *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, *op. cit.*, p. 401.

<sup>194</sup> G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mél. M. Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 298. Dans le même sens v. X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité...*, *op. cit.*, p. 166 et s.

n'est pas claire devant le juge constitutionnel<sup>195</sup> et l'intensité de son contrôle change en fonction de la nature de la liberté contrôlée, comme l'a relevé V. Goesel-Le Bihan<sup>196</sup>. Les deux contrôles de proportionnalité pratiqués ont des caractéristiques communes : le juge pratique globalement un contrôle restreint, limité à deux branches de la triade. Il se compose plus précisément d'un contrôle de l'inadéquation manifeste<sup>197</sup> et d'un contrôle de la disproportion – au sens strict – manifeste.

**352.** Le contrôle de l'adéquation ou de l'appropriation, parfois pratiqué à l'occasion du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>198</sup>, consiste dans la vérification de la cohérence interne<sup>199</sup> de la décision : la mesure envisagée doit pouvoir atteindre l'objectif affiché. Cette appréciation est directement affectée par le déploiement des procédures évaluatives, qui facilitent le travail du juge en explicitant les objectifs des décideurs. En outre, étant donné que le contrôle de l'adéquation est une forme de contrôle de l'inefficacité manifeste<sup>200</sup> – il faut que les actes envisagés puissent atteindre leur but –, les différents

---

<sup>195</sup> Devant ce dernier, la doctrine considère qu'il se heurte à une déformation de la hiérarchie des normes. En effet, pour E. Schoettl (J.-E. SCHOETLL, « Intérêt général et Constitution », *EDCE*, 1999, n° 50, p. 378 et s.), Ph. Blachère (Ph. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, p. 25) et J.-M. Blanquer (J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse II, 1993, p. 91. *Contra*. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Les normes de référence extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in L. FAVOREU, R. HERTZOG et A. ROUX (dir.) *Études en l'honneur de L. Philip*, Economica, p. 155-170. Les auteurs identifient des exigences constitutionnelles derrière le contrôle de proportionnalité) le contrôle de proportionnalité n'est pas, à l'origine, fondé sur une norme constitutionnelle, puisque le contrôle de l'adéquation, par exemple, ne consiste pas dans la comparaison d'une norme législative avec une norme constitutionnelle. Il est rattaché au seul cas d'ouverture existant devant le juge constitutionnel, la violation de la Constitution (J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 10).

<sup>196</sup> La Professeure relève que : « si les atteintes au principe de responsabilité pour faute et celles portées aux droits rattachés à l'article 16 de la Déclaration de 1789 font l'objet d'un contrôle approfondi, il n'en va pas de même non seulement des atteintes aux autres droits, souvent qualifiés de second rang – on pense à la liberté d'entreprendre, au principe d'égalité, au pluralisme des courants d'idées et d'opinion, à la liberté contractuelle et au principe », V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection d'une liberté », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 6. Voir aussi, du même auteur, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, figures récentes* n° 22, juin 2007, p. 270 et s., et « Une grande décision : la décision 2016-611 QPC », *AJDA*, 2017, p. 43.

<sup>197</sup> Pour Ch. VAUTROT-SCHWARZ, il s'agit toujours d'un contrôle de l'excès manifeste, même quand ce terme n'est pas employé par le juge, étant donné que ce n'est jamais la stricte proportion qui est vérifiée, mais la disproportion, dans son excès, v. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mél. D. Truchet*, Dalloz, *op. cit.*, p. 639-650.

<sup>198</sup> V. par exemple, Cons. const., 3 avril 2003, n° 2003-468 DC, *Loi de sauvegarde des entreprises*. Pt 45 : « Considérant (...) que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi (...) ; que la conciliation ainsi opérée n'est pas entachée d'erreur manifeste ; que le grief doit être par suite écarté ».

<sup>199</sup> A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 913 et J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité...*, *op. cit.*, p. 274.

<sup>200</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre I, Section 1, §II. X. Philippe le définit, dans la même perspective, comme un contrôle de « la rationalité minimale » de la décision. X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité...*, *op. cit.*, p. 179.

jugements sur l'efficacité des objets évalués contenus dans l'expertise évaluative sont autant d'informations prémâchées pour le juge.

Toutes les évaluations n'ont cependant pas une portée informative similaire. À ce titre, ce sont surtout les évaluations individuelles des fonctionnaires, les évaluations sanitaires et les évaluations contractuelles préalables qui peuvent enrichir le contrôle de l'adéquation. Ces différentes évaluations renforcent le contrôle du juge en mettant à sa disposition des éléments qu'il n'aurait pas pu obtenir lui-même. Par exemple, les évaluations individuelles des fonctionnaires apprécient directement l'aptitude des agents et la manière dont ils répondent aux tâches qui leurs sont assignées, deux éléments déterminants pour l'appréciation de l'adéquation finale, que le juge ne pourrait pas déterminer seul. L'évaluation individuelle des fonctionnaires est donc très utile au juge pour vérifier que la décision finale est appropriée à l'intérêt du service<sup>201</sup>. En droit sanitaire, l'évaluation du service médical rendu (aux malades) et de son amélioration réalisée par la Commission de la transparence pour décider de l'inscription d'un médicament sur la liste des médicaments remboursables est aussi une source d'informations indispensable pour que le juge puisse déterminer si le remboursement est approprié au regard du droit à la santé ou s'il constitue une dépense publique superflue<sup>202</sup>.

À l'inverse, les études d'impact des projets de loi ont un intérêt moindre pour le juge. Comme le soulignent J.-B. Duclercq<sup>203</sup> et B.-L. Combrade<sup>204</sup>, ces évaluations sont pénalisées par leur défaut d'actualisation au gré des lectures parlementaires qui modifient le projet de loi<sup>205</sup> et par l'insincérité potentielle du gouvernement qui la rédige et qui est le porteur du projet évalué. L'utilité des évaluations environnementales, au sens large, est aussi ambiguë dans la mesure où la protection de l'environnement, qui est la valeur de référence de cette évaluation, n'est pas un objectif assigné clairement aux décisions qu'elles préparent. Leur utilisation dans le cadre d'un contrôle de l'adéquation paraît ainsi

---

<sup>201</sup> Les décrets prévoient notamment l'évaluation des « résultats professionnels obtenus par le fonctionnaire eu égard aux objectifs qui lui ont été assignés et aux conditions d'organisation et de fonctionnement du service dont il relève ». Articles 3 des décrets n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 relatif à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux, n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 pour la fonction publique hospitalière et n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour la fonction publique de l'État.

<sup>202</sup> Cette évaluation est détaillée à l'article R. 163-3 et R. 163-18 du code de la sécurité sociale. Elle rend intelligible les informations techniques contenues dans les études cliniques fournies par les laboratoires pharmaceutiques.

<sup>203</sup> J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité*, op. cit., p. 189 et s.

<sup>204</sup> B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2017, p. 403.

<sup>205</sup> Loi organique du 15 avril 2009 précitée. Les études d'impact des projets de loi prévoient ainsi la mesure de l'efficacité du projet de loi en fonction des objectifs donnés par le gouvernement.

compromise. En revanche, elles peuvent toujours, à l'instar des autres évaluations, nourrir le contrôle de proportionnalité au sens strict, qui est réalisé à travers certains contrôles de l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise le décideur<sup>206</sup>. Ce second contrôle, qui constitue la troisième branche de la triade, est, comme le contrôle de l'adéquation, une forme d'examen de la cohérence de la décision prise<sup>207</sup>.

**353.** Il s'inscrit pleinement dans la logique conséquentialiste inspirée de J. Bentham<sup>208</sup> et appliquée au Conseil constitutionnel par S. Salles<sup>209</sup>, puisqu'il consiste dans la vérification que la décision ne crée pas de « charges (...) hors de proportion avec le résultat recherché »<sup>210</sup>. Il participe donc de la bonne administration et de la bonne législation. En droit constitutionnel, ce contrôle amène ainsi le juge à « se demander si le moyen [la disposition législative] porte une atteinte juridiquement tolérable à un droit ou à une liberté »<sup>211</sup>. Cette appréciation ne peut qu'être facilitée par l'étude des évaluations, qui incitent le décideur et indirectement le juge à considérer certains effets comme intolérables. L'évaluation peut notamment désigner, en creux, des effets comme indésirables en mettant en avant certaines valeurs à protéger. En droit de l'environnement, par exemple, le but des études d'impact environnemental est de mettre en valeur l'objectif de protection de l'environnement en analysant les « effets négatifs et positifs, directs et indirects, temporaires (y compris pendant la phase des travaux) et permanents, à court, moyen et long terme, du projet sur l'environnement »<sup>212</sup>. Inversement, les évaluations d'incidence Natura 2000 doivent empêcher l'aboutissement des projets qui auraient des effets significatifs sur le site protégé<sup>213</sup> et les évaluations environnementales incitent à prendre en compte les « incidences notables probables de la mise en œuvre de la carte sur l'environnement »<sup>214</sup>.

---

<sup>206</sup> J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité*, op. cit., p. 392. V. en ce sens Cons. const., 16 juin 1999, n° 2006-539 DC, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*. L'erreur manifeste d'appréciation est reliée par plusieurs auteurs à des questions de proportionnalité, v. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 526 et R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, 2, op. cit., p. 517 et D. LOCHAK, *La justice administrative*, Montchrestien, coll. « Clefs », 3<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 115.

<sup>207</sup> X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité...*, op. cit., p. 181 et p. 386.

<sup>208</sup> V. notamment J. BENTHAM, *Constitutional code*, 1830, rééd. Clarendon Press-Oxford, 1983, p. 21 et p. 283 et J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, 1802, Bossange, Masson et Besson, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, spéc. p. 430 et s.

<sup>209</sup> S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constit. et de sc. polit. », t. 147, 2016, p. 293.

<sup>210</sup> Chron. X. DOMINO et M. GUYOMAR, « Le passeport biométrique au contrôle : empreinte et clichés », *AJDA*, 2012, p. 35-41.

<sup>211</sup> J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité*, op. cit., p. 398.

<sup>212</sup> Article R. 122-5.3° du code de l'environnement.

<sup>213</sup> Article R. 414-23 II du code de l'environnement.

<sup>214</sup> Article R. 161-3 du code de l'urbanisme.

Implicitement, ces évaluations suggèrent donc qu'une atteinte à ces valeurs constituerait un effet défavorable rendant disproportionnée la décision qui aurait par ailleurs des effets économiques positifs. Il est aussi possible que l'évaluation fasse directement apparaître les charges à éviter, à l'image des différents jugements d'efficacité (économiques, sociaux ou environnementaux) exigés dans les études d'impact des projets de loi. Sous réserve de l'évolution du projet au cours des discussions parlementaires, ils indiquent au juge quels thèmes prendre en compte pour estimer l'excès éventuel des charges créées par la loi.

Certaines évaluations reproduisent même le raisonnement balancé du contrôle de proportionnalité, à l'image des évaluations du service médical rendu réalisées par la Commission de la transparence et par la CNEDIMTS (Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé) qui sont, comme le contrôle de proportionnalité au sens strict, des bilans avantages-inconvénients<sup>215</sup>. Le service rendu par le dispositif médical qui est étudié par la CNEDIMTS s'appuie en effet sur « l'intérêt du produit ou de la prestation au regard, d'une part, de son effet thérapeutique, diagnostique ou de compensation du handicap, ainsi que des effets indésirables ou des risques liés à son utilisation ; d'autre part, de sa place dans la stratégie thérapeutique, diagnostique ou de compensation du handicap, compte tenu des autres thérapies ou moyens de diagnostic ou de compensation disponibles » et sur « l'intérêt de santé publique attendue, dont notamment son impact sur la santé de la population, en termes de mortalité, de morbidité et de qualité de vie, sa capacité à répondre à un besoin thérapeutique, diagnostique ou de compensation du handicap, eu égard à la gravité de la pathologie ou du handicap »<sup>216</sup>. Les textes organisent donc une appréciation de proportionnalité au sens strict et fournissent, dans ce cas, une information prête à l'emploi au juge.

L'évaluation permet donc au juge, à des degrés divers, d'approfondir les contrôles de proportionnalité qui sont déjà fréquemment exercés en contentieux constitutionnel et administratif. L'utilisation contentieuse de l'évaluation resserre d'autant plus l'étai qui pèse sur le décideur que, de manière encore plus intrusive pour le pouvoir discrétionnaire, elle pourrait mener à la multiplication des contrôles de la nécessité de la décision, la troisième et la plus redoutée des branches du contrôle de proportionnalité (2).

---

<sup>215</sup> Ces évaluations sont détaillées aux articles R. 163-18 et R. 165-2 du code de la sécurité sociale.

<sup>216</sup> CNEDIMTS, *Évaluation des orthèses plantaires et des coques talonnières*, 2018, p. 69. Disponible sur l'Internet.

## 2) L'expansion possible du contrôle de la nécessité des décisions publiques

**354.** Le contrôle de la nécessité, parfois appelé contrôle de la légalité extrinsèque<sup>217</sup>, constitue *a priori* une restriction importante du pouvoir discrétionnaire dans la mesure où il impose aux autorités publiques de prendre la décision la moins restrictive *mais* la plus efficace possible. Pour être nécessaire, une décision « ne doit pas être plus restrictive que ne l'exige le but poursuivi, ce qui suppose que le choix d'une mesure moins contraignante pour les personnes concernées ou pour la collectivité n'aurait pu permettre d'atteindre à l'identique l'objectif visé »<sup>218</sup>. Pleinement exercé en droit de l'Union européenne et en matière de police administrative<sup>219</sup>, ce contrôle est pratiqué de manière aléatoire dans le cadre du contrôle des déclarations d'utilité publique<sup>220</sup> et exceptionnellement devant le juge constitutionnel<sup>221</sup>. Devant ce juge, selon V. Goesel-Le Bihan, le contrôle de la nécessité exercé correspond toutefois à un contrôle de la nécessité restreinte : le juge constitutionnel se contente de comparer la mesure envisagée avec les mesures déjà existantes en droit positif, sans chercher quelle autre mesure pouvait être prise<sup>222</sup>. Ce contrôle restreint n'est pas fantôme pour autant, puisqu'il a justifié, en 2017, l'abrogation des dispositions d'une loi lors d'un contrôle *a posteriori*<sup>223</sup>. Le juge a en effet estimé, à propos du délit de consultation habituelle des sites terroristes que, « au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administratives et judiciaires disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant

---

<sup>217</sup> B. SEILLER, *Droit administratif 2. L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs Université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 364.

<sup>218</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, n° 45, p. 68.

<sup>219</sup> Depuis CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin*, Rec. p. 541.

<sup>220</sup> V. I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : le bilan coûts-avantages*, *op. cit.*, p. 169.

<sup>221</sup> Ce dernier n'exerce ce contrôle que contre les libertés de premier rang, cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, n° 45, p. 68.

<sup>222</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Études d'impact de l'article 39 de la Constitution et contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in M. PHILIP-GAY (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p. 124-125.

<sup>223</sup> Cons. const., 10 fév. 2017, n° 216-611 QPC, obs. V. GOESEL-LE BIHAN, « Une grande décision : la décision 2016-611 QPC », *AJDA*, 2017, p. 433.

même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution ». Le délit de consultation n'était donc pas nécessaire – en plus d'être inadapté et non proportionné, d'après le juge.

La nécessité est aussi un motif d'annulation régulier en droit administratif<sup>224</sup>. Elle pourrait devenir un moyen d'annulation plus fréquent dans les autres branches du droit – à l'exception de la fonction publique<sup>225</sup> – grâce au développement des évaluations qui, en raison de certaines rubriques, prodiguent au juge les informations lui permettant de réaliser au titre du contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur un contrôle qu'il avait difficilement les moyens de réaliser seul.

**355.** L'évaluation peut en effet fournir au juge tous les éléments dont il a besoin pour son contrôle. Ainsi, en matière sanitaire, l'évaluation de l'amélioration du service médical rendu réalisée par la Commission de la transparence requiert une comparaison explicite entre différents médicaments<sup>226</sup>. En matière environnementale aussi, les évaluations doivent présenter les variantes du projet soumis à autorisation<sup>227</sup> ou du document d'urbanisme à adopter<sup>228</sup>. Ces dispositions justifieraient l'annulation d'une décision pour manquement au principe de nécessité quand l'étude des variantes présente dans l'évaluation suggère qu'un autre projet, moins néfaste pour l'environnement – mais moins rentable, peut-être – pourrait être adopté.

---

<sup>224</sup> Notamment en matière de police administrative, CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin*, Rec. p. 541.

<sup>225</sup> Ce contrôle semble exclu du droit de la fonction publique, puisque la comparaison est absente des évaluations individuelles. Par ailleurs, si la comparaison interne est permise en droit du travail, elle est très encadrée, CA de Grenoble, 13 nov. 2002, *affaire Hewlett-Packard* n° 02/02794. V. B. GAURIAU, « L'entretien d'évaluation », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, n° 267, 2014, p. 603-606 : « La jurisprudence valide semble-t-il également le "ranking" (classement des salariés) à condition que l'information en ait été faite aux salariés, que ce classement ne soit pas fondé sur des éléments arbitraires subjectifs ou discriminatoires : les critères doivent être préétablis, objectifs connus et contrôlables et le dispositif ne saurait adopter un caractère disciplinaire qui imposerait le respect de la procédure adaptée ». Il semble que les mêmes réserves s'appliqueraient aux agents publics, si bien qu'une comparaison interne organisée par l'évaluation aurait été problématique. En conséquence, en l'état du droit, le juge pourrait plutôt faire une comparaison spontanée entre évaluations pour déterminer le caractère adéquat d'une décision liée aux évaluations des fonctionnaires

<sup>226</sup> Article R. 163-3 du code de la sécurité sociale : « Les médicaments sont inscrits sur la liste prévue au premier alinéa de l'article L. 162-17 au vu de l'appréciation du service médical rendu qu'ils apportent indication par indication. Cette appréciation prend en compte l'efficacité et les effets indésirables du médicament, sa place dans la stratégie thérapeutique, notamment au regard des autres thérapies disponibles... ».

<sup>227</sup> L'évaluateur doit présenter « une esquisse des principales solutions de substitution examinées par le pétitionnaire ou le maître d'ouvrage et les raisons pour lesquelles, eu égard aux effets sur l'environnement ou la santé humaine, le projet présenté a été retenu », article R. 122-5 du code de l'environnement.

<sup>228</sup> L'évaluation doit présenter « l'exposé des motifs pour lesquels le projet a été retenu au regard des objectifs de protection de l'environnement établis au niveau international, communautaire ou national et les raisons qui justifient le choix opéré au regard des solutions de substitution raisonnables tenant compte des objectifs et du champ d'application géographique du document », R. 104-18 du code de l'urbanisme.

Une comparaison similaire est aussi prévue dans les études d'impact des projets de loi puisque la loi organique de 2009 prévoit qu'elles doivent présenter « les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles »<sup>229</sup>. À cet égard, dans sa thèse, B.-L. Combrade évoquait déjà l'hypothèse d'un nouveau contrôle de la nécessité des lois. Ces évolutions faciliteraient en effet l'exercice d'un contrôle de la nécessité de l'option législative normale – au lieu d'un contrôle restreint<sup>230</sup>. Ce contrôle de la nécessité de l'option législative serait néanmoins spécifique dans la mesure où il n'amènerait pas le juge constitutionnel à comparer le projet de loi retenu avec les variantes de ce projet qui auraient pu être retenues. Or, cette comparaison constitue en général le cœur des contrôles de la nécessité. Par exemple, pour considérer que l'exclusion de toutes les sociétés cotées du marché des jeux de hasard n'était pas une mesure nécessaire – et constituait donc une entrave au regard de la liberté d'établissement le juge de l'Union européenne a « imaginé » quelle mesure moins restrictive aurait pu être prise. Il a relevé que les autorités italiennes mises en cause en l'espèce avaient la possibilité d'adopter une autre mesure – non existante, « comme [celle] consistant à recueillir des informations sur leurs représentants ou leurs principaux actionnaires »<sup>231</sup> et a jugé la réglementation adoptée contraire à la libre prestation de services. Ce type de contrôle de la nécessité, fondé sur la comparaison à une mesure seulement potentielle, ne sera pas facilité devant le Conseil constitutionnel malgré le développement de l'évaluation. Celle-ci permettrait seulement un approfondissement de son contrôle limité aux mesures existantes, à condition que l'étude d'impact soit correctement menée.

Cet approfondissement, même modéré, pourrait toutefois susciter l'ire d'une partie de la doctrine qui juge que le contrôle de nécessité cause une dénaturation inacceptable du pouvoir discrétionnaire<sup>232</sup>. Pour de nombreux auteurs, ce contrôle maximal de la décision éradiquerait en effet toute liberté du décideur<sup>233</sup> en lui imposant une nouvelle obligation : prendre la décision optimale au regard des faits. D'après cette analyse, si le juge se saisissait pleinement des données évaluatives pour vérifier qu'elles ont été correctement utilisées dans la décision finale, au lieu de protéger les décisions publiques contre les excès liés à la

---

<sup>229</sup> Article 8.1 de la loi organique du 15 avril 2009 n° 2009-403.

<sup>230</sup> B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, op. cit., p. 122.

<sup>231</sup> CJCE, 6 mars 2007, *Procdures pénales c. Massimiliano Placanica, Christian Palazzese et Angelo Sorricchio*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. p. I-01891.

<sup>232</sup> V. par ex. J.-B. DUCLERQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité...*, op. cit., p. 439.

<sup>233</sup> L'expression « contrôle total » est employée par D. Truchet, v. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. « BDP », t. 75, 1977, p. 343 ; B. Seiller évoque lui une étape supplémentaire dans le contrôle, v. B. SEILLER, *Droit administratif 2. L'action administrative*, op. cit., p. 250.

pratique évaluative, il renforcerait au contraire les contraintes pesant sur le décideur. Il catalyserait la primauté de la rationalité évaluative sur la rationalité juridique. Cette analyse sévère justifie d'étudier plus avant la notion de pouvoir discrétionnaire et ses liens réels et supposés avec le contrôle juridictionnel de l'évaluation. Or l'approfondissement de la notion de pouvoir discrétionnaire montre que, malgré les apparences, le pouvoir discrétionnaire des décideurs n'est pas menacé par le développement d'un contrôle juridictionnel de l'évaluation (§II).

## **§II. La préservation du pouvoir discrétionnaire malgré le contrôle de l'évaluation**

**356.** Le sentiment intuitif murmurant que le contrôle de l'évaluation menace le pouvoir discrétionnaire vient d'une confusion séculaire, dont la survivance s'atténue, entre opportunité et pouvoir discrétionnaire. Si le contrôle de l'utilisation du contenu évaluatif par le décideur est indéniablement un contrôle de l'opportunité (A), il n'est pas pour autant un contrôle du pouvoir discrétionnaire et il n'est certainement pas un facteur d'amointrissement de ce pouvoir (B). Le contrôle juridictionnel de l'évaluation n'est ainsi pas plus nocif pour le décideur que l'expansion non contrôlée de l'évaluation.

### **A. Les liens forts entre le contrôle de l'évaluation et l'opportunité des décisions publiques**

**357.** Le contrôle juridictionnel de l'utilisation de l'évaluation est avant tout un contrôle de l'opportunité, qui n'est pas synonyme de contrôle du pouvoir discrétionnaire (1). Il s'agit même d'un contrôle modéré de l'opportunité, moins invasif qu'il n'y paraît (2).

1) La distinction entre les notions d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire

**358.** Deux camps doctrinaux s'opposent au sujet de la définition de l'opportunité et du pouvoir discrétionnaire. La controverse est ancienne et tant ancrée dans la doctrine

française que, pour G. Timsit, la définition de l'opportunité est insusceptible de faire l'objet d'un consensus doctrinal : les prémisses de chaque camp seraient irréconciliables<sup>234</sup>.

Les auteurs qui assimilent opportunité et pouvoir discrétionnaire considèrent que les deux notions désignent l'appréciation des faits et la possibilité de choisir entre différentes décisions<sup>235</sup>. L'opportunité s'opposerait alors à la légalité dans la mesure où elle viserait précisément les éléments non contrôlés par le juge<sup>236</sup>. Cette idée se retrouve encore sous la plume de certains auteurs comme J.-P. Costa, qui sous-entend qu'il y a contrôle d'opportunité quand le juge exerce un contrôle d'une intensité inhabituelle<sup>237</sup>. Cette définition de l'opportunité est cependant critiquée depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle : de nombreux auteurs dénoncent l'artificialité de l'opposition entre légalité et opportunité et le caractère erroné de l'assimilation entre pouvoir discrétionnaire et opportunité<sup>238</sup>. Le contrôle de l'opportunité est de plus en plus accepté par la doctrine.

**359.** Cette évolution est une conséquence de la redéfinition de la notion d'opportunité. M. Waline a été l'un des premiers à proposer cette redéfinition, après avoir un temps défendu sa définition classique<sup>239</sup>. Selon l'auteur, « il est absolument factice d'opposer l'appréciation de la légalité à celle d'opportunité, comme deux catégories s'excluant

---

<sup>234</sup> G. TIMSIT, « Guy Braibant est-il un juge qui gouverne ? », in *Mél. G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 785-814.

<sup>235</sup> V. L. DUGUIT *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Fontemoing et Cie, p. 390 ; R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363 et s. ; L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, Dalloz, 1932, p. 112 ; G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, 1934, p. 101 ; L. DI QUAL, *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 16 ; Ch. DUBISSON *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, 1965, p. 11 ; J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015, p. 317 ; A. MESTRE, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, 1974, p. 276 ; J. KHAN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *IFSA, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, n° 16 1978 colloque du 5 mars 1977 Cah. n° 16, 1978, p. 11-16 ; D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse Poitiers, 1979, 778 ; J.-P. BOURGOIS, *L'erreur manifeste d'appréciation, la décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, L'espace juridique, 1988, p. 103.

<sup>236</sup> V. R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, t. 2, Dalloz-Sirey, 2007, t. 2, p. 575. Dans le même sens, v. P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Mélanges J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Faculté de droit – Université libre de Bruxelles », t. 1, 1992, p. 60 : « l'opportunité est le mot qui délimite le territoire au-delà duquel le juge est hors-jeu ».

<sup>237</sup> J.-P. COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434-437. L'auteur affirme que la jurisprudence du bilan n'est pas un contrôle de l'opportunité car il s'agit d'un contrôle restreint.

<sup>238</sup> V. P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, 1935, rééd. Dalloz, 2006, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 13. G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, 1991, p. 96 et s. ; E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats publics-privés*, L'Harmattan, 2011, p. 517 et s.

<sup>239</sup> M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 197 et s.

logiquement. La catégorie de ce qui est légal (...) s'oppose à celle de l'illégal ; celle de ce qui est opportun, à celle de l'inopportun. Mais il peut y avoir des décisions légales opportunes et d'autres inopportunes, comme il peut y avoir des décisions illégales opportunes, et d'autres inopportunes. Les deux distinctions ne se recouvrent nullement »<sup>240</sup>. D. Truchet a particulièrement bien exposé, dans sa thèse, le ressort de la confusion opérée jusqu'alors<sup>241</sup>. Elle repose sur l'ambiguïté de la notion d'opportunité, qui avait déjà été mise en valeur par Ch. Dubisson<sup>242</sup>. Comme lui, D. Truchet refuse de définir l'opportunité par rapport à la légalité. Il opère un changement subtil, mais profond de définition : l'opportunité n'est plus l'appréciation des faits, mais « un rapport d'adaptation de l'action aux circonstances qui l'ont entourée »<sup>243</sup>. Cette définition plus dynamique lie clairement l'évaluation et opportunité, dans la mesure où cette expertise doit améliorer l'adaptation des décisions qu'elle prépare aux circonstances de fait et parfois de droit<sup>244</sup>. Surtout, cette définition de l'opportunité est indépendante d'un éventuel contrôle juridictionnel. Elle conduit ses défenseurs à penser sans effroi le contrôle de l'opportunité qui serait une facette classique du contrôle de légalité<sup>245</sup>. Il relèverait même du contrôle minimum (les appréciations de fait sont presque toujours contrôlées, au moins à travers l'exactitude matérielle des faits et l'erreur manifeste d'appréciation<sup>246</sup>). En le pratiquant, le juge ne se transforme donc pas en supérieur hiérarchique de l'administration<sup>247</sup> ou en

---

<sup>240</sup> M. WALINE, « Étendue et limite du contrôle du juge sur les actes de l'Administration », *EDCE*, 1956, p. 25.

<sup>241</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. « BDP », t. 75, 1977, 394 p. Cette distinction est reprise par D. LOCHAK, *La justice administrative*, Montchrestien, coll. « Clefs », 3<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 158.

<sup>242</sup> Ch. DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, 1965, p. 6.

<sup>243</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 318.

<sup>244</sup> V. J. CHEVALLIER et D. LOCHAK lient d'ailleurs rationalité managériale et contrôle accru des faits. V. J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *R.F.A.P.* n° 24, 1982, p. 85.

<sup>245</sup> V. P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, LGDJ, 1964, p. 125 ; D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse Poitiers, 1979, p. 11 ; D. LOCHAK, « Le contrôle de l'opportunité du Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, STH, coll. « Les grands colloques », 1990, p. 77-115 ; Ch. DEBBASCH, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1981, 3<sup>e</sup> éd., p. 797 et E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats publics-privés*, *op. cit.*, p. 517.

<sup>246</sup> J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 479.

<sup>247</sup> V. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *op. cit.*, p. 294 et Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 196 et I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : le bilan coûts-avantages*, Thèse Poitiers, 1995, p. 150.

législateur<sup>248</sup>, comme cela a longtemps été pensé<sup>249</sup>. Il n'effectue que le socle de son travail juridictionnel. En outre, s'il peut relever du contrôle minimum, alors le contrôle de d'opportunité est *a priori* distinct du contrôle du pouvoir discrétionnaire, considéré comme un contrôle intrusif et approfondi. Le contrôle de l'opportunité n'est donc pas nécessairement un contrôle du pouvoir discrétionnaire.

À ce titre, si le contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur peut être qualifié de contrôle de l'opportunité, puisqu'il s'agit d'un contrôle de l'adéquation de la décision aux faits et de l'appréciation des faits réalisée par le décideur, cela ne suffit pas pour affirmer qu'il s'agit d'un contrôle du pouvoir discrétionnaire. Il en paraît même éloigné, puisque ce contrôle est en réalité un contrôle modéré de l'opportunité (2).

## 2) Un contrôle modéré de l'opportunité

**360.** Le contrôle de l'opportunité fondé sur l'évaluation ne s'intéresse qu'à l'une des deux questions que soulève l'opportunité selon D. Truchet : elle ne s'intéresse qu'à l'efficacité de la norme produite et non à son utilité. Pour l'auteur, l'*utilité* – voire la nécessité de la mesure – est le premier versant de l'opportunité : « une mesure n'est opportune que si elle est utile, c'est-à-dire de nature à répondre aux circonstances qui l'entourent. C'est un problème de *finalité* poursuivie par l'acte ». Le second versant de l'opportunité renvoie à « l'*efficacité* de la mesure, ou plus largement, sa proportionnalité avec le but poursuivi : pour être opportune, la mesure doit être non seulement utile, mais aussi apte à atteindre le but que l'administration s'est proposée de poursuivre. C'est un problème de *moyens* mis en œuvre par l'administration »<sup>250</sup>.

Or, comme cela a été exposé, si l'évaluation s'intéresse à l'efficacité des objets et des activités qui lui sont soumis, elle ne questionne pas la pertinence des buts au regard desquels cette efficacité est analysée. Elle n'interroge pas l'utilité de l'objet évalué au sens défini ci-dessus. Elle ne constitue donc qu'un contrôle partiel de l'opportunité, arrimé aux faits et non aux buts de l'action : un contrôle relevant du principe de bonne administration et de bonne législation. L'évaluation ne permet pas au juge de développer le contrôle des

---

<sup>248</sup> V. J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constit. et de sc. polit. », 2015, p. 380.

<sup>249</sup> V. L. DUGUIT et F. MODERNE, *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, 2005 et L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, Dalloz, 1932, p. 394.

<sup>250</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 320. C'est l'auteur qui souligne.

fins que les autorités publiques s'assignent. Celui-ci est réalisé de manière limitée à travers le contrôle du détournement de pouvoir en contentieux administratif<sup>251</sup>, moyen absent du contentieux constitutionnel<sup>252</sup>.

**361.** En plus d'être modéré dans son étendue, le contrôle de l'opportunité fondé sur l'évaluation est peu invasif. Le développement de l'évaluation n'a pas multiplié les hypothèses de contrôle de l'adéquation des décisions aux faits – elle permet seulement d'approfondir les contrôles existants, comme cela a été exposé plus haut. Or, devant le juge constitutionnel, le contrôle de l'opportunité n'est qu'occasionnel. Le juge le pratique quand il applique le principe de proportionnalité<sup>253</sup> et le principe d'égalité<sup>254</sup>, quand la Constitution impose des conditions factuelles<sup>255</sup> et quand il contrôle l'erreur manifeste d'appréciation<sup>256</sup>. Le Conseil constitutionnel fait donc preuve, à ce jour, d'une autolimitation reconnue<sup>257</sup> et le contrôle des études d'impact des projets de loi réalisé à l'occasion du contrôle prévu à l'article 61 de la Constitution n'a pas impulsé d'extension de son domaine. Les études d'impact ont été incluses dans la Constitution au titre d'une obligation de présentation, sans l'obligation matérielle de lier le contenu de la loi aux

---

<sup>251</sup> « Vice de l'acte administratif qui se rencontre lorsque une autorité administrative a utilisé volontairement ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés », J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 530.

<sup>252</sup> Il est en partie compensé par l'exigence de cohérence interne de la loi résultant du contrôle de l'adéquation, v. V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2<sup>e</sup> éd., 2016, p. 213 et A. VIDAL-NAQUET, « L'efficacité dans le contrôle de constitutionnalité », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 202.

<sup>253</sup> Il faut en effet comparer la mesure aux circonstances de fait pour savoir si elle est proportionnée, v. la triade définie par G. Braibant, G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mél. M. Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 298.

X. Philippe résume le lien entre les deux notions : P151 « l'opportunité d'une décision sera caractérisée par son caractère convenable, appréciée par rapport à la situation rencontrée. Il doit bien exister une correspondance entre ces deux termes. Or la proportionnalité est également par définition l'expression d'un rapport, d'une relation entre plusieurs grandeurs », X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité...*, op. cit., p. 151.

<sup>254</sup> Il faut en effet que le Conseil constitutionnel regarde si la différence de régime juridique qui est instaurée est adéquate avec la différence de situation de fait constatée. V. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, n° 45, p. 81.

<sup>255</sup> Cons. const., 25 et 26 juin 1986, n° 86-297 DC et Cons. const., 7 janv. 1988, n° 87-232 DC.

<sup>256</sup> Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation pourrait s'appeler en toutes lettres le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation *des faits*. Il est donc nécessairement question de l'adaptation de la décision aux faits, donc de l'opportunité en son sens juridique. V. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2011, coll. « Thémis », p. 388.

<sup>257</sup> V. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, n° 45, p. 81 et J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2001, p. 148.

jugements et données contextuelles fournies par l'évaluation<sup>258</sup>. Le juge a suivi ces dispositions puisqu'il n'a pas profité de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 pour généraliser son contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. *A fortiori*, il est peu probable qu'il se serve des évaluations réalisées en vertu d'une obligation législative pour étendre son contrôle. Ces évaluations ne répondent à aucune règle constitutionnelle et le Conseil constitutionnel n'est pas tenu de contrôler la conformité de l'évaluation réalisée aux prescriptions contenues dans la loi qui l'impose<sup>259</sup>.

**362.** Le juge administratif n'a pas davantage développé de contrôle spécifique de la compatibilité<sup>260</sup> de la décision retenue avec le modèle de comportement implicitement donné par l'évaluation et le juge. Toutefois, contrairement au juge constitutionnel, le juge administratif contrôle déjà systématiquement l'opportunité des décisions à travers différents moyens. Une partie du contrôle de l'opportunité relève ainsi du contrôle minimum, c'est-à-dire du contrôle systématiquement réalisé par le juge, avec le contrôle de l'exactitude matérielle des faits<sup>261</sup>. Les requérants peuvent aussi obtenir ce contrôle de l'opportunité dans la quasi totalité des contentieux<sup>262</sup> à travers le contrôle de l'erreur manifeste ou stricte d'appréciation, le contrôle de la qualification juridique des faits – notamment de l'utilité publique<sup>263</sup> – et le contrôle des mesures de police administrative et des déclarations d'utilité publique<sup>264</sup>. L'accroissement du contrôle des évaluations aurait donc peu d'effets sur le champ du contrôle de l'opportunité des actes administratifs. Il aurait aussi peu d'effets sur le pouvoir discrétionnaire des décideurs, à condition que le juge ne multiplie pas les hypothèses de contrôle de la nécessité des décisions publiques<sup>265</sup> (B).

---

<sup>258</sup> Article 39 de la Constitution.

<sup>259</sup> Par ailleurs, comme ces évaluations constitueraient vraisemblablement des actes de gouvernement pour le juge administratif, elles bénéficient d'une immunité contentieuse, v. Seconde partie, Titre second, Chapitre I, Section 2, §I, A.

<sup>260</sup> L'évaluation ne contient pas d'obligation de se conformer au contexte présenté.

<sup>261</sup> CE, *Camino*, 14 janvier 1916, Rec. p. 15. V. D. LOCHAK, « Le contrôle de l'opportunité du Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, STH, coll. « Les grands colloques », 1990, p. 95.

<sup>262</sup> Seuls les contentieux de l'appréciation réalisée par un jury, CE, 20 mars 1987, *Gambus*, Rec. p. 100 et de l'appréciation des qualités d'un postulant à la Légion d'honneur, CE, 10 déc. 1986, *Loredon*, Rec. T. p. 516.

<sup>263</sup> CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, Rec. p. 409. Si le contrôle de l'utilité publique de l'opération relève du contrôle de la qualification juridique, le juge utilise le principe de proportionnalité et plus exactement la proportionnalité au sens strict pour effectuer cette qualification.

<sup>264</sup> V. CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin*, Rec. p. 541.

<sup>265</sup> Il commence même à le faire en matière de déclaration d'utilité publique, cf. Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, LGDJ, « Traités », t. 2, 2014, p. 465.

## B. Les liens distendus entre le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de l'évaluation

**363.** L'invocation par voie d'exception de l'évaluation régulière ou irrégulière pour contester les qualifications juridiques faites par le décideur ne constitue pas un contrôle du pouvoir discrétionnaire (1). Celui-ci ne se matérialise qu'à l'occasion du contrôle de l'appréciation éventuellement laissée au décideur *après* la qualification. Il n'entraîne toutefois pas, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un contrôle de la nécessité, de restriction du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle par voie d'exception serait donc indolore pour le pouvoir discrétionnaire des décideurs publics tant que les juges ne s'en saisissent pas pour instaurer de nouveaux contrôles de la nécessité (2).

### 1) Un contrôle de l'opportunité non discrétionnaire

**364.** Le contrôle juridictionnel de l'opportunité fondé sur l'évaluation porte d'abord sur les appréciations de fait présentes dans les qualifications juridiques formulées par le décideur. Puisque l'évaluation cherche à justifier la décision qu'elle prépare, à la motiver<sup>266</sup> et à influencer son contenu<sup>267</sup>, elle est en effet appelée à jouer un rôle primordial dans le contrôle des motifs. Ces motifs, « que l'on appelle quelquefois *cause* ou *base légale* de l'acte sont l'ensemble des éléments *objectifs* de fait ou de droit qui sont le fondement de l'acte et qui sont absolument indépendants de la psychologie de son auteur »<sup>268</sup>. L'invocation de l'évaluation par voie d'exception permet au juge d'intensifier le contrôle de ces motifs. Ce resserrement n'affecte cependant pas le pouvoir discrétionnaire des décideurs, qui, contrairement à ce que pense la majorité des auteurs, ne réside pas dans ce

---

<sup>266</sup> V. Ch. DUBISSON *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, p. 70.

<sup>267</sup> V. B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, 1977, p. 2 ; B. SEILLER, *Droit administratif 2. L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 245 : « le plus souvent, l'illégalité du dispositif d'une décision administrative découle d'une erreur préalable dans le raisonnement qui le justifie ».

<sup>268</sup> G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, 1934, p. 29. V. aussi sur la notion de motifs R. BONNARD, *Précis de droit public*, Sirey, 5<sup>e</sup> éd., 1938, p. 375 et chez les auteurs constitutionnalistes : J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2001, 442 ; M. COLLET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : remarques sur la notion, son usage et son éviction », in. *Mél. D. Truchet*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 96 ; O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, coll. « Droit public Positif », 1992, p. 133 et X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité...*, *op. cit.*, p. 216.

choix des motifs<sup>269</sup>. Peu importe que le contrôle de l'évaluation soit susceptible de mener à de nombreuses annulations ou censures pour erreur dans la qualification juridique des faits – erreur qualifiée d'erreur de fait ou de droit en fonction des auteurs<sup>270</sup>. Comme le montrent M. Waline<sup>271</sup>, R. Odent<sup>272</sup>, D. Lagasse<sup>273</sup> et Ch. Vautrot-Schwarz<sup>274</sup>, la qualification juridique relève de la compétence liée. Elle constitue une « opération normative »<sup>275</sup> et « mixte (...) comportant à la fois une appréciation de fait et une appréciation de droit [destinées à déterminer si un fait] entre dans telle catégorie juridique »<sup>276</sup> « dans le but d'ouvrir l'application à l'objet ainsi qualifié du régime juridique ou de l'effet de droit attaché à la catégorie en cause »<sup>277</sup>. Elle mène à la « conclusion d'une identité ou d'une absence d'identité (...) à partir d'une donnée constante et d'une catégorie juridique préexistante »<sup>278</sup>.

Dans cette opération d'identification, qui n'est pas une simple opération de déduction<sup>279</sup>, le décideur n'a d'autre marge de manœuvre que la possibilité de se tromper, c'est-à-dire la liberté factuelle irréductible qui résulte de l'absence de prévision de toutes les qualifications imaginables. S'il en était autrement, le décideur « serait une sorte d'automate accomplissant inconsciemment les actes publics. »<sup>280</sup>. Que la définition soit floue ou très précise, la marge du décideur est donc la même. En fonction des critères, l'objet à qualifier rentre ou ne rentre pas dans la catégorie juridique. L'appréciation des

---

<sup>269</sup> V. L. MICHOU, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *RGA*, 1914, p. 429-500 ; J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, *op. cit.*, p. 20 ; L. DI QUAL, *La compétence liée*, *op. cit.*, p. 79. L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, *op. cit.*, p. 29. Pour R. Bonnard, ce pouvoir discrétionnaire n'existe que quand le pouvoir législatif n'a pas déterminé les motifs. R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *loc. cit.*, p. 373.

<sup>270</sup> Il s'agit d'une erreur de fait pour G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Dalloz, coll. « Cours », 7<sup>e</sup> éd., 2013, p. 501. Il s'agit d'une erreur de droit pour G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF, 2014, 12<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis Droit Public », t. 1 et t. 2, p. 317.

<sup>271</sup> M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 215.

<sup>272</sup> R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 534.

<sup>273</sup> D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, E. Bruylant, 1986, p. 348.

<sup>274</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique...*, *op. cit.*, p. 527.

<sup>275</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>276</sup> G. VEDEL, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis Droit », 6<sup>e</sup> éd., p. 594.

<sup>277</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 477.

<sup>280</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Fontemoing et Cie, p. 390-393.

faits réalisée par le juge, c'est-à-dire le jugement<sup>281</sup> porté sur les faits indépendamment<sup>282</sup> ou confusément<sup>283</sup> avec l'interprétation de la règle juridique en cause n'est pas source de liberté. L'impression de liberté du décideur résulte surtout du fait que le juge, lorsqu'il contrôle la qualification, se prononce seulement au regard de la décision de l'espèce, si bien que, même s'il précise la définition de la catégorie, le décideur devra toujours exercer un raisonnement casuistique pour déterminer si les nouveaux faits qui lui sont soumis rentrent dans la catégorie juridique en cause<sup>284</sup>.

**365.** De ce fait, si la qualification juridique ne relève pas du pouvoir discrétionnaire, le contrôle approfondi de l'appréciation réalisé à l'occasion de la qualification juridique sur le fondement de l'évaluation ne peut pas être un contrôle du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle de l'évaluation interfère avec le pouvoir discrétionnaire seulement lorsqu'il porte sur l'opération de déduction des conséquences de la qualification juridique<sup>285</sup> réalisée après la qualification, quand la décision à prendre requiert la mise en œuvre d'une nouvelle appréciation<sup>286</sup> distincte d'un raisonnement d'identité. Cette interférence ne constitue cependant pas plus que le contrôle de la qualification juridique des faits une restriction de ce pouvoir discrétionnaire (2).

## 2) Un contrôle bénin et résiduel du pouvoir discrétionnaire

**366.** Contrairement aux apparences, l'invocation de l'évaluation par voie d'exception ne participerait qu'exceptionnellement à une restriction du pouvoir discrétionnaire des décideurs, même quand elle constitue bien un contrôle de ce pouvoir. La notion de pouvoir discrétionnaire doit en effet être dissociée de l'existence d'un contrôle juridictionnel pour

---

<sup>281</sup> Un jugement de valeur, axiologique. V. S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, op. cit., p. 159.

<sup>282</sup> V. B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 39 et M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Publ », t. 17, 1994, p. 379.

<sup>283</sup> V. J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, LGDJ, 1959 ; L. DI QUAL, *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 30 ; R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les considérations de fait devant le Conseil d'État, juge de cassation », in *Mél. J. Boré*, Dalloz, coll. « Mélanges-Études », p. 136 ; S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, op. cit., p. 402 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 526 et Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique...*, op. cit., p. 176.

<sup>284</sup> V. D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité...*, op. cit., p. 555 et P. AMSELEK, *Essai de phénoménologie du droit...*, op. cit., p. 211.

<sup>285</sup> V. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique...*, op. cit., p. 477.

<sup>286</sup> V. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, t. 1, op. cit., p. 1151.

retrouver une valeur explicative<sup>287</sup>, c'est-à-dire faire plus que constater l'existence ou l'absence d'un contrôle du juge<sup>288</sup>.

Le pouvoir discrétionnaire détaché du contrôle du juge a un champ assez réduit : il se situe après l'opération de qualification juridique, lorsque celle-ci déclenche un régime juridique qui requiert la réalisation d'une nouvelle appréciation, fondée sur la première qualification, et qui vient adjoindre un second régime juridique au premier régime déclenché par la qualification<sup>289</sup>. Cette déduction libre se distingue des hypothèses de déduction liées, c'est-à-dire des cas où l'action du décideur se limite à la qualification, qui déploie ses effets sans qu'il ait à s'interroger sur l'application d'un second régime juridique, ou à formuler une nouvelle appréciation. Dans l'opération discrétionnaire, le décideur fait plus qu'appliquer le régime juridique découlant de la qualification ; il est amené à choisir l'application d'un second régime juridique. En matière disciplinaire par exemple, une fois la faute qualifiée, un régime juridique se déclenche et donne à l'autorité administrative la possibilité de choisir entre plusieurs sanctions qui déclencheront chacune des effets juridiques spécifiques, c'est-à-dire des régimes juridiques différents. Quand elle choisit cette sanction, l'autorité disciplinaire fait plus qu'appliquer le régime découlant de la qualification, elle doit mettre en œuvre un nouveau raisonnement juridique pour appliquer un second régime juridique : celui attaché à la sanction choisie.

**367.** Plusieurs auteurs ont pointé<sup>290</sup> ou ont essayé de montrer la spécificité de cette phase du raisonnement, qui peut être intégrée dans le contrôle de l'utilisation de l'évaluation. Il s'agit d'un raisonnement de proportionnalité<sup>291</sup> fondé sur la qualification juridique réalisée.

Ch. Vautrot-Schwarz est l'auteur qui a le plus insisté sur la nécessité de disjoindre cette opération du raisonnement de la qualification juridique des faits<sup>292</sup>. Cependant, dans sa thèse, il ne précise pas ce qui différencie les deux opérations. S'il explique la confusion doctrinale par la similarité du contrôle exercé par le juge sur l'une et l'autre des opérations juridiques<sup>293</sup> et par l'identité de « substance intellectuelle » des deux opérations, qu'il

---

<sup>287</sup> V. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mél. D. Truchet*, *op. cit.*, p. 639-650.

<sup>288</sup> V. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>290</sup> V. B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 39 et B. SEILLER, *Droit administratif 2*, p. 247. V. *contra*, pour une assimilation des deux opérations non justifiée, G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, 2014, 12<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis Droit Public », t. 1, p. 321-322.

<sup>291</sup> V. dans ce sens, B. SEILLER, *Droit administratif 2*, *op. cit.*, p. 247.

<sup>292</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique...*, *op. cit.*, p. 477.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 500.

qualifie de jugements de valeur<sup>294</sup>, il n'établit pas clairement la spécificité de l'opération de déduction des conséquences légales. Or, il semble que cette opération se caractérise par la mise en rapport de trois éléments, alors que seuls deux items sont étudiés dans l'opération de qualification juridique. L'opération de déduction discrétionnaire cherche toujours à savoir quelle mesure est adaptée à la situation qualifiée, et établit non un rapport de propriété ou d'identité, mais de relation entre les différents éléments<sup>295</sup>. Ce raisonnement à trois variables, qui correspond à peu près à la triade identifiée par G. Braibant pour le contrôle de proportionnalité<sup>296</sup> (la situation de fait est alors la situation qualifiée juridiquement) serait donc caractéristique de cette opération de déduction dans laquelle se logerait le pouvoir discrétionnaire. Cette triangulation du raisonnement a été soulignée par B. Seiller à propos des mesures de police administrative, pour lesquelles, après avoir qualifié le trouble ou la menace de trouble à l'ordre public, l'autorité compétente doit décider de la mesure à prendre librement. Pour contrôler ces mesures, le juge administratif effectue un contrôle de nécessité, que B. Seiller appelle contrôle de légalité extrinsèque<sup>297</sup> et qu'il définit par la triangulation du raisonnement. L'auteur a donc identifié le raisonnement propre à l'étape de déduction des conséquences de la qualification. Toutefois, il n'a pas étendu sa réflexion à l'ensemble des opérations libres de déduction de conséquences légales, qui recèlent le pouvoir discrétionnaire.

**368.** Si cette théorie est peu explorée malgré les défauts de la définition traditionnelle du pouvoir discrétionnaire, c'est probablement parce qu'à ce jour, d'après la définition traditionnelle, la libre déduction des conséquences de la qualification devrait être qualifiée d'opération relevant de la compétence liée. En effet, depuis 2009, le juge a progressivement approfondi son contrôle sur la déduction des conséquences légales, notamment en matière disciplinaire<sup>298</sup> – et parfois au titre de la qualification juridique des faits<sup>299</sup>. Or, aucune nécessité objective ou juridique n'explique ces changements d'intensité, qui semblent être

---

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 477.

<sup>295</sup> V. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit Privé », t. 239, 1993, p. 65.

<sup>296</sup> G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mél. M. Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 296 et s.

<sup>297</sup> B. SEILLER, *Droit administratif 2*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>298</sup> CE, 23 juin 2007, *Arfi*, req. n° 272650, Rec. p. 263 ; CE, 27 mai 2009, *Hontang*, req. n° 310493, Rec. p. 207 ; CE, 2 mars 2010, *Dalongeville*, req. n° 328843, Rec. p. 65 ; CE, 2 mars 2010, *Fédération française d'athlétisme*, req. n° 234439, Rec. T. p. 925 ; CE, Ass., 13 nov. 2013, *Dahan*, req. n° 347704, Rec. p. 279 et CE, 1<sup>er</sup> juin 2015, *Boroméé*, req. n° 3800449, Rec. p. 246.

<sup>299</sup> L'évolution de la jurisprudence est retracée par R. KELLER dans ses conclusions sur l'arrêt *Dahan*. Concl. sur CE, Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan*, *RFDA*, 2013, p. 1175-1185.

uniquement le fruit de considérations extrajuridiques. Comme le résume Ch. Vautrot-Schwarz : « on peut chercher à donner à ce choix toutes les explications “logiques imaginables” : elles ne feront que se démentir au fur et à mesure des changements de jurisprudence du Conseil d’État (...). Se placer sur le terrain de la liberté de choix, non de l’administration, mais du juge administratif permet seul d’expliquer ce choix, le choix du degré de contrôle n’est aucunement dicté par l’absence ou non de pouvoir discrétionnaire de l’administration ; ce n’est pas non plus la liberté de qualification dont dispose l’administration qui inspire le choix du degré de contrôle : il l’est par rien d’autre que la *volonté* du juge »<sup>300</sup>. D’autres auteurs invoquent la volonté de protéger l’administration<sup>301</sup> ou l’administré pour expliquer ces mutations. Néanmoins, pour Ch. Vautrot-Schwarz, cette progression du contrôle juridictionnel n’infirme pas sa théorie. Elle devrait plutôt inciter à faire la césure entre la notion de pouvoir discrétionnaire et la notion de contrôle juridictionnel pour rapprocher la première de la notion de « volonté de l’administration »<sup>302</sup>.

Si la notion de volonté semble trouble<sup>303</sup>, il apparaît en effet nécessaire de détacher la notion de pouvoir discrétionnaire de son contrôle pour la ramener à la seule perspective de l’action. Comme l’écrit S. Rials, « la reconnaissance d’une marge d’action à l’administration n’est aucunement antinomique avec la mise en place d’un contrôle. Au contraire, en ce domaine comme dans d’autres, plus les pouvoirs reconnus à une autorité sont importants, plus le contrôle sur l’exercice de ce pouvoir doit être effectif »<sup>304</sup>. De ce fait, alors que l’étude du contentieux administratif, qui s’étend sans cesse, laisse deviner une réduction constante du pouvoir discrétionnaire, il faut rejoindre D. Lochak quand elle constate que « les hypothèses où l’administration dispose d’un pouvoir discrétionnaire se sont multipliées au même rythme que s’étendaient ses interventions en matière économique et sociale »<sup>305</sup>. Peu importe que les contrôles aient crû en parallèle. Les dernières décennies ont été marquées par l’extension et non la restriction du pouvoir discrétionnaire des

---

<sup>300</sup> V. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique...*, p. 508.

<sup>301</sup> V. B. PACTEAU, *Le juge de l’excès de pouvoir et les motifs de l’acte administratif*, *op. cit.*, p. 302 ; L. GOLDENBERG, *Le Conseil d’État, juge du fait. Étude sur l’administration des juges*, *op. cit.*, p. 99 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Publ. », t.135, 1980, p. 455. Ce retrait n’est pas légitime pour D. LAGASSE, v. D. LAGASSE, *L’erreur manifeste d’appréciation en droit administratif...*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>302</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mél. D. Truchet*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 649-650.

<sup>303</sup> « Rien n’est plus délicat pour le juriste que de définir la volonté », B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 925.

<sup>304</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, *op. cit.*, p. 379.

<sup>305</sup> D. LOCHAK, *La justice administrative*, *op. cit.*, p. 114.

décideurs, puisque les domaines dans lesquels le droit intervient n'ont cessé de croître – avec le numérique, le droit de l'environnement, *etc.* Si le pouvoir discrétionnaire a crû en même temps que les domaines d'intervention du droit, c'est en raison de l'incapacité du législateur à tout prévoir en détail et exhaustivement, et à sa volonté de laisser à l'administration la liberté du choix<sup>306</sup>. *A fortiori*, le constituant ne peut pas non plus définir à l'avance toutes les dispositions que pourrait prendre le législateur, sous peine de dévoyer l'œuvre constitutionnelle. Or, étant donné que la Constitution est bien moins bavarde que la loi, il en résulte que le pouvoir discrétionnaire du législateur est nécessairement plus large que celui de l'administration.

**369.** Le décideur doté de ce pouvoir discrétionnaire a la responsabilité de choisir la solution adaptée à la situation qualifiée, ce qui ne signifie pas, comme le soutiennent certains auteurs, qu'il doit prendre la meilleure décision<sup>307</sup> parmi les différentes décisions adaptées à la situation et aux fins poursuivies<sup>308</sup>. Le pouvoir discrétionnaire constitue seulement une forme de responsabilisation du décideur<sup>309</sup>, sommé de prendre une décision non disproportionnée, adaptée aux faits. Or, cette responsabilisation ne le libère pas du contrôle auquel il est en principe soumis – le contraire serait étonnant. Même en cas de pouvoir discrétionnaire, le juge intervient toujours en tant que qualificateur final et vérificateur final<sup>310</sup>, chargé de rapporter la paix sociale et de trancher la contestation avec un jugement doté de l'autorité de la chose jugée. Cette intervention irréductiblement imprévisible est un impératif de l'organisation démocratique moderne, qui donne le dernier mot au juge, c'est-à-dire au tiers impartial, et non à la partie engagée.

C'est donc seulement si l'invocation indirecte de l'évaluation justifiait l'élargissement des hypothèses de contrôle de nécessité, qui obligent le décideur à prendre une seule solution – la plus efficace et la moins restrictive – parmi les solutions publiques

---

<sup>306</sup> V. entre autres M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1900, rééd. Dalloz, 2002 et, sur l'idée d'entreprise qui justifierait le pouvoir discrétionnaire A. HAURIOU, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mél. Carré de Malberg*, Constant-Laguerre, 1933, p. 233-240 et J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>307</sup> V. D. TEZNER, cité par L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, *op. cit.*, p. 32 et E. GIRAUD, « Étude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *RDP*, 1924, p. 193 et s. et p. 286 et s.

<sup>308</sup> V. R. BOUSTA, *La notion de bonne administration*, *op. cit.*, p. 187 ; C. VAYROU, *Management public et droit administratif. Essai sur la juridicité des concepts managériaux*, *op. cit.*, p. 97 ; J.-M. WOEHLING (dir.), *Les transformations de la justice administrative*, Economica/publications de l'IDL, 1995, p. 219.

<sup>309</sup> Le constituant ou le législateur peuvent très bien décider de ne pas laisser cette marge de manœuvre à l'Administration en n'ouvrant pas de régimes juridiques en cascade mais un seul régime juridique – comme pour les motifs de refus d'autorisation de permis de construire.

<sup>310</sup> V. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique...*, *op. cit.*, p. 239 et p. 351.

que le pouvoir discrétionnaire des décideurs serait affecté. Sous cette réserve, le renforcement du contrôle de l'opportunité des décisions permis par l'évaluation ne constituerait donc pas un remède pire que le mal – des pratiques fluctuantes dues au développement non contrôlé de l'évaluation. Il est donc possible d'envisager plus avant les contours que pourrait prendre ce contrôle pour répondre aux exigences d'une bonne évaluation et d'une décision juridique rationalisée.

**370. Conclusion du chapitre.** Les procédures décisionnelles publiques ne souffriront pas du développement du contrôle juridictionnel de l'évaluation. En l'état du droit, la généralisation des recours par voie d'action et par voie d'exception n'aurait que des effets minimes sur leur déroulement. Les recours pour excès de pouvoir susceptibles d'être formés directement contre l'évaluation n'affecteront – modérément – les procédures décisionnelles que si le législateur leur concède un effet suspensif. Dans le cas contraire, ils n'auront pas plus de conséquences sur la temporalité de l'action publique que les contestations de l'évaluation formulées par voie d'exception. Quant à l'invocation de l'évaluation par voie d'exception, elle n'affectera le pouvoir discrétionnaire des décideurs que si les juges s'en saisissent pour multiplier les contrôles de la nécessité des décisions adoptées. En effet, le contrôle de la décision finale fondé sur l'invocation de l'évaluation ne restreint pas *de facto* la marge de manœuvre des décideurs. À l'étude, la généralisation du contrôle juridictionnel de l'évaluation paraît ainsi peu menaçante pour les procédures décisionnelles publiques. Selon toute vraisemblance, le contrôle juridictionnel de l'évaluation n'aggraverait pas les effets du développement non contrôlé des procédures évaluatives.

**371. Conclusion du titre.** L'unification du contrôle juridictionnel de l'évaluation ne servirait pas uniquement la cohérence de l'ordre juridique. Elle constitue aussi l'un des moyens privilégiés de limiter les effets néfastes que l'expertise a sur les procédures décisionnelles qu'elle intègre, les objets et les sujets qu'elle juge et, plus largement, les conceptions sociales qu'elle oriente.

Le juge pourrait protéger la prééminence du principe de régularité juridique dans les processus décisionnels contre l'influence de la rationalité évaluative et notamment contre les excès attachés aux principes d'efficacité et d'effectivité du droit. Il pourrait aussi être

le héraut des évalués dont l'activité est menacée ou déformée par des évaluations mal réalisées et des indicateurs inappropriés en éliminant les indicateurs défectueux.

Si elle ne peut régler tous les enjeux posés par l'évaluation – elle serait notamment impuissante pour contrecarrer la tyrannie axiologique résultant de l'évaluation –, l'organisation d'un contrôle systématisé de la procédure et du contenu de l'évaluation et l'organisation d'un contrôle généralisé de l'utilisation de l'évaluation par le décideur lisserait ainsi certaines aspérités du phénomène évaluatif. Il n'est cependant pas suffisant de penser le contrôle juridictionnel de l'évaluation dans la seule perspective d'une protection contre l'évaluation. Il importe que ce contrôle ne désorganise pas le déroulement des procédures décisionnelles publiques, sous peine d'avoir des conséquences aussi nuisibles que celles qu'il cherche à corriger.

Les risques liés au développement du contrôle de l'évaluation sont cependant, en réalité, assez minimes. Le contrôle par voie d'action de l'évaluation, qui pourrait être ouvert sur le fondement de la jurisprudence *Fairvesta*, n'aurait aucune influence sur la temporalité des procédures décisionnelles si le législateur refuse de lui octroyer un effet suspensif. Si cet effet lui était accordé, il aurait en revanche des effets limités, mais bénéfiques pour l'évaluation grâce à un noyau de personnes ayant intérêt à agir directement contre elle. Il en va de même du contrôle de l'évaluation par voie d'exception et du contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur. Ces contrôles de l'opportunité ne constituent pas une menace sérieuse pour le pouvoir discrétionnaire du décideur, compris comme son pouvoir de choisir un régime juridique approprié après l'étape de qualification juridique des faits, puisque ce pouvoir n'est pas antinomique avec l'existence d'un contrôle juridictionnel. Ce pouvoir serait rogné seulement si les juges se saisissent de l'évaluation pour développer de nouveaux contrôles de la nécessité, c'est-à-dire pour imposer aux décideurs de prendre la décision la plus efficace et la moins restrictive possible. Or les juges sont en général réticents à l'exercice de ce contrôle. Il est donc probable que la systématisation du contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur demeure neutre pour le déroulement des procédures décisionnelles publiques. Le contrôle juridictionnel de l'évaluation protégera contre elle sans être une source de nouvelles difficultés. Il est donc possible de déterminer plus en détail les modalités qu'il pourrait emprunter.

**372. Conclusion de la partie.** L'unification du contrôle juridictionnel de l'évaluation répondrait à des exigences objectives de cohérence de l'ordre juridique et à des exigences subjectives, doctrinales, d'amélioration de l'évaluation et de préservation de la rationalité juridique à l'œuvre dans les procédures décisionnelles publiques. Les évaluations, qui relèvent de la catégorie des expertises administratives, sont des actes préparatoires spécifiques, dont la particularité ne se traduit pas encore par la mise en place d'un contrôle juridictionnel unifié. Ces avis informatifs, distincts des actes décisifs et de la *soft law*, sont chargés d'éclairer le décideur sans répondre directement à la question qu'il doit résoudre – quelle décision prendre.

Ils méritent d'autant plus d'être soumis à un contrôle juridictionnel adapté et unifié que leur pratique globale soulève de nombreuses difficultés. De nombreuses difficultés que le juge pourrait atténuer ou corriger par son contrôle, bien qu'il ne soit pas le sauveur providentiel de l'évaluation ou des évalués.

**373.** À sa hauteur, le juge pourrait lutter contre le déclasserement de la rationalité juridique dans les procédures décisionnelles publiques au profit de la rationalité managériale promue par l'évaluation. Il pourrait aussi corriger les dispositifs évaluatifs inappropriés qui dénaturent, indirectement, mais fatalement, le travail des personnes évaluées. Cette intervention juridictionnelle permettrait de renforcer la confiance dans l'évaluation tout en mettant à jour les limites de cet outil. Elle conférerait ainsi au processus de rationalisation des décisions publiques des effets plus modérés.

Cette mutation du contrôle juridictionnel pourrait être spontanée en contentieux administratif, à l'inverse du contentieux constitutionnel, dont l'ouverture dépend principalement d'interventions du pouvoir constituant et du législateur organique. Le juge administratif pourrait ainsi généraliser les recours contentieux par voie d'action contre l'évaluation sans retarder les mécanismes de prise de décision. En effet, seul le législateur pourrait affecter la temporalité de la prise de décision en conférant un effet suspensif – qui serait somme toute bénéfique – aux recours pour excès de pouvoir formés contre l'évaluation. Le juge administratif pourrait également systématiser les contrôles de l'évaluation par voie d'exception et les contrôles de l'utilisation de l'évaluation par le décideur sans craindre d'accroître l'importance de la rationalité managériale au détriment du pouvoir discrétionnaire du décideur. Tant que les juges n'élargissent pas les occurrences de contrôles de la nécessité, le pouvoir discrétionnaire des décideurs restera en effet intact.

Ce contrôle de l'évaluation sera certes un contrôle de l'opportunité, mais un contrôle respectueux de la marge de manœuvre des décideurs.

Tous les indicateurs pour l'organisation d'un contrôle systématisé de l'évaluation sont donc « au vert »<sup>311</sup> et il est désormais possible de voir en détail quelles formes pourrait prendre ce contrôle unifié afin de garantir au mieux la qualité des décisions publiques et celle de l'évaluation (**Seconde partie**).

---

<sup>311</sup> P. BÜTTGEN et B. CASSIN, « J'en ai 22 sur 30 au vert. Six thèses sur l'évaluation », *Cités*, 2009, n°1, p. 27-41.



## **SECONDE PARTIE :**

# **OPTIMISER LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE L'ÉVALUATION**

**374.** L'adoption d'un point de vue interne, c'est-à-dire d'un point de vue engagé<sup>312</sup>, facilite la définition du contrôle des évaluations en droit public. En effet, au-delà de l'amélioration de la cohérence de l'ordre juridique, l'unification du contrôle de l'évaluation peut poursuivre des buts précis, notamment la protection des évalués et des décideurs contre la rationalité évaluative. À cet égard, pour améliorer la qualité de l'évaluation et préserver le principe de régularité juridique, il est indispensable que le contrôle juridictionnel organisé diffuse les principes de méthode conditionnant la qualité de l'évaluation. Or seul un contrôle intégral de la légalité<sup>313</sup> de l'évaluation éliminerait efficacement, par voie d'action et par voie d'exception, les évaluations défectueuses et les cas de mésusage d'une évaluation régulière par le décideur (**Titre premier**).

Les potentialités importantes de ce contrôle ne doivent toutefois pas occulter ses limites. Dans certains domaines, l'action du juge n'aurait aucune portée méliorative sur l'évaluation ou les procédures publiques. Elle pourrait même, dans certains cas, être un frein à l'évolution d'une bonne pratique évaluative. Optimiser le contrôle juridictionnel de l'évaluation c'est donc aussi, de manière résiduelle, accepter de délaisser ce contrôle ou d'y renoncer au profit de formes alternatives de vérification (**Titre second**).

---

<sup>312</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 78.

<sup>313</sup> Légalité et régularité seront ici employés comme des termes synonymes.



## **TITRE PREMIER : Le développement nécessaire du contrôle de la légalité de l'évaluation**

**375.** Les contrôles de légalité et de constitutionnalité constituent les voies les plus efficaces pour corriger et améliorer les procédures évaluatives. Ces voies de recours permettent au juge d'annuler, d'abroger, de censurer ou de réformer les évaluations défectueuses et les décisions méconnaissant le rôle des évaluations sur lesquelles elles s'appuient. Conformément à la « loi de divergence » identifiée par D. Truchet, « qui postule que toute notion ou toute règle appliquée à une matière nouvelle tend à s'écarter du droit commun »<sup>1</sup>, ce contrôle comportera nécessairement des règles spécifiques. Cependant, sur plusieurs points, le juge pourra se contenter de transposer des moyens déjà mis en œuvre dans d'autres matières. Il honorera alors la règle d'extension « selon laquelle toute notion ou toute règle a une propension naturelle à s'appliquer de plus en plus largement »<sup>2</sup>.

L'équilibre entre ces deux tendances pourra être recherché à l'aune d'un raisonnement finaliste, « extra-logique »<sup>3</sup>, fondé sur les objectifs assignés au contrôle de l'évaluation dans la première partie de cette recherche – la limitation des conséquences néfastes de l'évaluation et la maximisation de ses conséquences positives. Dans cette perspective finaliste, il paraît primordial que la régularité externe et interne de l'évaluation soit contrôlée de manière intégrale (Chapitre I). Il importe aussi que le juge contrôle strictement la décision finale, afin de tirer les conclusions effectives de l'utilisation d'une évaluation défectueuse ou de la mauvaise utilisation d'une évaluation régulière par le décideur (Chapitre II).

---

<sup>1</sup> D. TRUCHET, « À propos de l'évolution du droit administratif : "loi d'extension" et "loi de divergence" », in *Mél. René Chapus*, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 633.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 633.

<sup>3</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 59.



## Chapitre I : Le contrôle intégral de l'évaluation

**377.** Une évaluation mal faite peut nuire à la justesse d'une procédure décisionnelle publique. Si elle fournit des informations incorrectes sur le contexte factuel et axiologique de la prise de décision, l'évaluation peut en effet biaiser le processus décisionnel qu'elle oriente. Il est donc crucial de contrôler avec rigueur la procédure, la forme et le fond des évaluations pour neutraliser ce risque.

Pour être fiable, l'évaluation, comme toute expertise, doit être objective. Or, cette objectivité dépend en premier lieu de sa procédure et de sa forme. Il importe donc de contrôler avec vigueur la régularité externe des évaluations, selon des principes valables non seulement pour l'évaluation, mais aussi pour l'ensemble des avis informatifs non contentieux (Section 1).

La régularité externe de l'évaluation ne suffit cependant pas à garantir sa justesse et donc son utilité pour le décideur. Il importe aussi que le contenu de l'évaluation soit exact, ce qui suppose l'utilisation d'une méthode appropriée par l'évaluateur et le bien-fondé du jugement formulé à partir de cette méthode. Ce contrôle se heurte toutefois à la complexité de l'acte évaluatif, qui est un acte technique, souvent nourri d'appréciations scientifiques. La difficulté du contrôle de la régularité interne de l'évaluation mérite toutefois d'être surmontée au regard des enjeux liés à la pratique évaluative. Dès lors qu'il sert de référence aux personnes publiques et aux administrés, le contenu méthodologique, factuel et axiologique de l'évaluation doit pouvoir être vérifié (Section 2).

### Section 1 : Le contrôle de la régularité externe de l'évaluation

**378.** Très peu de normes juridiques exposent ou imposent de manière systématique les principes procéduraux qui structurent la pratique évaluative. Les dispositions relatives au HCERES<sup>4</sup> (Haut comité d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur) en France et au *Regulatory Scrutiny Board*<sup>5</sup> dans l'Union européenne font à cet égard figure d'exception. Or, ce silence ne reflète pas l'importance déterminante de la procédure et de

---

<sup>4</sup> Articles L. 114-3 et suivants du code de la recherche.

<sup>5</sup> Ces principes sont, de manière remarquable, tous contenus dans les deux textes instituant le *Regulatory Scrutiny Board* de l'Union européenne v. *Decision on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board*, 2015 C(2015) 3263 finals et *Rules of procedures of the Regulatory Scrutiny Board*, disponibles sur le site de la Commission européenne.

la forme de l'évaluation pour la production d'un acte d'expertise objectif et fiable. En outre, il favorise, indirectement, la production d'évaluations de moindre qualité<sup>6</sup>. Cette absence de règles contraste avec la réglementation des expertises judiciaires, qui sont soumises à un ensemble de principes procéduraux et formels systématisés afin de garantir leur objectivité<sup>7</sup>. Les évaluations, qui sont aussi des expertises, comme cela a été vu plus haut<sup>8</sup>, devraient être soumises à un ensemble de principes similaires, tels que les a résumés D. Truchet : l'impartialité, la transparence, la pluralité et le contradictoire<sup>9</sup>.

Faute d'énoncé affirmant solennellement ces principes, le juge pourrait les dégager seul, en les adaptant le cas échéant aux spécificités de l'expertise évaluative. Il pourrait même requérir un minimum d'indépendance, principe non cité par D. Truchet. Cette jurisprudence se heurterait toutefois à une certaine catégorie d'évaluateurs désignés par la loi ou les règlements, ni indépendants ni impartiaux, par choix des pouvoirs publics ou par nécessité.

En dépit des apparences, ces défauts ne sont cependant pas dirimants pour l'objectivité de l'évaluation. Plus que l'indépendance ou l'impartialité des autorités rédigeant l'évaluation, c'est-à-dire des évaluateurs, seule l'objectivité de l'acte finalement produit est déterminante. Or, celle-ci peut être assurée, en premier lieu, par l'intervention de tiers garants palliant les défaillances des évaluateurs dans la procédure (§I). Elle est assurée, en second lieu, par le contrôle de plusieurs principes procéduraux et formels dont la mise en œuvre peut s'adapter à la présence de tiers garants (§II).

## **§I. Un contrôle assoupli portant sur les évaluateurs**

**379.** L'objectivité à laquelle prétend l'évaluation est *a priori*, comme pour toute expertise administrative, législative ou judiciaire, conditionnée par l'objectivité et la compétence des individus qui la réalisent. Le *Dictionnaire des politiques publiques* définit ainsi l'évaluateur

---

<sup>6</sup> Par exemple, l'évaluation environnementale a longtemps été préparée par le seul porteur du projet, donc un acteur partial et pas toujours doté des compétences techniques suffisantes, ce qui ne favorisait pas la production d'évaluations de qualité. L'instauration des autorités environnementales dans les années 2000, autorité impartiale chargée de vérifier l'évaluation produite, a eu une influence directe sur leur qualité. AUTORITÉ ENVIRONNEMENTALE, *Rapport annuel*, 2016, 56 p. L'absence continue d'un tel acteur dans la procédure d'études d'impact des projets de loi explique aussi leur faiblesse, d'ailleurs sénateurs et députés se sont exprimés en faveur de l'action en amont ou en aval d'un tiers impartial, v. la proposition de loi organique visant à améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi, texte n° 610 déposé le 5 juillet 2017 au Sénat.

<sup>7</sup> Articles 264 et suivants du code de procédure civile et articles R. 621-1 et suivants.

<sup>8</sup> V. *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §II.

<sup>9</sup> D. TRUCHET, « Déontologie des experts en santé : perspectives critiques », *RDSS*, 2018, p. 77-80.

comme une « personne bénéficiant des compétences et de la légitimité nécessaire pour édicter un jugement de valeur et rédiger un rapport d'évaluation »<sup>10</sup>. Cependant, l'évaluateur n'est pas un expert comme les autres.

La légitimité dont il doit disposer n'est pas nécessairement liée à son indépendance ou à son impartialité. Elle peut résulter de sa connaissance unique de l'objet expertisé. Par exemple, en pratique, l'évaluateur est parfois le porteur du projet évalué, qu'il est le seul à maîtriser : il est alors nécessairement partial. Si cette configuration survient dans plusieurs domaines – évaluation des contrats de partenariat, études d'impact environnemental et des projets de loi, entre autres –, c'est que l'objectivité de l'évaluation produite peut alors être obtenue *malgré* la partialité ou la dépendance de l'évaluateur. S'il est préférable que l'évaluateur soit indépendant et impartial, ces qualités ne constituent pas des conditions indispensables de l'objectivité de l'évaluation. Un contrôle pragmatique et assoupli des évaluateurs s'avère ainsi préférable (A). La même observation vaut pour l'exigence de compétence des évaluateurs et, plus largement, des experts non judiciaires. Même si l'évaluateur ou l'expert n'est pas parfaitement compétent, la justesse de l'évaluation finalement produite peut être préservée à condition qu'un tiers impartial et compétent intervienne dans la procédure avant la finalisation de l'expertise. Le juge pourrait ainsi, en parallèle du contrôle aménagé de l'indépendance et de l'impartialité de l'évaluateur, développer un contrôle spécifique de la compétence technique des experts non judiciaires (B).

### **A. Le contrôle assoupli de l'indépendance et de l'impartialité des évaluateurs**

**380.** D'après la définition initialement construite en introduction<sup>11</sup>, l'impartialité et l'indépendance de l'évaluateur seraient des éléments constitutifs de l'évaluation. Certains auteurs considèrent à ce titre que l'évaluation n'aurait « aucun sens » si elle était réalisée par des experts partiels ou liés à une personne intéressée à l'évaluation<sup>12</sup>. Ces affirmations

---

<sup>10</sup> L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT et P. RAVINET, *Dictionnaire des politiques publiques*, Les presses de Sciences Po, coll. « Gouvernances », 3<sup>e</sup> éd., 2010, p. 261.

<sup>11</sup> Il s'agit d'un *acte écrit, objectivant et justifiant un jugement de valeur porté par un évaluateur indépendant et impartial sur un objet, en fonction de données mesurées et selon des critères et des valeurs de référence qu'il ne choisit pas seul.*

<sup>12</sup> V. M. DEGOFFE, « L'utilisation de la notion d'évaluation dans le contrôle de l'action administrative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 193-202.

sont toutefois trop radicales : l'évaluation peut prétendre à l'objectivité malgré la partialité ou le manque d'indépendance des évaluateurs.

**381.** L'indépendance, comme le relève P. Rosanvallon, est une condition nécessaire, mais non suffisante de l'impartialité. Elle s'entend comme la liberté « d'effectuer un choix ou de prendre une décision » et constitue une « absence de subordination [qui ne] peut donc exister qu'organisée et instituée »<sup>13</sup>. Son contrôle est relativement abstrait dans la mesure où il se désintéresse du comportement de l'acteur dans le cas d'espèce. À l'inverse, l'impartialité dépend, en partie, de l'individu seul. Comme l'écrit B. Latour, l'impartialité « renvoie au sujet et à son état intérieur » : elle constituerait « à la fois une forme particulière de *subjectivité* » qui supposerait la distance, l'indifférence et le désintéressement de l'acteur et une « forme très précise de *subjectivation* par laquelle le chercheur se met sous la dépendance d'un objet d'expérience »<sup>14</sup>. De ce fait, les textes ne suffisent pas à la garantir, même s'ils peuvent y concourir<sup>15</sup> : elle doit faire l'objet d'un contrôle casuistique. À cette première forme d'impartialité s'ajoute la délicate impartialité objective, théorisée par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>16</sup>. Cette notion a des liens avec l'indépendance : comme elle, elle dépend de liens objectifs entre une personne et des activités ou des intérêts connexes. Cependant, comme l'impartialité subjective, elle fait l'objet d'un contrôle casuistique, à l'image du contrôle explicité par le Conseil d'État dans l'arrêt *Zambon France*<sup>17</sup>. Cette impartialité objective est « fondée sur le doute »<sup>18</sup>, le

---

<sup>13</sup> P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, éd. du Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2006, p. 151. Au niveau de la CEDH, l'indépendance du juge est un critère organique qui dépend bien de règles générales, v. P. MARCELLESI, *L'organisation de la justice administrative au regard de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, ANRT, 2002, p. 125 et s.

<sup>14</sup> B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État.*, La découverte, 2002, p. 250. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>15</sup> Des textes instaurant des incompatibilités ou limitant les pouvoirs d'un supérieur de révoquer un agent ou un juge peuvent concourir à établir l'impartialité objective, V. CEDH, Gr. Ch., *Piersack c. Belgique*, n° 8692/79 et CEDH, Gr. Ch., 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, n° 10486/83. Il en va de même pour les textes imposant les déclarations d'intérêts et d'activités.

<sup>16</sup> V. P. MARCELLESI, *L'organisation de la justice administrative au regard de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme...*, *op. cit.*, p. 125 et s. Pour examiner une question d'impartialité objective, le juge regarde si « certains éléments liés à son statut ou à ses fonctions autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier ».

<sup>17</sup> « Même en l'absence de texte, lorsqu'un membre d'une commission administrative à caractère consultatif est en situation de devoir s'abstenir de siéger pour l'examen d'une question, il est de bonne pratique qu'il quitte la salle où se tient la séance pendant la durée de cet examen ; que, toutefois, la circonstance que l'intéressé soit resté dans la salle n'entraîne l'irrégularité de l'avis rendu par la commission que si, en raison notamment de son rôle dans celle-ci, de l'autorité hiérarchique, scientifique ou morale qui est la sienne ou de la nature de ses liens d'intérêt, sa simple présence pendant les délibérations a pu influencer les positions prises par d'autres membres de l'instance », CE, Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, req. n° 361962, Rec. p. 245.

<sup>18</sup> L. de FOURNOUX, *L'impartialité de l'administration*, thèse Strasbourg, 2017, p. 133.

doute de partialité qui pèse sur l'auteur d'un acte au regard de sa position institutionnelle ou des activités qu'il exerce ou qu'il a exercées. Ce contrôle casuistique<sup>19</sup> inclut notamment les conflits d'intérêts, définis comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »<sup>20</sup>. Ils peuvent ainsi s'analyser comme des conflits de loyauté<sup>21</sup> entre un intérêt tiers, économique ou moral, et l'intérêt général<sup>22</sup>.

Intuitivement, l'application de toutes ces notions semble indispensable pour garantir la qualité du travail d'un expert. Pourtant, l'indépendance et l'impartialité des évaluateurs sont garanties de manière minimale par les textes (1). Ces accroc à l'intégrité de l'évaluateur ne sont toutefois pas déterminants dès lors que le juge pourra garantir, par un moyen subsidiaire, l'objectivité de l'évaluation finalement produite (2).

#### 1) La garantie d'une indépendance et d'une impartialité minimale des évaluateurs

**382.** Nonobstant la conviction de nombreux auteurs<sup>23</sup>, il n'est pas nécessaire de soumettre les évaluateurs à un principe général d'indépendance pour garantir l'objectivité de l'évaluation. Non seulement un tel principe serait difficile à mettre en place tant sur un plan théorique que pratique, mais il pourrait contrevenir à l'objectif d'amélioration de l'évaluation. À cet égard, D. Truchet estime qu'il « semble impossible d'affirmer l'existence d'une obligation déontologique générale d'indépendance des experts »<sup>24</sup>. Cependant, de prime abord, l'indépendance de l'évaluateur paraît être un principe de bon

---

<sup>19</sup> V. entre autres CE, 11 fév. 2011, *Sté Aquatrium*, req. n° 319828, Rec. p. 42, et CE, Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France* req. n° 361962, Rec. p. 245. Pour un commentaire de cette jurisprudence, v. J. PEIGNÉ, « L'annulation d'une recommandation de la Haute Autorité de santé pour conflits d'intérêts », *RDSS*, 2011, p. 483-490

<sup>20</sup> Au sens de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. V. Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, dite « Commission Sauvée, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 2011, 121 p. Disponible sur l'Internet.

<sup>21</sup> L. de FOURNOUX, *L'impartialité de l'administration*, *op. cit.*, p. 213.

<sup>22</sup> « En matière administrative, le principe d'impartialité a en réalité pour seul objet de garantir que les autorités et les commissions ne soient pas détournées de leur mission d'intérêt général », R. DECOU-PAOLINI, concl. sur CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, Rec., p. 240.

<sup>23</sup> V. P. CROCO, « Élaboration et diffusion des avis », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 75 et s. ; B. DROBENKO, « Évaluation environnementale des documents d'urbanisme : entre enjeux et méthodes », *RFDA*, 2008, p. 640 et s. ; D. MIGAUD, « Les cinq défis de l'évaluation », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 854, et X. BIOY, « L'évaluation, nouvelle forme de création normative ? », in *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 203-220.

<sup>24</sup> D. TRUCHET, « Déontologie des experts en santé : perspectives critiques », *loc. cit.*, p. 80.

sens. Puisque l'expert judiciaire doit être indépendant du juge et des parties au procès<sup>25</sup>, il semble normal d'attendre de l'évaluateur, qui est aussi un expert, qu'il soit indépendant du décideur et de l'évalué, c'est-à-dire qu'il n'ait pas de comptes à leur rendre<sup>26</sup>. Pourtant, en droit positif, ni le juge constitutionnel<sup>27</sup> ni le juge administratif<sup>28</sup> n'exigent que les experts non judiciaires et, plus généralement, toutes les autorités consultées en dehors d'un procès soient indépendantes de l'autorité administrative compétente pour édicter la décision. Ainsi, alors que le juge de l'Union européenne a dégagé un principe d'indépendance et d'excellence des avis scientifiques dans le champ d'application du principe de précaution<sup>29</sup>, le juge administratif n'a pas imposé la réalisation d'évaluations indépendantes dans ce domaine<sup>30</sup>. L'évaluateur peut dépendre, hiérarchiquement, de l'évalué ou du décideur. Cette dépendance serait même une caractéristique de la catégorie des expertises administratives dont relève l'expertise évaluative, selon A. Noury<sup>31</sup>.

**383.** L'absence de protection juridique de l'indépendance des autorités consultatives serait due à l'organisation administrative et aux difficultés pratiques qu'imposerait l'obligation de consulter systématiquement une autorité institutionnellement indépendante. En matière évaluative, l'exigence d'indépendance pourrait même constituer une formalité impossible, notamment pour les évaluations individuelles de fonctionnaires, puisque la seule personne

---

<sup>25</sup> Les experts sont choisis à partir de tableaux et doivent désormais fournir une déclaration d'intérêts devant attester leur indépendance, art. R. 221-13 CJA.

<sup>26</sup> J. LAVEISSIÈRE, « Les "mal notés" et le juge », *AJDA*, 1981, n° 3, p. 119-127.

<sup>27</sup> Aucun principe constitutionnel d'impartialité ou d'indépendance des autorités consultatives n'a été énoncé.

<sup>28</sup> Il n'y a pas de principe général d'indépendance des autorités consultées dans le code des relations entre le public et l'administration. Seul un principe général d'impartialité a été codifié à l'article R. 133-1.

<sup>29</sup> V. Tribunal de l'UE, 11 sept. 2002, *Pfizer Animal Health c. Conseil*, T-13/99, Rec. p. II-3305, et Tribunal de l'UE, 9 sept. 2008, *Bayer Cropscience e.a. c. Commission*, aff. T-75/06. Elle est plusieurs fois affirmée dans les règlements instaurant les agences sanitaires européennes, comme le Règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires et le Règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>30</sup> CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°s 342409, 342569, 342689, 342740, 342748 et 342821, Rec. p. 60 : « Il appartient dès lors à l'autorité compétente de l'État, saisie d'une demande tendant à ce qu'un projet soit déclaré d'utilité publique, de rechercher s'il existe des éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage grave et irréversible pour l'environnement ou d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé, qui justifierait, en dépit des incertitudes subsistant quant à sa réalité et à sa portée en l'état des connaissances scientifiques, l'application du principe de précaution ; que, si cette condition est remplie, il lui incombe de veiller à ce que des procédures d'évaluation du risque identifié soient mises en œuvre par les autorités publiques ou sous leur contrôle ». Nous soulignons. V. E. CARPENTIER, « Principe constitutionnel de précaution et expropriation : mode d'emploi par l'administration et modalités de contrôle par le juge », *Constitutions*, 2013, p. 261-265.

<sup>31</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, op. cit., p. 522.

qui détient la connaissance nécessaire pour l'évaluation est intégrée dans la hiérarchie administrative et la chaîne de décision. Dans cette hypothèse, il est compréhensible que le juge exige seulement une forme minimale d'indépendance : il ne faut pas que l'évaluation soit dictée par le supérieur hiérarchique de l'évaluateur<sup>32</sup>. Cette indépendance pourrait être érigée en règle générale et appliquée à l'ensemble des évaluations pour constituer l'indépendance « euphémisée »<sup>33</sup>, c'est-à-dire atténuée, des évaluateurs.

La structure hiérarchique de l'administration ne justifie toutefois pas toutes les hypothèses de dépendance de l'évaluateur. En effet, l'évaluateur peut être organiquement indépendant de l'administration, mais dépendant du porteur du projet évalué, avec qui il ne peut faire qu'un. Difficile, dans cette situation, de parler d'évaluateur indépendant. Cette confusion entre l'évaluateur et l'évalué existe pour les évaluations environnementales au sens large, pour les évaluations préalables des contrats et marchés de partenariat et pour les évaluations destinées au Parlement, puisque l'évaluateur est le ministère à l'origine du projet de loi<sup>34</sup>. Selon B.-L. Combrade, cette dernière situation se comprend au regard des « processus difficilement séparables [que sont] la réflexion technique sur les *incidences* de la réforme et la réflexion politique sur le *contenu* de la réforme »<sup>35</sup>. Cette justification vaut en réalité pour toutes les hypothèses retenues. À chaque fois, seul l'évalué a les connaissances et une maîtrise suffisantes du projet pour mener à bien l'évaluation. Cette seconde forme de dépendance de l'évaluateur résulte donc, comme la première, de considérations pratiques.

**384.** La tolérance des pouvoirs publics s'évanouit d'ailleurs quand la dépendance supposée n'est pas techniquement ou institutionnellement justifiée. Ainsi, avant de s'intéresser aux conflits d'intérêts pouvant impliquer l'ensemble des fonctionnaires<sup>36</sup>, les pouvoirs législatif et réglementaire ont accordé une attention particulière aux conflits d'intérêts pouvant affecter les évaluateurs travaillant au sein d'autorités administratives ou

---

<sup>32</sup> CE, 26 mai 1971, *ministre de l'Économie et des Finances c. sieur Marnas*, Rec. p. 381. Le notateur doit pouvoir « exercer librement » son pouvoir de notation. Seule l'édition de directives de notation/appréciation est permise, CE, 23 juin 1972, *Pinabel*, Rec. p. 481. V. aussi J. MASSOT, « Le contrôle du Conseil d'État sur l'appréciation par l'Administration de l'aptitude professionnelle des fonctionnaires », *EDCE*, 1957, p. 53 et s.

<sup>33</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, op. cit., p. 522.

<sup>34</sup> Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle (procédure).

<sup>35</sup> B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2017, p. 276.

<sup>36</sup> Article 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dite loi « Le Pors », créé par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

publiques indépendantes, c'est-à-dire les experts de la HAS et du HCERES. La précision des textes relatifs au HCERES est encore une fois remarquable. Ils garantissent que le HCERES, autorité administrative indépendante succédant à l'AERES et au CoNRS est composé de membres indépendants<sup>37</sup> et qu'il recrute des experts également indépendants pour ses campagnes d'évaluation<sup>38</sup>. Ce degré de protection est comparable à ce qui a été établi en matière sanitaire.

En 2002, avant de créer la HAS, qui est une autorité publique indépendante, le législateur a pérennisé la pratique de prévention des conflits d'intérêts développée au sein des agences sanitaires dès 1993<sup>39</sup>. Cette prévention se traduit par l'interdiction faite aux experts de traiter une question dans laquelle ils ont un intérêt direct et indirect ainsi que par une obligation de déclaration d'intérêts avant et pendant l'exercice des fonctions au sein des agences<sup>40</sup>. À travers ces règles, le législateur a cherché à protéger l'indépendance des experts sanitaires à l'égard des différents acteurs économiques intervenant dans le champ de la santé<sup>41</sup> et il a cherché à prévenir l'interférence d'intérêts privés dans leur mission d'intérêt général.

Leur indépendance organique à l'égard du décideur, le ministre, est quant à elle garantie par l'indépendance de la HAS<sup>42</sup> et de son collège qui nomme les membres de la Commission de la transparence en fonction de leur expertise et des éventuels conflits d'intérêts, « de manière à ce que la composition globale de la Commission puisse être équilibrée en termes de disciplines scientifiques, de compétences, de modes et de lieux d'exercice représentés, ainsi que de parité »<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> V. les procédures de nomination du Collège du HCERES prévues à l'article L. 114-3-3 du code de la recherche et les procédures de nomination des experts ponctuels exposée dans le décret n° 2014-1365 du 14 novembre 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur.

<sup>38</sup> Décret n° 2014-1365 du 14 novembre 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur.

<sup>39</sup> M. TRÉPEAU, « La prévention des conflits d'intérêt dans le domaine de la santé », *RDSS*, 2016, p. 116-128.

<sup>40</sup> Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé. Elle est venue étendre les obligations de déclarations présentes dans la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Sur le contenu précis de ces obligations et leur évolution, v. J. PEIGNÉ, « Du Mediator aux prothèses PIP en passant par la loi du 29 décembre 2011 relative à la sécurité sanitaire des produits de santé », *RDSS*, 2012, p. 315-331.

<sup>41</sup> V. A. TABUTEAU, « Sécurité sanitaire et agences, le renouveau de la santé publique », *EDCE*, 1998, p. 474-486, et F. BAS-THÉRON, C. DANIEL et N. DURAND, *Expertise sanitaire. Rapport de synthèse*, IGAS, 2011, 11 p.

<sup>42</sup> Article L. 161-37 du code de la sécurité sociale. Les anciens experts de l'ANAES ne pouvaient pas se prévaloir de ce statut. Les actions de l'ANAES étaient en effet critiquées en raison de l'indépendance insuffisante de l'agence, due à sa soumission à la tutelle du ministre de la santé, L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Vol. 52, 2006, p. 87

<sup>43</sup> Indications disponibles sur les pages d'appel à candidatures du site Internet de la HAS.

Toutefois, si, par le passé, des agences sanitaires instaurent des procédures de sélection rigoureuses des experts, à l'image de l'ancienne Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA)<sup>44</sup>, la HAS ne communique pas sur les services chargés de réaliser le recrutement des experts de la Commission de la transparence et des experts visiteurs<sup>45</sup>. Cette opacité n'entrave cependant pas le contrôle juridictionnel de l'impartialité de ses membres. Celui-ci s'exerce déjà sur les membres de la Commission de la transparence<sup>46</sup>. Il se traduit par une obligation spécifique d'abstention quand les personnes soupçonnées siègent dans des organes collégiaux<sup>47</sup>. Le statut des experts sanitaires fait ainsi figure d'exception au regard de la situation générale des évaluateurs.

**385.** Si ce régime protecteur paraît pertinent, la généralisation de l'exigence d'indépendance approfondie de l'évaluateur n'apparaît néanmoins pas toujours réalisable ni souhaitable. La garantie d'une indépendance minimale pourrait en effet profiter à l'évaluation et à la rationalisation des décisions publiques, à en croire de nombreux auteurs politistes. Selon eux, une évaluation est mieux suivie quand elle est réalisée par une personne appartenant à l'institution évaluée<sup>48</sup>. Il serait donc préférable que le juge ne censure pas automatiquement tout défaut d'indépendance des évaluateurs. Au-delà de la question de l'efficacité de l'évaluation, il semble en effet que, dès lors que l'indépendance amoindrie de l'évaluateur n'affecte pas l'objectivité de l'évaluation, elle pourrait être tolérée. De même, une impartialité moindre de l'évaluateur ou de l'expert non judiciaire

---

<sup>44</sup> V. M. OLIVIER, « Les experts institutionnels de l'agence française de sécurité sanitaire des aliments », *La Gazette du Palais*, 2004, n° 10, p. 14-23. La procédure de sélection indiquée sur le site de la HAS montre en effet l'intervention de différents services dans le processus de recrutement.

<sup>45</sup> Informations disponibles sur l'onglet consacré aux procédures d'accréditation et de certification sur le site de la HAS.

<sup>46</sup> CE, Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France* req. n° 361962, Rec. p. 245.

<sup>47</sup> V. L. de FOURNOUX, *Le principe d'impartialité de l'administration*, op. cit., p. 370 et s.

<sup>48</sup> Pour les parlementaires il ne faudrait pas confier de missions d'évaluations à des autorités administratives indépendantes, v. J. BOURDIN, P. ANDRÉ et J.-P. PLANCADE, *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, éd. du Sénat, coll. « Les rapports du Sénat », n° 392, 2004, p. 20 et p. 42 et s. Promeuvent également une indépendance « modérée » de l'évaluateur S. TROSA, « L'évaluation, nécessité ou gadget ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France – IGPDE, p. 6-13 ; F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 11-33 ; V. HESPEL, « L'avenir institutionnel de l'évaluation des politiques publiques », *PMP*, vol. 20, n° 4, 2002, numéro spécial : « L'évaluation de l'action publique : pour quand ? », p. 51-65 ; E. MONNIER, *Évaluation de l'action des pouvoirs publics. Du projet au bilan*, Economica, 1987, p. 109 ; P. GIBERT, « Contrôle et évaluation, au-delà des querelles sémantiques, parenté et facteurs de référence », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 71-88, et J. LECA, « Sur le rôle de la connaissance dans la modernisation de l'État et le statut de l'évaluation », *RFAP*, 1993, n° 66, p. 185-196.

pourrait être admise dès lors que des moyens détournés permettent de garantir l'impartialité finale de l'évaluation ou de l'expertise produite.

**386.** S'il n'est pas soumis à un principe général d'indépendance, tout expert s'adressant à l'administration est, en revanche, en tant qu'autorité consultative, soumis à un principe général<sup>49</sup>, mais non absolu<sup>50</sup> d'impartialité. À cet égard, tous les auteurs pour qui la confusion entre évalué et évaluateur est parfois nécessaire<sup>51</sup> estiment qu'à défaut de pouvoir assurer l'indépendance des experts de l'administration, il faut redoubler de vigilance quant à leur impartialité.

Le principe d'impartialité applicable aux experts-consultants de l'administration ne découle pas de l'article R. 133-1 du code des relations entre le public et l'administration. Il provient du principe jurisprudentiel défini par le juge administratif à partir de 1949<sup>52</sup>. Ce principe comprend essentiellement les situations désintéressées de partialité, comme les partis pris résultant de causes individuelles (le for intérieur d'un agent, l'impartialité subjective classique) ou institutionnelles (cumul ou succession de fonctions dans une même affaire)<sup>53</sup>.

Cependant, alors que l'application de ce principe aux experts s'adressant à l'administration paraît d'autant plus importante que nombre d'entre eux ne sont pas indépendants, elle a rarement lieu. Le principe d'impartialité est uniquement appliqué aux

---

<sup>49</sup> V. notamment CE, Sect., 29 avril 1949, *Bourdeaux*, Rec. p. 488 et CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec. p. 399. Le principe d'impartialité est un principe général du droit selon la doctrine, v. E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478 ; P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif*, Montpellier-Université de Montpellier I, coll. « Thèses », t. 2, 2005, p. 453 ; B. QUIRINY, « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP*, 2006, n°2, p. 375-390 et L. de FOURNOUX, *L'impartialité de l'administration*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>50</sup> Certaines consultations sont motivées par l'appartenance partisane de l'autorité consultée. E. MITARD, « L'impartialité administrative », *loc. cit.*, p. 478-496.

<sup>51</sup> V. dans ce sens B. LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, La Doc. Fr., 2004, p. 31, et L. DE LA RAUDIÈRE (prés.) et P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, La Doc. Fr., 2014, p. 69.

<sup>52</sup> CE, 4 mars 1949, *Trèbes*, S. 1950, III, p. 21 ; CE, Sect., 29 avril 1949, *Bourdeaux*, Rec. p. 488 ; CE, Ass., 27 avril 1951, *Mélamède*, Rec. p. 226 ; CE, 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, Rec. p. 413 ; CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec. p. 399 et CE, 20 avril 2005, *Karsenty*, Rec. p. 151. V. A.-M. LE POURHIET LE BOS, « Le contrôle de l'impartialité des avis », in G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, *Economica*, 1979, p. 56-70 ; M. DEGOTTE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 711-726, et S. DELIANCOURT, « Le respect du principe d'impartialité au cours de la procédure d'élaboration de l'acte administratif », *La Gazette du Palais*, mars 2015, n° 73, p. 14 et s.

<sup>53</sup> V. P. MARCELLESI, *L'organisation de la justice administrative au regard de l'article 6 § 1...*, *op. cit.*, p. 125 et s., et E. MITARD, « L'impartialité administrative », *loc. cit.*, p. 478-496.

experts sanitaires<sup>54</sup>. Le législateur et le juge administratif l'ignorent en matière d'évaluation des fonctionnaires et de l'enseignement supérieur, ainsi qu'en matière de contrats et marchés de partenariat et d'évaluations environnementales. Le juge constitutionnel ne requiert pas davantage l'impartialité des rédacteurs des études d'impact des projets de loi<sup>55</sup>. Or trois de ces catégories d'évaluations se caractérisent par la partialité patente de leur rédacteur, qui est une émanation du décideur et/ou le porteur du projet évalué<sup>56</sup>.

L'objectivité d'une expertise peut toutefois être obtenue sans exiger l'impartialité des experts chargés de rédiger l'avis. Il n'est pas « paradoxal » d'exiger l'impartialité d'un acte à la place de l'impartialité des hommes préparant cet acte<sup>57</sup>. S'agissant des évaluations, il se peut même que l'exigence absolue d'impartialité des autorités consultatives n'améliore ni la qualité des expertises législatives et administratives ni celle des décisions publiques. En effet, dans les hypothèses précitées, la confusion entre l'évaluateur et l'évalué s'explique par la nécessité d'avoir un évaluateur qui connaît bien le projet évalué, qui le maîtrise et qui le fait évoluer au gré de l'évaluation. Si une personne indépendante et impartiale rédigeait ces évaluations, leur objectivité serait certes plus immédiatement garantie, mais le processus décisionnel serait exagérément ralenti et l'évaluation générerait plus qu'elle n'aiderait le décideur. Or, ce qui compte le plus dans une procédure d'expertise, ce n'est pas tant l'objectivité du rédacteur que l'objectivité de l'acte finalement produit (2).

---

<sup>54</sup> En droit de la santé, le juge contrôle l'absence de conflits d'intérêts et applique plus généralement le principe d'impartialité, v. CE, 27 avril 2011, *FORMINDEP*, req. n° 334396, Rec. p. 168, pour la HAS, et CE, 11 fév. 2011, *Sté Aquatrium*, req. n° 319828, Rec. p. 42, pour l'AFFSA devenue l'ANSES.

<sup>55</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre II, Section 2, §I, A, 2).

<sup>56</sup> Ce qui est regretté par la doctrine, v. A. PALANCHON et A. JOVENIAUX, *Les études d'impact en France : éléments de pathologie*, Neuilly, Ministère de l'environnement, 1977, p. 214 et s. ; M. DESPAX, *Droit de l'environnement*, Librairies techniques, 1980, p. 168 ; O. SOUBEYRAN, « Définir les politiques. Les études d'impact », in D. de BÉCHILLON, J. CAILLOSSE et D. RENARD (dir.), *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2001, p. 192, et M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 104. Le maître d'ouvrage chargé de présenter le projet peut déléguer la réalisation de l'étude à un tiers, mais il reste alors le commanditaire de l'étude produite, v. T. GARANCHER, *Études d'impact environnemental*, 2013, éd. Le Moniteur, coll. « Pratique du droit », 2013, p. 125 et s.

<sup>57</sup> P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif*, Montpellier-Université de Montpellier I, coll. « Thèses », t. 2, 2005, p. 717 : « il peut sembler paradoxal d'associer les termes de "décision" et d'"impartialité". (...) Il s'agit de désigner ainsi la décision qui prend parti sans que ce parti pris puisse être perçu comme l'expression d'une forme de partialité. Ainsi comprise la notion de décision impartiale renvoie à une conception active de l'impartialité, par opposition à la conception passive qui domine l'exception de la notion appliquée à l'auteur de la décision ».

## 2) Le contrôle en deux temps de l'impartialité et de l'indépendance des évaluateurs

**387.** Le principe général d'impartialité de l'administration<sup>58</sup> pourrait être reformulé en matière d'expertises non judiciaires, donc en matière évaluative. Le juge pourrait en premier lieu s'intéresser à l'impartialité subjective de l'expert ou de l'évaluateur de manière classique : son impartialité suffirait, selon la jurisprudence traditionnelle, à assurer l'impartialité de l'ensemble de la procédure. Si l'évaluateur ou l'expert s'avère partial, au lieu d'annuler ou de censurer automatiquement les expertises, le juge vérifierait que l'impartialité de l'évaluation n'est pas assurée par l'intervention, dans la procédure, d'un tiers garant qui cumule, en lieu et place de l'évaluateur, les garanties d'indépendance et d'impartialité requises à l'édiction d'une évaluation fiable<sup>59</sup>. Ce tiers garant aurait la charge de donner un avis sur la qualité et la fiabilité de l'évaluation, voire de rendre une décision contraignante enjoignant à l'évaluateur de reprendre une partie de son évaluation. Le suivi par l'évaluateur des éventuelles indications décisives ou consultatives serait ainsi un renseignement précieux sur la qualité de l'évaluation réalisée.

L'indépendance compensatoire attendue de ces tiers garants pourrait s'inspirer du standard de l'« autonomie réelle »<sup>60</sup> imposée par l'Union européenne aux tiers garants intervenant dans les procédures d'évaluations environnementales. Cette autonomie est définie par le juge de l'Union comme « une séparation fonctionnelle (...) organisée de telle manière qu'une entité administrative, interne à celle-ci, dispose d'une autonomie réelle, impliquant notamment qu'elle soit pourvue de moyens administratifs et humains qui lui sont propres, et soit ainsi en mesure de remplir les missions confiées aux autorités de consultation au sens de cette directive et, en particulier, de donner de manière objective son avis »<sup>61</sup>. Cette indépendance minimale serait associée à une exigence classique d'impartialité du tiers garant : pas de préjugement intéressé (conflit d'intérêts) ni désintéressé (préjugement institutionnel ou parti pris).

---

<sup>58</sup> V. CE, Sect., 29 avril 1949, *Bourdeaux*, Rec. p. 488 et CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec. p. 399.

<sup>59</sup> Pour une défense d'un tel système, v. R. DENOIX DE SAINT MARC, « Rapport d'impact sur l'environnement », *RJE*, n° 3-4, 1976, p. 250-256 ? et J. BÉTAILLE, « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisantes récurrentes », *RJE*, 2010, n° spécial, p. 241-251.

<sup>60</sup> V. CJUE, 20 oct. 2011, *Department of the Environment for Northern Ireland/Seaport e.a.*, préc.

<sup>61</sup> *Ibid.*, point 42.

**388.** Ce contrôle serait immédiatement applicable en droit de l'environnement et de l'urbanisme. Dans ces matières, conformément aux exigences européennes<sup>62</sup>, des autorités environnementales ont été créées en 2004 et en 2005<sup>63</sup> puis réformées en 2016<sup>64</sup> pour compenser la partialité du maître d'ouvrage chargé de rédiger l'évaluation de son projet. L'avis de ces tiers garants est purement consultatif, mais il est public<sup>65</sup>, et il est déjà utilisé par le juge comme élément probatoire pour mettre à jour les insuffisances des études d'impact<sup>66</sup>. Un organe comparable a été introduit en 2016 dans la procédure évaluative des marchés de partenariat, du fait du remplacement de la MAPPP (Mission d'appui aux partenariats publics-privés), critiquée pour sa partialité en faveur des contrats de partenariat<sup>67</sup>, par la Fin Infra (mission d'appui aux financements des infrastructures)<sup>68</sup>. En vertu du principe d'impartialité subsidiaire ou compensatoire, les évaluations préalables

---

<sup>62</sup> V. la directive n° 97/11/CE du 3 mars 1997, article 1er-7 pour les projets et la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 pour les documents d'urbanisme. Depuis, le juge de l'Union a eu l'occasion de se prononcer une fois sur ces autorités indépendantes dénommées « autorités environnementales en France, CJUE, 20 octobre 2011, *Department of the Environment for Northern Ireland/Seaport e.a.*, aff. C-474/10 ; Chron. M. AUBERT et E. BROUSSY, *AJDA*, 2011, 41, p. 2339-2340 ; comm. O. VIDAL, « "Qu'importe le flacon pourvu qu'on ait l'ivresse" : nouveau précepte pour la phrase consultative de l'évaluation environnementale », *RJE*, 2012, n° 2, p. 283-294.

<sup>63</sup> La transmission de l'évaluation des documents d'urbanisme à une autorité environnementale a été prévue par l'ordonnance n° 2004-489 du 3 juin 2004 portant transposition de la directive 2001/42/CE et le décret n° 2005-613 du 27 mai 2005 ; pour les études d'impact des projets il a fallu attendre l'intervention du décret n° 2005-613 du 27 mai 2005.

<sup>64</sup> Décret n° 2016-519 du 28 avril 2016 portant réforme de l'autorité environnementale, pris après une annulation prononcée par le juge en matière d'évaluation des documents d'urbanisme, CE, 26 juin 2015, *France Nature Environnement*, n° 360212, Rec. T. p. 577-834. Cet arrêt est survenu juste après la publication d'un rapport qui faisait état des problèmes d'indépendance – donc d'impartialité – des autorités environnementales, J. VERNIER, *Moderniser l'évaluation environnementale*, 2015, 96 p., disponible sur l'Internet.

Aujourd'hui, la désignation de l'autorité environnementale fait l'objet des articles R. 122-6 à R. 122-8 du code de l'environnement pour les études d'impact et pour les évaluations de documents d'urbanisme les articles R. 122-19 et R. 122-21 du même code.

Le décret de 2016 a imposé une séparation fonctionnelle entre l'autorité environnementale et les décideurs mais, en réservant au préfet de région une partie des compétences d'autorité environnementale, ce texte n'a pas réussi à imposer parfaitement la séparation fonctionnelle requise par le juge de l'Union, ce qui a donné l'occasion au Conseil d'État d'annuler certaines dispositions du décret de 2016, CE, 6 déc. 2017, *Assoc. France Nature Environnement*, n° 400559, rec. T. 691 V. L. SANTONI, « L'autorité environnementale (AE) doit être autonome à l'égard du maître d'ouvrage et de l'autorité compétente », *Construction-Urbanisme*, janv. 2018, comm. 1. Cet arrêt a depuis été confirmé, CE, 13 mars 2019, *France Nature environnement*, req. n° 414930, à paraître aux tables du Recueil Lebon.

<sup>65</sup> Ce qui fait sa force, V. M. BADRÉ, « Évaluation environnementale, autorité environnementale, des objets juridiques nouveaux ? », *Droit Envir.*, 2009, n° 173, p. 13-17, et Y. JÉGOUZO, « L'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et programmes », *AJDA*, 2005, p. 2100 et s.

<sup>66</sup> V. CAA de Marseille, 19 oct. 2015, req. n° 14MA01232 et CAA de Douai 15 sept. 2016, req. n° 15DA00246, Inédits au recueil Lebon.

<sup>67</sup> V. COUR DES COMPTES, *Rapport public 2015*, t. II, chap. 3 « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », La doc. Fr., p. 148-217, et H. PORTELLI et J.-P. SUEUR, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », 2014, 99 p.

<sup>68</sup> Décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures.

révisées ou réalisées avec l'appui de cette mission pourraient être déclarées légales malgré l'absence d'impartialité et d'indépendance de l'évaluateur. Néanmoins, ce second exemple est spécifique dans la mesure où l'apparence d'impartialité de la Fin Infra peut être mise en doute après une analyse plus poussée. En effet, malgré l'opacité des nominations dans ce service et la suppression de toute page relative à l'ancienne MAPPP, la publicité des *curriculum vitae* des membres composant le service Fin Infra en février 2018 révèle que sur les huit membres qu'il compte, pas moins de cinq d'entre eux sont des anciens membres de l'équipe de la MAPPP nommés entre 2013 et 2015<sup>69</sup>. Une majorité des membres de Fin Infra ont donc fait partie du service chargé de promouvoir les contrats de partenariat<sup>70</sup> et accusé d'avoir toujours favorisé ces contrats lors de sa mission d'appui. Leur impartialité peut donc être mise en doute et justifier l'annulation des évaluations préalables des marchés de partenariat. Un simple remaniement de personnel pourrait toutefois assurer l'impartialité du service et permettre aux évaluations préalables de passer avec succès un contrôle de leur impartialité.

En revanche, s'agissant des études d'impact des projets de loi, seul un changement drastique de procédure les mettrait en conformité avec le principe aménagé de l'impartialité. En effet, l'existence même d'un tiers garant fait ici défaut, puisque les études d'impact des projets de loi sont réalisées par le ministère qui porte le projet sous le pilotage du secrétariat général du gouvernement et du cabinet du Premier ministre<sup>71</sup>, sans qu'un tiers à la procédure législative ne donne son avis. Or le secrétariat général du gouvernement est un organe du gouvernement au service des ministères : il n'est pas indépendant à l'égard du porteur du projet, ni impartial. S'il peut en principe, avec le cabinet du Premier ministre, refuser la transmission du projet de loi au Conseil d'État quand il juge l'évaluation insuffisante, il n'a jamais usé de cette faculté<sup>72</sup>. La piètre qualité de ces études d'impact a pourtant été relevée maintes fois par la doctrine organique et universitaire<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Il s'agit de Salim Bensmail, Yann le Tourneur, Louis-Gonzague Melchior, Antoine Tardivo, Pierre Guillot et Maud de Vautibault.

<sup>70</sup> V. H. PORTELLI et J.-P. SUEUR, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », 2014, 99 p., et COUR DES COMPTES, *Rapport public 2015*, t. II, chap. 3 « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », La doc. Fr., p. 148-217

<sup>71</sup> Circulaire de 2009 de procédure législative précitée.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> V. J.-M. SAUVÉ, « Le rôle du Conseil d'État dans la mise en œuvre des études d'impact », intervention du 29 nov. 2010 lors de la conférence *L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique*, organisée par l'Université Ouest Nanterre La Défense au Cercle France Amériques, 2010 ; S. HUTIER, « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, 2015/1, n° 101, p. 73-86 ; A. VIDAL-NAQUET, « Évaluation et qualité normative », in. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public, op. cit.*, p. 41-66 ; B.-L. COMBRADE,

Certes, le Conseil d'État à qui sont transmises ces études est indépendant à l'égard du Gouvernement et du Parlement et il est en principe impartial lorsqu'il exerce sa fonction consultative<sup>74</sup>. Cependant, il ne constitue pas pour autant un tiers garant : il ne regarde pas la qualité au sens plein des études d'impact, il vérifie seulement leur suffisance et il pratique un examen limité<sup>75</sup>. Ce retrait distingue la France des ordres juridiques voisins, où une entité indépendante a été adjointe au ministère pour contrôler la qualité, au sens plein, de l'évaluation réalisée. Le Royaume-Uni<sup>76</sup>, l'Allemagne<sup>77</sup>, les Pays-Bas<sup>78</sup> et l'Union européenne<sup>79</sup> disposent notamment d'un organisme chargé de réaliser un contrôle de qualité des évaluations produites par le porteur du projet. Malgré l'appel de plusieurs auteurs en faveur de l'insertion d'un tiers impartial similaire dans la procédure d'élaboration des études d'impact des projets de loi<sup>80</sup>, cette évolution ne semble pas à l'ordre du jour<sup>81</sup>. En revanche, un tiers garant intervenant au stade parlementaire de la procédure législative pourrait être instauré par la révision constitutionnelle prévue pour

---

*L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, op. cit.*, 492 p., et CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, La Doc. Fr., 2016, 256 p.

<sup>74</sup> Cons. const. 22 juill. 1980, n° 80-119 DC, et articles 12 et 13 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie.

<sup>75</sup> V. J.-M. SAUVÉ, « Le rôle du Conseil d'État dans la mise en œuvre des études d'impact », *loc. cit.*, p. 2 ; J.-M. SAUVÉ reconnaît lui-même que le Conseil d'État ne vérifie pas la qualité de l'étude d'impact. Il ne peut donc pas garantir son impartialité. J.-M. SAUVÉ, intervention à la table ronde « Contrôler et évaluer la loi », in ASSEMBLÉE NATIONALE, colloque « Mieux légiférer », Hôtel de Lassay, 28 novembre 2014, compte rendu disponible sur le site de l'Assemblée nationale et B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, op. cit.*, p. 82 et s.

<sup>76</sup> Le UK Regulatory Policy Committee a été créé en 2009. V. M. GIBBONS, « Penser et voter la loi », *JCP G*, 2015, n° spécial 14, p. 8-9.

<sup>77</sup> Le *Nationaler Normenkontrollrat*, mis en place en août 2006 par une loi fédérale.

<sup>78</sup> Le *Adviescollege toetsing regeldruk*, l'ACTAL, qui est complètement indépendant du gouvernement et de l'administration, v. CONSEIL D'ÉTAT, « Mission du Conseil d'État aux Pays-Bas (La Haye) », in *Simplification et qualité du droit*, p. 155-165.

<sup>79</sup> Il s'agit de l'*Impact Assessment Board (IAB)*, v. EUROPEAN PARLIAMENT, *Comparative study on the purpose, scope and procedures of impact assessments carried out in the Member States of the EU*, 2011, p. 61 et s. Son indépendance découle uniquement de la pratique, étant donné que ses membres sont nommés par la Commission, chargée de rédiger les études d'impact. Elle a pu être questionnée, v. L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative, op. cit.*, p. 53 et s. Toutefois, si son indépendance institutionnelle n'est pas assurée, en pratique, les avis de l'IAB ont une force certaine et ne sont pas déconsidérés, v. T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 403 et s.

<sup>80</sup> V. notamment D. ASSOULINE, *Rapport d'information n° 623 au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois*, 2014, Sénat, p. 92 et s., et L. ECK, « Un instrument de délibération entre les organes : les études d'impact », in *La délibération après la révision constitutionnelle de 2008*, Actes de la Journée de la Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle, Mare et Martin, 2015, p. 72-84.

<sup>81</sup> Au contraire, une proposition de loi a été déposée devant le Sénat pour supprimer la partie évaluative de l'étude d'impact, v. H. PORTELLI, *Rapport de la commission des Lois sur la proposition de loi organique de M. Jacques MÉZARD et plusieurs de ses collègues visant à supprimer les alinéas 8 à 10 de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 1er juillet 2014*, juin 2015, 35 p.

2019<sup>82</sup>. Pour l'instant, en l'absence d'une telle autorité, l'objectivité des évaluations produites sur le fondement de l'article 39 de la Constitution n'est pas garantie. La plupart des études d'impact produites pourraient donc être annulées lors des contrôles réalisés sur le fondement de l'article 39 ou de l'article 61 sur le fondement du contrôle aménagé de l'impartialité décrit plus haut. Pour mettre en œuvre ce contrôle, le juge constitutionnel pourrait poursuivre son œuvre hétéroclite de définition des exigences constitutionnelles<sup>83</sup> en consacrant l'exigence constitutionnelle d'impartialité des évaluations, voire plus généralement, des expertises adressées au Parlement.

**389.** Le contrôle des évaluateurs requerrait ainsi des juges compétents un certain effort créateur. Ce contrôle à tiroirs permettrait de garantir que la subjectivité des hommes n'aliène pas l'objectivité de l'évaluation, grâce à l'adjonction éventuelle d'un tiers garant dans la procédure. Il ne suffirait toutefois pas pour assurer la parfaite objectivité et la pertinence de l'expertise contrôlée. Pour que l'expertise soit bien fiable, il faudrait que le juge vérifie, dans un second temps, que l'expert, évaluateur ou tiers garant, dispose des compétences techniques adéquates (B).

## **B. Le contrôle souple de la compétence des évaluateurs**

**390.** La compétence attendue des experts ne correspond pas à l'exigence classique de compétence juridique, comprise comme l'habilitation juridique de vouloir en droit<sup>84</sup>. Ce principe de compétence, moyen d'ordre public<sup>85</sup> s'applique évidemment aux autorités évaluatives<sup>86</sup>, mais il doit être distingué de la compétence technique, c'est-à-dire de la

---

<sup>82</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, Assemblée nationale, 2018, p. 202 et s.

<sup>83</sup> T. DUBUT, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des "exigences constitutionnelles" », *RFDC*, n° 80, 2009, p. 749-764.

<sup>84</sup> V. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 60, 2006, p. 306 : « une norme d'habilitation inclut quatre éléments : un acteur, une action, un champ d'application et un champ de réglementation déterminée par le principe *lex superior*. À la réunion de ces quatre éléments, la norme d'habilitation confère la signification qu'une norme est produite ». V. aussi O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *La compétence : Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'AFDA à Nancy*, Litec, 2008, p. 17. La compétence est la qualité reconnue à un organe ou à une autorité ; elle définit « une sphère à l'intérieur de laquelle un agent juridique est autorisé à agir » ; 3) elle peut servir à distinguer « parmi les activités qui entrent dans les pouvoirs d'un organe ou d'une autorité et (...) celles qui en sont exclues » s'il existe une pluralité d'organes ou d'autorités et une répartition des pouvoirs entre eux.

<sup>85</sup> CE, 15 fév. 1961, *Alfred Joseph*, Rec. p. 114.

<sup>86</sup> V. par exemple, pour l'annulation d'une évaluation individuelle réalisée par une autorité non compétente CAA de Douai, 6 juin 2017, req. n° 16P103469, Inédit au recueil Lebon.

détention des connaissances spéciales qui permettent aux évaluateurs de mener à bien leur mission. Bien qu'elle soit insuffisante pour caractériser l'expert<sup>87</sup>, cette compétence paraît d'autant plus importante en matière évaluative et, plus largement, en matière d'expertise non contentieuse, que l'indépendance des évaluateurs n'est pas juridiquement garantie<sup>88</sup>. En effet, l'exigence de compétence technique implique que les personnes consultées ont été désignées pour des raisons objectives et vérifiables. L'exigence d'une compétence technique participe donc à l'objectivité de l'acte final et à celle des hommes réalisant l'évaluation.

**391.** En matière évaluative, l'exigence de compétence des évaluateurs pourrait *a priori* se dédoubler pour renforcer significativement la légitimité des évaluateurs ou des tiers garants. D'une part, la compétence technique attendue pourrait désigner, classiquement<sup>89</sup>, la spécialisation nécessaire des évaluateurs, qui doivent détenir des connaissances en relation avec l'activité évaluée – ce qui se traduit par l'exigence de diplômes ou d'une pratique professionnelle (1). D'autre part, la compétence technique pourrait désigner une spécialisation dans la pratique même de l'évaluation, requérant que les évaluateurs fassent preuve des qualités jugées indispensables à l'exercice de la fonction d'évaluateur. Cette seconde exigence, plus originale, semble moins pertinente que la première ; elle n'apparaît en tous cas pas comme un moyen adéquat pour compenser l'indépendance et la partialité relatives des évaluateurs. Seule la première interprétation de la notion de compétence pourrait ainsi être contrôlée par le juge (2).

#### 1) L'exigence de compétence technique de l'évaluateur

Dans la mesure où l'évaluation est une expertise, il est indispensable qu'elle soit rédigée ou examinée par un spécialiste des questions étudiées avant l'édiction de la décision

---

<sup>87</sup> « La procédure institue l'expert et non l'inverse », R. ENCINAS DE MUNAGORRI et O. LECLERC, « Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique », in R. ENCINAS de MUNAGORRI (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, p. 199. Ce sont les auteurs qui soulignent. Dans le même sens v. C. RESTIER-MELLERAY, « Experts et expertise scientifiques, le cas de la France », *RFSP*, vol. 40, n° 4, p. 546-585 ? et Ph. ROQUEPLO, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Quae, coll. « Sciences en questions », 1997, p. 11 et s.

<sup>88</sup> V. A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, *op. cit.*, p. 522.

<sup>89</sup> Elle détermine notamment l'inscription aux tableaux d'experts judiciaires. Article R. 221-11 du code de justice administrative.

finale<sup>90</sup> : il en va de sa crédibilité. Peu importe que cette personne soit le tiers garant ou l'évaluateur. La vérification de cette exigence de compétence implique, implicitement le respect d'une exigence de forme : il faut que le nom des évaluateurs ou des tiers garants soit publié afin de savoir qui a réalisé chaque mission particulière – ce qui n'était pas fait pour les évaluations de l'enseignement supérieur du temps de l'AERES<sup>91</sup> (Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur). À défaut de cette publication, le juge pourrait considérer que les conditions de compétence – et de surcroît, d'impartialité – ne sont pas remplies.

**392.** *A priori* évidente, l'exigence de compétence technique de l'expert est pourtant absente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux consultations adressées au législateur. Elle est aussi absente des textes portant sur les études d'impact des projets de loi, qui s'illustrent une fois de plus par la pauvreté des garanties qu'ils offrent. Or, dès la création des études d'impact des projets de loi, la doctrine avait souligné l'inexistence d'organes compétents, dans l'État, pour réaliser des expertises nécessitant un aussi large champ de connaissances<sup>92</sup> – économie, sociologie, ingénieurs, juristes, *etc.* – et elle avait appelé à la mise en place d'un organe tiers compétent, chargé d'assister les ministères<sup>93</sup> ou, à tout le moins, à la spécialisation et au renforcement du personnel des ministères<sup>94</sup>. Le Conseil d'État, qui est chargé de vérifier la complétude apparente des études d'impact lors de l'examen des projets de loi ne dispose pas de ces multiples compétences : son expertise est essentiellement juridique<sup>95</sup>. Le conseiller du gouvernement a d'ailleurs reconnu qu'il

---

<sup>90</sup> V. P. VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques : rapport au premier ministre*, La Doc. Fr., 1989, p. 6.

<sup>91</sup> V. S. BASCH, « Le démon de l'explicite », *Cités*, 2009, n° 1, p. 51-56.

<sup>92</sup> V. P. MBONGO, « La "constitutionnalisation" des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *D.*, 2009, p. 108-110. *A fortiori*, J. Sirinelli avait aussi anticipé dès 2010 le retrait du Conseil constitutionnel sur cette question. J. SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, n° 5, 2010, p. 1367-1397.

<sup>93</sup> L'intervention de l'INSEE comme organe compétent dans l'évaluation économique a été évoquée plusieurs fois. V. H. de CASTRIES et N. MOLFESSIS (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare et Martin, coll. « Rapport du club des juristes », 2015, p. 88, proposition n° 3 et J.-L. TAVERNIER, in L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information...*, *op. cit.*, p. 367.

<sup>94</sup> OCDE, *Mieux légiférer en Europe. France*, éd. OCDE, 2010, p. 92. J. Chevallier souhaite lui qu'il soit fait appel à des scientifiques extérieurs, J. CHEVALLIER, « Introduction », in M.-C. KESSLER et al., *L'évaluation des politiques publiques*, L'Harmattan, 1998, p. 20.

<sup>95</sup> V. J.-M SAUVÉ, intervention à la table ronde « Contrôler et évaluer la loi », in ASSEMBLÉE NATIONALE, colloque « Mieux légiférer », Hôtel de Lassay, 28 novembre 2014, compte rendu disponible sur le site de l'Assemblée nationale et J.-M. SAUVÉ, « Audition » in L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information...*, *op. cit.*, p. 356 et s.

ne vérifiait pas suffisamment la qualité des études d'impact et il a appuyé la création d'un organe indépendant disposant des compétences nécessaires<sup>96</sup>.

Quant à la Cour des comptes<sup>97</sup>, elle pourrait intervenir à la demande du Parlement pour analyser la partie financière de l'étude d'impact, mais le législateur n'a jamais fait usage de cette faculté. Pourtant, contrairement au Gouvernement, la Cour des comptes a envisagé dès l'attribution de cette mission le recrutement d'experts permanents ou le recours à des experts extérieurs pour faire face à cette nouvelle charge<sup>98</sup>. Son intervention ponctuelle ou régulière ne réglerait cependant pas la question de la compétence technique des rédacteurs des études d'impact des projets de loi, puisqu'elle ne vérifierait que la partie financière de l'étude, conformément à son champ de connaissances. À cet égard, il n'est pas anodin que le Gouvernement ait décidé d'externaliser la rédaction d'une étude d'impact en 2018<sup>99</sup>. Ainsi, si l'évaluation était soumise à un contrôle adapté à sa nature, c'est-à-dire si elle était contrôlée comme une expertise, le juge constitutionnel pourrait censurer toutes les études d'impact contestées devant lui.

**393.** Ce défaut de compétences est toutefois exceptionnel. Dans les autres procédures évaluatives, les pouvoirs publics ont toujours désigné un évaluateur ou un tiers garant doté de la compétence technique adéquate, bien qu'ils n'imposent pas obligatoirement la compétence de l'évaluateur. À cet égard, les évaluations réalisées en matière de santé publique comptent parmi les rares hypothèses dans lesquelles la personne compétente est l'évaluateur. Des voix ont pu s'élever pour critiquer la compétence réelle des membres composant les commissions des agences sanitaires<sup>100</sup>, mais ceux-ci sont bien recrutés, comme dans les agences de l'Union européenne<sup>101</sup>, en raison de leurs compétences « scientifiques et techniques »<sup>102</sup>. S'il est remarquable que les textes prévoient que les experts ne sont que « principalement » et non exclusivement recrutés sur leur compétence

---

<sup>96</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>97</sup> Article 47-2 de la Constitution et loi n° 2011-140 du 3 février 2011 tendant à renforcer les moyens du Parlement en matière de contrôle de l'action du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques.

<sup>98</sup> V. Ph. SEGUIN, « Évaluer les politiques publiques ? Indispensable et prioritaire », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 339-343.

<sup>99</sup> L'étude du projet de loi sur l'orientation des mobilités présenté au Conseil d'État le 13 août 2018. V. B.-L. COMBRADE, « Faut-il s'inquiéter de l'externalisation législative ? », *AJDA*, 2018, p. 2417-2420.

<sup>100</sup> V. B. DEBRÉ et Ph. EVEN, *Rapport de la mission sur la refonte du système français de contrôle de l'efficacité et de la sécurité des médicaments*, La doc. Fr., 2011, p. 41.

<sup>101</sup> V. A. NORTH, « La notion d'information de santé et son accessibilité », in *Information et produits de santé, quelles perspectives ?*, A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), PUF, coll. « Droit et santé », 2006, p. 19-33.

<sup>102</sup> Article R. 163-15 du code de la sécurité sociale pour la Commission de la transparence et article R. 165-18 pour la CNEDIMTS.

technique, les critères subsidiaires employés par les autorités de nomination aux candidatures ouvertes<sup>103</sup> sont explicités sur le site de la HAS et s'avèrent tout aussi objectifs.

À l'inverse, en matière d'études d'impact environnemental, la compétence de l'évaluateur, qui est en principe le maître d'ouvrage, n'est pas garantie<sup>104</sup>. Il en va de même en matière d'évaluation environnementale, étant donné que la personne publique compétente au sens juridique ne dispose pas nécessairement d'un service compétent au sens technique pour effectuer l'évaluation. Alors qu'en Belgique la rédaction des études d'impact a été externalisée grâce à un système d'agrément conféré à des sociétés sous réserve de leur indépendance et de la qualité des évaluations produites<sup>105</sup>, la France a tardivement exigé – en 2016 –, de manière pléonastique, que l'évaluation soit préparée par « des experts compétents »<sup>106</sup>. Le maître d'ouvrage doit donc désigner en son sein un service compétent ou faire appel à des spécialistes externes. En parallèle, de manière cohérente, le pouvoir réglementaire a imposé au décideur de disposer de « l'expertise technique suffisante » pour apprécier l'évaluation. L'évaluateur et le décideur sont donc désormais soumis à une même exigence de compétence technique, ce qui constitue une avancée bienvenue. Le principe de compétence était cependant respecté avant cette mise au point textuelle, grâce à la création en 2009<sup>107</sup> des autorités environnementales requises par l'Union européenne<sup>108</sup>. Si le principe de compétence de ces autorités n'est pas clairement posé, elles sont bien composées de personnes objectivement qualifiées pour les tâches réalisées : tant le Conseil général de l'écologie et du développement durable (le CGEDD)<sup>109</sup> que les missions régionales, qui ont chacune une page internet dédiée, sont composées d'ingénieurs appartenant à des corps d'État reconnus pour leur haut degré de compétence technique, à l'image du corps des Ingénieurs des Ponts et Chaussées.

---

<sup>103</sup> La commission de transparence, par exemple, est composée « de manière à ce que la composition globale de la Commission puisse être équilibrée en termes de disciplines scientifiques, de compétences, de modes et de lieux d'exercice représentés, ainsi que de parité ».

<sup>104</sup> V. A. PALANCHON et A. JOVENIAUX, *Les études d'impact en France : éléments de pathologie*, Neuilly, Ministère de l'environnement, 1977, p. 207.

<sup>105</sup> V. J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Précis de la faculté de droit de l'université libre de Bruxelles », 2001, p. 270.

<sup>106</sup> Article 1 du décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 codifié à l'article R. 122-5-VII du code de l'environnement.

<sup>107</sup> Décret n° 2009-496 du 30 avril 2009 relatif à l'autorité administrative de l'État compétente en matière d'environnement prévue aux articles L. 122-1 et L. 122-7 du code de l'environnement.

<sup>108</sup> Directive n° 97/11/CE du 3 mars 1997, article 1er-7.

<sup>109</sup> Liste des arrêts de nomination, du nom et de la qualité des membres disponible sur le site de l'institution.

Le tiers garant est également l'organe disposant de la compétence technique dans la procédure évaluative précontractuelle, puisque les collectivités concluant des contrats de partenariat disposent rarement de services suffisamment compétents pour mettre en œuvre les complexes calculs du bilan préalable. Malgré la partialité apparente des membres de l'ancienne MAPPP et de la nouvelle Fin Infra, la compétence technique du service paraît acquise. En effet, les huit membres actuels disposent tous d'une expérience en matière économique, financière, ou juridique. Il est seulement dommage de constater l'opacité totale de leur recrutement – il est impossible de savoir s'il s'agit d'une forme de cooptation ou de candidatures ouvertes – alors que le principe de compétence technique devrait permettre l'établissement d'un recrutement transparent qui viendrait compenser le défaut d'indépendance institutionnelle de l'évaluateur.

**394.** En sus de ces garanties textuelles, il s'avère que le juge administratif est plus avancé dans le contrôle de la compétence technique des experts non judiciaires que le Conseil constitutionnel, puisqu'il contrôle ponctuellement la compétence des experts administratifs – évaluateurs ou non<sup>110</sup>. Le degré de compétence attendu d'un expert sanitaire peut même être deviné à partir d'un arrêt du Conseil d'État rendu en 2015. La haute juridiction a en effet considéré qu'une évaluation de la Commission de la transparence prise en l'absence des personnes spécifiquement compétentes pour la classe thérapeutique du médicament évalué – elles s'étaient déportées en raison d'un risque de conflit d'intérêts – ne viciait pas la délibération adoptée<sup>111</sup>. Il est probable, d'après cette jurisprudence, que le juge administratif examine la compétence des experts non judiciaires au regard de l'objet général de l'évaluation – les produits pharmaceutiques, en l'occurrence – et non au regard de l'objet évalué en l'espèce (la classe précise de produits pharmaceutiques).

La compétence des évaluateurs et des autres experts administratifs est donc globalement garantie par les textes administratifs et le juge pratique déjà, ponctuellement, un contrôle de cette compétence. Ce contrôle pourrait sans peine être généralisé et clairement appliqué à tous les évaluateurs par le juge administratif. À l'inverse, le juge constitutionnel devrait faire preuve de davantage d'audace pour établir les mêmes standards de contrôle. L'un comme l'autre devraient en revanche innover pour demander à l'évaluateur, en sus de sa compétence technique, une spécialisation en matière évaluative,

---

<sup>110</sup> CE, 27 avril 2011, *FORMINDEP*, req. n° 334396, Rec. p. 168 et CE, 11 fév. 2011, *Sté Aquatrium*, req. n° 319828, Rec. p. 42.

<sup>111</sup> CE, Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, req. n° 361962, Rec. p. 245.

c'est-à-dire en matière de jugement de valeur argumenté. Cependant, en l'état des connaissances et des procédures actuelles, la formulation d'une telle exigence paraît peu opportune (2).

## 2) L'exigence superfétatoire d'une compétence évaluative

**395.** La doctrine politiste spécialisée dans l'évaluation s'est intéressée à la question de la professionnalisation du métier d'évaluateur et, incidemment, à la formation de ces experts. Si elle a pu identifier plusieurs qualités dont devrait bénéficier l'évaluateur, il semble prématuré et exagéré de transformer ces attentes professionnelles en exigences juridiques. Certes, les formations et les diplômes spécialisés dans l'évaluation fleurissent afin de modeler des conseillers et des « auditeurs » spécialisés dans l'évaluation pour les grands groupes de conseil ou pour la fonction publique<sup>112</sup> et bien que ces offres de formation visent exclusivement l'évaluation des politiques publiques, elles inculquer aux étudiants des qualités et des connaissances généralisables et applicables à toutes les évaluations. Néanmoins, les compétences transmises par ces formations ne forment pas une « compétence évaluative » au sens propre. Les étudiants ne sont pas formés à formuler des jugements de valeur objectifs.

À ce jour, seuls les enseignants ont une compétence évaluative au sens propre, acquise par la pratique – il n'y a pas de formations officielles à l'évaluation –, de telle sorte que seuls les universitaires-évaluateurs par l'intermédiaire du HCERES pourraient être qualifiés de compétents en matière évaluative<sup>113</sup>.

**396.** Les compétences transmises par les formations spécialisées et attendues par la doctrine sont plus générales. D'après leur contenu, les évaluateurs doivent avoir des connaissances historiques et actualisées sur l'objet évalué, maîtriser des outils d'analyse – par exemple, les outils statistiques et graphiques en matière économique –, avoir des capacités d'analyse, mais aussi des compétences en matière de gestion de personnels, de

---

<sup>112</sup> L'université Paris XIII propose par exemple, un Master 2 « Conduire et évaluer les politiques publiques, et l'Institut d'études politiques de Lyon propose un master « Évaluation et suivi des politiques publiques ». V.C. TOURMEN, « Les compétences des évaluateurs de politiques publiques », *Formation Emploi*, 2008, n° 104, p. 55 et N. MATYJASIK, « Des évaluations de politiques publiques et des consultants : émergence d'un champ professionnel et segmentation des rôles », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 918.

<sup>113</sup> V. D. KERNÉIS, P. TCHAMITCHIAN et D. HOUSSIN, « Le recours à des experts dans l'évaluation des établissements d'enseignement supérieur et de recherche français », *Les cahiers de la fonction publique*, 1<sup>er</sup> fév. 2015, n° 352, p. 67-70.

communication et de conseil, pour faire le lien entre le décideur, le commanditaire de l'évaluation (lorsqu'elle est sous-traitée) et les évalués<sup>114</sup>. Ce sont donc des capacités intellectuelles et relationnelles qui sont attendues des évaluateurs.

Aussi pertinentes que soient ces attentes en théorie et en pratique, juridiquement, il semble difficile de demander à l'évaluateur de cumuler ces compétences. D'une part, avec l'exigence de compétences techniques, le juge attend déjà de l'évaluateur qu'il ait les capacités de réflexion et d'analyse qui doivent être inculquées lors de ces formations. Si avoir un diplôme d'évaluateur peut être considéré comme un élément tendant à établir la compétence d'un individu, il ne saurait suffire à faire cette preuve. D'autre part, il semble préférable que le juge ne cherche pas à imposer aux évaluateurs et uniquement à eux, puisque les tiers garants ne font que relire l'évaluation, des compétences relationnelles spécifiques. Certaines formes de relations sont prohibées par la loi, comme le harcèlement<sup>115</sup>, mais il n'existe pas de standard du bon conseiller ou du bon manager qui puisse être appliqué à l'évaluateur. Si les qualités relationnelles de l'évaluateur sont appréciables pour les évalués, le juge pourrait difficilement les imposer. En revanche, il pourrait indirectement chercher à favoriser ces qualités en matière d'évaluation des fonctionnaires, domaine dans lequel l'évaluation prend la forme d'un entretien personnel dont le résultat peut avoir des conséquences psychologiques et sociales importantes pour l'évalué<sup>116</sup>. Alors que, d'après le Réseau des administrations publiques européennes (EUPAN), les fonctionnaires de différents États membres se plaignent du manque de compétences sociales de leurs évaluateurs<sup>117</sup>, le juge pourrait déduire de l'exigence de compétence technique classique des experts une obligation de formation de l'évaluateur. Cette solution pragmatique paraît adéquate, tant il semble difficile pour le juge de vérifier si l'évaluateur a fait preuve de compréhension et d'écoute au cours de l'entretien. En outre, cette obligation de formation ne serait pas extravagante : des administrations imposent déjà

---

<sup>114</sup> V. C. TOURMEN, « Les compétences des évaluateurs de politiques publiques », *Formation Emploi*, 2008, n° 104, p. 53-65 ; N. MATYJASIK, « Des évaluations de politiques publiques et des consultants : émergence d'un champ professionnel et segmentation des rôles », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 907-921 et L. VALETTE et J. LENGLOIS, « L'évaluation : un champ en voie de professionnalisation », in F. MOUTERDE et S. TROSA (dir.), *Les nouvelles frontières de l'évaluation*, L'Harmattan – SFE, 2010, p. 162-178. V. aussi le programme du Master « Politiques publiques : administration publique, parcours général et collectivités territoriales » qui contient divers enseignements portant sur l'évaluation des politiques publiques. Cet enseignement prévoit des cours sur l'histoire des politiques publiques, l'organisation actuelle de l'action publique ainsi que des cours sur les méthodes d'analyse de ces politiques.

<sup>115</sup> V. notamment les articles 222-32 et 222-33 du code pénal et l'article L. 1152-1 du code du travail.

<sup>116</sup> V. CECRSP, *Notation et l'évaluation des agents dans l'administration*, La Doc. Fr., 2001, 70 p.

<sup>117</sup> EUPAN, *Évaluation de la performance dans les administrations publiques des États membres de l'Union européenne*, 2007, p. 56.

à leurs évaluateurs des formations dans d'autres secteurs, notamment en droit hospitalier, puisque la HAS forme les nouveaux experts-visiteurs d'établissements hospitaliers<sup>118</sup>. Cependant, la mise en place de ces formations n'est pas indispensable pour garantir l'objectivité des expertises non judiciaires, évaluatives ou non.

Dans ce but, il est surtout primordial de mettre en place un contrôle systématique, mais assoupli de l'indépendance, de l'impartialité et de la compétence de l'évaluateur. Ces contrôles à tiroirs viseraient le rédacteur de l'évaluation puis, le cas échéant, l'institution chargée de vérifier la qualité de l'évaluation produite (le tiers garant). Ils permettraient de censurer un nombre conséquent d'évaluations dont la fiabilité peut être mise en doute, à commencer par les études d'impact des projets de loi. Ce contrôle des experts, rédacteurs ou vérificateurs, ne constituerait toutefois que le premier versant du contrôle de la régularité externe de l'évaluation. Celui-ci comprend aussi un contrôle indifférent à la personne des évaluateurs, un contrôle portant sur les formes et les modalités de la procédure mise en œuvre (§II).

## **§II. Le contrôle des vices de forme et de procédure de l'acte d'évaluation**

**397.** Les principes procéduraux « impersonnels » sont cruciaux pour la qualité de l'expertise produite. Ils constituent le socle de toutes les procédures expertales. Généralement évoqués en doctrine au titre de la « méthode » évaluative, ils favorisent son objectivité<sup>119</sup> et leur respect est essentiel quels que soient l'objectif et l'objet de l'évaluation<sup>120</sup> (A). Leur portée est maximisée quand ils sont associés à d'autres principes dont l'objectif est de montrer au destinataire de l'expertise et aux tiers que la procédure

---

<sup>118</sup> V. l'onglet relatif aux procédures d'accréditation et de certification sur le site Internet de la HAS.

<sup>119</sup> V. J.-P. NIOCHE, R. POINSARD et al., *L'évaluation des politiques publiques*, Economica, 1984, p. 6 ; J. PLANTÉ, « Principes d'une évaluation socialement utile (Leçons de l'expérience Québécoise) », in *Outils, pratiques, institutions pour évaluer les politiques publiques, actes du séminaire Plan-ENA*, La Doc. Fr., 1991, p. 29 ; P. CLARET DE FLEURIEU, « L'expérience de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS (dir.), *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., 1995, p. 75-79 ; BOURDIN, P. ANDRÉ et J.-P. PLANCADE, *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, op. cit., p. 216 ; B. DELAUNAY, « Décision publique évaluée et performance », in *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2010, p. 126 ; J. CHEVALLIER, « Performance et gestion publique », in *Mélanges en l'honneur de R. Hertzog*, Economica, 2011, p. 86, et M. DETOURBE, *Les enjeux de l'évaluation dans l'enseignement supérieur : le cas des universités britanniques*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2014, p. 79.

<sup>120</sup> Sur la classification interne des évaluations v. J. LECA, « L'évaluation dans la modernisation de l'État », *PMP*, vol. 11, n° 2, 1993, p. 161-172 ; F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 11-33 ; F. BLONDEL, « L'aggiornamento de l'évaluation dans le champ de l'action publique : entre raison gestionnaire et exigence démocratique », *Nouvelle revue de psychologie*, 2009, n° 8, p. 71-87 et P. GIBERT, « Contrôle et évaluation, au-delà des querelles sémantiques, parenté et facteurs de référence », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 71-88.

suivie a été régulière. Ces principes sont des principes de forme, comme la publicité ou la motivation de l'expertise. Dans la mesure où ils prouvent *a posteriori* l'objectivité de la procédure évaluative, ces principes conditionnent sa crédibilité et sa portée. De ce fait, ils pourraient, comme le souhaitent certains auteurs, être soumis à un contrôle juridictionnel rigoureux<sup>121</sup>, plus formaliste qu'à l'accoutumée<sup>122</sup> (B).

### A. Les principes procéduraux favorisant l'objectivité de l'évaluation

**398.** Pour favoriser l'objectivité d'un acte juridique, le législateur, le pouvoir réglementaire et le juge s'appuient en général sur l'application de deux principes procéduraux. Ces principes rangés sous la notion de pluralité dans la Charte de l'évaluation produite par la Société française de l'évaluation<sup>123</sup> sont appliqués à la procédure parlementaire<sup>124</sup>, à la procédure juridictionnelle<sup>125</sup> et à certaines procédures administratives<sup>126</sup>. Il s'agit des principes de collégialité ou de pluralité des évaluateurs (1) et de contradiction (2). Transposés aux évaluations et à l'ensemble des expertises non contentieuses, ces principes favoriseraient la confrontation d'idées et de points de vue, c'est-à-dire l'intersubjectivité d'où naît l'objectivité.

#### 1) L'application du principe de collégialité ou de pluralité des évaluateurs

**399.** La collégialité est fréquemment employée pour circonscrire la subjectivité de plusieurs procédures juridiques. Elle constitue la norme en matière juridictionnelle<sup>127</sup> et

---

<sup>121</sup> V. M. PRIEUR « Le contrôle par le juge des études d'impact », *RJE*, n° 1, 1991, p. 23 et s., et R. ROMI, *Droit de l'environnement*, Issy-Les Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 2014, p. 96.

<sup>122</sup> Le juge rejette en général tout excès de formalisme. Sur la constance de cette caractéristique, à près de trente d'intervalles, v. chron. F. TIBERGHIEU et B. LASSERRE, *AJDA*, 1982, p. 587-592, et F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité : contribution à l'étude de l'évolution et du renouvellement des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, LGDJ, 2010, p. 331-332.

<sup>123</sup> SFE, *Charte de l'évaluation des politiques publiques et des programmes publics*, 2006, 2 p.

<sup>124</sup> Le Parlement est un organe collégial d'après le titre IV de la Constitution. La contradiction au sens strict n'y est toutefois pas appliquée, v. P. IDOUX, « La contradiction en droit constitutionnel français », contribution au VI<sup>ème</sup> Congrès de l'Association française des constitutionnalistes les 9, 10 et 11 juin 2005 à Montpellier, Actes du congrès, [www.droit-constitutionnel.org](http://www.droit-constitutionnel.org), 10 p.

<sup>125</sup> CE, 20 juin 1913, *Téry*, Rec. p. 736.

<sup>126</sup> Articles L. 121-1 et L. 121-2 du code des relations entre le public et l'administration.

<sup>127</sup> Il fait partie de la définition de la juridiction donnée par le Conseil constitutionnel, Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC. Ce critère est aussi communément employé en doctrine, v. M. DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Publ. », 1996, p. 243. Pour autant, ce n'est pas un principe à valeur constitutionnelle, voir Cons. const., 23 juill. 1975, n° 75-56 DC, *Loi organique relative*

elle est ponctuellement imposée en matière administrative, comme aux organismes de régulation<sup>128</sup>. Elle est bien plus rare dans les procédures d'expertise<sup>129</sup>. Or, pour B. Perret, l'évaluation ne pourrait jamais être réalisée par une seule personne<sup>130</sup>. Non seulement il est possible de craindre l'arbitraire de l'évaluateur solitaire<sup>131</sup>, mais il importe surtout de protéger le caractère scientifique – ou trans-scientifique<sup>132</sup> – des informations produites, ce qui suppose la visibilité du pluralisme des vérités scientifiques pouvant coexister<sup>133</sup> ou, du moins, des controverses scientifiques existant dans les matières questionnées<sup>134</sup>. La collégialité est la condition *sine qua non* pour l'organisation d'une discussion et la prise en compte effective des conceptions scientifiques minoritaires<sup>135</sup>. En outre, comme le souligne B. Pauvert, la collégialité est une nécessité technique, dans la mesure où les expertises scientifiques mobilisent en général « trop de savoirs pour un seul homme »<sup>136</sup>.

L'incertitude qui caractérise l'évaluation<sup>137</sup> et sa prétention à la scientificité justifient ainsi l'instauration d'une collégialité des évaluateurs<sup>138</sup>. Cette exigence de collégialité est d'ailleurs défendue par les parlementaires<sup>139</sup> et la doctrine<sup>140</sup> en ce qui concerne les évaluations des politiques publiques.

---

*au statut de la magistrature.* Sur la valeur de ce principe v. F. HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, Systèmes, coll. « Droit », 2010, 216 p.

<sup>128</sup> CE, Ass., 23 déc. 2013, *Métropole Télévision (M6), Télévision Française 1 (TF1)*, req. n° 363702 et 363719, Rec. p. 322. Sur ce principe v. V. DAUMAS, concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable, RFDA*, 2016, p. 506 et s.

<sup>129</sup> Rien n'est affirmé en matière d'expertises administratives et en matière d'expertises judiciaires, l'article 234 du code de procédure civile, l'article 159 du code de procédure pénale et l'article R. 621-1 du code de justice administratives affirment qu'en principe l'expert est unique.

<sup>130</sup> B. PERRET, « L'évaluation des politiques publiques », *Informations sociales*, n° 110, 2003, p. 14-25.

<sup>131</sup> V. P. BÜTTGEN et B. CASSIN, « J'en ai 22 sur 30 au vert. Six thèses sur l'évaluation », *Cités*, 2009, n° 1, p. 27-41.

<sup>132</sup> V. A. M. WEINBERG, « Science and Trans-science », *Minerva : a review of learning, science and policy*, 1972, n° 2, p. 209-222. V. *infra*.

<sup>133</sup> V. Ph. ROQUEPLO, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Quae, coll. « Sciences en questions », 1997, p. 11 et s.

<sup>134</sup> V. J.-F. GIRARD, « Témoignages. Risques, expertise, décision publique : un retour sur le sens des mots », *RFAP*, 2002, n° 103, p. 423-426, et J. MORAND-DEVILLER, « Le "système expert", l'expertise scientifique et gestion de l'environnement », in *Mél. J. Dupichot*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 367.

<sup>135</sup> V. K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, thèse Nantes, 2000, p. 9.

<sup>136</sup> B. PAUVERT, « Expert, expertise et décision publique », *Droit de l'environnement*, n° spécial, 2006, p. 270-274. Dans le même sens v. P. LASCOURMES, « L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix », *RFAP*, n° 103, 2002, p. 369-377.

<sup>137</sup> V. J.-P. NIOCHE, « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *RFSP*, 1982, p. 42.

<sup>138</sup> Dans ce sens v. CSE, *Petit guide de l'évaluation des politiques publiques*, La Doc. Fr., 1996, p. 30.

<sup>139</sup> V. J. BOURDIN, P. ANDRÉ et J.-P. PLANCADE, *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, *op. cit.*, p. 21 et p. 205 et s.

<sup>140</sup> V. P. DURAN, « Les ambiguïtés politiques de l'évaluation », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 137-149.

**400.** Il semble pour autant exagéré d'exiger que l'évaluation soit systématiquement le fait d'un collège d'évaluateurs simultanément réunis en un même lieu. L'exigence d'une collégialité instantanée pourrait alourdir certaines procédures déjà accusées de ralentir les procédures décisionnelles. De manière plus souple, le juge pourrait considérer que la condition de collégialité est remplie dès lors qu'au moins deux individus, simultanément ou successivement, participent à la formulation du jugement de valeur, ce qui correspondrait à une exigence de pluralité<sup>141</sup>.

Il n'y a d'ailleurs à ce jour que deux domaines dans lesquels une vraie collégialité est prévue par les textes : en matière de santé et d'enseignement supérieur, puisque ce sont des commissions collégiales qui sont chargées de l'évaluation. Dans les autres matières, il ne semble exister qu'une forme éthérée de pluralité, qui résulterait de la présence de plusieurs personnes dans les services chargés de préparer l'évaluation et les institutions chargés de vérifier sa qualité constitue déjà une garantie d'objectivité de l'évaluation, même sans obligation de discussion réelle. Il faudrait par exemple, considérer que la seule présence de plusieurs individus dans les services administratifs chargés de l'évaluation contractuelle préalable et le tiers garant, la mission Fin Infra (Mission d'appui au financement des infrastructures) remplit cette condition de pluralité.

Pour éviter de forcer la réalité dans ces hypothèses, il paraît plus approprié d'accepter une simple collégialité successive pour considérer que la procédure expertale n'est pas dépourvue d'une garantie fondamentale d'objectivité. Cette condition serait facilement remplie par les études d'impact des projets de loi, étant donné que l'étude est rédigée par les ministères et le secrétariat général du gouvernement, ce qui assure une discussion entre plusieurs personnes sur le même objet. Les évaluations environnementales passeraient aussi aisément ce contrôle, grâce à l'intervention successive de l'évaluateur puis de l'autorité environnementale. Le cas des évaluations individuelles des fonctionnaires est

---

<sup>141</sup> La collégialité simultanée correspondrait à un processus « intégralement contradictoire », et la collégialité-pluralité, successive, correspondrait à un processus « globalement contradictoire » d'après la terminologie de P. Idoux, v. P. IDOUX, « La contradiction en droit constitutionnel français », contribution au VIème Congrès de l'Association française des constitutionnalistes les 9, 10 et 11 juin 2005 à Montpellier, Actes du congrès, [www.droit-constitutionnel.org](http://www.droit-constitutionnel.org), p.4. Cette dichotomie de l'exigence de contradictoire ou de collégialité a aussi été mise en valeur par D. Truchet, v. D. TRUCHET, « Déontologie des experts en santé : perspectives critiques », *loc. cit.*, p. 79 : « Du principe de pluralité résulte une obligation pour celui qui organise l'expertise de consulter isolément ou dans une structure collective (commission, comité, groupe de travail, panel...) différents experts. La pluralité peut être interne et relève alors de la collégialité : elle peut être externe, par la consultation d'experts extérieurs ; elle peut encore être mixte, le collège d'experts consultant des experts extérieurs ».

plus indécis<sup>142</sup>. Le vocabulaire des textes réglementaires est flou puisqu'il prévoit uniquement l'organisation d'un « visa » par le supérieur de l'évaluateur. Or un visa n'est *a priori* pas un second jugement de valeur, mais une simple relecture. Le respect du principe de pluralité en matière d'évaluation des fonctionnaires dépend donc de la traduction pratique de ce visa, à moins de considérer que la collégialité est en tout état de cause garantie dans cette procédure grâce au droit de l'évalué de former un recours administratif devant la commission administrative paritaire pour obtenir un réexamen de son évaluation<sup>143</sup>.

Malgré cette incertitude relative aux évaluations des fonctionnaires, force est de constater que la pluralité de la procédure évaluative est globalement garantie, directement ou indirectement, par les textes. Elle est donc l'un des principes fondamentaux de l'évaluation les mieux protégés en droit positif. Si elle paraît moins primordiale que l'impartialité ou la compétence des évaluateurs, la collégialité est l'une des manières les plus simples de favoriser l'objectivité de l'évaluation ou, à tout le moins, d'atténuer sa subjectivité. Ce principe ne saurait cependant assurer à lui seul l'intersubjectivité nécessaire à l'émergence de l'objectivité évaluative. Il doit être complété par l'organisation d'une contradiction entre l'évalué et l'évaluateur et, en cas de confusion entre ces deux acteurs, entre l'évaluateur et le tiers garant (2).

## 2) L'indispensable contradiction de la procédure évaluative

**401.** Le principe du contradictoire est le complément du principe de pluralité : il garantit l'expression des différents points de vue. Déjà appliqué aux expertises judiciaires<sup>144</sup>, il modèle les échanges entre les experts<sup>145</sup> ou les échanges entre les experts et leurs interlocuteurs – ce qui impliquerait, dans le cas de l'évaluation, un dialogue entre l'expert

---

<sup>142</sup> Article 4 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour les fonctionnaires d'État, article 6 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 pour les fonctionnaires territoriaux et article 5 du décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 pour la fonction publique hospitalière.

<sup>143</sup> Article 7 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour les fonctionnaires d'État, article 7 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 pour les fonctionnaires territoriaux et article 6 du décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 pour la fonction publique hospitalière.

<sup>144</sup> CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, aff. n° 21497/93. Le contradictoire durant la phase d'expertise fait partie du droit à un procès équitable exposé à l'article 6 § 1 de la CESDH. Il est aussi prévu à l'article 276 du code de procédure civile.

<sup>145</sup> Cette contradiction interne ne relèverait toutefois pas d'une véritable contradiction selon P. Idoux, étant donné que le contradictoire implique une relation triangulaire, avec un débat entre des « partis » avant qu'une autorité impartiale ne tranche en prenant une décision, P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif*, *op. cit.*, notamment p. 457 et p. 477.

et l'évalué ou entre l'expert et le tiers garant. La contradiction guide aussi d'autres procédures décisionnelles qui prétendent à l'objectivité, à l'image de la procédure juridictionnelle<sup>146</sup>, mais elle n'est imposée par principe ni en matière décisoire<sup>147</sup> – son application est réservée à l'édiction de certaines décisions individuelles<sup>148</sup> –, ni en matière consultative. Elle n'est qu'exceptionnellement appliquée à certaines procédures d'avis individuels, c'est-à-dire affectant les intérêts d'un individu<sup>149</sup>.

Comme le relève M.-A. Hermitte, allié à une obligation de motivation, ce principe « régulateur »<sup>150</sup> pourrait contrebalancer le manque d'indépendance des experts administratifs<sup>151</sup>. À cet égard, P. Idoux relève que « le champ d'application de l'exigence de contradiction déborde aujourd'hui celui des droits de la défense, puisque la contradiction s'impose aujourd'hui dans des domaines où il s'agit moins de défendre un intérêt déterminé que de rechercher une solution acceptable dans un contexte d'incertitude, de relativité des vérités, même scientifiques »<sup>152</sup>. Or, ce contexte d'incertitude est précisément celui de l'évaluation. Le principe du contradictoire semble ainsi particulièrement adapté à la procédure évaluative.

**402.** De nombreux juristes et non juristes estiment en ce sens que la procédure évaluative doit être contradictoire<sup>153</sup> dès lors qu'une évaluation incorrecte peut induire en erreur le décideur ou avoir des répercussions négatives sur les évalués. Certains auteurs souhaitent même que ce principe s'applique aux évaluations législatives, qui ne préparent pourtant pas des actes individuels, en envisageant notamment une contradiction avec les

---

<sup>146</sup> CE, 10 août 1918, *Villes*, Rec. p. 848. Le principe est désormais codifié à l'article L. 5 du code de justice administrative.

<sup>147</sup> Même si le Parlement est un organe collégial d'après le titre IV de la Constitution, la contradiction au sens strict n'y est toutefois pas appliquée, v. P. IDOUX, « La contradiction en droit constitutionnel français », contribution au VIème Congrès de l'Association française des constitutionnalistes les 9, 10 et 11 juin 2005 à Montpellier, Actes du congrès, [www.droit-constitutionnel.org](http://www.droit-constitutionnel.org), p. 8.

<sup>148</sup> Article L. 121-1 et L. 121-2 du code des relations entre le public et l'administration et, par exemple, article L. 12 du livre des procédures fiscales sur le contrôle de l'impôt.

<sup>149</sup> V. P. CROCQ, « Élaboration et diffusion des avis », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 75 et s.

<sup>150</sup> Sur la fonction « régulatrice » du principe de la contradiction, corrélé à la recherche de légitimité d'un acte et à sa complexité. v. P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif*, *op. cit.*, p. 670 et s.

<sup>151</sup> M.-A. HERMITTE, « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, 1997, n° 8, p. 99.

<sup>152</sup> P. IDOUX, « La contradiction en droit constitutionnel français », *loc. cit.*, p. 9.

<sup>153</sup> S. Charbonneau milite ainsi pour un droit à l'expertise contradictoire, v. S. CHARBONNEAU, *La gestion de l'impossible. La protection contre les risques techniques majeurs*, Economica, coll. « Patrimoine », 1992, p. 146 ; J. BOURDIN, P. ANDRÉ et J.-P. PLANCADÉ, *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, p. 21 et p. 128 .D. PUMAIN et F. DARDEL, *L'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur*, 2014, La Doc. Fr., 27 p. et B.-L. COMBRADE, « L'impact de l'étude d'impact », *Pouvoirs*, n° 116, 2018, p. 902.

destinataires de la décision finale, par exemple, avec des acteurs représentatifs de la société civile<sup>154</sup>.

Or, en l'état du droit positif, très peu de procédures consultatives non contentieuses et non individuelles sont soumises à la contradiction. Il existe toutefois des exceptions notables, à l'image des évaluations des risques<sup>155</sup> et de plusieurs autres procédures d'évaluation. Le principe du contradictoire irrigue en effet la procédure des évaluations individuelles des fonctionnaires, grâce au dialogue inhérent à l'entretien entre l'évaluateur et l'agent évalué et au droit du fonctionnaire de faire des observations par la suite<sup>156</sup>. Elle modèle aussi la procédure des évaluations du HCERES<sup>157</sup> (Haut conseil de l'évaluation de l'enseignement supérieur et de la recherche) et de la Commission de la transparence<sup>158</sup>. En revanche, le droit de l'évalué de présenter ses observations n'est prévu ni pour les procédures impliquant la CNEDIMTS<sup>159</sup> (Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé) ni pour la procédure de certification : l'établissement ne peut présenter ses observations qu'une fois la décision prise<sup>160</sup>. Or, comme cela a été exposé plus haut, il existe une réelle différence entre la contradiction exercée avant et après la formulation du jugement de l'expert – la contradiction mise en œuvre après l'expertise ne peut plus influencer sur le sens de l'avis rendu<sup>161</sup>. Comme l'exprime P. Idoux « le caractère préalable du débat est une condition de sa qualification de débat contradictoire »<sup>162</sup>.

Les textes sont encore moins protecteurs quand il y a confusion entre l'évalué et l'évaluateur, c'est-à-dire quand la contradiction devrait s'effectuer entre l'évaluateur et le tiers garant. En matière d'études d'impact, par exemple, seul un succédané de

---

<sup>154</sup> V. B. THIBAUT, « Contribution », in C BARTOLONE et M. WINOCK (co-prés.), *Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions. Refaire la démocratie*, Assemblée Nationale, 2015, p. 668.

<sup>155</sup> V. C. DURAND, « La carence fautive de l'État en matière de protection de la santé au travail », *RDSS*, 2002, p. 1. L'auteur écrit après le verdict rendu par le tribunal administratif de Marseille sur le scandale de l'amiante, TA Marseille, 30 mai 2000, *M. et M<sup>me</sup> Botella et autres c/ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, M<sup>me</sup> Bourdignon et autres, M. et M<sup>me</sup> Thomas et autres, M. Xueref*, confirmés en appel, CAA de Marseille, 18 oct. 2001, *Thomas*, req. n° 00MA01665, *Xueref*, req. n° 00MA01666, *Botella*, req. n° 00MA01667 et *Bourdignon*, req. n° 00MA01668 puis par le conseil d'État en 2004, v. CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts Thomas*, req. n°s 241152 et 241153, Rec. p. 125.

<sup>156</sup> Article 4 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour les fonctionnaires d'État, articles 4 et 6 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 pour les fonctionnaires territoriaux et article 5 du décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 pour la fonction publique hospitalière.

<sup>157</sup> Article L. 114-3-1 du code de de la recherche.

<sup>158</sup> Article R. 163-16 du code de la sécurité sociale.

<sup>159</sup> Articles R. 165-18 et s. du code de la sécurité sociale.

<sup>160</sup> V. P. VILLENEUVE, « L'accréditation et la certification des établissements de santé », *Litec droit médical et hospitalier* fasc. 120-20, n° 30.

<sup>161</sup> À propos de l'expertise judiciaire, v. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre II, Section 2, §II, A.

<sup>162</sup> P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif*, *op. cit.*, p. 417.

contradictoire a été mis en place. Dans ce domaine, il aurait été possible de prévoir un dialogue entre le gouvernement et son relecteur, le Conseil d'État, ou entre l'évaluateur et le décideur, le Parlement, qui aurait pu, à l'image du Parlement européen, réaliser des contre-expertises<sup>163</sup>. Si l'Assemblée nationale envisage depuis 2018 de devenir un réel pôle d'évaluation<sup>164</sup>, le Parlement n'avait jusqu'ici pas souhaité s'investir dans l'évaluation des projets de loi. Il s'est contenté de créer un site Internet permettant aux destinataires de la décision, les citoyens, de s'exprimer sur l'étude d'impact finalisée<sup>165</sup>. Or, cette procédure ne remplace pas efficacement une véritable contradiction : non seulement il s'agit plutôt d'une forme de consultation, mais, en sus, elle s'effectue une fois que le jugement de valeur a été formulé, ce qui ne peut pas compenser l'absence de contradictoire durant la préparation de l'évaluation. En tout état de cause, plus qu'avec le décideur ou les destinataires de la décision finale, c'est avec le tiers garant (inexistant pour l'instant dans la procédure d'étude d'impact des projets de loi) qu'un dialogue devrait être mis en place quand l'évaluateur et l'évalué ne font qu'un.

**403.** Si le juge ou les pouvoirs publics s'engageaient dans cette voie, ou bien il serait possible de considérer que l'intervention du tiers garant constitue en elle-même une forme de respect du principe contradictoire, ou bien il faudrait en plus accorder à l'évaluateur un droit de réponse, afin de justifier son éventuel refus de procéder aux modifications suggérées par l'avis public du tiers garant.

Pour éviter la censure de procédures garantissant suffisamment l'objectivité des expertises produites<sup>166</sup>, il semble que l'interprétation faible du contradictoire en cas de confusion de l'évalué et de l'évaluateur devrait être préférée. En d'autres termes, la simple émission d'un avis par le tiers garant suffirait à établir l'existence d'une contradiction.

---

<sup>163</sup> Ce contradictoire avec le décideur est organisé en droit de l'Union européenne, où le Parlement s'est doté d'une structure spécifique chargée de réaliser ces études, v. EUROPEAN PARLIAMENT, *Comparative study on the purpose, scope and procedures of impact assessments carried out in the Member States of the EU*, 2011, 138 p. Une procédure similaire a été envisagée par plusieurs auteurs en France. V. I. LIANOS et M. KARLIUK, « L'émergence de l'étude d'impact comme norme de gouvernance en Europe : genèse, diffusion et acteurs », *RFAP*, 2014, n° 149, p. 5-27, et C. BARTOLONE, « Notre objectif n'est pas de limiter l'initiative du pouvoir exécutif, mais de responsabiliser l'ensemble des acteurs de la loi », *JCP G*, 2014, n° 46-47, 1169.

<sup>164</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence de réformes*, Assemblée nationale, 2018, p. 202.

<sup>165</sup> Article 83 alinéa 2 du règlement de l'Assemblée nationale.

<sup>166</sup> Il s'agit des procédures d'études d'impact et d'évaluation environnementales et des évaluations préalables des marchés de partenariat, où le tiers garant vérifie réellement l'évaluation transmise et participe à l'échange des points de vue malgré l'absence de contradiction formalisée.

Cette interprétation permettrait d'éviter une complexité accrue des procédures décisionnelles et de sauvegarder les procédures existantes<sup>167</sup>.

**404.** L'examen du droit positif qui vient d'être fait montre ainsi que le contrôle juridictionnel de la contradiction dans la procédure évaluative aurait différentes portées. Dans le cas des évaluations des fonctionnaires, de la Commission de la transparence et du HCERES, il s'agirait seulement d'un contrôle casuistique, chargé de vérifier que les principes textuels ont été correctement respectés en l'espèce. Le contrôle des procédures environnementales et précontractuelles serait aussi un contrôle casuistique. En revanche, s'agissant du contrôle des évaluations de certification produites par la HAS, des évaluations émises par la CNEDIMTS et des études d'impact des projets de loi, le contrôle juridictionnel du contradictoire pourrait avoir une véritable portée de principe. Grâce à la technique des exigences constitutionnelles ou des règles jurisprudentielles, il apporterait un gain d'objectivité estimable aux procédures évaluatives législatives et hospitalières.

Il est aussi intéressant de remarquer que le principe du contradictoire pourrait, comme le principe d'impartialité et de collégialité, se dédoubler pour embrasser la complexité des procédures évaluatives. Les juges regarderaient d'abord s'il existe un dialogue contradictoire entre l'évaluateur et l'évalué. Si un tel dialogue se révèle techniquement impossible, alors la procédure serait jugée contradictoire seulement si un tiers impartial et compétent formule des observations sur l'évaluation avant sa transmission au décideur. Avec le principe de l'indépendance minimale de l'évaluateur, le principe de collégialité constituerait le socle des principes fondamentaux de l'évaluation favorisant l'objectivité de l'acte produit. Celui-ci protégerait le décideur et l'évalué contre l'édiction d'actes assurément non objectifs.

Toutefois, ce contrôle juridictionnel ne suffirait pas pour garantir la justesse et l'utilité de l'évaluation. L'objectivité d'une expertise ne saurait en effet se résumer à sa procédure. Il importe aussi que son contenu même soit objectif et se fasse voir comme tel, ce que garantissent plusieurs principes de forme applicables à toutes les expertises non contentieuses que le juge pourrait contrôler avec rigueur (B). Vérifier conjointement la procédure et la forme des évaluations est ainsi indispensable pour assurer l'objectivité

---

<sup>167</sup> Cette interprétation serait d'ailleurs corroborée par le droit de l'Union européenne, puisque la directive de 1985 aurait dès l'origine incité à l'intervention d'un tiers comme une forme de contre-expertise, v. S. HÉBRARD, *L'étude d'impact sur l'environnement : révolution ou évolution dans l'aménagement du territoire ?*, Thèse Université Paris II-Panthéon-Assas, 1982, p. 210. Ajouter une contradiction à cette forme de contradictoire serait ainsi superfétatoire.

minimale des évaluations et éliminer les expertises défectueuses qui font du tort à l'activité évaluée qu'elles déforment, aux procédures décisionnelles qu'elles fragilisent, et à la pratique évaluative elle-même, qu'elles décrédibilisent.

## **B. Les principes formels favorisant l'objectivité de l'évaluation**

**405.** En tant qu'expertise, l'évaluation doit porter un jugement objectif. Or, cette objectivité n'est vérifiable que si l'évaluation laisse transparaître le raisonnement clair et rigoureux de l'expert. En conséquence, et compte tenu du fait que l'évaluation a vocation à informer, au-delà des acteurs de la procédure décisionnelle, les autres personnes publiques et le public, il paraît primordial qu'elle soit soumise à un principe de publicité, voire à un principe de transparence (1) ainsi qu'à une obligation de motivation (2).

### 1) La publicité de l'évaluation

**406.** La publicité est un principe commun à l'ensemble des décisions de justice<sup>168</sup> et aux décisions administratives<sup>169</sup> et législatives<sup>170</sup>. Elle conditionne leur entrée en vigueur. La publicité est en effet un principe fondamental des ordres juridiques démocratiques – les sujets de droit doivent connaître le droit pour l'appliquer<sup>171</sup>.

Si certains auteurs ont critiqué le principe de publicité des évaluations de l'enseignement supérieur au nom de l'autonomie de l'institution évaluée<sup>172</sup> ou des effets pervers que cette publicité aurait sur les universités évaluées et sur les rédacteurs du rapport – qui s'auto censureraient<sup>173</sup> –, la doctrine juge en général que la publicité est indissociable de la pratique évaluative<sup>174</sup>. La publicité est, d'une part, une condition de la portée

---

<sup>168</sup> Article 6 § 1 de la CEDH.

<sup>169</sup> Articles L. 221-2 et suivants du code des relations entre le public et l'administration.

<sup>170</sup> Article 1<sup>er</sup> du code civil.

<sup>171</sup> La publicité n'est cependant pas absolue : certains actes administratifs de l'ordre interne, non opposables aux administrés, ne sont pas toujours soumis à ce principe. Toutefois, la publicité est désormais régie par le décret n° 2018-1047 du 28 novembre 2018 pris en application de l'article 20 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance. Les circulaires doivent être publiées sur le site du ministère qui les a adoptées quatre mois au plus tard après leur signature.

<sup>172</sup> Notamment dans l'enseignement supérieur, v. A. LAQUIÈZE, « L'évaluation de l'enseignement supérieur et de la recherche en France aujourd'hui : fin de fièvre ? », in *L'évaluation en droit public, op. cit.*, p. 147-155.

<sup>173</sup> V. D. PUMAIN et F. DARDEL, *L'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur*, 2014, La Doc. Fr., p. 20.

<sup>174</sup> P. VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques : rapport au premier ministre*, La Doc. Fr., 1989, p. 38 ; F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 22 ; P. DURAN et E. MONNIER, « Le développement de l'évaluation en

informative de l'évaluation au-delà du décideur et, d'autre part, l'unique moyen pour que le décideur, l'évalué et les tiers puissent constater l'objectivité du jugement formulé. En effet, sans publicité, l'évaluation serait moins suivie par le décideur<sup>175</sup> et elle n'inspirerait pas confiance<sup>176</sup>. Surtout, sans publicité, la formation de recours directs serait très limitée. Il n'est donc pas étonnant de constater que la publicité des évaluations est aussi bien organisée dans l'Union européenne<sup>177</sup> qu'au Royaume-Uni et aux États-Unis<sup>178</sup>.

**407.** En France, celle-ci est soit prévue par les textes, soit spontanément pratiquée<sup>179</sup>, de telle sorte que le contrôle juridictionnel en la matière aurait un rôle correctif avant d'avoir un rôle créateur. Pourtant, alors que la publicité a pu être qualifiée de principe directeur de l'expertise au sens large<sup>180</sup>, la publicité de l'évaluation ne s'est pas imposée avec évidence. Pendant longtemps, la publicité des évaluations environnementales a ainsi dépendu de la procédure dans laquelle elles s'inséraient (selon l'existence d'une enquête publique) et elle avait lieu, en général, une fois la décision finale prise<sup>181</sup>. Ces dispositions n'ont été amendées que petit à petit sous les commandements du droit européen<sup>182</sup>. Par ailleurs, la

---

France. Nécessité technique et exigence politique », *RFSP*, n° 2, 1992, p. 243 ; V. HESPEL, « L'avenir institutionnel de l'évaluation des politiques publiques », *loc. cit.*, p. 58 et F. ROUVILLOIS, *Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'innovation politique, 2006, p. 22.

<sup>175</sup> V. HESPEL, « L'avenir institutionnel de l'évaluation des politiques publiques », *loc. cit.*, p. 40.

<sup>176</sup> F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 22.

<sup>177</sup> Il n'y a pas d'obligation juridique de publication mais celle-ci est systématiquement réalisée, v. T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 559. Les rapports d'analyses d'impact sont publiés sur le site internet de la Commission européenne.

<sup>178</sup> V. C. RADAELLI, « Rationality, power, management and symbols : four images of regulatory impact assessments », *Scandinavian Political Studies*, n° 33, Vol. 2, 2010, p. 164-168.

<sup>179</sup> Les études d'impact environnementales sont consultables sur le « fichier national », accessible grâce à dire un site internet spécial, les études d'impact des projets de loi sont disponibles sur le site de l'Assemblée nationale et les évaluations de la Commission de la transparence et de la CNEDIMTS sont disponibles sur le site internet de la HAS. Il faut aller sur le site internet du HCERES pour les évaluations qui sont de son ressort. Les évaluations préalables des contrats de partenariat sont plus difficiles à trouver, mais les avis de l'ancienne MAPPP et Fin Infra sont consultables sur le nouveau site internet de la Fin Infra.

<sup>180</sup> V. D. TRUCHET, « Déontologie des experts en santé : perspectives critiques », *loc. cit.*, p. 79. L'auteur évoque la « transparence » mais c'est bien le résultat de l'expertise qui doit être transparent, donc publié, selon lui.

<sup>181</sup> V. S. HÉBRARD, *L'étude d'impact sur l'environnement : révolution ou évolution dans l'aménagement du territoire ?*, *op. cit.*, p. 465 et s et T. DUBREUIL, « Étude d'impact et évaluation environnementale », *Jcl. Administratif*, Fasc. 362, 2014. Le juge n'a pas cherché à remédier à cet état du droit, M. PRIEUR, « Le contrôle par le juge des études d'impact », *RJE*, n° 1, 1991, p. 23 et s.

<sup>182</sup> V. article 147 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques et l'arrêté du 3 avril 2007 portant création d'un fichier informatisé destiné à constituer un répertoire des études d'impact et à le rendre accessible au public. Pour les documents d'urbanisme, v. le décret n° 2005-608 du 27 mai 2005 relatif à l'évaluation des incidences des documents d'urbanisme sur l'environnement et modifiant le code de l'urbanisme. V. Ch. CANS, « Variations autour d'une innovation

publicité n'est pas encore parfaite : les rapports d'accréditation des établissements hospitaliers ne sont consultables qu'une fois la décision finale prise – ils sont mis en ligne sur le site de la HAS – et, alors qu'il est parfois difficile de les trouver sur l'Internet, la Commission d'accès aux documents administratifs, la CADA, refuse de communiquer les évaluations préalables des contrats et marchés de partenariat avant la décision finale – la conclusion du contrat<sup>183</sup> –, alors qu'elle accepte la communication des études d'impact environnemental achevées<sup>184</sup>. Malgré ces réserves, les textes organisant la publicité des évaluations sont assez protecteurs, puisque même la publicité de l'avis des tiers garants est organisée<sup>185</sup> ou envisagée. À cet égard, les auteurs souhaitant l'instauration d'un tiers garant dans la procédure d'étude d'impact des projets de loi défendent toujours la publicité des avis que cette autorité rendrait<sup>186</sup>. Cette situation mettrait fin à la publicité aléatoire des avis du Conseil d'État, qui sont accessibles seulement quand le Gouvernement le décide<sup>187</sup>. Si l'avis n'est pas publié, il faut se contenter des brefs résumés exposés dans les rapports annuels du Conseil d'État sur son activité<sup>188</sup>, sachant que la place accordée à l'étude d'impact dans ces supports est assez faible<sup>189</sup>.

---

environnementale. L'impact des études d'impact sur le droit public », in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 461-488.

<sup>183</sup> CADA, 11 mai 200, conseil 20062040. V. F. BERGÈRE, X. BEZANÇON et L. XAVIER, *Le guide opérationnel des PPP*, Le moniteur, coll. « Guides juridiques marchés publics », 2010, 3<sup>e</sup> éd., p. 332.

<sup>184</sup> V. CADA, 27 juill. 2006, avis n° 20063904. La CADA se fonde sur le droit à l'information environnementale inscrit à l'article L. 124-5 du code de l'environnement. V. J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2012, p. 691, et T. GARANCHER, *Études d'impact environnemental*, 2013, éd. Le Moniteur, coll. « Pratique du droit », 2013, p. 89.

<sup>185</sup> Les avis de la mission Fin Infra et les avis des autorités environnementales sont systématiquement publiés sur les sites Internet dédiés à chacun de ces organes.

<sup>186</sup> V. L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, La Doc. Fr., 2014, p. 89. Le vice-président du Conseil d'État lui-même semble favorable à cette idée V. J.-M. SAUVRE, « Audition » in L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission...*, *op. cit.*, p. 356. La doctrine milite aussi pour cette publication, v. B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact...*, *op. cit.*, p. 88, et H. de CASTRIES et N. MOLFESSIS (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare et Martin, coll. « Rapport du club des juristes », p. 18. Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que si une autre autorité devait contrôler ces études, ces avis devraient être systématiquement publiés, CONSEIL D'ÉTAT, *La simplification et la qualité du droit*, La Doc. Fr., p. 100.

<sup>187</sup> La publication de certains avis par le Gouvernement a été décidée en janvier 2015.

<sup>188</sup> V. les rapports publics sur l'activité juridictionnelle et consultative du Conseil d'État à partir de 2010. Les insuffisances des études qui ont été soulignées par le Conseil sont résumées dans le rapport dans une rubrique à part et dans le résumé de l'avis consacré à un projet de loi quand l'insuffisance de l'étude est très importante, v. par exemple, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2016. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La doc. Fr., 2016, p. 209-210 et p. 256. Concernant le projet de loi pour une République numérique, le Conseil souligne « l'absence d'une véritable étude d'impact ».

<sup>189</sup> 5 pages sont consacrées aux études d'impact dans le rapport public de 2013 sur l'activité de l'année 2012 contre 3 en 2014 sur l'année de 2013 et 2 pages à peine dans les rapports de 2015 et 2016. La tendance semble s'inverser depuis le rapport de 2017, où 5 pages sont de nouveau consacrées à l'étude et où le Conseil d'État affirme avoir relevé son exigence sur le contrôle des études d'impact, cf. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2017. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2016*, *op. cit.*, p. 10. En 2018,

**408.** Si la publicité des évaluations et des avis des tiers garants peut encore croître, il ne semble pas pertinent que les textes ou le juge exigent en parallèle la transparence de la procédure évaluative. Aujourd'hui, cette transparence est seulement attendue des agences sanitaires, qui ont été au cœur de scandales retentissants durant ces dernières décennies<sup>190</sup>. Désormais, leurs échanges peuvent être filmés ou enregistrés<sup>191</sup>.

Or, alors que la publicité semble indispensable à la démonstration de l'objectivité de l'évaluation, une trop grande transparence pourrait, à l'inverse, contrevenir à ce dessein. Si la transparence en amont de l'évaluation – la déclaration des conflits d'intérêts – et en aval – sa publicité – paraissent concourir à la production d'une expertise de meilleure qualité, la transparence *in itinere* serait contre-productive. Le contenu précis des discussions des experts devrait rester secret, comme le délibéré des juges, pour éviter les pressions extérieures<sup>192</sup>. De ce fait, malgré les problèmes récurrents que connaissent les agences sanitaires, la transparence en matière évaluative qui leur est imposée peut être jugée excessive<sup>193</sup> : ce qui importe plus que la connaissance en direct du processus discursif menant au jugement de valeur, c'est la transparence des critères évaluatifs, des noms des évaluateurs<sup>194</sup> et de la méthode utilisée. Certes, il faut pouvoir vérifier que les éléments contraignant les experts à l'objectivité aient été appliqués, mais il n'est pas nécessaire pour cela de s'immiscer dans le moment même de la décision. Il est possible de vérifier *a posteriori* l'objectivité du raisonnement suivi en associant le principe de la publicité de l'évaluation à une obligation de motivation, donc à une obligation de justification (2).

---

3 pages sont de nouveau dédiées aux principales études d'impact soumises au Conseil d'État, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2018. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2017*, La doc. Fr., 2018, p. 210-213.

<sup>190</sup> Article L. 161-37 du code de la sécurité sociale.

<sup>191</sup> Les enregistrements sont disponibles sur le site internet de la HAS, sur la page dédiée aux séances de la Commission de la transparence.

<sup>192</sup> V. J. BOURDIN, P. ANDRÉ et J.-P. PLANCADE, *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, p. 25.

<sup>193</sup> V. J. PENTECOSTE, « Pour une vision claire des responsabilités des autorités du médicament », *La Gazette du palais*, 2011, n° 279, p. 7 et s.

<sup>194</sup> Sur le défaut de signature des études d'impact des projets de loi et ses conséquences néfastes, v. L. ECK, « Un instrument de délibération entre les organes : les études d'impact », in M. DORAY et J.-Ph. DEROSIER (dir.), *La délibération après la révision constitutionnelle de 2008-Actes de la Journée de la Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle*, Mare et Martin, 2015, p. 72-84, et B.-L. COMBRADE, *Les études d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 61. Cette signature est déjà imposée au Royaume-Uni et aux États-Unis par exemple, USCA, 2<sup>nd</sup> circuit, *Sierra Club NYC v. Amy corps of Engineers*, 701 F. 2s 1011, 1037-39 2d cir. 1983.

## 2) La motivation de l'évaluation

**409.** Le contrôle de la motivation paraît déterminant pour que l'évaluation, comme toute expertise, se distingue clairement de la simple opinion rendue sur un sujet. Cette exigence paraît même plus aiguë en matière évaluative compte tenu de la connotation subjective du « jugement de valeur » qu'elle contient. Pour convaincre les tiers et les décideurs de la validité et de la crédibilité de son expertise, l'évaluateur doit déployer le raisonnement qui lui a permis de formuler le jugement de valeur final à partir des données qu'il a mesurées ou qui lui ont été transmises. Ainsi, comme le résume P. Idoux, il ne faut pas « se fier à [sa] qualité de simple vice de forme pour appréhender l'importance et les enjeux de la motivation des actes administratifs »<sup>195</sup>. Or l'obligation de motivation n'existe presque pas sans texte pour les actes administratifs<sup>196</sup> et elle n'est pas présente en droit constitutionnel – un exposé des motifs est toutefois attendu en tête des lois<sup>197</sup>.

Elle est en revanche imposée à toutes les décisions de justice du fait de la CESDH, des juges et du législateur<sup>198</sup>. Cette obligation de motivation assure « la transparence du raisonnement juridique du juge, [et] prouve son impartialité »<sup>199</sup>. Elle est aussi exigée des expertises judiciaires<sup>200</sup> qui doivent, comme les actes juridictionnels, montrer leur impartialité pour être acceptée.

**410.** Les pouvoirs publics semblent avoir compris l'importance de ce principe au-delà de la sphère judiciaire, puisqu'à l'instar du principe de publicité, le principe de

---

<sup>195</sup> P. IDOUX, « La motivation des actes administratifs », in *La motivation*, colloque organisé par le Laboratoire de droit privé de la Faculté de droit de Montpellier le 26 novembre 2010 (Dir. C. Albigès), *Revue Lamy de Droit Civil*, n° 89, janvier 2012, p. 94.

<sup>196</sup> Le Conseil d'État a refusé de reconnaître une obligation de motivation des avis individuels v. CE, 26 fév. 1947, *Feeud Valade*, Rec. p. 79, cité par Y. WEBER, *L'administration consultative*, op. cit., p. 208. Il existe seulement une règle de procédure administrative obligeant les instances collégiales investies d'un pouvoir de décision et composées en partie de personnes extérieures à l'administration, CE, 26 janv. 1973, *Garde des Sceaux c/ Lang*, Rec. p. 27, v. P. IDOUX, « La motivation des actes administratifs », in *La motivation*, op. cit., p. 96. Les principales obligations de motivation, applicables à des décisions administratives, sont inscrites aux articles L. 211-1 et s. du CRPA.

<sup>197</sup> Article 7 de la loi n° 2009-403 du 15 avril 2009.

<sup>198</sup> Article 455 du code de procédure civile, article 356-1 du code de procédure pénale et article L. 9 du code de justice administrative. La motivation des jugements est une garantie implicite de l'article 6 § 1 de la CESDH, CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c/ Pays-Bas*, Série A n° 288. Pour les juridictions administratives spécialisées, il faut se référer à la jurisprudence du Conseil d'État, v. CE, 11 nov. 1962, *Ministre des armées c. Sieur Héritier* ; CE 14 avril 1982, *Ben Salah*, et CE, 23 déc. 1927, *Veuve Decauville* cités par M. DEGOFTE, *La juridiction administrative spécialisée*, op. cit., p. 439 à 442.

<sup>199</sup> J. COURTEIX, *Fonctionnement de la justice et responsabilités*, Panthéon-Sorbonne, 2005, p. 285.

<sup>200</sup> Ce principe se dévoile à travers l'exigence d'un « rapport », à l'article 282 du code de procédure civile et à l'article R. 621-9 du code de justice administrative.

motivation est systématiquement prévu dans la réglementation évaluative. Son contrôle ne requerrait donc pas du juge la définition d'un principe jurisprudentiel nouveau.

Dans l'Union européenne, la motivation est notamment prévue par les *Lignes directrices* édictées par la Commission européenne pour les *Regulatory Impact Assessment*<sup>201</sup>. En France, elle est prévue par le code de la sécurité sociale pour la CNEDIMTS<sup>202</sup> et pour la Commission de la transparence<sup>203</sup>, dont les avis peuvent être irréguliers en cas de motivation stéréotypée<sup>204</sup>. Elle n'est pas explicitement prévue pour les évaluations produites par le HCERES, mais le code de la recherche impose à plusieurs reprises une obligation de transparence qui peut être interprétée comme une obligation de motivation<sup>205</sup>. Dans la même perspective, si la motivation n'est pas clairement prévue non plus pour les évaluations individuelles, qui sont en ce sens fidèles aux notations<sup>206</sup>, le compte rendu de l'entretien imposé par les différents décrets remplit manifestement une fonction de justification<sup>207</sup>. Les évaluations environnementales connaissent également une obligation de motivation indirecte, puisque la description des différentes rubriques et l'exigence d'une évaluation proportionnée aux circonstances impliquent nécessairement la motivation de l'évaluation<sup>208</sup>. Les évaluations précontractuelles connaissent le même sort, puisque le décret du 25 mars 2016, sans parler d'évaluation, impose à l'évaluateur des analyses<sup>209</sup>, définies comme des « examens, souvent très minutieux, qui tentent de dégager les éléments propres à expliquer une situation »<sup>210</sup>. Ces examens servent de motivation. Il faut aussi lire entre les lignes de la loi organique n° 2009-403 qui organise les études d'impact des projets de loi pour déceler une obligation de motivation : elle ressort des différentes rubriques exposées dans la loi, qui demandent à l'évaluateur d'exposer certains de ses motifs et d'indiquer les méthodes de calcul retenues<sup>211</sup>.

---

<sup>201</sup> *Better regulation guidelines – Impact assessment*, disponible sur le site Internet de la Commission européenne. V. T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 555.

<sup>202</sup> Article R. 165-19 du code de la sécurité sociale.

<sup>203</sup> Article R. 163-13 du code de la sécurité sociale.

<sup>204</sup> CE, Sect., 20 juin 2003, *Société Servier monde*, req. n° 240194, p. 283. V. J. PENTECOSTE, « Interprétation administrative », *RGDM*, Dossier « La force des avis et recommandations des autorités de santé », p. 91-100.

<sup>205</sup> Articles L. 114-3-1 et L. 114-3-3 du code de la recherche.

<sup>206</sup> V. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, coll. « Domat droit public », 2008, p. 757.

<sup>207</sup> V. C. WILSON, « Évaluation professionnelle de l'agent, quoi de neuf ? », *AJCT*, 2015, p. 498 et s.

<sup>208</sup> Articles L. 122-1 et R. 122-5 du code de l'environnement.

<sup>209</sup> Article 147 du décret n° 2016-630.

<sup>210</sup> « Analyse », in *Le petit Robert*, éd. Le Robert, 2017, p. 90.

<sup>211</sup> Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

**411.** Le contrôle juridictionnel de la motivation de l'évaluation permettrait de mesurer la portée de ces gages théoriques. Au regard de la pratique évaluative, il apparaît que c'est le juge constitutionnel qui serait le plus à même de se servir de ce moyen pour améliorer la qualité des évaluations qui lui sont soumises. En effet, en pratique, l'obligation de motivation des études d'impact des projets de loi n'est pas respectée par le gouvernement<sup>212</sup>. Sans consacrer de nouveau principe, le Conseil constitutionnel pourrait s'appuyer sur la loi organique pour forcer le gouvernement à respecter la nature expertale des évaluations et l'amener à produire des actes étayés qui pourraient vraiment servir aux parlementaires et au public. L'étude d'impact des projets de loi cesserait alors d'être un poids mort procédural.

**412.** Associé aux autres principes procéduraux de l'évaluation, ce moyen parachèverait l'examen de sa régularité externe, examen crucial pour tout acte d'expertise dans la mesure où il préserve son essence, c'est-à-dire son objectivité. L'omission de l'un de ces principes affecte en effet irrémédiablement la fiabilité de l'avis rendu. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils doivent être contrôlés avec rigorisme. Comme le résume D. Truchet, « entre le risque de paralysie de la procédure de recrutement, d'évaluation, d'expertise et le risque d'illégalité, l'arbitrage est délicat et passe souvent par une interprétation souple, voire très souple, des règles »<sup>213</sup>. La partialité d'un évaluateur pourrait ainsi être compensée par l'impartialité d'un tiers garant chargé de contrôler la qualité de l'évaluation. Ce mécanisme pourrait valoir également en cas de défaut de compétences techniques de l'évaluateur désigné. Il aurait, incidemment, un impact sur l'application des principes du contradictoire et de pluralité, qui seraient aménagés pour tenir compte de son intervention et s'articuleraient, le cas échéant, autour de lui.

Néanmoins, même systématiquement exercé, cet indispensable contrôle ne suffirait pas pour garantir la fiabilité de l'évaluation. Une expertise évaluative réalisée dans le respect des principes étudiés peut toujours faillir à sa mission de rationalisation des décisions publiques et faire du tort au processus décisionnel et aux évalués. En effet, une erreur de fond peut condamner l'utilité d'une évaluation. Or son contrôle interne s'avère plus délicat que le contrôle de sa régularité externe (Section 2).

---

<sup>212</sup> Sur le retrait du juge constitutionnel voir *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, §II.

<sup>213</sup> D. TRUCHET, « Déontologie des experts en santé : perspectives critiques », *loc. cit.*, p. 83.

## Section 2 : Le contrôle délicat de la régularité interne de l'évaluation

**413.** Il est possible qu'une expertise respectant les principes fondamentaux de procédure et de forme ne soit malgré tout pas objective et/ou qu'elle soit erronée. Pour éliminer toutes les hypothèses de faillibilité de l'évaluation, les juges pourraient de nouveau s'inspirer de sa nature expertale pour mettre en place un contrôle novateur en matière de consultation administrative et législative, un contrôle visant à la fois le champ de l'avis ou de l'évaluation (en cas d'inexistence, d'insuffisance de son périmètre ou de sa précision) et un contrôle de la pertinence l'évaluation (il faut que la méthode et l'appréciation formulée soient appropriées). Ce contrôle protégerait la justesse de l'évaluation (§I). Toutefois, l'appartenance de certaines évaluations à la catégorie des expertises scientifiques<sup>214</sup> complique ce contrôle. En effet, s'il effectuait un contrôle trop poussé, le juge risquerait d'interférer de manière excessive avec la pratique évaluative et, surtout avec la communauté scientifique. La sécurisation juridique de l'évaluation pourrait ainsi dénaturer, par ricochet, la libre recherche scientifique (§II).

### §I. Le contrôle adapté de la régularité interne de l'évaluation

**414.** Dans un arrêt portant sur une évaluation de l'Agence européenne des médicaments, la Cour de justice de l'Union européenne a résumé les différentes questions que pourrait se poser le juge pour contrôler la régularité interne d'une évaluation. Selon la Cour, le juge « doit vérifier le caractère *complet, cohérent et pertinent* du raisonnement renfermé dans l'avis »<sup>215</sup>. Ces moyens peuvent être divisés en deux catégories dont le contrôle serait successif. D'après cette classification, le juge s'interrogerait d'abord sur le *champ* de l'évaluation, c'est-à-dire son caractère complet, tant au regard de son périmètre que de sa précision (A). Ce premier élément vérifié, le juge examinerait la pertinence des appréciations réalisées dans ce champ, en s'intéressant autant à la méthode employée par l'évaluateur qu'au jugement de valeur finalement porté, la justesse de l'une ne présupposant pas celle de l'autre (B). Avec ces derniers moyens, tous les aspects de l'évaluation

---

<sup>214</sup> V. *supra*, Première Partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §II.

<sup>215</sup> TPICE, 11 sept. 2002, *Pfizer Animal Health c. Conseil*, aff. T. 13/99. Nous soulignons.

susceptibles d'affecter son objectivité et sa fiabilité seraient contrôlés par le juge, qui protégerait en même temps l'évaluation, l'évalué et les décideurs contre les dérives de la rationalisation des décisions publiques.

### **A. Le contrôle du champ de l'évaluation**

**415.** La première variable affectant la fiabilité d'une évaluation conforme aux règles de procédure et de forme évoquées précédemment est son champ, sa complétude. L'évaluation peut être complète, incomplète et, parfois, inexistante. Cette question de la matérialité de l'évaluation échappe au cadre dual de la régularité interne et externe (le contrôle de la procédure suppose aussi l'existence de l'évaluation). Elle sera abordée ici dans la mesure où contrôler le champ de l'évaluation présuppose le contrôle du champ de l'obligation d'évaluer. Cet examen ôterait aux décideurs le loisir d'occulter l'évaluation dans la mesure où l'omission d'une évaluation obligatoire équivaldrait à l'omission d'une consultation et constituerait donc un vice de procédure de la décision finale (1). À l'inverse, le contrôle du champ des évaluations réalisées, c'est-à-dire le contrôle de la suffisance de leur périmètre et de leur précision, relèverait de la légalité interne de l'évaluation (2).

#### 1) Le contrôle de l'obligation d'évaluer

**416.** Le contrôle de l'obligation d'évaluer est une étape fondamentale pour assurer la rationalisation des décisions publiques par l'évaluation. En effet, ce mouvement suppose que les évaluations prescrites par le droit soient réalisées, ce que le juge pourrait vérifier indirectement lors de la contestation de la décision finale ou lors de recours spécialement prévus à cet effet, à l'image du sursis à exécution en droit de l'environnement<sup>216</sup>. À chaque fois qu'une obligation d'évaluer<sup>217</sup> n'est pas respectée, le juge constitutionnel et le juge administratif mettraient en œuvre leur jurisprudence respective en matière de consultations obligatoires, et annuleraient pour vice de procédure la décision finale prise en défaut des consultations imposées dès lors que cette absence a été susceptible d'influencer la décision

---

<sup>216</sup> Article L. 122-2 du code de l'environnement.

<sup>217</sup> Les obligations de consulter sont en général strictement interprétées, Ch. HELLER, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, thèse de l'Université de Strasbourg, p. 110 et

finale – annulation qui pourrait être prononcée sous réserve de régularisation dans certaines matières administratives<sup>218</sup>.

Cette hypothèse s'est déjà présentée devant le juge administratif<sup>219</sup>, qui a par ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur les limites de l'obligation d'évaluer. Lors d'un recours formé contre une évaluation, il a ainsi affirmé que l'obligation d'évaluer n'était pas tenue en échec par l'existence d'un principe d'indépendance protégeant les évalués – en l'occurrence les magistrats administratifs<sup>220</sup>. Il a aussi estimé que les obligations d'évaluer ne bénéficient pas d'un « effet cliquet », sauf si leur suppression se heurte à une norme supérieure<sup>221</sup>. Cette règle a été consacrée sous forme d'oxymore à propos des évaluations environnementales, concomitamment à la consécration du principe environnemental de non-régression. Dans l'arrêt en cause, le juge a en effet affirmé, en dépit du principe de non-régression environnementale, que des procédures d'autorisation précédemment soumises à une obligation systématique d'évaluation peuvent à tout moment être soustraites à cette obligation ou soumises à une obligation ponctuelle d'évaluer, dès lors que ce changement n'est pas réalisé en méconnaissance d'autres règles juridiques<sup>222</sup>. Cette solution s'explique toutefois par l'absence d'un droit générique à l'évaluation. À ce jour, il existe seulement des obligations d'évaluer réglementaires, législatives, européennes et constitutionnelles<sup>223</sup>.

---

<sup>218</sup> V. Const. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986. Devant le juge administratif, la régularisation est parfois possible en vertu de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme, v. CE, Sect., 22 déc. 2017, *Commune de Sempy*, n° 395963, Rec. p. 381.

<sup>219</sup> Le défaut d'évaluation a été sanctionné en droit de la fonction publique, v. CAA de Marseille, 11 sept. 2007, *M. Barbasini*, req. n° 05MA00805, et TA Versailles, 9 mai 2011, *M. Henry*, req. n° 0810024. *A priori*, seule l'obligation d'évaluer justifie l'annulation en cas de non évaluation. Le juge a ainsi considéré que la non-réalisation de l'évaluation individuelle d'un fonctionnaire ne pouvait pas être considérée automatiquement comme du harcèlement moral, CAA de Marseille, 3 nov. 2015, req. n° 14MA00638 et CAA de Nancy, 17 avril 2018, req. n° 17NC000033.

<sup>220</sup> CE, 26 mai 2010, *Marc-Antoine*, req. n° 309503, rec. T. p. 836. Ce qui paraît plus problématique au regard de l'indépendance des magistrats administratifs est l'association de cette évaluation avec une part de rémunération au mérite, v. L. CLUZEL-MÉTAYER et A. SAUVIAT, « Les notions de qualité et de performance de la justice administrative », *RFAP*, 2016, n° 159, p. 678 et L. BERTHIER « Qualité et évaluation des magistrats de l'ordre administratif », *RFAP*, 2016, n° 159, p. 739-750.

Une décision similaire a été rendue en 2018 à propos des psychologues territoriaux, CE, 19 déc. 2018, *Syndicat national des psychologues*, req. n° 409267, Inédit au recueil Lebon.

<sup>221</sup> CE 8 déc. 2017, *Fédération Allier Nature*, req. n° 404391, rec. T. 690.

<sup>222</sup> Notamment les règles du droit de l'Union européenne en matière d'études d'impact environnementales, v. CE, 8 déc. 2017, *Fédération Allier Nature*, req. n° 404391, rec. T. 691 : « qu'en revanche, une réglementation exemptant de toute évaluation environnementale un type de projets antérieurement soumis à l'obligation d'évaluation environnementale après un examen au cas par cas n'est conforme au principe de non-régression de la protection de l'environnement que si ce type de projets, eu égard à sa nature, à ses dimensions et à sa localisation et compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, n'est pas susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine ». Note C. LEPAGE, « La reconnaissance jurisprudentielle du principe de non-régression », *Environnement*, fév. 2018, comm. 11.

<sup>223</sup> V. l'article 5 de la Charte de l'environnement et directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 précitée.

**417.** Le contrôle de ces obligations paraît relativement aisé, étant donné que de nombreux textes, notamment en droit sanitaire<sup>224</sup> et en droit constitutionnel<sup>225</sup> imposent une obligation d'évaluation systématique. Il existe peu d'obligations ponctuelles d'évaluer susceptibles de poser des difficultés au juge. Certaines de ces obligations conditionnées par des motifs de fait ont été bien encadrées par le pouvoir législatif et réglementaire, à l'image des évaluations au cas par cas des projets de travaux<sup>226</sup> et des documents d'urbanisme<sup>227</sup>, qui sont issues du droit de l'Union européenne<sup>228</sup>. Dans ces deux hypothèses, la décision d'évaluer est prise par l'autorité environnementale, mais le juge est le vérificateur final de ce mécanisme, puisque la décision de soumission à une étude d'impact est directement contestable devant lui, et que sa réciproque, la décision de non-soumission à une évaluation, reste contestable par voie d'exception en cas de contrôle de la décision finale<sup>229</sup>. Si ce contrôle déjà pratiqué est technique, il ne semble pas poser de difficultés particulières au juge.

Le vrai défi pour le juge réside dans le contrôle de la seconde obligation ponctuelle d'évaluer, restée longtemps implicite avant d'être explicitée à l'article 5 de la Charte de l'environnement en 2005. Il s'agit de l'obligation d'évaluer découlant du principe de précaution. Ce principe est invocable devant le juge administratif sur le fondement du code de l'environnement<sup>230</sup>, du droit de l'Union<sup>231</sup> et du droit constitutionnel (en vertu de la

---

<sup>224</sup> Articles L. 161-37, art. L. 165-1 pour l'évaluation des médicaments dont le fabricant demande l'inscription sur la liste des médicaments remboursables et articles R. 165-18 et s. du code de la sécurité sociale pour les évaluations des dispositifs médicaux et des technologies de santé.

<sup>225</sup> Articles 8 et 11 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution

<sup>226</sup> Article L. 122-1 issu de la loi dite « Grenelle II », n° 2010-799 du 18 juillet 2010 et art. R. 122-3 du code de l'environnement créé par le décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 et modifié par le décret n° 2016-110 du 11 août 2016 se conformant avec la directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 et la directive 2011/92/UE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

<sup>227</sup> Cet examen est désormais prévu aux articles R. 104-3, R. 104-4 et R. 104-8 du code de l'urbanisme, qui codifient le décret n° 2015-783 du 28 décembre 2015.

<sup>228</sup> Les critères de seuil en vigueur n'étaient pas conformes au droit de l'Union, v. J. BÉTAILLE, « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisances récurrentes », *RJE*, 2010, n° spécial, p. 241. Cette non-conformité était impliquée par les arrêts CJCE, 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e.a.*, aff. C-72/95, et CJCE, 21 septembre 1999, *Commission c. Irlande*, C-392/96. La Commission européenne avait ouvert une procédure d'infraction contre la France quand le décret de 2016 rétablissant la conformité a été adopté.

<sup>229</sup> CE, Avis, 6 avril 2016, *M. Tavernier*, req. n° 395916, rec. T. p. 839-863. V. Y. JÉGOUZO, « Simplifier l'évaluation environnementale des plans et programmes », *AJDA*, 2016, p. 1818-1822, et T. GARANCHER, *Études d'impact environnemental*, op. cit., p. 77 et s.

<sup>230</sup> Article L. 110-1 du code de l'environnement.

<sup>231</sup> D'abord par le juge européen, TPICE, 26 nov. 2002, *Artogodan GmbH ea c/Commission*, T-74/00, Rec. 4945, consid. 184, puis par le droit primaire de l'Union, aux articles 174-1 et 174-2 du Traité sur l'Union européenne.

Charte de l'environnement). Il est aussi invocable devant le juge constitutionnel, mais seulement dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois<sup>232</sup>. Il s'applique exclusivement aux personnes publiques<sup>233</sup>, qu'il oblige à évaluer les risques avant de prendre certaines mesures dans un contexte d'incertitude scientifique.

Défini comme « le principe (...) selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable » par le code de l'environnement<sup>234</sup>, le principe de précaution est plus explicitement lié à l'obligation d'évaluer inscrite à l'article 5 de la Charte de l'environnement. D'après cet article : « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage la réalisation d'un dommage ». Cette obligation d'évaluer en lien avec le principe de précaution avait été identifiée par la doctrine avant qu'elle ne soit explicitée en droit positif<sup>235</sup>.

Originellement mis en œuvre dans le strict champ du droit de l'environnement, le principe de précaution a été étendu aux questions de santé quand la cause du risque est environnementale<sup>236</sup>. Cependant, dans le domaine de la santé pure, le juge ne s'intéresse

---

<sup>232</sup> Le juge a jusqu'ici jugé inopérant son application en QPC ou a manqué de clarté, v. Cons. const., 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC, et Cons. const., 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC, *Association Plastics Europe*. V.K. FOUCHER, « De la possibilité de valider une mesure de précaution... sans reconnaître le principe de précaution », *Constitutions*, 2015, p. 602-606, et V. GOESEL-LE BIHAN, « Le Conseil constitutionnel "botte-t-il en touche" lorsqu'il ne statue pas sur le grief tiré de la violation de l'article 5 de la Charte de l'environnement ? », *RFDA*, 2018, p. 1047-1060 et A. ROBLLOT-TROIZIER, « Les clairs-obscur de l'invocabilité de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2015, p. 498.

<sup>233</sup> V. O. GODARD, « Le principe de précaution, une règle d'abstention ? », in M. TUBIANA, C. VROUSO, C. CARDE et J.-P. PAGES (dir.), *Risque et société*, Gif-sur-Yvette, éd. Nucléon, 1999, p. 293-207. Il s'applique indirectement, aux personnes privées, qui sont parfois tenues de démontrer aux personnes publiques qu'elles respectent le principe de précaution, C. LEPAGE, *Le Grenelle Environnement - Mission Lepage. Rapport final*, 2008, 118 p.

<sup>234</sup> Article L. 110-1 du code de l'environnement.

<sup>235</sup> V. L. BOY, « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation », *LPA*, 1997, n° 4, p. 4-8 ; M. DEGUERGUE, « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *RJE*, 2000, numéro spécial, p. 105-117 ; M.-A. HERMITTE et V. DAVID, « Évaluation des risques et principe de précaution (1) », *LPA*, 30 nov. 2000, n° 239, p. 13-37, et K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>236</sup> V. A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan, 2003, p. 527, et M.-A. HERMITTE, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », *D.*, 2007, p. 1518-1528.

qu'aux « mesures de précaution » et n'applique pas explicitement le principe de précaution<sup>237</sup>, mais plutôt, comme le montrent les condamnations prononcées, le principe de prévention – l'État est en général condamné pour n'avoir pas pris des mesures quand il était certain qu'un risque existait et non quand l'existence de ce risque était encore incertaine<sup>238</sup>. Tel qu'il est interprété, ce principe garde toutefois des affinités avec l'obligation d'évaluer<sup>239</sup>.

Ainsi, en droit de l'environnement comme en droit de la santé, le juge est régulièrement amené à vérifier si un contexte d'incertitude scientifique et de dommage spécifique justifie le recours à l'évaluation. Ce contrôle ardu requiert plus qu'un « juge automate ». Il n'est pas anodin dans la mesure où il a une influence directe sur la diffusion des pratiques évaluatives, donc sur la diffusion de la rationalité managériale au sein des procédures décisionnelles. Il ne constitue toutefois qu'une forme extrême et minimale du contrôle du champ de l'évaluation, sans incidence sur la justesse de celle-ci.

Le contrôle du champ des évaluations effectivement réalisées, obligatoirement ou spontanément<sup>240</sup>, c'est-à-dire le contrôle de la suffisance de la précision et du périmètre de l'évaluation est davantage déterminant dans la perspective d'améliorer la qualité des évaluations et de neutraliser leurs effets négatifs (2).

## 2) Le contrôle de la suffisance de l'évaluation

### 418. Le contrôle de la suffisance des expertises est répandu en dehors des frontières

---

<sup>237</sup> V. par exemple, CE, 28 juill. 2000, *Association Force Ouvrière consommateurs*, req. n° 212115, Rec. p. 352 et CE, 28 déc. 2017, *M. Drelon et Association Mousse et autres*, req. n° 400580, Rec. T. 814. Les autorités sanitaires, en revanche, évoquent le principe dans leurs décisions, V. O. LANTRÈS, « Les acteurs pharmaceutiques face au principe de précaution », *LPA*, 2004, n° 211, p. 3-14.

<sup>238</sup> V. K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, op. cit., p. 41 ; F. BROCAL VON PLAUEEN, « La responsabilité de l'État et le risque sanitaire et alimentaire », *AJDA*, 2005, p. 522-534 ; C. GUETTIER, « L'amiante : une affaire d'État », *RDSS*, 2006, p. 202-214 et S. BRIMO, « La responsabilité administrative, dernière victime du Mediator ? », *AJDA*, 2014, p. 2490-2498. Le principe de précaution serait néanmoins appliqué via le principe de prudence, C. CASTAING, *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, thèse de l'Université de Bordeaux, 2001, p. 248.

<sup>239</sup> CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la solidarité c. consorts Thomas*, req. n°s 241152 et 241153, Rec. p. 125 ; C. DURAND, « La carence fautive de l'État en matière de protection de la santé au travail », *RDSS*, 2002, p. 1, et A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, coll. "Thémis Droit", 2e éd., 2009, p. 595.

<sup>240</sup> Le juge administratif a en effet rappelé qu'une procédure d'étude d'impact environnemental facultativement engagée devait être menée dans des conditions régulières, conformément à sa jurisprudence classique en matière de consultations. Elle peut donc être soumise à un contrôle équivalent aux études d'impact obligatoires, v. CAA de Paris, 22 oct. 2018, *M. B et autres c. Ville de Paris*, req. n°s 18PA01325, 18PA01326 et 18PA01649.

françaises. Il est notamment exercé par les juges allemands et américains<sup>241</sup>. Il peut désigner deux moyens complémentaires : la suffisance du périmètre de l'évaluation et la suffisance de sa précision. Pour désigner ces deux contrôles, l'expression « contrôle de la suffisance » sera ici préférée à l'expression doctrinale<sup>242</sup>, et non juridictionnelle<sup>243</sup>, de « contrôle du sérieux » de l'évaluation, dès lors que cette expression englobe le contrôle de la méthode, qui n'est pas à proprement parler une question de suffisance. Certes, la méthode employée par l'expert peut être évoquée à l'occasion de ce contrôle, mais seulement formellement. Le juge vérifie alors que la méthode est suffisamment expliquée dans l'étude<sup>244</sup> et, à ce titre, il n'a pas à porter de jugement sur la pertinence de la méthode employée. Appliqué pour la première fois à l'évaluation en droit de l'environnement (a), ce contrôle de la suffisance s'est progressivement étendu à d'autres matières en dépit du silence des textes. Cependant, dans ces autres domaines, le contrôle du juge demeure trop superficiel pour protéger réellement la fiabilité des évaluations contrôlées (b).

*a) L'insuffisance du contrôle originel de la suffisance de l'évaluation*

**419.** En droit de l'environnement, le contrôle juridictionnel de la suffisance de l'évaluation résulte de l'exigence de proportionnalité de l'étude définie dans les textes<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> U.S. District Court for the Middle District of Florida, 24 fév. 1998, *Associated Fisheries of Me., Inc. v. Daley*, 954 F.Supp. 383 (D.Me.1997) ; USSC, 29 juin 2015, *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, 573 U.S. ; US Jugement du 9 fév. 2010, 1 BvL 1/09, para 143 (Hartz IV) et BVerfGE 106, 62, 151 ff (care of the elderly); BVerfGE 39, 210, 225–226 (mills structure); BVerfGE 65, 1, cités par D. OLIVER-LALANA, « *On the (judicial) method to review the (legislative) method* », *Theory and practice of legislation*, 2016, n° 4, p. 146.

<sup>242</sup> V. Chron. F. TIBERGHEN et B. LASSERRE, *AJDA*, 1982, p. 587-592 ; P. LIGNIÈRES, *Partenariats public-privé : contrats de partenariat, montages contractuels complexes, financement de projet, réforme de l'État, droit public des affaires*, Litec, coll. « Litec affaires, finances », 2e éd., 2005, p. 78 ; F. BRENET, F. MELLERAY, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats*, Litec, coll. « Collectivités territoriales », 2005, p. 130 ; E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats publics-privés*, L'Harmattan, 2011, p. 220, et J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2012, p. 414.

<sup>243</sup> Le caractère sérieux de l'étude peut être invoqué par les parties mais il est transformé en insuffisance par le juge. En revanche, le juge utilise parfois l'expression d'évaluation « complète » ou « incomplète », V. par exemple, CE, 24 fév. 2017, *Mme B. A.*, req. n° 395994, Inédit au recueil Lebon. Cette formulation, plus rare que l'insuffisance, ne sera pas retenue ici.

<sup>244</sup> CAA de Marseille, 27 janv. 2005, req. n° 00MA02734, cité par T. DUBREUIL, « Étude d'impact et évaluation environnementale », *Jcl. Administratif*, Fasc. 362, 2014.

<sup>245</sup> Article R. 122-5.I du code de l'environnement : « Le contenu de l'étude d'impact est proportionné à la sensibilité environnementale de la zone susceptible d'être affectée par le projet, à l'importance et la nature des travaux, ouvrages et aménagements projetés et à leurs incidences prévisibles sur l'environnement ou la santé humaine ». Le même raisonnement est appliqué à l'article L. 104-4 du code de l'urbanisme pour les documents d'urbanisme et à l'article R. 414-23 du code de l'environnement pour les évaluations Natura 2000. Cette proportionnalité est contrôlée depuis 1982 pour les études d'impact, CE, 9 juill. 1982, *Ministre de*

Le juge vérifie qu'elle n'est pas « superficielle » ou « sommaire »<sup>246</sup>. Est sommaire – donc irrégulière –, par exemple, l'étude d'impact « présentée sous forme, d'une part, d'une note de la chambre d'agriculture d'Ille-et-Vilaine, faisant la synthèse des études existantes sur l'aptitude des sols de la région concernée, à l'épandage des déjections animales, d'autre part, de réponses à un questionnaire-type »<sup>247</sup>. Est aussi insuffisante une étude qui ne consacre pas assez de pages à son objet<sup>248</sup>.

Largement pratiqué, ce contrôle est jugé insatisfaisant par la doctrine. Celle-ci s'inquiète ainsi du laconisme<sup>249</sup> et du laxisme du juge<sup>250</sup>, qui encourageraient les pétitionnaires à réaliser des études d'impact de moindre qualité<sup>251</sup>. Certes, comme le note R. Romi, le juge a constamment amélioré son contrôle du « sérieux » de l'étude<sup>252</sup>, et il fait varier l'intensité de son contrôle en fonction des effets possibles du projet sur l'environnement<sup>253</sup> – il le durcit en fonction de leur gravité et exerce un contrôle normal en cas de déclaration d'utilité publique<sup>254</sup>. Néanmoins, comme le remarque M.-B. Lahorgue, qui juge le contrôle du Conseil d'État satisfaisant, celui-ci sanctionne l'étude d'impact seulement si l'insuffisance « a eu pour effet d'altérer gravement la bonne information du

---

*l'industrie c. Comité régional d'information du centre antinucléaire de basse Normandie et autres*, req. n° 39799.

<sup>246</sup> CE, 20 fév. 1985, *SARL Le Foll*, cité par M. PRIEUR, « Le contrôle par le juge des études d'impact », *loc. cit.*, p. 31. V. aussi S. HÉBRARD, « Les études d'impact sur l'environnement et le juge administratif », *RJE*, 1981, p. 121-176.

<sup>247</sup> CE, 11 déc. 1987, *Association pour la défense de l'environnement de St-Maurice, St-Germain et de Pontgouin*, req. n° 73594, inédit au recueil Lebon.

<sup>248</sup> TA Strasbourg, 19 oct. 2004, *Assoc. résidents secteur Orbey-Kugarten et al.*, req. n° 042128 et s., *RJE*, 2005, n° 1, p. 73 et s.

<sup>249</sup> V. C. HUGLO, « Bilan des dernières années de jurisprudence pour la 10<sup>e</sup> anniversaire du décret du 12 oct. 1977 », *Gaz Pal*, 1987, p. 707-717.

<sup>250</sup> Pendant longtemps, les tribunaux administratifs ont été bien plus sévères que le Conseil d'État, v. F. CABALLERO, « Le Conseil d'État, ennemi de l'environnement ? », *RJE*, 1984, n° 1, p. 3-42, et I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : le bilan coûts-avantages*, Thèse Poitiers, 1995, p. 255.

<sup>251</sup> V. B. DROBENKO, « Évaluation environnementale des documents d'urbanisme : entre enjeux et méthodes », *RFDA*, 2008, p. 640, et M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 135 et s. En matière d'évaluation socio-économique, le juge n'hésite pas à considérer que les informations comprises dans divers documents présentés à l'enquête publique permettent de rendre complète l'étude d'impact, v. D. DE PAZ, « Légalité de la déclaration d'utilité publique relative à la création d'une ligne de tramway », *AJDA*, 2015, n° 7, p. 2089-2093.

<sup>252</sup> R. ROMI, *Droit de l'environnement*, Issy-Les Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 2014, p. 82.

<sup>253</sup> V. CE, 9 juill. 1982, *Comité départemental défense contre les couloirs de lignes à très haute tension et a.*, req. n° 39584, Rec. p. 277 et CE, 14 oct. 1988, *Cne Saint-Vrain et a.*, req. n° 89079, 89452 et 90035, cités par E. NAIM-GESBERT, « L'acceptabilité compensée de l'impact écologique des DUP », *DA*, n° 7, 2008, comm. 98.

<sup>254</sup> V. E. CARPENTIER, « Principe constitutionnel de précaution et expropriation : mode d'emploi par l'administration et modalités de contrôle par le juge », *Constitutions*, 2013, p. 261-265.

public et l'analyse de l'administration »<sup>255</sup>. Il ne sanctionne donc que les altérations substantielles<sup>256</sup>. Or l'exigence d'un tel seuil de gravité paraît peu compatible avec l'objectif de rationalisation des décisions publiques qui guide l'évaluation. Il semble que l'évaluation pourrait être jugée irrégulière et annulée ou censurée chaque fois qu'elle a altéré l'analyse du décideur, pas seulement quand elle l'a altéré gravement, de telle sorte que seules les insuffisances sans impact sur l'analyse réalisée dans l'évaluation seraient épargnées.

C'est dans cette direction qu'a semblé s'engager le juge en 2011 avec le considérant de principe de l'arrêt *Ocréal*<sup>257</sup>, qui affirme que toute insuffisance ayant provoqué un manquement à « l'information complète de la population » entraîne l'illégalité de l'évaluation. Avant, le juge annulait surtout les études « très insuffisantes »<sup>258</sup> et jugeait que l'omission de « quelques espèces » de la faune et de flore dans une étude ainsi qu'une motivation « relativement succincte » ne caractérisaient pas l'insuffisance d'une étude<sup>259</sup>. Le changement de formule survenu en 2011<sup>260</sup> n'a cependant pas entraîné de durcissement du contrôle. Seules les insuffisances patentes sont toujours sanctionnées<sup>261</sup>. Le juge considère toujours que l'omission d'une espèce animale dans une partie de l'étude n'engendre pas l'insuffisance de l'évaluation dès lors que « les mesures de protection applicables à cette espèce constituaient un élément substantiel de l'analyse de l'état initial du site et de son environnement »<sup>262</sup> : seule une omission totale constituerait – potentiellement – une insuffisance pour le juge.

Le juge a pourtant tous les outils en main pour être plus strict. Depuis plusieurs années, il peut s'appuyer sur l'avis des autorités environnementales pour déceler plus facilement les malfaçons des études – et il y recourt parfois<sup>263</sup>. Il a par ailleurs toujours pu

---

<sup>255</sup> M.-B. LAHORGUE, « L'insuffisance qualitative du dossier d'étude d'impact », *AJDA*, 2012, n° 5, p. 275-280.

<sup>256</sup> CE, 29 juill. 1983, *Decroix*. Chron B. LASSERRE et J.-M. DELARUE, *AJDA*, 1983, p. 538-540 et CE, 7 mars 1986, *Cogema c. Frapna*, req. n° 49664.

<sup>257</sup> CE, 14 oct. 2011, *société Ocréal*, Rec. T. p. 966.

<sup>258</sup> CE, 29 mai 1996, req. n° 128608,

<sup>259</sup> CE, 4 juill. 1994, req. n° 119303,

<sup>260</sup> Auparavant, les juges n'utilisaient pas de formule type mais, quand elle était constatée, l'insuffisance devait déjà être patente pour justifier une annulation. V. par exemple, CAA de Marseille, 11 fév. 2010, req. n° 08MA00145, Inédit au recueil Lebon : « il ne résulte pas de l'instruction que cette étude serait entachée d'erreurs de méthodologie, d'omissions ou d'insuffisances de nature à affecter substantiellement son contenu ».

<sup>261</sup> Notamment les études « très insuffisantes »,

<sup>262</sup> CE, 17 oct. 2016, *Société la Provençale*, req. n° 388006, rec. T. 836-842.

<sup>263</sup> V. CE, 22 juin 2016, *Société SSCV Huit Douze Liberté*, req. n° 388276 ; CAA de Douai, 15 sept. 2016, req. n° 15DA00246, et CAA de Nantes, 2 oct. 2017, req. n° 16NT03382, Inédits au recueil Lebon.

se référer aux différentes circulaires relatives à la méthodologie des études d'impact<sup>264</sup>. Il pourrait même être encore plus sévère depuis l'instauration du mécanisme de cadrage préalable qui permet à un maître d'ouvrage hésitant de solliciter le décideur avant d'évaluer, afin que celui-ci questionne l'autorité environnementale sur le champ de l'évaluation à mener<sup>265</sup>. Ces éléments n'ont toutefois eu aucun effet : le juge demeure peu sensible à la question de la suffisance de l'évaluation. Ce moyen est pourtant primordial dès lors que l'évaluation environnementale est une expertise, et qui plus est une expertise dont le champ est fixé par l'expert lui-même, étant donné que l'évaluateur environnemental n'est autre que le porteur du projet.

À défaut de sanctionner rigoureusement les personnes chargées de rédiger l'évaluation environnementale au sens large, le juge pourrait déplacer son attention sur le tiers garant. Il pourrait notamment vérifier la suffisance de l'avis de l'autorité environnementale. Or il ne l'a jamais fait, à notre connaissance, et ce moyen n'a été invoqué qu'une fois<sup>266</sup>. À ce jour, seule l'existence de cet avis est vérifiée et conditionne la légalité de la procédure<sup>267</sup>. Le contrôle historique de la suffisance de l'évaluation est ainsi relativement restreint, alors même que l'exigence de suffisance est expressément prévue dans les codes de l'environnement et de l'urbanisme<sup>268</sup>. Or il s'agit, à ce jour, du contrôle de la suffisance le plus approfondi. Dans les autres matières, le juge est davantage en retrait (b).

#### *b) Les insuffisances manifestes des déclinaisons du contrôle de la suffisance de l'évaluation*

**420.** La suffisance de l'évaluation est imposée en droit positif en dehors du droit de l'environnement, mais ces dispositions n'ont pas nourri de contrôle spécifique. Parmi les

---

<sup>264</sup> Par exemples la circulaire DPPR/SEI/BPSE/CD/10 n°00-317 du 19 juin 2000 et la circulaire du 10 déc. 1999 relative aux sites et sols pollués et aux principes de fixation des objectifs de réhabilitation, désormais remplacées par la circulaire du 9 août 2013 relative à la démarche de prévention et de gestion des risques sanitaires des installations classées soumises à autorisation.

<sup>265</sup> Article L. 122-1-2 du code de l'environnement.

<sup>266</sup> CAA de Bordeaux, 14 nov. 2017, req. n°s 16BX00688, 16BX00690, 16BX00699, 16BX00700, Inédit au recueil Lebon.

<sup>267</sup> TA Nancy, ord., 11 janv. 2010, *Cne Cosnes-et-Romain*, n° 0902293. L'absence de l'avis crée un doute sérieux sur la légalité de l'étude. Il peut aussi rendre la procédure illégale, CAA de Marseille, 18 oct. 2016, req. n° 14MA01340.

<sup>268</sup> Article R. 122-5 du code de l'environnement pour l'évaluation des projets de travaux, d'ouvrages et d'aménagement et article R. 104-19 du code de l'urbanisme pour les évaluations des plans et programmes. Les expertises doivent être « proportionnées » à un certain nombre de critères relatifs au contexte de l'évaluation.

textes restés lettre morte, il faut compter l'article 8 de la loi organique de 2009<sup>269</sup>, qui exige la « précision » des études d'impact des projets de loi. Malgré cette référence, le contrôle du juge dans ce domaine est resté quasi inexistant. Dans le cadre de l'article 39, il se contente de vérifier la corrélation entre les thèmes abordés dans l'évaluation et les objectifs définis par le gouvernement<sup>270</sup> – qui peut donc délibérément omettre d'évaluer certains aspects du projet en les occultant dans l'exposé des objectifs<sup>271</sup> – ; dans le cadre défini par l'article 61 de la Constitution, son contrôle est tout aussi superficiel : aucun manquement n'a été mis à jour, alors que l'insuffisance chronique et manifeste de ces études d'impact est dénoncée en doctrine depuis plusieurs années<sup>272</sup> et que le manque d'explicitation et d'explication des méthodes utilisées est particulièrement critiqué<sup>273</sup>. Ces évaluations ne sont manifestement pas soumises à un contrôle de la suffisance conforme aux exigences des textes de référence.

**421.** Si le contrôle juridictionnel de la suffisance est faible alors qu'elle constitue une exigence textuelle, il est quasiment inexistant quand la suffisance n'est pas expressément évoquée. La suffisance de l'avis n'est ainsi pas examinée en matière sanitaire : seule la motivation de la décision finale l'est<sup>274</sup>. De même, en matière d'évaluations individuelles des fonctionnaires, le contrôle de la suffisance se limite aujourd'hui à un contrôle du caractère approfondi de l'examen réalisé par l'évaluateur<sup>275</sup>. Quant aux évaluations préalables des contrats et marchés de partenariat, elles ont fait l'objet d'un récent contrôle

---

<sup>269</sup> Loi organique n° 2009-403 du 15 mars 2009.

<sup>270</sup> Cons. const., 1er juillet 2014, n° 2014-12 FNR S. HUTIER, « Première décision FNR relative à une étude d'impact : déception ou espérance ? », *RFDC*, 2015, n° 101, p. 194-201.

<sup>271</sup> Le Gouvernement a ainsi pu juger « sans objet » la mesure de l'impact social d'un projet de loi modifiant la fiscalité et le taux de rémunération de produits d'épargne très populaires. Étude du projet de loi devenu la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013.

<sup>272</sup> V. C. GOASQUEN et P. MALLOT, *Rapport d'information n° 2094 du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi*, La Doc. Fr., 2009, 64 p. ; CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2013. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La doc. Fr., 2012, p. 180 ; H. PORTELLI, *Rapport de la commission des Lois sur la proposition de loi organique de M. Jacques MÉZARD...*, *op. cit.*, p. 25 ; J.-M. SAUVÉ, intervention à la table ronde « Contrôler et évaluer la loi », in ASSEMBLÉE NATIONALE, colloque « Mieux légiférer », Hôtel de Lassay, 28 novembre 2014, compte rendu disponible sur le site de l'Assemblée nationale ; B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 364 et J.-M. SAUVÉ, « Audition » in L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, La Doc. Fr., 2014, p. 356 et s.

<sup>273</sup> V. D. ASSOULINE, *Rapport d'information n° 623 au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois*, *op. cit.*, p. 98 et s., et B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi...*, *op. cit.*, p. 364.

<sup>274</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, §II, B, 1). Le juge contrôle alors indirectement la suffisance de l'avis si la décision finale l'a reprise.

<sup>275</sup> CAA de Nantes, 3 déc. 2015, req. n° 15NT02276, Inédit au recueil Lebon.

par le tribunal administratif de Marseille<sup>276</sup>. Ce contrôle a conduit à l'annulation de la délibération autorisant le recours au contrat de partenariat en raison, notamment, des « insuffisances importantes » que comportait l'étude. Ce motif n'étant toutefois pas le principal motif d'annulation – celui-ci étant l'inversion de la conclusion de l'évaluation, c'est-à-dire un bilan finalement non favorable pour le contrat de partenariat –, il reste difficile de savoir quel degré de contrôle est précisément mis en œuvre. La doctrine s'est par ailleurs toujours divisée à ce sujet, puisque si elle appelle depuis la création des contrats de partenariat à un contrôle du « sérieux » de l'analyse réalisée dans l'évaluation, les auteurs prônent alternativement un contrôle d'intensité normale<sup>277</sup> ou restreinte<sup>278</sup>. À en croire le rapport annuel de la Cour des comptes de 2015, il était temps, en tous cas, que ce contrôle survienne pour améliorer la qualité globale moyenne des évaluations préalables des contrats de partenariat. La juridiction spécialisée relevait en effet dans son rapport l'indigence des bilans comparatifs, qui n'étudient souvent qu'une option à côté du contrat de partenariat, alors que d'autres modèles contractuels auraient pu être envisagés<sup>279</sup>. Elle a aussi souligné l'omission ponctuelle de certains critères, certes absents de l'arrêté de méthodologie adopté en 2009<sup>280</sup>, mais requis par le guide des contrats de partenariat édicté par le ministère de l'Économie<sup>281</sup>. La Cour a, à ce titre, regretté l'absence d'étude de la faisabilité environnementale dans l'évaluation préalable d'un contrat portant sur une zone de risques naturels – il s'agissait d'un projet d'extension du port de plaisance de la ville de Barcarès<sup>282</sup>. Le manque de précision de ces évaluations est ainsi courant. Or, contrairement à ce qu'ont soutenu certains auteurs<sup>283</sup>, il n'est pas explicable par leur réalisation très en

---

<sup>276</sup> TA de Marseille, 12 fév. 2019, *M. G. P.*, req. n° 1709848. Jusqu'alors, seul le contrôle des préfetures sur les contrats qui leur sont transmis par les collectivités territoriales avait été analysé à l'occasion d'un rapport parlementaire et a été jugé insuffisant, H. PORTELLI et J.-P. SUEUR, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », *La Doc. Fr.*, coll. « Rapports du Sénat », 2014, 99 p.

<sup>277</sup> V. P. LIGNIÈRES, *Partenariats public-privé : contrats de partenariat, montages contractuels complexes, financement de projet, réforme de l'État, droit public des affaires*, Litec, coll. « Litec affaires, finances », 2<sup>e</sup> éd., 2005, p. 78 ; F. LICHÈRE et autres, *Pratique des partenariats publics-privés*, Litec, 2006, 1<sup>ère</sup> éd. et 2009, 2<sup>e</sup> éd., et autres, *Pratique des partenariats publics-privés*, Litec, 2006, 1<sup>ère</sup> éd. et 2009, 2<sup>e</sup> éd., p. 95.

<sup>278</sup> V. F. BRENET, F. MELLERAY, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats*, *op. cit.*, p. 130 ; F. BERGÈRE, X. BEZANÇON et L. XAVIER, *Le guide opérationnel des PPP*, Le moniteur, coll. « Guides juridiques marchés publics », 2010, 3<sup>e</sup> éd., p. 335, et E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats publics-privés*, L'Harmattan, 2011, p. 220.

<sup>279</sup> COUR DES COMPTES, *Rapport public 2015*, t. II, chap. 3 « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », *La doc. Fr.*, p. 148-217

<sup>280</sup> Arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en œuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

<sup>281</sup> MINEFI, *Contrats de partenariat, principes et méthodes*, 2011, 62 p.

<sup>282</sup> Étude d'impact introuvable, v. COUR DES COMPTES, *Rapport public 2015*, *op. cit.*, p. 160 et s.

<sup>283</sup> V. F. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *Les partenariats public-privé*, La Découverte, coll. « Repères économie », t. 441, 2006, p. 99.

amont du projet pour lequel un contrat sera conclu. Si le MINEFI estime avec raison qu'une démonstration mathématique n'est pas nécessaire – à défaut d'être intelligible pour la plupart des administrés –, la méthode doit tout de même être explicitée et exposée pour être contrôlable<sup>284</sup>. Pour prévenir ce genre de manquement dans les nouvelles évaluations préalables des marchés de partenariat, le juge pourrait exercer un contrôle normal sur la suffisance de l'évaluation imposée par l'article 147 du décret du 25 mars 2016.

**422.** En comparaison du juge de l'Union européenne, l'inaction des juges français paraît proche de l'incurie. En effet, les juges de la Cour de justice de l'Union européenne ont commencé dès le milieu des années 2000 à effectuer un contrôle spontané de la suffisance des études d'impact de la Commission européenne. Si aucun considérant de principe et aucune obligation générale n'ont encore été définis, quelques arrêts de la Cour de justice ont déjà retenu l'illégalité d'une décision en raison de l'insuffisance de l'évaluation qui la préparait, alors qu'aucun texte ne les y incitait. À ce titre, dans un arrêt de 2006 *Royaume d'Espagne c. Conseil*<sup>285</sup>, le juge de l'Union européenne a spontanément demandé à la Commission de compléter son évaluation en intégrant les coûts salariaux liés à la récolte du coton, puisque ces coûts avaient été occultés dans l'étude de la Commission portant sur la rentabilité d'un nouveau régime d'aides.

Le juge français pourrait imiter son homologue européen pour soumettre l'évaluation à un contrôle adapté à sa nature d'expertise et pour prévenir effectivement la production d'évaluations incorrectes, susceptibles de nuire au processus décisionnel et à l'activité, le produit ou l'agent évalué. Aussi important soit-il, ce contrôle ne serait toutefois qu'un maillon du contrôle interne des expertises évaluatives. En effet, malgré le respect des principes procéduraux de l'expertise et la suffisance du périmètre et de la précision de l'évaluation, l'acte produit peut quand même se révéler erroné et manquer son but informatif. Le contrôle de la fiabilité et de la régularité interne de l'évaluation ne s'achèverait ainsi qu'avec la vérification du caractère approprié des appréciations formulées dans l'évaluation (B).

---

<sup>284</sup> MINEFI, *Contrats de partenariat, principes et méthodes*, 2011, p. 22.

<sup>285</sup> CJCE, 7 sept. 2006, *Espagne c. Conseil*, aff. 310/04, pt. 111 et s. V. T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 494 et p. 525 et s.

## B. Le contrôle de l'exactitude des appréciations formulées dans l'évaluation

**423.** Le contrôle des appréciations formulées dans une expertise est l'ultime manière de garantir la justesse de son contenu. Il est pratiqué dans l'ensemble du contentieux des expertises judiciaires, administratives et législatives. Ce contrôle nécessairement factuel et concret vise d'abord la méthode employée par l'expert pour collecter ou interpréter les données qui fondent son jugement. Celui-ci doit employer une méthode appropriée à l'objet et à l'objectif de l'expertise (1). Il doit ensuite formuler un jugement non erroné à partir de cette méthode, ce qui requiert qu'il se fonde sur des appréciations de fond justes et que son appréciation finale ne soit pas entachée d'une erreur, éventuellement manifeste, d'appréciation (2).

### 1) Le contrôle du caractère approprié de la méthode

**424.** Le contrôle de l'erreur dans la méthode est déjà exercé par le juge à l'encontre des expertises judiciaires<sup>286</sup> et des évaluations<sup>287</sup>. Ce moyen a une nature double qui conditionne son invocabilité en cassation. Si la méthode à employer est encadrée par les textes, alors son contrôle relève de l'erreur de droit et le juge de cassation peut vérifier que le juge du fond a bien identifié l'erreur de méthode invoquée. En revanche, si la méthode n'est pas encadrée, elle relève de l'erreur manifeste d'appréciation et le juge de cassation ne vérifiera ce moyen qu'en cas de dénaturation<sup>288</sup>, c'est-à-dire en cas « d'appréciation *manifestement contraire à la réalité* »<sup>289</sup> du juge du fond.

---

<sup>286</sup> CA de Lyon, 6 sept. 2011, 10/02208 et CA d'Agen, 28 nov. 2001, 00/00346 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 juin 2016, 15-16.648, Inédit ; CAA de Bordeaux, 21 déc. 2010, req. n° 10BX00419, Inédit au recueil Lebon ; CAA de Nancy, 29 janv. 2015, req. n° 14NC00481, Inédit au recueil Lebon, et CAA de Marseille, 21 déc. 2006, req. n° 03MA00676, Inédit au recueil Lebon.

<sup>287</sup> Notamment dans le contentieux sanitaire, CE, 6 mai 2016, *Société Rottapharm*, req. n° 388174, Inédit au Recueil Lebon, et dans le contentieux environnemental, CE, 7 mars 2012, *Mouvement pour les droits et le respect des générations futures*, req. n° 332805, Rec. p. 75.

<sup>288</sup> Le juge de cassation ne contrôle pas toutes les qualifications juridiques des faits. *A fortiori*, il laisse au juge du fond les appréciations souveraines de fait, dont fait partie le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, CE, Sect., 18 nov. 1994, *Société Clichy Dépannage*, req. n° 136941, Rec. p. 505 ; concl. B. DU MARAIS, *RFDA*, 1995, p. 679 et s. La dénaturation joue alors comme limite aux erreurs des juges du fond, CE, 4 janv. 1952, *Simon*, Rec. p. 13. V. J. MASSOT, O. FOUQUET, et J.-H. STAHL, *Le conseil d'État juge de cassation*, Berger-Levrault, 2001, 3<sup>e</sup> éd, p. 353 ; Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, op. cit., p. 586, et M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2014, p. 193-194.

<sup>289</sup> B. du MARAIS, concl. Sur CE, 10 juin 1994, *SA Les grands travaux de Franche-Comté*, *RFDA*, 1995, p. 679. C'est l'auteur qui souligne.

Dans tous ces cas, le contrôle de l'adéquation de la méthode employée pourrait comporter deux étapes qui ne sont pas bien identifiées dans le contrôle actuel. En effet, ce contrôle pourrait avoir une première branche propre au contentieux évaluatif : la vérification du caractère approprié des indicateurs utilisés. Ce contrôle est à créer (a). Il accompagnerait le contrôle plus global de la pertinence de la méthode employée, qui correspond à un contrôle déjà pratiqué par les juges (b).

a) *Le contrôle des indicateurs de l'évaluation*

**425.** Le contrôle des indicateurs, c'est-à-dire des critères utilisés par l'évaluateur, est primordial pour limiter les effets néfastes de l'évaluation<sup>290</sup>. Comme cela a été étudié plus haut<sup>291</sup>, il importe, pour protéger les évalués et la fiabilité de l'évaluation, de contrôler la clarté et la pertinence des indicateurs, c'est-à-dire leur lien réel avec l'activité réalisée, leur conformité au principe d'égalité et, plus généralement, leur adéquation aux circonstances de l'espèce. Alors que la doctrine s'accorde sur le caractère crucial de ces critères et sur l'inadaptation d'une partie des indicateurs en vigueur pour rendre compte des objets ou des activités évalués<sup>292</sup>, ce contrôle n'est pas encore effectué par le juge. Il ne présente pourtant aucune difficulté de mise en œuvre et permettrait de « toiletter » plusieurs évaluations.

En droit de la fonction publique, il permettrait d'examiner de manière approfondie la pertinence et l'objectivité des critères fondés sur l'efficacité ou la performance, qui font l'objet de nombreuses critiques<sup>293</sup>. Il permettrait aussi de censurer les évaluations individuelles fondées uniquement ou principalement sur des critères purement objectifs<sup>294</sup>, c'est-à-dire purement quantitatifs<sup>295</sup>, puisque d'après les sociologues, il faut prendre en

---

<sup>290</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre I, Section 2, §I.

<sup>291</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre I, Section 1, §II, B, 2).

<sup>292</sup> *Ibid.*

<sup>293</sup> V. E. AUBIN, « Les valeurs de la fonction publique en dehors de la loi du 13 juillet 1983 », *AJDA*, 2013, n° 21, p.1212-1217. Pour A. Le Pors, si la culture du résultat peut être introduite, c'est seulement en ce qu'elle vise le résultat en termes d'intérêt général A. LE PORS, « D'un colloque à l'autre », in P. LE JEUNE et J. SERBA (dir.), *La fonction publique face à la culture de résultat*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 15-25.

<sup>294</sup> Ce type d'évaluation est craint en doctrine. V. A. TAILLEFAIT, « Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires : une étape vers un droit de la performance de la fonction publique ? », in Ch. FORTIER (dir.), *Le statut générale des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Dalloz, 2014, p. 119-134.

<sup>295</sup> En matière d'évaluation des enseignants-chercheurs par exemple, la doctrine et les parlementaires s'accordent sur la place mineure à accorder aux données bibliométriques, v. G. LONGO, « La bibliométrie et les gardiens de l'orthodoxie », *Revue du MAUSS*, 2009, n° 33, p. 141-145, et D. PUMAIN et F. DARDEL, *L'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur*, 2014, La Doc. Fr., p. 15.

compte la subjectivité de l'évalué pour produire une évaluation objective du travail<sup>296</sup>. Cette prise en compte de l'individualité de la personne évaluée doit cependant laisser le moins de prise possible à la subjectivité de l'évaluateur. Aussi, les critères donnant trop de prise à l'arbitraire de l'évaluateur, comme les critères visant la personne évaluée plus que son travail pourraient être censurés<sup>297</sup>. Par exemple, le critère du « sens de l'intérêt général » inclus dans les fiches d'évaluation des administrateurs civils semble inadéquat, compte tenu de sa difficulté d'appréciation et de la pertinence incertaine de cette exigence au regard des tâches effectuées. En revanche, il ne serait pas inapproprié de prendre en compte, pour l'évaluation, certaines actions réalisées par les agents en dehors de l'exercice de leurs fonctions, comme l'éventuelle violation de leur devoir de réserve<sup>298</sup>, dès lors que ce comportement a un lien avec le travail effectué.

Le contrôle du caractère égalitaire des critères employés aurait aussi une importance particulière en droit de la fonction publique. En effet, il n'existe plus de fiche d'évaluation standardisée des fonctionnaires et, pour un même poste dans un même service, deux agents peuvent être soumis à une grille d'évaluation différente<sup>299</sup>. Il existe par exemple, pour un même poste au sein du ministère de l'Économie et des Finances, une grille ne descendant pas en dessous de l'appréciation « moyen » pour les administrateurs civils et une grille allant jusqu'à l'appréciation de « très mauvais » pour les attachés administratifs. Ce genre de disparité pourrait être censuré. Cette censure irait de pair avec la sanction des critères évaluatifs disproportionnés qui faussent aussi, nécessairement, l'appréciation rendue, comme la référence à un objectif annuel de dossiers à traiter impossible à atteindre<sup>300</sup>.

---

<sup>296</sup> C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Éditions Quae, coll. « Sciences en question », p. 30.

<sup>297</sup> En effectuant ce contrôle, le juge administratif rejoindrait la jurisprudence judiciaire qui est plus exigeante à propos des critères évaluatifs et qui censure les critères « par trop subjectifs, liés à la morale personnelle », v. P. DENIMAL, « Appréciation individuelle : une démarche juridiquement délicate », *Les cahiers du DRH*, 2014, n° 205, p. 53-58 ; M. HAUTEFORT, « Évaluation-Dans quelles conditions le comportement peut-il entrer dans les critères d'évaluation ? », *Jurisprudence sociale Lamy*, 2011, n° 308, p. 9-11, et P. MAZIÈRE, « L'auto-évaluation des salariés ; Un nouveau champ d'action privilégié pour le C.H.S.C.T », *JDSAM*, 2015, n° 1, p. 115-121.

<sup>298</sup> V. notamment CE, 5 avril 1996, *Jean-Marie X*, req. n° 131639, et CE, 16 fév. 2005, *Odile X*, req. n° 263308, inédits au recueil Lebon.

<sup>299</sup> Ce problème a été identifié au niveau européen, v. EUPAN, *Évaluation de la performance dans les administrations publiques des États membres de l'Union européenne*, 2007, p. 30 et s. Des auteurs avaient pressenti ce risque, v. D. VOLUT, « Le remplacement de la notation par l'entretien individuel : un coup d'épée dans l'eau ? », *AJFP*, 2013, p. 307 et s.

<sup>300</sup> CAA de Marseille, 16 avril 2013, req. n° 11MA02662, Inédit au recueil Lebon.

Loin d'être un gadget, le contrôle des indicateurs aurait ainsi de vraies implications pratiques sur le contenu des évaluations mises en œuvre et, incidemment, sur l'activité professionnelle des personnes évaluées – qui seraient mieux protégées.

**426.** Ce contrôle serait tout aussi utile en droit de l'environnement. S'il avait été mis en œuvre dès la mise en place de ces évaluations, il aurait permis de relever la non-conformité des critères définis par un décret de 1977<sup>301</sup> avec la directive européenne de 1985<sup>302</sup> – cette irrégularité a depuis été corrigée avec l'instauration du cas par cas en 2010<sup>303</sup>. Aujourd'hui, il permettrait de questionner le critère relatif à l'obligation de présenter les variantes du projet évalué. Selon les auteurs, tel qu'il est interprété par le juge administratif, ce critère ne serait pas conforme aux exigences européennes – le juge impose uniquement la présentation des partis envisagés, dans la perspective d'une argumentation en faveur du projet retenu<sup>304</sup>, et non une véritable présentation objective. Il permettrait aussi de générer une discussion contradictoire sur le critère de la compensation prévu par le droit de l'Union. Pour M. Prieur, ce critère génère « une sorte de marchandage qui consiste à offrir aux populations concernées une contrepartie qui permette de faire accepter psychologiquement le projet. C'est en cela que la compensation est dangereuse. La protection de l'environnement y trouve rarement son compte et le procédé s'analyse plutôt comme un moyen d'acheter le droit de polluer ou de détruire un écosystème »<sup>305</sup>. Il est vrai que la compensation résulte souvent de modélisations mathématiques chargées de définir la « compensation idéale »<sup>306</sup> d'une atteinte à l'environnement, au prix d'une dématérialisation de l'impact environnemental et d'une acceptabilité renforcée des atteintes pour la population et le décideur. Il ne protège pas nécessairement

---

<sup>301</sup> Décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

<sup>302</sup> V. CJCE, *Commission c. Irlande*, 21 sept. 1999, 392/96, rec p. I-1590 et CJCE, 30 avril 2009, *Christopher Mellor c. Secretary of State for Communities and Local Government*, aff. C75-08. V. S. HÉBRARD, *Les études d'impact...*, *op. cit.*, p. 413 ; M. CLÉMENT, *Droit européen de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 118, et J. BÉTAILLE, « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisantes récurrentes », *loc. cit.*, p. 243.

<sup>303</sup> Article L. 122-1 du code de l'environnement issu de la loi dite « Grenelle II », n° 2010-788 du 12 juillet 2010.

<sup>304</sup> V. CE 21 janv. 1983, *Comité de défense des expropriés des deux rives du Fémur*, Rec. p. 756 : si dans le dossier soumis à l'étude, aucun autre parti n'a été envisagé, le dossier n'a pas à indiquer les raisons pour lesquelles le projet a été retenu. J. CAILLOSSE, « Enquête publique et protection de l'environnement », *RJE*, 1986, p. 151-178, et S. HÉBRARD, *Les études d'impact...*, *op. cit.*, p. 503 et s.

<sup>305</sup> M. PRIEUR, « Le respect de l'environnement et les études d'impact », *RJE*, 1981, p. 103-128. Dans le même sens v. S. HÉBRARD, *Les études d'impact...*, *op. cit.*, p. 515.

<sup>306</sup> N. DUMAX et A. ROZAN, « Les mesures de compensation : un indicateur du coût environnemental », *RJE*, 2011/5, n° spécial, p. 115-123.

l'environnement. Le contrôle des indicateurs pourrait donc avoir des effets importants sur le contenu des évaluations environnementales au sens large.

**427.** En matière sanitaire, en revanche, aucun changement ne surviendrait. Le juge a déjà affirmé que les critères employés par la Commission de la transparence pour définir le service médical rendu sont objectifs et vérifiables<sup>307</sup>. Pourtant, le critère du service médical rendu a pu être jugé trop flou<sup>308</sup> et comme le relèvent certains auteurs, il « faudrait plutôt parler de service médical attendu que de service médical rendu [puisque] celui-ci ne peut s'apprécier qu'après plusieurs années de commercialisation du produit, au vu des résultats d'études dites post inscription »<sup>309</sup> – c'est d'ailleurs ce vocabulaire qui est désormais retenu pour la CNEDIMTS<sup>310</sup> (Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé). Ce critère peut aussi être jugé trop restrictif dans la mesure où il exclut toute appréciation économique et sociale<sup>311</sup>. Ce rejet est cependant justifié par la volonté de concentrer le débat sur les aspects cliniques du médicament. Comme l'explique J. Peigné, « le service médical rendu entend limiter la dépense pharmaceutique à ce qui est médicalement justifié »<sup>312</sup>. Les arguments sociaux et économiques jouent de manière informelle alors que la décision de rembourser un médicament peut avoir des effets importants sur un service hospitalier et les patients. Un hôpital peut faire évoluer ses prescriptions et les patients qui suivaient un traitement peuvent être amenés à en changer brutalement<sup>313</sup>. Il est ainsi indéniable que la décision de rembourser ou non un médicament a des effets économiques et sociaux. Conscients de cette réalité, les services publics

---

<sup>307</sup> Ces critères sont exposés à l'article R. 163-3 du code de la sécurité sociale. V. CE, 6 oct. 2000, *Syndication nationale de l'industrie pharmaceutique*, req. n° 215145, Inédit au recueil Lebon.

<sup>308</sup> V. J.-P. BUISSON et D. GIORGI, *La politique du médicament*, LGDJ, coll. « Clefs Économie », 1997, p. 122.

<sup>309</sup> E. CANIARD, « Rapport introductif », in A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), *Information et produits de santé, quelles perspectives ?*, PUF, coll. « Droit et santé », 2006, p. 13. V. aussi G. BOUVENOT, « Les apports et les limites de la notion de service médical rendu », *RDSS*, 2011, p. 403-409.

<sup>310</sup> Article R. 165-2 du code de la sécurité sociale.

<sup>311</sup> V. D. BENAMOUZIG et V. PARIS, « Présentation du numéro. Régulation, évaluation et vie sociale des médicaments », *RFAS*, n° 3-4, 2007, p. 7-23 et G. BOUVENOT, « Les apports et les limites de la notion de service médical rendu », *loc. cit.*, p. 403-409.

<sup>312</sup> J. PEIGNÉ, « Les conventions régissant le prix des médicaments remboursables », *Droit social*, 2002, p. 199.

<sup>313</sup> Ces effets non juridiques ont notamment justifié l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre une fiche de bon usage publiée sur le site internet de la HAS « expliquant les motifs pour lesquels la décision a été prise de ne plus rembourser les spécialités à base d'olmésartan, recommandant "l'arrêt médicalement encadré de toutes les prescriptions à base d'olmésartan" [et] « décrivant les alternatives disponibles et en précisant la conduite à tenir pour changer de traitement », CE, 19 juill. 2017, *Société Menarini France et société Daiichi Sankyo France*, req. n° 399766, rec. T. 716-718. Le juge a considéré que la fiche avait pour objet de modifier significativement le comportement de ses destinataires.

discutent depuis plusieurs années de l'insertion d'un critère sociologique portant sur « le service rendu à la collectivité », mais ce processus ne semble pas en voie d'aboutir<sup>314</sup>.

Pour autant, il ne semble pas que les indicateurs utilisés par la Commission de la transparence soient inadaptés. Les critères médico-économiques que d'aucuns souhaiteraient adjoindre à l'évaluation sont particulièrement controversés en raison des arbitrages difficiles qu'ils imposent. Il paraît à cet égard particulièrement délicat de convertir en données économiques le nombre d'années de vie gagnées grâce à un médicament, c'est-à-dire de chiffrer la qualité de vie et le « prix » d'une vie humaine<sup>315</sup>. Compte tenu des querelles scientifiques autour de ces questions, ne pas accorder aux critères médico-économiques une influence dominante en matière de décision de remboursement des médicaments, comme le fait la Commission de la transparence, paraît pertinent.

La CNEDIMTS qui se fonde également sur les notions de service attendu et de l'amélioration de ce service mérite le même *satisfecit*. Elle s'est ouverte à une appréciation plus socio-économique grâce au critère raisonnable de « l'intérêt de santé publique »<sup>316</sup> et tous les indicateurs qu'elle utilise sont définis par la HAS sur son site internet. La réflexion sur les indicateurs est ainsi plus poussée en matière sanitaire qu'ailleurs. Par exemple, s'agissant des évaluations des établissements hospitaliers, des réflexions sur les indicateurs sont régulièrement menées<sup>317</sup>, notamment avec le projet COMPAQH (coordination pour la mesure de la performance et de la qualité des soins hospitaliers), et les manuels de

---

<sup>314</sup> V. D. BENAMOUZIG, *L'évaluation des aspects sociaux. Une contribution sociologique à l'évaluation en santé*, 2009, disponible sur le site Internet de la HAS.

<sup>315</sup> V. N. RENAUDIN, « Prix et innovation sur le marché du médicament », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La régulation des secteurs de la santé*, Presses de Sc. Po et Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », p. 75-82, et M. JEANTET et A. LOPEZ, *L'évaluation médico-économique en santé*, IGAS, 2014, 203 p. Accessible sur le site Internet de l'IGAS. Ces critères sont néanmoins beaucoup utilisés dans les pays anglo-saxons, v. C. SERMET., « La prise en compte de l'innovation thérapeutique dans les politiques de prix et de remboursement des médicaments. Une approche internationale », *RFAS*, n° 3/4, 2007, p. 319-341.

<sup>316</sup> Désormais mentionné à l'article R. 165-2 du code de la sécurité sociale. Il est mis en œuvre par la CNEDIMTS : Le service attendu est évalué, dans chacune des indications du produit ou de la prestation et, le cas échéant, par groupe de population en fonction des deux critères suivants (...) : 2° Son intérêt de santé publique attendu, dont notamment son impact sur la santé de la population, en termes de mortalité, de morbidité et de qualité de vie, sa capacité à répondre à un besoin thérapeutique, diagnostique ou de compensation du handicap non couvert, eu égard à la gravité de la pathologie ou du handicap, son impact sur le système de soins et son impact sur les politiques et programmes de santé publique ». Le même critère est employé par la Commission de la transparence mais dans un sens différent, moins social. À cet égard, un médicament ne peut pas être pris en charge par la sécurité sociale lorsque ils « sont susceptibles d'entraîner des dépenses injustifiées pour l'assurance maladie, faute de présenter un intérêt de santé publique suffisant en raison d'une efficacité mal établie, d'une place mineure dans la stratégie thérapeutique ou d'une absence de caractère habituel de gravité des affections auxquelles elles sont destinées ». L'intérêt de santé publique reste exclusivement médical ici.

<sup>317</sup> V. R. HOLCMAN, *Droit hospitalier. Manuel de gouvernance hospitalière*, Berger-Levrault, 2010, p. 513 et s.

certification témoignent d'une diversité des critères *a priori* adaptée à l'activité évaluée<sup>318</sup>. Les textes organisant les évaluations sanitaires passeraient donc vraisemblablement avec succès le contrôle du juge sur les indicateurs évaluatif. Dans ce domaine, celui-ci aurait une portée essentiellement casuistique.

Le rôle du juge serait aussi réduit à un contrôle d'espèce en matière d'évaluations précontractuelles, puisque l'évaluation type et les documents d'aide publiés par la Fin Infra insistent sur la nécessité d'avoir des appréciations qualitatives à côté des appréciations quantitatives et définissent des critères vraisemblablement pertinents<sup>319</sup>. Ce contrôle d'espèce ne serait toutefois pas superflu, compte tenu des mises en garde émises par la Cour des comptes sur le contenu de ces évaluations en 2015<sup>320</sup>.

**428.** Devant le juge constitutionnel, le contrôle aurait également une portée essentiellement casuistique, mais, contrairement au juge administratif, il aurait tout intérêt à rester en retrait sur la question. En effet, les critères des études d'impact des projets de loi ne sont pas définis dans la Constitution et ils sont seulement sommairement prévus par la loi organique du 15 avril 2009. C'est le secrétariat général du gouvernement, dans ses lignes directrices de 2012<sup>321</sup>, qui détaille les critères et indicateurs à prendre en compte par les ministères. La liste des indicateurs envisageables en matière législative est très longue<sup>322</sup> et la France se distingue de ses voisins par son approche particulièrement juridique des projets évalués<sup>323</sup>. Les différents critères retenus par le secrétariat général du gouvernement sont clairs et appropriés, dans la mesure où les lignes directrices insistent sur la nécessité d'inclure des appréciations qualitatives et de ne pas céder à la « quantophrénie »<sup>324</sup>. Toutefois, au regard des importants débats doctrinaux dont fait l'objet la définition des indicateurs des évaluations de politiques publiques<sup>325</sup>, si le juge

---

<sup>318</sup> HAS, *Guide méthodologique à destination des établissements de santé – Certification V2014*, 2017, disponible sur le site Internet de la HAS.

<sup>319</sup> Fin Infra, *Plan type du rapport d'évaluation préalable du mode de réalisation*, 2016, disponible sur le site internet de la Fin Infra.

<sup>320</sup> COUR DES COMPTES, *Rapport public 2015*, t. II, chap. 3 « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », La doc. Fr., p. 148-217.

<sup>321</sup> Secrétariat Général du Gouvernement, *Lignes directrices pour l'élaboration des études d'impact des projets de loi*, 2012, 52 p.

<sup>322</sup> Certains auteurs souhaiteraient ainsi l'intégration d'un critère portant sur l'équité, v. A. ALEMANNI, « A Meeting of Minds on Impact Assessment: When *Ex Ante* Evaluation Meets *Ex Post* Judicial Control », *European Public Law*, n° 17, 2011, p. 485-505.

<sup>323</sup> V. B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi...*, *op. cit.*, p. 232 et s.

<sup>324</sup> D. MARTUCCELLI, « Critique de la philosophie de l'évaluation », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 27-52.

<sup>325</sup> S'opposent notamment les analyses « coût-efficacité » et les analyses « coût-bénéfice », v. Ch.-A. MORAND, « Formes et fonctions de l'évaluation législative », in JADOT B. et OST F. (dir.), *Élaborer la*

constitutionnel s'érige en censeur de l'adéquation des indicateurs, il risque de se substituer aux communautés scientifiques. Il est plus prudent qu'il se limite à la censure des évaluations démesurément quantitatives<sup>326</sup>, comprenant des critères non clairs ou contraires au principe d'égalité. En revanche, il pourrait mettre en œuvre sans crainte le second versant du contrôle de la méthode : le contrôle global de la méthode mise en œuvre. Ce moyen est déjà un pilier du contentieux des expertises, quelles qu'elles soient (b).

#### *b) Le contrôle de la méthode globale de l'évaluation*

**429.** La nécessité d'imposer un minimum de sérieux scientifique à l'évaluation est affirmée par la doctrine<sup>327</sup> : la méthode globale doit être satisfaisante pour que l'expertise produite ait une valeur informative réelle. C'est ce sérieux minimal que garantit le second versant du contrôle de la méthode, qui porte sur la pertinence générale de la méthode employée. Ce contrôle usuellement pratiqué dans le contentieux des expertises judiciaires<sup>328</sup> est essentiel pour lutter contre les biais qui peuvent résulter d'une méthode de calcul inadéquate. Il permettrait par exemple, de censurer la tendance des études d'impact des projets de loi à présenter l'efficacité « souhaitée » davantage que l'efficacité prévisible<sup>329</sup>.

---

*loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications FUSL, 1999, p. 207-227 ; M. A. LIVERMORE et J. S. ROSENBERG, « L'analyse distributive dans les études d'impact, ou comment prendre en compte la répartition des conséquences d'une réglementation », *RFAP*, 2014, n° 149, p. 145-161 ; S. ROSE-ACKERMAN et T. PERROUD, « Les études d'impact et l'analyse "coûts-avantages" : modèles américains et traditions juridiques françaises », *RFAP*, n° 149, 2014/1, p. 105-122 et T. PERROUD, « L'évaluation en droit comparé : les études d'impact aux États-Unis », in *L'évaluation en droit public, op. cit.*, p. 127-142, et D. BENAMOUZIG et S. BUDIA, in E. HENRY, C. GIBER et alii (dir.), *Dictionnaire critique de l'expertise. Santé, travail, environnement*, Les Presses de SciencesPo, 2015, p. 41-47.

<sup>326</sup> Les risques d'une utilisation abusive du chiffre ont été synthétisés par France stratégie, *Expertise et démocratie. Faire avec la défiance*, Rapport France Stratégie, 2018, p. 146 et s.

Ces censures correspondraient par ailleurs à l'approche politiste érigeant l'utilisation des sciences sociales en critère de l'évaluation, v. J.-P. NIOCHE, « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *loc. cit.*, p. 42 : « l'évaluation des politiques ou recherche évaluative va se caractériser par le recours aux méthodes de recherche des sciences sociales pour apprécier les effets des politiques vues comme des processus action spécifique ».

<sup>327</sup> T. GARANCHER, *Études d'impact environnementales, op. cit.*, p. 169. Le manque de sérieux des analyses économiques de l'évaluation est aussi relevé par J.-F. Kerléo, qui juge cependant cette technicité moyenne adéquate, compte tenu des destinataires de l'évaluation, J.-F. KERLÉO, « L'analyse économique des projets de loi dans les études d'impact : Bilan critique du droit constitutionnel économique émergent », in M. PHILIP-GAY (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p. 133.

<sup>328</sup> CA de Lyon, 6 sept. 2011, 10/02208 et CA d'Agen, 28 nov. 2001, 00/00346 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 juin 2016, 15-16.648, Inédit ; CAA de Bordeaux, 21 déc. 2010, req. n° 10BX00419, Inédit au recueil Lebon ; CAA de Nancy, 29 janv. 2015, req. n° 14NC00481, Inédit au recueil Lebon, et CAA de Marseille, 21 déc. 2006, req. n° 03MA00676, Inédit au recueil Lebon.

<sup>329</sup> B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, op. cit.*, p. 366.

Ce type de biais a longtemps faussé le résultat des évaluations préalables des contrats de partenariat, qui, grâce à une méthode de calcul spécifique du critère de la répartition des risques<sup>330</sup>, concluaient invariablement en faveur de la conclusion d'un contrat de partenariat. Le taux d'aversion au risque des personnes publiques, élément nécessaire pour calculer le « prix » que la personne publique est prête à payer pour éviter un risque et le transférer, avait été fixé de manière à rendre tous les calculs favorables aux contrats de partenariat<sup>331</sup>. Ce n'était donc pas directement l'indicateur qui posait problème ici, mais la méthode de calcul qui lui était associée. Cette distorsion systématique semble toutefois résolue depuis la réforme de 2015<sup>332</sup> et elle est désormais surveillée, comme le montre un arrêt de février 2019 dans lequel le Tribunal administratif de Marseille a prêté une attention particulière aux critères de simulation des risques retenus par la ville de Marseille<sup>333</sup>.

Pour censurer ce type de défaut, le juge peut regarder si la méthode retenue est vérifiable et objective<sup>334</sup>. À cet effet, le juge pourrait d'abord examiner l'origine de la méthodologie utilisée : si elle est conforme à des préconisations administratives et qu'elle

---

<sup>330</sup> Cette méthode était fixée par le ministère de l'Économie et des Finances, MINEFI, *Contrats de partenariat, op. cit.*, p. 44 et s.

<sup>331</sup> V. F. BRENET, F. MELLERAY, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats*, Litec, coll. « Collectivités territoriales », 2005, p. 130 ; T. REYNAUD et P. MOURA, *Réussir son contrat de partenariat. Le guide pratique*, EFE, 2012, p. 113 ; COUR DES COMPTES, *Rapport public 2015*, t. II, chap. 3 « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », La doc. Fr., p. 148-217, et L. CUZZI, « Évaluation préalable du mode de réalisation du projet », *Le Moniteur - Contrats publics*, 2015, n° 159, p. 39-42. Des exemples avaient pourtant montré la fragilité de ce critère décisif pour favoriser les partenariats, v. F. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *Les partenariats public-privé*, La Découverte, coll. « Repères économie », t. 441, 2006, p. 74.

<sup>332</sup> Articles 74 et 75 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>333</sup> TA de Marseille, 12 fév. 2019, *M. G. P.*, req. n° 1709848 : « S'il est usuel de se référer au simulateur mis à disposition des acheteurs publics par Fin Infra, il appartient à la ville de Marseille d'apporter, dans l'évaluation préalable du mode de réalisation, des justifications propres au marché de partenariat en cause sur les paramètres qu'elle a retenus et qui ne peuvent être la simple reprise des documents Fin Infra publiés dans le guide d'utilisation du modèle financier d'évaluation préalable du 18 avril 2011. Les risques identifiés dans l'évaluation préalable et répertoriés en trois catégories tenant, d'une part, aux risques liés à la phase de conception et de réalisation des travaux, d'autre part, aux risques liés aux prestations de Gros Entretien et Renouvellement des ouvrages et, enfin, aux risques liés aux prestations d'entretien courant des ouvrages ne le sont pourtant que de manière générale, sans autres explications liées au projet. L'évaluation préalable reproduit ensuite les simulations de risques et des graphiques et entérine au final une valeur à risque à hauteur de 85 % au seul motif que le niveau de confiance préconisé par Fin Infra pour ce type de projets est de 85 %. Ainsi, si l'évaluation préalable insiste sur la maîtrise du risque "délai", ce risque étant en effet déterminant pour assurer dans les temps les rentrées scolaires, le risque défaillance n'est pas davantage explicité alors que Fin Infra relève que, si l'optimisation des délais dans le cadre d'un contrat global par rapport à un allotissement des marchés peut être aisément entendue, la durée globale de 18 mois retenue pour la passation de l'accord-cadre et des deux premiers marchés subséquents est "réaliste mais ambitieuse" ».

<sup>334</sup> Le juge a ainsi affirmé que les critères employés par la Commission de la transparence pour définir le service médical rendu sont objectifs et vérifiables, v. CE, 6 oct. 2000, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, req. n° 215145, inédit au recueil Lebon. Dans la même perspective, à propos des évaluations préalables contractuelles, v. S. BRACONNIER, « Les contrats de partenariat et les collectivités locales : entre mythe et réalités », *BJCP*, n° 36, 2004, p. 340-347.

a en outre été définie par un collège d'experts, ce serait un point positif<sup>335</sup>. Elle ne serait alors sanctionnée que s'il s'avère qu'elle repose sur des outils de calcul ou des modélisations non neutres, ou si elle est fondée sur des postulats irréalistes<sup>336</sup>. Ensuite, comme le remarque R. Romi, le juge devrait s'assurer que la méthode est lisible<sup>337</sup>. En effet, une trop grande « complexité peut facilement permettre de truquer, de dissimuler, car les lacunes peuvent être délibérées »<sup>338</sup>. Le Conseil d'État regrette à cet égard l'opacité des évaluations socio-économiques réalisées pour les grands projets de transport<sup>339</sup>.

La méthode doit être objective et lisible pour que le jugement de valeur qu'elle permet de formuler n'emmène pas le décideur dans une mauvaise direction et ne donne pas une image erronée de l'objet ou du sujet évalué. La vérification systématique de ces éléments augmenterait vraisemblablement la crédibilité et la fiabilité des évaluations produites. Cependant, cette étape supplémentaire du contrôle ne suffirait toujours pas à garantir la justesse de l'évaluation finalement produite. En effet, le jugement formulé à l'issue d'une procédure évaluative régulière et d'une méthodologie adéquate peut toujours receler une erreur d'appréciation, éventuellement manifeste, ou être fondé sur des faits matériellement inexacts. Le juge aurait donc besoin de prêter attention, en dernier lieu, à la justesse et à la cohérence de l'appréciation formulée<sup>340</sup> (2).

## 2) Le contrôle du caractère approprié du jugement de valeur formulé

**430.** La pertinence de l'appréciation évaluative est le dernier moyen susceptible d'entacher l'évaluation d'irrégularité et le plus factuel : il ne permet pas de remettre en

---

<sup>335</sup> V. pour une étude d'impact environnementale, CAA de Nantes, 14 nov. 2016, req. n° 15NT02883.

<sup>336</sup> Dans leur ouvrage, T. Reynaud et P. Moura montrent quelle méthode de calcul est employée pour favoriser systématiquement le contrat de partenariat dans le calcul du risque, T. REYNAUD et P. MOURA, *Réussir son contrat de partenariat. Le guide pratique*, op. cit., p. 117 et s. Le risque de subjectivité de ces modèles est par ailleurs renforcé en raison de l'implication de consultants intéressés à la conclusion d'un partenariat, v. V. DEFFONTAINES, « Les consultants dans les PPP : entre expertise au service du client public et intermédiation pour protéger le "marché" », *PMP*, Vol. 29, 2012, p. 113-133.

<sup>337</sup> R. ROMI, *Droit de l'environnement*, Issy-Les Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 2014, p. 40. Dans le même sens, sur les contrats de partenariat et la nécessité d'adopter une méthodologie « adaptée et claire, sinon incontestable », v. F. BERGÈRE, X. BEZANÇON et L. XAVIER, *Le guide opérationnel des PPP*, op. cit., p. 118.

<sup>338</sup> F. BILLAUDOT et M. BESSON-GUILLAUMOT, *Environnement, Urbanisme, Cadre de vie. Le droit et l'administration*, Montchrestien, 1984, p. 703.

<sup>339</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2016. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La doc. Fr., 2016, p. 31. V. aussi AUTORITÉ ENVIRONNEMENTALE, *Note de l'Autorité environnementale sur les évaluations socio-économiques des projets d'infrastructures linéaires de transport*, 2017, 30 p. Le constat de l'accessibilité difficile de cette évaluation prévue par les articles L. 1511-1 à L. 1511-6 et R. 1511-1 à R. 1511-16 du code des transports est unanime.

<sup>340</sup> TPICE, 11 sept. 2002, *Pfizer Animal Health c. Conseil*, T-13/99, Rec. p. II-3305.

cause des textes, mais seulement la régularité de l'évaluation contestée. Il ne s'agit que d'une déclinaison du contrôle des appréciations de fait et des qualifications juridiques réalisées par le législateur et l'administration. S'il n'est pas l'élément le plus original du contrôle de l'évaluation, il en constitue la dernière marche, dont le franchissement est indispensable pour garantir la fiabilité de l'information produite.

Cette dernière vérification passerait d'abord par un contrôle des prémisses du jugement formulé, c'est-à-dire par un contrôle de l'exactitude matérielle des faits, aujourd'hui pratiqué dans tout le contentieux administratif au titre du contrôle minimum. Le juge n'hésite pas à vérifier que les expertises contentieuses et non contentieuses, y compris les expertises évaluatives, sont fondées sur des faits exacts<sup>341</sup>. Si le contrôle exercé n'est pas celui d'un automate en raison de la subjectivité irréductible de l'opération de sélection antérieure à cette vérification<sup>342</sup>, il reste le contrôle le moins engageant pour le juge, qui le pratique sans restriction dans les domaines techniques<sup>343</sup>. Même dans le domaine de la notation, où le juge se montrait initialement très prudent quant au contrôle à exercer, J. Massot relève les « scrupuleuses vérifications des faits » mises en œuvre<sup>344</sup>. À ce titre, le juge n'hésite pas à vérifier la qualification de mauvaise gestion d'un service et à identifier très précisément les faits qui la constituent. Il a notamment pu établir qu'un magistrat avait effectivement « différé pendant plusieurs mois la rédaction de jugements rendus au cours des audiences de reconduite à la frontière dont il avait la charge, s'était dispensé d'assister à une audience au cours de laquelle il devait prononcer des conclusions sans prévenir au préalable le tribunal ni fournir d'information sur son indisponibilité et avait exercé ses fonctions de commissaire du gouvernement en mettant en cause, à deux reprises au moins, le fonctionnement de sa formation de jugement et certains de ses membres »<sup>345</sup>. Ce contrôle ne semble donc pas poser de difficultés au juge administratif, qui l'effectue régulièrement et pleinement.

---

<sup>341</sup> V. en matière environnementale le contrôle des « inexactitudes » et « omissions », CE, 14 oct. 2011, *société Ocréal*, Rec. T. p. 966 ; en matière de santé, CE, 12 fév. 2007, *Société les laboratoires Jollu-Latel*, req. n° 290164, rec. T. 645-1085-1094, à propos des faits justifiant l'insuffisance du service médical rendu par la Passiflorine et la Spasmine.

<sup>342</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 248 ; F. RIGAUX, *L'opacité du fait à l'illusoire limpidité du droit*, *Droit et société*, 1999, n° 41, p. 85-97, et B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Pub », t. 286, 2015, p. 248.

<sup>343</sup> V. B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, 1977, p. 199.

<sup>344</sup> J. MASSOT, « Le contrôle du Conseil d'État sur l'appréciation par l'Administration de l'aptitude professionnelle des fonctionnaires », *EDCE*, 1957, p. 53.

<sup>345</sup> CE, 25 janv. 2006, *Marc-Antoine*, n° 275070, Rec. p. 29.

Quant au juge constitutionnel, s'il vérifie aussi l'exactitude matérielle des faits quand ils conditionnent la constitutionnalité d'une disposition ou de la procédure législative<sup>346</sup>, il affirme éprouver des difficultés à effectuer ce contrôle en raison du bref délai qui lui est laissé pour trancher et des moyens restreints mis à sa disposition<sup>347</sup>. Il n'est donc pas étonnant que, doutant de ses capacités, le juge constitutionnel ne se soit jamais prononcé sur l'exactitude des faits retenus dans les techniques études d'impact des projets de loi. Si l'exactitude des faits invoqués par l'évaluation est cruciale pour la justesse du jugement de valeur formulé, il est vrai que ce contrôle semble impossible à réaliser dans le délai de huit jours laissé par le recours visé à l'article 39 de la Constitution. En revanche, compte tenu des incohérences parfois grossières des évaluations, le juge pourrait s'organiser pour anticiper cette vérification dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois de l'article 61 de la Constitution, qui lui laisse un délai d'un mois pour trancher. Il est toutefois peu probable que le juge constitutionnel, peu intéressé par l'évaluation des projets de loi, fasse cet effort. *A fortiori*, il est plus qu'improbable qu'il accepte de contrôler l'éventuelle erreur d'appréciation commise par les services gouvernementaux dans l'étude d'impact. Le contrôle de ce pendant de l'exactitude matérielle des faits parachèverait pourtant l'examen de la justesse de l'appréciation évaluative.

**431.** Devant les juges de la rue Montpensier, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation peut être pratiqué à l'occasion de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. L'erreur procède alors de l'inadéquation de la décision aux buts qu'elle poursuit ou de ses conséquences trop néfastes – proportionnalité au sens strict. Elle peut aussi être sanctionnée quand le juge vérifie les qualifications juridiques des faits auxquelles se livre le législateur en vertu de la Constitution quand il s'occupe de privatisations, de la détermination des peines et du principe d'égalité<sup>348</sup>. Ce contrôle qui a « avant tout une

---

<sup>346</sup> V. J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse Paris II, 1993, p. 237 et s. C'est notamment le cas pour la mise en œuvre du principe d'égalité : Cons. const., 16 janv. 1982 n° 19-414 DC, et 14 janv. 1983, n° 82-153 DC, v. J.-J. PARDINI., *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2001, p. 122 e s.

<sup>347</sup> « Considérant, d'ailleurs, que, pour l'examen de situations de fait, le Conseil constitutionnel, saisi d'une loi votée et en instance de promulgation, se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles la juridiction administrative est appelée à statuer sur la légalité d'un acte administratif », Cons. const., 18 nov. 1986, n° 86-218 DC, *Découpage électoral II*, Rec. Cons. const. 167, cons. 10-11. V. A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899-914.

<sup>348</sup> V. Cons. const., 23 mai 2013, n° 2013-610 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière de transport pour le principe d'égalité* ; Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-747 DC, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse* et sur les nationalisations et Cons. const., 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique*.

valeur préventive »<sup>349</sup> se matérialise souvent à travers les expressions de « disproportion manifeste » ou « d'atteintes excessives »<sup>350</sup>. Il est à ce jour absent du contentieux des études d'impact des projets de loi, puisque le Conseil constitutionnel ne s'intéresse qu'à leur suffisance. Or une étude d'impact manquera son but si, malgré la suffisance de son périmètre et de sa précision, elle fournit au législateur un jugement erroné.

Ce contrôle aurait plus de chance d'aboutir devant le juge administratif, davantage familier du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>351</sup>, qu'il exerce dans quasiment tous les domaines<sup>352</sup>. En contentieux évaluatif, l'intensité de ce contrôle pourrait être modulée en fonction du degré d'incertitude et de technicité de la discipline évaluée ainsi que de la difficulté corrélée du requérant pour établir la preuve de cette erreur<sup>353</sup>. Actuellement, il apparaît que le contrôle exercé par les juges administratifs sur les évaluations est plutôt un contrôle normal. Le contrôle restreint affiché par le juge ne correspond en effet pas nécessairement au niveau de contrôle pratiqué. En matière d'évaluation individuelle des fonctionnaires par exemple, alors que le juge affirme contrôler les seules erreurs manifestes d'appréciation il effectue des vérifications très poussées sur les appréciations hiérarchiques – il refuse seulement de contrôler l'appréciation des qualités intellectuelles et les mérites d'un individu<sup>354</sup>. À cet égard, le juge contrôle l'erreur d'appréciation aussi bien quand les faits reprochés sont tangibles – agent qui ne tient pas un suivi budgétaire, qui n'informe pas sa hiérarchie des commandes multiples qu'il a passées sans autorisation et qui ne fait pas respecter le règlement intérieur par les agents placés sous son autorité, *etc.*<sup>355</sup> – que lorsqu'il s'agit de « difficultés relationnelles »<sup>356</sup>.

---

<sup>349</sup> L. HABIB, « L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1986, p. 728.

<sup>350</sup> V. B. GENEVOIS *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd STH, 1988, p. 248 et s., et D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, coll. « Précis Droit public », 2<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 145 et s.

<sup>351</sup> Il le pratique depuis plus de 50 ans, CE, Sect., 15 fév. 1961, *Lagrange*, Rec. p. 121. V. F. KORNPROBST, « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, p. 121 et s.

<sup>352</sup> Seuls les contentieux de l'appréciation réalisée par un jury, CE, 20 mars 1987, *Gambus*, Rec. p. 100 et de l'appréciation des qualités d'un postulant à la Légion d'honneur, CE, 10 déc. 1986, *Loredon*, Rec. T. p. 516, échappent à ce contrôle.

<sup>353</sup> Pour les études d'impact, le juge ne se satisfait pas d'une critique superficielle, mais demande au requérant une contestation argumentée pouvant nécessiter la réalisation d'une expertise privée, v. CAA de Bordeaux, 18 oct. 2011, req. n° 10BX03015, Inédit au recueil Lebon ; C. HUGLO, « Bilan des dernières années de jurisprudence pour la 10<sup>e</sup> anniversaire du décret du 12 oct. 1977 », *Gaz Pal*, 1987, p. 710.

<sup>354</sup> Ce principe connaît seulement une exception pour les fonctionnaires nommés au tour extérieur, CE, Ass., 16 déc. 1988, *Bleton*, Rec. p. 451, et CE, Ass., 16 déc. 1988, *Association générale des administrateurs civils*, Rec. p. 449.

<sup>355</sup> CAA de Marseille, 18 oct. 2016, req. n° 14MA03879, Inédit au recueil Lebon.

<sup>356</sup> CAA de Bordeaux, 17 octobre 2000, req. n° 98BX01351.

Dans le même sens, il semble que la « technicité scientifique »<sup>357</sup> des études d'impact environnemental et des évaluations sanitaires ne soit pas un obstacle dirimant pour le juge, qui contrôle de manière poussée les erreurs d'appréciations réalisées dans ces domaines. Alors que le juge n'annonce pas exercer ce contrôle – l'erreur d'appréciation ne figure pas dans le considérant de principe de l'arrêt *Ocréal*, ce qui montre le désintérêt du juge pour ce moyen<sup>358</sup> –, la lecture de la jurisprudence révèle qu'il parvient à identifier des « erreurs mineures » qui ne vicient pas la procédure dans les études d'impact<sup>359</sup>. Malgré les apparences, il semble donc que le juge ne se laisse pas distraire par la technicité de ces évaluations et qu'il est attentif à la moindre erreur d'appréciation – qu'il ne sanctionne pas pour autant. D'ailleurs, en matière médicale, son aisance est encore renforcée. Son argumentation est très développée et témoigne d'une réelle appropriation de la technicité et de l'incertitude de ces procédures évaluatives. Le juge a pu, par exemple, considérer que l'appréciation portée sur la ressemblance entre deux prothèses mandibulaires<sup>360</sup> à partir des pièces du dossier d'une étude dont le faible niveau de preuve était reconnu ne constituait pas une erreur manifeste d'appréciation.

Ainsi, en dépit de ce qu'il affirme, le contrôle du juge administratif en matière d'erreur d'appréciation varie avant tout en fonction des faits de l'espèce et des vérifications qu'il se sent capable de réaliser<sup>361</sup>. La technicité de la matière paraît secondaire. Dans presque toutes les matières, ce contrôle pratiqué en cassation sous la forme de la dénaturation<sup>362</sup> semble être facilement mis en œuvre par le juge. Associé au contrôle de la suffisance et de la méthode évaluatives, ce contrôle casuistique compléterait le contrôle de la régularité externe des évaluations pour garantir une théorie de l'évaluation et une pratique évaluative compatibles avec les principes généraux de l'expertise. Il participerait

---

<sup>357</sup> D. LABETOULLE, « Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, n° 16, 1978, p. 30.

<sup>358</sup> CE, 14 oct. 2011, *société Ocréal*, préc. Le considérant de principe n'évoque que les omissions, incertitudes et insuffisances de l'étude.

<sup>359</sup> CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou*, req. n° 330256, Rec. T. p. 967. L'évaluateur avait sous-estimé un impact du projet sur l'environnement, mais cette erreur a été jugée mineure par le juge et n'a donc pas entraîné l'annulation de la procédure. Dans le même sens, v. CE, 24 juin 1992, *Marie J*, req. n° 102209, inédit au recueil Lebon.

<sup>360</sup> CE, 31 juill. 2015, *Société Oniris*, req. n° 382775, Inédit au recueil Lebon.

<sup>361</sup> V. P.-P. DANNA, « Vers une évolution du contrôle de légalité interne des documents d'urbanisme ? », *RFDA*, 2000, p. 367. Dans la même perspective, sur la distinction faute simple et faute lourde v. M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 17, 1994, p. 355.

<sup>362</sup> V. à propos d'une étude d'impact environnementale dont les appréciations factuelles étaient remises en cause, CE, 14 oct. 2011, *Société Ocréal*, req. n° 323257, Rec. T. p. 966.

à l'instauration d'une pratique évaluative à même de rationaliser de manière modérée les décisions publiques.

Pour autant, le juge ne devrait pas se lancer à corps perdu dans ce contrôle. L'appartenance de certaines évaluations à la catégorie des expertises scientifiques devrait l'inciter à conserver une certaine retenue. En effet, si le juge était amené à exercer un contrôle trop rigoureux sur les aspects scientifiques de la méthode évaluative, il pourrait générer une confusion, néfaste, entre vérité judiciaire et vérité scientifique (§II).

## **§ II. Les dangers d'un contrôle trop approfondi des évaluations**

**432.** Les juges constitutionnels et administratifs français répugnent à exercer un contrôle fortement « technique » de l'évaluation (A). Cette réticence est bienvenue. Compte tenu de l'incertitude méthodologique et scientifique qui caractérise l'évaluation, le contrôle juridictionnel de sa régularité interne donnerait lieu, s'il était trop intense, à une forme de scientisme qui se développerait au détriment de la pratique scientifique, de la pratique évaluative et de la rationalité juridique (B).

### **A. La réticence du juge à l'exercice d'un contrôle approfondi**

**433.** Plusieurs éléments expliquent la faible intensité des contrôles actuels du contenu des évaluations. D'une part, le droit jurisprudentiel de la preuve, c'est-à-dire de « l'effort à accomplir, une fois l'instance engagée, pour obtenir la confirmation judiciaire d'une allégation relative à un point de fait »<sup>363</sup> freine les velléités des requérants (1). D'autre part, le juge se montre peu enthousiaste à l'idée de mettre en œuvre les moyens d'instruction nécessaires à l'exercice d'un contrôle réellement poussé (2).

1) Les obstacles découlant du droit de la preuve

**434.** Un contrôle poussé des aspects techniques de l'évaluation paraît difficilement réalisable, tant il est difficile pour le requérant de prouver une erreur dans le contenu de l'évaluation.

---

<sup>363</sup> P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, éd. A. Pedone, 1952, p. 4.

Prouver « consiste à construire une démonstration soit logique, soit expérimentale »<sup>364</sup> qui doit conduire le juge à « parvenir à une conviction sur la réalisation d'un fait passé »<sup>365</sup> et à justifier sa décision plus qu'à établir la vérité<sup>366</sup>. La preuve se divise pour P. Pactet entre la charge juridique – quelle partie succombe en cas de doute – et la charge effective – quelle partie éprouve le plus de difficultés à apporter la preuve<sup>367</sup>. En droit public, en général, le requérant supporte ces deux charges et, malgré les aménagements résultant des pouvoirs et de la marge d'action du juge administratif, cette répartition le défavorise s'il conteste une évaluation.

En premier lieu, devant le juge constitutionnel, en l'absence de règle spécifique, la preuve semble ne pouvoir ressortir que de la logique juridique<sup>368</sup>. En effet, contrairement au juge constitutionnel fédéral allemand, le Conseil constitutionnel s'appuie peu sur la doctrine spécialisée ou sur d'éventuelles expertises qui lui permettraient d'avoir une compréhension plus économique ou sociologique de la décision<sup>369</sup>. Or, il semble difficile pour les requérants d'emporter la conviction du juge sur le bien-fondé de l'évaluation en développant un raisonnement principalement juridique puisque ce sont des erreurs techniques qui l'entachent le plus souvent.

Devant le juge administratif, où la preuve est davantage réglementée – il s'agit d'un « régime de liberté surveillée »<sup>370</sup> –, les démonstrations plus expérimentales semblent mieux accueillies<sup>371</sup>. En apparence, il semble d'autant plus facile d'attaquer l'évaluation devant lui que l'application de la règle *actor incumbit probatio* n'est pas appliquée avec une rigueur excessive : « chaque fois que des éléments essentiels de preuve sont entre les mains de l'Administration, le juge lui impose de contribuer à la manifestation de la vérité,

---

<sup>364</sup> C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative française*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », p. 31.

<sup>365</sup> E. TREUIL, *La preuve en droit de l'environnement*, Thèse Paris 1-Panthéon-Sorbonne, 2002, p. 73.

<sup>366</sup> V. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit Privé », t. 239, 1993, 448 p. V. aussi C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative...*, *op. cit.*, p. 34 : la preuve a trois fonctions, elle sert « comme moyen de connaître, comme moyen de convaincre et comme garantie de l'application de la règle de droit ».

<sup>367</sup> P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>368</sup> V. G. CANIVET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in *Colloque : La motivation en droit public*, S. CAUDAL (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, p. 231-241.f

<sup>369</sup> Sur le juge allemand, v. O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, coll. « Droit public Positif », 1992, p. 281 et s.

<sup>370</sup> J.-P. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 51, 1970, p. 163. Il n'y a notamment pas de hiérarchie entre les modes de preuves, P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>371</sup> Le juge est habitué aux démonstrations techniques en matière sanitaire et environnementale, v. par exemple, l'aisance du juge dans un litige relatif à une prothèse mandibulaire, CE, 31 juill. 2015, *Société Oniris*, req. n° 382775, Inédit au recueil Lebon.

à peine de suspicion d'illégalité »<sup>372</sup>. Cette suspicion vaut quand la partie détenant l'élément de preuve n'est pas l'administration<sup>373</sup>. Le juge a donc le pouvoir d'aider le requérant dans sa démonstration. Pour que cette règle s'applique et que le caractère inquisitoire de l'instruction se matérialise, notamment par le prononcé d'une mesure d'instruction<sup>374</sup>, il faut toutefois « qu'un doute s'imisce véritablement dans l'esprit du juge sur la légalité de [l'acte] en cause (...). D'une manière générale, il suffira que les allégations du requérant soient vraisemblables »<sup>375</sup>. Si la partie adverse ne conteste pas ces allégations, elle succombera<sup>376</sup>. Or, cette exigence d'un simple commencement de preuve favorable au requérant constitue une difficulté spécifique en matière évaluative, où la vraisemblance exigée par le juge peut demander une investigation poussée, voire quasi scientifique de la part du requérant. À cet égard, face à une étude d'impact environnemental, le juge considère qu'il ne suffit pas de démontrer la présence d'espèces protégées dans les sites avoisinants ou la présence de cours d'eaux « de grande qualité écologique » non pris en compte dans l'étude : il faut apporter des données techniques, scientifiques, pour espérer contrer les résultats des études<sup>377</sup>.

Cette jurisprudence n'est pas due à la confiance que le juge a dans l'évaluateur et dans l'évaluation. Elle résulte de l'exigence de « réalité de la preuve » que met en avant X. Lagarde<sup>378</sup>. Il faut en effet que le juge dispose dans chaque affaire de la capacité suffisante pour établir la preuve, c'est-à-dire pour convaincre et se convaincre de la proposition soutenue. Or, dans des domaines techniques et sujets à la subjectivité comme l'évaluation, cette exigence requiert que les éléments apportés au juge soient plus poussés, plus scientifiques. Dans un contentieux technique, le juge ne peut convaincre s'il accepte un commencement de preuve dénué de technicité ou de scientificité.

**435.** La difficulté induite par la charge effective qui pèse sur le requérant est d'autant plus forte qu'elle ne peut pas, *a priori*, être allégée par un mécanisme présomptif. La

---

<sup>372</sup> B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 314.

<sup>373</sup> Par exemple, CE, 20 juin 2003, *Société anonyme Établissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes*, n° 232832, Rec. p. 273 ; N. CARPENTIER-DAUBRESSE, « Pouvoir ou devoir d'instruction du juge administratif ? », *AJDA*, 2014, p. 1143-1148.

<sup>374</sup> V. P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>375</sup> D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux en droit public français*, LGDJ, p. 225.

<sup>376</sup> CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, Rec. p. 308 et CE, Ass., 11 mai 1973, req. n° 79230, *Sieur Sanglier*, Rec. p. 344.

<sup>377</sup> CAA de Bordeaux, 18 oct. 2011, req. n° 10BX03015, Inédit au recueil Lebon.

<sup>378</sup> X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, t. 239, 1993, p. 233.

présomption remplace la « vérité matérielle » par la « vérité formelle » quand la preuve est très « difficile (présomptions matérielles) et [dans les cas] axiologiquement très importants (présomptions formelles) » ; elles « sont justifiées pour la protection de certaines valeurs, comme l'innocence de l'accusé ou la bonne foi de la partie »<sup>379</sup>. En matière hospitalière par exemple, la « présomption de causalité »<sup>380</sup> parfois mise en œuvre repose sur des « implications sociales et économiques », comme la nécessité d'indemniser la victime<sup>381</sup>. Pour X. Lagarde, dans cette perspective, c'est moins l'établissement de la vérité que la solidité et l'équité de la décision qui motivent le mécanisme présomptif<sup>382</sup>.

Ces présomptions sont *a priori* incompatibles avec l'intégration de raisonnements scientifiques ou quasi scientifiques dans le raisonnement juridique. En effet, comme le relève P. Foriers, les présomptions équivalent à une dispense de preuve. Elles déplacent l'objet de la preuve qu'elles réalisent<sup>383</sup> : « le fait est censé être prouvé, ce qui serait inimaginable en matière de sciences naturelles ou sociales, autres que le droit »<sup>384</sup>. À ce titre, en droit de la responsabilité hospitalière, l'application d'une présomption juridique à une question relevant en principe de la causalité scientifique est réalisée avec prudence par les juges administratifs et judiciaires<sup>385</sup>. Il est périlleux de combler l'incertitude scientifique par une certitude juridique. Il est encore plus périlleux de combler cette incertitude lorsqu'elle est inhérente à l'activité réalisée, comme en matière évaluative. Il paraîtrait ainsi incohérent de rechercher une certitude juridique pour pallier l'incertitude qui est consubstantielle au jugement formulé par l'acte évaluatif. Aucune présomption ne pourrait donc venir aider un requérant en difficulté. Bien que le contentieux évaluatif soit, à l'image de l'évaluation, « hautement axiologique », et bien que la preuve soit difficile à apporter, l'utilisation de présomptions contrarierait la nature incertaine de l'évaluation.

Dès lors, le requérant semble d'autant plus vulnérable en matière évaluative que, même s'il apporte un commencement de preuve technique, le juge répugne à mettre en

---

<sup>379</sup> J. WROBLESKI, « La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 331-355.

<sup>380</sup> B. DEFOORT, « Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption », *RFDA*, 2008, p. 549 et s.

<sup>381</sup> C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative...*, *op. cit.*, p. 494.

<sup>382</sup> X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 362.

<sup>383</sup> C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative...*, *op. cit.*, p. 391.

<sup>384</sup> P. FORIERS, « Introduction au droit de la preuve », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>385</sup> B. DEFOORT, « Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption », *loc. cit.*, p. 551.

œuvre ses pouvoirs d’instruction, c’est-à-dire ses « pouvoirs généraux de recherche de la vérité »<sup>386</sup> (2).

## 2) Les obstacles découlant des pouvoirs juridictionnels d’instruction

**436.** Les moyens d’instruction à la disposition du Conseil constitutionnel et des juges administratifs sont rarement mis en œuvre au profit des requérants attaquant l’évaluation. Le juge constitutionnel souffre d’avoir des moyens d’investigations bien plus limités que ceux du juge administratif<sup>387</sup>, surtout dans le contentieux *a priori*. En pratique, lorsqu’il est saisi sur le fondement de l’article 61 de la Constitution, la seule action qu’il accomplit est le recours à des expertises informelles<sup>388</sup>, c’est-à-dire des rencontres avec des personnalités qualifiées<sup>389</sup> qu’il n’évoque pas dans ses décisions, contrairement au juge constitutionnel allemand qui pratique les mêmes entrevues<sup>390</sup>, et « alors même que l’incidence de ces contributions sur l’accomplissement du contrôle de constitutionnalité semble non négligeable »<sup>391</sup>. Par ailleurs, même si la pratique des auditions s’amplifie ces dernières années, ce sont souvent des informations transmises par le Gouvernement<sup>392</sup>, donc, le plus souvent, le rédacteur de la loi contrôlée et de l’étude d’impact l’accompagnant<sup>393</sup> qui nourrissent les décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Certes, le juge peut aussi puiser ses informations dans des sources qu’il ne sollicite pas, comme les mémoires et documents qui lui sont transmis via le mécanisme des « portes étroites »<sup>394</sup>, renommées « contributions extérieures » et qui font désormais l’objet d’une publicité minimale – le nom des contributeurs et le sens de la contribution (validation ou abrogation de la loi) envoyée à l’occasion d’une saisine du Conseil constitutionnel sont disponibles sur son site

---

<sup>386</sup> Ch. DEBBASCH, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1981, 3<sup>e</sup> éd., p. 513.

<sup>387</sup> Cons. const., 18 nov. 1986, n<sup>o</sup> 86-218 DC, *Découpage électoral II*, Rec. Cons. const. p. 167.

<sup>388</sup> V. J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constit. et de sc. polit. », 2015, p. 328.

<sup>389</sup> V. D. RIBES, « Les experts au Palais Royal : la place de l’expertise dans le contrôle de constitutionnalité », *Droit de l’environnement*, n<sup>o</sup> spécial, 2006, p. 280.

<sup>390</sup> V. O. JOUANJAN, *Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 381 et s.

<sup>391</sup> Ch.-E. SÉNAC, *L’office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 145, 2015, p. 332.

<sup>392</sup> V. D. RIBES, « Les experts au Palais Royal : la place de l’expertise dans le contrôle de constitutionnalité », *loc. cit.*, p. 280 et Ch.-E. SÉNAC, *L’office du juge constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 319.

<sup>393</sup> V. entre autres Commentaire de Cons. const., 20 mai 2010, n<sup>o</sup> 2010-606 DC, *Loi organique prorogeant le mandat des membres du Conseil supérieur de la magistrature*, NCCC, n<sup>o</sup> 29 et Commentaire de Cons., const., n<sup>o</sup> 2013-679 DC, 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, p. 26, disponible sur l’Internet.

<sup>394</sup> D. RIBES, « Les experts au Palais Royal : la place de l’expertise dans le contrôle de constitutionnalité », *loc. cit.*, p. 282.

Internet –, mais ces supports demeurent partisans. L'impartialité des informations fournies au juge peut donc être questionnée.

Les faibles capacités d'investigation du juge constitutionnel sont le fait des contraintes institutionnelles qui pèsent sur lui, à savoir la brièveté du délai qui lui est laissé pour juger, maximum un mois, et la faiblesse de ses moyens, notamment l'absence de pouvoir de contrainte sur ses interlocuteurs – toutefois, par la force des choses, ceux-ci sont astreints à une contrainte de délai s'ils veulent que leur avis soit pris en compte. Le juge constitutionnel ne peut pas, contrairement aux autres juges et à certaines autorités administratives indépendantes, demander la fourniture de renseignements par injonction<sup>395</sup>. Il ne dispose pas non plus, contrairement au juge italien, d'un service dédié à des questions techniques – la Cour transalpine dispose en effet d'un service mesurant le coût prévisionnel des arrêts rendus<sup>396</sup>. Le service juridique du Conseil constitutionnel, faiblement pourvu en hommes et en moyens, ne peut pas réaliser les expertises techniques indispensables au contentieux évaluatif. Le juge constitutionnel n'est donc pas en mesure, quelle que soit sa volonté, de contrôler en profondeur les études d'impact des projets de loi.

**437.** Le juge administratif est, une fois de plus, mieux armé que le juge constitutionnel. Il n'est cependant pas désireux de mener un contrôle intense des expertises administratives, ce qui est salvateur pour l'évaluation et pour la communauté scientifique.

Devant le juge administratif, l'instruction doit être non frustratoire, c'est-à-dire utile, complète et contradictoire<sup>397</sup>. Pour mener à bien cette instruction, il dispose de moyens de vérification, comme la communication de documents, et de moyens d'investigation<sup>398</sup> :

---

<sup>395</sup> V. Ch.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit.*, p. 239. La procédure du contrôle *a priori* repose cependant sur une entente amiable entre les différentes autorités qui rend moins nécessaire ce pouvoir.

<sup>396</sup> La section pour la documentation relative aux charges financières des décisions, J.-J. PARDINI, « L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *in Mélanges L. Favoreu*, Dalloz, coll. « Mélanges, études, travaux », 2007, p. 213.

<sup>397</sup> V. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 757.

<sup>398</sup> V. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Nancy, Berger-Levrault, 2<sup>e</sup> éd., 1896, p. 336. Ces moyens se sont peu diversifiés, mais leurs modalités de mise en œuvre ont changé.

enquêtes<sup>399</sup>, interrogatoires<sup>400</sup>, visites sur les lieux<sup>401</sup>, expertises et depuis 2010, consultations<sup>402</sup>. Pour D. Chabanol, si ces pouvoirs sont *a priori* étendus – le juge a le pouvoir d’ordonner d’office une expertise<sup>403</sup> –, le juge administratif est en réalité seulement tenu « d’apporter les réponses *aux questions que lui ont posées les parties* »<sup>404</sup> et, pour l’auteur, il ne dispose à cette fin, « de façon autonome, que du pouvoir de dire non »<sup>405</sup>. Ce pouvoir de dire non n’est pas un pouvoir arbitraire. En raison de l’exigence de complétude de l’instruction, le juge doit ordonner les mesures nécessaires pour répondre aux incertitudes mises à jour dans le litige<sup>406</sup>. Il est uniquement libre du choix de la mesure à mettre en œuvre<sup>407</sup> pour répondre à la question de fait posée<sup>408</sup> – ou à la question de droit, dans le cas spécifique de l’*amicus curiae*<sup>409</sup>. En pratique, en dehors des recours de plein contentieux<sup>410</sup> à l’occasion desquels le juge ordonne régulièrement des expertises<sup>411</sup>, ces mesures sont peu utilisées<sup>412</sup>.

Or, compte tenu de la compétence technique que requiert le contrôle de l’évaluation, si le requérant apporte un commencement de preuve de l’irrégularité interne de l’évaluation et si ce moyen concerne une question technique, il est probable que le juge doive recourir

---

<sup>399</sup> Elle consiste dans l’audition de témoins. C’est un procédé peu utilisé en raison de la préférence du juge pour les mesures d’expertise et du formalisme de cette mesure, v. C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative...*, *op. cit.*, p. 365.

<sup>400</sup> « Questions, qui, au cours de l’audience, peuvent être posées aux parties par le président de la formation de jugement, en vue de mieux éclairer certains aspects de l’affaire », R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 798, n° 1003.

<sup>401</sup> « Elle permet au juge de se rendre compte, de manière précise de la situation et de la configuration de la chose, objet du procès *op. cit.*, p. 183. Elles sont surtout réalisées dans les contentieux de l’urbanisme et de droit de l’environnement.

<sup>402</sup> Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

<sup>403</sup> Art. R. 621-1 du code de justice administrative.

<sup>404</sup> D. CHABANOL, « Le dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », in *Mél. D. Labetoulle*, Dalloz, coll. « Études, Mél. Et Travaux », 2007, p. 153. V. CE, 23 mars 1923, *Desmoulin*, Rec. p. 272 ; CE, 25 juin 1948, *Baillaud*, Rec. p. 292, et CE, 1<sup>er</sup> juill. 1949, *Sté financière de Lyon*, Rec. p. 323.

<sup>405</sup> D. CHABANOL, « Le dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », in *Mél. D. Labetoulle*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>406</sup> CE, 13 juill. 1961, *Commune de Thuir*, Rec. p. 483.

<sup>407</sup> CE, Ass., 6 nov. 2002, *Moon*, req. n° 194295, Rec. p. 380.

<sup>408</sup> CE, 10 déc. 1975, *Société générale de construction industrielle*, Rec. p. 1201.

<sup>409</sup> Art. R. 625-3 du code de justice administrative.

<sup>410</sup> V. D. BAILLEUL, *L’efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux en droit public français*, LGDJ, 2000, p. 227.

<sup>411</sup> V. C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative...*, *op. cit.*, p. 354. Les auteurs notent tout de même une retenue du juge en matière d’étude d’impact, M. PRIEUR, « Étude d’impact et protection de la nature », in *20 ans de protection de la nature. Hommage à M. Despax*, PULIM, 1998, p. 61-89, et E. TREUIL, *La preuve en droit de l’environnement*, *op. cit.*, p. 290.

<sup>412</sup> Le Conseil d’État a notamment été critiqué pour sa retenue trop importante en la matière, v. P. PACTET, *Essai d’une théorie de la preuve...*, *op. cit.*, p. 142 et s.

à l'expertise pour forger son intime conviction<sup>413</sup>. Il se montre cependant peu enclin à utiliser ses pouvoirs, qui contreviendraient au contrôle restreint qu'il exerce au moins formellement sur la méthode et l'appréciation évaluative. En effet, comme l'a relevé D. Chabanol, en cas de contrôle restreint, le juge ne se satisfait pas d'un commencement de preuve pour ordonner une expertise : cela nuirait à l'étendue du pouvoir qu'il souhaite laisser à l'autorité visée<sup>414</sup>. Seule « une argumentation contenant des éléments d'information précis et non contestés par le défendeur permet de surmonter l'existence d'un contrôle restreint »<sup>415</sup> et justifie qu'une expertise soit ordonnée. Or, cette rigueur semble peu adaptée au contentieux évaluatif dans la mesure où l'évaluation est caractérisée par son incertitude et sa technicité.

Surmonter cette difficulté serait de toute façon insuffisant pour obtenir une expertise judiciaire. D'autres raisons plus pragmatiques semblent retenir le juge d'ordonner des expertises, alors qu'il est le dernier à se prononcer sur l'évaluation et qu'il est l'organe doté des plus faibles compétences techniques dans la chaîne décisionnelle<sup>416</sup>. Si, pour certains auteurs, les questions soulevées par l'évaluation, notamment en matière environnementale, devraient requérir l'organisation d'une expertise quasi systématique<sup>417</sup>, le juge ne peut qu'hésiter face au coût et à la lenteur que l'expertise ajoute à la procédure – bien qu'elle augmente en parallèle la sécurité juridique<sup>418</sup>. De plus, il peut hésiter à ordonner une expertise pour établir la validité d'un acte « seulement » préparatoire. À cet égard, il est révélateur qu'aucun arrêt portant sur une évaluation n'ait donné lieu à la mise en œuvre d'une expertise judiciaire<sup>419</sup>. Malgré les moyens mis à sa disposition, le juge répugne à mettre en œuvre ses pouvoirs d'instruction pour mettre à jour un éventuel vice de procédure découlant du contenu d'un acte préparatoire. Peu importe, semble-t-il, que l'évaluation ait vocation à avoir une influence certaine sur le sens de la décision finale.

---

<sup>413</sup> V. Ch. DEBBASCH, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1981, 3<sup>e</sup> éd., p. 524.

<sup>414</sup> CE, 9 nov. 1966, *min. Agriculture c/ Peyron*, req. n° 68084, Rec. p. 592, cité par D. CHABANOL, « Expertise » in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, §441.45.

<sup>415</sup> D. CHABANOL, « Expertise » in *Répertoire de contentieux administratif*, *op. cit.*, §441.45. V. CE, 2 mars 1979, *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie (Inao) c/Roussot*, req. n°s 93708, 93709, Rec. p. 90.

<sup>416</sup> V. D. CHABANOL, cité par C. HUGLO, *Le juge, la prévention et la résolution des litiges en droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 373-374.

<sup>417</sup> V. C. HUGLO, *Le juge, la prévention et la résolution des litiges en droit de l'environnement*, thèse de l'Université Paris II, 1994, p. 372 ; C. CASTAING, *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, thèse de l'Université de Bordeaux, 2001, p. 405 et F. BILLAUDOT et M. BESSON-GUILLAUMOT, *Environnement, Urbanisme, Cadre de vie. Le droit et l'administration*, *op. cit.*, p. 705.

<sup>418</sup> V. J.-P. PASTOREL, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1981, 3<sup>e</sup> éd., p. 302.

<sup>419</sup> Le juge n'hésite pas, cependant à se référer à une expertise ordonnée par un tribunal de grande instance, v. CAA de Nantes, 13 fév. 2015, req. n° 13NT00258, Inédit au recueil Lebon.

Cette retenue juridictionnelle ne paraît objectivement justifiée que pour les évaluations et les études d'impact environnemental, et seulement depuis la création des autorités environnementales<sup>420</sup>. Celles-ci fournissent en effet au juge une forme de contre-expertise indépendante et objective sur l'étude réalisée qui rend moins utile une expertise judiciaire.

**438.** En tout état de cause, quelle que soit la raison déterminante de la prudence du juge, son attitude est salubre. Elle évite l'essor d'un scientisme juridictionnel. En effet, au lieu de protéger l'évaluation et les décisions publiques, l'exercice d'un contrôle juridictionnel serré sur les actes technoscientifiques comme l'évaluation pourrait être de nature à préjudicier aux experts, à la communauté scientifique et, par ricochet, aux décisions publiques (B).

## **B. Un contrôle à modérer pour éviter le risque de scientisme**

**439.** Alors que les règles de procédure administrative contentieuse rendent peu probable l'exercice d'un contrôle très technique de l'évaluation, des considérations moins juridiques justifient que ce contrôle ne soit pas exercé quand bien même le juge y serait disposé. Contrairement à ce que soutiennent certains auteurs, ce ne sont pas tant les capacités du juge à exercer un contrôle technique<sup>421</sup> (1), que le risque de diffusion d'un scientisme<sup>422</sup> et de l'émergence d'une légalité scientifique qui justifierait son retrait. À chaque fois qu'il contrôle une expertise, le juge devrait faire attention à ne pas se substituer à la communauté scientifique (2).

1) L'invocation contestable de l'incapacité du juge à exercer un contrôle technique

**440.** Pour de nombreux auteurs, que le juge décide de recourir à une expertise ou qu'il entreprenne d'analyser seul les questions techniques d'un litige, il ne dispose pas des

---

<sup>420</sup> La transmission de l'évaluation des documents d'urbanisme à une autorité environnementale a été prévue par l'ordonnance n° 2004-489 du 3 juin 2004 portant transposition de la directive 2001/42/CE et le décret n° 2005-613 du 27 mai 2005 ; pour les études d'impact des projets il a fallu attendre l'intervention du décret n° 2005-613 du 27 mai 2005.

<sup>421</sup> V. C. HUGLO, *Le juge, la prévention et la résolution des litiges en droit de l'environnement*, op. cit., p. 53.

<sup>422</sup> Le scientisme est « une doctrine cherchant à calquer un champ de la connaissance – sa logique, ses concepts, ses raisonnements – sur les sciences exactes », J. de GLINIASTY, *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 298, 2018, p. 338.

capacités suffisantes pour exercer un contrôle scientifique ou technique<sup>423</sup>. Or, à l'exception des évaluations individuelles des fonctionnaires, les évaluations reposent toutes sur des analyses d'une technicité qu'on ne saurait exiger du juge<sup>424</sup>. Il semble difficile, pour autant, de considérer avec une partie de la doctrine que cette circonstance justifie son retrait<sup>425</sup>, tant en matière évaluative que, plus généralement, en matière d'expertises administratives ou judiciaires. En effet, dès lors que le juge a identifié une erreur éventuellement manifeste dans l'appréciation technique des faits et qu'il peut convaincre de son existence par la motivation de sa décision, alors il devrait exercer ce contrôle, dans l'intérêt de l'évaluation et des procédures décisionnelles publiques. À ce titre, des auteurs comme A. Mestre ou C. Goyard défendent le principe d'un contrôle homogène sur tous les motifs, faute de justification juridique de la différenciation opérée par le juge<sup>426</sup>. Même la Cour de cassation, pourtant moins prompte à étendre son contrôle que son homologue administratif, contrôle les qualifications juridiques indépendamment de leur caractère plus ou moins technique<sup>427</sup>. Certes, le juge est au bout de la chaîne de contrôle alors qu'il est le moins compétent techniquement. Cependant, s'il « est peut-être un candide, [il n'est] pas un naïf »<sup>428</sup>. Le seul élément qui devrait réfréner son contrôle est la difficulté circonstancielle d'établir une preuve convaincante, nécessaire à la légitimité de sa décision. D'ailleurs, le juge administratif et le juge constitutionnel n'ont pas défini une politique de retenue systématique face aux décisions relevant d'une « technicité scientifique »<sup>429</sup>. Le

---

<sup>423</sup> Ch. Vautrot-Schwarz doute notamment de la capacité du juge à analyser une expertise, v. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, op. cit., p. 173, et d'autres auteurs doutent même de sa capacité à choisir les experts, v. M. OLIVIER, « Le nouveau statut des experts judiciaires résultant de la loi du 11 février 2004 », *La Gazette du Palais*, 2004, n° 167, p. 2-6, et O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 443, 2003, p. 225. Quant au Conseil constitutionnel, sa compétence technique est également mise en doute, P. MBONGO, « La « constitutionnalisation » des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *D.*, 2009, p. 108-110.

<sup>424</sup> V. C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative*, op. cit., p. 367.

<sup>425</sup> V. R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, t. 2, Dalloz-Sirey, 2007, p. 554.

<sup>426</sup> Le juge s'autolimité. V. A. MESTRE, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, p. 100, et C. GOYARD, « Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs », in *Mél. Ch. Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 339-362. S. Rials note d'ailleurs un « enhardissement » du juge depuis les années 1970, S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Publ. », t. 135, 1980, p. 317.

<sup>427</sup> V. J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2015, p. 793.

<sup>428</sup> D. CHABANOL, repris par C. HUGLO, *Le juge, la prévention et la résolution des litiges en droit de l'environnement*, op. cit., p. 373

<sup>429</sup> D. LABETOULLE, *Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique*, in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, n° 16, 1978, p. 30, et L. DI QUAL, *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 163. Le juge n'hésite pas à se prononcer sur les questions esthétiques ou de mœurs, pourtant également techniques. Même dans le contentieux très technique des études d'impact environnementales, le juge n'hésite pas à contrôler le fond, v. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, §II.

seul contrôle que le juge administratif refuse systématiquement d'exercer vise les appréciations « techniques » portant sur la valeur ou les mérites intellectuels d'un candidat à un concours ou à un examen<sup>430</sup>. Or, ce contrôle ne correspond pas à la « technicité scientifique » qui justifierait le retrait du juge selon la doctrine. Ce sont des questions plus pragmatiques qui motivent la réserve juridictionnelle.

Ainsi, en principe, dès lors qu'une irrégularité peut être démontrée, le contrôle du juge est possible, même dans les matières techniques comme les évaluations. Néanmoins, ce contrôle n'est pas pour autant opportun. En effet, un contrôle trop strict du juge pourrait mener à l'établissement d'une dangereuse légalité scientifique préjudiciable à la communauté scientifique, à l'évaluation et à l'action publique (2).

## 2) L'invocation justifiée d'un risque de scientisme juridictionnel

**441.** Si le juge mettait en œuvre un contrôle poussé des expertises, y compris des expertises évaluatives, qu'il travaille seul ou qu'il demande l'assistance d'un expert judiciaire, il risquerait de consacrer, malgré lui, une forme de légalité scientifique. Deux principales difficultés sont à craindre, en sus du risque de transférer des pouvoirs du juge à l'expert<sup>431</sup>. D'une part, le juge pourrait confondre expertise et science et dénaturer la première. D'autre part, il risquerait d'imposer à la communauté scientifique la vérité judiciaire en lieu et place de la vérité scientifique.

**442.** En premier lieu, en contrôlant le caractère approprié de la méthode employée dans l'évaluation, le juge pourrait oublier la différence existant entre l'expertise scientifique et la science et soumettre l'évaluation aux mêmes conditions de certitude que la science, ce qui dénaturerait l'acte contrôlé. En effet, contrairement à ce que son nom indique, l'expertise scientifique, c'est-à-dire toute évaluation à l'exception des évaluations individuelles des fonctionnaires, n'est pas une production scientifique : elle ressort du vraisemblable et non du vrai<sup>432</sup>. Pour Ph. Roqueplo, il existerait même une « transgression propre à l'expertise scientifique », qui réaliserait un « saut qualitatif » entre les savoirs

---

<sup>430</sup> J. LAVEISSIÈRE, « Les “mal notés” et le juge », *loc. cit.*, p. 119-127.

<sup>431</sup> V. F. OST et M. VAN de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 529 : « Le juge ne dispose plus toujours de connaissance suffisantes des éléments empiriques des causes qu'il a à arbitrer, ni des connaissances scientifiques et techniques relatives aux savoirs extrajuridiques qui permettraient d'éclairer sa décision. Ainsi, progressivement, ce pouvoir de décision passe-t-il du juge à l'expert ».

<sup>432</sup> V. J.-Y. TRÉPOS, *La sociologie de l'expertise*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, p. 60.

mobilisés pour l'expertise et « la connaissance interdisciplinaire » élaborée, qui dépasserait les limites de chacun des savoirs sur lequel elle se fonde<sup>433</sup>. A. M. Weinberg parle ainsi de « *trans-science* »<sup>434</sup> pour désigner les expertises scientifiques. Elles répondent à des questions qui peuvent être formulées en termes scientifiques, mais qui ne peuvent pas être résolues par la science en raison de l'incertitude les entourant. La transgression du caractère scientifique de l'expertise résulte alors, selon l'auteur, de l'intégration nécessaire d'éléments non scientifiques (notamment sociaux ou politiques) et de jugements de valeur dans la réponse à la question posée – par exemple, pour déterminer le risque acceptable<sup>435</sup>. Le juge devrait ainsi garder à l'esprit que les résultats de l'évaluation et des expertises judiciaires qu'il a pu ordonner pendant le procès ne sont pas et ne prétendent pas être<sup>436</sup> des actes scientifiques infaillibles – d'autant que la science elle-même ne prétend pas à cette infaillibilité<sup>437</sup>. Il serait donc préférable qu'il ne demande pas aux évaluateurs d'atteindre une illusoire vérité scientifique.

**443.** En second lieu, le juge devrait faire attention à ne pas se substituer à la communauté scientifique en décidant qu'une méthode est inappropriée « par nature » pour fournir des connaissances fiables et scientifiques. S'il énonce ce genre d'appréciations, il risque d'interférer dans les débats relevant de la communauté scientifique en décidant à sa place ce qui est ou non scientifique. Ce risque n'est pas purement théorique puisque l'emprise juridictionnelle sur la définition de la validité scientifique a cours aux États-Unis. Elle résulte des critères utilisés par les juges pour décider de l'intervention d'un expert choisi par une partie devant un tribunal. Pour prendre cette décision, les juges s'intéressent notamment à la validité scientifique de la méthode employée<sup>438</sup>, selon les critères définis

---

<sup>433</sup> P. ROQUEPLO, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Quae, coll. « Sciences en questions », 1997, p. 40. Dans le même sens, v. O. BORRAZ, « Commande », in *Dictionnaire critique de l'expertise. Santé, travail, environnement*, Les Presses SciencesPo, 2015, p. 64.

<sup>434</sup> A. M. WEINBERG, « Science and Trans-science », *Minerva : a review of learning, science and policy*, 1972, n° 2, p. 209-222.

<sup>435</sup> V. O. BORRAZ, « Commande », in *Dictionnaire critique de l'expertise...*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>436</sup> V. P. GONOD et P. FRYDMAN., « Le juge administratif et l'expertise », *AJDA*, 2014, p. 1361-1364.

<sup>437</sup> K. Popper a montré les insuffisances des raisonnements inductifs et les conditions de falsifiabilité des énoncés scientifiques K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot, trad. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, 1990, 480 p. De son côté, T. S. Kuhn a montré comment un groupe scientifique peut changer de paradigme, c'est-à-dire de croyances communes, T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. augmentée de 1970, Flammarion, coll. « Nouvelle Bibliothèque scientifique », 1972, 247 p.

<sup>438</sup> L'état actuel du droit résulte de l'arrêt USSC, 28 juin 1993, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579. V. E. TREUIL, *La preuve en droit de l'environnement*, p. 105 et s., et O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé, t. 443, 2003, p. 110 et s. L'auteur évoque une « épistémologie jurisprudentielle ».

par les *Federal rules of evidence*. Ils regardent notamment si la méthode a fait l'objet d'une publication et si elle est couramment utilisée. Ce faisant, les juges se substituent à la communauté scientifique pour décider quelle méthode est valide et, pour S. Jasanoff, ils favorisent une science de mauvaise qualité, une « *junk science* »<sup>439</sup>.

En effet, le raisonnement scientifique est clairement distinct du raisonnement juridique : une méthode scientifique ne peut pas être jugée à l'aune des connaissances qu'elle peut fournir à un procès. Les modèles scientifiques donnent une « valeur aux phénomènes dans la mesure où ils permettent d'expliquer et de justifier leur apparition, d'en donner la raison »<sup>440</sup>. Ils apportent une justification logique à un fait qui ne coïncide pas, en principe, avec sa justification juridique. La finalité de la science est la vérité tandis que la finalité du droit est la recherche de la coexistence la plus juste possible en société<sup>441</sup> ou la recherche du bien « de la société et des êtres humains »<sup>442</sup>. Ces finalités ne sont pas interchangeables. Quant au procès, ses finalités consistent à court terme à résoudre le litige et à long terme à assurer la paix sociale<sup>443</sup>. Il doit délivrer la vérité judiciaire « une sorte d'évidence situationnelle caractéristique de ce qui mérite d'être appelé conviction (...) [il s'agit de] la certitude selon laquelle dans cette situation, cette décision est la meilleure, la seule chose à faire»<sup>444</sup>. Cette vérité est loin de correspondre à la vérité scientifique. Le risque est alors que le contrôle juridictionnel de la validité de la méthode scientifique la dénature en provoquant « une stabilisation des connaissances auxquelles il convient d'attribuer un statut de vérité utilisable pour le procès »<sup>445</sup>. Le conservatisme judiciaire entrerait alors en contradiction avec le mouvement perpétuel de la science, dont les méthodes se renouvellent régulièrement. Ce risque de stabilisation forcée semble encore plus grand en matière évaluative, marquée par l'incertitude et les réserves que doivent toujours susciter les méthodes employées et les résultats obtenus<sup>446</sup>. Le juge gagnerait donc

---

<sup>439</sup> S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, trad. O. Leclerc, coll. « Rivages du droit », 2013, p. 46.

<sup>440</sup> P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, LGDJ, 1964, p. 132.

<sup>441</sup> V. F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 628.

<sup>442</sup> M. PRIEUR, « Introduction », in INSTITUT FEDERATIF ENVIRONNEMENT ET EAU et CRIDEAU, *Incertitude juridique, incertitude scientifique*, Limoges, Pulim, coll. « cahiers du CRIDEAU », n° 3, 2001, p. 9-15.

<sup>443</sup> V. P. RICOEUR, « L'acte de juger », *Esprit*, juill. 1992, n° 183, p. 20-25

<sup>444</sup> P. RICOEUR, « Justice et vérité », in *Le juste*, tome 2, *Esprit*, 2001, p. 82.

<sup>445</sup> O. LECLERC, *Le juge et l'expert...*, *op. cit.*, p. 175-176.

<sup>446</sup> V. notamment N. FIXARI, « Évaluation des politiques publiques et méthodologie économique », in CSE, *Rapport annuel sur l'évolution des pratiques d'évaluation des politiques publiques. L'évaluation de l'expertise à la responsabilité*, La Doc. Fr., 1992, p. 143-160, et L. CASAUX-LABRUNEE, A. JEAMMAUD et T. KIRAT, « Évaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 421-427.

à faire preuve d'une prudence redoublée quand il contrôle le caractère approprié de la méthode utilisée par un évaluateur. Celle-ci serait exclusivement jugée au regard des circonstances de l'espèce, à savoir l'objet à évaluer et le but de l'évaluation. Les jugements plus généraux sur la validité de la méthode employée, fondés notamment sur le degré d'utilisation d'une méthode par la communauté scientifique, le nombre de publications qui en traitent et le pourcentage d'erreurs connues, seraient prohibés. S'il importe que le juge de l'évaluation se saisisse de toutes les facettes de la pratique évaluative pour garantir l'édiction d'évaluations fiables et aptes à rationaliser les décisions publiques sans causer de dommages collatéraux, il est primordial que son contrôle ne mène pas à la dénaturation de la pratique évaluative.

**444. Conclusion du chapitre.** Les différents éléments du contrôle de régularité externe et interne de l'évaluation constituent le socle de son contrôle par voie d'action et par voie d'exception. Tous sont déterminants pour l'édiction d'une évaluation objective, juste – au sens de justesse – et amputée de ses effets néfastes sur les évalués. Tous sont aussi déjà contrôlés par le juge administratif : ils seraient seulement affinés pour épouser les spécificités de l'évaluation. L'œuvre créatrice du juge serait ainsi limitée.

Le contrôle de la régularité externe de l'évaluation, qui correspond au contrôle de sa procédure et de sa forme, constituerait une déclinaison du contrôle type de l'objectivité d'une expertise. Comme toute expertise, l'évaluation doit en effet être rédigée ou examinée par des personnes indépendantes, impartiales et compétentes – en l'occurrence l'évaluateur et/ou le tiers garant – et elle doit être soumise, dans la mesure du possible, à une forme de collégialité ou de pluralité et de contradiction.

Pour garantir pleinement la fiabilité de l'évaluation, ce contrôle serait complété par l'examen de sa régularité interne, c'est-à-dire un contrôle de sa justesse, qui serait, comme le précédent, une déclinaison d'un contrôle généralisable à l'ensemble des expertises judiciaires, législatives et administratives. Ce contrôle appréhenderait la suffisance (du périmètre et de la précision) de l'expertise, la méthode employée par l'expert et l'exactitude de ses appréciations factuelles, techniques ou axiologiques. Ces moyens réclameraient, eu égard à la prétention scientifique de l'évaluation, un traitement particulier, une forme de retenue du juge, afin d'éviter la formation d'un scientisme juridictionnel qui préjudicierait à tous les acteurs impliqués dans la procédure évaluative. À cet égard, il ne devrait notamment pas échoir au juge de définir abstraitement les méthodes utilisables pour chaque évaluation.

**445.** Si ce contrôle était pratiqué systématiquement par les juges administratifs et constitutionnels lorsqu'ils sont saisis par voie d'action ou par voie d'exception de la contestation de la régularité d'une l'évaluation, les évaluations défectueuses, qui induisent en erreur les décideurs comme le public et nuisent aux évalués, seraient mieux repérées et les principes d'une évaluation de qualité se diffuseraient plus efficacement.

Le contrôle de la régularité de l'évaluation ne résume cependant pas le contentieux juridictionnel de l'évaluation. Celui-ci ne peut être pensé indépendamment du processus décisionnel dans lequel l'expertise s'inscrit. Le contrôle de l'évaluation sera en effet, le plus souvent, un contentieux noué par la voie de l'exception. En conséquence, sa portée dépend de la manière dont les irrégularités de l'évaluation sont répercutées sur la décision finale. Le contrôle de la manière dont le décideur emploie les évaluations même régulières a aussi son importance : c'est le seul moyen de sanctionner les décideurs qui sous-estiment ou surestiment – au détriment du principe de régularité juridique – l'évaluation.

L'analyse des modalités que revêtirait le contrôle de la régularité de l'évaluation doit ainsi être complétée par l'étude des modalités potentielles du contrôle de l'utilisation de l'évaluation, régulière ou irrégulière, par le décideur (Chapitre II).



## **Chapitre II : Le contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur**

**447.** Le contentieux de l'évaluation a vocation à être, le plus souvent, un contentieux incident, provoqué à l'occasion d'un recours formé contre la décision que prépare l'évaluation. Dans ces hypothèses, en plus de contrôler la régularité externe et interne de l'évaluation, le juge sera confronté à la question des conséquences à tirer de la constatation d'une irrégularité de l'évaluation. Or, ce contrôle devrait, comme l'examen de la régularité de l'évaluation, répondre à la nature expertale de cet acte, qui cherche à apporter une information objective au décideur et au public. En l'exerçant, le juge irait au bout de son effort de protection de l'évaluation, des évalués et des décisions publiques contre le risque évaluatif (Section 1).

Le contentieux incident de l'évaluation ne saurait toutefois se résumer aux hypothèses de contestation de la régularité de l'évaluation. L'invocation répétée des évaluations régulières pourrait, d'abord, modifier les composantes du contrôle des décisions qu'elles préparent. Il est en effet possible qu'une évaluation régulière serve à mettre en lumière une erreur de fait ou une erreur de droit commise par le décideur. Or la multiplication des références à l'évaluation augmenterait insensiblement l'emprise de la rationalité évaluative dans les procédures décisionnelles. Il se peut aussi que le décideur fasse un mauvais usage d'une évaluation régulière en sous-estimant ou en surestimant sa force normative, c'est-à-dire en ignorant, ou au contraire, en suivant aveuglément le modèle implicite de comportement qu'elle fournit. Ce dernier cas menace directement la prééminence de la rationalité juridique dans la procédure décisionnelle. Le contrôle de l'utilisation des évaluations régulières serait ainsi nécessaire pour protéger la rationalité juridique contre la rationalité évaluative (Section 2).

### **Section 1 : Le contrôle indirect des évaluations irrégulières**

**448.** Les irrégularités affectant l'évaluation constituent des vices de procédure de la décision finale. Or, à ce jour, il est difficile d'obtenir l'annulation d'une décision législative ou administrative en raison d'un tel vice. Loin d'être formalistes, les juges décident des

conséquences à tirer de l'irrégularité d'une consultation de manière casuistique, en se concentrant sur l'éventuelle altération du sens des décisions finales. Cette jurisprudence est inadaptée à la nature informative des évaluations et à la poursuite du principe de bonne administration et de bonne législation (§I). La nature informative et expertale de l'évaluation serait mieux protégée si le juge annulait ou censurait la décision finale chaque fois que l'irrégularité a empêché l'information pertinente des personnes intéressées par cette décision ou chaque fois qu'elle les a privées d'une garantie protégeant l'objectivité de l'évaluation (§II).

### **§I. Les faiblesses du conséquentialisme actuel du contrôle juridictionnel des vices de procédure**

**449.** Tant la jurisprudence de droit commun appliquée aux procédures consultatives administratives (A) que la jurisprudence appliquée aux consultations législatives et judiciaires (B) souffrent d'une application conséquentialiste qui les rend inaptes à protéger efficacement la fiabilité des décisions publiques préparées par une évaluation.

#### **A. Les insuffisances du contrôle des consultations administratives irrégulières**

**450.** La jurisprudence *Danthy* forgée en 2011<sup>1</sup> pour contrôler les vices de procédure des décisions administratives est marquée par un très fort conséquentialisme, à peine atténué par la référence à la notion de garantie (1). Or, ce conséquentialisme se révèle particulièrement inadapté au contrôle indirect des évaluations, dans la mesure où il ne permet pas de censurer suffisamment les décisions adoptées sur le fondement d'évaluations irrégulières, alors même que tous les vices affectant l'évaluation sont des vices de procédure pour le juge lors de ce contrôle<sup>2</sup>. En l'état, la jurisprudence *Danthy* constitue donc un frein à la rationalisation des décisions publiques (2).

---

<sup>1</sup> CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthy*, n° 3.30353, Rec. p. 649.

<sup>2</sup> « Le moyen tiré, par voie d'exception, de l'illégalité d'un texte (décision 1) qui régit la procédure d'adoption de l'acte administratif attaqué (décision 2) est un moyen de légalité externe(11). Et, de la même façon, la circonstance que ces dispositions procédurales sont entachées d'illégalité interne n'y change rien : même dans ce cas, c'est encore - et seulement - la procédure d'adoption de la décision 2 qui est, par ricochet, irrégulière », J. ROBBE, « De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne », *RFDA*, 2018, p. 88.

## 1) Un contrôle globalement conséquentialiste

**451.** Contrairement à ce qui a pu être écrit au lendemain du 23 décembre 2011, l'arrêt *Danthony* n'a pas « bouleversé »<sup>3</sup> la jurisprudence jusqu'alors appliquée en matière de vices de procédure. Comme l'a noté B. Seiller, *Danthony* a surtout « officialisé » l'existence d'« un contrôle restreint de la légalité externe »<sup>4</sup>, un contrôle inadapté à la normativité des actes consultatifs et aux fins qu'ils poursuivent<sup>5</sup>, à savoir l'information du décideur et des tiers ou la protection de certains intérêts. Le contrôle juridictionnel des vices de procédure poursuit avant tout la sécurité juridique : seules les erreurs ayant eu une conséquence sur le sens de la décision finale justifient l'annulation de celle-ci.

Jusqu'en 2011, le juge appliquait une jurisprudence *a priori* formaliste : il annulait la décision finale en cas de vices substantiels<sup>6</sup> résultant de la violation de formalités elles-mêmes substantielles ou non substantielles et il faisait preuve d'une sévérité accrue pour les violations portant sur des consultations obligatoires. Cette jurisprudence recelait toutefois un conséquentialisme caché : comme l'a analysé la doctrine, le juge recherchait le plus souvent quelle avait été l'influence potentielle du vice sur le sens de la décision finale<sup>7</sup>. Ce conséquentialisme était parfois explicite : « considérant que, bien que le maire de Vaudrémont et un autre conseiller municipal aient été personnellement intéressés à ce que le projet d'aliénation du chemin rural soit rejeté, il résulte des conclusions (...) que la présence de de ces deux membres de l'assemblée communale à la séance du 4 mai 1946 (...) n'a pas été de nature à exercer une influence sur le résultat du vote et ne peut dès lors entraîner l'annulation de la délibération dont il s'agit »<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> V. D. CONNIL, « Vice de procédure et annulation : l'office du juge administratif se précise », *JCP G*, n° 18, 30 avril 2012, 558.

<sup>4</sup> B. SEILLER, « L'illégalité externe, commode bouc émissaire », *AJDA*, 2012, p. 1609-1612.

<sup>5</sup> V. Ch. DEBBASCH, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1981, 3<sup>e</sup> éd., p. 776, et CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2011. Consulter autrement, participer effectivement*, La doc. Fr., coll. « EDCE », 2011, 224 p.

<sup>6</sup> V. G. TEBOUL, « La notion de vice de procédure substantiel », *AJDA*, 1991, p. 572-573.

<sup>7</sup> V. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 288, et A. MESTRE, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, p. 49.

<sup>8</sup> CE, 4 juill. 1952, *Decharme*, req. n° 85.621, Rec. p. 362. V. aussi, CE, 8 novembre 1995, req. n° 116498, inédit au recueil Lebon : « Considérant, en second lieu, qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la procédure suivie devant la commission consultative ait été de nature à porter atteinte à l'égalité entre les candidats ; qu'il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que les divers courriers anonymes produits par Mme X... aient influé sur le sens de l'avis formulé par la commission consultative ; que, par suite, elle ne saurait utilement se prévaloir de cette circonstance pour exciper de l'illégalité dudit avis ».

Cette jurisprudence confuse<sup>9</sup> a été clarifiée par l'arrêt *Danthony*, rendu opportunément après l'adoption d'une loi de 2011 relative aux vices de procédure<sup>10</sup>. L'arrêt a officialisé le conséquentialisme du juge : seuls les vices ayant privé les personnes intéressées – qu'il faut entendre au sens large de personnes à qui la décision fait grief<sup>11</sup> – d'une garantie ou susceptibles d'avoir eu une influence sur le sens de la décision finale entraînent l'annulation de la décision finale. Dès lors que toute procédure peut être définie comme une garantie<sup>12</sup>, il est possible d'interpréter cette jurisprudence comme « une libéralité accordée à l'Administration »<sup>13</sup>. Seules des raisons pragmatiques, liées au coût « social, humain, juridique [et] économique » des annulations systématiques de vices de procédure justifient cette solution<sup>14</sup>, ce que corroborent les fermetures plus récentes de l'invocation des vices de procédure : il n'est désormais plus possible de les invoquer à l'occasion de la contestation par voie d'exception d'un acte réglementaire<sup>15</sup>. Ainsi, comme le relève B. Defoort, la « hiérarchisation entre les vices de légalité s'aggrave incontestablement »<sup>16</sup>.

---

<sup>9</sup> V. G. DUPUIS, « Introduction », in G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, p. 9-30, et R. HOSTIOU, note sous CE, 3 juin 2013, *Commune de Noisy-le-Grand c/ Société Office français Inter Entreprises*, req. n° 345174, Rec. T. p. 640, *AJDA*, 2013, p. 1193-1197.

<sup>10</sup> Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011.

<sup>11</sup> V. G. ROUX, « La notion de personnes “intéressées” au sens de la jurisprudence *Danthony* », *AJDA*, 2017, p. 1649-1653.

<sup>12</sup> V. E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Nancy, Berger-Levrault, 2<sup>e</sup> éd., 1896, p. 495, et C. BROUELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *JCP A*, n° 13, 2 avril 2012, 2089.

<sup>13</sup> P. CASSIA, « Vers une immunité contentieuse des avis rendus par les organismes consultatifs ? », *JCP A*, n° 44, 2 nov. 2010, act. 789.

<sup>14</sup> B. NOYER et F. MELLERAY, « L'apport au contentieux administratif de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *Droit Adm.*, 2010, n° 5, p. 15 et s.

<sup>15</sup> CE, Ass., *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, 18 mai 2018, n° 414583, à paraître au Recueil. L'arrêt a fermé la possibilité de contester la procédure d'un acte réglementaire lui-même contestée à l'occasion d'un recours par voie d'exception. La chronique de la doctrine organique relative à l'arrêt précise ainsi que c'est la non-transmission d'une illégalité résultant de vices de procédure de l'acte réglementaire aux actes non réglementaires pris sur le fondement de ce premier acte qui justifie cette solution, Chron. S. ROUSSEL et Ch. NICOLAS, « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », *AJDA*, 2018, p. 491-497. Cette solution a néanmoins suscité des commentaires négatifs, F. MELLERAY, « *Requiem* pour les vices de procédure ? », *AJDA*, 2018, p. 1241 ; B. SEILLER, « Le droit à l'erreur, pour qui ? », *AJDA*, 2018, p. 1465-1468.

<sup>16</sup> B. DEFOORT, « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA*, 2018, p. 1091. Cette hiérarchisation est aussi visible dans la jurisprudence relative à la modulation dans le temps des annulations prononcées par le juge administratif. Comme le relève O. Mamoudy, le juge considère que l'irrégularité procédurale est peu grave « par nature » et retient rarement la modulation quand ce vice est à l'origine de l'annulation de l'acte contesté, O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets de droit des décisions de justice en droit français*, thèse de l'Université Paris I, 2013, p. 195. V. aussi p. 168.

**452.** Si la référence à l'influence potentielle et non réelle du vice sur le sens de la décision pour déterminer son annulation dans l'arrêt *Danthony* a pu faire croire à l'assouplissement de la jurisprudence<sup>17</sup>, la pratique a prouvé qu'il est toujours aussi difficile d'obtenir l'annulation d'une décision pour vice de procédure. À certains égards, la jurisprudence *Danthony* est même plus restrictive, puisque le juge refuse désormais d'annuler une décision pour le seul motif que le vice de procédure constaté a affecté le sens de l'avis qui la préparait<sup>18</sup>. En outre, il effectue maintenant un contrôle systématiquement concret, alors qu'il exerçait auparavant un contrôle abstrait sur certaines formalités substantielles<sup>19</sup>. Le critère portant sur la privation d'une garantie, gage apparent d'objectivité, n'atténue pas ce rigorisme puisqu'il recouvre en réalité le critère de l'influence sur le sens de la décision finale. En effet, les privations de garantie sont en réalité des manquements nécessairement susceptibles d'influencer le sens de la décision finale (comme l'impartialité de l'organe consultatif ou la violation des droits de la défense). Cette jurisprudence restrictive est accentuée par la multiplication des procédures de régularisation en cas d'annulation pour vice de procédure<sup>20</sup>, qui atténuent les conséquences des rares annulations prononcées. Le juge accepte en effet qu'un vice soit régularisé alors même que la régularisation requiert l'adoption d'une nouvelle décision, dès lors que le fond de cette nouvelle décision ne s'en trouve pas modifié<sup>21</sup>.

**453.** En réalité, cette jurisprudence conséquentialiste n'a de sens que pour les avis-conseils, dont l'objectif unique est d'influencer le décideur en répondant préalablement à la question qui leur est posée<sup>22</sup>. Elle leur est parfaitement adaptée. En revanche, elle méconnaît la nature spécifique des avis informatifs, l'autre grande catégorie d'avis qui, à

---

<sup>17</sup> V. P. CASSIA, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA*, 2012, p. 296-314.

<sup>18</sup> V. CE, 11 juill. 1986, *Ministre du Plan*, req. n° 73497, Rec. p. 354 et CE, 7 avr. 1999, *SA Castille*, req. n° 151937 et n° 151938, Rec. T. p. 599-893-894.

<sup>19</sup> Chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Le vice, mode d'emploi », *AJDA*, 2012, p. 195-203 et S. DOUTEAUD, « Jurisprudence *Danthony* : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA*, 2018, p. 109-122.

<sup>20</sup> Par exemple, pour les nouvelles autorisations environnementales, voir l'article L. 181-18 issu de l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale. Le juge a aussi développé ces possibilités de régularisation, v. CE, 30 janv. 2013, *Société Nord Broyage*, req. n° 347347, rec. T. p. 713-750, à propos des installations classées pour l'environnement.

<sup>21</sup> Art. L. 600-9 du code de l'urbanisme. V. CE, 12 oct. 2016, *M. Kerwer*, req. n° 387308, Rec. p. 423. V. P. SOLER-COUTEAUX, « La sanction des vices de forme et de procédure : *Danthony*, annulation partielle et sursis à statuer », *RDI*, 2016, p. 660-669.

<sup>22</sup> Les développements du rapporteur public sur l'arrêt *Commune de Sempy* sont à cet égard éloquentes. J. Burguburu plaide en effet pour la régularisation en cours d'audience de l'absence de consultation obligatoire préalable à la décision si l'avis produit est favorable à l'adoption de la décision adoptée. Une telle solution n'est pas adaptée aux avis informatifs. J. BURGUBURU, concl sur CE, Sect., 22 déc. 2017, *Commune de Sempy*, *RFDA*, 2018, p. 357-387.

l'image de l'évaluation, ne répondent jamais directement à la question « faut-il prendre cette décision ? » et ne prennent pas directement parti sur le sens de la décision à prendre. Le but premier des avis informatifs est, comme l'indique leur appellation, d'informer. Ils ne cherchent qu'incidemment, qu'implicitement, à orienter le sens de la décision finale. De ce fait, l'irrégularité de ces avis ne devrait pas seulement avoir des conséquences en cas d'altération du sens de la décision finale. Leur but est, plus largement, que le décideur et les tiers disposent de toutes les informations pertinentes pour comprendre la décision prise, indépendamment du sens de la décision finalement adoptée. La Cour de justice de l'Union européenne a, dans ce sens, affirmé l'importance des vices affectant les études d'impact environnemental : « *dès lors que cette directive a notamment pour objet de fixer des garanties procédurales permettant en particulier une meilleure information et une participation du public dans le cadre de l'évaluation des incidences sur l'environnement des projets publics et privés susceptibles d'avoir un impact important sur cet environnement, le contrôle du respect des règles de procédure dans ce domaine revêt une importance particulière* »<sup>23</sup>.

La rationalisation des décisions publiques ne saurait se limiter à l'interdiction de prendre une décision manifestement erronée : elle doit garantir que les décisions publiques sont prises sur le fondement d'une information exacte et objective. Tous les vices affectant le contenu ou la fiabilité de l'information produite pourraient donc être sanctionnés par l'annulation de la décision finale. Cette solution requerrait d'importants revirements de jurisprudence, tant le conséquentialisme des juges est accentué en matière évaluative (2).

## 2) L'accentuation inadéquate de la réflexion conséquentialiste en matière évaluative

**454.** S'il ne s'achève pas par une sanction concrète, le contrôle juridictionnel de l'évaluation par voie d'exception aura peu d'impact sur la qualité des évaluations produites. Or il est aujourd'hui très difficile d'obtenir l'annulation d'une décision en raison des irrégularités de l'évaluation qui la préparait. Non seulement la notion de garantie a été exclue des considérants jurisprudentiels, ce qui renforce leur caractère conséquentialiste, mais, en outre, le contrôle pratiqué est particulièrement restreint. La solution de l'arrêt

---

<sup>23</sup> CJUE, 7 nov. 2013, *Gemeinde Altrip e.a. contre Land Rheinland-Pfalz Affaire*, C-72/12. Nous soulignons.

*Société Ocréal*<sup>24</sup>, qui a posé les fondements du contrôle par voie d'exception des études d'impact environnemental, illustre cette rigueur.

Cet arrêt a précédé et a vraisemblablement inspiré la jurisprudence *Danthony*. Il prévoit que « les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude d'impact ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative ». Le terme « garantie » est absent de l'arrêt *Ocreal*<sup>25</sup>, qui déploie seulement deux critères conséquentialistes : l'examen classique de l'influence de l'irrégularité sur le sens de la décision et l'examen nouveau de l'effet de l'irrégularité sur « l'information complète de la population », à laquelle elle ne doit pas avoir nui. Cette appréciation est très éloignée de la conception de M. Prieur, pour qui l'évaluation constitue une garantie pour le public, de telle sorte que toute irrégularité l'affectant devrait justifier l'annulation de la décision finale<sup>26</sup>. Le considérant de *Société Ocreal* est parfois remplacé par la formulation classique de *Danthony*<sup>27</sup>, mais la notion de garantie demeure très peu employée en droit des évaluations et études d'impact environnemental. Le juge n'est toutefois pas resté complètement sourd aux garanties que procure l'évaluation. Il a utilisé l'intervention de l'autorité environnementale pour réintégrer cette notion<sup>28</sup>. Il a notamment jugé que l'intervention de l'autorité environnementale était en soi une garantie, ce qui correspond à l'idée vue plus haut, qui fait de cette autorité le tiers garant de la procédure et sa caution d'objectivité<sup>29</sup>. En revanche, rien n'indique que le juge soit prêt à considérer que la mise en œuvre de la procédure évaluative en tant que telle comme une garantie. Il répugne en effet à assimiler des procédures consultatives à visée informative, à l'image de l'évaluation, à des garanties<sup>30</sup>. En ce sens, le juge a refusé de considérer que l'absence de consultation de feu l'AFSSA (l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments) avant l'adoption d'une « mesure d'interdiction, de restriction ou de prescription particulière concernant la

---

<sup>24</sup> CE, 14 oct. 2011, *Société Ocréal*, Rec. T. p. 966.

<sup>25</sup> CE, 14 oct. 2011, *Société Ocréal*, Rec. T. p. 966.

<sup>26</sup> M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 135 et s.

<sup>27</sup> V. par exemple, CAA de Marseille, 18 oct. 2016, req. n° 14MA01340.

<sup>28</sup> TA Amiens, 7 nov. 2017, req. n° 1501459 ; V. DELVAL, « L'autorité environnementale à l'épreuve du droit de l'Union européenne : la difficile conciliation de l'expertise et de l'impartialité », *Droit de l'environnement*, mars 2018, p. 106-112.

<sup>29</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1, §I.

<sup>30</sup> Sur le refus de qualifier la consultation du service des domaines de garantie, v. CE, sect., 23 oct. 2015, *Société CFA Méditerranée*, req. n° 369113, Rec. p. 357, obs. N. FOULQUIER, « L'avis de France Domaine et la jurisprudence *Danthony* », *RDI*, 2016, p. 36-38.

mise sur le marché, la délivrance, l'utilisation et la détention d'un produit phytopharmaceutique » viciait la procédure, au motif qu'elle n'était pas imposée par le principe constitutionnel de protection de la santé publique<sup>31</sup>. Dans le même sens, le Conseil d'État a cassé un arrêt qui qualifiait l'omission d'une consultation de garantie du seul fait que l'avis non rendu aurait été de nature à éclairer le public : il n'y a pas de « garantie de principe »<sup>32</sup>. Seule l'obligation spécifique d'évaluer les fonctionnaires handicapés en fin de stage a été qualifiée *per se* de garantie par le juge<sup>33</sup>.

Une autre garantie mériterait toutefois d'être attachée par le juge à la procédure évaluative : la garantie liée à l'impartialité de la consultation. La Cour administrative d'appel de Douai a mis à jour cette omission et a amendé le silence de l'arrêt *Ocréal* en affirmant que l'impartialité de l'autorité environnementale constitue une garantie<sup>34</sup>. Elle n'a cependant pas encore été imitée par le Conseil d'État. Les non-dits de l'arrêt de 2011 sur la notion de garantie paraissent alors d'autant plus sévères « qu'il ne fait pas de doute » que l'impartialité de l'acte produit par une commission consultative – quelle qu'elle soit – est une garantie au sens de la jurisprudence *Danthony*<sup>35</sup>.

**455.** L'absence de référence à la notion de garantie n'est pas le propre du contentieux environnemental. Elle marque aussi le contrôle de la procédure précontractuelle, qui n'obéit pas toujours à la jurisprudence *Danthony*<sup>36</sup> – seul le contentieux des délibérations autorisant la signature du contrat pourrait donner lieu à l'application de cette jurisprudence, mais l'évaluation n'a jamais été invoquée dans ce contexte<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> C'est du moins l'affirmation avancée dans les conclusions sur cet arrêt, CE, 23 juill. 2012, *Association générale des producteurs de maïs*, req. n° 341726, rec. T. 703-715. Cette solution ne convainc pas tous les membres du Conseil d'État, v. X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », *AJDA*, 2013, p. 1735.

<sup>32</sup> CE, 9 janv. 2015, *Sté Anonyme Sita Ouest*, n° 378624, Inédit au recueil Lebon. V. A. CARPENTIER, « Double compétence "autorité environnementale" et "autorité décisionnaire" des préfets de région : la régularisation de la procédure devant le juge de l'autorisation environnementale À propos de l'avis CE, 27 sept. 2018, n° 420119 - Aperçu rapide », *JCP A*, n° 42, 22 oct. 2018, act. 794

<sup>33</sup> CAA de Paris, 13 fév. 2015, req. n° 13PA01681. V. R. FONTIER, « Les modalités d'évaluation des travailleurs handicapés pour leur accès sans concours à la fonction publique », *AJFP*, 2015, p. 342 et s.

<sup>34</sup> CAA de Douai, 4 oct. 2018, *Association Thiérache à Contrevant*, req. n° 16DA01098. V. A. CARPENTIER, « Double compétence « autorité environnementale » et « autorité décisionnaire » des préfets de région... », *loc. cit.*, act. 794.

<sup>35</sup> V. R. DECOUT- PAOLINI, concl. sur CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, Rec. p. 240

<sup>36</sup> C'est la jurisprudence *Département de Tarn et Garonne* qui s'applique depuis 2014 et qui remplace la jurisprudence *Martin*, complétée par l'arrêt du 21 février 2011, *Société Ophrys*, req. n° 337349, Rec. p. 54, qui laissait au juge une large de manœuvre pour décider des conséquences à tirer d'une irrégularité frappant la procédure de passation du contrat.

<sup>37</sup> CAA de Paris, 3 avril 2014, req. n° 13PA02769.

En réalité, parmi les évaluations destinées à l'administration, la référence à la notion de garantie n'est fréquente qu'en droit de la santé. La jurisprudence *Danthony* a en effet été appliquée explicitement à l'AFSSA<sup>38</sup> et aux Conseils de l'hospitalisation<sup>39</sup>, et il semble qu'elle ait été implicitement appliquée à la Commission de la transparence à une occasion au moins, puisqu'en 2012 le Conseil d'État a qualifié de garantie le principe d'impartialité des experts<sup>40</sup>. Cette occurrence signifie peut-être que le juge français, à l'instar de son homologue européen, considère que tout vice affectant la légalité externe de l'avis porte sur une garantie (une formalité substantielle en droit européen<sup>41</sup>) et entraîne automatiquement l'illégalité de la décision finale. La jurisprudence n'est toutefois pas suffisamment développée pour répondre à cette question et pour affirmer que le contrôle indirect des évaluations sanitaires a une dimension non conséquentialiste.

**456.** L'inadaptation de la jurisprudence *Danthony* aux évaluations est encore renforcée par l'intensité très restreinte du contrôle exercé par le juge : il se limite aux sanctions des altérations substantielles de l'information fournie par l'évaluation<sup>42</sup>. Ce contrôle est trop lâche. Sa mise en œuvre est compréhensible quand le critère déterminant l'annulation est l'influence de l'erreur sur le sens de la décision finale, étant donné que « le sens de la décision administrative ou plutôt l'élaboration du sens de la décision reste un processus mystérieux, pour ne pas dire intime, au décisionnaire »<sup>43</sup> et qu'il est seulement possible de censurer les altérations palpables de ce processus. En revanche, il est bien plus aisé de définir les éléments d'information pertinents à fournir à une personne et d'identifier leur altération, ce qui justifierait la mise en œuvre d'un contrôle plus intense sur ce point.

Pourtant, dans les rares cas où l'information du public est retenue comme cause d'annulation, seuls les défauts les plus graves sont relevés et sanctionnés. À cet égard, l'arrêt du Tribunal administratif de Paris sur l'étude d'impact réalisée pour la fermeture des voies sur berge de la rive droite de la capitale et qui retient le critère de l'information du public est éloquent. En effet, en l'espèce, l'étude était fondée sur des analyses de transit

---

<sup>38</sup> CE, 23 juill. 2012, *Association générale des producteurs de Maïs*, req. n° 341726, rec. T. p. 546-575.

<sup>39</sup> CE, 9 nov. 2016, *Société Bayer Health Care SAS*, req. n° 391307, Inédit au recueil Lebon. En l'espèce le Conseil d'État a considéré que l'organisation de la délibération du Conseil par échanges électroniques n'avait pas privé le requérant d'une garantie.

<sup>40</sup> CE, ord. 5 sept. 2012, *Therabel Lucien Pharma*, req. n° 361965, Inédit au recueil Lebon.

<sup>41</sup> TPICE, 26 nov. 2002, *Commission c. Artegoda*, T-74/00, v. J. PEIGNÉ, « Le contentieux des A.M.M., le juge communautaire et le principe de précaution », *LPA*, 2003, n° 137, p. 18-34.

<sup>42</sup> V. M.-B. LAHORGUE, « L'insuffisance qualitative du dossier d'étude d'impact », *AJDA*, 2012, n° 5, p. 275-280.

<sup>43</sup> C. MIALOT, « L'arrêt *Danthony* du point de vue du justiciable », *AJDA*, 2012, p. 1484-1491.

automobile deux fois inférieures à la réalité, elle prévoyait une vitesse moyenne irréaliste de 50 km/h dans les rues pour calculer la pollution de l'air après la fermeture des quais et la pollution future n'était pas calculée en fonction des zones de report : son niveau n'était calculé que pour un périmètre de 100 mètres autour du projet<sup>44</sup>. Le juge n'a donc pas pris de risque en sanctionnant ici une information particulièrement incomplète qui pourrait avoir une influence sur le sens de la décision finale.

Cette jurisprudence pose problème dans la mesure où elle amène le juge à traiter l'évaluation comme un banal avis-conseil : il ne met pas en valeur sa fonction informative, sa fonction de rationalisation des processus décisionnels publics. Il ne la protège pas. Il est dès lors regrettable que cette voie restrictive soit aussi la technique retenue par les juges pour contrôler par voie d'exception les consultations non administratives. Ces contrôles très peu sévères sont inadaptés à la normativité et à la nature des évaluations (B).

## **B. L'inadaptation du contrôle des vices de la procédure législative**

**457.** Devant le Conseil constitutionnel, le contrôle des vices de procédure est moins restreint que devant le juge administratif. Si les vices de procédure ne constituent vraisemblablement pas des « inconstitutionnalités légères »<sup>45</sup>, les juges de la rue Montpensier ne sont pas pour autant de rigoureux formalistes (1). Cette tolérance est visible dans le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois, quand la saisine excipe de l'inconstitutionnalité de l'évaluation : aucun défaut des études d'impact, aussi important soit-il, ne paraît susceptible de constituer un vice de procédure (2). Quant au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, il exclut, en principe, le contrôle des vices de procédure de la loi. L'étude d'impact des projets de loi ne serait invocable en QPC que dans le domaine du droit de l'environnement, en lien avec l'invocation du droit à l'information environnementale inscrit à l'article 7 de la Charte de l'environnement<sup>46</sup>, ou avec l'invocation du principe de précaution et de l'obligation d'évaluer qui l'accompagne à l'article 5 de la Charte de l'environnement<sup>47</sup> : elle constituerait alors une obligation de fond.

---

<sup>44</sup> TA de Paris, 21 fév. 2018, *Ville de Paris*, préc. Dans le même sens v. aussi TA de Cergy-Pontoise, 6 mars 2018, req. n° 1610910 et 1702621.

<sup>45</sup> F. BARQUE, « La sincérité des budgets et comptes publics », in O. LE BOT (dir.), *Sincérité et démocratie*, Larcier, 2011, p. 61-81

<sup>46</sup> J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2012, p. 414.

<sup>47</sup> V. *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §I, A, 1).

Ce second article n'est toutefois pas invocable avec certitude en QPC<sup>48</sup>. Les hypothèses de contrôle *a posteriori* de l'étude d'impact des projets de loi sont ainsi particulièrement limitées et hypothétiques, ce qui justifie leur exclusion ici.

1) Les sanctions aléatoires des vices de procédure affectant la phase parlementaire de la procédure législative

**458.** L'invocation des vices procéduraux et formels de l'évaluation a aussi peu de chance de prospérer devant le juge constitutionnel que devant le juge administratif. Pourtant, si les vices de forme sont délaissés – puisque la loi n'est pas encore valide quand elle est contrôlée<sup>49</sup>, le Conseil constitutionnel n'exerce pas à proprement parler de contrôle de forme – l'incompétence du législateur<sup>50</sup> et les vices de procédures motivent des censures régulières des lois contrôlées sur le fondement de l'article 61 de la Constitution<sup>51</sup>.

La jurisprudence du juge constitutionnel en matière de vices de procédure est difficile à synthétiser. Il mobilise parfois la distinction entre vices substantiels et non substantiels, dans la lignée de la jurisprudence administrative antérieure à l'arrêt *Danthony*<sup>52</sup>, mais il ne qualifie pas systématiquement les vices retenus<sup>53</sup>. En outre, depuis 2005, notamment en matière d'amendements et des droits de l'opposition<sup>54</sup>, il met en œuvre une jurisprudence plus conséquentialiste, à travers le contrôle de la clarté et de la sincérité des débats parlementaires<sup>55</sup> – cette notion a d'ailleurs été appliquée aux études d'impact des projets de loi contestées par voie d'exception<sup>56</sup>.

---

<sup>48</sup> A. ROBLLOT-TROIZIER, « Les clairs-obscur de l'invocabilité de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2015, p. 498.

<sup>49</sup> V. A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899-914.

<sup>50</sup> V. D. ROUSSEAU, *Contentieux constitutionnel*, p. 137.

<sup>51</sup> V. S. HUTIER, *Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel*, Institut universitaire Varennes, Vol. 125, 2016, p. 6.

<sup>52</sup> Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Avenir de l'École* : l'arrêt ne contient que la notion de sincérité. L'expression exacte « clarté et sincérité » des débats date de la décision n° 2005-526 DC du 13 oct. 2005

<sup>53</sup> Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-122 DC.

<sup>54</sup> L'expression est aussi devenue une norme de référence du contrôle des règlements des assemblées avec les décisions n° 2009-581 et 2009-582 DC du 25 juin 2009.

<sup>55</sup> Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Avenir de l'École*.

<sup>56</sup> Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

**459.** Cette expression a vraisemblablement été inspirée par le principe de sincérité budgétaire<sup>57</sup>, qui « se caractérise par l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre »<sup>58</sup>, par le principe de sincérité comptable (art. 47-2 de la Constitution) et par le principe de sincérité du scrutin<sup>59</sup>. Ce moyen assimilé à un vice de procédure<sup>60</sup> est, comme les autres vices de cette nature<sup>61</sup>, seulement vérifiable lors du contrôle *a priori*<sup>62</sup>. Cependant, contrairement à ses ascendants, le principe de sincérité et de clarté des débats souffre d'un certain flou<sup>63</sup>. Non seulement son fondement constitutionnel<sup>64</sup> et sa qualité (objectif, principe, exigence)<sup>65</sup> ne sont pas clairs, mais il est aussi difficile de savoir s'il pose une obligation de moyens ou de résultat<sup>66</sup>. Même la signification de la sincérité pose question. A. Héritier a tenté d'y remédier en proposant de définir la sincérité comme « un manque », une « non-affectation » qui « réfléchit la simplicité [...], le naturel » et « une affirmation », la « diffusion de la vérité »<sup>67</sup>. En fait, les auteurs s'accordent essentiellement sur l'objectif poursuivi par le principe de sincérité : la protection de la qualité du débat démocratique et la qualité des lois votées<sup>68</sup>. Le contrôle de ce principe profite ainsi, incidemment, aux autres juges, qui pourront se référer à des travaux parlementaires clairs pour interpréter les lois obscures<sup>69</sup>.

---

<sup>57</sup> Cons. const., 21 juin 1993, n° 93-320 DC, *Loi de finances rectificative pour 1993*, Rec. p. 146 ; Cons. const., 21 déc. 1999, n° 99-422 DC, , *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, Rec. p. 143 et Cons. const., n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, Rec. p. 99, cons 60. Il a depuis été consacré comme principe à valeur constitutionnelle, Cons. const., 13 juillet 2006, n° 2006-538 DC, *Loi portant règlement définitif du budget de 2005*, Rec. p. 73.

<sup>58</sup> Article 32 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.

<sup>59</sup> Cons. const., 12 fév. 1963, n° 62-293 DC, *Élections de l'Aube*.

<sup>60</sup> Il a été qualifié de vice de procédure par le Conseil constitutionnel, Cons. const., Tables analytiques des décisions du Conseil constitutionnel, 14 janvier 2010, p. 35.

<sup>61</sup> Cons. const., 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC, M. Alain C. et autres, Rec. p. 156.

<sup>62</sup> Cons. const., 28 fév. 2014, n° 2013-370 QPC, M. Marc S. et autres.

<sup>63</sup> G. LEBRETON, « La sincérité des débats parlementaires », in O. LE BOT (dir.), *Sincérité et démocratie*, Larcier, 2011, p. 169-182.

<sup>64</sup> Le Conseil constitutionnel se réfère alternativement aux articles 3 et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, aux articles 34, 39, 40, 41, 44, 45, 47 et 47-1 de la Constitution ou à une partie seulement de ces articles.

<sup>65</sup> V. B. BRUNESSEN, « L'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire... », *loc. cit.*, p. 436 et T. DUBUT, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des « exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2009, n° 80, p. 749-764.

<sup>66</sup> Chron. E. BESSON, *RFDC*, 2006, n° 66, p. 338-348.

<sup>67</sup> A. HÉRITIER, « Le droit et la sincérité – À la recherche d'un coupe ignoré », in O. LE BOT (dir.), *Sincérité et démocratie*, Larcier, 2011, p. 21-44.

<sup>68</sup> V. B. BRUNESSEN, « L'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Étude sur un concept régulateur de la procédure législative sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1<sup>er</sup> mars 2011, n° 2, p. 431 et s, et S. DE CACQUERAY, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la carté et à la sincérité des débats parlementaires », in S. DE CACQUERAY, M. FATIN-ROUGE STEFANINI et autres, *Sincérité et démocratie*, PUAM, 2011, p. 179-206.

<sup>69</sup> V. M.-A. GRANGER, « La rénovation du droit d'amendement », *RFDC*, 2008, p. 585-599.

**460.** Son application aux études d'impact n'était pas évidente. En effet, le contrôle de la sincérité et de la clarté des débats *parlementaires* résume la procédure législative à sa phase parlementaire ; la phase gouvernementale qui précède la procédure législative publique, en est exclue<sup>70</sup>. Or l'étude d'impact des projets de loi relève entièrement de la procédure gouvernementale : elle est finie et non modifiable quand s'ouvrent les débats parlementaires. Elle a néanmoins très rapidement été soumise à l'exigence de clarté et de sincérité des débats parlementaires<sup>71</sup>. Cette solution paraît cohérente étant donné que l'étude d'impact est censée être le point de départ de ces débats et qu'elle peut donc, en conséquence, les fausser. L'origine gouvernementale de l'évaluation a toutefois rejailli, semble-t-il, sur le contrôle du Conseil constitutionnel qui a soumis la contestation indirecte des études d'impact des projets de loi à une procédure préalable : il faut que la Conférence des présidents compétente ait été saisie en amont afin de bloquer le projet de loi pour que sa contestation soit recevable au titre de l'article 61<sup>72</sup>. En d'autres termes, l'étude d'impact des projets de loi doit être devenue un enjeu de la procédure parlementaire à proprement parler pour vicier cette procédure, ce qui paraît cohérent.

**461.** En tout état de cause, d'après S. Hutier, le juge constitutionnel aurait signifié dès 2009 qu'il considérait l'étude d'impact comme un vice non substantiel, ayant peu de chances de justifier une annulation, en précisant que le contrôle de cet acte se ferait au regard des « exigences de la continuité de la vie de la Nation »<sup>73</sup>. Il est vrai que cette formule, déjà utilisée à propos du contrôle de la procédure des lois de finances<sup>74</sup>, laisse penser que le juge accordera une importance réduite aux vices de procédure visés, qui ne motiveraient une censure qu'en cas d'atteinte grave aux principes posés. Cette analyse n'a pas été démentie par la pratique du Conseil, qui fait preuve d'une tolérance extrême envers les études d'impact, dont les défauts sont pourtant flagrants (2).

---

<sup>70</sup> V. B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 112 et s.

<sup>71</sup> Cons. const., 9 déc. 2010, n° 2010-618 DC, *Loi de réforme des collectivités territoriales (loi RCT)*.

<sup>72</sup> Cons. const., 13 août 2015, n° 2015-518 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*.

<sup>73</sup> Cons. const., 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*. V. S. HUTIER, « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, 2015/1, n° 101, p. 73-86.

<sup>74</sup> Cons. const., 25 juill. 2001, n° 2001-448 DC, *Loi organique relative aux lois de finances*. « une éventuelle méconnaissance de ces procédures ne saurait faire obstacle à la mise en discussion d'un projet de loi de finances ; (...) la conformité de la loi de finances à la Constitution serait alors appréciée au regard tant des exigences de la continuité de la vie nationale que de l'impératif de sincérité qui s'attache à l'examen des lois de finances pendant toute la durée de celui-ci ».

2) La sanction improbable des vices de procédure affectant la phase gouvernementale de la procédure législative

**462.** Le juge constitutionnel ne contrôlait avant l'avènement de l'étude d'impact que deux catégories de vices de procédure affectant la phase gouvernementale de la procédure législative. Il ne contrôlait que l'existence des consultations imposées au gouvernement<sup>75</sup> et la réalité de la délibération du projet de loi en conseil des ministres avant sa soumission au Parlement<sup>76</sup>. La mise en œuvre des études d'impact l'a conduit à élargir son contrôle en conférant à l'exigence de sincérité et de clarté des débats parlementaires un champ renouvelé. Désormais, celle-ci inclut des éléments issus de la phase gouvernementale de la procédure parlementaire. Cet élargissement n'a cependant eu aucun effet sur le succès des moyens visant l'étude d'impact des projets de loi. Pis, il a renforcé la tolérance juridictionnelle envers leurs défauts : non seulement le juge considère que l'absence d'évaluation préalable à des projets de loi de finances n'empêche pas la discussion parlementaire<sup>77</sup>, mais il estime aussi que des informations récoltées au cours de la procédure parlementaire peuvent compenser des informations manquant à l'ouverture de la discussion – des auditions peuvent à ce titre être menées pour compléter une étude d'impact<sup>78</sup>.

Cette seconde jurisprudence révèle les difficultés du juge à contrôler l'étude d'impact. Celui-ci n'a en effet pas estimé incohérent, dans la même décision, d'affirmer la conformité de l'étude d'impact aux dispositions de la loi organique avant de mettre en avant des auditions réalisées postérieurement à cette étude pour étayer la suffisance des informations finalement fournies au Parlement. D'ailleurs, dans la décision en cause, l'insuffisance de l'étude d'impact du projet de loi relatif à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe ne pouvait qu'être constatée. Dans l'expertise, la présentation des impacts diplomatiques du projet de loi se limite à l'énumération des lois étrangères susceptibles d'entrer en conflit avec la loi française, sans aucune analyse, mais, surtout, l'étude s'illustre par l'absence d'analyse des impacts sociaux de la loi qui était pourtant

---

<sup>75</sup> Pour le contrôle d'une consultation du CESE, v. Cons. const. 21 avril 2005, n° 2005- 512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*.

<sup>76</sup> Cons. const., 12 septembre 1984, n° 84- 179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*.

<sup>77</sup> Cons. const., 28 juillet 2011, n° 2011-638 DC, *Loi de finances rectificative pour 2011*.

<sup>78</sup> Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

qualifiée de « loi sociale »<sup>79</sup> et de « sujet de société »<sup>80</sup>. Le mouvement de refus des maires de célébrer des mariages homosexuels n'est notamment pas envisagé et n'est donc pas traité d'un point de vue sociologique ou juridique. Or, la solution qu'a trouvée le Conseil constitutionnel pour éviter la censure – la possibilité que le juge a donnée au Parlement de combler lui-même les lacunes de l'étude – pose problème. En effet, l'objectivité de l'évaluation est nécessairement méconnue si un acteur intéressé au processus décisionnel, en l'occurrence le décideur, prend l'initiative de compléter les données récoltées par l'évaluateur et, éventuellement, de modifier le résultat de l'évaluation.

**463.** Cette tolérance juridictionnelle fait écho à la bienveillance des tribunaux judiciaires et administratifs à propos de l'autre catégorie de consultations non administratives : les expertises judiciaires. En effet, les juges tirent rarement des conséquences des irrégularités affectant ces expertises et ils n'hésitent pas à fonder leurs jugements sur des rapports irréguliers. Pour annuler et écarter un rapport irrégulier, le juge judiciaire exige ainsi du requérant la rigoureuse démonstration d'un grief causé par l'irrégularité frappant l'expertise<sup>81</sup>, ce qui est rarement réalisé<sup>82</sup>. Quant au juge administratif, il n'hésite pas non plus à se fonder essentiellement – mais non exclusivement – sur une expertise irrégulière : les expertises entachées d'une irrégularité non substantielle sont systématiquement utilisées et, si, en principe, une expertise frappée d'une irrégularité substantielle est nulle<sup>83</sup> et inutilisable pour le juge, des exceptions à cette règle peuvent être observées en jurisprudence<sup>84</sup>. Un arrêt de la Cour administrative de Marseille est particulièrement éloquent en la matière : « considérant que (...) *l'expert a omis de relever* que la société Missenard Quint Entreprise, devenue Cegelec Paris, avait paralysé la cellule de synthèse par sa carence à communiquer des plans aboutis au prétexte qu'il appartenait à la maîtrise d'œuvre de compléter les siens ; que *ces erreurs de l'expert* l'ont conduit à imputer à la

---

<sup>79</sup> Question « sociale » ou « sociétale » comme le montrent la presse de l'époque, v. « Mobilisation historique contre le mariage pour tous », *Le Figaro*, 13 janv. 2013 ; « Le mariage gay divise les syndicats », *L'express*, 26 janv. 2013 ; « Mariage homosexuel : le progrès social façon Meilleur des Mondes », *Atlantico*, 8 fév. 2013.

<sup>80</sup> Commentaire autorité de la décision Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, disponible sur l'Internet, p. 19.

<sup>81</sup> Article 175 du code de procédure civile.

<sup>82</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ? », *JCP G*, n° 46, 2012, p. 1200.

<sup>83</sup> À savoir l'incapacité absolue de l'expert, l'absence d'exécution personnelle de l'expertise et l'absence de réponse nette aux questions posées par le juge peuvent notamment justifier l'annulation de l'expertise, v. J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 695.

<sup>84</sup> CE 17 juin 1988, *SIAE de l'Échandon*, req. n° 47737, Inédit au Recueil Lebon, cité par D. CHABANOL, « Expertise administrative », *loc.cit.*, §442.42.

maîtrise d'œuvre les deux tiers des dysfonctionnements du chantier ; *qu'il en résulte que l'expert s'est livré à une appréciation subjective (...) et contrairement à ce que soutient l'expert*, les études concernant la variante proposée par l'entreprise de gros œuvre et consistant en réalisation d'un second sous-sol à usage de parking n'étaient pas à la charge de la maîtrise d'œuvre (...) ; que, s'agissant du montant de la réparation à laquelle peut prétendre le centre hospitalier (...), *ainsi que le propose l'expert, la pénalité susceptible d'être mise à la charge du groupement ne saurait excéder*, toutes causes de préjudices confondues, la somme de 685 993 euros, dont 329 277 euros à la charge du bureau d'études »<sup>85</sup>. Malgré tous les torts imputables à l'expert, c'est bien sa solution qui fonde finalement le jugement.

Par ailleurs, le juge administratif considère comme le juge constitutionnel que des irrégularités consultatives peuvent être compensées dans la phase procédurale suivant la phase de l'expertise. Toutefois, contrairement à ce qu'autorise le Conseil constitutionnel, ce n'est pas le fond de l'expertise que le juge administratif accepte de combler, mais ses défauts procéduraux, notamment le défaut de contradictoire. Le juge considère à cet égard que la contradiction organisée après la formulation de l'expertise peut compenser le défaut de contradiction la précédant<sup>86</sup>. Cette compensation est toutefois aussi problématique que la précédente. En effet, contrairement au contradictoire préalable à l'expertise, la seconde phase de la procédure, devant le juge, ne peut pas affecter le résultat de l'expertise, déjà rédigée. Or, celle-ci a une influence déterminante sur la décision juridictionnelle. D'ailleurs, ce type de compensation procédurale a été condamné au nom du droit à un procès équitable par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>87</sup>. La tolérance du juge administratif à propos de la procédure des expertises est donc aussi peu acceptable que la compensation matérielle autorisée par le Conseil constitutionnel. Toutes deux méconnaissent la normativité particulière dont jouissent les expertises en raison de leur scientificité et l'importance de la diffusion d'une information fiable et de bonnes pratiques d'expertise.

**464.** La jurisprudence constitutionnelle relative aux suites à donner à une étude d'impact irrégulière est ainsi particulièrement laxiste. Le juge constitutionnel ne protège ni la rationalisation des décisions publiques par l'évaluation ni les décisions publiques contre

---

<sup>85</sup> CAA de Versailles, 8 juill. 2010, req. n° 07VE01888. Nous soulignons.

<sup>86</sup> CE, 1<sup>er</sup> juill. 1991, *Antunes c. Cne de Decazeville*, *Gaz. Pal.*, 8-9 avril 1992, p. 41.

<sup>87</sup> CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, n°21497/93.

cette rationalisation. Il n'incite pas le gouvernement à fournir au Parlement et au public les informations nécessaires à une compréhension contextualisée du projet de loi. Certes, l'étude d'impact peut être dépassée au cours de la discussion parlementaire, faute d'actualisation au gré des amendements votés, mais il importe que la discussion parlementaire et la consultation des internautes s'ouvrent sur des données sincères et claires, c'est-à-dire des données suffisantes et pertinentes. Pour que la nature de l'évaluation soit respectée, un contrôle toujours conséquentialiste, mais plus strict mériterait d'être mis en œuvre, par tous les juges. À cet effet, la notion de garantie pourrait être réintroduite dans la jurisprudence et la notion « d'information pertinente du décideur et du public » pourrait être préférée aux différentes formulations essayées par la jurisprudence (§II).

## **§II. La nécessité d'un contrôle particulier des vices de procédure de l'évaluation**

**465.** Le contrôle par voie d'exception de l'évaluation ne canaliserait la rationalisation des décisions publiques que s'il respecte les spécificités de cette expertise. À cet égard, il importe que l'annulation des décisions préparées par une évaluation irrégulière dépende de l'altération de l'information apportée par l'évaluation au décideur et aux tiers, c'est-à-dire au public, qui est aussi intéressé par le contenu de l'évaluation. L'altération de l'information évaluative peut résulter d'un vice de procédure ou de forme de l'évaluation, qui prive le décideur et le public de la garantie de l'objectivité de l'acte, ou d'une erreur de fond, qui affecte sa fiabilité et l'empêche de fournir une « information pertinente », selon l'expression consacrée par l'ordonnance de 2016 relative à l'information et la participation du public<sup>88</sup>.

Le contrôle indirect des évaluations irrégulières pourrait répliquer cette dichotomie, sur le modèle de la jurisprudence *Danthony*. Sans révolutionner ses méthodes, le juge administratif sanctionnerait les irrégularités de l'évaluation quand elles ont privé les personnes intéressées d'une garantie ou quand elles ont altéré les informations pertinentes attendues dans l'évaluation (A). Devant le juge constitutionnel, une translation du principe de sincérité aux documents gouvernementaux aurait les mêmes effets bénéfiques (B).

---

<sup>88</sup> Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

## A. Restructurer le contrôle indirect des irrégularités évaluatives

**466.** Les notions d'information et de garantie qui devraient guider le contrôle indirect de l'évaluation sont présentes dans la jurisprudence administrative depuis 2011. Adapter le contrôle des vices de procédure à l'évaluation et à la rationalisation des décisions publiques ne demanderait donc pas au juge administratif une forte créativité, mais plutôt un effort d'agencement et de reformulation de sa jurisprudence (1). Cet effort serait d'autant plus modéré que le contrôle indirect de l'évaluation ne dérogerait pas aux standards habituels de l'office du juge. En effet, avec la notion d'information pertinente, il ne s'agit pas d'exiger l'information optimale, mais toujours d'assurer l'information minimale du public et des décideurs par l'évaluation (2).

1) L'effort de réagencement de la jurisprudence *Danthony*

**467.** Pour éviter que la rationalisation des décisions publiques par l'évaluation biaise les processus décisionnels, il importe que le juge administratif empêche le décideur de se fonder sur une expertise non objective ou erronée. Alors que le contrôle mis en œuvre à ce jour est essentiellement conséquentialiste, l'évolution jurisprudentielle consisterait à mettre au premier plan les garanties que la procédure évaluative offre aux personnes intéressées, c'est-à-dire au public et au décideur. En effet, il faut accorder une place particulière aux vices de procédure évaluatifs. Chacun d'entre eux assure qu'un acte présenté comme objectif et scientifique, ce qui lui confère une forte normativité, n'est pas en réalité un simple jugement de valeur subjectif. Dès lors, il serait possible de considérer que tous les principes de procédure et de forme vus précédemment, de l'impartialité à la motivation, constituent des garanties dont la privation pourrait entraîner l'annulation de la décision finale lors d'un contrôle indirect de l'évaluation, éventuellement sous condition de régularisation.

Il serait possible de compléter cette première phase du contrôle par un second examen centré sur la notion d'information, *a priori* incontournable pour contrôler un avis informatif. Cette notion est pourtant peu présente dans le contentieux évaluatif par voie d'exception<sup>89</sup>. Elle est d'abord absente du contentieux évaluatif sanitaire en raison de la

---

<sup>89</sup> Le contentieux des évaluations individuelles des fonctionnaires qui prend essentiellement la forme d'un contrôle par voie d'action, ne sera donc pas évoqué ici.

spécificité des techniques contentieuses mises en œuvre par le juge administratif. Le contenu de l'évaluation sanitaire n'est en effet regardé par le juge que s'il a été repris par la décision finale, et alors le juge porte la focale de son contrôle sur la décision finale, ignorant l'individualité de l'avis. Dans ces conditions, il n'a pas besoin de la notion d'information du décideur ou des tiers. Il individualise le contrôle de l'avis seulement quand il doit vérifier que le ministre ne s'est pas cru lié par l'avis de la Commission<sup>90</sup>, et ce contrôle ne suppose pas non plus l'invocation de la notion d'information.

Le contentieux des évaluations préalables des contrats administratifs se passe aussi de cette notion. La notion d'information n'est pas inconnue dans ce domaine – c'est alors l'information des membres de l'assemblée délibérante de la collectivité publique en cause qui est prise en compte –, mais elle n'a jamais été invoquée à propos d'une évaluation. Elle est plutôt utilisée pour le contrôle des articles L. 1313-10 et D. 1414-1 du code général des collectivités territoriales qui prévoient que le projet de signature du contrat doit indiquer son coût prévisionnel global. Ces textes ont notamment été appliqués par le Conseil d'État en 2016 pour annuler l'autorisation de signer le contrat de partenariat ayant permis la construction du stade de Bordeaux<sup>91</sup>. En l'espèce, le coût prévisionnel indiqué dans les documents accompagnant le contrat avait omis d'indiquer l'existence d'une avance de 17 millions d'euros octroyée par la commune au cocontractant en prévision des impôts à payer – un manquement qui illustre une fois de plus le manque de sérieux affectant la préparation des contrats de partenariat. Le juge a considéré que l'information des membres de l'assemblée délibérante était insuffisante dans ces circonstances. Cette jurisprudence pourrait vraisemblablement être transposée à l'évaluation préalable, mais l'ordonnance de 2015 relative aux marchés publics et son décret d'application n'ont pas exigé de contrôle plus strict ou plus spécifique de cet acte par les organes de décision compétents.

**468.** Il n'y a qu'un seul contentieux indirect de l'évaluation qui se réfère à l'information du destinataire de l'acte préparatoire : le contentieux des études d'impact et des évaluations environnementales<sup>92</sup>. Cette application est vraisemblablement due à l'insertion d'études d'impact dans des procédures d'enquêtes publiques, dont le contrôle indirect était déjà en partie fondé sur la notion d'information. Dans ce contentieux très instructif, non dépourvu

---

<sup>90</sup> CE, 13 nov. 2013, *Société Novartis Pharma SAS*, req. n° 344490, Rec. T. 410-851.

<sup>91</sup> CE, 11 mai 2016, *M. Rouveyre*, req. n° 383768, 383769, Rec. p. 173.

<sup>92</sup> CE, 14 oct. 2011, *Société Ocréal*, req. n° 323257, Rec. T. p. 966.

de lien avec le droit constitutionnel à l'information environnementale<sup>93</sup>, la notion d'information est implicitement<sup>94</sup> ou explicitement associée à la notion de garantie issue de la jurisprudence *Danthony*<sup>95</sup>. À cet égard, le juge a estimé qu'un vice de forme de l'acte préparatoire, l'insuffisance de la motivation du commissaire-enquêteur, constituait la privation d'une garantie<sup>96</sup>. Ce type de solution est particulièrement intéressant pour penser un contrôle des garanties offertes par la procédure évaluative. En effet, compte tenu de la proximité des règles considérées comme des garanties en matière d'enquête publique avec certains des principes de l'évaluation, il suffirait de prolonger la jurisprudence actuelle pour qualifier de garanties dont la privation justifie automatiquement l'annulation de la décision finale les vices de procédure et de forme attachés à l'évaluation.

L'intérêt du contentieux des enquêtes publiques ne s'épuise cependant pas dans cette notion de garantie. Il réside aussi dans le contrôle de l'information fournie pendant l'enquête publique. À cet égard, le juge administratif s'avère plus protecteur quand l'information est destinée à un public composé prioritairement d'administrés, considérés comme étant plus ignorants que les décideurs<sup>97</sup>, à qui sont adressés la plupart des avis, notamment les évaluations. Ainsi, pour le Conseil d'État, « la méconnaissance des formalités de publicité de l'ouverture de l'enquête publique n'est de nature à vicier la procédure et donc à entraîner l'illégalité de la décision prise à l'issue de l'enquête publique que *si elle a pu avoir pour effet de nuire à l'information de l'ensemble des personnes intéressées par l'opération* »<sup>98</sup>. Le juge évoque aussi l'éventuelle privation de la « bonne information de l'ensemble des personnes intéressées par l'opération », qui semble alors remplacer la branche du considérant de *Danthony* relative à la privation de garanties<sup>99</sup>. Ces formules se distinguent de « l'information complète du public », évoquée en matière

---

<sup>93</sup> Article 7 de la Charte de l'Environnement.

<sup>94</sup> Mais pas systématiquement, v. CE, 3 juin 2013, *Commun de Noisy-Le-Grand*, req. n° 345174, Rec. T. p. 640 et CE, 25 sept. 2013, *Sté Carrière de Bayssan c/ Dpt de l'Hérault, Conseil général de l'Hérault*, req. n° 359756, rec. T. 712, chron. J.-C. HÉLIN et R. HOSTIOU, « Enquêtes publiques (1<sup>ère</sup> partie) », *RJE*, 2014, Vol. 39, n° 1, p. 145-164 et note S. DEFIX, « La méconnaissance des règles de l'enquête publique n'implique pas nécessairement l'illégalité de l'autorisation d'exploiter », *AJCT*, 2014, p. 57 et s. Cependant, dans ces jurisprudences, l'idée de garantie point derrière la notion d'information de l'ensemble des personnes intéressées par l'opération, qui est analysée à travers le critère de la « privation », comme les garanties, contrairement à ce qui est pratiqué en matière évaluative.

<sup>95</sup> Cette jurisprudence a été appliquée pour la première fois en 2013 à ces enquêtes, cf. CAA de Marseille, 28 fév. 2013, *Société d'équipement du biterrois et de son littoral (SEBLI) c/ SCI grand garage*, req. n° 09MA00717.

<sup>96</sup> CAA de Bordeaux, 10 juill. 2014, *GIE Lot-et-Garonne Enrobés*, req. n° 12BX02495 et CAA de Douai, 9 avr. 2014, *Sté MSE Le moulin de Sehen*, req. n° 12DA01458.

<sup>97</sup> V. M. MORISOT, concl. sur CE, Ass., 29 juin 1973, *Sieur Roux et autres*, Rec. p. 447-457.

<sup>98</sup> CE, 3 juin 2013, *Commun de Noisy-Le-Grand*, req. n° 345174, Rec. T. p. 640. Nous soulignons.

<sup>99</sup> CE, 25 sept. 2013, *Sté Carrière de Bayssan c/ Dpt de l'Hérault, Conseil général de l'Hérault*, req. n° 359756, rec. T. 712.

évaluative – et exceptionnellement en matière d’enquêtes publiques<sup>100</sup>, lorsque le défaut provient de l’étude d’impact<sup>101</sup> – et qui est en pratique confondue avec l’influence du vice relevé sur le sens de la décision finale<sup>102</sup>. Non seulement la référence aux personnes intéressées semble comprendre le décideur, qui ne fait pas partie des personnes susceptibles d’être lésées par l’incomplétude de l’information des études d’impact environnemental<sup>103</sup>, alors qu’il en est le premier destinataire, mais l’aspect quantitatif de la notion de « complétude de l’information » semble aussi dépassé au profit d’une appréciation plus qualitative et indépendante de l’influence du manquement sur le sens de la décision finale. La référence à « l’information » seule ou à la « bonne information » peut plus facilement justifier des annulations fondées sur le manque de pertinence et de justesse de l’information, ce qui correspondrait davantage à la nature informative et à la normativité de l’évaluation. Cette voie semble d’autant plus intéressante que l’atteinte à cette information semble être analysée comme la privation d’une garantie, dont la sanction est indépendante de son influence sur le sens de la décision finale. Cette jurisprudence adaptée aux avis informatifs pourrait ainsi être transposée en contentieux évaluatif, en lieu et place de la mention de la complétude de l’information. De manière plus audacieuse, le juge pourrait même consacrer la notion d’« information pertinente » des personnes intéressées. Ce glissement est permis par les textes relatifs à l’étude d’impact qui prévoient la notion

---

<sup>100</sup> CAA de Marseille, 12 mai 2016, *Commune de Saint André d’Embrun*, req. n° 15MA01005 ; CE, 12 oct. 2016, *M. Kerwer*, req. n° 387308 et CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, req. n° 387475, Rec. p. 144. V. P. BON, Note sous CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, n° 387475, *RFDA*, 2016, p. 519 et s. Selon cet auteur cet arrêt marque la transposition de la jurisprudence *Danthony* aux enquêtes publiques.

<sup>101</sup> CE, 27 févr. 2015, *Min. de l’Intérieur et communauté urbaine de Lyon*, req. n° 382502, Rec. T. 537-714.

<sup>102</sup> V. par exemple, TA de Paris 21 fév. 2018, *Ville de Paris*, req. n°s 1619463, 1620386, 1620420, 1620619, 1622047/4-2. Les manquements relevés sont si importants qu’ils relèvent, en même temps, des catégories de vices susceptibles d’avoir eu une influence sur le sens de la décision finale. Dans la première affaire, la dangerosité d’effluents produits par une usine avaient été omis de l’étude d’impact et les effets de son implantation sur les terres agricoles voisines n’avaient pas été étudiés. Dans la seconde affaire, une zone excessivement réduite avait été retenue pour l’étude d’évolution de la pollution et des conditions irréalistes (une moyenne de 50 km/h pour les véhicules dans Paris) avait été retenue. Les incomplétudes de l’information u public qui ne modifient pas le sens de l’enquête et qui n’ont donc pas pu avoir d’influence sur le sens de la décision finale ne sont pas sanctionnées, v. CAA de Bordeaux, 21 juill. 2015, req. n° 14BX03454, Inédit au recueil Lebon. Des marges d’approximation jugées non excessives quant aux prévisions de fréquentation du tram C de Bordeaux après son extension et des erreurs quant au coût d’exploitation (du simple au double) ont tout de même permis une information suffisante du public.

<sup>103</sup> CE, 14 oct. 2011, *Société Ocréal*, Rec. T. p. 966 : « Considérant, en premier lieu, que les inexactitudes, omissions ou insuffisances d’une étude d’impact ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d’entraîner l’illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir *pour effet de nuire à l’information complète de la population* ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l’autorité administrative ».

de « bonne information » à côté de « l'information complète » du public<sup>104</sup>. L'expression est déjà utilisée de manière récurrente dans des arrêts relatifs à des enquêtes publiques<sup>105</sup>.

**469.** Cependant, ces changements sémantiques n'affecteraient pas la faible intensité qui caractérise le contrôle des enquêtes publiques et à cause de laquelle c'est, finalement, encore l'influence quasi certaine du vice sur le sens de la décision préparée (la décision du commissaire enquêteur) qui est effectivement sanctionnée derrière la notion d'information pertinente. D'ailleurs dans certains arrêts, ce n'est pas un « ou » qui relie l'hypothèse de l'information et de l'influence sur la décision finale, mais un « et »<sup>106</sup>.

Or, compte tenu de la nature informative de l'évaluation, il importe de sanctionner les erreurs qui ont privé le public et le décideur d'informations pertinentes (insuffisance, méthode incorrecte, appréciation incorrecte) indépendamment de l'influence que l'information a pu avoir sur la décision finale. L'évaluation n'a pas été définie comme une obligation de fond par les pouvoirs réglementaire et législatif. En conséquence, bien que sa visée ultime en tant qu'outil de légistique matérielle soit de modifier le contenu des décisions publiques, il paraît cohérent de dissocier le contrôle indirect de l'évaluation de l'influence qu'elle a pu avoir sur la décision finale. L'annulation d'une décision fondée sur une procédure évaluative irrégulière devrait d'abord signifier que la décision publique n'a pas été prise sur le fondement des informations objectives et fiables nécessaires pour comprendre le contexte de son adoption. Le critère conséquentialiste de l'influence du vice sur le sens de la décision finale n'aurait finalement qu'un rôle subsidiaire, celui de souligner l'importance de l'information manquante. Ce resserrement de jurisprudence serait d'autant plus facile à mettre en œuvre qu'il ne bouleverserait en rien les standards jurisprudentiels traditionnels du droit administratif. Il n'imposerait pas une information maximale, mais une information minimale du décideur et du public : l'information pertinente (2).

---

<sup>104</sup> Notamment les articles L. 123-13 et R. 123-14 du code de l'environnement.

<sup>105</sup> CAA de Marseille, 7 juill. 2015, *Syndicat viticole AOC Languedoc et autres*, req. n° 12MA04547 ; CAA de Marseille, 7 juill. 2015, *M. C... A... C/ Commune de Leucate*, req. n° 13MA04863, v. Chron. J.-C. HELIN et R. HOSTIOU, « Enquêtes publiques (1<sup>ère</sup> partie) », *RJE*, 2016, Vol. 41, n° 1, p. 162-169.

<sup>106</sup> CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, n° 387475, Rec. p. 144.

2) L'exigence renouvelée d'une information minimale des autorités administratives :  
l'information pertinente

**470.** L'exigence d'une information pertinente des personnes intéressées par l'évaluation correspond à l'exigence d'une information complète *et* appropriée du public et du décideur. En d'autres termes, en plus d'être suffisante, l'évaluation doit reposer sur une méthode appropriée et formuler un jugement de valeur non erroné. En dépit des apparences, cette adjonction ne revient pas à exiger une information maximale du décideur et du public : c'est toujours une information minimale qui est requise, ce qui correspond aux standards mis en œuvre par le juge administratif quand il contrôle les choix publics. En effet, en principe, le juge administratif ne demande pas à l'administration d'opter pour la solution optimale : lorsqu'il contrôle la légalité des déclarations d'utilité publique et exerce son contrôle du bilan, il ne vérifie pas que le meilleur tracé a été choisi parmi les tracés possibles<sup>107</sup> ; en matière de sanction disciplinaire, il ne vérifie pas non plus que la sanction adoptée est la plus adaptée<sup>108</sup>. Plus généralement, il répugne, en dehors du domaine de la police administrative, à mettre en œuvre un contrôle de la nécessité de la mesure, c'est-à-dire qu'il ne vérifie pas si l'administration a pris la décision la moins restrictive pour atteindre l'objectif donné<sup>109</sup>. Ainsi, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs, le contrôle des choix de l'administration ne revient pas à lui imposer de prendre la meilleure décision possible<sup>110</sup>.

**471.** Le contrôle de l'information pertinente ne renverserait pas cette ligne jurisprudentielle. Dans cette démarche, ce n'est pas l'adoption d'une décision optimale qui est implicitement demandée, mais le respect de la procédure décisionnelle. Comme l'a écrit C. Noiville, « ce ne sont plus les résultats certifiés de l'activité scientifique qui vont importer pour la décision, mais bien tout le processus de recherche et de constitution des connaissances »<sup>111</sup>. C'est ce processus plutôt que le contenu de la décision finale que

---

<sup>107</sup> Il ne le fait qu'exceptionnellement, v. I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : le bilan coûts-avantages*, Thèse Université de Poitiers, 1995, p. 169.

<sup>108</sup> L'arrêt *Dahan* instaure un contrôle de la disproportion non manifeste mais n'impose pas de contrôle de la nécessité, v. CE, Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan*, Rec. p. 279 ; concl. R. KELLER, *RFDA*, 2013, p. 1175-1185.

<sup>109</sup> Ce contrôle n'est exercé qu'en matière de police administrative sur le fondement de la jurisprudence *Benjamin*, CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin*, Rec. p. 541.

<sup>110</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre II, Section 2, §I.

<sup>111</sup> C. NOIVILLE, *Les régimes juridiques des ressources génétiques marines : contributions à la notion d'intégration des objectifs écologiques aux objectifs économiques*, thèse Dijon, 1996, p. 269, cité par

viendrait protéger le contrôle de l'information pertinente des personnes intéressées par la procédure. À ce titre, une décision serait annulée quand la procédure évaluative qui l'a précédée n'apporte pas de garantie d'objectivité ou quand elle ne contient pas toutes les informations pertinentes pour comprendre le contexte de la prise de décision. Peu importe qu'en l'espèce ces éléments appuient le sens de la décision finale ou le contrarient : dans les deux cas, il s'agit d'un élément pertinent d'information qui sert au public et à l'administration pour comprendre les circonstances de la prise de décision et sa justification.

Ce critère serait le premier motif d'annulation des décisions préparées par une évaluation défectueuse. Le critère de l'influence sur le sens de la décision finale deviendrait subsidiaire et complémentaire : son utilisation soulignerait, le cas échéant, la nécessité de refaire entièrement l'évaluation pour reprendre une décision. Cette obligation de réfection totale pourrait aussi exister quand un vice affectant la procédure de l'évaluation – comme sa partialité – justifie l'annulation de la décision. Le juge a au demeurant déjà prononcé ce type d'injonction<sup>112</sup>. À l'inverse, les vices affectant le contenu de l'évaluation ne justifieraient pas un recommencement de la procédure évaluative, mais une simple remise à niveau de l'évaluation, ce qui se traduirait par une injonction de reformuler le jugement de valeur en intégrant les éléments manquants – ce qu'avait fait le juge européen en 2006<sup>113</sup>.

Ainsi, exiger une information minimale du décideur par l'évaluation interdirait à l'administration de reprendre une décision annulée pour insuffisance de l'évaluation sans que l'évaluation soit refaite en tout ou partie<sup>114</sup>, mais elle n'exigerait pas du décideur qu'il prenne la meilleure décision possible. Au contraire, ce contrôle pourrait même être analysé comme une forme de contrôle minimal en raison de l'avènement de la « démocratie d'information » qui succéderait, selon R. Badinter, à la « démocratie d'opinion ». Dans ce nouveau cadre d'analyse, « l'accès à l'information conditionne l'égalité des droits et la liberté des choix et des opinions de chacun »<sup>115</sup>. L'intérêt général impliquerait alors un contrôle strict des informations fournies au public. Ce contrôle serait aussi une réponse au

---

K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, thèse Nantes, 2000, p. 59.

<sup>112</sup> Avis CE, 27 sept. 2018, n° 420119, à paraître au Recueil. A. CARPENTIER, « Double compétence "autorité environnementale" et "autorité décisionnaire"... », *loc. cit.*, act. 794.

<sup>113</sup> CJCE, 7 sept. 2006, *Espagne c. Conseil*, aff. 310/04.

<sup>114</sup> V. K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire...*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>115</sup> R. BADINTER, « Introduction », in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Fayard-Publications de la Sorbonne, 2003, p. 14.

développement de la vigilance citoyenne théorisée par P. Rosanvallon. L'auteur observe en effet qu'avec l'évolution de la démocratie et la perte de confiance dans l'État, le contrôle social des dirigeants élus et non élus passe par plusieurs canaux non politiques, y compris par la mise en place d'évaluations<sup>116</sup>. Le contrôle de ces instruments de surveillance serait donc un prolongement cohérent. Censurer les décisions fondées sur des évaluations non pertinentes serait nécessaire pour assurer à la fois la modération du mouvement de rationalisation des décisions publiques et l'effectivité des nouvelles formes de surveillance non juridictionnelles de l'action publique.

**472.** Une objection importante peut toutefois être formulée à l'encontre de cette large intervention juridictionnelle : son coût économique, juridique et temporel. En effet, si le juge a développé une jurisprudence peu formaliste, c'est pour éviter de prononcer des annulations et d'imposer des formalités supplémentaires à l'administration, alors que celle-ci pourra reprendre la même décision dans un délai proche<sup>117</sup>. Or, en écartant le caractère attractif du critère relatif à l'influence du vice sur le sens de la décision finale en matière évaluative, de nombreuses annulations devraient être prononcées alors que la décision sera correcte au fond.

Cependant, une telle jurisprudence aurait justement pour objet d'annuler des décisions pour un autre motif que leur bien-fondé. Le premier objectif de ce contrôle est l'amélioration de la pratique évaluative et de la confiance dans l'évaluation, qui doit devenir une source d'information fiable. En même temps que la protection de la rationalité juridique, le contrôle de l'évaluation participerait ainsi à la protection des évalués et de l'évaluation. À ce titre, si la décision peut ne pas être affectée par la justesse d'une appréciation évaluative ou par le manquement à l'un de ses principes procéduraux, les évalués peuvent être les victimes d'une mauvaise évaluation, dont les conséquences peuvent être importantes à l'échelle individuelle<sup>118</sup>. Si la pratique évaluative n'est pas soumise à de stricts gages de sérieux, la défiance légitime dans l'évaluation ne pourra que perdurer. Sans ces garde-fous, la rationalisation des décisions publiques constituera

---

<sup>116</sup> P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, éd. du Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2006, p. 54.

<sup>117</sup> Pour la défense d'un formalisme léger, v. D. LABETOULLE, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », *Terres du droit : Mél. Y. Jégouzo*, Dalloz, coll. « Études, Mélanges, Travaux », 2009, p. 479-487.

<sup>118</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2003, 02-30577. La Cour de cassation a reconnu que la dépression nerveuse contractée par un salarié à la suite d'un mauvais entretien d'évaluation, après des années de bons résultats, était un accident du travail.

uniquement une lourdeur procédurale dénuée d'intérêt pratique ou théorique. Il est nécessaire que les décideurs voient leurs actes annulés quand ils se fondent sur des évaluations irrégulières : c'est le meilleur moyen de les intéresser à la promotion d'une évaluation de qualité sans transformer leur pouvoir discrétionnaire en obligation de prendre la meilleure décision possible.

**473.** Ainsi, il incombe au juge de dépasser son habituel formalisme pour tenir compte des spécificités des expertises évaluatives et de l'inaction des pouvoirs publics dans ce domaine. Par ailleurs, pour éviter un trop grand nombre d'annulations « inutiles », le juge pourrait modifier les effets de l'annulation dans le temps<sup>119</sup> ou utiliser ses pouvoirs pour régulariser des illégalités constatées lors d'un recours de plein contentieux objectif<sup>120</sup>. Une simple suspension de la décision pourrait être prononcée quand ce n'est pas un vice de procédure de l'évaluation ou l'influence du vice sur le sens de la décision finale qui justifie l'annulation. L'adaptation de la jurisprudence *Danthony* à la nature informative de l'évaluation et à sa fonction de rationalisation pourrait donc être mise en œuvre par le juge administratif sans multiplication des annulations « inutiles ».

Quant au juge constitutionnel, bien qu'il ne dispose pas de ces techniques précieuses, il pourrait tout de même renforcer son contrôle indirect des études d'impact des projets de loi, étant donné que celui-ci ne permet pas, à ce jour, ne serait-ce que de désigner explicitement les défauts affectant les évaluations produites par le gouvernement (B).

## **B. Le bouleversement nécessaire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel**

**474.** Le contrôle par voie d'exception des études d'impact des projets de loi ne permet pas d'informer le décideur et le public de la qualité réelle des études qui sont censées avoir fondé la discussion parlementaire. La référence à la notion de sincérité enferme le juge dans un raisonnement conséquentialiste inadapté à la logique du contrôle de l'évaluation(1). Pour sortir de cette ornière, le Conseil constitutionnel pourrait détacher ce principe de la phase parlementaire de la procédure législative (2).

---

<sup>119</sup> CE, Ass. 3 mars 2004, *ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Xueref, Thomas, Botella et Bourdignon*, req. n° 241153, 241152, Rec. p. 126.

<sup>120</sup> Le juge l'a déjà fait, v. CE, 30 janv. 2013, 30 janv. 2013, *Société Nord Broyage*, req. n° 347347, rec. T. p. 713-750.

## 1) Le conséquentialisme inhérent au principe constitutionnel de sincérité

**475.** La jurisprudence constitutionnelle relative à la sincérité des débats, jurisprudence appliquée à l'évaluation<sup>121</sup> est, comme la jurisprudence administrative relative aux vices de procédure, soumise à la considération de l'influence de l'irrégularité identifiée sur le sens de la décision finale. Ce critère, qui peut être exigé sous un angle intentionnel – vouloir changer le sens de la décision finale – ou objectif – avoir pu changer le sens de la décision finale – est, comme cela a été exposé plus haut, la filiation du principe de sincérité en contentieux électoral et budgétaire<sup>122</sup>.

Le principe de sincérité budgétaire est instructif sur la manière dont un vice qui pourrait être appliqué à l'évaluation prospective, une mauvaise prévision, est pris en compte par le juge. En matière budgétaire, la sincérité est évoquée depuis 1983<sup>123</sup>. Elle est devenue un principe budgétaire en 1995<sup>124</sup> avant d'être consacrée par la LOLF et de devenir un principe à valeur constitutionnelle. D'après la LOLF, ce principe qui vise les prévisions sur lesquelles sont fondées toutes les dispositions de la loi de finances désigne « l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre ». Pour vérifier cette sincérité, le juge effectue un contrôle restreint. Il n'a jamais censuré une loi pour ce motif et il est improbable qu'il en censure une un jour, tant il adapte sa jurisprudence aux cas d'espèce<sup>125</sup>. Le juge préfère ainsi relever des insincérités « insuffisantes »<sup>126</sup>, souligner les aléas et incertitudes qui entouraient les prévisions réalisées<sup>127</sup> et émettre des réserves relatives à l'adoption future de loi de rectification<sup>128</sup> plutôt que de censurer. Il semble qu'il faudrait une erreur

---

<sup>121</sup> Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

<sup>122</sup> V. *supra* § 458. La notion de sincérité est aussi employée en matière comptable, mais dans ce domaine elle désigne « l'exactitude des comptes »<sup>122</sup>. Elle constitue donc un principe de fond spécifique et dénué de conséquentialisme, insusceptible de servir le contentieux de l'évaluation.

<sup>123</sup> Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC.

<sup>124</sup> Cons. const., 28 déc. 1995, n° 95-369 DC. Il est invocable depuis 1999 à l'encontre des lois de financement de la sécurité sociale, Cons. const., n° 99-422 DC, 21 déc. 1999.

<sup>125</sup> V. J.-F. JOYE, « Les vicissitudes du principe de sincérité », *JCP G*, n° 12, 18 mars 2009, doct. 12 et SÉNAT, *Le principe de sincérité des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale*, 2006, 81 p. Disponible sur le site Internet du Sénat. Le juge fait tout pour éviter d'être un « robot constitutionnel », F. BARQUE, « La sincérité des budgets et comptes publics », *loc. cit.*, p. 100.

<sup>126</sup> D. ROUSSEAU, *Jurisprudence constitutionnelle de 2005*, RDP, 2006, p. 265-266. Dans sa décision, le juge reconnaît l'insincérité sans pour autant censurer la loi.

<sup>127</sup> Cons. const., 18 déc. 2001, n° 2001-453 DC et 21 déc. 2001, n° 2001-456 DC. Ces principes figurent toutefois à l'article 32 de la LOLF.

<sup>128</sup> Cons. const., 12 déc. 2002, n° 2002-463 DC et 20 déc. 2005, n° 2005-530 DC. Pour une critique de cette possibilité non encadrée de régularisation, v. F. BARQUE, « La sincérité devant le juge constitutionnel », *Revue française de finances publiques*, 2010, n° 111, p. 95 et s.

manifeste *et* intentionnelle pour qu'une censure soit prononcée<sup>129</sup>. En effet, en dehors de la retenue du Conseil constitutionnel, cette version du principe de sincérité se distingue par l'exigence d'un élément intentionnel, absent des autres déclinaisons du principe et très rare en droit public, même en droit de la responsabilité. Cet élément additionné à la bienveillance du juge explique l'application très lâche du principe de sincérité : le juge ne censurera que s'il a la preuve que le gouvernement a eu la volonté de dénaturer les prévisions de la loi de finances, en vue d'obtenir le vote du Parlement. Sous son apparente neutralité le principe de sincérité budgétaire est donc très finaliste : c'est la volonté d'influencer la décision finale, le vote, qui déterminera une éventuelle censure. Le principe de sincérité budgétaire se retrouve alors dans la « situation improbable » constatée par D. Rousseau : « nécessaire à affirmer, impossible – ou quasi impossible – à contrôler »<sup>130</sup>.

Cette jurisprudence s'explique toutefois par la nature des lois de finances, qui ne constituent pas des actes préparatoires à la discussion parlementaire, mais l'objet même de cette discussion. Elles n'ont pas une vocation informative, elles n'ont pas la même prétention à l'objectivité et à la scientificité que les actes préparatoires. Il est dès lors compréhensible que le juge ne les censure que si leur insincérité est telle qu'elle fausse le débat parlementaire et l'empêche d'atteindre le point qu'il aurait normalement atteint.

En revanche, ce conséquentialisme impensable en matière évaluative semble déjà moins justifié lorsqu'il est appliqué au principe de sincérité du scrutin en contentieux électoral. Le principe de sincérité du scrutin recouvre trois questions synthétisées par E. Ghevontian<sup>131</sup> : premièrement, les deux parties doivent avoir pu s'exprimer dans les mêmes conditions, dans un souci « d'égalité de la compétition » ; deuxièmement, « l'égalité de décompte » doit avoir été respectée, chaque voix ne doit compter que pour une voix ; troisièmement, « l'égalité de représentation » impose un découpage électoral fondé sur des critères objectifs. Sous son apparente neutralité, ce moyen dépend comme le précédent du résultat de la procédure à laquelle il est lié. Il dépend toutefois, cette fois-ci d'une appréciation plus objective, puisque le juge constitutionnel examine « seulement » l'influence du fait invoqué sur le résultat du scrutin pour annuler ou confirmer une

---

<sup>129</sup> V. SÉNAT, *Le principe de sincérité des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 33, et J.-F. JOYE, « Les vicissitudes du principe de sincérité », *loc. cit.*, doctr. 126 : « le noyau dur du budget » doit être affecté.

<sup>130</sup> D. ROUSSEAU, *Jurisprudence constitutionnelle de 2005*, *loc. cit.*, p. 255.

<sup>131</sup> E. GHEVONTIAN, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Cons. const.*, janv. 2003, n° 13.

élection<sup>132</sup> – il exige parfois une « influence déterminante »<sup>133</sup>. Cette liaison est expressément prévue à l'article 38 de l'ordonnance de 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « le Conseil, sans instruction contradictoire préalable, peut rejeter, par décision motivée, les requêtes irrecevables ou ne contenant que des griefs qui manifestement ne peuvent avoir une influence sur les résultats de l'élection »<sup>134</sup>. Elle a été adoptée par le Conseil d'État quand celui-ci statue comme juge électoral<sup>135</sup>. À cause de ce critère, la censure fondée sur le principe de sincérité du scrutin suppose un lien de causalité direct et certain entre l'irrégularité observée et le sens de la décision finale, en l'occurrence le sens du vote.

**476.** Ce conséquentialisme imposé ou choisi a rejailli sur l'appréciation de la sincérité des débats parlementaires. Ce moyen prospère seulement en cas de dénaturation de la procédure parlementaire, donc en cas de dénaturation possible de la décision finale. Cette dénaturation se produit notamment lorsque la procédure d'amendement est utilisée pour introduire dans une discussion parlementaire un sujet qui est « dépourvu de tout lien » avec la discussion originelle, ce qui prive les parlementaires de la possibilité de discuter pleinement de la disposition ajoutée<sup>136</sup>. Par ce moyen, le juge constitutionnel ne sanctionne donc que les situations dans lesquelles la discussion parlementaire a effectivement été tronquée ou faussée. Il ne s'attache pas, comme le juge administratif, à la simple potentialité de l'influence du vice sur la suite de la procédure. Le Sénat estime ainsi, à propos du contrôle du principe de sincérité budgétaire, que le Conseil vérifie seulement si « les parlementaires n'ont pas été concrètement lésés »<sup>137</sup>. Cette exigence rend très difficile l'obtention d'une annulation fondée sur un vice de procédure ou le caractère erroné d'une évaluation. En effet, en matière évaluative, la dénaturation de la discussion parlementaire aurait lieu seulement si les informations fournies sont tellement erronées qu'elles induisent

---

<sup>132</sup> V. entre autres Cons. const., n° 58-75 AN du 6 janvier 1959, n° 58-86 AN du 23 déc. 1958 et n° 2007-3531 AN du 28 juin 2007.

<sup>133</sup> V. notamment Cons. const., n° 62-294 AN du 12 fév. 1963.

<sup>134</sup> Article 38 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « le Conseil, sans instruction contradictoire préalable, peut rejeter, par décision motivée, les requêtes irrecevables ou ne contenant que des griefs qui manifestement ne peuvent avoir une influence sur les résultats de l'élection ».

<sup>135</sup> CE, 24 fév. 1984, *Élections municipales de Levallois-Perret*, Rec. p. 83 ; CE 29 décembre 1989, *Élections municipales de La Désirade*, req. n° 109080 et CE, 30 avril 1990, *Élections municipales de Saint-Paul [La Réunion]*, req. n° 109789. V. B. MALIGNER, « Sincérité d'un scrutin et techniques du contrôle du juge de l'élection », *AJDA*, 2006, p. 710.

<sup>136</sup> Cons. const., 19 janv. 2006, n° 2005-532 DC.

<sup>137</sup> SÉNAT, *Le principe de sincérité des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale*, op. cit., p. 13

en erreur la totalité des débats. Or il est improbable qu'une telle dénaturation résulte d'un vice de procédure ou d'une insuffisance de l'évaluation, qui empêchera une discussion motivée sur certains aspects du projet de loi, mais qui ne dénaturera pas la procédure. De ce fait, le principe de sincérité est inapte à sanctionner les utilisations d'évaluations irrégulières et à participer à la rationalisation des décisions publiques. Ses applications ne permettent pas de prendre en compte la dimension informative de l'évaluation. Pour effectuer un contrôle plus adéquat, le juge constitutionnel pourrait s'inspirer du juge administratif et orienter sa jurisprudence vers la sanction des garanties d'objectivité de l'évaluation et de la non pertinence de l'information produite.

Un tel changement de grammaire constituerait toutefois un bouleversement important pour le juge constitutionnel. De ce fait, il est peut-être préférable qu'il joue avec le conséquentialisme du principe de sincérité, en déplaçant le curseur de la dénaturation : il faudrait que ce curseur soit placé non pas à la fin, mais au début de la procédure parlementaire. Ce déplacement pourrait être obtenu par la création d'un principe de sincérité et de clarté de la présentation des projets de loi (2).

## 2) Consacrer un principe de sincérité et de clarté de la présentation des projets de loi

**477.** Le contrôle par voie d'exception des études d'impact des projets de loi actuel est très restreint : aucune irrégularité n'a pour l'instant été détectée. Alors que la proposition de révision constitutionnelle rédigée par l'Assemblée nationale prévoit la suppression des recours directs contre ces évaluations<sup>138</sup>, il importe de redéfinir ce qui deviendra l'unique éventualité de contrôle juridictionnel de l'évaluation. Comme cela a été exposé, compte tenu de la place restreinte que l'évaluation occupe dans les débats parlementaires<sup>139</sup>, il serait extrêmement difficile de prouver qu'un vice affectant l'évaluation a effectivement dénaturé ces débats. Or quasiment tous les vices des évaluations devraient être sanctionnés dans l'intérêt des évalués, des destinataires et des utilisateurs de l'évaluation.

À cette fin, le Conseil constitutionnel pourrait conjuguer une nouvelle fois le principe de sincérité et de clarté des débats parlementaires, pour lui adjoindre un principe de sincérité et de clarté des documents de présentation des projets de loi soumis par le

---

<sup>138</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale : les rendez-vous des réformes 2017-2022. Première conférence...*, op. cit., p. 86.

<sup>139</sup> Malgré une augmentation des occurrences relatives à ces études, elles sont encore de constituer un des points de départ majeurs de la discussion parlementaire, leurs mentions ne sont qu'accessoire dans la discussion parlementaire.

gouvernement<sup>140</sup>. Étant donné que la sincérité des expertises passe par leur objectivité, et que l'objectivité d'une expertise passe par la rigueur de sa procédure et de sa forme et par la justesse de sa méthode, le juge serait amené à accorder une plus grande attention aux principes procéduraux et formels régissant les études d'impact des projets de loi et à l'adéquation de la méthode mise en œuvre. Leur non-respect constituerait un manquement au principe de sincérité des documents gouvernementaux et entraînerait automatiquement la censure de la loi contrôlée au principal. Cette solution s'inscrirait dans l'attention renouvelée portée par le juge à la procédure législative depuis l'entrée en vigueur de la QPC. En effet, depuis 2011<sup>141</sup>, lorsqu'il est confronté à une saisine blanche, pour éviter d'attribuer trop largement des brevets de constitutionnalité et restreindre les possibilités de QPC, le Conseil constitutionnel se concentre uniquement sur la procédure, incontestable à l'occasion du contrôle *a posteriori*<sup>142</sup>.

S'il peut paraître excessif, un tel revirement aurait le mérite d'inciter les parlementaires à ne pas discuter les projets de loi qui ne sont pas accompagnés par une étude d'impact objective. L'application de ce principe pourrait aussi les amener à refuser de discuter des projets de loi dont l'étude d'impact fournit une information incomplète ou erronée, c'est-à-dire une information non pertinente. Cette seconde évolution ne serait pas complètement créatrice, puisque le juge constitutionnel a déjà associé la notion de « bonne information du Parlement » aux études d'impact, alors même que ces études n'étaient pas encore obligatoires<sup>143</sup>. Ces avancées ne seraient toutefois pas complètes si le juge n'abandonne pas sa jurisprudence relative à la compensation des insuffisances entre les phases gouvernementales et parlementaires de la procédure législative, en raison de la différence fondamentale existant entre les discussions intervenant avant ou après la formulation du jugement de valeur. La sincérité et la clarté de la phase gouvernementale devraient être contrôlées indépendamment de la sincérité de la phase parlementaire. La création d'un principe de sincérité et de clarté concentré sur le moment de la soumission de la loi à l'assemblée compétente en première lecture donnerait justement l'occasion au juge de revirer en douceur cette jurisprudence.

---

<sup>140</sup> Le contrôle de la sincérité de l'étude d'impact a déjà été défendu en doctrine, v. M. PHILIP-GAY, « La motivation des lois », in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, 2013, p. 161-173.

<sup>141</sup> Cons. const., 26 mai 2011, n° 2011-630 DC.

<sup>142</sup> « Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, 52 % des moyens et conclusions relevés d'office ont été utilisés pour sanctionner des atteintes à la procédure législative, ce taux n'étant que de 15 % avant l'entrée en vigueur de la QPC ». Si cette évolution est surtout due au traitement des cavaliers législatifs, elle demeure éclairante, C. FERNANDES, « Le contrôle de constitutionnalité a priori exercé sur les lois ordinaires depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDA*, 2018, p. 387-397.

<sup>143</sup> Cons. const., 7 déc. 2000, n° 2000-436 DC, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*.

**478.** La consécration du principe de sincérité et de clarté de la présentation des projets de loi condenserait donc plusieurs évolutions nécessaires à la garantie d'une véritable information des parlementaires et du public à chaque projet de loi – à défaut de la garantie d'une véritable rationalisation des décisions parlementaires, qui dépend de l'attitude des élus. Une importante évolution de la jurisprudence serait aussi bénéfique devant le juge administratif afin que le contrôle par voie d'exception des évaluations irrégulières permette l'élimination des évaluations mal réalisées et incite le décideur à vérifier véritablement la qualité de l'expertise qui lui est soumise.

Le juge ne ferait pas preuve d'un formalisme vain en participant à la diffusion des bonnes pratiques évaluatives et à la mise au ban des évaluations qui ne permettent pas réellement une rationalisation des décisions publiques. Il protégerait concrètement les évalués contre des pratiques évaluatives néfastes et il ouvrirait la voie à une rationalisation modérée des décisions publiques, fondée sur des expertises sérieuses, c'est-à-dire objectives et justes.

L'adaptation du contrôle par voie d'exception des juges administratifs et constitutionnels serait toutefois incomplète si elle s'arrêtait à l'élimination des évaluations irrégulières et des décisions qu'elles ont fondées. Ce contrôle serait notamment insuffisant pour protéger la prééminence de la rationalité juridique dans les processus décisionnels. Il importe ainsi que le juge vérifie, en plus, que les évaluations *régulières* n'occupent pas une place prépondérante dans le raisonnement du décideur ou, au contraire, qu'elles ne sont pas systématiquement écartées (Section 2).

## **Section 2 : Le contrôle indirect de l'évaluation régulière**

**479.** Si les évaluations sont peu suivies d'effet, au regret de nombreux politistes, elles constituent tout de même des références de plus en plus fréquentes pour les juges, les parlementaires et la doctrine. À ce titre, elles sont fréquemment traitées comme de simples faits à même d'expliquer, de justifier ou d'interpréter une décision, ce qui fonde notamment un contrôle minimal de l'utilisation de l'évaluation régulière par le décideur (§I). L'évaluation n'est cependant pas assimilable à un fait, il s'agit d'une expertise dotée d'une

force normative certaine<sup>144</sup> : elle contient un modèle implicite de comportement pour le décideur. De ce fait, le contrôle de l'utilisation de l'évaluation régulière pourrait comporter une seconde branche, plus stricte, par laquelle le juge s'assurerait que la normativité de l'évaluation n'est pas sous-estimée ou surestimée par le décideur. En d'autres termes, le juge vérifierait que le décideur n'a pas occulté l'évaluation et qu'il ne l'a pas traité comme un acte prescriptif. Formulé de manière plus positive, ce contrôle aurait pour objectif de vérifier que le décideur a *pris en considération* l'évaluation, et rien de plus ou de moins (§II).

### **§I. L'utilisation probatoire de l'évaluation régulière au service d'un contrôle minimal de son utilisation par le décideur**

**480.** Désormais, dans les jugements rendus par les cours administratives, l'évaluation est régulièrement invoquée comme un élément de preuve dont la fiabilité n'est pas remise en cause. Pour contrôler le bien-fondé de la décision finale, les juges se réfèrent autant à la dimension proprement factuelle de l'évaluation qu'à sa dimension axiologique (A). Cette utilisation probatoire de l'évaluation trouve une expression particulière avec les études d'impact des projets de loi. En effet, tant les juges que la doctrine y font de plus en plus référence pour interpréter l'intention du législateur et donc le sens des lois promulguées. Or, en l'absence d'un contrôle effectif de leur régularité, ces évaluations devraient être invoquées avec prudence pour conforter une argumentation (B).

#### **A. L'invocation juridictionnelle des évaluations pour contrôler le bien-fondé des décisions finales**

**481.** L'utilisation des évaluations supposées régulières par le juge se réalise de deux manières. Ou bien l'évaluation est uniquement utilisée au regard des données factuelles qu'elle fournit et elle nourrit alors les contrôles indirects de l'évaluation comme tout autre fait (1), ou bien c'est le jugement de valeur formulé qui est saisi comme un fait au profit d'un développement implicite du contrôle du bilan pour déterminer la légalité des décisions (2).

---

<sup>144</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §II.

## 1) La banalisation de l'utilisation des données factuelles de l'évaluation

**482.** Alors que le juge ne vérifie pas si l'évaluation a joué un rôle à la hauteur de sa normativité dans la prise de décision, il ne rechigne pas à l'utiliser comme un élément probatoire pour définir les faits pertinents<sup>145</sup> ou pour détecter dans la décision finale une erreur sur les faits, une erreur de qualification juridique, voire une erreur manifeste d'appréciation<sup>146</sup>. Dans cette perspective, le juge ne s'attarde pas sur le jugement de valeur formulé dans l'évaluation, il ne l'envisage pas comme un acte normatif. Il s'en sert seulement pour contextualiser factuellement la décision contrôlée<sup>147</sup>, conformément à l'un des objectifs de rationalisation des décisions publiques poursuivis – prendre une décision adaptée aux circonstances de fait<sup>148</sup>. Le juge pratique alors une forme minimale de contrôle de l'utilisation de l'évaluation régulière, détachée de la manière dont le décideur a effectivement utilisé l'évaluation.

La multiplication de ces références a été appelée par la doctrine l'« *evidence based judicial review* » ou « préoccupation empirique »<sup>149</sup>. Ces expressions désignent l'attention croissante que le juge porte aux éléments factuels dans son contrôle : il le concrétise<sup>150</sup> en demandant toujours plus d'éléments quasi scientifiques pour considérer qu'une décision est appropriée, proportionnée ou motivée. En ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne est allée jusqu'à pratiquer un contrôle de proportionnalité « procédural », c'est-

---

<sup>145</sup> Cette utilisation est inhérente à l'évaluation, elle se développe même au Royaume-Uni. R. MUNDAY, « In the Wake of 'Good Governance' : Impact Assessments and the Politicisation of Statutory Interpretation », *The Modern Law Review*, vol. 71, n° 3, 2008, p. 385-412.

<sup>146</sup> Par exemple, en matière de santé, CE, 19 juill. 2016 *Société Pierre Fabre Médicaments*, req. n° 391797, Inédit au recueil Lebon et CE, Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, 361962, Rec. p. 245. Au niveau de l'Union européenne v. CJUE, Gr. Ch., 12 sept. 2010, *Espagne c. Conseil*, C-33/04 ; A. C. M. MEUWESE, *Impact Assessment in European Union Lawmaking*, European Monographs, 2008, p. 172 et s. et <sup>146</sup> R. VAN GESTEL J. et DE POORTER, « Putting evidence-based law making to the test : judicial review of legislative rationality », *Theory and practice of legislation*, 2016, n° 2, p. 183.

<sup>147</sup> L'utilisation contentieuse de l'évaluation s'inscrit à ce titre dans le mouvement plus large de concrétisation des contrôles de la loi, v. J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821-861.

<sup>148</sup> Sur ce phénomène v. F. ROUVILLOIS, *Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'innovation politique, 2006, p. 22 ; T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 501 et s., et A. ALEMANNNO, « Le juge et les études d'impact », *RFAP*, 2014, n° 149, p. 179-194.

<sup>149</sup> V. entre autres CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd v. Secretary of State for Business*, C-58/08, obs. D. KEYAERTS, « Ex ante evaluation of EU legislation intertwined with judicial review? Comment on *Vodafone Ltd v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform (C-58/08)* », *European Law Review*, n° 35, 2010, p. 6 et s. V. aussi CJUE, 8 juill. 2010, *Afton Chemical Limited contre Secretary of State for Transport*. C-343/09 et Tribunal de l'UE, 20 janv. 2010, *Sungro SA, Eurosemillas SA et Surcotton SA*, aff. T-252/07, T-271/07 et T-272/07.

<sup>150</sup> J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *loc. cit.*, p. 821-861.

à-dire fondé non sur le contenu de l'acte, mais sur la procédure suivie par le législateur européen<sup>151</sup>. Dans cette perspective, les avis informatifs comme l'évaluation constituent une source de renseignements précieux. Le juge de l'Union européenne fait même preuve d'un *a priori* négatif quant à la légalité de la mesure qui lui est soumise quand celle-ci n'est pas accompagnée d'une étude d'impact – alors même que cette étude n'est pas obligatoire<sup>152</sup>.

**483.** Si cette utilisation est compréhensible, la banalisation de l'invocation des données factuelles de l'évaluation ne doit pas conduire à sa dénaturation. Le juge risque en effet d'oublier que l'intérêt de l'évaluation réside moins dans les données collectées que dans l'interprétation de ces données : il ne faut pas faire primer le fait résumé dans l'évaluation sur le jugement de valeur formulé.

C'est pourtant ce qu'a fait le TPICE dans son arrêt *Artegodan*<sup>153</sup>. Au nom de la protection du niveau de santé le plus élevé, le juge a estimé « qu'en l'absence d'évolution des données factuelles, le bilan bénéfices-risques ne pouvait pas être renversé et que le décideur ne pouvait pas revenir sur sa décision initiale »<sup>154</sup>. En d'autres termes, un changement dans l'évaluation n'est invocable que si ce changement est avant tout un changement de fait. Un changement de méthode ne peut pas justifier le renversement du bilan bénéfices-risques du médicament si les faits n'ont pas évolué<sup>155</sup>. Cette jurisprudence méconnaît la nature profonde de l'évaluation, qui n'est pas la traduction automatique d'une donnée de fait en jugement de valeur. Au contraire, l'évaluation est constituée par l'incertitude, par la relativité du jugement qu'elle porte, qui dépend des valeurs choisies comme références et de la méthode choisie pour interpréter ces données. Son résultat varie nécessairement dans le temps, avec l'évolution des valeurs et des méthodes utilisées, notamment du fait des progrès de la science, même si les faits n'ont, eux, pas changé. Si le décideur est évidemment libre de ne pas suivre le modèle de comportement implicitement contenu dans l'évaluation, il ne peut contester son résultat en invoquant l'immutabilité des faits. De ce fait, en refusant de reconnaître qu'un même fait pouvait donner lieu à deux

---

<sup>151</sup> R. VAN GESTEL J. et DE POORTER, « Putting evidence-based law making to the test : judicial review of legislative rationality », *Theory and practice of legislation*, 2016, n° 2, p. 170.

<sup>152</sup> V. T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 511 et s.

<sup>153</sup> TPICE, 26 nov. 2002, *Commission c. Artegodan*, T-74/00.

<sup>154</sup> *Ibid.*, pt. 194-195.

<sup>155</sup> V. J. PEIGNÉ, « Le contentieux des A.M.M., le juge communautaire et le principe de précaution », *loc. cit.*, p. 19.

jugements de valeur différents, voire opposés, le juge européen a réduit l'évaluation à une traduction factuelle univoque : il occulte le propre du mécanisme évaluatif. Ainsi, si les faits contenus dans l'évaluation peuvent être invoqués au soutien de l'examen du bien-fondé de la décision finale, ils ne doivent pas préempter l'incertitude inhérente à cette expertise.

Le juge français semble davantage conscient de la nature spécifique de l'évaluation et de la volatilité de l'interprétation des données factuelles, puisqu'il a pu justifier le renversement d'un avis de la Commission de la transparence en invoquant notamment l'évolution de ses exigences méthodologiques, en l'absence de nouvelles conditions de fait : « il ressort toutefois des pièces du dossier que les différences entre les avis rendus à propos de ces différents dispositifs étaient justifiées par l'évolution dans le temps des critères et des exigences méthodologiques de la commission et par les différences affectant les indications de ces dispositifs médicaux, qui n'étaient pas comparables, ainsi que l'objet même de leur évaluation »<sup>156</sup>. La reconnaissance de la relativité du jugement formulé sur une donnée est d'autant plus importante que, de plus en plus souvent, la portée axiologique de l'évaluation est aussi accaparée par les tribunaux. La référence au jugement évaluatif, traité comme un fait vérifié, favorise alors le développement implicite de la jurisprudence du bilan coûts-avantages (2).

2) L'utilisation du jugement évaluatif pour développer le contrôle du bilan coûts-avantages

**484.** Le juge n'hésite pas à se saisir de la dimension axiologique de l'évaluation comme s'il s'agissait d'un fait quelconque pour contrôler la décision finale. Il s'en sert alors pour examiner l'existence d'une erreur dans la qualification juridique ou dans l'appréciation des faits<sup>157</sup>. En d'autres termes, il développe un contrôle dissimulé du bilan. Ce mouvement est justifié par la nature de la rationalisation des décisions publiques, qui s'effectue par une double contextualisation de la décision à prendre : une contextualisation factuelle et une contextualisation axiologique. Il n'est donc pas surprenant qu'en plus de se servir de l'évaluation comme une source de renseignements factuels, le juge se réfère à sa dimension

---

<sup>156</sup> CE, 4 juin 2014, *Société Convatec*, req. n° 366877, Inédit au recueil Lebon.

<sup>157</sup> V. par exemple, CAA de Douai, 15 sept. 2016, req. n° 15DA00246, Inédit au recueil Lebon.

proprement évaluative, c'est-à-dire au jugement de valeur formulé pour examiner si le décideur a commis une erreur dans sa décision<sup>158</sup>.

**485.** À ce jour, l'utilisation la plus éclatante d'un jugement évaluatif pour déterminer la légalité d'une décision relève du contrôle des déclarations d'utilité publique, domaine d'origine et par excellence du contrôle du bilan<sup>159</sup>. Dans ce contentieux, le juge fait en effet explicitement référence au résultat des évaluations environnementales et socio-économiques pour montrer qu'il prend en compte les intérêts qu'elles défendent et les intégrer dans son bilan coûts-avantages<sup>160</sup>. L'évaluation environnementale a ainsi amené le juge à intégrer clairement les enjeux environnementaux dans son contrôle<sup>161</sup>. L'importance des évaluations dans le bilan a depuis été renforcée par l'obligation de prendre en compte le principe de précaution posée dans l'arrêt *Stop THT* de 2013<sup>162</sup> – elle existait en germe dès 1999<sup>163</sup>. Si le juge n'hésite pas à se référer au jugement évaluatif, il n'érige toutefois pas l'évaluation en norme de référence contraignante et il conserve une importante marge de manœuvre dans la qualification de l'utilité publique<sup>164</sup>. Il demeure libre d'écarter les valeurs environnementales et le principe de précaution ou de prévention

---

<sup>158</sup> Par ailleurs, pour plusieurs auteurs, le jugement rendu par l'évaluation devrait avoir des effets directs sur la procédure décisionnelle ; des effets que le juge pourrait contrôler. J.-B. M. Vranken, et R. A. J. Van Gestel considèrent ainsi que selon le résultat de l'étude d'impact, la procédure décisionnelle devrait varier, tandis que pour C.-H. Born c'est le niveau de motivation attendu du décideur qui devrait évoluer. V. J.-B. M. VRANKEN et R. A. J. VAN GESTEL, « Assessing the accuracy of *ex ante* evaluation through feedback research : A case study », in J. M. Verschuuren (dir.), *The impact of legislation : A critical analysis of ex ante evaluation*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 199-228, et C.-H. BORN, « Quelques réflexions sur le régime de protection des sites Natura 2000 contre les incidences des plans et projets », in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 957-987.

<sup>159</sup> CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, req. n° 78825, Rec. p. 409.

<sup>160</sup> V. CE, 10 juill. 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix*, req. n°s 288108, 289396, 289777 et 289968, Rec. p. 332 et CAA de Nantes, 26 déc. 2014, *M. D...*, req. n° 13NT022114. Cf. G. MONEDIAIRE, « Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement », in *Pour un droit commun de l'environnement : Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 607-635 et Y. JÉGOUZO, « Protection de l'environnement et utilité publique des expropriations. De quelques évolutions récentes », in *Mél. D. Truchet, op. cit.*, p. 279-298.

<sup>161</sup> V. CE, 22 oct. 2003, *Association « SOS-Rivières et environnement » et autres*, req. n° 231953, Rec. p. 417, note R. HOSTIOU, « La théorie du bilan à l'épreuve de la protection de l'environnement », *AJDA*, 2004, n° 22, p. 1193-1196.

<sup>162</sup> CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°s 342409, 342569, 342689, 342740, 342748 et 342821, Rec. p. 60, obs. A. VAN LANG, « L'application du principe de précaution à la déclaration d'utilité publique », *RDI*, 2013, p. 305-316.

<sup>163</sup> CE, 28 juill. 1999, *Association intercommunale « Morbihan sous très haute tension »*, Rec. T. 833-836 ; v. C. CASTAING, *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, thèse Bordeaux, 2001, p. 435.

<sup>164</sup> V. B. DROBENKO, *Droit de l'urbanisme*, Gualino, Memento LMD, 8<sup>e</sup> éd., 2013, p. 111 : le juge dispose selon l'auteur d'une « considérable latitude d'appréciation ».

au profit d'autres valeurs, ou d'intérêts socio-économiques<sup>165</sup>. En dépit de sa faible portée pratique, cette jurisprudence est remarquable en raison du caractère explicite du raisonnement juridictionnel, qui laisse voir en pleine lumière la manière dont le versant axiologique de l'évaluation soutient un jugement juridique.

**486.** Dans les autres domaines où l'évaluation est pratiquée, un raisonnement similaire semble se développer, de manière dissimulée, puisque l'évaluation incite systématiquement le juge à regarder les valeurs questionnées par la procédure décisionnelle et les éventuels principes juridiques correspondants pour en déduire l'existence d'une erreur dans la qualification juridique des faits ou dans la déduction de ses conséquences légales (donc pour détecter une erreur manifeste d'appréciation).

Or, ce contrôle généralisé du bilan serait à craindre pour une partie de la doctrine, qui analyse cette technique contentieuse comme un contrôle maximal<sup>166</sup> et un contrôle de l'opportunité<sup>167</sup> – ce qui ne devrait pas être une qualification péjorative puisque le contrôle de l'opportunité est simplement un contrôle de l'adaptation de la décision aux faits<sup>168</sup>. Pourtant, les contrôles du bilan induits par l'évaluation ne sont pas révolutionnaires ou dangereux : ils se fondent parfaitement dans les contrôles de la qualification juridique ou de l'erreur manifeste d'appréciation déjà réalisés. En effet, le contrôle du bilan ne peut être assimilé à une forme de contrôle maximal que s'il conduit le juge à contraindre l'administration à prendre la meilleure décision parmi les décisions possibles<sup>169</sup>, ce qui

---

<sup>165</sup> V. Y. JÉGOUZO, « Protection de l'environnement et utilité publique des expropriations. De quelques évolutions récentes », *loc. cit.*, p. 283. Les annulations fondées sur le droit de l'environnement sont d'ailleurs rares, en pratique, v. M.-P. LANFRANCHI, « Le rôle du juge, témoin d'une juridicisation et judiciarisation croissantes des rapports sociaux ? », in J. DUBOIS et S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Natura 2000 : de l'injonction européenne aux négociations locales*, Aix-en-Provence, CERIC, coll. « Monde européen et international », 2005, p. 149-160.

<sup>166</sup> V. J. LEMASURIER, « Expropriation, "bilan-coût-avantages" et nécessité publique », *Rev. Adm.*, 1979, n° 191, p. 502-507 et G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (§II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, p. 77-86.

<sup>167</sup> V. S. CHARBONNEAU, « Le contrôle contentieux des opérations de l'aménagement du territoire », *RJE*, 1981, p. 221 et s. ; E. LANGAVANT et M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Dalloz-Sirey, 1986, p. 236 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1999. Réflexions sur l'intérêt général*, La Doc. Fr., 1999, p. 23 et p. 330 ; D. LABETOULLE, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », *loc. cit.*, p. 543 et G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, 2014, 12<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis Droit Public », t. 1, p. 325.

<sup>168</sup> V. Première Partie, Titre second, Chapitre II, Section 2, §I, A.

<sup>169</sup> V. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 75, 1977.

n'est pas le cas<sup>170</sup>. Le contrôle du bilan s'apparente à un contrôle restreint<sup>171</sup> de la qualification juridique des faits<sup>172</sup> et son développement corrélé à celui de l'évaluation paraît parfaitement justifié, étant donné que ces deux techniques relèvent de la recherche de la rationalisation des décisions administratives<sup>173</sup> – Léon Aucoc appelait d'ailleurs dès le XIX<sup>e</sup> siècle à un contrôle de ce type en matière de travaux publics<sup>174</sup>. Ce contrôle qui renvoie « à un système de valeurs beaucoup plus que de normes »<sup>175</sup> n'a de toute façon pas attendu l'évaluation pour s'étendre au contentieux de l'urbanisme<sup>176</sup> et au contentieux des contrats administratifs avec les jurisprudences *Béziers I et II*<sup>177</sup>.

**487.** Par ailleurs, l'accroissement implicite de l'utilisation de la technique du bilan ne doit pas faire craindre un refoulement du droit dans le raisonnement juridictionnel et, incidemment, dans le raisonnement administratif. Il ne faut pas sous-estimer l'axiologie imprégnant les opérations de qualifications juridiques, même en l'absence de contrôle du bilan. En effet, s'il existe une conception « puriste de la *qualification* des faits qui

---

<sup>170</sup> Le juge n'a que très exceptionnellement accepté de faire ce contrôle, v. CE, 22 fév. 1974, *Adam*, Rec. p. 145. Il contrôle en général le tracé sans rechercher l'optimum, CE, 2 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et de Migne-Auxances*, rec. p. 967, v. D. LABETOULLE, « Le vice de procédure, parent pauvre... », *loc. cit.*, p. 549.

<sup>171</sup> V. G. BRAIBANT, concl. sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *AJDA*, 1971, p. 464-468 ; J.-P. COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434-437 ; I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : le bilan coûts-avantages*, Thèse Poitiers, 1995, p. 77 ; B. SEILLER, *Droit administratif 2. L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 258.

<sup>172</sup> I. Savarit-Bourgeois note le caractère qualificatif du contrôle de la déclaration d'utilité publique : il s'agit en effet d'un contrôle d'identité et non de relation comme dans le contrôle de proportionnalité, v. I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle...*, *op. cit.*, p. 63 et Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 477.

<sup>173</sup> V. C. VAYROU, *Management public et droit administratif. Essai sur la juridicité des concepts managériaux*, Thèse Paris II, 2000, p. 278 et P. WACHSMANN, « Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence *Ville nouvelle Est*, trente ans après », in *Mél. J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 735 et s.

<sup>174</sup> L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif français faites à l'école des ponts et chaussées*, Dunod, 2<sup>e</sup> éd., t. 1 1878, p. 220.

<sup>175</sup> R. HOSTIOU, « La théorie du bilan à l'épreuve de la protection de l'environnement », *AJDA*, 2004, n° 22, p. 1193-1196. Dans le même sens v. J. CAILLOSSE, « Sur le contentieux nucléaire. Superphénix devant ses juges », *R. A.*, 1980, p. 36-50, et J.-F. CALMETTE, « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *DA*, 2006, n° 7, p. 13 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Economica-PUAM, coll. « Science et droit administratifs », 1990, p. 385 et s., et I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : le bilan coûts-avantages*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>176</sup> CE, Ass., 18 juill. 1973, *Ville de Limoges*, Rec. p. 530, et CE, Sect., 30 oct. 1992, *min des Aff. étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux c. Association de sauvegarde du site Alma-Champ de mars*, Rec. p. 384.

<sup>177</sup> V. CE, Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304802, Rec. p. 509 ; CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers (arrêt Béziers II)*, req. n° 304806, Rec. p. 117. V. D. TRUCHET, « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches », *RFDA*, 2015, p. 657 et s.

l'envisage comme exempte de toute *appréciation*, autrement dit comme seule opération de jugement de réalité et nullement de valeur »<sup>178</sup>, la majorité des auteurs reconnaissent l'imbrication ou l'association des opérations d'appréciation et d'interprétation du droit dans la qualification<sup>179</sup>. À cet égard, pour O. Cayla, il s'agit d'un « acte de nomination, contaminé par l'impureté inerradicable d'une fondamentale *décision* où s'exprime le choix d'une préférence (...) et donne lieu à une appréciation axiologique de la valeur des choses »<sup>180</sup>. La qualification juridique est donc empreinte de valeurs même quand elle n'est pas fondée sur l'évaluation et sur un contrôle explicite ou implicite du bilan.

Ensuite, il ne faut pas sous-estimer la juridicité du contrôle fondé sur le jugement de valeur formulé par l'évaluation. En effet, les valeurs servant de référence peuvent en général être reliées à une norme juridique qui traduit ces valeurs en droit. Elles peuvent d'abord être consacrées indirectement dans une règle juridique : c'est le cas de la protection de l'environnement qui résonne dans le principe de prévention et qui pourrait justifier l'annulation d'une autorisation dont l'évaluation régulière a démontré l'impact négatif sur la nature<sup>181</sup> ; c'est aussi le cas des principes d'économie des deniers publics et d'égalité devant le service public, qui font écho aux valeurs mises en avant dans les évaluations préalables des contrats devenus marchés de partenariat<sup>182</sup>. Parfois, les valeurs mises en avant dans l'évaluation sont même retranscrites dans des termes proches dans la norme qui habilite le décideur : en droit de la santé, par exemple, les textes font clairement comprendre qu'il faut un service médical rendu suffisant pour qu'un remboursement soit envisageable. La valeur décisive pour l'évaluation et la décision se confondent alors<sup>183</sup>. Le

---

<sup>178</sup> O. CAYLA, « Ouverture / la qualification, ou la vérité du droit », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1993, n° 18, p. 3-18.

<sup>179</sup> D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse de l'Université de Poitiers, 1979, p. 401 ; E. LANGAVANT et M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 236 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 321, et R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les considérations de fait devant le Conseil d'État, juge de cassation », *Mél. J. Boré*, Dalloz, coll. « Mélanges-Études », p. 135-140.

<sup>180</sup> O. CAYLA, « Ouverture / la qualification, ou la vérité du droit », *loc. cit.*, p. 14.

<sup>181</sup> Le principe de prévention prévu à l'article L. 110-1 du code de l'environnement et à l'article 3 de la charte de l'environnement. L'obligation de prise en compte de l'environnement prévue à l'article L. 122-1-1 et L. 122-9 du code de l'environnement justifie aussi l'intégration des considérations d'environnement dans le contrôle. V. M. CLÉMENT, *Droit européen de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 137. À cet effet, des circulaires définissant des seuils d'acceptabilité de ces atteintes pourraient servir au juge pour caractériser l'illégalité d'une décision. V. par exemple, la circulaire du 9 août 2013 relative à la démarche de prévention et de gestion des risques sanitaires des installations classées soumises à autorisation.

<sup>182</sup> V. Cons. const., 24 juill. 2008, n° DC 2008-567, *Loi relative aux contrats de partenariat*, pt. 10 et FIN INFRA, *Plan type du rapport d'évaluation préalable du mode de réalisation*, 2016, disponible sur le site internet de la Fin Infra.

<sup>183</sup> L'article R. 163-3 du code de la sécurité sociale : « Les médicaments sont inscrits sur la liste prévue au premier alinéa de l'article L. 162-17 au vu de l'appréciation du service médical rendu qu'ils apportent indication par indication. Cette appréciation prend en compte l'efficacité et les effets indésirables du

contrôle indirect de l'utilisation du contenu évaluatif ne dé-juridicise pas le contrôle juridictionnel. Il l'enrichit seulement en l'incitant à prendre en compte de nouvelles normes juridiques.

Cette juridicité renforcée vaut même pour le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la déduction des conséquences légales, qui est un contrôle du pouvoir discrétionnaire du décideur. En effet, si, pour M. Deguergue<sup>184</sup>, B. Seiller et M. Guyomar<sup>185</sup> le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'explique par l'absence de règles juridiques à appliquer dans les matières où il est effectué, il n'en demeure pas moins que cette erreur semble toujours déduite de l'application d'une règle ou d'un principe juridique. D'une part, puisque le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle « relationnel », distinct du contrôle binaire et identitaire de la qualification juridique des faits, il n'est pas surprenant qu'un contrôle de conformité classique ne soit pas exercé. D'autre part, compte tenu de la nature relationnelle de l'opération discrétionnaire de déductions des conséquences légales, il n'est pas impossible de penser qu'elle est soumise, implicitement, mais nécessairement, à un principe général de proportionnalité (manifeste) du dispositif, limité aux principes d'appropriation et de proportionnalité au sens strict. Dans cette perspective, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation serait l'ombre du principe de bonne administration. Il est aussi possible de considérer que ce contrôle est le fruit de principes juridiques plus précis : le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires<sup>186</sup> peut ainsi être relié au principe de proportionnalité des peines<sup>187</sup>.

D'après cette conception, l'évaluation constitue un guide pour le juge – ou, selon la perspective, une limite<sup>188</sup> – en lui montrant les valeurs à prendre en compte et la manière dont elles sont réalisées : à lui de trouver ensuite les textes juridiques correspondants à ces valeurs. Ainsi, même fondé sur la dimension axiologique de l'évaluation, le contrôle de la décision finale demeure un contrôle pleinement juridique, justifié par des principes jurisprudentiels ou textuels plus ou moins explicités par le juge.

---

médicament, sa place dans la stratégie thérapeutique, notamment au regard des autres thérapies disponibles, la gravité de l'affection à laquelle il est destiné, le caractère préventif, curatif ou symptomatique du traitement médicamenteux et son intérêt pour la santé publique. Les médicaments dont le service médical rendu est insuffisant au regard des autres médicaments ou thérapies disponibles ne sont pas inscrits sur la liste ».

<sup>184</sup> M. DEGUERGUE, « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », in *Mél. J.-F. Lachaume. Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 377 et s.

<sup>185</sup> M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2014, p. 115.

<sup>186</sup> CE, Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan*, req. n° 347704, Rec. p. 279.

<sup>187</sup> Article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

<sup>188</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre I, Section 2, §II.

**488.** Ce contrôle indirect de l'utilisation du jugement évaluatif pourrait donc être intégré à l'office du juge sans le dénaturer. Il ne dévalorise pas la place du droit dans le raisonnement juridictionnel et il ne revient pas à exiger du décideur qu'il adopte la meilleure décision possible.

Cette utilisation probatoire de l'évaluation soulève toutefois d'autres difficultés, dès lors qu'elle est pratiquée sans que les évaluations mobilisées fassent l'objet d'un contrôle réel en amont. À cet égard, les invocations des études d'impact des projets de loi comme des faits justificatifs des décisions du Conseil constitutionnel et des facteurs interprétatifs de la loi posent particulièrement problème (B).

### **B. L'imprudente invocation des études d'impact des projets de loi pour interpréter l'intention du législateur**

**489.** Alors qu'elle ne fait l'objet d'aucun contrôle sérieux, l'étude d'impact des projets de loi est de plus en plus mentionnée comme un facteur d'explication des décisions du Parlement et du Conseil constitutionnel, voire comme une clef pour l'interprétation des lois (1). Ces références interpellent dès lors que le juge ne contrôle pas réellement la régularité de ces évaluations et que rien ne garantit qu'elles aient effectivement servi de modèle au législateur. Ces invocations pourraient même poser problème au-delà de ces considérations contingentes, notamment au regard de l'équilibre des pouvoirs constitutionnels (2).

#### 1) L'assimilation des études d'impact aux travaux préparatoires

**490.** Malgré leur médiocrité notoire<sup>189</sup> et l'absence de réel contrôle juridictionnel, les études d'impact des projets de loi sont devenues des références centrales dans les discours

---

<sup>189</sup> V. J.-M. SAUVÉ, « Le rôle du Conseil d'État dans la mise en œuvre des études d'impact », intervention du 29 nov. 2010 lors de la conférence *L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique*, organisée par l'Université Ouest Nanterre La Défense au Cercle France Amériques, 2010 ; S. HUTIER, « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, 2015/1, n° 101, p. 73-86 ; A. VIDAL-NAQUET, « Évaluation et qualité normative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 41-66 ; B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, 492 p. ; CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, La Doc. Fr., 2016, 256 p. ; la contribution d'E. Woerth dans le rapport ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence de réformes*, *op. cit.*, p. 202.

doctrinaux – organiques et universitaires – ainsi que dans les discours juridictionnels pour interpréter la volonté du législateur ou justifier une décision du Conseil constitutionnel.

À cet égard, l'évaluation est devenue un fait invoqué de manière privilégiée dans les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel<sup>190</sup>, qu'il s'agisse de décisions rendues sur le fondement de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution. Les études d'impact servent alors à identifier les objectifs de la loi, notamment quand un contrôle de proportionnalité a été fait dans la décision<sup>191</sup>, ou à expliquer les dispositions en cause<sup>192</sup>, notamment sous un angle historique<sup>193</sup>, ce qui indiquerait un rapprochement entre la pratique du juge constitutionnel français et celle du juge américain, qui s'intéresse depuis longtemps aux « faits sociaux »<sup>194</sup>. Ces évocations laissent penser que, conformément au souhait de Ch.-A. Morand, l'étude d'impact est utilisée dans sa dimension factuelle et évaluative<sup>195</sup> par le juge<sup>196</sup>, à condition toutefois que le projet de loi n'ait pas sensiblement évolué au cours de la discussion législative<sup>197</sup>.

Cette impression est cependant contredite par la lecture des décisions faisant l'objet de ces commentaires : la constitutionnalité interne des lois contestée est à chaque fois examinée sans que le juge ne fasse référence à l'étude d'impact du projet présentée comme une clef de lecture. L'invocation *a posteriori* de l'étude d'impact dans les commentaires autorisés n'est donc pas un marqueur de l'utilisation réelle de l'évaluation par le juge constitutionnel.

---

<sup>190</sup> V. entre autres les commentaires des décisions n° 2010-736 DC, n° 2010-589 QPC, ° 2010-606 DC, n° 2011-625 DC, n° 2013-679 DC, n° 2015-476 QPC, n° 2015-490 QPC, n° 2015-519 QPC, n° 2015-524 QPC, n° 2015-713 DC, n° 2015-714 DC et n° 2016-560 QPC.

<sup>191</sup> Cons. const., 17 déc. 2015, n° 2015-723 DC. Le commentateur cite l'étude d'impact pour justifier la cohérence de l'insertion d'un article dans le projet de loi de financement de la sécurité sociale de 2016. Vraisemblablement, les conséquences que le législateur espérait tirer de la disposition mise en place (un crédit d'impôt) d'après l'étude d'impact ont justifié la constitutionnalité de la disposition.

<sup>192</sup> Cons. const., 2 mars 2016, n° 2015-524 QPC. L'étude d'impact est citée pour expliquer la pratique interinstitutionnelle mise en place pour geler des avoirs dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

<sup>193</sup> Cons. const., 8 sept. 2016, n° 2016-560 QPC.

<sup>194</sup> V. J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la Constitutionnalité des lois », in L. GAY (dir.), *La QPC. Approche de droit comparée*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 223, et L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut universitaire Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2015, p. 119-148.

<sup>195</sup> Pour un exemple d'utilisation de la dimension évaluative d'une étude d'impact par le Conseil constitutionnel, voir le commentaire de la décision, Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC. L'auteur mentionne l'étude d'impact pour souligner l'insuffisance des dispositions modifiées par le projet de loi et la décision rendue (il s'agissait de la mise à disposition de locaux au profit d'organisations syndicales). Cette précision semble justifier, par anticipation, la décision du juge de ne pas juger inconstitutionnelles le renforcement des obligations pesant sur les collectivités pour accueillir ces organisations. Implicitement, l'insuffisance du système modifié semble avoir facilité le jugement de constitutionnalité du juge.

<sup>196</sup> Ch.-A. MORAND, « Formes et fonctions de l'évaluation législative », in B. JADOT et F. OST (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications FUSL, 1999, p. 207-227.

<sup>197</sup> V. B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, op. cit.*, p. 118.

**491.** Pourtant, malgré sa maigre utilisation par les parlementaires et par le juge, l'étude d'impact a essaimé au-delà du contentieux constitutionnel comme facteur d'interprétation des lois. Elle est utilisée par les cours administratives comme si elle faisait partie des travaux préparatoires permettant d'interpréter la volonté du législateur et plus précisément de déterminer son intention. À ce titre, les études d'impact sont parfois mentionnées dans les conclusions des rapporteurs publics devant le juge administratif<sup>198</sup>. Le juge lui-même peut s'y référer, comme l'a montré le Conseil d'État, qui invoque l'étude d'impact d'un projet de loi pour interpréter une disposition législative dans un avis contentieux rendu en 2016<sup>199</sup>.

En dehors de la sphère juridictionnelle, ces évaluations sont aussi amplement utilisées par la doctrine pour expliquer l'intention du législateur<sup>200</sup>. Cette tendance n'est d'ailleurs pas seulement française, elle est aussi observable au Canada<sup>201</sup> ou au Royaume-Uni, où la progression de l'évaluation incite juges et auteurs à s'intéresser à l'intention du législateur<sup>202</sup>. La recherche de l'intention du législateur pour interpréter la loi constitue pour F. Ost et M. Van de Kerchove une « règle du jeu » interprétatif, selon laquelle il ne faut « jamais se départir de l'idée que l'auteur du texte est un être rationnel sous tous les points de vue »<sup>203</sup>. Avec l'étude d'impact des projets de loi, c'est la dimension pragmatique de cette intention qui est mise en valeur. Selon B. Defoort, « loin d'une investigation

---

<sup>198</sup> V. A. COURRÈGES, conclusions sur CE, Sect., 9 juin 2010, *M. Pierre L.*, req. n° 321506, Rec. p. 196 et CE, 24 fév. 2015, *Conseil national de l'ordre des médecins et association FORMINDEP*, req. n° 369074, Rec. T. p. 874-878-879.

<sup>199</sup> CE, avis, 17 oct. 2016, *Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française*, n° 400375, rec. T. 952, repris par CAA de Paris, 21 mars 2017, req. n°s 15PA04166, 15PA01889, Inédit au recueil Lebon.

<sup>200</sup> V. par exemple, N. SEVIN et B. MASNOU, « L'extension du domaine de la DUP, une avancée ? », *Les cahiers sociaux*, 2016, n° 281, p. 46 et s. Les auteurs se réfèrent de multiples fois à l'étude d'impact qui a préparé la loi relative au « dialogue social et à l'emploi » du 17 août 2015 pour expliquer les choix faits par le législateur et interpréter la portée du texte. V. aussi T. SACHS, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT*, 2017, p. 585 et s. En l'espèce, l'auteur se réfère aux objectifs identifiés par l'étude d'impact pour comprendre l'invocation de la notion de principes « d'ordre public » en droit du travail et de la négociation collective 24 mars 2016. Il existe plus d'une centaine d'articles invoquant l'étude d'impact comme facteur d'explication d'une loi.

<sup>201</sup> P. ISSALYS, « Analyse d'impact et production normative : de l'efficacité à la légitimité », *Rev. Fac. Direito UFMG*, Numero especial : Jornadas jurídicas Brasil-Canada, 2013, p. 245-274.

<sup>202</sup> V. Court of Appeal (Civil division), *International Transport Roth GmbH and Others v. Secretary of State for the Home Department* ; High Court of Justice (Administrative Court), 5 déc. 2001, *Sullivan J* ; High Court (Chancery Division), 26 November 2004, *DEFRA v. Feakins and Hawkins* et Commercial Court, High Court, Chancery Division, 17 oct. 2006, *Balmoral Group Ltd v Borealis (UK) Ltd*, cités par R. MUNDAY, « In the Wake of 'Good Governance': Impact Assessments and the Politicisation of Statutory Interpretation », *loc. cit.*, p. 395. Dans ces arrêts, les juges britanniques s'intéressent autant aux éléments factuels qu'aux objectifs de la loi inscrits dans les *Regulatory Impact Assessment* pour préciser le sens des lois interprétées.

<sup>203</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 358.

psychologisante dans les tréfonds de la volonté interne, la pragmatique implique une observation des différents éléments extérieurs au sujet émetteur d'un acte, et notamment des conditions dans lesquelles il a pu être amené à formuler un énoncé »<sup>204</sup>. C'est exactement ce que permet l'évaluation : elle cherche à objectiver les différents éléments de la prise de décision, les circonstances matérielles et axiologiques d'une procédure, sans s'intéresser à la psyché des sujets qui émettront la décision. Elle facilite notamment la connaissance des objectifs du législateur, c'est-à-dire de « quelque chose de plus précis que l'intention de l'auteur, et qui à la fois n'a pas nécessairement trait aux finalités à poursuivre, et qui, par ailleurs, est la référence nécessaire de toute application quelle qu'elle soit, de tout texte, quel qu'il soit » et qui permet une interprétation évolutive ou téléologique<sup>205</sup>.

**492.** Cette vague nouvelle de références à l'évaluation est probablement due à sa quasi scientificité, qui procure un avantage estimable à celui qui l'invoque pour faire triompher son argumentation, et ce malgré la suspicion permanente qui pèse sur les interprétations scientifiques ou authentiques<sup>206</sup>. L'évaluation permet de savoir « quel est l'intérêt dont le poids a été décisif dans l'élaboration de la loi »<sup>207</sup> et si elle n'apporte pas de certitude scientifique, elle renforce nécessairement une démonstration. Or, cette nouvelle contextualisation de la loi permise par l'évaluation pose question, tant au regard de problématiques propres à l'évaluation qu'au regard de la procédure parlementaire (2).

2) Les risques liés à l'invocation interprétative des études d'impact des projets de loi

**493.** L'utilisation de l'évaluation comme outil d'éclaircissement de la volonté du législateur ne peut qu'inquiéter au regard de leur piètre qualité et de l'absence d'un contrôle juridictionnel effectif de l'objectivité ou de la justesse de l'évaluation. C'est donc avec la plus grande prudence que ces études, dont la faible qualité est communément dénoncée, devraient être invoquées comme éléments d'interprétation ou de justification de la loi.

D'abord, il est possible que l'étude d'impact ne contienne que certains impacts et objectifs du projet de loi, puisque le Conseil constitutionnel laisse le gouvernement définir le champ des objectifs à prendre en compte dans l'étude indépendamment du contenu réel

---

<sup>204</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative, op. cit.*, p. 89.

<sup>205</sup> J.-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, n° 3, 1991, p. 327 et s.

<sup>206</sup> V. J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in CURAPP et CHRIP (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 259-280.

<sup>207</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2e éd., 2004, p. 270.

de la loi<sup>208</sup>. Il est aussi possible que l'étude d'impact ne vaille que pour une partie de la loi finalement votée si la discussion parlementaire a fait évoluer le projet de loi initialement présenté ou si les parlementaires ont conservé son contenu, mais qu'ils ont modifié les objectifs du projet au gré de sa discussion. Aussi, dans la mesure où le juge et la doctrine se réfèrent souvent à l'étude d'impact des projets de loi sans faire cas de son invocation réelle au cours des travaux parlementaires, il se peut qu'une étude présentée comme déterminante pour comprendre l'intention du législateur ait été, en réalité, complètement occultée par les parlementaires. D'autant que si l'évaluation est de plus en plus invoquée par les parlementaires pour nourrir la discussion, elle est parfois citée pour son insuffisance et pour contester le projet de loi plutôt que pour l'appuyer<sup>209</sup>. À ce titre, les parlementaires ont pu invoquer l'avis donné par le Conseil d'État sur l'étude d'impact pour souligner les défauts d'une étude<sup>210</sup>. Dans ces conditions, l'invocabilité de l'évaluation comme moyen d'éclairer l'interprétation du législateur doit être regardée avec précaution. Son utilisation devrait être limitée aux lois dont le contenu n'a pas évolué au cours de la discussion parlementaire et qui ont été défendues devant le Parlement sur le fondement de l'étude d'impact.

**494.** Pour certains auteurs toutefois, même si les évaluations régulières étaient effectivement prises en considération par le législateur, leur utilisation pour interpréter les dispositions législatives devrait être évitée<sup>211</sup>. Dans ce sens, R. Dworkin prône l'utilisation des avis exprimés par les élus après la promulgation de la loi plutôt que la référence aux travaux préparatoires. L'auteur pointe avec justesse le risque principal de l'étude des travaux préparatoires, qui requiert de savoir si les opinions exprimées correspondent aux espérances, aux attentes liées à la loi ou à une information neutre<sup>212</sup>. Dans cette perspective,

---

<sup>208</sup> Cons. const., 1er juillet 2014, n° 2014-12 FNR. V. S. HUTIER, « Première décision FNR relative à une étude d'impact : déception ou espérance ? », *RFDC*, 2015, n° 101, p. 194-201.

<sup>209</sup> L'insuffisance de l'étude accompagnant le projet de loi relatif au découpage des circonscriptions électorales pour les élections du Parlement européen a ainsi été soulignée, v. le compte rendu de la première séance du mardi 13 février 2018, Assemblée nationale, XV<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 2017-2018, disponible sur le site de l'Assemblée nationale v. aussi les discussions relatives au projet de loi « Pour un État au service d'une société de confiance (séances du 23, 24 et 25 janvier 2018).

<sup>210</sup> Compte rendu de la 2<sup>ème</sup> séance du 23 janvier 2018 à propos du projet de loi « Pour un État au service d'une société de confiance ». Mme Caroline Fiat a cité le Conseil d'État : « comme le fait remarquer le Conseil d'État : "Le Gouvernement a fait le choix, que l'étude d'impact justifie insuffisamment, de reconnaître un droit à l'erreur général dans les procédures déclaratives plutôt que d'identifier, comme c'est déjà le cas en matière fiscale, celles des procédures dans lesquelles une invitation à régulariser avant sanction devrait être créé" ».

<sup>211</sup> *A contrario*, v. J.-E. SCHOETLL, « Intérêt général et Constitution », *EDCE*, 1999, n° 50, p. 375-386.

<sup>212</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, coll. « Recherches politiques », 1994, p. 353.

les études d'impact et, plus largement, les travaux préparatoires auraient un intérêt explicatif limité dans le temps, qui s'évanouirait petit à petit<sup>213</sup>, au gré de l'évolution des attentes liées à la loi en cause.

Pour F. Ost, la recherche de l'intention du législateur peut être indésirable pour d'autres raisons. Selon lui, elle s'inscrit « dans un univers légal libéral » dans lequel la procédure et la compétence de l'auteur justifient sa décision<sup>214</sup>. Or, dans la société post-moderne, avec l'avènement de la légitimation matérielle et finaliste des normes et la multiplication des interventions d'experts, la recherche de l'intention du législateur et l'utilisation des évaluations reviendrait à « imposer le point de vue éclairé de l'expert [et à] opérer un transfert de pouvoir au profit du scientifique et du technicien »<sup>215</sup>. Cette crainte d'un transfert de pouvoir aux techniciens semble excessive compte tenu de la prévalence inaltérable du politique dans la procédure législative. Toutefois, il est certain qu'une référence trop fréquente aux études d'impact pour déterminer l'intention du législateur accroît le transfert de pouvoir du Parlement vers le gouvernement, puisque les comptes rendus des débats parlementaires sont délaissés au profit de la phase gouvernementale de la procédure législative. L'invocation excessive des études d'impact reproduirait donc le déséquilibre entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif dans l'élaboration de la loi, et, certes très indirectement, le renforcerait.

Même si elles sont bien fondées et objectives, les études d'impact mériteraient donc d'être utilisées avec parcimonie par les juges et par la doctrine pour interpréter la loi. En revanche, dès lors qu'une évaluation est jugée régulière – ce qui suppose qu'elle puisse être contrôlée avec rigueur – et que le projet de loi n'a pas évolué au cours de la discussion parlementaire, son utilisation à titre factuel ou axiologique par le juge constitutionnel pour détecter une erreur manifeste d'appréciation, une erreur dans la qualification juridique ou une erreur de fait dans la loi contrôlée *a priori* ou *a posteriori* ne paraît pas soulever de difficultés. Seule la contextualisation de la loi serait renforcée dans ce cas et non la prééminence du Gouvernement sur le Parlement.

Ce contrôle indispensable de la contextualisation réelle des décisions prises ne saurait toutefois épuiser le contrôle indirect de l'évaluation régulière. S'il est important que le juge impose *a posteriori* le respect des données factuelles et axiologiques de l'évaluation, il pourrait aussi, par son contrôle, inciter, voire forcer, le décideur à prendre réellement

---

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 364 et s.

<sup>214</sup> F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *APD*, 1985, t. 30, p. 9-34.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 32.

connaissance de l'évaluation et à utiliser ces informations *avant* de décider. En d'autres termes, le juge pourrait vérifier que le décideur a fait une utilisation de l'évaluation conforme à sa normativité, c'est-à-dire qu'il l'a prise en considération (§II).

## **§II. Le contrôle complémentaire de la prise en considération de l'évaluation par le décideur**

**495.** Avant de regarder si le décideur n'a pas commis d'erreur de fait, d'erreur dans la qualification juridique des faits ou d'erreur manifeste d'appréciation en se fondant sur une évaluation régulière, le juge pourrait vérifier que le décideur a correctement pris en considération le modèle de comportement fourni par l'évaluation. Ce contrôle permettrait l'annulation des décisions adoptées au mépris du processus de rationalisation des décisions publiques sans que le juge ait à effectuer un contrôle approfondi des décisions en cause. Il pourrait être facilement mis en place étant donné que l'obligation de prise en considération est une expression déjà usitée par certains textes de droit positif et qu'elle fait l'objet d'un contrôle ponctuel du juge (A). Il suffirait alors de l'étendre aux actes évaluatifs qui sont exclus de ce rapport normatif spécifique, à condition toutefois que cette transposition ne dénature pas la procédure décisionnelle dans laquelle est intégrée l'évaluation (B).

### **A. Les obligations positives de prise en considération**

**496.** Même si son contenu reste débattu, l'obligation de prise en considération est imposée et contrôlée en droit de l'Union européenne et en droit interne (1). Ses occurrences sont toutefois encore peu nombreuses en matière d'évaluation (2).

1) Une obligation mal définie

**497.** L'obligation « de prise en considération » est prévue par plusieurs textes en droit français et européens, mais elle n'a pas de définition ni de régime arrêtés. Si l'obligation « de prise en considération » est inhérente à tous les actes normatifs pour R. Hostiou<sup>216</sup> et à tous les avis pour W. Zagorski<sup>217</sup>, puisque leur fonction est de servir pour le jugement,

---

<sup>216</sup> R. HOSTIOU, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 119, p. 55.

<sup>217</sup> W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisionnels. Contribution à une typologie du droit souple*, *op. cit.*, p. 292. L'auteur établit une graduation des forces référentielles des actes normatifs ; à

elle est peu explicitée. En doctrine, l'étude la plus développée sur ce sujet concerne le domaine spécifique du droit international privé. Or, en raison du sens précis de la prise en considération dans ce domaine, ses conclusions sont difficilement extrapolables<sup>218</sup>.

**498.** La prise en considération est avant tout définie par la doctrine comme un rapport entre normes. En ce sens, en 1996, J.-P. Lebreton a défini l'obligation de prise en considération énoncée à plusieurs reprises en droit de l'urbanisme<sup>219</sup> comme une forme de « rapport normatif » qui se distingue du rapport de compatibilité et de conformité » et qui serait « sur la courbe asymptotique de l'opposabilité, à un point proche du degré zéro »<sup>220</sup>. Pour G. Tusseau, la prise en considération est une forme de rapport entre normes inférieure à la conformité, la compatibilité et la dénaturation<sup>221</sup>. E. Fohrer-Dedeurwaerder semble exprimer la même idée en définissant la prise en considération comme « une technique juridique qui consiste pour le juge à *consulter* une règle sans l'appliquer »<sup>222</sup>, « celui-ci ne fait ainsi que *s'y référer* »<sup>223</sup> bien qu'il s'agisse de la « base de sa décision »<sup>224</sup>.

Ces définitions permettent de mieux cerner la portée de l'obligation de prise en considération, mais elles ne sont pas suffisamment précises pour percevoir comment cette obligation servirait le contrôle de l'évaluation et plus précisément la vérification d'une utilisation de l'évaluation conforme à sa normativité.

**499.** Pour la cerner davantage, il faut se référer plus spécialement aux textes de droit positif. Depuis 2012, une obligation de prise en considération est prévue dans le code de l'environnement pour la conduite des enquêtes publiques<sup>225</sup>. Conformément à la convention d'Aarhus, le code prévoit que le maître d'ouvrage et l'autorité compétente doivent « prendre en considération » les observations et propositions recueillies au cours de l'enquête. La Cour administrative d'appel de Douai a précisé le sens de ces dispositions.

---

ce titre, il classe les avis parmi les actes ayant une force référentielle obligatoire mais moyenne, dans la mesure où ils doivent seulement être pris en compte et non être l'unique fondement de la décision.

<sup>218</sup> V. E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque droit Privé », t. 501, 2008, 570 p.

<sup>219</sup> Par exemple, à l'article L. 515-3 du code de l'environnement relatif aux schémas de cohérence territoriale.

<sup>220</sup> J.-P. LEBRETON, « L'imbroglio de la hiérarchie des normes affectant directement ou indirectement l'acte de construire », *LPA*, 1996, n° 86, p. 4-10.

<sup>221</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Vol. 60, 2006, p. 453. Pour l'auteur, l'obligation de prise en compte signifie que « les normes doivent être produites en harmonie avec des normes supérieures ».

<sup>222</sup> E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>225</sup> Article L. 123-1 du code de l'environnement créé par l'article 236 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle II ».

Elles « n'ont ni pour objet ni pour effet d'obliger l'autorité compétente à prendre une décision dans un sens conforme à celui de la majorité des observations recueillies, ou à celui de l'avis du commissaire-enquêteur »<sup>226</sup>. Cette définition négative n'épuise cependant pas le sens de l'obligation de prise en considération, qui demeure, selon J.-C. Hélin, « très largement indéterminée »<sup>227</sup>.

En réalité, elle ne l'est pas tant que ça. La doctrine s'accorde pour considérer que le décideur doit apporter la preuve, dans sa décision, de la prise en considération du document<sup>228</sup> et définit donc l'obligation de prise en considération comme une obligation de motivation. En ce sens, cette obligation est « purement formelle et sans effet véritable sur le contenu de l'évaluation environnementale »<sup>229</sup>. Toutefois, les avis divergent sur son étendue précise. Selon J.-P. Lebreton, elle devrait amener le décideur à « attester (...) qu'il a bien été pris connaissance du document et justifier l'éventuelle non prise en compte de ses orientations »<sup>230</sup>, alors que pour J. Bétaille, le décideur ne devrait pas « s'écarter des orientations fondamentales des documents à prendre en compte »<sup>231</sup>, ce qui est plus contraignant. Cette seconde interprétation rejoint celle d'A. Van Lang, selon qui le contrôle de l'obligation de prise en considération serait amené à évoluer vers un contrôle de fond<sup>232</sup>.

Pour le Conseil d'État, la vérité réside entre ces deux interprétations, puisqu'il a jugé en 2004 à propos des décisions devant prendre en compte d'un document d'urbanisme que celles-ci « ne doivent pas, en principe, s'écarter des orientations fondamentales du schéma (...) sauf, sous le contrôle du juge, pour un motif tiré de l'intérêt de l'opération envisagée et dans la mesure où ce motif le justifie »<sup>233</sup>. Cette interprétation est assez spécifique, mais il peut en être déduit une définition plus générale de la prise en considération d'actes juridiques. Elle impose au décideur de motiver spécifiquement et avec sérieux sa décision

---

<sup>226</sup> CAA de Marseille, 21 avril 2016, req. n° 15MA00872.

<sup>227</sup> J.-C. HELIN, in CONSEIL D'ÉTAT, *La démocratie environnementale*, op. cit., p. 107-115.

<sup>228</sup> G. MONEDIAIRE, « Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement », *loc. cit.*, p. 607-635 ; C. ROGER-LACAN, in CONSEIL D'ÉTAT, *La démocratie environnementale aujourd'hui*, La Doc. Fr., 2013, p. 116-128 et J. BÉTAILLE, « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisantes récurrentes », *RJE*, 2010, n° spécial, p. 241-251.

<sup>229</sup> Ph. BILLET, « L'évaluation environnementale, fondement de la prévention et de la réparation des atteintes à la biodiversité en droit français et communautaire. Approche critique », *RJE*, 2011, Vol. 5, n° spécial, p. 63-78.

<sup>230</sup> J.-P. LEBRETON, « L'imbroglio de la hiérarchie des normes affectant directement ou indirectement l'acte de construire », *loc. cit.*, p. 9.

<sup>231</sup> J. BÉTAILLE, « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisantes récurrentes », *loc. cit.*, p. 250.

<sup>232</sup> A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, coll. « Thémis Droit Public », 4<sup>e</sup> éd., 2016, p. 83-84.

<sup>233</sup> CE, 28 juill. 2004, *Association de défense de l'environnement et autres*, req. n° 256511, rec. T. 710-730. L'obligation de prise en compte résultait de l'article L. 212-1 du code de l'environnement alors applicable.

s'il s'écarte des orientations fondamentales du schéma. En d'autres termes, comme le résume F. Brunet, « le respect de la norme est imposé pour autant qu'une raison suffisante ne permet pas de s'en écarter » et ce respect doit être « objectivement contrôlable »<sup>234</sup>.

Cette interprétation est corroborée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui a défini l'obligation de prise en considération qui s'impose en matière sanitaire à la Commission européenne. Cette obligation est posée par le règlement organisant l'Agence européenne du médicament<sup>235</sup>. La Commission européenne doit prendre en considération l'avis rendu par les comités spécialisés de l'Agence européenne du médicament, ce qui signifie qu'elle doit s'expliquer si elle souhaite s'éloigner de cet avis<sup>236</sup>. Le Tribunal de première instance de l'Union a confirmé cette interprétation quand il a transposé cette obligation au comité des spécialités pharmaceutiques de l'Agence européenne du médicament dans son arrêt *Artegoda* de 2002<sup>237</sup>. D'après cet arrêt, en vertu de l'obligation de prise en considération, le comité « est tenu d'indiquer, dans son avis, les principaux rapports et expertises scientifiques sur lesquels il s'appuie, et de préciser, en cas de divergence significative, les raisons pour lesquelles il s'écarte des conclusions des rapports ou des expertises produits par les entreprises concernées » (point 200 de l'arrêt). La même jurisprudence existe devant les juridictions judiciaires en France en matière d'expertises judiciaires : le juge ne peut écarter les conclusions de l'expert « qu'en s'appuyant sur des constatations et des avis techniques extérieurs régulièrement produits au débat et discutés entre les parties »<sup>238</sup>.

**500.** C'est donc l'interprétation de J.-P. Lebreton qui semble la plus susceptible de convenir au principe de prise en considération. Il n'interdit pas au décideur de s'éloigner des apports fondamentaux du document de référence, contrairement à ce que suggérerait J. Bétaille : il oblige seulement le décideur à motiver ce choix. À ce titre, le droit de l'Union

---

<sup>234</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque de thèses », 2012, p. 295.

<sup>235</sup> Article 35 du règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments : « Dans les cas où le projet de décision n'est pas conforme à l'avis de l'Agence, la Commission joint une annexe où sont expliquées en détail les raisons des différences ».

<sup>236</sup> Cette obligation existait sous l'empire du précédent règlement, de 1993, v. P. CASSIA et E. SAULNIER, « L'autorisation de mise sur le marché des médicaments à usage humain dans l'Union européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1996, p. 752.

<sup>237</sup> TPICE, 26 nov. 2002, *Commission c. Artégoda*, T-74/00.

<sup>238</sup> Cass. Req., 13 nov. 1918, S. 1920, et CA Versailles, 1<sup>er</sup> fév. 2018, n° 6/030501 ; CENTRE DE DROIT COMPARÉ et Ph. SARAILLHÉ, *Les experts : auxiliaires ou substitués du juge ?*, coll. « Centre français de droit comparé », 2009, p. 150.

européenne est une source intéressante pour déterminer l'intensité de cette obligation de motivation. Dans l'arrêt *Pfizer*<sup>239</sup> de 2002 portant sur l'obligation de prise en considération pesant sur la Commission, le juge européen a repris la jurisprudence *Artedogan* et a affirmé que le décideur devait « motiver spécifiquement son appréciation par rapport à celle exprimée dans l'avis », en précisant que cette motivation devait « être d'un niveau scientifique au moins équivalent à celui de l'avis en question ». N. de Sadeleer estime que ces preuves peuvent notamment consister dans des études nationales contredisant l'étude de l'Agence<sup>240</sup>. L'obligation de prise en considération suppose donc un véritable effort de motivation du décideur, qui doit fournir des preuves d'une rigueur équivalente à l'évaluation pour justifier son écart.

De ce fait, comme le souligne C. Roger-Lacan, et comme l'avait prévu A. Van Lang<sup>241</sup>, cette obligation appelle un contrôle de fond<sup>242</sup>, ce qui la distingue des autres obligations de motivation contrôlées par le juge administratif. Elle diffère ainsi de la prise en considération purement formelle imposée aux décideurs destinataires d'avis administratifs. Cette obligation signifie seulement que les avis doivent figurer dans les visas de la décision<sup>243</sup>. Quant à l'obligation de motivation imposée à certains actes administratifs par le code des relations entre le public et l'administration<sup>244</sup>, qui appelle aussi un contrôle de forme, elle se différencie de l'obligation de prise en considération dans la mesure où elle est indifférente à la justesse des motifs de fait et de droit invoqués<sup>245</sup>.

À l'inverse, l'obligation de prise en considération au sens fort impose d'explicitier comment l'avis a été pris en compte dans le contenu de la décision<sup>246</sup>, ce qui requiert un certain niveau de technicité et la pertinence de la motivation avancée dans la décision finale. Cette exigence renforcée de motivation conviendrait à la normativité de l'évaluation, non prescriptive, mais non négligeable. Pourtant, un seul texte français prévoit aujourd'hui une telle obligation dans ce domaine (2).

---

<sup>239</sup> TPICE, 11 sept. 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, préc.

<sup>240</sup> N. DE SADELEER, « Le principe de précaution dans le droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2017, p. 1025-1039.

<sup>241</sup> A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 84

<sup>242</sup> C. ROGER-LACAN, in CONSEIL D'ÉTAT, *La démocratie environnementale aujourd'hui*, op. cit., p. 116-128.

<sup>243</sup> CE 13 janv. 1956, *Association des administrateurs retraités des communes mixtes et des services civils de l'Algérie*, Rec. p. 13, cité par Ch. HELLER, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, thèse de l'Université de Strasbourg, 1961, p. 293. V. aussi G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 74, 1968, p. 489.

<sup>244</sup> Article L. 211-1 du code des relations entre le public et l'administration.

<sup>245</sup> V. J.-C. HÉLIN, in CONSEIL D'ÉTAT, *La démocratie environnementale aujourd'hui*, op. cit., p. 108-116.

<sup>246</sup> V. F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 299 et s.

## 2) Une obligation rare en matière évaluative

**501.** À première vue, plusieurs dispositions juridiques portant sur l'évaluation semblent énoncer une obligation de prise en considération. Toutes ces dispositions sont relatives aux études d'impact et aux évaluations environnementales. Ces textes imposent en effet de manière récurrente une « prise en compte » des exigences environnementales<sup>247</sup>. Ces dispositions ont cependant une signification et une portée contentieuse limitées. Elles ne correspondent pas à une véritable obligation de prise en considération.

À cet égard, la prise en compte des exigences d'environnement mentionnée dans la loi sur la protection de 1976<sup>248</sup> a seulement autorisé le juge à intégrer les effets environnementaux du projet dans son contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du dispositif des décisions choisies<sup>249</sup> – ce qui appuie l'idée selon laquelle c'est en principe une règle juridique qui permet le contrôle de l'erreur d'appréciation, comme cela a été exposé précédemment. Cette traduction contentieuse de la prise en compte est utilisée par le Conseil d'État<sup>250</sup> et par la doctrine pour décrire le contrôle du bilan coûts-avantages réalisé sur les déclarations d'utilité publique. Selon B. Drobenko, le juge doit ainsi « prendre en compte » l'environnement dans son contrôle du bilan<sup>251</sup>. Comme dans la loi de 1976, cela signifie seulement qu'il doit en faire un élément d'appréciation de la légalité.

**502.** La seconde occurrence apparente d'une obligation de prise en considération en matière évaluative est inscrite dans le code de l'urbanisme. Son article R. 104-23 charge l'autorité environnementale de vérifier la « prise en compte » de l'environnement par le projet de document d'urbanisme. Cette formulation se rapproche davantage de l'obligation de prise en considération au sens strict, mais elle ne vise pas directement le décideur, et ce

---

<sup>247</sup> L'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature prévoit que son décret d'application fixe « les conditions dans lesquelles les préoccupations d'environnement sont prises en compte dans les procédures réglementaires existantes », l'article L. 122-1 impose au décideur d'exposer la manière dont il a « pris en compte » les avis reçus ; l'article R. 104-23 du code de l'urbanisme prévoit que l'autorité environnementale est consultée sur la « prise en compte de l'environnement par le projet de document d'urbanisme ».

<sup>248</sup> Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

<sup>249</sup> CE, 2 avril 1982, *Société pour l'étude et la protection de la nature en Bretagne*, req. n° 23.390, cité par F. TIBERGHIEU et B. LASSERRE, « Chronique », *AJDA*, 1982, p. 587-592.

<sup>250</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2013. Réflexions sur le droit souple*, La doc. Fr., 2013, p. 15 : « La jurisprudence aura à traiter des trois questions suivantes : celle de la recevabilité des recours contentieux contre des instruments de droit souple, en d'autres termes leur contestabilité, celle de leur invocabilité devant le juge et celle de leur prise en compte dans la motivation des décisions juridictionnelles ». Nous soulignons.

<sup>251</sup> B. DROBENKO, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 109 et s.

serait forcer son interprétation que de considérer qu'elle impose, implicitement, à l'auteur du document de prendre en considération au sens strict l'évaluation. Aucune indication ne va en ce sens dans le reste du code.

**503.** La troisième occurrence relative à la prise en compte de l'environnement est plus prometteuse. Le code de l'environnement prévoit en effet que les décideurs qui ont été destinataires d'une étude d'impact environnemental sont tenus d'expliquer dans un document rendu public après la fin de la procédure décisionnelle comment l'évaluation a été prise en compte dans leur décision<sup>252</sup>. Néanmoins, en dépit des apparences, cette disposition ne crée pas une obligation de prise en considération au sens strict, dans la mesure où elle n'oblige pas le décideur à prendre en considération l'évaluation au moment de décider, mais seulement à dire, *a posteriori*, s'il l'a prise en compte et le cas échéant de quelle manière. D'ailleurs, cette obligation issue d'une directive européenne de 2014<sup>253</sup> n'est pas confondue par le législateur européen avec l'obligation de prise en considération des informations au cours du processus de décision, et qui est désormais codifiée en France au premier alinéa de l'article L. 122-1 du code de l'environnement. L'obligation de prise en compte *a posteriori* et *in itinere* se complètent donc.

**504.** La véritable obligation de prise en considération, qui a été imposée par le droit de l'Union européenne dès 1985<sup>254</sup>, a été transposée tardivement en France avec l'ordonnance de 2016 ratifiée par la loi de mars 2018<sup>255</sup>. L'article L. 122-1 du code de l'environnement prévoit que les autorités décisionnaires dans les procédures soumises à évaluation sont tenues de « prendre en considération l'étude d'impact [et] l'avis des autorités mentionnées », à savoir l'autorité environnementale et les collectivités territoriales intéressées<sup>256</sup>. Cette transposition qui n'a pas encore été soumise à un tribunal est salutaire, dans la mesure où l'obligation de justifier la mise à l'écart du modèle implicite de comportement fourni par l'évaluation correspond parfaitement à la normativité modérée, mais certaine de cette expertise.

---

<sup>252</sup> Articles L. 122-1-1 et L. 122-9 du code de l'environnement. Dans le même sens, v. l'article L. 122-11-1 du code de l'urbanisme et la convention d'Espoo de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (article 6).

<sup>253</sup> Directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

<sup>254</sup> Article 8 de la directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

<sup>255</sup> Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 et loi n° 2018-248 du 2 mars 2018.

<sup>256</sup> Article L. 122-1-1 du code de l'environnement.

À cet égard, il est remarquable que la plupart des auteurs qui se sont intéressés à l'évaluation, qu'ils soient ou non juristes, aient jugé que cette prise en considération par le décideur était consubstantielle à la démarche évaluative<sup>257</sup>. Cette relation a été particulièrement affirmée en matière de politiques publiques<sup>258</sup> et dans le champ du principe de précaution<sup>259</sup>.

**505.** D'après le Conseil d'État, cette obligation serait en réalité consubstantielle à tous les actes non impératifs. En effet, dans son rapport sur le droit souple, qui partage avec l'évaluation une normativité non prescriptive<sup>260</sup>, l'institution écrit que ce type d'acte peut ne pas être appliqué à condition que le destinataire de l'acte justifie son écart de comportement<sup>261</sup> – donc à condition d'une prise en considération de l'acte de droit souple. Le rapport donne l'exemple du code de gouvernement d'entreprise créé par la loi du 3 juillet 2008<sup>262</sup> et des « instruments juridiques qui doivent être “pris en compte” par les destinataires » en droit de l'urbanisme et de l'environnement<sup>263</sup>. Si ces mécanismes sont propres aux actes dotés d'une normativité non prescriptive, alors le contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur en fonction de sa normativité paraît parfaitement justifié. Il faut toutefois relever que les instruments visés par le Conseil d'État dans cette catégorie semblent pour la plupart prescriptifs, donc décisifs et impossibles à confondre avec l'évaluation. Cette confusion n'affecte cependant pas la thèse du Conseil d'État, qui considère clairement que l'obligation de prise en considération au sens strict pourrait s'appliquer aux actes qui ne génèrent pas d'obligation de conformité ou de compatibilité.

Or, pour améliorer la cohérence et la pertinence du régime contentieux de l'évaluation, cette obligation de prise en considération pourrait être généralisée à tous les

---

<sup>257</sup> V. C.-H. BORN, « Quelques réflexions sur le régime de protection des sites Natura 2000 contre les incidences des plans et projets », in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 957-987 et M. DEGOFFE, « L'utilisation de la notion d'évaluation dans le contrôle de l'action administrative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, op. cit., p. 193-202.

<sup>258</sup> V. G. C. ROWE, « Tools for the Control of Political and Administrative Agents: Impact Assessment and Administrative Governance in the European Union », in *EU Administrative Governance*, ed. Herwig C. H. Hofmann and Alexander H. Türk, 2006, p. 448-51, 1 et B. LAJUDIE et E. PLOTTU, « Évaluation et réingénierie de l'action publique : passer des recommandations à l'action », *PMP*, 2010, vol. 27, n° 3, p. 105-120.

<sup>259</sup> V. J. MORAND-DEVILLER, « Le “système expert”, l'expertise scientifique et gestion de l'environnement », in *Mél. J. Dupichot*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 358-375.

<sup>260</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1, §II.

<sup>261</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, op. cit., p. 66.

<sup>262</sup> Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire.

<sup>263</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, op. cit., p. 66.

contentieux évaluatifs, à condition qu'elle ne dénature pas les procédures décisionnelles dans lesquelles l'évaluation a été intégrée (B).

## **B. L'applicabilité conditionnée de cette obligation aux procédures évaluatives**

**506.** L'application de l'obligation de prise en considération aux évaluations destinées à l'administration pourrait être réalisée sans difficulté pour améliorer le contrôle de la rationalisation des décisions publiques (1). En revanche, il semble difficile d'effectuer cette transposition à la procédure parlementaire sans dénaturer cet espace de liberté politique, et sans faire naître un contrôle plus néfaste que l'objet qu'il entend contrôler (2).

1) La possible application de l'obligation de prise en considération à la procédure administrative

**507.** La généralisation de l'obligation de prendre en considération l'évaluation et, incidemment, de son contrôle en matière administrative permettrait de contraindre les décideurs à faire une utilisation de l'évaluation en adéquation avec sa normativité. L'effectivité de la rationalisation des décisions publiques implique en effet de vérifier que le décideur a effectivement cherché à contextualiser sa décision. À cet égard, dans une affaire où une étude d'impact était invoquée, l'avocate générale à la CJUE J. Kokott écrit que le « contrôle juridictionnel, même s'il a une portée limitée, requiert que les institutions communautaires, auteurs de l'acte en cause, soient en mesure d'établir devant la Cour que l'acte a été adopté moyennant un exercice effectif de leur pouvoir d'appréciation, lequel suppose la prise en considération de tous les éléments et circonstances pertinents de la situation que cet acte a entendu régir »<sup>264</sup>. L'étude d'impact, pourvoyeuse notable de ces « éléments » et « circonstances » est nécessairement englobée dans cette obligation de prise en considération imposée aux institutions européennes.

Ce contrôle spécifique ne promouvrait pas le gouvernement des experts et ne traduirait pas la volonté de laisser des questions non juridiques guider l'action publique<sup>265</sup>. Il aurait pour seul objet de faire respecter le rôle informatif de l'évaluation, en faisant jouer

---

<sup>264</sup> KOKOTT J., concl. sur CJUE, 8 juill. 2010, *Afton Chemical Limited contre Secretary of State for Transport*. C-343/09, disponible sur le site internet <http://curia.europa.eu>.

<sup>265</sup> V. P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *PMP*, vol. 11, n° 4, 1993, n° spécial droit et management public, p. 1-45.

une sorte de parallélisme des formes : étant donné que les avis sont en principe motivés<sup>266</sup>, il semble raisonnable d'attendre du destinataire de l'avis qu'il motive également les choix fondés sur ces avis. Ce principe de cohérence a d'ailleurs été imposé par le juge de Luxembourg à la Commission européenne, qui est tenue de prendre effectivement en compte les avis ou l'assistance qu'elle sollicite<sup>267</sup>. Cette obligation de prise en considération pourrait aussi être vue comme le pendant de l'obligation différenciée de motivation qui incombe au juge selon qu'il reprend ou qu'il écarte un rapport d'expertise judiciaire. Elle répondrait également à l'obligation renforcée de motivation qui pèse sur les collèges d'experts lorsque leurs membres sont en désaccord<sup>268</sup>. En outre, alors que les procédures consultatives et, *a fortiori*, les expertises comme les évaluations cherchent à éviter une trop grande subjectivité dans la prise de décision<sup>269</sup>, il paraît normal d'exiger du décideur qu'il n'occulte pas purement et simplement ces actes quand le modèle de comportement qu'ils sous-tendent ne correspond pas à l'action envisagée. La rationalité de la décision serait ainsi garantie par la démonstration d'une forme de « logique et [de] technique efficace »<sup>270</sup> résultant du niveau de l'argumentation libératrice attendue du décideur. Cette démonstration de la rationalité et du caractère raisonnable de la décision finalement prise, « deux manifestations de ce qui devrait valoir pour l'auditoire universel »<sup>271</sup>, participerait en outre à l'acceptabilité de la décision par ses destinataires et les tiers<sup>272</sup> en montrant qu'elle a été prise parmi « la pluralité des décisions possibles »<sup>273</sup>.

**508.** Le contrôle de cette obligation garantirait quant à lui que la fonction d'aide à la décision publique de l'évaluation n'est pas délaissée<sup>274</sup>. La motivation renforcée impliquée par l'obligation de prise en considération de l'évaluation pourrait même être qualifiée de

<sup>266</sup> V. P. CROCQ, « Élaboration et diffusion des avis », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 75 et s.

<sup>267</sup> CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd c. Secretary of State for Business*, C-58/08. V. T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 480.

<sup>268</sup> V. J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, thèse de l'Université Paris II-Panthéon-Assas, 1985, p. 683.

<sup>269</sup> V. P. BÜTTGEN et B. CASSIN, « J'en ai 22 sur 30 au vert. Six thèses sur l'évaluation », *Cités*, 2009, n° 1, p. 27-41.

<sup>270</sup> Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1984, p. 19.

<sup>271</sup> Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'université de Bruxelles, coll. « UBlire Fondamentaux », 2012, p. 152.

<sup>272</sup> Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, op. cit., p. 122.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>274</sup> V. J. CHEVALLIER, *Science administrative*, op. cit., p. 532 et J. LECA, « Sur le rôle de la connaissance dans la modernisation de l'État et le statut de l'évaluation », *RFAP*, 1993, n° 66, p. 185-196.

garantie, à l'image de ce qui a été jugé pour la motivation du commissaire enquêteur au cours d'une enquête publique<sup>275</sup>.

Cette qualification serait cependant précédée par une adaptation de cette obligation de motivation renforcée à la nature axiologique de l'évaluation. Il ne s'agit en effet pas d'ériger l'évaluation en un acte plus normatif qu'elle ne l'est en forçant le décideur à la suivre, sauf à démontrer son caractère erroné. L'incertitude et la relativité inhérente à cette expertise axiologique qui « ne met pas en évidence d'un côté des vérités et de l'autre des conclusions fausses, mais des données et des arguments dont certains sont plus fondés que d'autres »<sup>276</sup> devrait pouvoir être invoquée par le décideur afin de justifier sa prise de distance avec le modèle sous-tendu par l'évaluation. Sous cette condition, le contrôle de la prise en considération de l'évaluation régulière ne dénaturerait pas le processus décisionnel administratif ni l'acte consultatif.

En revanche, et quand bien même la prise en considération serait une obligation inhérente à la démarche évaluative, sa transposition à la procédure parlementaire ne serait ni conforme à la Constitution ni opportune en l'état du positif (2).

## 2) L'application difficile de la prise en considération à la procédure législative

**509.** La transposition de l'obligation de prise en considération à la procédure parlementaire soulèverait des problèmes constitutionnels et politiques. Non seulement elle nécessiterait vraisemblablement une révision constitutionnelle, mais, en outre, elle dénaturerait la procédure parlementaire.

Le premier obstacle à la transposition de l'obligation de prise en considération à la procédure législative parlementaire est constitué par la désignation de l'obligation d'étude d'impact comme une « obligation de présentation » à l'article 39 de la Constitution. Cette obligation serait vraisemblablement dénaturée si les parlementaires étaient soumis à une

---

<sup>275</sup> CAA de Nantes, 15 avril 2016, req. n° 14NT00255 : « Cette dernière mention ne permet pas de déterminer, même de manière sommaire, les motifs pour lesquels le commissaire-enquêteur a rendu un avis favorable ; que la compréhension des motifs ayant conduit le commissaire-enquêteur à émettre cet avis favorable ne peut pas davantage ressortir des mentions émises par ce dernier à propos des observations recueillies auprès du public ». Le juge d'appel estime ainsi que « l'avis favorable émis par le commissaire-enquêteur sur le projet en litige, qui ne peut être regardé comme assorti des raisons qui le déterminent, est intervenu en méconnaissance des dispositions précitées [...] du code de l'environnement ; que cette irrégularité, qui a privé le public de la garantie qui s'attache à l'expression d'une position ».

<sup>276</sup> S. TROSA, « L'évaluation, nécessité ou gadget ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France - IGPDE, coll. « Gestion publique », 2009, p. 1-17.

obligation de prise en considération des évaluations. En effet, il semble difficile, sans trahir le texte constitutionnel, de considérer que l'obligation de présentation des projets de loi, qui pèse sur le Gouvernement contient en même temps une obligation implicite de motivation renforcée pesant sur le Parlement. Seule une révision constitutionnelle remplaçant l'expression d'obligation de présentation par une obligation explicite d'évaluer les projets de loi permettrait de transposer cette obligation à la procédure législative, et plus précisément à sa phase parlementaire.

**510.** À cette première difficulté s'ajoute le risque de dénaturation de la procédure parlementaire en cas d'avènement de cette obligation, quelle qu'en soit la source. En effet, la procédure parlementaire diffère profondément des procédures décisionnelles administratives dans lesquelles l'évaluation a été intégrée. Cette différence est notamment due à la relation dissymétrique entre le Parlement, qui exprime la volonté générale<sup>277</sup>, et l'administration, qui n'est que l'exécutante de cette volonté<sup>278</sup>. Cette différence a une conséquence directe sur l'exigence de motivation des décisions prises par ces autorités. Si l'autorité administrative peut disposer d'un certain pouvoir discrétionnaire pour prendre une décision, elle est toujours tenue par des motifs de fait, ce qui n'est pas le cas du législateur qui n'a pas, en général, à justifier sa décision dès lors qu'elle est conforme à la Constitution. La liberté collective du Parlement se décline par ailleurs à l'échelle individuelle de l'élu, dont les décisions ne requièrent pas de motivation juridique. Aucun motif n'est requis, par exemple, pour voter contre un projet ou une proposition de loi. Il s'agit d'un acte pleinement arbitraire, fondé pour le Conseil constitutionnel sur la prohibition du mandat impératif, dans la mesure où « ces dispositions imposent le respect de la liberté des membres du Parlement dans l'exercice de leur mandat »<sup>279</sup>.

Cet espace de discussion et de liberté serait altéré si les parlementaires avaient l'obligation de motiver spécifiquement, par une argumentation d'un degré de technicité équivalant à la scientificité de l'évaluation, les raisons du dépôt d'un amendement qui modifie profondément le sens du projet de loi déposé ou les raisons motivant leur refus de voter la loi. Un élu ne pourrait plus déposer librement un amendement respectant les

---

<sup>277</sup> Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>278</sup> Articles 20 et 21 de la Constitution.

<sup>279</sup> Cons. const., 5 juillet 2018, n° 2018-767 DC, *Résolution relative aux obligations déontologiques et à la prévention des conflits d'intérêts des sénateurs*, v. Ph. Bachschmidt, « Le Conseil constitutionnel consacre le principe de liberté des parlementaires dans l'exercice de leur mandat », *Constitutions*, 2018, p. 228-230. Cette liberté comprend celle de voter par délégation et, *a fortiori*, celle de voter librement.

articles 40 et 41 de la Constitution<sup>280</sup> et le principe de clarté et de sincérité des débats<sup>281</sup> si son adoption bouleverse le contenu du projet de loi discuté et rend caduque l'étude d'impact initialement présentée. En d'autres termes, les parlementaires se mueraient en exécutants de la volonté gouvernementale : ils auraient l'interdiction de voter contre un projet de loi ou de chercher à le modifier sauf preuve quasi scientifique de son inefficacité au regard des buts exposés dans l'étude d'impact. La procédure parlementaire serait ainsi dénaturée si l'obligation de prise en considération lui était imposée.

Celle-ci précipiterait en outre l'« épistocratie »<sup>282</sup> tant redoutée par la doctrine politiste<sup>283</sup>, puisque l'analyse des experts s'imposerait jusqu'à preuve aussi technique du contraire. Or, cette prééminence de l'expert profiterait au pouvoir exécutif, maître de l'étude d'impact et écrasante force d'impulsion en matière législative du fait de sa maîtrise de l'ordre du jour et en raison du fait majoritaire. Avec l'obligation de prise en considération, non seulement ses projets bénéficieraient d'une justification quasi scientifique, contrairement aux propositions de loi, mais, en outre, il contraindrait les parlementaires à doubler toute argumentation politique d'une argumentation technique. L'extension de l'obligation de prise en considération participerait donc au renforcement du déséquilibre des pouvoirs entre le Parlement et le gouvernement.

**511.** Il serait toutefois possible de donner à l'obligation de prise en considération un sens particulier en droit parlementaire pour éviter que les élus aient à justifier leur décision d'amender le projet de loi dans son essence ou leur refus de voter la loi. Il serait possible de contourner la difficulté en consacrant l'obligation de réaliser une nouvelle étude d'impact en cas d'adoption d'un amendement modifiant significativement le projet de loi

---

<sup>280</sup> « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique » (art. 40 de la Constitution) et « s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité » (art. 41 de la Constitution).

<sup>281</sup> Cons. const., 19 janv. 2006, n° 2005-532 DC, sur la procédure dite « de l'entonnoir ».

<sup>282</sup> L'expression est d'A. Viala, v. A. VIALA, « Le macronisme ou le spectre de l'épistocratie », *Le Monde*, 18 oct. 2017 : « Le terme "épistocratie" est un néologisme très peu usité. Il désigne un mode de gouvernement au sein duquel le pouvoir serait confié aux savants. [...] Tout se passe comme si le pouvoir était capable d'adopter les "bonnes décisions", cautionnées par la Raison. Cette illusion cognitiviste – aux termes de laquelle le politique serait en mesure de connaître la réponse juste – est le moteur de l'idéal épistocratique, qui s'évertue à soustraire le gouvernant, réputé connaître et non vouloir, à l'épreuve de la discussion ».

<sup>283</sup> V. D. SCHNAPPER, « Audition de Mme D. Schnapper », in C. BARTOLONE et M. WINOCK (co-prés.), *Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions. Refaire la démocratie*, Assemblée Nationale, 2015, p. 383-400 ; A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan, 2003, p. 25, et T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 510 et s.

et rendant l'étude d'impact initiale périmée. Cette obligation subsidiaire d'étude d'impact est défendue par de nombreux auteurs et parlementaires<sup>284</sup>. Elle supposerait un renforcement conséquent des moyens du Parlement pour éviter de trop ralentir la procédure législative et pour éviter des disparités entre les groupes politiques. Elle constituerait alors un compromis intéressant entre l'obligation de prendre en compte l'étude d'impact et la liberté inhérente à la discussion parlementaire, puisque les propositions ne seraient en rien bridées, mais les parlementaires seraient avertis des effets que cet amendement produirait. En même temps, la réalisation de cette étude montrerait que les parlementaires n'ont pas complètement ignoré l'étude initiale puisqu'ils réagiraient à l'évaluation originelle. Celle-ci serait alors utilisée conformément à sa normativité et le juge pourrait facilement vérifier que l'évaluation a été prise en compte à sa juste valeur en cas d'amendement important du projet de loi.

L'obligation de prise en considération, qui est un outil précieux pour contrôler l'utilisation des évaluations régulières par le décideur, pourrait donc être aménagée en fonction des particularités de la procédure parlementaire. Cette obligation de motivation renforcée en cas de mise à l'écart du modèle de conduite implicitement fourni par l'évaluation pourrait ainsi être généralisée, sous deux formes distinctes, à l'ensemble des procédures décisionnelles étudiées. Lorsque ce moyen est invoqué, son examen pourrait constituer le préambule du contrôle de l'évaluation par voie d'exception : il dévoilerait tout de suite les hypothèses dans lesquelles la rationalité évaluative a subi ou effacé la rationalité juridique dans le processus décisionnel.

**512. Conclusion du chapitre.** Le contrôle de l'utilisation d'une évaluation régulière ou irrégulière par le décideur est le complément indispensable du contrôle par voie d'action de la régularité de l'évaluation. Plus largement ouvert, il permettrait l'élimination d'un plus grand nombre d'évaluations défectueuses et des décisions qui les ont utilisées. Il garantirait aussi une prise en compte certaine, mais modérée de l'évaluation dans les processus décisionnels, ce qui pérenniserait la primauté du principe de régularité juridique sur la rationalité évaluative. Ces contrôles nécessiteraient toutefois que les juges se dotent de

---

<sup>284</sup> V. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 2814 de la commission des lois sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, 2010, p. 196 et s. ; C. BARTOLONE et M. WINOCK (co-prés.), *Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions. Refaire la démocratie*, Assemblée Nationale, 2015 ; B.-L. COMBRADE, *L'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 168 et s. et CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, *op. cit.*, p. 117 (proposition n° 14). Cette actualisation de l'évaluation est pratiquée par le Conseil et les élus du Parlement européen, A. C. M. MEUWESE, *Impact Assessment in European Union Lawmaking*, *op. cit.*, p. 133.

techniques adaptées à la nature informative et expertale de l'évaluation. Le contrôle par voie d'exception des irrégularités de l'évaluation mériterait ainsi d'être détaché du critère classique de l'influence du vice de procédure observé sur la décision. Ce conséquentialisme appliqué tant devant le juge administratif que devant le juge constitutionnel convient aux avis-conseils, mais non aux avis informatifs que sont les expertises. Les vices de l'évaluation devraient être jugés au regard de la qualité de l'information apportée au décideur et aux tiers, et non au regard de l'influence qu'ils ont pu avoir sur cette décision. Le contrôle de l'utilisation de l'évaluation régulière requerrait, quant à lui, la généralisation sous condition de l'obligation de prise en considération de l'évaluation, qui est une obligation de motivation renforcée en cas de rejet du modèle implicite de comportement fourni par l'évaluation<sup>285</sup>. Les germes de ces changements sont déjà présents dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles et ils serviraient, au-delà de l'évaluation, le contrôle de toutes les expertises destinées au législateur ou à l'administration.

La portée de ce contrôle par voie d'exception pour la qualité de l'évaluation et la protection des évalués, les décideurs et des tiers dépend cependant de la mise en place d'un contrôle de la régularité externe et interne de l'évaluation tel qu'exposé précédemment. Qu'il soit effectué antérieurement – lors d'un contrôle par voie d'action – ou à l'occasion de l'invocation de l'évaluation par voie d'exception, l'examen de sa régularité externe et interne est indispensable et irremplaçable.

**513. Conclusion du titre.** Comme l'ont montré H. Lepetit-Collin et A. Perrin<sup>286</sup>, en contentieux administratif, c'est désormais la nature de l'acte contrôlé qui est l'un des principaux facteurs du contrôle qui sera appliqué. Cette idée, transposée à l'évaluation, suppose l'identification des caractéristiques d'une expertise et la définition de techniques permettant au mieux de les protéger, par la voie d'un contrôle unifié répondant à l'existence d'une catégorie juridique spécifique. À ces considérations s'ajoute la prise en compte des objectifs que pourrait remplir le contrôle de l'évaluation pour la doctrine.

Il s'avère que la pratique évaluative et ses effets pervers ne pourront être protégés ou corrigés par un contrôle juridictionnel que si ce contrôle comporte deux dimensions : le contrôle de tous les éléments de l'évaluation et le contrôle de l'utilisation de l'évaluation

---

<sup>285</sup> V. *supra*, § 179.

<sup>286</sup> H. LEPETIT-COLLIN et A. PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative », *RFDA*, 2011, p. 813-833.

par le décideur. Praticué par voie d'action ou d'exception, le contrôle de la procédure, de la forme et du bien-fondé de l'évaluation révélerait toutes les erreurs susceptibles de mettre à mal son objectivité ou sa justesse. Ce contrôle constituerait donc la première étape indispensable pour évincer les évaluations irrégulières et protéger la qualité des décisions publiques, l'intégrité des évalués et l'information des tiers. Il ne serait qu'une déclinaison du contrôle juridictionnel commun à toute expertise, qui est latent dans les jurisprudences sectorielles du juge administratif. Les principes contrôlés seraient plus précisément l'indépendance et l'impartialité de l'évaluation, sa motivation et sa publicité, la suffisance de son périmètre et de son contenu, l'adéquation de sa méthode et l'exactitude de ses affirmations axiologiques et factuelles.

Ce contrôle pourrait être exercé par voie d'action, mais, en raison du caractère préparatoire de l'évaluation, il aurait vocation à être essentiellement exercé par voie d'exception, à l'occasion de recours formés contre les actes décisionnels préparés par les évaluations<sup>287</sup>. Or, le contentieux des vices de procédure des actes décisionnels, devant le Conseil constitutionnel ou devant le juge administratif, a été pensé pour les avis-conseils, c'est-à-dire les avis destinés à influencer explicitement le choix du décideur. Il ne convient pas aux avis à visée explicitement informative et implicitement normatifs, comme l'évaluation et les autres expertises, qui ne cherchent pas seulement à influencer le décideur. La nature de ces actes serait mieux prise en compte et ses effets pervers davantage atténués si le juge éliminait plus systématiquement les décisions qui se sont fondées sur une expertise irrégulière. Il pourrait les éliminer chaque fois qu'une garantie procédurale ou formelle a été omise durant la phase évaluative et chaque fois que l'information fournie n'a pas été pertinente, c'est-à-dire chaque fois que cette information ne permet pas de contextualiser factuellement ou axiologiquement la décision à prendre.

Le risque évaluatif ne dépend toutefois pas seulement de l'adoption et de l'utilisation d'évaluations irrégulières. Il est aussi problématique que les décideurs surestiment ou sous-estiment l'importance d'une évaluation régulière. S'ils la surestiment, ils risquent de sacrifier le principe de régularité juridique ; s'ils la sous-estiment, ils risquent de décrédibiliser la pratique évaluative, réduite au rôle d'accessoire procédural. Pour éviter ces écueils, il paraît important que le juge vérifie que l'utilisation de l'évaluation correspond à sa force normative, ce qu'il pourrait faire grâce au critère de la prise en considération, déjà utilisé en droit de l'urbanisme ou de l'environnement. Cette

---

<sup>287</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre II, Section 1.

expression recèle une obligation de motivation renforcée qui s'imposerait au décideur chaque fois qu'il veut s'éloigner du modèle de comportement implicitement fourni par l'évaluation.

C'est donc par une généralisation et une systématisation d'un contrôle propre aux expertises que le juge pourrait mettre en place un contrôle optimisé de la régularité de l'évaluation, c'est-à-dire un contrôle à même de répondre au mieux aux différents enjeux soulevés par l'évaluation. Cet examen serait bien plus efficace qu'un contrôle de la responsabilité des décideurs ou des évaluateurs pour garantir l'innocuité de la pratique évaluative. En effet, tous les recours juridictionnels ne se valent pas pour protéger l'évaluation et protéger contre l'évaluation. Il est même possible que le contrôle de la régularité lui-même soit moins efficace que d'autres formes d'action pour améliorer la pratique évaluative et neutraliser ses effets néfastes. Dans certains cas, il serait ainsi bénéfique de retarder, voire de supprimer l'intervention juridictionnelle. Optimiser le contrôle de l'évaluation, c'est donc relativiser, aussi, la nécessité ou l'utilité de la voie juridictionnelle (**Titre second**).



## TITRE SECOND : La délimitation des contrôles juridictionnels de l'évaluation

**514.** Le juge n'est pas le roi thaumaturge de l'évaluation. Il n'est pas omnipotent : il ne peut pas toujours agir sur la rationalisation des décisions publiques. À cet égard, il s'avère que le contentieux indemnitaire lié à l'évaluation, s'il peut servir les intérêts particuliers des requérants, ne contribuerait pas efficacement à l'amélioration des procédures évaluatives ou des décisions publiques.

Cette forme de recours est d'abord limitée par sa portée : le contentieux indemnitaire n'a des effets que pour l'avenir puisqu'il ne peut pas se résoudre par l'annulation ou la réformation de l'acte mise en cause. L'efficacité du contentieux indemnitaire est ensuite bridée par la structure même des régimes de responsabilité qu'il met en jeu. Certes, la prudence affichée dans l'arrêt *Blanco*<sup>288</sup> appartient au passé, et, aujourd'hui, la responsabilité des personnes publiques, qui désigne « toutes les dettes de réparation de dommages liées d'une façon plus ou moins étroite au fait d'une collectivité publique, sans distinction d'espèce ni de dommage »<sup>289</sup>, est « plus facile à mettre en cause que celle des particuliers »<sup>290</sup>. Cependant, la généralisation de cette « pièce essentielle de l'État de droit »<sup>291</sup> s'est faite, malgré les interrogations doctrinales sur son fondement – égalité, liberté<sup>292</sup>, ou vérité et imputabilité<sup>293</sup> –, grâce à la poursuite d'un objectif précis : « déplacer la charge du dommage »<sup>294</sup>, c'est-à-dire trouver un patrimoine débiteur<sup>295</sup> pour indemniser

<sup>288</sup> Tribunal des Conflits, 8 fév. 1873, *Blanco*, Rec. p. 61.

<sup>289</sup> Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. 2, 1983, rééd. 2002, p. 806.

<sup>290</sup> A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 1999, p. 976.

<sup>291</sup> C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, Systèmes, coll. « Droit », 1996, p. 11.

<sup>292</sup> Pour certains auteurs il s'agit de l'égalité devant les charges publiques. A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 1999, p. 976, et R. ODENT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 21. Le Conseil constitutionnel a cependant bousculé cette conception en consacrant dans une décision la liberté comme fondement de la responsabilité civile, v. Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*. Sur cette tension, v. X. BIOY, « Avant-propos », et M. DEGUERGUE, « Les sources constitutionnelles de la responsabilité administrative », in X. BIOY (dir.), *Constitution et responsabilité*, Montchrestien, coll. « Grands colloques », 2009, p. 12-22 et p. 145-159.

<sup>293</sup> V. P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, nov. 1994, n° 206, p. 28-48, et J.-A. MAZERES, « Recherche sur les fondements méta-éthiques de la responsabilité », in G. DARCY (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Sénat, coll. « Les colloques du Sénat : les actes », 2001, p. 321-347.

<sup>294</sup> L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, PUF, 1947, p. 327.

<sup>295</sup> V. C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Publ. », 2002, t. 228, p. 421, et M. DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité. Jurisprudence politique et politique jurisprudentielle », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 211-226. Sur le mécanisme d'imputation économique prévalant sur l'imputation juridique, v. aussi O. SUTTERLIN, *L'évaluation monétaire des nuisances : éléments de*

la victime. Cet objectif est privilégié à la recherche de l'identification de la personne à qui le fait générateur est imputable. Or, pour responsabiliser, c'est-à-dire pour faire prendre conscience de ses obligations, l'imputation devrait primer sur l'indemnisation. En effet, l'établissement de la faute de l'évaluateur qui a produit une expertise irrégulière ou de la faute du décideur qui a utilisé une évaluation irrégulière ou mal utilisé une évaluation régulière est la condition *sine qua non* pour que ces autorités réalisent leurs erreurs et en tirent des leçons. Ces leçons pourraient même être tirées par l'ensemble des décideurs ou des évaluateurs si le fait générateur est dépersonnalisé et que le montant des dommages et intérêts prononcés est dissuasif. Il est toutefois difficile d'obtenir la réunion de ces trois conditions, quel que soit le régime de responsabilité invoqué. La voie indemnitaire ne peut donc avoir que des effets limités sur les pratiques évaluatives (Chapitre I).

Dans un objectif de correction de la pratique évaluative, les recours s'achevant par une annulation ou une réformation de l'acte contesté devraient donc être privilégiés. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que même ces recours ne constituent pas une solution miracle pour « guérir » les procédures évaluatives. Le juge ne peut pas corriger tous les maux de l'évaluation. Surtout, il n'est en principe que le garant ultime de la validité du droit dans un ordre juridique. Son intervention pour pallier les défauts des textes, des évaluations et des décisions a vocation à être subsidiaire. De ce fait, lorsque c'est possible, son intervention pourrait être retardée au profit d'autres formes de contrôles dotées de vertus étrangères à l'action juridictionnelle. Ces contrôles pourraient être systématiques et prendre place avant la finalisation et la publication de l'évaluation, donc avant que celle-ci ne produise le moindre effet juridique ou extrajuridique. Ils justifieraient le report temporel du contrôle juridictionnel de l'évaluation et pourraient, exceptionnellement, avantageusement le remplacer (Chapitre II).

---

*réflexion au carrefour des raisonnements juridiques et économiques en matière environnementale*, thèse de l'Université Paris V, version remaniée au 10 mars 2011, 2012, p. 375 et s.



## Chapitre I : Le caractère inadapté des recours indemnitaires

**515.** L'évaluation peut être invoquée de différentes manières à l'occasion d'un contentieux indemnitaire. L'illégalité de l'évaluation peut d'abord servir à caractériser la faute de l'évaluateur ou du décideur, puisqu'en droit administratif, toute illégalité est fautive<sup>1</sup>. L'évaluation régulière peut ensuite servir à révéler l'illégalité de la décision finale si le décideur a commis une erreur de fait ou de droit en prenant mal en considération l'évaluation.

Dans ces deux cas, l'évaluation participe à la détermination du fait générateur, elle joue un rôle primordial dans le comportement stigmatisé par la faute<sup>2</sup>. Ce type d'invocation indemnitaire de l'évaluation pourrait donc participer à l'amélioration des pratiques évaluatives et décisionnelles en incitant les évaluateurs à mieux préparer l'évaluation et les décideurs à mieux l'utiliser.

**516.** Toutefois, toute illégalité évaluative fautive ou toute utilisation fautive de l'évaluation n'engage pas automatiquement la responsabilité de l'évaluateur ou du décideur. Pour obtenir une condamnation, le requérant doit aussi prouver l'existence d'un préjudice qu'il aurait personnellement et directement subi et un lien de causalité entre ce préjudice et l'illégalité. Or la réunion de ces deux éléments inhérents à tout régime de responsabilité s'avère délicate en matière évaluative. Les requérants peineront pour engager la responsabilité des décideurs (Section 1) et des évaluateurs (Section 2) et, même s'ils obtiennent satisfaction, les solutions rendues auront peu d'effets sur les pratiques évaluatives.

### Section 1 : La responsabilisation insuffisante des décideurs

**517.** Il est très difficile d'engager la responsabilité d'une autorité publique en cas de maladministration<sup>3</sup> ou de « mal-législation » causée par l'utilisation d'une évaluation

---

<sup>1</sup> CE, Sect., 26 janv. 1973, *Driancourt*, req. n° 84768, Rec. p. 78.

<sup>2</sup> La faute est une « notion morale », J.-P. DUBOIS, *La responsabilité administrative*, La découverte, coll. « Repères », 1996, p. 49.

<sup>3</sup> Les fautes de service ou le dysfonctionnement du service, qui peuvent se manifester par l'édiction d'une décision illégale peuvent être qualifiés de cas de « maladministration », notion définie en contrepoint de la notion de bonne administration – l'obligation pour l'administration de choisir les moyens les mieux adaptés

irrégulière ou par l'utilisation irrégulière d'une évaluation régulière. Le législateur est même immunisé contre cette éventualité puisqu'il n'est soumis à aucun régime de responsabilité pour faute explicite. Seules les autorités décisionnaires administratives sont soumises à divers régimes de responsabilité pour faute susceptibles de les faire condamner en cas de mésusage de l'évaluation (§I). Toutefois, elles sont relativement épargnées en pratique en raison de la dilution de leur responsabilité avec celle de l'évaluateur et des éventuels tiers garants (§II).

### **§I. Une responsabilité circonscrite aux autorités administratives**

**518.** Seules les autorités administratives peuvent être condamnées à l'occasion d'un recours indemnitaire pour avoir pris une décision fondée sur une évaluation irrégulière ou pour avoir pris une décision dont l'illégalité est révélée par l'évaluation (B). Le législateur échappe complètement à ce type de sanction : non seulement le juge administratif ne condamne jamais l'État pour faute explicite du législateur, mais même quand une faute peut être devinée derrière certains silences du juge, elle n'est pas rattachable à la pratique évaluative (A).

#### **A. L'invocation difficile des études d'impact contre le législateur**

**519.** La responsabilité de l'État du fait des lois peut être engagée sur le fondement d'une responsabilité sans faute du fait de l'exécution de la loi ou du fait de la non-conformité du contenu de la loi à des normes supérieures. Le premier régime, le plus ancien, est une responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques : indifférent à l'existence d'une faute, il est sans effet sur le processus de rationalisation des décisions publiques (1). Les autres régimes, déclenchés par le constat de l'irrégularité du contenu de la loi, semblent moins étrangers à la notion de faute, bien qu'ils ne l'exigent pas. Ces contrôles s'avèrent toutefois difficiles à relier à l'étude d'impact des projets de loi, qui est une simple exigence procédurale ou formelle pour le décideur (2).

---

à la fin qu'elle s'est donnée. V. G. DARCY, *La responsabilité de l'Administration*, Dalloz, coll. « Cours », 1996, p. 68-69, et M. DEGUERGUE, « Les dysfonctionnements du service de la justice », *RFAP*, 2008, n° 125, p. 151.

1) L'impasse de la responsabilité du fait de l'exécution de la loi

**520.** Seule une invocation éthérée des illégalités évaluatives est envisageable dans le cadre de la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois fondée sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques<sup>4</sup>. Cette responsabilité du fait des lois « sans faute à prouver »<sup>5</sup> se rapporte plus à l'exécution de la loi qu'à la loi elle-même<sup>6</sup> : elle vise uniquement les conséquences de l'activité normative du législateur<sup>7</sup>. Elle est parfaitement indifférente, dans la caractérisation de son fait générateur, à la régularité de la loi mise en cause et, *a fortiori*, à la régularité des études d'impact la préparant.

Cette indifférence est cohérente avec le raisonnement à l'œuvre derrière les régimes de responsabilité sans faute qui reposent, pour G. Darcy, « sur le sentiment qu'il serait inadmissible, choquant [que le préjudice invoqué] ne soit pas réparé », mais qu'il ne faut pas stigmatiser ou modifier l'activité à l'origine du préjudice<sup>8</sup> – en l'occurrence pour éviter le risque de paralysie de l'État face aux indispensables arbitrages entre les différents intérêts guidant l'action publique<sup>9</sup>. Dans ces conditions, l'invocation des irrégularités de l'évaluation semble hors de propos.

**521.** Les études d'impact régulières pourraient seulement être convoquées pour démontrer l'anormalité du préjudice qui doit être caractérisée pour engager la responsabilité de l'État quand le législateur n'a pas entendu exclure toute indemnisation – explicitement ou

---

<sup>4</sup> CE, 14 janv. 1938, *SA La Fleurette*, Rec. p. 25, et CE, ass., 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radioélectrique*, req. n° 50165 Rec. p. 257 pour les dommages causés par une loi exécutant les stipulations d'une convention internationale. Le législateur peut cependant faire supporter des ruptures non caractérisées de l'égalité devant les charges publiques au citoyen, Cons. const. 10 janv. 2001, n° 2000-440 DC, *Droit communautaire dans le domaine des transports*. Les administrés ont alors toujours la possibilité de demander réparation d'un préjudice anormal et spécial, Cons. const. 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, *Non-salariés agricoles*.

<sup>5</sup> B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », t. 252, 2007, p. 319.

<sup>6</sup> V. Y. GAUDEMET, « Préface », in C. BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 236, 2003, p. VIII, et B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, *op. cit.*, p. 324.

<sup>7</sup> V. F. SENERS, « Responsabilité de l'État du fait des lois », in *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2011, §51.

<sup>8</sup> G. DARCY, *La responsabilité de l'Administration*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>9</sup> V. G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'État législateur », *D.*, 1962, chron. XXVII.

implicitement<sup>10</sup>. Ce préjudice anormal<sup>11</sup>, sévèrement apprécié par le juge<sup>12</sup>, n'est plus seulement synonyme de gravité et de spécialité<sup>13</sup>. Aujourd'hui, ce préjudice est caractérisé « lorsque, excédant les aléas inhérents à l'activité en cause, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés »<sup>14</sup>. Comme le précise C. Broyelle, « l'aléa anormal n'est pas celui qui ne devait pas normalement arriver, mais celui qui arrive alors que l'on ne s'y attendait pas. C'est la mesure qui vous surprend »<sup>15</sup>. Dans cette perspective, l'anormalité pourrait être corroborée par l'absence de prévision du préjudice ou par sa sous-estimation dans une évaluation régulière. L'évaluation régulière pourrait ainsi contribuer à la qualification du préjudice anormal.

Cependant, même si ces moyens étaient accueillis, ils ne contribueraient nullement au lissage de la rationalisation des décisions publiques par l'évaluation. En effet, dans ces hypothèses, l'évaluation est un simple indice du caractère anormal du préjudice invoqué, elle ne constitue pas le fondement direct ou indirect de la responsabilité du législateur, qui réside dans l'exécution de la loi mise en cause. L'évaluation n'aurait donc qu'un rôle accessoire dans l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'exécution des lois. Sa mise au jour n'inciterait pas le législateur et l'évaluateur à adopter des pratiques évaluatives plus rigoureuses. Par ailleurs, cette invocation indirecte de l'irrégularité de l'étude d'impact pourrait rester parfaitement théorique si le Conseil d'État la qualifie d'acte de gouvernement, ce qui est plus que vraisemblable<sup>16</sup> : il refuserait alors tout examen, même indirect, de la régularité de l'étude d'impact.

La contestation indirecte de l'évaluation ne prospérerait pas davantage dans le cadre de la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles ou inconstitutionnelles. Les

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, §56 et s. Longtemps, le juge a interprété le silence du législateur comme le refus de toute indemnisation, ce que ne prévoyait pas l'arrêt *La Fleurette*. Il est revenu à une interprétation plus favorable aux victimes avec les arrêts CE, sect., 30 juill. 2003, *ADARC*, req. n° 215957, Rec. p. 368 et CE, 2 nov. 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, req. n° 266564, Rec. p. 468, concl. M. GUYOMAR, *RFDA*, 2006, p. 349-355.

<sup>11</sup> Au regard de l'effet « normal » de la loi, C. BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>12</sup> V. F. SENERS, « Responsabilité de l'État du fait des lois », *op. cit.*, § 57.

<sup>13</sup> V. C. BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, *op. cit.*, p. 110 et s., et H. BERHALI-BERNARD, « Responsabilité du fait des lois : n'indemniser qu'au-delà de l'aléa », *AJDA*, 2012, p. 1075 et s.

<sup>14</sup> V. notamment CE, 1<sup>er</sup> fév. 2012, *Bizouerne et autres*, req. n° 347205, Rec. p. 14. C. BROUELLE, « La responsabilité du fait de la fonction législative », in X. BIOY (dir.), *Constitution et responsabilité*, *op. cit.*, p. 65-72 ; C. BROUELLE, « Les conditions de mise en jeu de la responsabilité du fait des lois », *Droit administratif*, 2012, comm. 53, et C. MAUGÛÉ, « La responsabilité de l'État du fait des lois en cas de préjudice subi par un opérateur économique », *AJDA*, 2014, p. 118-119

<sup>15</sup> C. BROUELLE, « La responsabilité du fait de la fonction législative », *loc. cit.*, p. 65-72.

<sup>16</sup> Cf. *infra*, Section 2, §I, A.

défauts entachant une étude d'impact ne peuvent pas, en principe, engager la responsabilité du législateur pour faute implicite. Il est donc très difficile de sensibiliser ce dernier à la question évaluative par la voie indemnitaire (2).

2) La voie tortueuse de la responsabilité du législateur au regard du contenu de la loi

**522.** Malgré la création récente de deux régimes de responsabilité fondés sur la régularité de l'activité normative du législateur, il semble que l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'irrégularité d'une étude d'impact des projets de loi restera rarissime.

D'abord, il est impossible d'invoquer ou de contester une étude d'impact dans le cadre de la responsabilité de l'État du fait de l'inconventionnalité de la loi créée par l'arrêt *Gardedieu* de 2007<sup>17</sup>. D'après cet arrêt, la responsabilité de l'État peut être engagée « en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ». Aucune « faute » n'est exigée, mais il paraît difficile de considérer que la méconnaissance d'un engagement international par le législateur ne constitue pas un manquement à une obligation préexistante<sup>18</sup>, c'est-à-dire une faute<sup>19</sup>. Si cette analyse reste discutée<sup>20</sup>, il est certain, en tous cas, que la jurisprudence *Gardedieu* n'a pas défini un régime de responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques. En effet, le juge ne requiert pas la démonstration d'un préjudice grave et spécial. Tout préjudice directement causé par la non-conformité de la loi à une norme internationale peut être réparé. Cependant, l'irrégularité contrôlée par le juge administratif à la suite de l'arrêt *Gardedieu* est une irrégularité de fond, et non de procédure. Le Conseil d'État refuse de contrôler la conventionnalité de la procédure législative dans le cadre des recours pour excès de pouvoir<sup>21</sup> et, en miroir, le recours en responsabilité découlant de

---

<sup>17</sup> CE, Ass., 8 fév. 2007, *Gardedieu*, req. n° 279222, Rec. p. 78.

<sup>18</sup> D'après la définition de M. PLANIOL, cité par B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, op. cit., p. 190.

<sup>19</sup> Chron. M. GAUTIER et F. MELLERAY, *Droit administratif*. 2007, Études 7.

<sup>20</sup> V. F. CHALTIEL, « D'une pierre, deux coups : primauté et responsabilité renforcées », *LPA*, 28 févr. 2007, p. 5 ; D. POUYAUD, « Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », *RFDA*, 2007, p. 525-534 ; G. CLAMOUR, Observations sous CE Ass., 8 fév. 2007, *Gardedieu*, D., 2007, p. 1214-1220 et T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, thèse Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2018, p. 141 et s.

<sup>21</sup> CE 27 oct. 2015, *Allenbach et autres*, req. n° 393026, Rec. p. 367. V. J. DAVID, « Le Conseil d'État et le contrôle de conventionnalité de la procédure de la loi : autopsie d'un refus », *AJDA*, 2018, p. 1255 et s.

l'arrêt *Gardedieu* paraît parfaitement indifférent à la régularité de la procédure législative française. L'invocation des irrégularités de l'étude d'impact est donc sans pertinence dans le cadre de cette responsabilité, qui ne peut pas servir de vecteur de sensibilisation du législateur à l'égard du processus évaluatif.

**523.** Seule la responsabilité balbutiante de l'État du fait des lois inconstitutionnelles conférerait aux irrégularités évaluatives un rôle – mineur – dans la détermination de son fait générateur. Cette responsabilité esquissée par la Cour administrative d'appel de Paris en 2010<sup>22</sup> puis explicitée par le Tribunal administratif et la Cour administrative d'appel de la même ville en 2017<sup>23</sup> et en 2018<sup>24</sup> doit permettre aux administrés démontrant l'existence d'un préjudice individualisable directement et certainement causé par l'inconstitutionnalité d'une loi établie par le Conseil constitutionnel d'obtenir réparation<sup>25</sup>. Exprimée dans la forme du considérant de l'arrêt *Gardedieu*, cette responsabilité nouvelle, sans faute explicite, soulève de nombreuses questions quant à son fait générateur. Il est notamment déterminant de savoir si la déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel suffit à caractériser une inconstitutionnalité génératrice de responsabilité ou s'il faut faire une différence ou une hiérarchie entre les obligations constitutionnelles violées afin de déterminer une poignée de règles constitutionnelles susceptibles d'engager la responsabilité de l'État<sup>26</sup>. Dans les arrêts de 2017 et de 2018, le juge ne s'est pas formellement prononcé. Il s'est contenté de rejeter la requête en arguant de l'absence de caractère direct et certain du lien de causalité entre l'inconstitutionnalité de la loi – une incompétence négative – et le préjudice, puisque s'intercalait entre les deux un acte

---

<sup>22</sup> CAA de Paris, 19 oct. 2010, *Richard c/ Ministre de la Défense*, req. n°09PA02715.

<sup>23</sup> V. F. DORÉ, concl. sur TA, 7 fév. 2017, *Société Paris Clichy et M. Philippe V.* (deux espèces), req. 1505725/3-1 et n° 1507714/3-1, *AJDA*, 2017, p. 698 et s.

<sup>24</sup> CAA de Paris, 5 oct. 2018, *Société Paris Clichy et Société hôtelière Paris Eiffel Suffren* (deux espèces), req. n° 17PA01188 et n° 17PA01180, v. A.-L. DELAMARRE, « Responsabilité de l'État du fait d'une loi déclarée contraire à la Constitution », *AJDA*, 2018, p. 2352-2358 et A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU, « Chronique de jurisprudence : droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2018, p. 1141-1149.

<sup>25</sup> V. T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, *op. cit.*, 658 p.

<sup>26</sup> Cette différenciation reposerait notamment sur le degré de liberté laissé au législateur. Seules les dispositions constitutionnelles comprenant des qualifications juridiques et des obligations d'agir engageraient alors la responsabilité de l'État. V. M. DISANT, « La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle », *RFDA*, 2011, p. 1181-1200 ; O. DESAULNAY « La responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle : l'inévitable pas de deux du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *in Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, coll. « Études, Mélanges, Travaux », 2014, p. 794-816 ; G. ÉVEILLARD, « Loi inconstitutionnelle – la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles », *Droit Admin.*, juin 2017, comm. n° 6, et T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, *op. cit.*, p. 512 et s.

réglementaire venu interpréter la loi. Par ailleurs, en l'espèce, le rétablissement de la constitutionnalité ne préjugait pas du contenu que la loi aurait pu avoir. En effet, dans la mesure où l'illégalité en cause résultait d'une incompétence négative, l'inconstitutionnalité relevée ne signifiait pas que la loi ne pouvait pas contenir les dispositions illégalement adoptées par le pouvoir réglementaire. Cette hypothèse privait de fondement l'action en réparation des requérants<sup>27</sup>. Ainsi, à l'image de ce qui existe en droit administratif, il apparaît que si le vice identifié n'interdit pas au législateur de reprendre légalement les dispositions contestées, le lien de causalité entre l'inconstitutionnalité identifiée et la loi fait défaut<sup>28</sup>.

**524.** En dépit de l'auréole d'incertitude qui ceint encore ce régime, il est d'ores et déjà certain que, pour le mettre en œuvre, seule une décision QPC de non-conformité partielle ou totale peut déclencher l'application ce régime en établissant l'inconstitutionnalité de la loi. Or, comme cela a été exposé précédemment, les irrégularités des études d'impact des projets de loi constituent des vices de procédure. Elles ne sont donc pas invocables en QPC<sup>29</sup>, à moins que le juge lie le contrôle de l'étude d'impact au principe de précaution ou au droit à l'information du public en matière environnementale posés par la Charte de l'environnement<sup>30</sup>, c'est-à-dire qu'il les transforme en obligations de fond. La violation du principe de précaution<sup>31</sup> ou du droit à l'information environnementale pourrait en effet justifier l'intégration du contrôle de l'étude d'impact au titre de l'erreur de droit, ce qui conduirait le juge de la constitutionnalité de la loi promulguée à vérifier le respect des principes procéduraux, formels de l'évaluation et la justesse de l'étude d'impact initiale – au moins dans sa dimension environnementale.

En l'absence d'une telle jurisprudence, l'étude d'impact demeure étrangère au fait générateur de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles. Dans tous les cas, les QPC fondées sur les articles 5 et 7 de la charte de l'environnement ne

---

<sup>27</sup> V. A.-L. DELAMARRE, « Responsabilité de l'État du fait d'une loi déclarée contraire à la Constitution », *loc. cit.*, p. 2352-2358.

<sup>28</sup> CE, Sect., 19 juin 1981, req. n° 20619, *M<sup>me</sup> Carliez*, Rec. p. 274. V. aussi CAA de Douai, 21 janv. 2014, req. n° 13DA00119, Inédit au recueil Lebon : un vice dans la procédure de radiation ne constitue pas la cause directe et certaine des préjudices invoqués dès lors que la mesure adoptée était justifiée au fond.

<sup>29</sup> Cons. const., 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC, et 4 mai 2012, n° 2012-241 QPC.

<sup>30</sup> Respectivement les articles 5 et 7 de la Charte de l'environnement.

<sup>31</sup> S'il est bien invocable en QPC, v. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le Conseil constitutionnel “botte-t-il en touche” lorsqu'il ne statue pas sur le grief tiré de la violation de l'article 5 de la Charte de l'environnement ? », *RFDA*, 2018, p. 1047-1060 et A. ROBLLOT-TROIZIER, « Les clairs-obscur de l'invocabilité de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2015, p. 498.

représenteraient qu'une infime partie des recours aboutissant à une décision d'abrogation, si bien que l'invocation indirecte des irrégularités évaluatives dans le cadre de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles demeurerait dans tous les cas marginale. Seule l'évaluation régulière pourrait être invoquée de manière plus fréquente dans la mesure où la comparaison entre le contenu de l'évaluation et le contenu de la loi permettrait de déceler une erreur manifeste d'appréciation ou une erreur dans la qualification juridique des faits, quelle que soit l'inconstitutionnalité en jeu. D'ailleurs, les études d'impact sont régulièrement invoquées dans cette perspective factuelle, à en croire<sup>32</sup> les commentaires des décisions QPC livrés par la doctrine autorisée<sup>33</sup>. Cette utilisation ne responsabiliserait cependant pas le législateur, puisqu'elle ne serait pas reliée à l'identification de sa faute.

La responsabilité de l'État du fait des lois est donc inapte à favoriser la production de meilleures évaluations. Seuls les régimes de responsabilité de l'État indépendants de l'activité du législateur sont susceptibles de participer à la rationalisation des choix publics. À cet égard, les régimes de responsabilité administratifs permettent plus facilement de sanctionner un décideur peu soucieux des évaluations (B).

## **B. L'invocabilité aisée de l'évaluation contre les autorités administratives**

**525.** Si l'invocabilité de l'irrégularité évaluative contre le législateur est difficilement concevable, l'engagement de la responsabilité des autorités administratives du fait de l'utilisation d'évaluations irrégulières a déjà lieu dans les prétoires. L'État et les collectivités territoriales peuvent être condamnés pour faute simple si leur décision s'appuie sur une évaluation environnementale ou une évaluation des fonctionnaires défectueuse (1). Cette responsabilité est pour l'heure limitée à certains contentieux évaluatifs, mais rien ne s'oppose à l'engagement de la responsabilité de l'administration du fait d'une irrégularité évaluative, pour faute simple, dans tous les domaines (2).

---

<sup>32</sup> Ces analyses semblent parfois forcées, étant donné que, dans ces hypothèses, l'étude d'impact n'est pas expressément évoquée dans les décisions : le défaut d'attention éventuel du législateur envers l'évaluation n'est ainsi jamais publiquement identifié.

<sup>33</sup> V. entre autres les commentaires des décisions n° 2010-736 DC, n° 2010-589 QPC, n° 2010-606 DC, n° 2011-625 DC, n° 2013-679 DC, n° 2015-476 QPC, n° 2015-490 QPC, n° 2015-519 QPC, n° 2015-524 QPC, n° 2015-713 DC, n° 2015-714 DC et n° 2016-560 QPC.

## 1) Une responsabilité effective

**526.** La responsabilité d'une autorité administrative qui a agi malgré la soumission d'une évaluation illégale a déjà été engagée en droit de l'environnement et en droit de la fonction publique sur le fondement d'une faute simple. Ce type de condamnations pourrait encourager les administrations à prêter une attention nouvelle aux expertises évaluatives et permettrait de transférer progressivement la charge de la surveillance de la régularité de l'évaluation du juge vers le décideur, ce qui rétablirait l'équilibre des rôles entre l'administration et son contrôleur.

Le contentieux environnemental est, une fois de plus, pionnier en la matière. Le décideur peut en effet voir sa responsabilité mise en cause pour « n'avoir pas, au cours de l'instruction, examiné l'étude d'impact avec assez de sérieux »<sup>34</sup>. Cette faute est nécessairement une faute simple, comme le juge l'a clairement affirmé dans l'arrêt *Coutras*<sup>35</sup>. Le ministre en défense estimait qu'attendre du décideur le contrôle de la qualité scientifique des évaluations, « fût-ce au prix d'études très fouillées (...), serait, à l'évidence lui créer une sujétion à laquelle d'une part elle n'est pas nécessairement en mesure de faire face et qui, d'autre part, ne résulte d'aucun texte »<sup>36</sup>. Il invoquait également le risque de déresponsabilisation de l'évaluateur, en occultant l'éventualité d'un partage de responsabilité fait à proportion des fautes de chacun. Il concluait, dans cette perspective, à la nécessité de démontrer une faute lourde de l'administration. Cependant, le juge retint, conformément aux principes juridiques selon laquelle toute illégalité est fautive, que l'adoption d'une décision sur le fondement d'une évaluation insuffisante établissait à elle seule la faute, une faute simple.

Cette solution paraît cohérente au regard de l'ensemble de la jurisprudence administrative dans la mesure où l'activité en cause n'est pas une pure activité de contrôle, mais bien une activité décisive, et que, comme le relève J. Lamarque, une autre solution aurait signifié que « l'Administration peut régler à outrance [mais qu'] elle n'a pas à souffrir, elle-même, les conséquences de ses règlements »<sup>37</sup>.

Avant de s'intéresser au contentieux de la fonction publique, il faut relever une spécificité du contentieux des études d'impact environnemental. Dans ce domaine, les

---

<sup>34</sup> M. PRIEUR, « Étude d'impact et protection de la nature », in *20 ans de protection de la nature. Hommage à M. Despax*, PULIM, 1998, p. 61-89.

<sup>35</sup> CE, 31 mars 1989, *Mme Coutras*, req. n° 81903, Rec. p. 103.

<sup>36</sup> J. LAMARQUE, « La responsabilité de l'insuffisance de l'étude d'impact », *RDI*, 1989, p. 421-425.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 424.

victimes qui pourront obtenir réparation, les destinataires de la décision illégale, seront en même temps les évaluateurs, puisque l'évalué est, dans cette matière, en même temps l'évaluateur et le destinataire de la décision finale. Dans les arrêts *Coutras*<sup>38</sup>, *Michalon*<sup>39</sup> et *SARL Bau Rouge*<sup>40</sup> ce sont ainsi les porteurs du projet qui ont intenté une action réussie contre l'administration fautive. Si une contestation fondée sur un préjudice écologique semble avoir peu de chances de succès, compte tenu de la difficulté à prouver ce dommage<sup>41</sup>, la victime – le porteur du projet ou un tiers – peut toujours invoquer un préjudice économique ou moral qui lui a été directement et certainement causé par la délivrance fautive de l'autorisation pour obtenir réparation. L'administration doit donc porter un regard attentif sur les évaluations qui lui sont soumises et obliger les porteurs de projet à réaliser des évaluations de qualité pour éviter des condamnations pécuniaires.

**527.** La même épée de Damoclès pèse, dans une moindre mesure, au-dessus de toutes les administrations en raison du contentieux de la gestion de la carrière des fonctionnaires, si une décision d'avancement ou de refus d'avancement a été fondée sur une évaluation irrégulière ou a mal utilisé une évaluation régulière<sup>42</sup>. Dans la lignée de la jurisprudence relative aux notations, l'évalué est normalement le seul à pouvoir engager cette responsabilité<sup>43</sup>, en invoquant une « perte de chance sérieuse d'avancement » au grade ou à l'échelon supérieur<sup>44</sup>. Si le fait générateur est toujours une « simple » illégalité fautive, cette responsabilité serait toutefois plus limitée dans la mesure où la nature du préjudice

---

<sup>38</sup> CE, 31 mars 1989, *Mme Coutras*, req. n° 81903, Rec. p. 103. Il s'agissait en l'espèce d'une notice d'impact, forme allégée d'évaluation qui a depuis disparu.

<sup>39</sup> TA Grenoble, 8 juin 1984, *Michalon*, *RJE*, 1984, p. 240.

<sup>40</sup> CE, 28 juill. 1993, *SARL Bau-Rouge*, req. n° 116943, Rec. p. 249.

<sup>41</sup> Le préjudice écologique est le dommage « subi par le milieu naturel dans ses éléments appropriés et inappropriés et affectant l'équilibre écologique en tant que patrimoine collectif », M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 1128. V. aussi F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé et de droit public », 1981, p. 292 et s. Pour un exemple de rejet de l'invocation d'une étude d'impact – en l'occurrence la non prescription fautive de la réalisation d'une telle étude –, v. CAA de Nancy, 13 fév. 2014, req. n° 13NC00141, Inédit au recueil Lebon.

<sup>42</sup> CAA de Marseille, 4 juin 2013, req. n° 11MA00818, Inédit au recueil. Sur l'invocation – vaine – d'une notation par un agent pour démontrer l'erreur manifeste d'appréciation entachant la décision refusant son avancement et, subséquemment, la responsabilité de l'administration en cause. La notation avait été écartée par l'administration.

<sup>43</sup> Comme en matière de recours pour excès de pouvoir, il serait le seul à pouvoir directement et certainement être affecté par une évaluation irrégulière, si la jurisprudence sur la notion est reprise. En effet, un fonctionnaire n'a pas intérêt à agir pour contester la note d'un autre fonctionnaire, CE, 7 juill. 1995, *Werl*, req. n° 119112, Rec. p. 291, pas plus qu'un syndicat, CE, 9 nov. 1983, *Saerens*, req. n° 15116, Rec. p. 453. La jurisprudence existante à propos des notations n'a pas encore été appliquée, à notre connaissance, en matière d'évaluation des fonctionnaires, mais devrait être reprise à l'image des autres solutions existantes

<sup>44</sup> V. CAA de Bordeaux, 7 sept. 2010, req. n° 10BX00347. En l'espèce, l'irrégularité du dossier sur lequel s'étaient prononcées les autorités compétentes résultait d'un avis illégalement inclus dans le dossier. Son utilisation par le décideur justifie l'engagement de sa responsabilité.

invocable, la perte de chance, limite nécessairement le montant de la réparation possible. En effet, ce préjudice ne répare pas l'avantage perdu en lui-même, mais la perte de chance d'obtenir cet avantage<sup>45</sup>, donc un pourcentage de l'équivalence pécuniaire de cet avantage. Son montant est par essence limité et il l'est d'autant plus que ce préjudice est appréhendé avec rigueur par le juge administratif<sup>46</sup>. Pour autant, les recours indemnitaires en lien avec la carrière des fonctionnaires sont nombreux et pourraient, à côté du contrôle de légalité des évaluations, participer à l'amélioration de leur qualité et à une meilleure protection des administrés.

Cet effet de masse serait sensiblement renforcé si cette jurisprudence était étendue au-delà du droit de l'environnement et de la fonction publique pour conjuguer leurs effets sur l'ensemble des procédures administratives incluant une évaluation (2).

## 2) L'extension potentielle des actions indemnitaires fondées sur l'évaluation

**528.** Les recours en responsabilité formés contre les décideurs administratifs du fait d'une évaluation gagneraient en visibilité et auraient plus d'influence sur la pratique évaluative s'ils faisaient partie d'un contentieux généralisé.

En droit sanitaire, ce contrôle pourrait être vu comme un prolongement du contentieux existant, puisque l'évaluation est déjà centrale dans certains contentieux indemnitaires portant sur des autorisations de mise sur le marché ou des agréments. À ce titre, le juge a déjà recherché si, pour le refus de délivrance d'un agrément, « les conditions dans lesquelles l'autorité administrative a procédé à [une] expertise (...) révèlent l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État »<sup>47</sup>. Dans le contentieux récent lié à l'affaire du *Mediator*, il a même défini une obligation d'évaluer alors qu'était mise en cause l'absence d'évaluation à même de fournir les informations qui auraient dû justifier le retrait de l'autorisation de mise sur le marché (AMM) de ce médicament<sup>48</sup>. Le juge a défini une obligation d'information « très stricte » à la charge de l'État par l'intermédiaire

---

<sup>45</sup> V. R. CHAPUS, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 635.

<sup>46</sup> V. R. CHAPUS, *Responsabilité publique, responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, 1<sup>ère</sup> éd. LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Publ. », t.8, 1954, rééd. La Mémoire du Droit, 2010, p. 407 ; M. HEERS, « L'indemnisation de la perte d'une chance », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2000, n° 83, p. 7. *A priori* si les montants peuvent être plus importants, c'est uniquement quand les irrégularités évaluatives sont révélatrices d'un manquement plus général, notamment en cas de situation de harcèlement, v. CE., 24 nov. 2006, *Mme Baillet*, n° 256313, inédit au Recueil.

<sup>47</sup> CAA de Versailles, 28 sept. 2010, req. n° 08VE03006.

<sup>48</sup> CE, 9 nov. 2016, *Mme Faure c/ Min. des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme*, req. n° 393902 et n° 393926, rec. T. 938-941-950, et CE, 9 nov. 2016, *Mme Bindjouli*, req. n° 393108, Rec. p. 496.

de l'AFSSAPS (l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé devenue depuis les faits l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, l'ANSM) : « celle de se renseigner par des études indépendantes et plurielles, mais aussi d'obtenir les “bonnes” informations, sur les dangers liés à l'utilisation des médicaments dont elle a autorisé la mise sur le marché »<sup>49</sup>. Cette obligation découle des textes en vigueur, étant donné que contrairement au contentieux de l'amiante<sup>50</sup>, où la carence fautive de l'État en matière de recherche d'informations a aussi été sanctionnée, les textes législatifs et réglementaires posent une obligation d'information de l'État en matière de médicaments, notamment à travers la pharmacovigilance<sup>51</sup>.

Le juge du contentieux sanitaire est donc familier de l'évaluation et il pourrait parfaitement engager la responsabilité de l'État pour faute simple en cas de non-respect d'une procédure évaluative. C'est en effet l'autre enseignement de l'affaire relative au *Mediator*, qui a entériné un important revirement jurisprudentiel en transformant le régime de responsabilité de l'État pour faute lourde du fait de son activité de délivrance des autorisations de mise sur le marché et pour son activité de surveillance des médicaments<sup>52</sup> en un régime pour faute simple, l'alignant ainsi avec le contentieux de la radiation des médicaments sur la liste des médicaments remboursables<sup>53</sup>. L'arrêt *Mediator*<sup>54</sup> revire l'arrêt de référence pour le contrôle des médicaments en date de 1968, connu comme l'arrêt « *Stalinon* »<sup>55</sup>, qui avait défini un régime de responsabilité pour faute lourde.

Le nouveau régime pour faute simple s'applique aux activités d'évaluation prédictives (la délivrance, qui porte sur le service médical rendu qui correspond en réalité à un service médical attendu) et aux évaluations récapitulatives (la pharmacovigilance). Le Conseil d'État a ainsi ignoré la proposition de certains auteurs, qui défendaient l'idée d'un

---

<sup>49</sup> S. BRIMO « La responsabilité administrative, dernière victime du Mediator ? », *AJDA*, 2014, p. 2490-2498.

<sup>50</sup> CE, Ass., 3 mars 2004, *Botella*, req. n°s 241152 et 241153, Rec. p. 125.

<sup>51</sup> Articles L. 5121-22 à L. 5121-26 et R. 55121-150 à R. 5121-152 du code de la santé publique.

<sup>52</sup> V. D. BERTHIAU, *Droit de la santé*, Gualino, coll. « Fac université Mémentos LMD », 2007, p. 96, et A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2e éd., 2009, p. 116.

<sup>53</sup> CAA de Marseille, 27 mai 2004, req. n° 99MA01621. Cet arrêt ne préjuge pas du régime applicable aux hypothèses d'inscription d'un médicament sur la liste des médicaments remboursables (l'hypothèse suivie depuis le début de la recherche avec la Commission de la transparence). Par ailleurs, il ne se prononce pas sur un vice de procédure comme l'illégalité de l'évaluation ayant préparé la décision du ministre, mais sur l'illégalité interne de cette décision. L'arrêt de 2016 du Conseil d'État est ainsi une indication plus fiable du régime à appliquer aux décisions préparées par une évaluation de la Commission de la transparence ou de la CNEDIMTS.

<sup>54</sup> CE, 9 nov. 2016, *Mme Faure c/ Min. des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme*, req. n° 393902 et n° 393926, rec. T. 938-941-950, et CE, 9 nov. 2016, *Mme Bindjouli*, req. n° 393108, Rec. p. 496.

<sup>55</sup> CE, 28 juin 1968, *Société des Établissements Février-Decoisy-Champion*, req. n° 67677 Rec. p. 411, note M. WALINE, *RDP*, 1969, p. 312-319.

régime différencié en fonction de la difficulté de l'activité en cause, qui se serait traduit par l'exigence d'une faute lourde pour la délivrance de l'AMM et d'une faute simple pour son défaut d'abrogation ou de modification<sup>56</sup>. Le principe de l'illégalité fautive<sup>57</sup> – qui contraste avec le régime mis en place au sein de l'Union européenne<sup>58</sup> – et la similitude des moyens de l'administration dans les deux hypothèses<sup>59</sup> ont décidé le juge en faveur d'un régime global de responsabilité pour faute simple. Vraisemblablement, la faute simple a été d'autant plus facilement retenue que sa reconnaissance n'entraînera pas de condamnations excessives de l'État en raison du partage de responsabilité systématiquement opéré avec le laboratoire qui a produit le médicament – et dont la responsabilité pourra être recherchée en parallèle devant les juridictions judiciaires sur le fondement de la responsabilité civile pour faute de droit commun<sup>60</sup> ou sur le fondement de la responsabilité objective du fait des produits défectueux<sup>61</sup>.

Tout indique ainsi que l'illégalité d'une évaluation de la Commission de la transparence ou de la CNEDIMTS (Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé) pourrait justifier l'engagement de la responsabilité de l'État quand celui-ci a agi sans s'en préoccuper. Comme dans le contentieux environnemental, la technicité et l'incertitude très forte de ces évaluations ne semblent pas être des obstacles dirimants à la responsabilisation des décideurs.

**529.** Dans le prolongement de cette jurisprudence, un régime de responsabilité pour faute simple pourrait aussi s'appliquer aux décisions de certification. À notre connaissance, aucun arrêt n'a été rendu dans ce domaine, mais la responsabilité de la HAS qui délivre cette décision sur le fondement de l'évaluation produite par ses services pourrait vraisemblablement être engagée en cas de refus de certification ou de certification avec réserve fondés sur une évaluation défectueuse ou en dépit d'une évaluation régulière positive. Certes, comme le relève M.-L. Moquet-Anger, la certification n'est « pas en soi une autorisation de fonctionner, elle n'est ni un visa ni une licence d'exploitation. Elle n'est

---

<sup>56</sup> V. D. CRISTOL, « La responsabilité des autorités nationale et communautaire relative au contrôle de la mise sur le marché des médicaments », *RDSS*, 2004, p. 132-147.

<sup>57</sup> V. J. PETIT, « L'affaire du Mediator : la responsabilité de l'État », *RFDA*, 2014, p. 1193-1208.

<sup>58</sup> V. D. CRISTOL, « La responsabilité des autorités nationale et communautaire... », *loc. cit.*, p. 133 et s. En droit de l'Union européenne, pour engager la responsabilité extracontractuelle d'une institution il faut démontrer qu'il y a eu une violation grave et manifeste d'une règle de droit, ce qui équivaut à une faute lourde.

<sup>59</sup> V. S. BRIMO, « Le Mediator devant le Conseil d'État : remèdes et effets secondaires », *AJDA*, 2017, p. 426-431.

<sup>60</sup> Désormais prévue à l'article 1240 du code civil.

<sup>61</sup> Article 1245 du code civil.

pas davantage une autorisation d'exercer une activité ou d'exploiter un équipement »<sup>62</sup>. Sa valeur décisive, antérieurement contestée<sup>63</sup>, semble toutefois acquise depuis un arrêt de 2013<sup>64</sup>. En tout état de cause, quand bien même la certification ne serait pas une décision, cette circonstance ne ferait pas obstacle à l'engagement de la responsabilité de la HAS dans la mesure où les recours en responsabilité ne sont pas conditionnés par l'exigence d'un acte décisive faisant grief<sup>65</sup>. Par ailleurs, ce contentieux serait inéluctable, à en croire la doctrine<sup>66</sup>, compte tenu des effets néfastes qu'une décision de non certification ou de certification avec réserve peut avoir pour un établissement hospitalier. Tant les relations de l'établissement non certifié avec l'Agence régionale de santé compétente que les relations avec sa clientèle seraient affectées<sup>67</sup> : la première pourrait prononcer des sanctions ou refuser le renouvellement d'autorisations sanitaires au regard de l'évaluation rendue, tandis que les administrés pourraient se détourner de cet établissement, ce qui occasionnerait un préjudice économique. Par ailleurs, comme le relèvent O. Ciaudo<sup>68</sup> et D. Tabuteau<sup>69</sup>, le rapport pourrait nourrir les dossiers de certains patients recherchant la responsabilité de l'établissement mis en cause devant les tribunaux – avec la limite relevée par L. Cluzel-Métayer, selon qui les patients ne pourraient pas fonder une action en responsabilité sur un manquement « à l'exigence de qualité », puisque la procédure de certification ne crée pas

---

<sup>62</sup> M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, LGDJ, coll. « Manuels », 5<sup>e</sup> éd., 2018, p. 190.

<sup>63</sup> *Ibid.* La certification délivrée sur le fondement de l'article R. 161-74 du code de la sécurité sociale avait été qualifiée de décision dans une décision de la HAS en date du 17 déc. 2008, qui précisait que le juge administratif serait compétent en cas de litige. Cependant, cette décision a été abrogée par une nouvelle décision en date du 22 mars 2012.

<sup>64</sup> TA de Montreuil, 18 juill. 2013, *CHU de Reims*, n° 1206888. Le CHU de Reims demandait l'annulation de sa certification avec réserves en invoquant une erreur manifeste d'appréciation. Son recours a été rejeté.

<sup>65</sup> Le Conseil d'État a déjà engagé la responsabilité de l'administration à propos d'un avis, CE, Sect., 1<sup>er</sup> fév. 1952, *Sieur Martin*, Rec. p. 79, et CE, 25 fév. 1958, *Poulet*, Rec. p. 66. V. aussi B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 9 juin 1978, *Spire*, *Rev. Adm.*, 1978, p. 631, et s. V. aussi D. CHAUVVAUX, concl. sur CE, Sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, RFDA*, 2003, p. 1185-1196. Pour une analyse concordante v. L. CALANDRI, *La notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2009, p. 581, et C. GUETTIER, « Irresponsabilité de la puissance publique », in *Répertoire de la puissance publique*, Dalloz, §1-144.

<sup>66</sup> V. D. TABUTEAU, « Sécurité sanitaire et agences, le renouveau de la santé publique », in CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1998. Réflexions sur le droit de la santé*, La doc. Fr., 1998, p. 246 et s. ; O. CIAUDO, « La procédure d'accréditation des établissements de santé », *Revue générale de droit médical*, n° 8, 2002, p. 21-46, et L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit., p. 98 ; D. CRISTOL, « Le régime des autorisations sanitaires : simplification et modernisation sur ordonnance », *RDSS*, 2018, p. 271-277, et L. CLUZEL-MÉTAYER, « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS*, 2014, p. 1002-1005. *Contra* v. M. DUPONT, « Sur la nouvelle procédure de certification établie par la HAS », *JDSAMN*, n° 2, fév. 2015, p. 41-46.

<sup>67</sup> M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, op. cit., p. 192.

<sup>68</sup> O. CIAUDO, « La procédure d'accréditation des établissements de santé », *Revue générale de droit médical*, n° 8, 2002, p. 21-46

<sup>69</sup> D. TABUTEAU, « Sécurité sanitaire et agences, le renouveau de la santé publique », in CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1998. Réflexions sur le droit de la santé*, La doc. Fr., 1998, p. 246 et s.

de droit individuel à la qualité<sup>70</sup>. Tout semble donc tendre vers le développement d'un contentieux indemnitaire en matière de certification hospitalière, un contentieux où s'appliquerait en principe la faute simple.

**530.** Ce régime de responsabilité s'appliquerait aussi aux contrats et marchés de partenariat. Il pourrait être invoqué soit en parallèle d'un recours pour excès de pouvoir intenté contre la délibération autorisant la signature du contrat<sup>71</sup>, soit à l'occasion du recours de plein contentieux intenté contre le contrat lui-même<sup>72</sup>.

**531.** S'agissant des décideurs, les potentialités de la voie indemnitaire en matière administrative sont donc foisonnantes en comparaison des interstices laissés par les régimes de responsabilité de l'État du fait du législateur. Toutes les autorités administratives destinataires d'évaluations peuvent voir leur responsabilité engagée pour faute simple en cas de négligence d'une évaluation (régulière ou irrégulière). Pour autant, cette voie de recours ne peut pas contribuer aussi efficacement que les recours en annulation ou en réformation à la modération de la rationalisation des décisions publiques. En effet, bien que la faute des décideurs soit facile à caractériser, l'état du droit positif conduit inexorablement à une dilution de leur responsabilité (§II).

## **§II. Une responsabilité peu incitative pour les autorités administratives**

**532.** Les juges peuvent aisément caractériser la faute des autorités administratives qui ont pris une décision sur le fondement d'une évaluation irrégulière ou en dépit d'une évaluation régulière (elle résulte alors ou d'un défaut de prise en considération, ou d'une erreur de droit ou de fait affectant uniquement la décision finale). Pour autant, ils n'atteignent pas, facilement le patrimoine du décideur (A). Une solution audacieuse permettrait toutefois de contourner cet obstacle : le juge pourrait redéfinir la faute du décideur administratif pour lui imputer plus clairement certains torts et maximiser l'effet d'apprentissage des recours indemnitaires intentés contre eux en matière évaluative (B).

---

<sup>70</sup> L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Vol. 52, 2006, p. 98.

<sup>71</sup> Ce qui est arrivé en février 2019, TA de Marseille, 12 fév. 2019, *M. G. P.*, req. n° 1709848.

<sup>72</sup> CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne c. Bonhomme*, req. n° 358994, Rec. p. 70.

## A. La dilution inévitable de la responsabilité du décideur

**533.** Le triptyque fondamental de la responsabilité juridique fait obstacle à l'engagement fréquent de la responsabilité des autorités administratives qui ont statué sur le fondement d'une évaluation irrégulière. Mise à part l'hypothèse dans laquelle le fait générateur découle d'une mauvaise prise en considération de l'évaluation, il est en effet difficile d'établir un lien de causalité direct et certain entre la faute entachant l'évaluation et les dommages invoqués (1). En tout état de cause, même quand le lien de causalité peut être établi, le plus souvent, le juge doit inexorablement partager la responsabilité entre le décideur et l'évaluateur. Ce partage minimise l'effet de responsabilisation du décideur (2).

1) Le difficile établissement d'un lien de causalité direct et certain entre une irrégularité évaluative et un préjudice

**534.** Il est relativement aisé de caractériser le fait générateur constitué par l'irrégularité de l'évaluation ou l'absence de prise en considération d'une évaluation régulière. Il est aussi aisé de caractériser des préjudices causés par la délivrance d'une autorisation illégale ou d'un refus illégal – préjudice patrimonial ou moral. En revanche, établir le lien de causalité entre ces deux éléments s'avère plus problématique. Un fossé s'intercale entre la faute du décideur et sa responsabilité finale et, incidemment, l'amélioration des pratiques évaluatives.

Classiquement, la causalité juridique s'entend de deux manières. Il y a tout d'abord la causalité adéquate, traditionnellement utilisée en droit de la responsabilité administrative<sup>73</sup> : parmi tous les événements ayant conduit au dommage, seule sa cause déterminante est retenue pour établir le lien de causalité. Pour le juge, cette notion interdit la réparation des illégalités commises par un vice de procédure. Celles-ci ne peuvent constituer la cause déterminante d'un dommage dès lors que la décision illégale est bien fondée, c'est-à-dire dès lors que la même décision pourrait être reprise<sup>74</sup>. Cette jurisprudence freine fatalement l'engagement de la responsabilité des décideurs, puisque nombre d'irrégularités de l'évaluation sont des vices de procédure n'affectant pas le sens

---

<sup>73</sup> M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Dalloz, coll. « Cours », 1996, p. 96.

<sup>74</sup> CE, sect., 19 juin 1981, *M<sup>me</sup> Carliez*, req. n° 20619, Rec. p. 274. V. aussi CAA de Douai, 21 janv. 2014, req. n° 13DA00119, Inédit au recueil Lebon : un vice dans la procédure de radiation ne constitue pas la cause directe et certaine des préjudices invoqués dès lors que la mesure adoptée était justifiée au fond.

de la décision finale. Bien que toutes ces illégalités la contaminent<sup>75</sup> et soient fautives, le lien de causalité fait alors défaut pour engager la responsabilité du décideur.

En droit de l'environnement, cette difficulté était contournée avant l'avènement de la jurisprudence *Société Ocréal*<sup>76</sup>. Jusqu'en 2011, des vices de procédure entachant les autorisations d'urbanisme et d'environnement pouvaient justifier la condamnation de l'État indépendamment de l'influence du vice constaté sur le sens de la décision finale grâce à l'exigence de proportionnalité de l'étude prévue à l'article L. 122-1 du code de l'environnement. À ce titre, dans l'arrêt *SARL Bau-Rouge*<sup>77</sup>, l'insuffisance (certes manifeste) de l'étude a justifié la condamnation du décideur pour délivrance d'une autorisation illégale<sup>78</sup>, sans que le lien de causalité soit questionné au regard du sens de la décision qui aurait pu être prise. Cette solution ne pourrait plus être adoptée aujourd'hui. Depuis 2011, le juge estime en effet que l'illégalité de la décision finale n'est constituée que si le vice de procédure a nui à l'information complète du public ou s'il a influencé le sens de la décision finale<sup>79</sup>. De ce fait, l'arrêt de 1994 ne pourrait plus être rendu, la violation de l'exigence de proportionnalité du code de l'environnement n'a plus de conséquences directes sur la légalité de la décision finale. L'orthodoxie de la causalité adéquate a donc réaffirmé son joug sur le contentieux environnemental de l'étude d'impact. Désormais, seuls les vices de l'étude d'impact révélant l'illégalité du fond de la décision finale peuvent engager la responsabilité du décideur. La majorité des irrégularités entachant l'évaluation, c'est-à-dire les irrégularités qui n'ont pas eu d'influence sur le sens de la décision finale, mais qui ont mis en péril la fonction informative de l'évaluation, comme les vices de la procédure évaluative, certaines insuffisances ou erreurs de fond, ne peuvent plus donner lieu à réparation.

**535.** Aucun requérant ne semble en mesure de contourner cette exigence causale devant le juge administratif, qui se révèle, sur ce sujet, plus restrictif que le juge judiciaire. En effet, le juge judiciaire retient une définition assouplie du lien de causalité quand il est saisi par des associations agréées. Il admet que le lien de causalité entre le préjudice moral causé à une association agréée et la violation des règles environnementales est rempli par le

---

<sup>75</sup> En vertu du critère de l'atteinte à l'information fournie par l'évaluation présenté *supra* pour remplacer la jurisprudence inadaptée issue des arrêts *Ocréal* et *Danthony*, v. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, §II.

<sup>76</sup> CE, 14 oct. 2011, *Société Ocréal*, req. n° 323257, Rec. T. p. 966.

<sup>77</sup> CE, 28 juill. 1993, *SARL Bau-Rouge*, req. n° 116943, Rec. p. 249.

<sup>78</sup> V. R. HOSTIOU, Note sous CE, 28 juill. 1993, *SARL Bau-Rouge*, *RFDA*, 1994, p. 323 et s.

<sup>79</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, §I, A.

simple constat du fait générateur<sup>80</sup>. Cette conception permettrait de contourner le critère de l'influence sur le sens de la décision finale. Le juge administratif a un temps laissé penser qu'il adhérerait à ce raisonnement<sup>81</sup>, mais, dans des arrêts récents, il a mis en exergue la nécessité pour l'association de démontrer comme les autres justiciables l'existence d'un lien de causalité relevant de la causalité adéquate<sup>82</sup>. Ce principe classique du droit de la responsabilité freine donc toute tentative d'engagement de la responsabilité d'une autorité administrative en cas d'irrégularité d'une évaluation environnementale au sens large.

**536.** L'application de la théorie de la causalité adéquate soulève les mêmes difficultés dans le contentieux sanitaire. Le Tribunal administratif de Paris a cependant tenté de montrer qu'un autre raisonnement était possible dans l'affaire du *Mediator*<sup>83</sup>, à propos du contrôle des médicaments à autoriser ou autorisés sur le marché, en écartant la théorie de la causalité adéquate au profit de la théorie des causes équivalentes. Ce faisant, il a semblé « assimiler cause du fait dommageable et condition nécessaire à sa réalisation »<sup>84</sup>, ce qui faciliterait les réparations fondées sur des vices de procédure (l'utilisation inadéquate d'une évaluation régulière ou irrégulière). Dans ce cadre, la décision finale n'absorbe plus toute la causalité. Le juge n'a cependant pas eu l'occasion d'approfondir cette piste. Dans l'arrêt de cassation rendu par le Conseil d'État, en 2016 sur la même affaire, la causalité adéquate a repris ses droits<sup>85</sup>. Plutôt que de redéfinir le lien de causalité, le juge a transformé le vice de procédure en erreur de fond : il a jugé que l'illégalité tenant à la non abrogation du *Mediator* résultait du manquement de l'État à son obligation de s'informer, constitué en l'espèce par l'absence d'expertises réalisées. D'après la haute juridiction, si des évaluations

---

<sup>80</sup> Le fait générateur correspondant à ladite violation, Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 9 juin 2010, pourvoi n° 09-11.738, Bull. 2010, III, n° 118 et Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 8 juin 2011, 10-15.500, Publié au bulletin.

<sup>81</sup> À l'occasion de l'arrêt "Algues vertes", CAA de Nantes, 1<sup>er</sup> déc. 2009, req. n° 07NT03775 : « Considérant que, compte tenu de la gravité de la pollution d'un certain nombre de sites des Côtes d'Armor et du Finistère par la prolifération d'algues vertes, et du déséquilibre durable en résultant pour la protection et la gestion de la ressource en eau, les associations demanderesse en première instance, eu égard à leur objet statutaire, ont été victimes d'une atteinte importante aux intérêts collectifs environnementaux qu'elles se sont données pour mission de défendre, constitutive d'un préjudice moral de nature à leur ouvrir droit à réparation ».

<sup>82</sup> CE, 30 mars 2015, *Association pour la protection des animaux sauvages*, req. n° 375144, rec. T. 871. Les dispositions des articles L. 141-1 et L. 141-2 du code de l'environnement « ne dispensent pas l'association qui sollicite la réparation d'un préjudice, notamment moral, causé par les conséquences dommageables d'une illégalité fautive, de démontrer l'existence d'un préjudice direct et certain résultant, pour elle, de la faute commise par l'État ».

<sup>83</sup> TA Paris, 3 juill. 2014, n° 1312345/6 ; TA Paris, 7 août 2014, n° 1312469/6, 1312477/6, 1312386/6, 1315850/6.

<sup>84</sup> S. BRIMO, « La responsabilité administrative, dernière victime du Mediator ? », *AJDA*, 2014, p. 2490-2498.

<sup>85</sup> CE, 9 nov. 2016, *Mme Faure c/ Min. des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme*, req. n° 393902 et n° 393926, rec. T. 938-941-950, et CE, 9 nov. 2016, *Mme Bindjouli*, req. n° 393108, Rec. p. 496.

avaient été menées, elles auraient montré les méfaits du *Mediator* et elles auraient abouti au retrait de son AMM. Il y a donc un lien de causalité direct et certain entre le manquement à l'obligation de surveillance de l'État et le préjudice subi par les victimes du *Mediator*, et ce lien relève de la théorie de la causalité adéquate.

Ce second exemple montre la difficulté du juge à se départir du cadre de la théorie de la causalité adéquate. Or, cette théorie immunise les décideurs quand ils ont agi sur le fondement d'une évaluation viciée, mais pas suffisamment pour avoir pu, selon le juge, influencer la décision finale. Ceux-ci ne peuvent ainsi obtenir réparation que dans un nombre très limité de cas et ils devront le plus souvent se contenter d'une responsabilité partielle du décideur (2).

## 2) L'impact de la responsabilité atténué par son inéluctable partage

**537.** Le partage de la responsabilité entre le décideur et l'évaluateur pour les vices évaluatifs minimise l'ampleur du potentiel réformateur des recours indemnitaires intentés contre les décideurs. Seuls les contentieux fondés sur une mauvaise utilisation de l'évaluation régulière ou l'absence d'évaluation – si la barrière du lien de causalité est surmontée – peuvent s'achever par des condamnations du décideur à la réparation intégrale du préjudice et une responsabilisation maximale du décideur. Les contentieux fondés sur l'utilisation d'une évaluation irrégulière s'achèvent systématiquement, à l'inverse, par un partage de responsabilité entre le décideur et l'évaluateur, qui est à l'origine de l'irrégularité affectant l'évaluation. La faute de celui-ci est largement définie : elle est « indépendante de tout élément intentionnel ou frauduleux, [et elle peut] être retenue alors même [qu'il] aurait été dans l'ignorance de l'insuffisance de l'étude préalablement réalisée et, en conséquence, de l'illégalité de l'autorisation qui lui a été délivrée »<sup>86</sup>.

**538.** Selon les recours, la faute de l'évaluateur constitue un fait du tiers ou, si celui-ci est à l'origine de l'action, une faute de la victime<sup>87</sup>. Or, cette faute n'est pas toujours invocable. Le juge administratif a en effet déjà refusé d'engager la responsabilité du décideur dans une affaire où le requérant avait participé à l'évaluation. Ce refus s'est exprimé dans le

---

<sup>86</sup> R. HOSTIOU, Note sous CE, 28 juill. 1993, *SARL Bau-Rouge*, loc. cit., p. 1195.

<sup>87</sup> V. R. ODENT, *Contentieux administratif*, op. cit., t. 2, p. 148. Il s'agit du « fait direct et personnel du demandeur en réparation, mais également celui des personnes qui engagent ce demandeur ». Le fait de la victime doit résulter des pièces du dossier ou de la conviction du juge, sinon il doit être prouvé par l'auteur du dommage.

contentieux sanitaire, à l'occasion de l'arrêt *Stalinton*, où l'action du laboratoire a été rejetée sur le fondement de la règle *nemo auditur*<sup>88</sup>. Ce rigorisme semble cependant être une exception, puisque le juge n'a pas réitéré cette solution<sup>89</sup> et que, dans le domaine environnemental, le destinataire de l'autorisation peut obtenir réparation alors qu'il est l'évaluateur principal et qu'il participe davantage à l'évaluation que les laboratoires pharmaceutiques<sup>90</sup>. Le juge a même condamné l'État à réparer entièrement le préjudice subi par un évaluateur environnemental en rejetant toute faute de la victime-évaluatrice dans un arrêt isolé<sup>91</sup> et « surprenant »<sup>92</sup>. La même solution a été retenue dans un arrêt moins étonnant, alors que le décideur avait omis de demander l'étude d'incidences d'un projet affectant des sites Natura 2000<sup>93</sup>. Le partage de responsabilité semble toutefois être, le plus souvent, plus équitable<sup>94</sup>. À cet égard, en 1994, la Cour administrative d'appel de Lyon a jugé que la faute de l'administration était réduite de moitié en raison de l'insuffisance de l'étude sur laquelle elle avait statué<sup>95</sup>. Le Conseil d'État s'était montré encore plus clément en 1989, dans une affaire impliquant une notice d'impact, sorte d'étude allégée alors requise pour certains travaux : il n'avait fixé qu'à un quart du préjudice la part de la

---

<sup>88</sup> CE, 28 juin 1968, *Société des Établissements Février-Decoisy-Champion*, req. n° 67677, Rec. p. 411, note M. WALINE, *RDJ*, 1969, p. 312-319. V. J. PEIGNÉ, « Affaire Mediator : l'État jugé responsable de la carence fautive de l'AFSSAPS », *RDSS*, 2014, p. 926-933.

<sup>89</sup> CAA de Marseille, 27 mai 2004, req. n° 99MA01621.

<sup>90</sup> Les trois arrêts rendus à propos d'études d'impact environnemental ont été initiés par le destinataire de la décision.

<sup>91</sup> TA de Poitiers, 26 juin 2003, *Société TREE c/ Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, req. n° 0297.

<sup>92</sup> P. BILLET, « L'évaluation environnementale, fondement de la prévention et de la réparation des atteintes à la biodiversité en droit français et communautaire. Approche critique », *RJE*, 2011, Vol. 5, n° spécial, p. 63-78.

<sup>93</sup> CAA de Marseille, 2 juin 2016, *Société Kymeol*, req. n° 14MA05157. EDF avait versé un acompte de plus de 100 000 euros à la société bénéficiant alors du permis de construire un parc éolien. Le juge a considéré : « qu'à cette date, le permis de construire avait été délivré et si l'évaluation des incidences Natura 2000, qui avait été remise à la société, concluait à des effets préjudiciables pour le gypaète barbu, l'administration, qui a délivré le permis de construire sans exiger au préalable ce document, n'avait engagé aucune démarche en vue de l'arrêt du projet ; que, dès lors, les frais de raccordement électrique constituent des dépenses engagées en pure perte en lien direct et certain avec l'illégalité fautive du permis de construire, sans qu'aucune imprudence puisse être reprochée à la société ; que, par conséquent, le ministre n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal a condamné l'État à verser à la société Kyrneol la somme de 104 599,69 euros à ce titre ». Le manque à gagner par la société n'est en revanche pas remboursé, en raison de l'absence de lien de causalité avec l'illégalité du permis de construire (c'est l'illégalité du projet en tant que telle qui est la cause de ce manque à gagner).

<sup>94</sup> TA Grenoble, 8 juin 1984, *Michalon*, *RJE*, 1984, p. 240 ; CE, 31 mars 1989, *Mme Coutras*, req. n° 81903, Rec. p. 103 ; CE, 28 juill. 1993, *SARL Bau-Rouge*, req. n° 116943, Rec. p. 249, et CAA de Lyon, 11 juill. 1994, *SCI « Les jardins de Bibemus »*, req. n° 93LY01927, inédit au recueil Lebon. S. RIALS remarque l'indulgence générale du juge administratif en cas de partage de responsabilité, qui a selon lui une fonction moralisatrice, à défaut d'avoir un fondement scientifique, S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Publ. », t.135, 1980, p. 461. Malgré l'évolution probabiliste de l'indemnisation de la perte de chance, celle-ci demeure limitée, M. HEERS, « L'indemnisation de la perte d'une chance », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2000, n° 83, p. 7.

<sup>95</sup> CAA de Lyon, 11 juill. 1994, *SCI « Les jardins de Bibemus »*, req. n° 93LY01927, inédit au recueil Lebon.

responsabilité de l'État<sup>96</sup>. Dans ces deux cas aussi, le requérant était la victime de l'illégalité invoquée.

Les recours indemnitaires intentés par les tiers<sup>97</sup>, les évalués et les évaluateurs contre le décideur semblent donc possibles quel que soit leur degré de participation à l'évaluation. Seulement, ils n'aboutiront qu'à une condamnation partielle du décideur si la faute invoquée trouve son origine dans l'irrégularité de l'évaluation.

**539.** Ce partage pourrait toutefois rester purement théorique : un seul patrimoine sera en effet débiteur lorsque l'évaluateur et le décideur ne font juridiquement qu'un. Cette confusion existe pour les évaluations individuelles des fonctionnaires<sup>98</sup>, certaines évaluations préalables des contrats de partenariat et des documents d'urbanisme<sup>99</sup>. Le partage de la responsabilité a alors peu d'effets concrets pour le décideur – hormis celui de compliquer le chemin judiciaire du requérant<sup>100</sup>.

Cette situation n'est toutefois pas une source systématique de responsabilisation supplémentaire. Dans certaines hypothèses, le décideur pourra quand même s'exonérer d'une partie de sa responsabilité en invoquant la faute du tiers garant chargé de conseiller l'évaluateur et de contrôler la qualité de certaines évaluations : les évaluations préalables des contrats et marchés de partenariat et les évaluations environnementales au sens large<sup>101</sup>.

Dans certains cas cependant, ce partage n'aura de nouveau aucune conséquence sur la désignation du patrimoine débiteur. Le tiers garant peut en effet partager la personnalité juridique du décideur et de l'évaluateur. À cet égard, l'intervention illégale de la MAPPP ou de la Fin Infra, qui sont des services du ministère de l'Économie et des Finances, n'aura aucun effet patrimonial si c'est l'État qui a conclu le contrat de partenariat – mais il en

---

<sup>96</sup> CE, 31 mars 1989, *Mme Coutras*, req. n° 81903, Rec. p. 103.

<sup>97</sup> En matière sanitaire, v CE, 9 nov. 2016, *Mme Faure c/ Min. des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme*, n° 393902 et n° 393926, rec. T. 938-941-950, et CE, 9 nov. 2016, *Mme Bindjouli*, req. n° 393108, Rec. p. 496. S. BRIMO, « Le Mediator devant le Conseil d'État : remèdes et effets secondaires », *AJDA*, 2017, p. 426-431. Cette jurisprudence a été appliquée en 2017 et l'État a été condamné à réparer 30% du préjudice subi par une victime, CAA de Paris, 4 août 2017, req. n°s 16PA00157 et 16PA03634 et TA de Paris, 10 octobre 2017, req. n° 1312485/6-2.

<sup>98</sup> Décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 relatif à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux ; décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État et décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 portant application de l'article 65-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

<sup>99</sup> R. 104-1 et s. du code de l'urbanisme.

<sup>100</sup> Pour une condamnation pleine de l'administration v. CAA de Bordeaux, 7 sept. 2010, req. n° 10BX00347. L'arrêt porte sur une notation, mais est parfaitement transposable à l'hypothèse d'une évaluation.

<sup>101</sup> L'autorité environnementale et la Fin Infra, héritière de la MAPP.

conclut bien moins que les autres personnes publiques<sup>102</sup>. De même, en matière d'évaluation environnementale (au sens large), l'intervention irrégulière du tiers garant n'aura aucun effet sur la responsabilité du décideur quand c'est une autorité de l'État qui prend la décision pour laquelle une évaluation ou une étude d'impact environnemental<sup>103</sup> puisque l'autorité environnementale est toujours une émanation de l'État, qu'elle découle du CGEDD (Conseil général de l'écologie et du développement durable) ou des services préfectoraux<sup>104</sup>. Ces hypothèses restent cependant minoritaires.

**540.** La plupart du temps, la responsabilité des décideurs administratifs en cas d'irrégularités affectant l'évaluation sera amoindrie par la faute de l'évaluateur et/ou du tiers garant. De ce fait, en dehors du cas où la faute du décideur résulte d'une mauvaise prise en considération de l'évaluation, ce contentieux ne peut constituer qu'un levier secondaire de sensibilisation du décideur à l'égard des expertises évaluatives<sup>105</sup>.

Ce partage de l'obligation à la dette correspond toutefois à l'esprit de l'évaluation, censée être objective et juste avant sa transmission au décideur. Celui-ci n'est débiteur que de l'obligation de trancher à partir d'une étude conforme aux dispositions législatives et réglementaires. De ce fait, l'administration devrait, certes, vérifier le contenu de l'évaluation qui lui est soumise et refuser d'agir sur le fondement d'une évaluation irrégulière sous peine de commettre une faute, mais son intervention ne décharge pas l'évaluateur des obligations qui pèsent sur lui. Dès lors, il ne paraît pas incohérent que le juge, dès le stade de l'obligation à la dette, décide de limiter la responsabilité de l'administration à proportion de la faute de l'évaluateur et de l'ampleur des manquements qu'elle a ignorés, de la complexité de l'évaluation en cause, ou du contenu de l'avis du tiers garant.

Pour autant, un moyen permettrait, sans trahir cet équilibre, de maximiser l'effet d'apprentissage de la responsabilité des décideurs administratifs ayant agi sur le fondement d'une évaluation irrégulière. Il faudrait, comme l'a fait le Conseil d'État dans l'affaire du

---

<sup>102</sup> Les collectivités territoriales étaient signataires de 75% des contrats de partenariat conclus jusqu'en 2015, v. COUR DES COMPTES, *Rapport public 2015*, t. II, chap. 3 « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », La doc. Fr., p. 154.

<sup>103</sup> Cela vaut par exemple, pour les autorisations de mettre en service une installation classée pour l'environnement, puisque cette décision revient au préfet, v. titre premier du Livre V du code de l'environnement.

<sup>104</sup> Article R. 122-6 du code de l'environnement.

<sup>105</sup> V. *contra*, P. BILLET, « L'évaluation environnementale, fondement de la prévention et de la réparation des atteintes à la biodiversité en droit français et communautaire. Approche critique », *loc. cit.*, p. 72.

*Mediator*<sup>106</sup>, redéfinir la faute du décideur pour contourner l'obstacle du lien de causalité et lui imputer exclusivement toute responsabilité en cas d'illégalité de la décision finale (B).

## **B. La redéfinition envisageable de la faute du décideur**

**541.** Pour que le décideur prête plus attention à la qualité de l'évaluation, il faudrait qu'il soit condamné pour une faute excluant tout partage de responsabilité. Cette faute pourrait être définie, en s'inspirant de la jurisprudence *Mediator*, comme la violation d'une obligation d'information justifiée par le contexte d'incertitude qui justifie les pratiques évaluatives<sup>107</sup>. Pour circonscrire cette obligation, le juge pourrait s'inspirer des obligations d'information qui sont déjà imposées à certaines autorités publiques destinataires d'expertises, notamment en matière environnementale (1). Cependant, l'obligation à définir en matière évaluative différerait des obligations particulières existantes : il ne s'agirait pas d'une obligation de s'informer « tout court », mais d'une obligation de s'informer *par* l'évaluation, qui contraindrait en réalité le décideur à vérifier que l'évaluation respecte les principes fondamentaux qui la définissent (2).

### 1) Les obligations environnementales de s'informer

**542.** Alors qu'en droit civil l'obligation d'information est une obligation qui pèse sur un débiteur distinct du bénéficiaire de l'information<sup>108</sup>, en droit administratif, les obligations d'information peuvent faire de l'administration la débitrice *et* la créancière principale de cette obligation<sup>109</sup>. En d'autres termes, alors qu'en droit privé ce type d'obligation vise la communication d'un savoir, en droit public, l'administration peut être astreinte à la constitution d'un savoir, ce qui distingue radicalement les deux rapports juridiques. Malgré cette originalité, la faute du décideur qui résulte d'un manquement à une telle obligation

---

<sup>106</sup> CE, 9 nov. 2016, *Mme Faure c/ Min. des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme*, req. n° 393902 et n° 393926, rec. T. 938-941-950, et CE, 9 nov. 2016, *Mme Bindjouli*, req. n° 393108, Rec. p. 496.

<sup>107</sup> V. J.-P. NIOCHE, « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *RFSP*, 1982, p. 42.

<sup>108</sup> Article 1112-1 du code civil et articles L. 111-1 à L. 111-3 du code de la consommation. Il s'agit d'obligations précontractuelles qui trouvent donc comme débiteur et comme créancier les deux parties du contrat en discussion.

<sup>109</sup> CE, Ass., 3 mars 2004, *Botella*, req. n°s 241152 et 241153, Rec. p. 125 ; CE, 9 nov. 2016, *Mme Faure c/ Min. des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme*, n° 393902 et n° 393926, rec. T. 938-941-950, et CE, 9 nov. 2016, *Mme Bindjouli*, req. n° 393108, Rec. p. 496.

d'information s'intègre parfaitement à la typologie classique des fautes engageant la responsabilité de l'administration.

Définie largement comme un manquement à des obligations préexistantes, la faute, quand elle émane de l'administration, correspond traditionnellement à la faute de service, une notion « malléable à souhait »<sup>110</sup> et « à peu près impossible à définir »<sup>111</sup> selon la doctrine. Elle est constituée « dès lors que le fonctionnement du service n'a pas répondu à l'attente légitime de l'administré et ne lui a pas procuré les garanties ou les prestations auxquelles il pouvait prétendre »<sup>112</sup>, c'est-à-dire en cas de « négligences, d'erreurs, d'omissions, de retards dans le fonctionnement matériel du service »<sup>113</sup>. À ce titre, elle peut prendre la forme de « décisions administratives fautives parce qu'illégales et d'agissements matériels irréguliers »<sup>114</sup>. Elle se divise, enfin, entre la faute lourde – rarement exigée aujourd'hui<sup>115</sup> – et la faute simple, qui est la faute type exigible en matière évaluative.

Cette définition permet de classer le manquement à une obligation d'information dans la catégorie des fautes de service. En effet, ce manquement constitue vraisemblablement une négligence du service et plus précisément un manquement au devoir de prudence de l'administration (la *phronésis*)<sup>116</sup>, généralement lié aux principes de précaution et de prévention, qui créent des obligations précises d'évaluer<sup>117</sup>, donc des obligations de constituer un savoir.

**543.** Le défaut de précaution constitue toutefois une faute spécifique, fondée sur une appréciation temporelle inadaptée au mécanisme évaluatif. Certes, comme l'obligation de s'informer par l'évaluation envisagée ici, le défaut de précaution s'inscrit dans le « paradigme de la sécurité » qui a remplacé le paradigme de solidarité propre à l'État providence pour permettre de condamner l'État en dépit de l'incertitude entourant l'action

---

<sup>110</sup> C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, Systèmes, coll. « Droit », 1996, p. 171.

<sup>111</sup> R. ODENT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 58-59.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>113</sup> P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 2<sup>ème</sup> éd., 1938, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2012, p. 38.

<sup>114</sup> M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>115</sup> Elle vaut toujours, notamment, en matière de contrôle de légalité exercé par le préfet sur les actes des collectivités territoriales, CE, Sect., 6 oct. 2000, *Commune de Saint-Florent et autres*, req. n° 205959, Rec. p. 395.

<sup>116</sup> V. P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, nov. 1994, n° 206, p. 28-48, et O. LANTRES, « Les acteurs pharmaceutiques face au principe de précaution », *LPA*, 2004, n° 211, p. 3-14.

<sup>117</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre I,

publique<sup>118</sup>. Toutefois, si le principe de précaution crée bien une obligation de « vigie » assimilable à une obligation de s’informer, il s’agit d’une surveillance particulière, « dont l’objet [est] de tenter de détecter tout ce qui peut alerter sur un danger non encore établi, ni même probable, mais déjà potentiel »<sup>119</sup>. Elle est soutenue par un raisonnement spécifique. Malgré le caractère préventif – au sens courant – de la précaution, le défaut de précaution est uniquement révélé *a posteriori*, par la réalisation d’un risque – donc d’un dommage – dont l’existence était incertaine au moment de la prise de décision<sup>120</sup>. En d’autres termes, en matière de précaution, le défaut de prudence suppose « la distinction des périodes d’ignorance, d’incertitude et de connaissance du risque »<sup>121</sup>. Il n’est identifiable qu’après la prise de décision finale, en fonction de ses répercussions et de l’évolution des connaissances scientifiques disponibles. Si le risque s’est réalisé, alors le défaut de précaution trouve soit une origine indirecte dans le défaut d’information qui a engendré un mauvais traitement du risque au moment de la prise de la décision ou postérieurement à la décision, soit une origine directe dans l’adoption d’une décision inappropriée au regard de l’information correcte dont disposait le décideur. À l’inverse, si le risque ne s’est pas réalisé, un excès de précaution pourra être caractérisé et résulter d’une défaillance de la phase initiale d’expertise ou d’une défaillance du décideur dans le suivi de l’évolution des connaissances scientifiques après l’adoption de sa décision.

Le défaut de précaution (comme l’excès) dépend donc des événements survenus après la prise de décision : l’obligation de s’informer n’est pas dissociable de la réalisation d’un dommage lié à l’exécution de la décision finale. Or l’obligation de s’informer en matière évaluative devrait être sanctionnable indépendamment des circonstances de fait postérieures à l’adoption de la décision pour responsabiliser les décideurs. L’obligation de s’informer pesant sur le décideur ne pourrait donc pas être calquée sur l’obligation de s’informer fondée sur le principe de précaution. Elle se rapprocherait davantage de l’obligation de s’informer liée au principe de prévention.

---

<sup>118</sup> F. EWALD, « Le retour du malin génie. Esquisse d’une philosophie de la précaution », in O. GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, éd. de la Maison des sciences de l’homme- INRA, 1997, p. 99-126.

<sup>119</sup> G. MARTIN, « La mise en œuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute », *JCP Entreprise et affaires*, suppl. « Cahiers de droit de l’entreprise », n° 1, 1999, p. 3-5.

<sup>120</sup> V. M. DEGUERGUE, « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *RJE*, 2000, numéro spécial, p. 105-117 ; A. ROUYÈRE, « Principe de précaution et responsabilité », in G. DARCY (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Sénat, coll. « Les colloques du Sénat », 2001, p. 225-244.

<sup>121</sup> A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l’incidence de l’incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L’Harmattan, 2003, p. 429.

**544.** Le Conseil d'État a apporté des précisions sur la définition et le régime de la faute de prévention dans l'arrêt *Commune de Crégols* de 2009<sup>122</sup>. Dans cet arrêt le juge fait dépendre la légalité d'une mesure de police préventive des données dont le décideur disposait à l'instant *t* pour statuer. En l'espèce, le maire avait pris une mesure de prévention sur le fondement d'informations mises à sa disposition par la Direction départementale de l'environnement. Celles-ci indiquaient l'existence d'un risque certain, grave et imminent.

Contrairement à ce qu'a pu écrire la doctrine<sup>123</sup>, en conditionnant la qualification de la faute aux seules informations dont disposaient le décideur quand il a agi, le juge n'a pas subjectivisé la faute de prévention. Il s'est contenté d'appliquer le standard classique de la faute, qui repose sur une appréciation extrinsèque, c'est-à-dire une appréciation « qui rapporte l'objet étudié à un étalon constitué à partir ou à propos de la catégorie d'objets dont il est réputé relever »<sup>124</sup>. Au moment de la décision, tout homme raisonnable aurait agi de la même façon que le maire.

Si subjectivisation il y a, c'est seulement en comparaison avec l'obligation de s'informer pesant sur les personnes privées responsables du fait des produits défectueux<sup>125</sup>, et qui joue comme une cause exonératoire quand elle est respectée. En effet, l'appréciation de l'obligation de s'informer des producteurs est parfaitement objective, contrairement à l'obligation préventive de s'informer : il suffit que l'information ait été disponible au moment l'adoption de la décision pour que le juge considère que le producteur aurait dû en tenir compte. Un tel standard ne saurait être exigé en matière de prévention et de précaution, quand l'action est marquée par l'urgence. Dans ces situations, la faute ne peut être appréciée qu'au regard des informations données au décideur. C'est dans cette seule mesure – information disponible pour le décideur ou information disponible *per se* – qu'il est possible de parler de subjectivisation de la faute de prévention. Pour le reste, il s'agit d'une faute « classique », toujours appréciée par rapport aux informations disponibles à un instant *t*.

---

<sup>122</sup> CE, 31 août 2009, *Commune de Crégols*, req. n° 296458, Rec. p. 343. V. Chron. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « L'autorité de police face à la prévention des risques », *AJDA*, 2009, p. 1824-1831.

<sup>123</sup> V. *contra*, C. BROUELLE, « Illégalité et faute », *RDP*, 2010, n° 3, p. 807 et s., et J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, n° 3, p. 529-545.

<sup>124</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. « Bibliothèque Droit Publ. », t. 135, 1980, p. 297.

<sup>125</sup> Article 1245 du code civil. V. C. NOIVILE, « Principe de précaution et droit de la santé », in A. AURENGO et alii (dir.), *Politique de santé et principe de précaution*, PUF, coll. « Quadrige », 2011, p. 35-52.

Cette objectivité teintée de subjectivité est un modèle intéressant pour le contentieux évaluatif. Elle permettrait au juge de sanctionner les décideurs qui n'ont pas vérifié la qualité des informations fournies par les évaluateurs au moment de trancher. Cependant, dans l'arrêt *Commune de Crégols*, le juge semble considérer que la nature de la source suffit pour justifier qu'un homme raisonnable ait suivi les informations fournies sans se questionner sur leur degré de sérieux. Cette restriction diminue fortement la portée de l'obligation de s'informer en matière de prévention. Elle ne saurait être transposée en matière évaluative, puisqu'elle écarterait l'obligation de vérification du décideur à chaque fois qu'un expert a réalisé l'évaluation – ce qui est systématiquement le cas en matière sanitaire. Or, l'expérience a prouvé que toutes les évaluations, quelle que soit la compétence de leur rédacteur, peuvent contenir des irrégularités que le décideur pourrait, voire devrait, détecter (2).

## 2) La spécificité de l'obligation de s'informer par l'évaluation

**545.** L'obligation de s'informer par l'évaluation présenterait des différences de nature importantes avec l'obligation de vigilance associée à l'excès ou au défaut de précaution et de prévention. En premier lieu, contrairement à elles, elle ne serait pas absorbée par une obligation de sécurité prenant la forme d'une obligation de résultat dont le décideur est débiteur. En effet, en matière environnementale le décideur doit agir ou réagir pour éviter la réalisation du dommage craint sans créer d'autres préjudices que les préjudices indispensables à la protection contre ce dommage au regard des données dont il dispose. Aucune obligation de sécurité comparable ne s'impose au décideur confronté à une évaluation.

En second lieu, l'obligation de s'informer par l'évaluation donnerait lieu à une faute immédiatement constatable au moment de la prise de décision, indépendamment du sens de la décision finale ou de ses effets. En effet, la faute ne consisterait pas dans la constitution d'un savoir dont l'exactitude peut être ultérieurement réfutée, mais dans l'application d'un savoir qui est immédiatement vérifiable. À ce titre, l'obligation du décideur de s'informer par l'évaluation ne dépend pas de la notion de risque, centrale en matière de précaution et de prévention. Ce ne sont pas tant les informations transmises que la vérification de la manière dont l'information transmise a été agrégée qui importe. Le décideur devrait vérifier que l'évaluateur a appliqué les principes fondamentaux de l'évaluation. En d'autres termes, il vérifierait que la procédure et la forme sont correctes et

que l'évaluation est suffisante. Peu importe que l'évaluation n'ait pas réduit l'incertitude scientifique<sup>126</sup> ou qu'elle l'ait accrue<sup>127</sup> et, surtout, peu importe l'action subséquente du décideur.

La rationalisation des décisions publiques créerait ainsi une obligation spécifique dans le chef des décideurs : la capacité d'identifier les irrégularités principales d'une évaluation (ils sont de toute façon censés la comprendre pour décider) et, face à une évaluation irrégulière, refuser de trancher en attendant les informations complémentaires ou la réfection de l'évaluation. Sous cette forme, l'obligation de s'informer par l'évaluation appartiendrait pleinement au mécanisme premier de la responsabilité : l'imputation. L'imputation s'oppose en droit de la responsabilité à la solidarité dans la mesure où elle consiste dans « la désignation de l'auteur "véritable" de l'action »<sup>128</sup>, au détriment de la recherche d'un patrimoine débiteur. Or en mettant clairement à la charge du décideur une obligation de vérification de l'évaluation, elle pourrait infléchir le comportement des décideurs face à l'évaluation.

**546.** Il est donc théoriquement possible d'éviter le partage de la responsabilité du décideur avec l'évaluateur ou le tiers garant en redéfinissant la faute du décideur. Cette redéfinition aurait vraisemblablement peu d'effets sur les réparations allouées au requérant, mais elle sensibiliserait davantage les décideurs administratifs à de l'évaluation. L'adoption d'une décision malgré une évaluation irrégulière – quel que soit ce vice – aurait alors les mêmes effets que la mauvaise prise en considération d'une évaluation régulière. Ainsi, la voie indemnitaire pourrait, sous réserve d'un revirement jurisprudentiel, jouer un rôle dans la protection de et contre l'évaluation. Cette potentialité est toutefois limitée au contentieux des décideurs. Le contentieux indemnitaire ne peut en effet avoir que des effets marginaux sur les pratiques des évaluateurs, qui bénéficient d'une immunité quasi totale (Section 2).

---

<sup>126</sup> V. DELPIANO, *Le processus juridique d'évaluation et d'examen en matière environnementale en Amérique du Nord et dans l'Union européenne*, Nice, 1999, p. 101, et K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, thèse Nantes, 2000, p. 26.

<sup>127</sup> L'incertitude supplémentaire découlant de l'expertise scientifique est reconnue, E. TREUIL, *La preuve en droit de l'environnement*, thèse Université Paris-Sorbonne, 2002, p. 34.

<sup>128</sup> P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *loc. cit.*, p. 42.

## **Section 2 : L'immunité quasi totale de l'évaluateur**

**547.** Contrairement à la responsabilité des décideurs, qui peut naître de la mauvaise utilisation d'une évaluation régulière ou de l'utilisation d'une évaluation irrégulière, seule la production d'évaluations irrégulières est susceptible d'engager la responsabilité des évaluateurs. En outre, contrairement à la responsabilité des décideurs, cette responsabilité n'est pas nécessairement de droit public et elle n'est pas nécessairement extracontractuelle. Les régimes de responsabilité invocables à l'encontre des évaluateurs relèvent en effet du droit privé ou du droit public en fonction de la nature de leur personnalité juridique. Quant à leur nature contractuelle ou délictuelle, elle dépend du statut du décideur : la responsabilité de l'évaluateur unilatéralement désigné par les textes, l'évaluateur principal est délictuelle, tandis que la responsabilité de l'évaluateur délégué, librement recruté par l'évaluateur principal pour rédiger l'évaluation à sa place, est contractuelle. En dépit de cette multiplicité de régimes, il s'avère très difficile d'engager la responsabilité des évaluateurs principaux (§I) et celle des évaluateurs délégués (§II) et, incidemment, de les responsabiliser à propos de l'importance de la qualité des évaluations.

### **§I. La responsabilisation quasi impossible des évaluateurs unilatéralement désignés**

**548.** L'engagement de la responsabilité d'un évaluateur unilatéralement désigné par un texte de droit positif n'est pas facile à obtenir. À cet égard, les études d'impact des projets de loi bénéficient, une fois de plus, d'un régime d'exception particulièrement restrictif. Il est impossible, en l'état du droit, d'envisager l'engagement de la responsabilité des autorités gouvernementales chargées de leur rédaction (A). La situation des évaluateurs unilatéralement désignés en matière administrative est en théorie plus ouverte, puisqu'ils peuvent voir leur responsabilité engagée devant le juge administratif ou le juge judiciaire selon leur nature juridique. Néanmoins, en pratique, la sanction des évaluateurs ayant produit une évaluation irrégulière à destination de l'administration ne peut être qu'exceptionnelle. En effet, si la faute des évaluateurs est relativement aisée à identifier, les autres éléments nécessaires à l'engagement de leur responsabilité – l'existence d'un préjudice direct et certain et le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice – font le plus souvent défaut (B).

## **A. L'engagement impossible de la responsabilité des rédacteurs de l'étude d'impact des projets de loi**

**549.** La responsabilité de l'État du fait des fautes commises par le gouvernement dans la rédaction d'une étude d'impact d'un projet de loi n'est pas susceptible d'être engagée devant un juge en l'état du droit positif. La Constitution ne prévoit aucun recours en responsabilité devant le Conseil constitutionnel et le juge administratif serait vraisemblablement incompétent pour connaître de l'étude d'impact, qui constitue un acte de gouvernement (1). Or, cette situation ne semble pas près d'évoluer : malgré les appels répétés d'une partie de la doctrine en faveur de l'organisation d'un régime spécifique pour engager la responsabilité de l'État du fait de l'illégalité d'un acte de gouvernement, aucun frémissement du droit n'a eu lieu dans ce sens. L'acte de gouvernement demeure retenu dans les limbes de l'action juridictionnelle (2).

1) La requalification dirimante de l'étude d'impact comme acte de gouvernement devant le juge administratif

**550.** Si le juge administratif est compétent pour engager la responsabilité de l'État du fait des lois, il n'est pas compétent pour engager la responsabilité de l'État du fait de la procédure législative parlementaire ou gouvernementale. Tous les régimes de responsabilité existants portent sur l'exécution de la loi ou sa contrariété matérielle avec des normes qui lui sont égales ou supérieures. Pour autant, le juge administratif pourrait ne pas être hostile à un recours en responsabilité de l'État du fait de la faute du gouvernement dans la réalisation de l'étude d'impact dans la mesure où ce contentieux serait distinct de la phase parlementaire de la procédure législative et ne l'amènerait en rien à faire un contrôle de constitutionnalité de la loi finale. La faute au cœur de cette responsabilité dépendrait de la violation des dispositions de la loi organique relative à l'étude d'impact<sup>129</sup>. Il s'agirait donc d'une responsabilité pour illégalité fautive classique. Néanmoins, il semble que toute contestation de l'étude d'impact des projets de loi devant le juge administratif soit vouée à l'échec. Les études d'impact des projets de loi, outre le fait qu'elles font déjà l'objet d'un recours – certes sommaire – devant le juge constitutionnel, seraient selon toute

---

<sup>129</sup> Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

vraisemblance qualifiées d'actes de gouvernement par le juge administratif, et donc injusticiables devant lui.

**551.** La définition de l'acte de gouvernement a toujours posé des difficultés à la doctrine<sup>130</sup>, qui se divise sur le fondement politique de cette catégorie. Rejetée par L. Michoud<sup>131</sup> et, entre autres, P. Duez<sup>132</sup>, la distinction entre la fonction gouvernementale, dont relèveraient ces actes, et la fonction administrative reste pertinente pour comprendre l'existence des actes de gouvernement selon R. Chapus<sup>133</sup> et P.-H. Chalvidan<sup>134</sup>. R. Capitant retient aussi l'existence d'un pouvoir gouvernemental pour expliquer la catégorie des actes de gouvernement, mais il ne le lie pas à des considérations politiques, contrairement aux auteurs précités ; il le fait dépendre de la « participation à l'exercice de la souveraineté » directement réglée par la Constitution ou relevant du droit international, en tous cas échappant au législateur<sup>135</sup>. J. Prévost-Gella a récemment essayé de surmonter ces divergences en se référant à la théorie de la séparation des pouvoirs, négligée par la doctrine pour expliquer la jurisprudence relative aux actes de gouvernement en dépassant la notion critiquée de « pouvoir gouvernemental »<sup>136</sup> : en refusant de contrôler les actes de gouvernement, le juge administratif refuserait de prendre le pouvoir sur une partie des attributions de l'exécutif correspondant aux bases constitutionnelles du droit administratif.

Jusqu'ici, aucune de ces définitions n'a emporté la conviction de l'ensemble de la doctrine. Cependant, malgré leurs divergences théoriques, les auteurs s'accordent sur la liste des actes susceptibles d'être nommés actes de gouvernement – à l'exception de R. Capitant, qui identifie des faux actes de gouvernement insusceptibles d'être rattachés à une autorité gouvernementale<sup>137</sup>. À l'unanimité, la doctrine désigne comme actes de gouvernement les actes « par lesquels le gouvernement entre en rapports avec le Parlement ; les actes par lesquels le gouvernement entre en rapports avec les États étrangers

---

<sup>130</sup> Une partie de la doctrine se caractérise d'ailleurs par son rejet de la théorie des actes de gouvernement, v. J. PRÉVOST-GELLA, *Le juge administratif français et les conflits de traités internationaux*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 177, 2017, p. 173.

<sup>131</sup> L. MICHOD, « Des actes de gouvernement », *RDP*, 1924, p. 1-78.

<sup>132</sup> P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, 1935, rééd. Dalloz, 2006, coll. « Bibliothèque Dalloz », 216 p.

<sup>133</sup> R. CHAPUS, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *D.*, 1958, chron. II, p. 5-10.

<sup>134</sup> P.-H. CHALVIDAN, « Doctrine et acte de gouvernement », *AJDA*, 1982, n° 1, p. 4-19.

<sup>135</sup> R. CAPITANT, *Cours de doctorat. Cours de principes du droit public. 1955-1956*, Les cours de droit, 1956, p. 150 et s.

<sup>136</sup> J. PRÉVOST-GELLA, *Le juge administratif français et les conflits de traités internationaux*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 169 et s.

ou les organisations internationales et les décrets de grâce »<sup>138</sup>. L'étude d'impact des projets de loi relève sans conteste de la première catégorie. Son contrôle participerait du « contentieux constitutionnel de la division horizontale des pouvoirs »<sup>139</sup>. En effet, bien qu'elle soit prévue de manière plus qu'évasive par la Constitution et qu'elle soit principalement définie par loi organique du 15 avril 2009 et par une circulaire du Premier ministre<sup>140</sup>, l'étude d'impact accompagne les projets de loi et elle est, en conséquence, indissociable de la procédure législative qui implique le Gouvernement et le Parlement. Elle n'est « pas détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif tels qu'ils sont organisés par la Constitution »<sup>141</sup>. À ce titre, il semble que son invocation à l'occasion d'un contentieux indemnitaire ne soit possible ni devant le juge administratif ni devant le Conseil constitutionnel, qui n'est pas un juge de la responsabilité de la puissance publique. Le gouvernement est donc parfaitement protégé contre une éventuelle condamnation liée à la production défectueuse d'une étude d'impact d'un projet de loi et cette situation ne semble pas près d'évoluer. Si, depuis plusieurs décennies, une partie de la doctrine a pensé les contours que pourrait prendre un contrôle de plein contentieux indemnitaire des actes de gouvernement devant le juge, jusqu'ici les pouvoirs publics n'ont montré aucune intention de développer un tel recours (2)

## 2) Une immunité vraisemblablement pérenne

**552.** La doctrine administrative ne s'est pas contentée de chercher le fondement théorique des solutions jurisprudentielles et de constater l'immunité des actes de gouvernement. Elle a dégagé les conditions d'un contrôle de la légalité de ces actes et d'un contrôle de la responsabilité sans faute de l'État en cas d'illégalité. Un tel régime pourrait être salvateur pour les études d'impact des projets de loi, qui bénéficient d'une immunité malvenue au regard de leur piètre qualité. Il pourrait participer au redressement rapide de leur qualité, ne serait-ce qu'en vertu de sa portée symbolique.

Les aspects des recours potentiels qui échoiraient au juge administratif sont encore discutés en doctrine. Celle-ci a appelé, à la suite de L. Michoud, à un contrôle de ces actes

---

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 173. Cette binarité a pu être qualifiée de *summa divisio*, E. CARPENTIER, « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA*, 2018, p. 799-805.

<sup>139</sup> L. FAVOREU, « Pour en finir avec la "théorie" des actes de gouvernement », in *Mél. P. Pactet. L'esprit des institutions, L'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 613.

<sup>140</sup> Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle (procédure).

<sup>141</sup> CE, Sect., 25 sept. 1998, *M. Mégret*, req. n° 195499, Rec. p. 341.

par une juridiction constitutionnelle<sup>142</sup>, à l'organisation de procédures non juridictionnelles<sup>143</sup> ou, à défaut, à un contrôle limité du juge administratif. F. Melleray a ainsi plaidé pour un contrôle de la légalité destiné à protéger les droits fondamentaux inspiré du système espagnol. Ce contrôle serait susceptible de convaincre les pouvoirs publics dans la mesure où il serait par essence limité en raison du faible nombre d'actes de gouvernement susceptibles de léser de tels droits<sup>144</sup>, ce que relevait déjà L. Michoud<sup>145</sup>. Il serait aussi limité en raison du faible nombre de contraintes juridiques pesant sur les actes de gouvernement : un tel contrôle serait surtout concentré sur la forme et la procédure<sup>146</sup>. Néanmoins, si, en général, les actes de gouvernement peuvent être édictés sous des conditions de forme et de procédure évanescences, à l'échelle de l'évaluation, les règles de procédure et de forme sont nombreuses et sont d'une importance au moins égale à son contenu. L'organisation d'une responsabilité pour faute de l'État du fait de l'illégalité des actes de gouvernement prendrait ainsi tout son sens en matière évaluative. Cependant, si la violation d'un droit fondamental était érigée en condition d'un tel recours, alors il est plus que probable que l'étude d'impact resterait exclue de son champ d'application, puisque d'une part, la procédure évaluative n'est directement liée à aucun droit fondamental hormis le droit à l'information environnementale et, d'autre part, il est peu probable que le juge qualifie le droit à l'information en général de droit fondamental. Sous cette réserve, importante, ce contrôle de la responsabilité de l'État du fait des actes de gouvernement constituerait la réponse la plus efficace à l'effacement du Conseil constitutionnel.

**553.** Une autre forme de recours est cependant envisageable. P. Duez<sup>147</sup> et F. Melleray<sup>148</sup> suggèrent en effet la mise en place d'un régime de responsabilité sans faute fondé sur les

---

<sup>142</sup> L. MICHOD, « Des actes de gouvernement », *loc. cit.* ; P. DUEZ, *Les actes de gouvernement, op. cit.*, p. 183 et s. ; L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, p. 210.

<sup>143</sup> L. FAVOREU, « Pour en finir avec la "théorie" des actes de gouvernement », in *Mél. P. Pactet, op. cit.*, p. 612.

<sup>144</sup> F. MELLERAY, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », *RFDA*, 2001, p. 1086 et s. Dans le même sens, v. E. CARPENTIER, « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *loc. cit.*

<sup>145</sup> L. MICHOD, « Des actes de gouvernement, *loc. cit.*, p. 53.

<sup>146</sup> Cette circonstance fait dire à certains auteurs que cette ouverture ne serait qu'une « avancée de façade » ; S. ROUSSEL et Ch. NICOLAS, « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », *AJDA*, 2018, p. 491-497.

<sup>147</sup> Il envisage une responsabilité pour risque, sans faute, v. P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, 1935, p. 20 et p. 242 et s.

<sup>148</sup> F. MELLERAY, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », *loc. cit.*, p. 1086 et s.

conséquences dommageables des actes de gouvernement<sup>149</sup>. Pour F. Melleray, X. Dupré de Boulois<sup>150</sup> et M. Vonsy<sup>151</sup>, ce contrôle serait même nécessaire en vertu des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme, malgré la position laxiste et critiquée<sup>152</sup> adoptée par la Cour strasbourgeoise sur le sujet<sup>153</sup>. Cette responsabilité permettrait de mieux protéger les administrés. Elle serait toutefois sans effets sur la rationalisation des décisions publiques dans la mesure où, sans faute à prouver, elle serait indépendante de la qualité de l'étude d'impact réalisée et qu'elle ne stigmatiserait donc pas la pratique gouvernementale. Par ailleurs, il est difficile d'envisager un préjudice anormal directement causé par une irrégularité évaluative, ce qui empêcherait toute sanction de l'État du fait des études d'impact.

**554.** L'ensemble de ces propositions doctrinales a trouvé plusieurs échos dans la jurisprudence française, ne serait-ce que dans la tendance juridictionnelle à ne pas qualifier de nouveaux actes de gouvernement<sup>154</sup>. Aussi, le juge use régulièrement de la notion d'actes détachables des rapports entre le Parlement et le Gouvernement<sup>155</sup> ou détachables des rapports entre le Gouvernement et les puissances étrangères<sup>156</sup>. Il a même accepté d'engager la responsabilité de l'État du fait d'un acte de gouvernement en 2016. Le juge a en effet appliqué par analogie le régime de responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques du fait de l'exécution d'une convention internationale aux accords d'Évian<sup>157</sup>, qui relèvent de la catégorie des actes de gouvernement relatifs aux relations entre l'État et les puissances étrangères<sup>158</sup>. Cette solution est néanmoins

---

<sup>149</sup> Pour une critique de cette proposition, v. A. de MONTIS, « Faut-il vraiment étendre le régime de responsabilité du fait des lois aux actes de gouvernement ? », *Droit administratif*, n° 2, fév. 2016, étude 4.

<sup>150</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS, « La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *RDP*, 2000, p. 1791 et s.

<sup>151</sup> M. VONSY, « Acte de gouvernement et droit au juge », *RFDA*, 2008, p. 728 et s.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 1792.

<sup>153</sup> CEDH, Gde ch., 14 décembre 2006, *Markovic c. Italie*, req. n° 1398/03.

<sup>154</sup> V. notamment CE, Sect., 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire*, req. n° 164789 et 165122, Rec. p. 381, à propos de la décision de demander la délégalisation d'une disposition, et CE, 13 déc. 2017, *Président du Sénat*, req. n° 411718, à paraître au Recueil, à propos d'une décision de nomination du président de la République précédée du vote des commissions des lois des deux assemblées ; concl. X. DOMINO, *AJDA*, 2018, p. 521-528.

<sup>155</sup> V. notamment CE, Sect., 25 sept. 1998, *M. Mégret*, req. n° 195499, Rec. p. 341.

<sup>156</sup> CE, Ass., 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, req. n° 175277, Rec. p. 347 ; CE, 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, req. n° 138310, Rec. p. 501, et CE, 16 nov. 1998, *Lombo*, req. n°s 161188, 161189, Rec. p. 407.

<sup>157</sup> CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*, n° 50515, Rec. p. 257.

<sup>158</sup> CE, 27 juin 2016, *M. Bernabé et alii*, req. n° 382319, rec. T. 935-939. A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « Indemnisation des rapatriés d'Algérie dépossédés de leurs biens : une requête qui ne passe toujours pas », *AJDA*, 2017, p. 67-73.

exceptionnelle : elle ne doit pas occulter le fait que les actes de gouvernement forment toujours une catégorie juridique importante et que leur contrôle est encore embryonnaire. La responsabilité de l'État du fait des études d'impact est donc, pour l'instant, une simple hypothèse de réflexion. À ce jour, les études d'impact des projets de loi jouissent d'une immunité contentieuse de fait et de droit, résultant de l'indifférence du Conseil constitutionnel et de l'incompétence du juge administratif.

**555.** Cette immunité de fait et de droit affecte toutes les évaluations destinées au Parlement étant donné que l'autre catégorie d'évaluations législatives, les évaluations prévues par des dispositions législatives pour la reconduction d'une loi, est aussi injusticiable devant le juge administratif et le juge constitutionnel. Si ces actes ne relèvent pas de la catégorie des actes de gouvernement – ils n'impliquent aucune interférence entre les différentes fonctions exécutive, législative et juridictionnelle –, il s'agit d'actes parlementaires, également insusceptibles de recours devant le juge administratif<sup>159</sup>. Ces actes sont définis au sens large « comme les actes qui émanent d'organes parlementaires (assemblées elles-mêmes, Bureau, Président, vice-présidents, questeurs, secrétaires, commissions permanentes et spéciales, commissions d'enquête, agents des assemblées sous l'autorité du Bureau...) ; qu'il s'agisse d'actes se rattachant à l'élaboration de la loi et au contrôle du gouvernement ou des actes pris pour les besoins internes de l'administration des assemblées »<sup>160</sup>. Il faudrait ajouter à cette liste les évaluations réalisées par le Parlement en dehors de la procédure d'élaboration d'une loi ou du contrôle du gouvernement<sup>161</sup>, mais résultant d'une habilitation constitutionnelle spécifique, dans la mesure où elles participent à la mission d'évaluation des politiques publiques dévolue au Parlement par l'article 24 de la Constitution.

Or, si le juge a accepté de contrôler des décisions relevant de la fonction administrative du Parlement<sup>162</sup>, pour la doctrine, l'immunité juridictionnelle des actes relevant de son activité parlementaire telle que prévue par l'article 24 de la Constitution est préservée<sup>163</sup>. Le récent arrêt par lequel le Conseil d'État a accepté de contrôler une activité

---

<sup>159</sup> V. CE, 5 nov. 1872, *Scarrey de Bellemare*, Rec. p. 590, concl. F. PERRET, 1873, §II, p. 189, cité par A. CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, op. cit., p. 370. V. aussi CE, 30 mars 2001, *Association du Vajra triomphant*, req. n° 211419, rec. T. 1079 et CAA de Nantes, 30 juill. 2003, *L'arbre au milieu*, req. n° 00NT01259.

<sup>160</sup> D. POLLET, « Vers une disparition prochaine des actes parlementaires ? », *RDP*, 2004, n° 3, p. 695.

<sup>161</sup> Sur la distinction entre l'évaluation et le contrôle v. *supra*, Introduction, Section 1, § 4.

<sup>162</sup> CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 41.

<sup>163</sup> V. D. POLLET, « Vers une disparition prochaine des actes parlementaires ? », *loc. cit.*, p. 713 ; R. DENOIX DE SAINT-MARC, « Le Conseil d'État et les « actes parlementaires », in *Mél. D. Labetoulle*,

parlementaire, la réunion de la Commission des lois du Sénat chargée de confirmer certaines nominations présidentielles en vertu de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution<sup>164</sup>, ne dément pas cette analyse. Cette consultation n'a manifestement pas été jugée détachable de l'acte administratif qu'elle prépare. Cette solution, inapplicable aux évaluations destinées au Parlement, qui préparent toutes des lois, montre tout de même que la jurisprudence en la matière n'est pas figée. Néanmoins, en l'état du droit, l'ensemble des évaluations destinées au Parlement jouit ainsi d'une immunité contentieuse dont bénéficient, par ricochet, les évaluateurs, puisque leur responsabilité ne peut pas être engagée devant un juge.

Pour l'heure, la voie indemnitaire est donc sans issue pour inciter le gouvernement à préparer plus sérieusement les études d'impact des projets de loi ou pour inciter le législateur à préparer des évaluations *ex post* rigoureuses. À cet égard, sur le papier, la responsabilité des évaluateurs s'adressant à l'administration paraît plus prometteuse : divers régimes leurs sont applicables. Néanmoins, en pratique, l'engagement de leur responsabilité devant le juge judiciaire ou le juge administratif s'avère trop incertain et trop faible pour déclencher un mouvement vaste et profond de régénération des pratiques évaluatives (B).

## **B. La responsabilité limitée des évaluateurs s'adressant à l'administration**

**556.** Les évaluateurs unilatéralement désignés en matière administrative sont, en fonction des matières et parfois au sein d'une même branche, notamment en droit de l'environnement, soit des personnes de droit public, soit des personnes de droit privé. Les administrés doivent donc alternativement solliciter le juge judiciaire ou le juge administratif et sélectionner le régime de responsabilité adéquat pour obtenir réparation des dommages causés par les évaluateurs qui ont manqué à leurs obligations. Dans tous les cas, ils se heurtent à la délicate preuve de l'existence d'un préjudice résultant directement et certainement des irrégularités affectant l'évaluation (1). Si cette démonstration n'est pas

---

Dalloz, coll. « Mélanges, études, travaux », 2007, p. 273-280, et P. BON, « Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », in *Mél. L. Favoreu*, Dalloz, coll. « Mélanges, études, travaux », 2007, p. 1068 et s.

<sup>164</sup> CE, 13 déc. 2017, *Président du Sénat*, req. n° 411718, à paraître au Recueil, à propos d'une décision de nomination du président de la République précédée du vote des commissions des lois des deux assemblées ; concl. X. DOMINO, *AJDA*, 2018, p. 521-528.

impossible, elle donne lieu à des condamnations trop casuistiques pour sensibiliser la communauté des évaluateurs (2).

1) La mise en jeu possible de la responsabilité de l'évaluateur

**557.** Pour les auteurs qui se sont intéressés à l'expertise, il existe un fossé entre l'importance théorique de la responsabilité des experts, qui constitue une « garantie (...) de la qualité de ses travaux »<sup>165</sup>, et les potentialités concrètes d'une telle responsabilité. Il est vrai que, si la responsabilité pénale des experts judiciaires peut être engagée sur plusieurs fondements<sup>166</sup>, il est relativement difficile d'engager leur responsabilité civile. Cette responsabilité pour faute qui peut être recherchée devant les juridictions judiciaires<sup>167</sup> est en général tenue en échec par la jurisprudence, qui « se montre prudente, réservée et légitimement circonspecte lorsque la responsabilité civile d'un expert judiciaire est recherchée »<sup>168</sup> en raison de la critique implicite que cette condamnation contient contre le juge qui a nommé l'expert fautif. En outre, il est en général difficile de prouver un lien de

---

<sup>165</sup> A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse Dactyl., Nantes, 1996, p. 591. Dans le même sens, v. C. LEPAGE, *Le Grenelle Environnement - Mission Lepage. Rapport final*, 2008, p. 3.

<sup>166</sup> Sa responsabilité peut être engagée en cas de falsification de ses écritures (art. 434-20 du code pénal) pour subornation de témoin (art. 443-15 du code pénal), pour corruption passive (art. 434-9 du code pénal) ou en cas de révélation d'une information à caractère secret (art. 226-13 du code pénal).

<sup>167</sup> La juridiction judiciaire accepte d'engager la responsabilité pour faute de l'expert judiciaire officiant devant les juridictions judiciaires sur le fondement de l'article 1240 du code civil. V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999, n° 97.11522, n° 1131D et v. O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé, t. 443, 2003, p. 345 et s. S'agissant de l'expert officiant devant le juge administratif, la Cour de cassation a aussi affirmé la compétence du juge judiciaire – Civ. 2<sup>e</sup>, 8 oct. 1986, n° 85-14.201 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2002, n° 00-11.907, *AJDI*, 2002, p. 867. J.-P. Pastorel soutenait cette solution avant la délivrance de ces arrêts, J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, thèse Université Paris II-Panthéon-Assas, 1985, p. 737. La compétence du juge est néanmoins disputée s'agissant de ces experts, puisque le Conseil d'État a aussi revendiqué sa compétence pour engager la responsabilité des experts judiciaires travaillant devant les juridictions administratives. CE, 7 fév. 2003, *Robert*, req. n° 224539, Rec. T. p. 708-936), v. F. ROUSSEL, « Le contentieux des obligations de l'expert », *AJDA*, 2014, p. 1370-1380. Cet arrêt écarte l'hypothèse de certains auteurs qui estimaient que devant le juge administratif l'expert devrait être assimilé à un agent du service public de la Justice (collaborateur occasionnel), si bien que sa responsabilité serait en réalité celle de l'État, en l'absence de commission d'une faute personnelle. V. F. LARRIBAU-TERNEYRE, « La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile... », *LPA*, 1998, n° 144, p. 7-140 ; J.-F. PÉRICAUD, « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », *RDI*, 2001, p. 321-341, et O. GOHIN, « Rapport de synthèse », in O. GOHIN (dir.), *L'expertise devant le juge administratif. Mission, rôle et responsabilité de l'expertise*, Société Revue Experts, coll. « Les rencontres de l'expertise », p. 121-129.

<sup>168</sup> D. DUPREY, « Sur la responsabilité de l'expert judiciaire », in O. GOHIN (dir.), *L'expertise devant le juge administratif...*, op. cit., p. 83. Dans le même sens, v. D. BOURCIER et M. de BONIS, *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, coll. « Les empêchements de penser en rond », 1999, p. 82 et A. ROBERT, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D.*, 2013, p. 855-865.

causalité direct et certain entre la faute d'un expert judiciaire et un préjudice<sup>169</sup>. La responsabilité de l'expert judiciaire n'est donc pas à la hauteur de ses responsabilités. La responsabilité de l'évaluateur ne l'est pas davantage.

**558.** La faute est l'élément le plus facile à prouver pour engager la responsabilité de l'évaluateur. Cette appréciation ne serait pas démentie si l'évaluateur était, comme l'expert judiciaire, soumis à une responsabilité pour faute spéciale<sup>170</sup>. En effet, si l'expert judiciaire doit toujours accomplir sa mission « avec objectivité, compétence et impartialité »<sup>171</sup>, il bénéficie d'un droit à l'erreur<sup>172</sup>. Cela ne signifie pas que sa responsabilité est limitée à la faute lourde ou intentionnelle, puisque des « négligences ou inadvertances fautives »<sup>173</sup> peuvent être retenues contre lui, mais que l'erreur sera considérée comme fautive seulement si l'expert n'a pas agi comme un technicien « moyennement consciencieux, diligent, attentif et informé »<sup>174</sup>. La mise en œuvre de ce standard respecte la liberté de l'expert, qui n'est pas soumis à une obligation de résultat et qui est libre des moyens mis en œuvre pour réaliser la mission demandée par le juge<sup>175</sup> dans le respect des règles du procès équitable.

Cette définition de la faute pourrait être étendue aux évaluateurs unilatéralement désignés. Eux aussi pourraient être soumis, du fait de leur statut – certes imposé – d'expert, à l'obligation déontologique d'être consciencieux<sup>176</sup>. Cette transposition respecterait la

---

<sup>169</sup> CA de Rennes, 24 sept. 1982, n° 283/80, cité par A. ROBERT, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *loc. cit.*, p. 861.

<sup>170</sup> Cass., 9 mars 1949, *Gaz. Pal.*, 13 mai 1949. 245, cité par A. ROBERT, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D.*, 2013, p. 855-865. V. aussi, Cass. civ. 2e, 8 oct. 1986, no 85-14.201, *Bull. civ. II*, n° 146.

<sup>171</sup> D. DUPREY, « Sur la responsabilité de l'expert judiciaire », in O. GOHIN (dir.), *L'expertise devant le juge administratif...*, *op. cit.*, p. 81-85.

<sup>172</sup> R. VIENNE, note sous Trib. civ. Nîmes, 1<sup>er</sup> juillet 1958 et CA de Nîmes, 1<sup>re</sup> ch., 18 fév. 1959, *Bruère c. O.*, *JCP G*, 1959, II.11374.

<sup>173</sup> Cass. civ., 9 mars 1949, *bull civ* n° 87, p. 229.

<sup>174</sup> CA de Lyon, 4 mars 1981, *D* 1982, IR P 271. L'expert ne doit pas, par ailleurs, dépasser sa compétence, R. VIENNE, note sous Trib. Civ. Nîmes, 1<sup>er</sup> juillet 1958 et CA de Nîmes, 1<sup>re</sup> ch., 18 fév. 1959, *Bruère c. O.*, *loc. cit.*, II.11374.

<sup>175</sup> CA de Dijon, 23 mars 1994, *JurisData*, n° 044971, cité par V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile... », *loc. cit.*, p. 13.

<sup>176</sup> D. TRUCHET, « Déontologie des experts en santé : perspectives critiques », *RDSS*, 2018, p. 81 : « être consciencieux lui impose bien des obligations. Il doit mettre toute sa science au service de sa mission, sans ménager sa peine. Cela implique de prendre la mesure de la question, d'étudier l'état de la science et des données disponibles les plus récentes (notamment épidémiologiques), du droit, de la situation économique et sociale, des enjeux éthiques, des préoccupations dites « sociétales » *etc.*, en France mais bien souvent aussi dans d'autres pays. Il lui faut étudier les informations et les documents nécessaires, le cas échéant produire ceux qui peuvent éclairer ses pairs et l'autorité consultante, participer effectivement aux éventuelles réunions et auditions (parfois très nombreuses) et contribuer à la réponse. En outre, l'expert doit faire preuve de diligence, surtout lorsque les délais sont brefs ».

singularité expertale du travail évaluatif. Si l'évaluateur a été consciencieux, alors certaines inexactitudes semblent en effet davantage relever de l'erreur que de la faute. La transposition de ce seuil semble d'autant plus pertinente qu'elle exonérerait seulement les évaluateurs des erreurs les moins graves pour l'objectivité de l'évaluation, c'est-à-dire les erreurs liées au contenu de l'évaluation, puisqu'un évaluateur consciencieux ne devrait commettre aucune « erreur » relative à la procédure ou à la forme de l'évaluation (motivation, impartialité, respect du contradictoire, *etc.*) : toutes ces erreurs constitueraient des fautes. L'erreur non fautive serait donc limitée aux cas où l'évaluateur a commis, malgré son sérieux, une erreur dans le jugement axiologique final ou dans l'interprétation des données<sup>177</sup> – ces erreurs très concrètes sont de toute façon insusceptibles d'avoir des effets au-delà des faits de l'espèce.

**559.** Alors que les fautes de l'évaluateur, même définies restrictivement, resteraient faciles à prouver, les requérants auront plus de difficultés à démontrer qu'un dommage a pu directement leur être causé par une faute de l'évaluateur. En matière d'expertises judiciaires, cette démonstration est même quasiment impossible<sup>178</sup>. Le juge judiciaire, circonspect<sup>179</sup>, semble en effet considérer avec N. Bobbio que « le destinataire du conseil réfléchit, pèse le pour et le contre et, s'il se décide finalement à suivre le conseil, il le fait non par respect ou par crainte, mais parce que persuadé et consentant. Il s'ensuit que la responsabilité de ce qui arrivera est la sienne, et non celle du conseiller, qui peut s'en laver les mains »<sup>180</sup>. Cette analyse néglige toutefois la normativité réelle de l'avis – qui, d'ailleurs, ne constitue pas forcément un conseil –, et en particulier celle de l'expertise, qui s'intercale dans le procès avec l'autorité épistémique attachée à son auteur. L'expertise peut être considérée comme la cause directe d'un dommage lorsqu'elle a eu une influence déterminante sur le jugement. Or, pour la Cour européenne des droits de l'Homme, si le

---

<sup>177</sup> Cela explique pourquoi certains auteurs considèrent que la faute retenue est, en pratique, plus proche de la faute lourde que de la faute simple. v. J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 739 : « le tribunal sanctionne essentiellement la grande négligence de l'expert » et V. F. LARRIBAUTERNEYRE, « La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile... », *loc. cit.*, p. 13 : « même si la jurisprudence n'exige formellement qu'une faute d'imprudence, il apparaît qu'elle ne retient jamais à son encontre que des fautes vraiment caractérisées sinon grossières ».

<sup>178</sup> CA de Rennes, 24 sept. 1982, n° 283/80, cité par A. ROBERT, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D.*, 2013, p. 855-865.

<sup>179</sup> Il n'engage qu'avec prudence la responsabilité des experts judiciaires. V. D. DUPREY, « Sur la responsabilité de l'expert judiciaire », in O. GOHIN (dir.), *L'expertise devant le juge administratif...*, *op. cit.*, p. 83 et D. BOURCIER et M. de BONIS, *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger*, *op. cit.*, p. 82, et A. ROBERT, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *loc. cit.*, p. 861.

<sup>180</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1988, p. 64.

juge n'a pas explicitement pris ses distances avec l'expertise il faut considérer que celle-ci a eu une influence déterminante sur la décision<sup>181</sup>. Si ce raisonnement était transposé en matière évaluative, il permettrait d'engager la responsabilité de l'évaluateur chaque fois que le décideur n'a pas explicitement écarté l'évaluation et que la décision finale ou son annulation a causé un préjudice.

En outre, certains requérants pourraient faire valoir un dommage directement causé par l'évaluation indépendamment du sens de l'acte final<sup>182</sup>. En effet, une évaluation irrégulière peut causer un préjudice moral ou économique du fait de sa seule diffusion<sup>183</sup>. S'agissant des évaluations des médicaments, des établissements hospitaliers et de l'enseignement supérieur par exemple, leur publicité peut suffire à causer un préjudice aux évalués même si la décision finale leur est favorable. Une évaluation irrégulière peut avoir omis des informations pertinentes ou contenir des informations fausses qui peuvent nuire à l'image de l'évalué et décourager de futurs patients ou étudiants de fréquenter des établissements hospitaliers ou universitaires, ce qui causera à ces derniers une baisse de revenus. Cependant, bien qu'il soit réel, ce type de préjudice paraît fragile et peu assuré de succès devant les tribunaux. Comment, en effet, démontrer avec certitude le lien de causalité entre une évaluation publiée et une baisse de revenus ou de chiffre d'affaires ? Un tort moral serait plus facile à invoquer, mais sa réparation incertaine<sup>184</sup> serait peu incitative pour les victimes et peu dissuasive pour les décideurs.

Ainsi, il n'est pas aisé de réunir les trois éléments nécessaires à l'engagement de la responsabilité des évaluateurs s'adressant à l'Administration. Cette démonstration n'est cependant pas impossible : les requérants peuvent obtenir satisfaction. En revanche, les condamnations prononcées ne peuvent avoir que des effets *inter partes* (2).

---

<sup>181</sup> CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, n° 21497/93.

<sup>182</sup> Cette hypothèse est inenvisageable en matière d'expertises judiciaires, puisque la responsabilité de l'expert ne peut être recherchée qu'après l'adoption de l'acte final, le jugement, et seulement par les parties au procès

<sup>183</sup> CE, Sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, req. n° 188833, 211756, Rec. p. 160. En l'espèce, le Conseil d'État rejette recours formé contre une recommandation émise par une agence sanitaire en arguant de l'absence d'effets juridiques d'un tel acte, mais l'arrêt est rendu avant la consécration de l'impérativité générale des recommandations de bonne pratique (CE, 27 avril 2011, *FORMINDEP*, req. n° 334396, Rec. p. 168) et avant la consécration la juridicité de la *soft law* par les arrêts *Fairvesta* et *Société NC Numéricable*. V. F. BROCAL VON PLAUEN, « La responsabilité de l'État et le risque sanitaire et alimentaire », *AJDA*, 2005, p. 522-534.

<sup>184</sup> CEDH, 19 fév. 1988, *Anna maria Guerra et autres c Italie*, JCP, 1991, §I, 105. V. M. DEGUERGUE, « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *loc. cit.*, p. 116.

2) Une responsabilité insusceptible d'avoir un impact global sur les pratiques évaluatives

**560.** Pour obtenir réparation d'un préjudice entièrement ou partiellement causé par un évaluateur, les tiers à l'évaluation et les évalués doivent s'adresser au juge judiciaire ou au juge administratif en fonction de la nature de l'évaluateur. Le juge administratif est compétent pour engager la responsabilité des fonctionnaires chargés d'évaluer leurs subordonnés, ainsi que pour engager la responsabilité du HCERES, de la HAS et de ses commissions, et enfin celle de l'État et des collectivités publiques éventuellement en charge d'une évaluation environnementale (au sens large) ou de l'évaluation préalable des contrats de partenariat. Le juge judiciaire est compétent pour engager la responsabilité des pétitionnaires de droit privé désignés comme évaluateurs par les textes en droit de l'environnement. Ces régimes divers et variés permettent aux requérants valeureux d'obtenir réparation de leurs préjudices, mais, quel que soit le juge compétent et le régime applicable, ces contrôles ne peuvent pas participer pas à l'amélioration de la qualité de l'évaluation. Devant le juge administratif, la confusion juridique de certains évaluateurs avec les décideurs prive les condamnations d'une portée réelle (a) et, devant le juge judiciaire, les chances de condamnations sont trop faibles pour que les quelques arrêts rendus aient un effet édifiant à grande échelle (b).

*a) Les limites patrimoniales de la responsabilité des évaluateurs de droit public*

**561.** Rien ne fait obstacle à ce qu'une personne publique voie sa responsabilité engagée du fait de l'illégalité d'un avis, donc d'un acte préparatoire. L'illégalité fautive n'est en rien conditionnée par le fait que l'acte soit ou non décisoire ou qu'il fasse ou non grief<sup>185</sup>. La responsabilité des évaluateurs publics ne poserait ainsi pas de difficultés particulières pour ce motif. Il s'agirait, comme cela a été exposé, d'une responsabilité pour faute simple, incluant un droit à l'erreur de l'expert, dont la responsabilité peut être recherchée par l'évalué ou par les tiers à la décision.

---

<sup>185</sup> Le Conseil d'État a déjà engagé la responsabilité de l'administration à propos d'un avis, CE, Sect., 1<sup>er</sup> fév. 1952, *Sieur Martin*, Rec. p. 79, et CE, 25 fév. 1958, *Poulet*, Rec. p. 66. V. B. GENEVOIS, concl. sur CE, Sect., 9 juin 1978, *Spire*, *Rev. Adm.*, 1978, p. 631 et s. V. aussi D. CHAUVAUX, concl. sur CE, Sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, RFDA*, 2003, p. 1185-1196. Pour une analyse concordante v. L. CALANDRI, *La notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2009, p. 581, et C. GUETTIER, « Irresponsabilité de la puissance publique », in *Répertoire de la puissance publique*, Dalloz, §1-144.

**562.** La plupart des évaluateurs de droit public ne subissent pas directement les effets d'une condamnation devant la justice administrative. En effet, plusieurs d'entre eux partagent une seule personnalité juridique avec le décideur, comme cela a été exposé plus haut<sup>186</sup>. De ce fait, ils sont probablement moins sensibles à une condamnation qu'un évaluateur disposant d'une personnalité juridique propre et dont le budget est directement affecté, à l'image de la Haute autorité de la santé depuis 2004<sup>187</sup>, du HCERES<sup>188</sup> et des pétitionnaires de droit public chargés d'une évaluation environnementale<sup>189</sup>. Étant donné que ces institutions ne peuvent être condamnées qu'en cas d'irrégularités affectant l'évaluation, elles seraient probablement plus promptes à en tenir compte et à modifier leurs pratiques.

La plupart des évaluateurs organiquement indépendants ne sont toutefois que des experts de circonstance, qui n'ont jamais produit d'évaluation avant et qui n'en réaliseront probablement plus après. Cette situation est notamment celle des évaluateurs de droit public désignés par le droit de l'environnement et de l'urbanisme et par le droit des marchés et contrats de partenariat. Ils n'ont vocation à évaluer que parce qu'ils sont les porteurs du projet qui fera l'objet d'une décision. Ils n'auront donc pas l'occasion de tirer les leçons d'une éventuelle condamnation, qui ne sera elle-même que partielle s'ils appellent en garantie le bureau d'études public ou privé avec lequel ils peuvent avoir contracté afin de déléguer la réalisation de l'évaluation<sup>190</sup>.

**563.** Dans ces conditions, seules les sanctions visant directement des évaluateurs institutionnels indépendants comme les agences sanitaires<sup>191</sup> et le HCERES seraient susceptibles d'avoir des effets indirects sur les pratiques évaluatives. En dehors de toute évolution spontanée, une mutation contrainte resterait toutefois possible, dans l'hypothèse d'une condamnation médiatisée suscitant l'attention d'organes extérieurs qui feraient alors pression sur le service condamné pour le réformer. À cet égard, le législateur et le pouvoir

---

<sup>186</sup> V. *supra*, § 459.

<sup>187</sup> Article 35 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

<sup>188</sup> Article L. 114-3-1 du code de la recherche.

<sup>189</sup> Article L. 122-1 du code de l'environnement.

<sup>190</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1991, n° 89-20.524. V. *infra*, § 566 et s.

<sup>191</sup> À condition que le juge accepte de désolidariser l'avis de la décision finale. Aujourd'hui, aucun recours en responsabilité contre l'avis de la HAS n'est permis. Quand le ministre a repris entièrement l'avis il est indissociable de la décision finale et quand le ministre n'a pas suivi l'avis, alors il est considéré comme insusceptible de recours faute d'avoir servi dans la prise de décision. V. J. PENTECOSTE, « Pour une vision claire des responsabilités des autorités du médicament », *La Gazette du palais*, 2011, n° 279, p. 7 et s.

réglementaire ont déjà prouvé qu'ils étaient attentifs aux jugements rendus en réformant certaines autorités consultatives dont le travail était mis en cause par les juges en matière sanitaire<sup>192</sup>. Malgré cette éventualité, la responsabilisation des évaluateurs de droit public demeure, en l'état, minime et très incertaine, trop pour avoir un effet bénéfique sur la rationalisation des décisions publiques. Il en va de même de la responsabilité des évaluateurs de droit privé (b).

*b) L'engagement quasiment impossible de la responsabilité des évaluateurs de droit privé*

**564.** Seul un texte désigne implicitement des personnes de droit privé comme évaluateurs : il s'agit de l'article L. 122-1 du code de l'environnement qui prévoit que les études d'impact environnemental sont rédigées par le porteur du projet de travaux<sup>193</sup>, en général une personne privée. Les tiers lésés par la délivrance d'une autorisation illégale du fait d'irrégularités évaluatives peuvent alors rechercher la responsabilité pour faute du pétitionnaire devant les juridictions judiciaires<sup>194</sup>.

Cependant, pour M.-B. Lahorgue, les pétitionnaires de droit privé peuvent facilement atténuer leur responsabilité en invoquant une faute de l'autorité environnementale<sup>195</sup>, qui intervient systématiquement dans ces procédures avant la transmission de l'évaluation au décideur, et qui peut intervenir, en plus, avant sa réalisation sur requête du pétitionnaire, pour l'éclairer sur le périmètre à donner à l'évaluation, grâce à la procédure de cadrage préalable<sup>196</sup>. Si ces interventions sont fautives, l'action de l'État atténuerait en effet la faute du pétitionnaire<sup>197</sup>. Toutefois, cette hypothèse qui ne s'est pas encore concrétisée ne concernerait vraisemblablement qu'un nombre restreint de litiges. Non seulement les autorités environnementales sont des tiers garants dotés d'une réelle compétence technique et commettent donc peu de fautes, mais, en outre, l'évaluateur peut toujours commettre un nombre important de fautes indépendamment de l'action du tiers garant. Il peut, d'une part,

---

<sup>192</sup> Avec la transformation de l'agence du médicament en l'AFFSA en 1999 après le scandale de la vache folle (loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme) et retransformée en 2012 pour devenir l'ANSM à l'occasion du scandale du *Mediator* (Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé).

<sup>193</sup> L. 122-1 du code de l'environnement.

<sup>194</sup> À notre connaissance, aucun arrêt n'a été rendu en la matière.

<sup>195</sup> M.-B. LAHORGUE, « L'insuffisance qualitative du dossier d'étude d'impact », *AJDA*, 2012, n° 5, p. 275-280.

<sup>196</sup> Articles R. 122-19 et R. 122-20 du code de l'environnement.

<sup>197</sup> Toutes les autorités environnementales sont en effet des autorités étatiques, décret n° 2016-519 du 28 avril 2016 portant réforme de l'autorité environnementale.

ne pas tenir compte des remarques de cette autorité d'expertise, et d'autre part, avoir commis des erreurs factuelles ou omis certaines informations sur le projet que l'autorité environnementale ne peut pas vérifier.

Cette question de la répartition de la dette est cependant secondaire dans la perspective de sensibiliser les rédacteurs de droit privé des études d'impact environnemental à la qualité de l'évaluation. En effet, ces évaluateurs ne sont pas plus que leurs homologues de droit public des évaluateurs institutionnels. Ils sont désignés comme experts seulement parce que l'évaluation porte sur leur projet. Peu d'entre eux seront renommés évaluateurs. Il est donc inutile d'attendre d'eux qu'ils amendent leur pratique. Un effet d'apprentissage global ne surviendrait qu'exceptionnellement, si le juge rend un arrêt remarqué fondé sur un principe général de l'évaluation.

**565.** Les recours de plein contentieux indemnitaire dirigés contre les évaluateurs principaux sont ainsi loin de constituer une solution juridictionnelle aussi efficace que les recours en annulation pour améliorer la rationalisation des décisions publiques et lisser la pratique évaluative au profit des évalués et des autorités décisionnaires. Or, ces recours sont les seuls disponibles pour atteindre les évaluateurs contractuels ou délégués. Ces bureaux d'experts officient normalement en matière de marchés de partenariat ou d'évaluations environnementales, où il est fréquent que les évaluateurs officiels s'attachent les services de sociétés dotées d'une expertise suffisante pour réaliser l'évaluation. Or il est encore plus difficile d'atteindre ces experts contractualisés que les experts unilatéralement désignés ou les décideurs, dont les actes sont susceptibles d'un recours en légalité (§II).

## **§II. L'efficacité limitée de la responsabilité des évaluateurs délégués**

**566.** Les évaluateurs unilatéralement désignés sont libres, sauf disposition contraire, de contracter avec des experts (bureaux d'études, ingénieurs, juristes, économistes, *etc.*) pour les aider dans leur tâche. Le recours récent à une société privée pour rédiger une étude d'impact d'un projet de loi l'a rappelé<sup>198</sup>. Ces évaluateurs officieux ne doivent pas être confondus avec les tiers garants qui révisent l'évaluation. Alors que les tiers garants sont

---

<sup>198</sup> L'étude d'impact du projet de loi sur l'orientation des mobilités présenté au Conseil d'État le 13 août 2018. V. B.-L. COMBRADE, « Faut-il s'inquiéter de l'externalisation législative ? », *AJDA*, 2018, p. 2417-2420.

des organes de droit public dotés d'une mission d'intérêt général, les évaluateurs délégués sont des prestataires de service disposant d'une personnalité juridique de droit privé ou de droit public. Pour les engager, les évaluateurs principaux ayant une personnalité morale de droit public concluent des contrats administratifs (des marchés publics de services), et les évaluateurs principaux ayant une personnalité morale de droit privé concluent des contrats de droit privé. La responsabilité contractuelle des évaluateurs délégués relève du juge administratif ou du juge judiciaire en fonction de la nature du contrat en cause. Les principes régissant la responsabilité contractuelle des prestataires de service en droit public et en droit privé sont cependant proches. Ils protègent l'évaluateur délégué qui ne peut pas, contrairement à l'évaluateur principal, être tenu responsable de toute irrégularité fautive affectant l'évaluation. Seuls les manquements aux obligations énoncées dans le contrat peuvent engager sa responsabilité (A). Or, cette responsabilité partiellement déconnectée des principes fondamentaux de l'évaluation ne peut pas avoir d'effets importants sur la rationalisation des décisions publiques. Sa mise en jeu profite avant tout aux évaluateurs principaux, qui peuvent se décharger sur leur cocontractant d'une partie de leur responsabilité (B).

#### **A. La particularité du fait générateur de la responsabilité contractuelle des évaluateurs délégués**

**567.** La société d'expertise sollicitée pour rédiger l'évaluation mise unilatéralement à la charge d'un tiers n'est pas responsable de toutes les irrégularités qui affectent la décision finale. Elle n'est pas débitrice de l'ensemble des obligations qui incombent à l'évaluateur principal et elle n'est jamais tenue par une obligation de résultat (1) : sa faute dépendra du contenu du contrat et des erreurs commises par son cocontractant (2). Cette responsabilité casuistique et restreinte est ainsi peu conciliable avec l'objectif d'amélioration de la qualité de l'évaluation.

1) Le nombre limité de fautes imputable à l'évaluateur délégué

**568.** La responsabilité de l'évaluateur délégué repose sur un fait générateur spécifique, distinct de l'irrégularité fautive susceptible d'engager la responsabilité du décideur ou de l'évaluateur principal. Sa faute dépend nécessairement des termes du contrat : elle est déconnectée des principes fondamentaux de l'évaluation.

Il est impossible de reprocher à l'expert délégué son manque d'indépendance ou d'impartialité, qui sont pourtant indispensables pour obtenir une évaluation objective. Ces principes visent seulement l'évaluateur principal, qui peut au demeurant lui-même être partial ou dans une situation de dépendance si un tiers garant intervient pour combler ces lacunes<sup>199</sup>. L'application de ces principes à l'évaluateur délégué n'a en effet aucun sens, étant donné que ces experts sous-traitants recrutés par contrat pour satisfaire un intérêt particulier – public ou privé – doivent nécessairement rendre des comptes à leur client qui les rémunère spécifiquement pour une mission<sup>200</sup> : ils sont donc structurellement dépendants. Ils peuvent en outre être partiaux, malgré eux, s'ils sont incités par l'évaluateur principal, qui est souvent le porteur du projet évalué (en droit des contrats, de l'urbanisme et de l'environnement) à présenter une lecture des événements qui lui soit favorable. Aucune règle déontologique n'exige en effet l'impartialité de ces experts indépendamment des demandes de leur cocontractant.

En fait, parmi les principes procéduraux et formels, indispensables à l'objectivité de l'évaluation, l'évaluateur délégué n'est débiteur que de l'obligation de motivation. Rien ne l'empêche, en revanche, d'être tenu pour responsable de toutes les irrégularités au fond de l'évaluation (suffisance et exactitude).

**569.** L'obligation de moyens qui pèse sur l'évaluateur délégué quelle que soit la technicité de la matière en cause et la nature de son contrat<sup>201</sup> vient toutefois limiter les occasions d'engager sa responsabilité même pour le fond de l'évaluation. Le juge judiciaire estime en effet qu'un expert contractant ne peut être soumis à une obligation de résultat que de son propre fait : s'il livre dans l'expertise une conclusion catégorique, sa responsabilité pourra être engagée pour tout fait postérieur invalidant son imprudente affirmation<sup>202</sup>. En dehors de cette hypothèse, l'expert recruté par contrat est tenu à une obligation de moyens dont la définition est similaire devant les deux ordres de juridiction.

---

<sup>199</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1, §I.

<sup>200</sup> Sur la dépendance inéluctable de l'expert contractuel – ce qui ne devrait pas affecter son impartialité – v. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice », *AJDA*, 2014, p. 1370-1378.

<sup>201</sup> V. M. DODET, « Expertise et responsabilité : propositions pour une réflexion », in G. DECROP et J.-P. GALLAND (dir.), *Prévenir les risques : de quoi les experts sont-ils responsables ?*, éd. de l'Aube, coll. « Mondes en cours », 1998, p. 23-29, et F. PERROTIN, « Expertise erronée d'une œuvre d'art et manquement caractérisé », *LPA*, 2012, n° 221, p. 3-5, v. CA de Poitiers, 29 oct. 2008, 06/1473. *Contra*, v. G. MARTIN, « Expertise et responsabilité juridique », in G. DECROP et J.-P. GALLAND (dir.), *Prévenir les risques : de quoi les experts sont-ils responsables ?*, *op. cit.*, p. 155-162.

<sup>202</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 1995, n° 93-11418, Bull. civ. 1995, §I, n° 401, *RTD civ.* 1997, p. 113 ; D. 1995, IR, p. 266. V. F. PERROTIN, « Expertise erronée d'une œuvre d'art et manquement caractérisé », *loc. cit.*, p. 5.

Les juges administratifs et judiciaires se rejoignent pour la définir comme une obligation générale de prudence et d'information<sup>203</sup> qui subsume et dépasse les obligations particulières de l'expert. Elle lui impose notamment de rechercher les éléments de vérification de ces hypothèses et de ne pas dissimuler les incertitudes<sup>204</sup> ou les certitudes existantes<sup>205</sup> dans les limites de la mission que lui a conférée son cocontractant. De ce fait, si l'expert a respecté son obligation de moyens, mais que l'expertise est tout de même incomplète ou inexacte, il ne pourra pas en être tenu pour responsable<sup>206</sup>.

En conséquence, l'évaluateur contractant n'est donc pas tenu de réaliser une évaluation suffisante et pertinente en soi. Il doit seulement réaliser, dans la limite de son obligation de moyens, une évaluation suffisante et pertinente au regard des informations que lui a fournies l'évaluateur principal. La définition de la faute susceptible d'engager sa responsabilité s'en trouve ainsi réduite, dans le respect du principe d'imputation, mais au détriment du processus de rationalisation des décisions publiques (2).

## 2) L'éventuelle exonération de l'évaluateur délégué du fait de l'évaluateur principal

**570.** L'évaluateur délégué ne subit pas un transfert de plein droit des obligations qui pèsent sur l'évaluateur principal. L'étendue de sa responsabilité dépendra des termes du contrat qui le lie. Ou bien l'évaluateur délégué est chargé de déterminer le périmètre à donner à l'évaluation, ou bien il n'intervient que pour mettre en œuvre son savoir-faire dans un champ prédéterminé. Dans le premier cas, s'il manque à son obligation générale de moyens, l'expert peut être tenu pour responsable de l'insuffisance de l'évaluation au sens large (périmètre et précisions des recherches<sup>207</sup>) et de l'inexactitude des résultats. Dans le

---

<sup>203</sup> Il s'agit d'une obligation « minimale » par rapport à certains experts comme les architectes, dont les obligations sont plus vastes dans la mesure où elles recouvrent une triple mission « d'information, de conseil et d'assistance », CA de Paris, 6 sept. 2006, CT0007.

<sup>204</sup> V. C. CASTAING, *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, thèse Bordeaux, 2001, p. 193 et s. V. par ex. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1991, *Phénix c. Gourdon*, n° 477, *Moniteur travaux publics*, juin 1991, p. 73. En l'espèce, l'expert avait commis « une imprudence fautive de nature à porter préjudice à la société constructrice en l'assurant de fausses certitudes ».

<sup>205</sup> CAA de Marseille, 17 déc. 2007, req. n° 06MA00104, « que cette étude, réalisée le 3 janvier 2000 a porté essentiellement sur la perméabilité des terrains, mais mentionnait toutefois le risque de glissement, pour n'en tirer comme seule conséquence que l'éventuelle opportunité de poser des géomembranes étanches au fond des deux premiers bassins ; qu'à aucun moment, le bureau d'études n'a mis en garde la commune de Fontienne sur le risque plus important lié à l'instabilité des sols ; que cette carence constitue une faute contractuelle engageant sa responsabilité à l'égard de la commune ».

<sup>206</sup> CAA de Bordeaux, 6 mars 2007, req. n° 04BX00628 et Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 sept. 2006, n° 05-15.924.

<sup>207</sup> CE, 28 juin 1999, *Syndicat intercommunal de collecte et de traitement des ordures ménagères des Combrailles (SICTOM des Combrailles)*, req. n° 158026, Rec. T. 892-984-989. La direction départementale de l'équipement du Puy-de-Dôme était chargée de rédiger pour le compte du SICTOM des Combrailles l'étude d'impact figurant au dossier de la demande d'autorisation de création et d'exploitation d'une décharge

second, en revanche, il ne peut être tenu responsable que d'une faute en lien avec la précision des recherches ou l'exactitude des résultats, puisqu'il n'est pas maître du périmètre de l'évaluation.

**571.** Par ailleurs, pour remplir la mission qui lui est confiée, l'évaluateur délégué est pleinement dépendant des informations que l'évaluateur principal lui soumet. En effet, le recours à des experts délégués est en principe le fait d'évaluateurs non institutionnalisés, à l'image des personnes publiques souhaitant conclure un contrat de partenariat ou modifier un document d'urbanisme et des pétitionnaires à une autorisation prévue par le droit de l'environnement ou le droit de l'urbanisme. Ces évaluateurs accidentels et forcés ne détiennent souvent pas le savoir-faire suffisant pour mener à bien l'évaluation qui leur est imposée, raison pour laquelle ils doivent déléguer la rédaction de l'évaluation. Or, ces évaluateurs ponctuels sont toujours en même temps les évalués, ce qui signifie qu'ils constituent la seule source d'information de l'expert sous-traitant quant au champ de l'évaluation à réaliser. Ils sont maîtres du projet qui fera l'objet d'une décision ultérieure et peuvent omettre, sciemment ou involontairement, de communiquer certains de ses aspects à l'évaluateur délégué, ce qui l'empêchera de produire une évaluation exacte ou suffisante au regard du projet finalement présenté aux autorités administratives.

À ce titre, la jurisprudence a retenu que n'était pas fautif un évaluateur délégué qui n'avait pas mis en garde son cocontractant contre des risques existants, mais qui avait parfaitement respecté les termes de l'expertise qui lui était demandée<sup>208</sup>, et qui avait un « caractère volontairement limité »<sup>209</sup>. La Cour de cassation a aussi affirmé de manière générale, dans un litige relatif aux contrôleurs techniques, que ces experts ne sont tenus d'exercer leur mission que « dans le cadre géographique, spatial, de la mission qui lui est confiée »<sup>210</sup>, à condition de mettre en garde le commanditaire de l'expertise sur le périmètre potentiellement insuffisant du travail demandé<sup>211</sup>. Cette obligation de mise en garde est toutefois liée dans la jurisprudence judiciaire à l'existence d'un devoir de conseil propre à

---

contrôlée présentée par ce syndicat. Pour le Conseil d'État, le juge du fond n'a pas commis d'erreur de droit « en estimant que ces études n'avaient pas, en raison de leur caractère incomplet, alerté le syndicat sur les risques présentés par le sous-sol du terrain envisagé pour la création et l'exploitation de la décharge, et que, de ce fait, la D.D.E. du Puy-de-Dôme avait commis une faute contractuelle de nature à engager la responsabilité de l'État à l'égard du syndicat ».

<sup>208</sup> CAA de Bordeaux, 6 mars 2007, req. n° 04BX00628 et Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 sept. 2006, n° 05-15.924.

<sup>209</sup> F. GUY-TRÉBULLE, « Expertise technique : de l'incidence de la définition de la mission de l'expert sur sa responsabilité », *RDI*, 2007, p. 257-260.

<sup>210</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 déc. 2005, *Société Sodiren*, n° 04-17.919, *RDI*, 2006, p. 186.

<sup>211</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juill. 2003, *SCI Sept Adenauer c/ APPAVE*, n° 01-16.246, *RDI*, 2003, p. 554.

la catégorie d'experts mise en cause, les contrôleurs techniques. Ils constituent une profession réglementée<sup>212</sup>, ce qui les distingue de la catégorie très ouverte des experts assistant les évaluateurs officiels. Par ailleurs, si le cadre de la réalisation des missions du contrôleur technique permet de le soumettre à un devoir de mise en garde (le périmètre d'intervention maximal peut être facilement délimité par l'expert, puisqu'il s'agit de contrôler un meuble ou un immeuble), il en va différemment pour l'évaluateur, dont la mission dépend expressément des informations qui lui sont communiquées sur un projet futur, donc non matérialisé. Il ne peut que se fier aux dires de son cocontractant. La reconnaissance d'un devoir de mise en garde serait ainsi inopportune, voire impossible à mettre en œuvre en matière d'évaluation environnementale (au sens large) ou précontractuelle. L'évaluateur sous-traitant ne pourra être tenu pour responsable de l'insuffisance du périmètre d'une l'évaluation que si l'évaluateur principal avait correctement défini ce périmètre et si celui-ci n'a pas été respecté par l'expert contractant. Aussi, comme la jurisprudence l'a reconnu, l'expert cocontractant ne pourra pas être tenu responsable quand le dommage a été causé par le non-respect des solutions préconisées ou des risques identifiés dans l'expertise<sup>213</sup>.

**572.** Aucune catégorie d'erreur fautive ne peut donc être systématiquement reprochée à l'évaluateur cocontractant ; sa culpabilité dépendra des stipulations contractuelles. La définition de la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'évaluateur contractuel s'en trouve singulièrement restreinte. Or les autres conditions d'engagement de cette voie de droit accentuent cet effet de fermeture (B).

## **B. Les effets minimes de cette responsabilité sur la rationalisation des décisions publiques**

**573.** Alors qu'elle est la seule voie de recours envisageable contre les évaluateurs cocontractants, la mise en jeu de leur responsabilité contractuelle n'aurait qu'un impact

---

<sup>212</sup> Article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitat. Il s'agit d'une activité soumise à agrément, le contrôle technique des bâtiments construits est obligatoire et réglementé (art. L. 111-23 et s. du code de la construction et de l'habitat).

<sup>213</sup> CAA de Bordeaux, 13 mars 2012, req. n° 11BX00781. En l'espèce, les résultats de l'expertise avaient fait l'objet d'une « interprétation grossièrement erronée ». V. aussi CA de Poitiers, 29 oct. 2008, 06/1473 : les commanditaires de l'expertise n'avaient réalisé qu'une partie des travaux prescrits, ce n'était donc pas la solution proposée par l'expert en cause dans l'arrêt (insonorisation d'une boîte de nuit) qui était défailante.

infime sur leurs méthodes (1). Dans ce domaine, seule une action non juridictionnelle et préventive pourrait contribuer à l'amélioration de la qualité des évaluations (2).

1) L'invisibilité des effets de la responsabilité des évaluateurs délégués

**574.** La multiplication des recours en responsabilité contre les évaluateurs contractuels n'aura pas, contrairement à ce qu'écrit A. Noury, « pour conséquence inéluctable une meilleure prise en compte des risques induits par les projets sur lesquels portent ces conseils et expertises »<sup>214</sup>.

En premier lieu, compte tenu du faible nombre de personnes susceptibles d'invoquer un préjudice direct et certain causé par la faute contractuelle commise, ces recours demeureront vraisemblablement exceptionnels. *A priori*, seuls les évaluateurs officiels pourront se retourner contre l'expert qui a réalisé l'évaluation pour eux. À cet égard, selon M. Prieur, qui raisonne à propos des évaluations environnementales, les tiers ne peuvent pas directement attaquer le rédacteur réel de l'étude d'impact dans la mesure où celle-ci « est présentée par le pétitionnaire ou le maître d'ouvrage sous sa seule responsabilité » dans le processus décisionnel<sup>215</sup>. En d'autres termes, pour l'auteur, puisque l'évaluateur délégué est invisible aux yeux du décideur, il devrait aussi l'être aux yeux des tiers. De ce fait, seul le pétitionnaire pourrait se retourner contre l'évaluateur délégué, soit après avoir été condamné, dans une instance à part, soit au cours de l'instance visant à engager sa responsabilité, grâce à l'appel en garantie<sup>216</sup>.

L'interprétation de M. Prieur semble toutefois trop sévère. Les tiers pourraient rechercher et engager la responsabilité de l'évaluateur délégué malgré son invisibilité, grâce aux failles de l'effet relatif des contrats, qui est bien moins absolu en droit privé<sup>217</sup> qu'en droit public. En réalité, l'affirmation de l'auteur vaut uniquement dans le cas où le contrat avec l'évaluateur délégué est de droit public, puisqu'en droit administratif les tiers ne peuvent pas chercher la responsabilité d'une des parties en raison d'une faute contractuelle qu'elle aurait commise<sup>218</sup> – l'effet relatif des contrats est seulement exclu

---

<sup>214</sup> A. NOURY, *L'expertise en droit administratif*, op. cit., p. 468.

<sup>215</sup> M. PRIEUR, « Le contrôle par le juge des études d'impact », *RJE*, n° 1, 1991, p. 23 et s.

<sup>216</sup> Par exemple, Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1991, n° 89-20.524. En l'espèce le rédacteur (un architecte) est reconnu partiellement responsable parce qu'il a donné de fausses certitudes au pétitionnaire.

<sup>217</sup> Article 1199 du code civil.

<sup>218</sup> CE, 28 nov. 1891, *Lefebvre*, Rec. p. 865 et CE, 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, req. n° 339409, Rec. p. 331. Toutefois, pour J. Bousquet, une « dérelativisation » de la faute contractuelle est peut-être amorcée depuis *Tarn-et-Garonne* et l'abandon de la jurisprudence *LIC* de 1964 en 2017, J. BOUSQUET, « Le principe de la relativité de la faute contractuelle en droit administratif », *RFDA*, 2018, p. 1046 et s.

pour les clauses réglementaires<sup>219</sup>. En revanche, si le contrat liant l'évaluateur délégué est de droit privé, les tiers pourront se retourner contre la partie fautive. En effet, depuis 2006, la Cour de cassation admet l'identité des fautes contractuelles et délictuelles<sup>220</sup>, ce qui a mis fin aux contradictions exprimées sur le sujet entre ses chambres<sup>221</sup>. En conséquence, les tiers à une autorisation environnementale pourraient se retourner contre le bureau d'études qui a réalisé une évaluation irrégulière pour le compte d'un pétitionnaire de droit privé, à condition de prouver qu'ils ont subi un préjudice directement et certainement causé par cette irrégularité.

**575.** Malgré son importance théorique, cette ouverture inattendue des conditions d'engagement de la responsabilité des évaluateurs délégués ne doit pas faire illusion quant à son potentiel effet de responsabilisation. Aucune violation d'un principe procédural ou formel de l'évaluation n'est imputable à ces évaluateurs. Seules des fautes liées au contenu de l'évaluation, donc plus ou moins indétachables des faits de l'espèce, sont susceptibles d'engager la responsabilité des évaluateurs délégués. Sachant que le juge est tenu de ne pas se prononcer de manière principielle sur les questions de méthode sous peine de préempter des sujets relevant de la communauté scientifique<sup>222</sup>, peu d'arrêts renseigneraient sur les comportements prohibés *per se*, dont la sanction permettrait au responsable et aux autres prestataires de savoir comment agir à l'avenir.

En outre, compte tenu du très grand nombre de bureaux d'études existants, quand bien même la sanction permettrait à l'intéressé de modifier son comportement pour l'avenir, son évolution serait vraisemblablement invisible à l'échelle nationale : la concurrence sur le marché du conseil devrait conduire à une moindre activité de la société condamnée. Cette mise à l'écart pourrait toutefois être analysée, dans une perspective inverse, comme une conséquence bénéfique des condamnations. L'éviction concurrentielle

---

<sup>219</sup> CE, Ass., 10 juill. 1996, *Cayzele*, req. n° 138536, Rec., p. 274, et CE, 9 fév. 2018, req. n° 404982, à paraître au recueil.

<sup>220</sup> Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, *Loubeyre et autres c. SARL Myr'Ho et autres*, n° 05-13.255, P+B+R+I, Bull. civ. ass. plén. n° 9 ; D. 2006. 2825, note G. Viney ; JCP 2006. II. 10181, avis Gariazzo et note M. Billiau ; RCA 2006. études 17, L. Bloch.

<sup>221</sup> Auparavant, chaque chambre avait une jurisprudence différente, la première chambre civile admettait une identité des fautes délictuelles ou contractuelles, tandis que la chambre commerciale exigeait que la faute contractuelle constitue en même temps la violation d'un devoir général de prudence et de diligence, et que les deuxièmes et troisièmes chambres civiles jugeaient au cas par cas. V. P. JOURDAIN, « La Cour de cassation consacre en Assemblée plénière le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle », *RTD. Civ.*, 2007, p. 123-126.

<sup>222</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §II, B.

profiterait à la rationalisation de l'évaluation dans la mesure où elle augmenterait la part de marché des sociétés *a priori* compétentes.

Il est donc permis d'attendre un effet au moins marginal des recours formés contre les évaluateurs délégués sur la pratique évaluative et sur le marché des évaluateurs contractuels. Toutefois, à défaut d'action juridictionnelle efficace, mieux vaudrait garantir préventivement que les pratiques de délégation de l'évaluation, inévitables compte tenu du manque de compétence technique de certains évaluateurs principaux<sup>223</sup>, ne préjudicient pas aux processus décisionnels publics ni aux personnes affectées par l'évaluation (2).

## 2) La nécessité d'une responsabilisation *a priori* des évaluateurs délégués

**576.** Le juge n'est pas un modérateur omnipotent de la rationalisation des décisions publiques. Son action *ex post* ne permet pas toujours de protéger les évalués ou les décisions publiques contre les malfaçons d'une évaluation. À ce titre, en matière d'évaluation contractualisée, une action préventive paraît plus pertinente et efficace que l'action juridictionnelle.

Il importe de s'assurer à l'échelle nationale que les personnes morales susceptibles d'être recrutées pour rédiger une évaluation précontractuelle ou une évaluation environnementale ont la compétence technique requise. Leur travail peut en effet avoir une influence déterminante sur le sens de décisions aux graves conséquences : dommages environnementaux potentiellement irréversibles, implications financières majeures pour une collectivité publique en cas de conclusion d'un marché de partenariat... Faute de système *a posteriori* de contrôle satisfaisant, un contrôle *a priori* de la compétence de ces experts pourrait être mis en place. Ce contrôle ne serait pas juridictionnel. Il pourrait reposer, à l'image du modèle belge, sur l'octroi d'agrément autorisant certaines sociétés à réaliser des études d'impact pour le compte des pétitionnaires privés et publics<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Les personnes privées ou publiques chargées de rédiger les évaluations environnementales au sens large et les collectivités publiques chargées de l'évaluation préalable des contrats de partenariat n'ont *a priori* pas les compétences d'expertise requises pour mener correctement les évaluations mises à leur charge.

<sup>224</sup> Décret relatif au permis d'environnement du 11 mars 1999 (M.B. 08.06.1999 - err. 22.12.1999) et article 23§3 de l'ordonnance relative aux permis d'environnement du 5 juin 1997 : « Le Gouvernement agréé les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui peuvent être désignées en qualité de chargé d'étude. Le Gouvernement détermine les conditions de l'agrément, ainsi que les règles d'incompatibilité ». En matière de documents d'urbanisme, l'article équivalent est le 58bis.A de l'*Ordonnance organique de la planification et de l'urbanisme du 29 août 1991*. V. J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Précis de la faculté de droit de l'université libre de Bruxelles », 2001, p. 270.

577. L'attribution d'un agrément étatique apparaît comme le moyen le plus efficace – à condition qu'il ne devienne pas un label<sup>225</sup> – pour éviter la prolifération d'experts peu scrupuleux ou tout simplement peu au fait des exigences évaluatives. Le contrôle des prestataires d'expertise qu'il implique permettrait d'organiser la diffusion des bonnes pratiques évaluatives et de rappeler à toutes les personnes physiques ou morales désireuses d'entrer sur le marché de l'évaluation (précontractuelle ou environnementale) les principes fondamentaux de cette procédure et leurs devoirs comme prestataires d'expertise.

Ce contrôle ne constituerait évidemment pas une prévention absolue contre tous les risques de malfaçons, étant donné qu'une partie des erreurs commises par les évaluateurs délégués peut être la conséquence des indications restrictives des évaluateurs officiels et est donc indépendante de la compétence de l'évaluateur délégué<sup>226</sup>. Ces « erreurs » sont dues au fait que les évaluateurs principaux sont en général les créateurs de l'objet à évaluer et qu'ils peuvent sciemment donner des informations tronquées à leur cocontractant afin d'obtenir une évaluation dont le résultat est conforme à leurs espérances<sup>227</sup>. Or, ce risque de désinformation n'apparaît qu'après la réalisation de l'évaluation. Il peut être réglé par une autre forme de contrôle préventif, d'ailleurs déjà organisé par le droit positif, puisqu'indépendamment de l'existence d'un évaluateur délégué, un tiers garant peut être chargé de vérifier, avant la communication de l'évaluation au décideur, que l'évaluation réalisée prend bien en compte tous les aspects du projet présenté à l'administration. Ce contrôle préventif *a posteriori*, c'est-à-dire mis en œuvre après la rédaction de l'évaluation, mais avant sa transmission au décideur complète bien le système de l'agrément. Cette vérification est même indispensable en cas d'évaluateur partial et non doté des compétences techniques requises<sup>228</sup>. Elle permet un contrôle systématique des évaluations une fois que l'évaluateur délégué a passé le relais à l'évaluateur principal, mais avant la publication de l'évaluation.

---

<sup>225</sup> V. V. DELPIANO, *Le processus juridique d'évaluation et d'examen en matière environnementale...*, *op. cit.*, p. 230 et P. IDOUX, « Évaluation et performance de l'action administrative », in A. LAGET-ANNAMAYER et D. DERO-BUGNY *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>226</sup> CAA de Bordeaux, 6 mars 2007, req. n° 04BX00628 ; Cass. civ, 3<sup>e</sup>, 27 sept. 2006, n° 05-15.924.

<sup>227</sup> À ce titre, s'agissant des études d'impact environnemental, bien que l'Autorité environnementale note une amélioration sensible des études qui lui sont soumises, elle relève aussi que, dans un certain nombre de dossiers, il manque de nombreuses informations, notamment sur les options envisageables, des actualisations du projet non retranscrites, *etc.*

<sup>228</sup> L'impartialité et la compétence sont des caractéristiques consubstantielles à toute expertise. AUTORITÉ ENVIRONNEMENTALE, *Rapport annuel*, 2016, 56 p. et *Rapport annuel*, 2017, 60 p. Disponible sur l'Internet.

Les systèmes de l'agrément et du tiers garant se compléteraient d'autant mieux si leur imbrication était pensée dans les textes, de telle sorte que les tiers garants pourraient par exemple, faire remonter à l'autorité de délivrance et de contrôle des agréments des informations sur la qualité des évaluations qui leur sont soumises, grâce au nom de l'évaluateur figurant dans le dossier<sup>229</sup>.

**578.** L'inefficacité de l'action indemnitaire visant les évaluateurs délégués et principaux est donc loin de constituer une fatalité. Il est possible de compenser en partie les lacunes de la voie juridictionnelle, qui n'est pas adéquate pour amender les pratiques imparfaites des évaluateurs principaux et délégués. L'immunité totale dont bénéficient les rédacteurs des études d'impact des projets de loi et la responsabilité minimale des évaluateurs s'adressant à l'administration et des experts recrutés par ces évaluateurs principaux en témoigne. Leur responsabilité ne peut être engagée que dans des proportions et des fréquences limitées. Faute de donner lieu à des condamnations nombreuses et vigoureuses, les recours indemnitaires ne participeraient pas à l'amélioration de la qualité des évaluations et des décisions publiques. Cette voie de droit pourrait donc être délaissée au profit des recours en annulation ou en réformation des évaluations et des décisions finales, plus faciles à mettre en œuvre et plus efficaces pour corriger les pratiques évaluatives.

**579. Conclusion du chapitre.** L'étude des potentialités des recours indemnitaires en matière évaluative requiert de s'aventurer plus avant dans les méandres techniques du contentieux constitutionnel et administratif. La recherche poussée des moyens et des stratégies contentieuses permettant de sanctionner pécuniairement les décideurs et évaluateurs fautifs révèle les difficultés du droit de la responsabilité à saisir les activités consultatives.

Globalement, il est difficile pour les requérants d'obtenir réparation de la part d'un décideur ou d'un évaluateur en raison d'irrégularités dans la procédure évaluative. En matière d'études d'impact des projets de loi, la responsabilité du décideur, le Parlement, et celle de l'évaluateur, le gouvernement, est même impossible à mettre en jeu, en l'état du droit. En droit administratif, la responsabilité des évaluateurs principaux de droit privé ou de droit public est aussi difficile à prouver faute, le plus souvent, d'un lien de causalité

---

<sup>229</sup> Alinéa 11 de l'article R. 122-5 du code de l'environnement pour l'étude d'impact des projets de travaux, d'ouvrages et d'aménagements. Aucune disposition similaire n'est en revanche prévue pour les évaluations de certains plans et programmes.

direct et certain entre les fautes qu'ils ont commises et un préjudice. Quant à la responsabilité contractuelle des évaluateurs délégués, ces experts sous-traitants éventuellement recrutés par les experts principaux, elle ne peut avoir aucune conséquence sur la rationalisation des décisions publiques. L'effet de responsabilisation découlant de ces recours serait donc limité. Seule la responsabilité des décideurs administratifs pourrait, au bénéfice d'un revirement de jurisprudence redéfinissant leurs obligations face à une évaluation irrégulière, participer plus sûrement à l'amélioration des pratiques évaluatives.

En comparaison, les recours en annulation ou en réformation des évaluations et des décisions publiques constituent des voies bien plus efficaces pour permettre au juge d'agir sur la qualité des évaluations et des processus décisionnels publics. Cette efficacité ne doit toutefois pas faire oublier le rôle central, mais subsidiaire du juge dans un ordre juridique : il n'est là que pour résoudre les conflits. En conséquence, même en matière évaluative, il devrait uniquement jouer le rôle d'une soupape de sécurité, sollicitée quand d'autres formes de contrôles, plus systématiques et plus techniques, ont servi à faire un premier examen de l'évaluation (Chapitre II).



## Chapitre II : La subsidiarité potentielle des contrôles juridictionnels de l'évaluation

580. Le salut de la rationalisation des décisions publiques ne peut reposer entièrement entre les mains du juge. Certaines actions juridictionnelles n'ont peu ou pas d'effets sur la qualité de l'évaluation. En outre, si l'action juridictionnelle constitue un puissant levier pour conduire les organes habilités à amender les textes et les pratiques, dans un ordre juridique, le juge est en principe l'ultime recours des sujets de droit<sup>1</sup>. Étant donné que les litiges et la jurisprudence ne constituent que la pathologie du droit, bien qu'ils soient inhérents à la mécanique juridique<sup>2</sup>, tout devrait être mis en œuvre pour les éviter. Cette maxime ne signifie pas qu'il convient de régler les litiges par des moyens jugés moins lourds, moins coûteux et moins chronophages qu'un procès, comme le veulent les modes de règlement amiable des litiges<sup>3</sup>. Elle conduit à préférer l'organisation de procédures à même de désarmer la survenance de ces conflits. À cette fin, les procédures évaluatives pourraient être associées à des mécanismes de contrôles préventifs, prenant place avant la transmission de l'évaluation au décideur. Ces contrôles retarderaient l'intervention juridictionnelle, voire la devanceraient en résolvant les causes de conflit potentiel, tout en allégeant le devoir de surveillance du décideur sur la qualité de l'évaluation<sup>4</sup> (Section 1). Il est possible que ces contrôles puissent même remplacer avantageusement l'action juridictionnelle quand celle-ci s'avère inapte à assurer un contrôle efficace de l'évaluation et aspire des forces qui pourraient être mobilisées autrement et plus efficacement pour garantir la pertinence et l'innocuité des pratiques évaluatives. L'effacement du juge

---

<sup>1</sup> C'est son rôle de se prononcer de manière « ultime » sur les questions relevant de sa compétence, cf. F. OST et M. VAN de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 301 et p. 393 et s.

<sup>2</sup> Aucune définition du droit n'omet le rôle central du juge, des définitions du droit par la contrainte, R. JHERING, *L'évolution du droit*, trad. de la 3<sup>e</sup> éd. allemande par O. de MEUNELAERE, Chevalier-Marescq et Cie, 1901, 400 p, et H., KELSEN *La théorie pure du droit*, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, 467 p. ; par sa fonction, v. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?...*, *op. cit.*, p. 301 ; ou par ses fins, v. F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2012, 678 p., et M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définition et fins du droit, Les moyens du droit*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., 1984-1986, rééd., Dalloz, 2008, coll. « Bibliothèque Dalloz », t. 339, p. 35.

<sup>3</sup> À l'image de la médiation facultative pour les actions de groupe, articles L. 77-10-16 et s. du code de justice administrative et R. 213-1 à R. 213-19 du même code pour les actions individuelles, et de la médiation obligatoire pour certains litiges, notamment les litiges relevant de la fonction publique, expérimentée depuis le 1<sup>er</sup> avril 2018.

<sup>4</sup> Il est responsable de la vérification du respect des principes fondamentaux de l'évaluation, décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

pourrait alors être presque absolu. Ce retrait juridictionnel serait particulièrement adapté en matière d'études d'impact des projets de loi. Eu égard à la retenue actuelle du Conseil constitutionnel, il serait en effet préférable d'ôter au juge le contrôle de ces actes techniques pour le confier à des institutions dédiées à cette tâche (Section 2).

## **Section 1 : Retarder le contrôle juridictionnel de l'évaluation**

**581.** Contrairement aux recours juridictionnels, les mécanismes préventifs de contrôle ne dépendent pas d'une saisine aléatoire, leur mise en œuvre n'est pas le résultat de la décision ponctuelle d'un individu. Ils peuvent être systématiques, à l'image de l'intervention des autorités environnementales. La généralisation des tiers garants, susceptibles d'intervenir avant la publication de l'évaluation, offrirait une garantie inégalable pour la qualité des évaluations (§I). L'efficacité de ces mécanismes dépend toutefois du respect d'un certain nombre de conditions tenant tant à l'instance intervenant qu'aux actes qu'elle émet (§II).

### **§I. Instaurer des mécanismes systématiques de contrôle préventif de l'évaluation**

**582.** Les contrôles préventifs sont en général qualifiés de « démarches de qualité »<sup>5</sup>. Ils se multiplient au nom de l'amélioration des institutions et de l'action publiques. L'évaluation, à première vue, pourrait être assimilée à ces démarches de qualité. Bien qu'elle soit elle-même un facteur de qualité de l'action publique, elle diffère de ces procédures, si bien qu'elle pourrait à son tour être soumise à un contrôle de qualité de nature administrative ou technique (A). Ces actions préventives bénéficieraient à l'ensemble des acteurs intéressés par l'évaluation, de l'évalué au juge susceptible d'être saisi dans le futur. Ainsi, plus qu'une concession à l'ère post-moderne<sup>6</sup>, ces contrôles participeraient avant tout à la neutralisation des effets néfastes de la rationalisation des décisions publiques (B).

---

<sup>5</sup> L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Vol. 52, 2006, 637 p., et Y. CANNAC, *La qualité des services publics*, La Doc. Fr., coll. « Rapports officiels », 2004, 211 p.

<sup>6</sup> Expression empruntée à J. Chevallier, J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2014, 272 p.

## A. Soumettre l'évaluation à une démarche de qualité

**583.** Malgré sa proximité avec les contrôles de qualité qui se déploient dans les services et sur les agents de l'administration dans l'obédience de la rationalité managériale, l'évaluation ne peut leur être complètement assimilée (1). Au contraire, elle pourrait elle-même être soumise à une forme de contrôle administratif de qualité, une forme de méta-évaluation, quand cela serait matériellement possible (2).

1) L'infirmité procédurale de l'évaluation face aux autres démarches de qualité

**584.** Les contrôles managériaux de qualité se multiplient en France depuis les années 1990 sous l'impulsion internationale et nationale<sup>7</sup>. Ces contrôles de qualité ne visent pas la prévention des conflits. Ils appartiennent pleinement à la rationalité managériale et partagent en conséquence un socle commun avec l'évaluation : ils supposent *a minima* la définition d'objectifs et d'indicateurs permettant d'effectuer les mesures prévues. Comme les évaluations, ils relèvent de trois catégories d'acteurs : des autorités spécialisées<sup>8</sup>, des administrateurs épisodiquement érigés en contrôleurs<sup>9</sup>, et les corps de contrôle qui ont su embrasser le mouvement managérial pour renouveler leurs missions, initialement centrées sur le respect de la légalité, pour exercer un contrôle plus général de performance de l'action publique<sup>10</sup>. Les points communs entre l'évaluation et les démarches de qualité se limitent toutefois à ces considérations.

Les procédures de contrôle managérial de l'activité publique constituent le plus souvent de simples outils de mesures. En effet, les démarches de qualité reposent d'abord sur des audits<sup>11</sup>, des mécanismes de labellisations et des mécanismes de certification<sup>12</sup>. Si

---

<sup>7</sup> V. Ph. BÈZES « État, experts et savoirs neo-managériaux », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 193, 2012, p. 34.

<sup>8</sup> Comme l'ANAES en matière sanitaire.

<sup>9</sup> Ce sont les personnels des administrations qui sont chargés d'effectuer les mesures réclamées par la LOLF par exemple, v. la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

<sup>10</sup> V. C. PATTYN, « Contrôle, évaluation, inspection », *RFAP*, 1997, n° 65, p. 101-109 ; C. PIERUCCI, « L'initiative de l'action des inspections générales », *RFAP*, 2015, p. 284 et s., et L. CÉLÉRIER, « La mise en place d'une fonction d'audit interne dans l'administration centrale d'État et le possible renouvellement des corps et services d'inspection », *RFAP*, 2015, n° 155, p. 660.

<sup>11</sup> La RGPP était composée d'audits, C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, « L'évaluation : un marronnier de l'action gouvernementale ? », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 859-875. Des circulaires en date de 2015 incitent également au développement de l'audit interne, v. L. CÉLÉRIER, « La mise en place d'une fonction d'audit interne dans l'administration centrale d'État », *loc. cit.*, p. 855 et s.

<sup>12</sup> V. J.-M. PONTIER, « La politique de labellisation », *AJDA*, 2017, p. 1700-1705. Les labels sont une forme de « démarche de qualité ». Alors que la certification porte davantage sur des normes techniques le label participe d'une démarche qualitative moins marquée par cet aspect technique.

un jugement de valeur est inhérent à ces procédures, l'octroi du label ou de la certification est l'expression de ce jugement, qui ne fait pas l'objet d'une argumentation spécifique, à l'image du processus de certification « Iso 9001 » ou du « Label Marianne » proposés par l'AFNOR. À ce titre, les évaluations instaurées pour la certification des hôpitaux font figure d'exception<sup>13</sup>. Alors qu'elles ne prétendent pas porter de jugement de valeur, elles donnent lieu avec le rapport de certification à une véritable évaluation, c'est-à-dire à un jugement de valeur motivé porté par un évaluateur indépendant et impartial sur un objet, en fonction de données mesurées et selon des critères et des valeurs de référence qu'il ne choisit pas seul. À l'inverse, la LOLF qui a notamment été instaurée afin de développer un système d'évaluation de la qualité des politiques publiques nationales avec les rapports annuels de performance<sup>14</sup> a manqué son ambition évaluative. Elle est plus proche aujourd'hui des autres démarches de qualité puisque les rapports de performance sont uniquement des recueils de mesures<sup>15</sup>. Ils ne formulent pas de jugement de valeur argumenté sur l'activité étudiée, mais des descriptions des résultats<sup>16</sup>.

**585.** Cette dimension quantitative n'est cependant pas le facteur de différenciation le plus fort avec l'évaluation. Les démarches de qualité se distinguent surtout dans la mesure où elles constituent l'objet et en même temps le but des procédures décisionnelles auxquelles elles sont accolées. En effet, la recherche de la qualité de l'action publique a secrété des procédures décisionnelles spécifiques, propres aux démarches de qualité (octroi d'un label par exemple). La qualité de l'action publique est alors l'objet même de la décision finale. À l'inverse les évaluations ont été insérées dans des procédures préexistantes dont l'objet n'est pas l'établissement de la qualité d'une action.

Cette intégration forcée de l'évaluation dans les procédures juridiques relègue la question de sa qualité au second plan. Alors que la pertinence et la portée des procédures instaurées pour attester de la qualité d'une action ou d'une institution dépendent directement de la crédibilité et de la fiabilité de l'opération de mesure réalisée en amont de la décision, une procédure décisionnelle préexistante peut persister malgré la défaillance

---

<sup>13</sup> Articles L. 6113-4 R. 6113-12 à R. 6113-16 du code de la santé publique.

<sup>14</sup> Article 51 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.

<sup>15</sup> V. L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit., p. 497 ; S. MAURY, « La LOLF est-elle un bon moyen d'évaluer les politiques publiques ? », *AJDA*, 2008, n° 25, p. 1366-1373 ; J.-R. BRUNETIÈRE, « Les objectifs et les indicateurs de la LOLF, quatre ans après... », *RFAP*, 2010, n° 135, p. 477-495, et B. PERRET, *L'évaluation des politiques publiques*, La découverte, coll. « Sciences politiques, droit », 2014, p. 85 et s.

<sup>16</sup> Voir par exemple, le Rapport annuel de performance de la Bibliothèque nationale de France pour 2017, disponible sur son site internet.

de l'évaluation qui lui a été associée. À ce titre, la procédure budgétaire continue de fonctionner parfaitement en dépit de la marginalisation de la LOLF, qui n'a pas joué le rôle primordial qui lui était assigné – être le fondement évaluatif des futurs budgets<sup>17</sup> – en raison de ses malfaçons<sup>18</sup>. Ainsi, bien que l'évaluation ait un lien indéniable avec la notion de qualité, elle ne constitue pas à strictement parler une démarche de qualité, c'est-à-dire un processus décisionnel consacré à la qualité d'un objet : les décideurs peuvent lui prêter une attention moindre.

Cette situation est d'autant plus problématique que chaque défaillance de l'évaluation crée un risque contentieux supplémentaire affectant le processus décisionnel auquel elle est arrimée. Pour prévenir la survenance de ces risques, l'évaluation pourrait devenir l'objet de démarches de qualité, qui consisteraient dans l'établissement d'un contrôle technique de l'évaluation avant sa transmission aux décideurs. Cette étape supplémentaire dans le processus décisionnel ferait sensiblement diminuer les risques de contentieux ultérieurs. Elle est d'ailleurs déjà imposée aux études d'impact produites par la Commission européenne<sup>19</sup> et, en France, en droit de l'environnement<sup>20</sup>. Le législateur et le pouvoir réglementaire se sont résolus à instaurer de tels contrôles quand ils organisent des évaluations par trop étrangères aux normes qui devraient guider la production d'une expertise. Or, ce type de contrôle préventif pourrait être généralisé à l'ensemble des évaluations et, notamment, comme le souhaite la Cour des comptes, aux études d'impact des projets de loi<sup>21</sup>, afin d'apurer les sources de conflits futurs et de préserver, voire d'améliorer la qualité des évaluations produites (2).

---

<sup>17</sup> Voir entre autres J. ARTHUIS, *Rapport d'information n° 220 sur les objectifs et les indicateurs de performance de la LOLF*, La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », 2005, 213 ; A. LACAIZE, « La LOLF : simple outil de management, ou dogme écrasant ? », *Gérer et comprendre, Annales des mines*, n° 81, 2005, p. 5-13 ; B. PERRET, « De l'échec de la rationalisation des choix budgétaires (RCB) à la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) », *RFAP*, 2006, n° 117, p. 31 et s. ; G. CHAFFARDON et J.-F. JOYE, « La LOLF a dix ans : un rendez-vous (déjà) manqué ? », *RDV*, n° 2, 2012, p. 320-330, et S. TROSA « L'évaluation, nécessité ou gadget ? », in S. TROSA (dir.) *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique...*, *op. cit.*, p. 1-17 et J.-R. BRUNETIÈRE, « Les objectifs et les indicateurs de la LOLF, quatre ans après... », *loc. cit.*, p. 480 et s.

<sup>18</sup> Les indicateurs mis en place ne relèvent notamment pas du seul champ d'action de l'administration à laquelle ils sont associés et ils sont trop quantitatifs ou difficiles à mesurer, ce qui a motivé leur critique. En outre, faute d'analyse et d'explication des mesures obtenues grâce aux indicateurs dans les rapports annuels de performance, la LOLF est condamnée à avoir une portée amoindrie. Elle renseigne peu sur les activités auditées. Dès 2003, les ministères ne parlent plus d'évaluation mais de contrôle de gestion, S. TROSA, *L'évaluation des politiques publiques*, L'institut de l'entreprise, 2004, p. 20.

<sup>19</sup> *Decision of the president of the European commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board*, du 19 mai 2015, C(2015) 3263 final.

<sup>20</sup> Articles R. 122-6 et R. 122-21 du code de l'environnement.

<sup>21</sup> COUR DES COMPTES, *Les études d'impact législatives dans les ministères sociaux*, 22 juin 2018, réf. S2018-1483, v. *JCP A*, n° 37, 17 sept. 2018, act. 721. La Cour préconise la mise en place d'un contrôle

## 2) Les potentialités du contrôle technique des évaluations

**586.** En 2018, le contrôle de la qualité des évaluations est réduit aux hypothèses dans lesquelles il apparaît indispensable pour que la procédure évaluative ne confine pas à la mascarade. Il n'intervient pas, pour autant, dans tous les cas où la procédure évaluative peut souffrir d'amateurisme. Or, dans l'intérêt de l'évaluation, des évalués et des décideurs publics – voire du juge – il serait préférable qu'une telle vérification ait systématiquement lieu, dans la mesure où elle participerait activement à la diffusion de bonnes pratiques et où elle préviendrait des conflits futurs.

À cette date, seules les évaluations précontractuelles et les évaluations environnementales font l'objet de révisions par des instances spécifiques – les secondes sur injonction européenne<sup>22</sup>. Dans les deux matières, l'impartialité de l'évaluation dépend de l'intervention d'organes tiers, étant donné que les évaluateurs sont les évalués et qu'ils n'ont pas, la plupart du temps les compétences techniques nécessaires pour réaliser l'expertise réclamée<sup>23</sup>. En droit de l'environnement, l'absence d'avis du tiers garant, c'est-à-dire de l'autorité environnementale dans le dossier soumis au décideur constitue ainsi un vice justifiant l'annulation de la décision finale<sup>24</sup>. Ces autorités rendent un avis public sur la qualité de l'évaluation, mais elles ne réalisent pas à proprement parler une contre-expertise<sup>25</sup> : elles ne refont pas l'évaluation. Elles ne mettent pas davantage en œuvre une forme de contrôle administratif préalable classique, qui serait un contrôle de l'opportunité<sup>26</sup> et qui serait, selon certains, plus protecteur de l'environnement qu'un contrôle de légalité<sup>27</sup>.

**587.** L'avis des contrôleurs techniques se rapproche plutôt d'une méta-évaluation comme l'ont théorisé certains auteurs anglo-saxons : il vérifie que l'évaluation a été produite selon

---

préventif et systématique de la qualité des études d'impact. Ce contrôle serait éventuellement contraignant, sur le modèle allemand ou britannique, v. *infra*.

<sup>22</sup> Directive n° 97/11/CE du 3 mars 1997, article 1er-7.

<sup>23</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1.

<sup>24</sup> TA Nancy, ord 11 janv. 2001, *Commune de Cosnes-et-Romain et autres, Envir.*, avr. 2001, p. 33, et CAA de Marseille, 18 oct. 2016, req. n° 14MA01340.

<sup>25</sup> V. *contra*, S. MONTEILLET, « Autorités environnementales : une (re)mise en perspective européenne », *AJDA*, 2017, p. 976-979.

<sup>26</sup> V. J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français*, LGDJ, 1996, p. 397.

<sup>27</sup> La loi n'est parfois pas suffisamment protectrice de l'environnement selon ses défenseurs. V. P. JANIN, « La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ? », *Droit de l'environnement*, 2011, n° 195, p. 318-324, et Ch. DEBBASCH, *Science administrative*, Dalloz, 1989, p. 682.

les principes qui lui sont applicables<sup>28</sup>. Ce contrôle préventif serait particulièrement utile aux autres procédures dans lesquelles l'impartialité de l'évaluation n'est pas assurée du fait de l'absence d'autorités disposant des compétences techniques requises et/ou de la confusion de l'évalué et de l'évaluateur. À ce titre, il est souhaitable qu'à terme un organisme indépendant du Gouvernement et du Parlement vérifie la qualité des études d'impact des projets de loi<sup>29</sup>.

Pour réaliser cette extension, les pouvoirs publics pourraient créer plusieurs organes ou préférer instaurer un organisme unique, à l'image de l'ancien Conseil scientifique de l'évaluation<sup>30</sup> remplacé par le feu Conseil national de l'évaluation<sup>31</sup>. C'est d'ailleurs ce que proposent le rapport de L. de la Raudière de 2014<sup>32</sup> et les propositions de révision de la Constitution établies par les députés en 2017<sup>33</sup>. Le premier évoque la création d'une Conférence des évaluateurs et le second un Haut conseil de l'évaluation des politiques publiques. Un rapport postérieur, d'un *think tank*, va dans le même sens en proposant de faire revivre le Conseil national de l'évaluation<sup>34</sup>.

Ces institutions n'auraient plus en charge la coordination *a priori* des politiques d'évaluation à mettre en œuvre ni le pouvoir décisionnel pour débiter des évaluations<sup>35</sup>.

---

<sup>28</sup> V. M. SCRIVEN, « Evaluating Evaluations. Evaluations checklist », 2011, disponible sur Internet ; W. SHADISH, « Evaluation Theory is Who We Are », *American Journal of Evaluation*, Vol. 19, (1), p. 1-10 et D. L. STUFFLEBEAM, « The Meta-evaluation Imperative », *American Journal of Evaluation*, Vol. 22, 2001, p. 183-209, et P. LADEGAARD, « Measuring RIA quality and performance », in C. KIRKPATRICK and D. PARKER (dir.), *Regulatory impact assessment : towards better regulation ?*, Edward Elgar, 2007, p. 57-71. En France aussi, la question se pose, M. BASLÉ, « Méta-évaluation des politiques publiques et qualité des évaluations », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 1017-1027 et CEC, *Rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, Assemblée nationale, 2018, n° 771, 207

<sup>29</sup> La Cour des comptes a plaidé en ce sens en 2018, qui fustige la piètre qualité des études d'impact des projets de loi « Cette situation s'explique par la faiblesse, voire l'inexistence du contrôle qualité des études d'impact législatives.... Enfin, dans l'hypothèse d'une évolution du cadre juridique, la pertinence d'une adaptation au contexte national de dispositions inspirées des modèles adoptés en Allemagne, au Royaume-Uni et par la Commission européenne pourrait être étudiée. Ceux-ci, même pour un niveau normatif inférieur, ont choisi un contrôle beaucoup plus contraignant, voire bloquant, exercé à un seul moment du processus par un organisme indépendant et unique, composé d'experts issus de la société civile et doté des moyens permettant d'évaluer la qualité des études d'impact », COUR DES COMPTES, *Les études d'impact législatives dans les ministères sociaux*, 22 juin 2018, réf. S2018-1483, v. *JCP A*, n° 37, 17 sept. 2018, act. 721.

<sup>30</sup> Décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques.

<sup>31</sup> Décret n° 98-1048 du 18 novembre 1998 relatif à l'évaluation des politiques publiques. Il fut supprimé en 2008 par le décret n° 2008-663 du 4 juill. 2008.

<sup>32</sup> L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, La Doc. Fr., 2014, p. 138.

<sup>33</sup> V. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Première conférence des réformes*, 2017, Assemblée nationale, p. 183-245.

<sup>34</sup> V. E. DABAMA pour ACTION PUBLIQUE XXI, *Note n° 8 - Pour un renouveau de l'évaluation des politiques publiques*, disponible sur l'Internet, 27 p.

<sup>35</sup> Le CESE soutient également cette proposition. N. MANSOURI-GUILIANI, *Promouvoir une culture de l'évaluation de politiques publiques*, CESE, 2015, p. 130.

Elles effectueraient essentiellement un travail de validation, voire de labellisation des évaluations qui leur seraient soumises. Les projets de création de ce type d'instance rencontrent toutefois des résistances en raison des coûts afférents<sup>36</sup> : la recherche de la qualité de l'action publique est en effet subordonnée à l'efficacité des procédures qui la garantissent<sup>37</sup>. Pourtant, les conséquences des décisions adoptées pour les évalués et pour les tiers – mise en jeu de la santé humaine pour les médicaments, conséquences sur la réputation et les finances d'une université et atteintes à la liberté et à l'indépendance des enseignants chercheurs<sup>38</sup> – pourraient faire regarder la création de structures *ad hoc* comme un moindre coût.

**588.** Ces instances pourraient être implantées dans tous les domaines de l'action publique où des évaluations sont rédigées, à l'exception de la fonction publique. L'implantation d'un tiers garant paraît en effet compromise pour l'évaluation individuelle des fonctionnaires dans la mesure où, bien que l'évaluation du travail des fonctionnaires porte en partie sur des données objectives, elle ne peut pas cloisonner l'évalué de son environnement immédiat : le travailleur ne peut être dissocié de son service et de ses conditions de travail pour être évalué. De ce fait, seule une personne dotée d'une bonne connaissance du terrain et de l'évalué – comme son supérieur hiérarchique – est à même de réaliser ce type d'évaluation. Tous les mécanismes de vérification *a posteriori* de ces évaluations, comme la faculté laissée à l'agent évalué en désaccord avec le résultat de son entretien de saisir une commission administrative paritaire, ne peuvent efficacement les examiner<sup>39</sup>. Sauf à filmer ou enregistrer les entretiens, il est matériellement impossible de contrôler de manière approfondie l'échange qui a eu lieu entre le supérieur hiérarchique et l'agent évalué. Un défaut d'impartialité ou un défaut factuel pourra difficilement être repéré par un organe éloigné de l'évalué.

Cette difficulté de contrôle est d'autant plus problématique que les recours portant sur les notes et désormais sur les évaluations sont très nombreux, alors même que la

---

<sup>36</sup> V. D. ASSOULINE, *Rapport d'information n° 623 au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois*, 2014, Sénat, p. 96.

<sup>37</sup> V. J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *R.F.A.P.* n° 24, 1982, p. 53-94.

<sup>38</sup> La protection de la santé est garantie par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 et la liberté et l'indépendance des enseignants-chercheurs est un principe fondamental reconnu par les lois de la République depuis la décision du Conseil constitutionnel en date du 20 janvier 1984 (n° 83-165 DC).

<sup>39</sup> Article 7 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour les fonctionnaires d'État, article 7 du décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 pour les fonctionnaires territoriaux et article 6 du décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 pour la fonction publique hospitalière.

fonction publique est marquée par un phénomène de surnotation et surévaluation. Cette surnotation, prolongée par la surévaluation, est analysée par certains sociologues comme un mécanisme de protection inévitable de l'évaluateur : noter au-dessus de 17/20 lui évite l'aliénation de ses équipes<sup>40</sup>. Cette distorsion justifiait qu'un 18,5/20 soit considéré comme une mauvaise note et contesté devant les tribunaux<sup>41</sup>. L'afflux continu de recours depuis 2010 indique que la sensibilité des agents au jugement hiérarchique n'a pas baissé avec l'évaluation. Pour diminuer leur fréquence, étant donné qu'il est difficile d'instaurer un mécanisme préventif postérieur à l'entretien, il serait possible d'envisager une action préventive antérieure à sa réalisation. À ce titre, afin de limiter les abus des évaluateurs et de renforcer la confiance des évalués dans l'évaluation, des actions de formation pour tous les fonctionnaires évaluateurs pourraient être organisées. Alors que le législateur estime nécessaire d'imposer une médiation préalable à tous les agents de la fonction publique étatique souhaitant former une action en justice pour tenter d'endiguer les recours au juge<sup>42</sup>, l'organisation de formations des évaluateurs correspondrait à un besoin réel, exprimé en chœur par les fonctionnaires d'Europe<sup>43</sup>. Cette action est aussi réclamée par les sociologues<sup>44</sup>. Les évaluateurs doivent être sensibilisés à la spécificité de la mission qui leur est confiée.

**589.** Ce système resterait évidemment moins efficace que les vérifications systématiques qui pourraient être réalisées après la réalisation de l'évaluation, mais avant sa transmission au décideur dans les autres branches du droit. L'instauration de tiers garants dans les procédures décisionnelles dénuées d'objectifs proprement qualitatifs serait le moyen le plus efficace de révéler et de corriger les défauts de l'évaluation avant qu'elle ne produise des effets. Il permettrait, en même temps, de guider l'évaluateur, le décideur et le juge, et de rassurer l'évalué sur la fiabilité de la procédure à laquelle il est soumis. En d'autres

---

<sup>40</sup> V. J.-L. BODIGUEL, L. ROUBAN, « Le fonctionnaire détrôné ? L'État au risque de la modernisation », *PFNSP*, 1991, p. 216, et C. SPANOU, « Les enjeux organisationnels des entretiens d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 105-123.

<sup>41</sup> CAA de Bordeaux, 17 oct. 2000, req. n° 98BX01351.

<sup>42</sup> Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

<sup>43</sup> V. EUPAN, *Évaluation de la performance dans les administrations publiques des États membres de l'Union européenne*, 2007, p. 30 et s. Des auteurs avaient pressenti ce risque, v. D. VOLUT, « Le remplacement de la notation par l'entretien individuel : un coup d'épée dans l'eau ? », *AJFP*, 2013, p. 307 et s.

<sup>44</sup> V. C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Éditions Quae, coll. « Sciences en question », 2003, 84 p. et M.-A. DUJARIER, « L'automatisation du jugement sur le travail : mesurer n'est pas évaluer », *Cahiers internationaux de la sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 135-159.

termes, l'institution de tiers garants dans l'ensemble des procédures évaluatives non individualisées profiterait à toutes les personnes susceptibles de s'intéresser à l'évaluation (B).

## **B. Les avantages d'un contrôle préventif de l'évaluation**

**590.** Malgré le coût financier et humain que représenterait la création d'une instance *ad hoc* chargée de vérifier la qualité des évaluations destinées à des autorités publiques, la généralisation des tiers garants serait *in fine* une source d'économies pour le service public de la justice, pour les requérants potentiels, et pour l'administration elle-même. Tous les acteurs de la procédure décisionnelle, l'évalué, l'évaluateur et le décideur seraient en effet rassurés par ce contrôle préventif. Le juge serait moins sollicité (1). Plus indirectement, et, en principe, dans une moindre ampleur, les juges et les parties au procès, qui ne se confondent pas nécessairement avec les personnes ayant pris part à la procédure décisionnelle, profiteraient également de ces contrôles. L'avis du tiers garant fournirait en effet une expertise bienvenue au juge, qui pourrait avec plus d'aisance et de rapidité vérifier si les allégations portées contre l'évaluation sont justifiées (2).

### 1) Une aide pour tous les acteurs de la procédure décisionnelle

**591.** L'essor des démarches de qualité visant l'évaluation pourrait avoir un impact direct sur les acteurs de la procédure décisionnelle. Étant donné que les risques juridiques de l'évaluation pèsent d'abord sur le décideur et sur l'évaluateur, ils ont tous deux intérêt à ce que le respect de leurs obligations soit vérifié en amont ou soit facilité. L'instauration d'un tiers garant permettrait à l'évaluateur d'avoir des retours sur son expertise, qu'il serait libre de prendre en compte. Que l'évaluateur soit institutionnalisé ou exceptionnellement chargé de cette mission, l'aval d'un contrôleur technique dissuaderait des tiers ou des évalués d'intenter certains recours. À l'inverse, des mises en garde non suivies d'effets les encourageraient à agir contre l'évaluation ou la décision qu'elle a préparée. Ces conjectures ne sont pas purement hypothétiques : les avis des tiers garants existants ont déjà un rôle contentieux important. À cet égard, à l'occasion du contrôle de l'étude d'impact accompagnant le projet de fermeture à la circulation automobile d'une partie des voies sur berges de la rive droite de Paris, le juge n'a pas manqué de souligner que la ville avait

ignoré les réserves, pourtant nombreuses, que l’Autorité environnementale avait émises<sup>45</sup>. Dans le premier arrêt rendu sur la régularité de l’évaluation préalable d’un marché de partenariat, l’avis de la Fin Infra (Mission d’appui au financement des infrastructures) a aussi été central dans l’appréciation du juge : ce sont les diverses réserves qu’elle avait émises, malgré sa conclusion positive sur le coût du marché envisagé, qui l’ont décidé à annuler la délibération autorisant la signature du contrat<sup>46</sup>.

**592.** Les décideurs ne peuvent être indifférents aux interventions des tiers garants, qui sont, d’une certaine manière, leurs alliés. En effet, ils facilitent la mise en œuvre de l’obligation de vérification de l’évaluation qui pèse sur le décideur, qui doit trancher sur le fondement d’une expertise régulière<sup>47</sup>. En cas d’action indemnitaire intentée contre lui, le décideur pourrait ainsi se prévaloir de l’avis erroné émis par le tiers garant qui ne serait pas parvenu à identifier les erreurs contenues dans l’évaluation. Cet avis ne l’exonérerait pas totalement, mais il justifierait un partage de sa responsabilité qui ne paraît pas irrationnel dans la mesure où les obligations que l’évaluation met à la charge du décideur sont en général d’une nature technique. Or, étant donné que la procédure évaluative peut s’analyser comme une forme d’externalisation de questions techniques dans un but normatif – puisque comme toute expertise, l’évaluation contient un modèle implicite de comportement<sup>48</sup> –, il semble cohérent d’attribuer à un technicien la charge de vérifier les dimensions techniques de l’évaluation. Il est aussi cohérent, en conséquence, de lui attribuer une part de responsabilité juridique s’il n’a pas correctement fait son travail. L’évaluateur et le décideur ont ainsi tout intérêt à ce que les méta-évaluateurs se développent, ne serait-ce que pour limiter les risques contentieux.

**593.** Les auteurs et les destinataires de l’évaluation ne seront toutefois pas les seuls à profiter de leur généralisation. L’évalué aussi tirerait avantage de l’existence d’un contrôleur technique. En effet, les philosophes, les sociologues et les politistes ont montré les effets néfastes que l’évaluation peut avoir sur les évalués, dont l’activité peut être

---

<sup>45</sup> TA de Paris, 21 fév. 2018, *Ville de Paris*, req. n<sup>os</sup> 1619463, 1620386, 1620420, 1620619, 1622047/4-2. L’arrêt a depuis été confirmé, CAA de Paris, 22 oct. 2018, *M. B et autres c. Ville de Paris*, req. n<sup>os</sup> 18PA01325, 18PA01326 et 18PA01649.

<sup>46</sup> TA de Marseille, 12 fév. 2019, *M. G. P.*, req. n<sup>o</sup> 1709848

<sup>47</sup> C’est bien cette faute qui leur est implicitement reprochée, v. *supra*, Seconde partie, Titre second, Chapitre I, Section 1, §II, A.

<sup>48</sup> V. R. CASTEL, « Savoirs d’expertise et production de normes », in F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 177-188.

déformée<sup>49</sup> et qui sont susceptibles de souffrir économiquement<sup>50</sup> ou psychologiquement<sup>51</sup> en fonction du résultat d'une évaluation. Compte tenu des multiples conséquences qu'elle peut avoir, il n'est pas étonnant de constater que l'évaluation est crainte par les personnes devant la subir. Celles-ci peuvent s'investir *a minima* dans sa réalisation, voire taire certaines informations<sup>52</sup>, ce qui fausse finalement l'évaluation et accroît ses effets négatifs. Or la généralisation des tiers garants pourrait renforcer la crédibilité de l'évaluation et inciter les évalués à s'engager plus sincèrement dans le processus évaluatif, ce qui profiterait, en retour, à la qualité de celle-ci.

**594.** Ainsi, en améliorant la participation des évalués et en informant à temps l'évaluateur et le décideur des malfaçons de l'évaluation, le contrôle technique de l'évaluation permettrait de prévenir la survenance de certains litiges. Il pourrait aussi, à l'inverse, favoriser l'impulsion de recours juridictionnels, en soulignant les déficiences non corrigées de certaines évaluations. À cet égard, l'avis du tiers garant ne servirait pas seulement aux acteurs de la procédure décisionnelle : il faciliterait aussi la tâche des acteurs de l'éventuelle phase contentieuse postérieure, le juge et les parties (2).

2) Une aide pour tous les acteurs de la procédure juridictionnelle

**595.** Si l'extension de la révision préventive de l'évaluation est un moyen efficace pour limiter les recours juridictionnels, elle n'empêcherait pas un nombre résiduel d'erreurs de prospérer et elle ne dissuaderait pas un certain nombre d'administrés d'agir en justice. Cela ne signifie pas que le système de pré-contrôle de l'évaluation est inutile. Au contraire, l'avis

---

<sup>49</sup> V. notamment R. SALAIS, « Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 132 ; D. MARTUCCELLI, « Critique de la philosophie de l'évaluation », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 27-52 et M.-A. DUJARIER, « L'automatisation du jugement sur le travail : mesurer n'est pas évaluer », *loc. cit.*, p. 147.

<sup>50</sup> V. F. RANGEON, « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 14. L'auteur prend l'exemple de villes américaines qui ont été désertées par les investisseurs après la publication d'une évaluation peu optimiste quant aux perspectives d'évolution économique de ces villes.

<sup>51</sup> L'évalué peut être affecté par le jugement porté sur son travail, qu'il est parfois difficile de distinguer d'un jugement porté sur sa personne. Ce risque d'atteinte morale semble d'autant plus importante dans un État où la tradition au travail fait que chaque « subordonné français entend pousser très loin sa propre interprétation de ses responsabilités, sans attendre que la direction [lui] donne des objectifs », P. D'IRIBARNE, *La logique de l'honneur. Gestion des entreprises et traditions nationales*, Éd. du Seuil, 1989, p. 22.

<sup>52</sup> V. J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 535 : « la logique politique ... pèse sur l'exercice même de la fonction d'évaluation qui, perçue comme un enjeu par les différents acteurs, suscite des phénomènes de rétention et de blocage de l'information ». Dans le même sens v. J.-R. ALVENTOSA, « L'évaluation des politiques publiques a-t-elle un avenir? », *Revue française de finances publiques*, n° 106, 2009, avril, p. 333. L'information est une source de pouvoir et ceux qui la détiennent dans l'administration comme ailleurs s'en servent et la retiennent pour protéger leur liberté d'action.

du tiers garant qui porte sur le respect des règles de procédure, de forme, sur la suffisance et sur les méthodes employées dans l'évaluation constituerait un instrument utile entre les mains du juge et des parties, parfois des tiers à la procédure, qui n'ont pas eu l'occasion d'intervenir. Par exemple, les personnes ayant pris un médicament autorisé par l'ANSM (Agence nationale de sécurité des médicaments) et inscrit sur la liste des médicaments remboursés après évaluation de la HAS<sup>53</sup> (Haute autorité de santé) ou des associations de l'environnement dans l'hypothèse d'autorisations d'urbanisme ou environnementales<sup>54</sup>. Elles peuvent toutes saisir le juge pour contester la décision préparée par l'évaluation alors qu'elles n'interviennent pas au stade de la procédure décisionnelle.

**596.** En premier lieu, les parties bénéficieraient de la généralisation des avis techniques portant sur l'évaluation dans la mesure où ces derniers acquerraient une importance probatoire déterminante dans le procès. En effet, si la procédure inquisitoire profite aux administrés devant le juge administratif, les justiciables doivent toujours apporter un commencement de preuve, c'est-à-dire des allégations vraisemblables<sup>55</sup>, pour convaincre le juge de mettre en œuvre ses pouvoirs d'instruction. Or, pour être admissible, l'allégation doit en principe être *a minima* aussi technique que l'acte contesté<sup>56</sup>. La construction d'une telle démonstration peut exiger du justiciable des efforts importants, voire justifier le recours à une expertise privée<sup>57</sup>, donc onéreuse. Si les tiers garants étaient généralisés, les justiciables pourraient se saisir de leurs avis, nécessairement aussi techniques que l'évaluation, pour administrer cette preuve et pour faire des économies de temps et d'agent.

En second lieu, le juge profiterait aussi de ces précieux avis dans la mesure où leur généralisation rendrait obsolètes certaines des oppositions doctrinales à l'incursion juridictionnelle en terres pluridisciplinaires. En effet, une partie de la doctrine questionne toujours la capacité du juge à trancher des litiges dans des domaines aussi techniques que les expertises évaluatives, déniaient au juge la capacité de rallier les parties et les tiers à son

---

<sup>53</sup> CE, 9 nov. 2016, *Mme Bindjouli*, req. n° 393108, Rec. p. 496.

<sup>54</sup> CE, 29 oct. 2013, *Association Les amis de la rade et des calanques*, req. n° 360085, rec. T p. 715-716.

<sup>55</sup> V. B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 314, et D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux en droit public français*, LGDJ, p. 225.

<sup>56</sup> V. CAA de Bordeaux, 18 oct. 2011, req. n° 10BX03015, Inédit au recueil Lebon. La « réalité de la preuve » exige en effet que le juge puisse être convaincu de l'argument et puisse convaincre les tiers. Il faut donc que la preuve paraisse aussi étayée que l'acte attaqué. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit Privé », t. 239, 1993, p. 233 Cf. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §II, A.

<sup>57</sup> V. C. HUGLO, « Bilan des dernières années de jurisprudence pour la 10<sup>e</sup> anniversaire du décret du 12 oct. 1977 », *Gaz Pal*, 1987, p. 707 et s.

intime conviction par l'argumentation. Il est vrai que le juge administratif peut sembler surestimer ses capacités puisqu'il répugne à utiliser ses pouvoirs d'expertise dans les contentieux où la réformation ou l'annulation d'un acte est demandée au principal<sup>58</sup>. Dans ces hypothèses, il décide sans aide extérieure pour comprendre les enjeux techniques du litige. Son aversion pour l'expertise à l'occasion d'un contrôle de légalité semble atteindre son paroxysme en matière évaluative, où l'acte contesté est un acte préparatoire, qui, malgré ses effets juridiques et non juridiques, reste dédaigné par le juge<sup>59</sup>. Ainsi, alors que le contrôle de l'évaluation pourrait aisément justifier la réalisation d'une expertise judiciaire, le juge refuse d'engager une telle procédure, qui rallongerait fortement le coût et la durée du procès en raison de la seule irrégularité potentielle d'un acte préparatoire.

La généralisation des tiers garants permettrait au juge d'avoir accès à l'expertise qui lui fait défaut sans faire directement peser sur les parties le coût monétaire et temporel de cette procédure. D'ailleurs, cette utilisation probatoire de ces avis est déjà pratiquée dans le contentieux environnemental, où l'avis des autorités environnementales constitue une « pièce importante, voire stratégique »<sup>60</sup> des dossiers. De manière routinière, le juge se réfère aux avis des autorités environnementales pour appuyer les conclusions du requérant<sup>61</sup> ou, au contraire, pour soutenir l'administration défenderesse<sup>62</sup>. Cette utilisation semble expliquer pourquoi aucune expertise judiciaire n'est ordonnée dans ce contentieux. S'ils étaient généralisés, ces avis apporteraient systématiquement au juge un éclairage impartial sur les questions pluridisciplinaires, ce qui rassurerait une partie des observateurs.

**597.** La propagation des avis intermédiaires présente donc un intérêt au-delà de la seule phase décisionnelle initiale. Les contrôles de qualité préventifs de l'évaluation auraient des effets sur la qualité des évaluations produites et le nombre de recours formés en rassérénant

---

<sup>58</sup> V. P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve...*, op. cit., p. 142 et s. ; D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux en droit public français*, op. cit., p. 227 ; C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative...*, op. cit., p. 354, et E. TREUIL, *La preuve en droit de l'environnement*, op. cit., p. 290.

<sup>59</sup> Le juge a notamment refusé d'étendre sa jurisprudence *Fairvesta* aux avis dans un arrêt de 2017, CE, 28 déc. 2017, *Mme A et société Santépublique*, req. n° 407883, Inédit au recueil, et s'il accepte de contrôler certains actes préparatoires, c'est en réalité après les avoir requalifié en actes autonomes. À propos d'une délibération préparant une concertation en définissant ses objectifs, v. CE, Sect., 5 mai 2017, *Commune de Saint-Bon-Tarentaise*, req. n° 388902, Rec. p. 157 ; v. E. CARPENTIER, « De Saint-Lunaire à Saint-Bon-Tarentaise : itinéraire d'une jurisprudence en recherche d'équilibre », *RFDA*, 2017, p. 780-790.

<sup>60</sup> P. JANIN, « La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ? », *Droit de l'environnement*, 2011, n° 195, p. 318-324.

<sup>61</sup> TA de Paris, 21 fév. 2018, *Ville de Paris*, préc. ; CAA de Nantes, 28 mars 2014, req. n° 12NT01579 et CAA de Douai, 15 sept. 2016, req. n° 15DA00246, Inédits au recueil Lebon.

<sup>62</sup> CAA de Marseille, 19 oct. 2015, req. n° 14MA01232.

les évalués et les évaluateurs, et ils auraient aussi des effets juridiques directs et indirects, notamment en facilitant la preuve devant le juge. Cette forme de pré-contrôle entre l'édiction de l'évaluation et l'adoption de la décision finale n'a ainsi pas vocation à remplacer l'action juridictionnelle : non seulement l'inspection d'un méta-évaluateur ne porte pas sur l'ensemble des biais qui peuvent affecter l'évaluation, mais, surtout, il n'a aucun pouvoir pour annuler ou réformer les textes organisant l'évaluation alors qu'ils sont responsables des infirmités évaluatives à grande échelle. Cette forme de méta-évaluation justifie tout de même le délai supplémentaire qu'elle inflige à la procédure décisionnelle dans la mesure où elle diminue les risques de conflits, améliore la rationalisation des décisions publiques et accélère, le cas échéant, la procédure juridictionnelle. Néanmoins, ces vertus préventives ne peuvent s'exprimer que dans le respect de certaines conditions, tenant à la fois aux caractéristiques des tiers garants et à la nature des actes produits (§II).

## **§II. Les conditions de l'utilité du contrôle technique des évaluations**

**598.** Pour que le contrôle de l'évaluation avant sa transmission au décideur soit réellement utile aux protagonistes de la procédure décisionnelle, il convient en premier lieu que l'organe qui le réalise ait les qualités attendues de n'importe quel expert (A). La nature de l'acte produit est également déterminante dans la mesure où le contentieux propre aux avis des tiers garants pourrait alourdir la procédure décisionnelle et faire de ces avis des actes dont les inconvénients surpassent les avantages (B).

### **A. Les garanties concernant les organes chargés du contrôle**

**599.** Les tiers garants doivent présenter les mêmes gages de sérieux que les évaluateurs, voire dans bien des cas, faire montre d'une compétence, d'une impartialité et d'une indépendance plus aiguisées afin de se distinguer d'eux et d'avoir un réel apport dans la procédure évaluative (1). Si la création de telles structures pose *a priori* peu de difficultés dans les procédures administratives, leur insertion en matière constitutionnelle soulève davantage d'oppositions alors que, dans ce domaine, le contrôleur technique constituerait aussi un tiers garant dont l'action est indispensable pour contrebalancer le défaut de compétences techniques et d'impartialité du gouvernement évaluateur (2).

## 1) Instauration des tiers garants compétents, impartiaux et indépendants

**600.** L'intervention d'un méta-évaluateur ne fait sens que si celui-ci dispose, *a minima*, d'une compétence technique au moins égale à l'évaluateur principal et jouit d'un statut qui lui garantisse une indépendance et une impartialité apparentes et réelles<sup>63</sup>. La création d'une ou de plusieurs autorités d'expertise sur le modèle des autorités environnementales, qui sont les seuls véritables tiers garants existants<sup>64</sup>, permettrait ainsi de réintroduire des organes dédiés à l'expertise au sein de l'administration, alors que plusieurs auteurs notent la dégénérescence de cette forme de compétence<sup>65</sup>. Surtout, cette création marquerait davantage la spécificité du « domaine hautement sensible de l'information et de la communication »<sup>66</sup> que le pouvoir politique non élu (les ministres, les préfets<sup>67</sup>) et le pouvoir politique élu (le Parlement, les élus locaux<sup>68</sup>) ne peuvent pas accaparer, faute d'être considérés « comme les gérants impartiaux de l'intérêt général dans ce domaine »<sup>69</sup>.

**601.** La première qualité du tiers garant serait donc l'indépendance, qui ne serait pas nécessairement organique. En effet, la plupart des tiers garants instaurés dans les ordres juridiques voisins<sup>70</sup> et les tiers garants ou assimilés officiant en France fonctionnent

---

<sup>63</sup> Ce qui est loin d'être évident, comme le montre les annulations successives des textes relatifs à l'autorité environnementale. Les dispositions du décret 2012-616 du 2 mai 2012 relatives à la désignation de l'autorité environnementale compétent pour certains documents d'urbanisme ont été annulées en 2015, CE, 26 juin 2015, *France Nature Environnement*, n° 360212, Rec. T. p. 577-834. En réaction, le pouvoir réglementaire a adopté le décret n° 2016-519 du 28 avril 2016 portant réforme de l'autorité environnementale. Le décret a imposé une séparation fonctionnelle entre l'autorité environnementale et les décideurs. Cependant, en réservant au préfet de région une partie des compétences d'autorité environnementale, ce texte n'a pas réussi à imposer parfaitement la séparation fonctionnelle requise par le juge de l'Union, ce qui a donné l'occasion au Conseil d'État d'annuler certaines dispositions du décret de 2016, CE, 6 déc. 2017, *Assoc. France Nature Environnement*, n° 400559, rec. T. 691. V. L. SANTONI, « L'autorité environnementale (AE) doit être autonome à l'égard du maître d'ouvrage et de l'autorité compétente », *Construction-Urbanisme*, janv. 2018, comm. 1. Cet arrêt a depuis été confirmé, CE, 13 mars 2019, *France Nature environnement*, req. n° 414930, à paraître aux tables du Recueil Lebon.

<sup>64</sup> La Fin Infra, comme la MAPPP avant elle, travaille davantage dans une perspective de conseil et de co-rédaction que de vérification des évaluations.

<sup>65</sup> T. PERROUD, « Constitution et évaluation. Faut-il constitutionnaliser l'évaluation ou faut-il changer notre gouvernement ? », *Jus Politicum*, mars 2018.

<sup>66</sup> P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, éd. du Seuil, coll. « Points », 2010, p. 130.

<sup>67</sup> Les ministres sont les destinataires des évaluations de l'enseignement supérieur et des évaluations relatives aux médicaments et de certaines évaluations réalisées en droit de l'environnement et en droit de l'urbanisme. Les préfets peuvent être les destinataires d'évaluations environnementales au sens large.

<sup>68</sup> Ils sont les destinataires respectifs des études d'impact des projets de loi et de certaines évaluations environnementales.

<sup>69</sup> P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 130.

<sup>70</sup> Le *Regulatory Scrutiny Board*, ex-*Impact Assessment Board* (IAB) dans l'Union européenne, le *Normenkontrollrat* en Allemagne, l'*ACTAL* aux Pays-Bas ou le *Regulatory Policy Committee* au Royaume-Uni n'ont pas de personnalité morale propre.

aujourd'hui sans jouir d'une personnalité morale propre, ce qui ne nuit ni à leur autorité ni à l'indépendance de leur action<sup>71</sup>. L'Union européenne, maîtresse de l'organisation des évaluations environnementales dans les États membres, n'exige d'ailleurs pour les autorités environnementales qu'une indépendance fonctionnelle<sup>72</sup>, c'est-à-dire une séparation hiérarchique entre le service chargé de prendre la décision finale et le service chargé de vérifier l'évaluation préparant cette décision. De fait, en France, tous les tiers garants existants sont des émanations de l'État. Ils n'ont pas le statut d'autorités publiques indépendantes, ni même d'autorités administratives indépendantes. Cette situation a toutefois pu nourrir des critiques, notamment envers le Conseil général de l'environnement et du développement durable<sup>73</sup>, qui proclamait pourtant son impartialité<sup>74</sup>. Pour désarmer ces attaques, il serait possible d'organiser des procédures de recrutement transparentes des experts siégeant au sein de ces institutions. Celles-ci assureraient, par exemple, que la raison d'être de ces institutions est bien l'expertise qu'elles apportent et non une fonction de contrôle supplémentaire de l'État sur les collectivités territoriales.

Or, à ce jour, les nominations au sein de ces autorités sont assez opaques<sup>75</sup>. Il est notamment impossible de trouver le texte de nomination de la plupart des membres de la Fin Infra<sup>76</sup> (Mission d'appui au financement des infrastructures). Si cet arrêté est en revanche disponible pour le CGEDD<sup>77</sup> (Conseil général de l'écologie et du développement

---

<sup>71</sup> La Fin Infra et la MAPPP ne sont que des services du ministère de l'Économie et des finances ; les missions régionales de l'autorité environnementale (décret n° 2016-519 du 28 avril 2016 portant réforme de l'autorité environnementale) sont des formations du Conseil général de l'environnement et du développement durable qui est « placé sous l'autorité directe du ministre chargé de l'environnement et du développement durable qui le préside » (art. 1 du décret n° 2015-1229 du 2 octobre 2015 relatif au Conseil général de l'environnement et du développement durable).

<sup>72</sup> Directive n° 97/11/CE du 3 mars 1997, article 1er-7 et CJUE, 20 octobre 2011, *Department of the Environment for Northern Ireland/Seaport e.a.*, aff. C-474/10, Chron. M. AUBERT et E. BROUSSY, *AJDA*, 2011, n° 41, p. 2339-2340 ; comm. O. VIDAL, « "Qu'importe le flacon pourvu qu'on ait l'ivresse" : nouveau précepte pour la phrase consultative de l'évaluation environnementale », *RJE*, 2012, n° 2, p. 283-294.

<sup>73</sup> V. A. VAN LANG, « L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme après la loi Grenelle II : une nouvelle couche de vert ? », *RDI*, 2013, p. 138 et s., et O. VIDAL, « "Qu'importe le flacon pourvu qu'on ait l'ivresse" : nouveau précepte pour la phrase consultative de l'évaluation environnementale », *loc. cit.*, *RJE*, 2012, n° 2, p. 283-294.

<sup>74</sup> V. les articles de l'ancien président de l'institution, M. BADRÉ, « Évaluation environnementale, autorité environnementale, des objets juridiques nouveaux ? », *Droit Envir.*, 2009, n° 173, p. 13-17 ; M. BADRÉ, « Évaluation environnementale et préservation de la biodiversité », *RJE*, 2011, Vol. 5, n° spécial, p. 79-86.

<sup>75</sup> La publicité des nominations dans les autorités consultatives n'est en effet pas obligatoire par principe, CE, 5 avril 1935, *Roussel*, Rec. p. 105, cité par Ch. HELLER, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, thèse de l'Université de Strasbourg, 1961, p. 204.

<sup>76</sup> En réalité, il est impossible de trouver la moindre décision de nomination ; seule la nomination du président de la Fin Infra en mai 2018 (Salim Bensmail), nommé au temps de la MAPPP, a fait l'objet d'une mention sur les sites Internet de l'État.

<sup>77</sup> La liste des arrêtés de nomination des membres du CGEDD est disponible sur son site Internet.

durable) et pour ses missions environnementales locales<sup>78</sup>, aucune information sur les conditions de recrutement n'est fournie. Seuls certains évaluateurs sont recrutés à l'occasion de procédures publiques d'appel à candidatures, notamment au sein de la HAS<sup>79</sup>. Ce procédé paraît plus courant au sein des institutions évaluatrices étrangères<sup>80</sup>. Compte tenu de la nature expertale de ces institutions, il semble important qu'il apparaisse que ses membres aient été recrutés pour leurs compétences techniques dans le domaine en cause – quel que soit par ailleurs leur statut juridique, fonctionnaires, contractuels de droit public, salariés ou libéraux. Aussi, une temporalité claire des mandats au sein de ces agences – ce qui manque en sus à la Fin Infra – et un moment public d'appel à candidatures renforcerait l'apparence d'impartialité des organes chargés de réviser l'évaluation.

Le recours à des procédures de recrutement ouvertes est d'autant plus souhaitable que compte tenu du nombre de professionnels et d'universitaires travaillant dans les matières traitées par les évaluations (finances, économies, biologie...) il devrait être aisé de parvenir à composer ces instances. Cette abondance de personnel compétent et mobilisable permet déjà à la Fin Infra et aux autorités environnementales de disposer d'un personnel varié comprenant des fonctionnaires (notamment des ingénieurs des Ponts et chaussées dans les autorités environnementales déconcentrées) et des personnes issues du secteur privé<sup>81</sup>. On compte en revanche peu d'universitaires, difficiles à recruter, car peu enthousiastes à l'idée d'intégrer de telles instances d'expertise, dont les travaux manquent de reconnaissance scientifique dans les communautés concernées<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Des arrêtés sont pris pour chaque mission régionale, v. par exemple, l'arrêté du 17 avril 2018 portant nomination de membres de missions régionales d'autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable (MRAe).

<sup>79</sup> Le site internet de la HAS poste des appels à candidatures pour toutes ses commissions d'experts : de la commission de transparence aux experts-visiteurs chargés de se rendre dans les hôpitaux soumis à une procédure de certification.

<sup>80</sup> Un recrutement ouvert a notamment été organisé pour le *Regulatory Policy Committee* britannique en 2018 à partir du site du ministère des Affaires (v. le site internet du *RPC*). L'*ACTAL* néerlandais et le *Regulatory Scrutiny Board* recrutent également après une procédure ouverte. En Allemagne la loi instaurant un Conseil national de contrôle des normes du 14 août 2006 prévoit en revanche un système de recrutement discrétionnaire, puisque c'est le Chancelier qui propose une liste de noms au Président de la République qui choisit ensuite.

<sup>81</sup> Le décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures prévoit que les membres peuvent venir du milieu économique et en 2018 près de la moitié des membres de la mission sont issus du secteur privé.

<sup>82</sup> V. C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, *Les scènes multiples de l'évaluation. Les problèmes récurrents de son institutionnalisation*, LIEPP Policy Book, n° 1, 2013, p. 140. Une évolution est tout de même relevée par le CESE (Conseil économique, social et environnemental) en raison de trois facteurs, notamment la réforme des universités, qui conduit les chercheurs à demander des financements extérieurs, N. MANSOURI-GUILIANI, *Promouvoir une culture de l'évaluation de politiques publiques*, 2015, p. 10. Par ailleurs, comme le relève C. Lepage, une autre difficulté naît du manque de rémunération des universitaires qui participent à ce genre de travaux d'expertise, C. LEPAGE, *Le Grenelle Environnement - Mission Lepage. Rapport final*, 2008, p. 40.

**602.** Comme l'ont montré les exemples précités, des instances de révisions impartiales et indépendantes interviennent déjà dans les procédures administratives. L'intervention de ce type de structures d'expertise est courante dans l'administration<sup>83</sup>. Elle l'est beaucoup moins, à l'inverse, au niveau législatif, où cinq institutions indépendantes du Gouvernement et du Parlement se partagent la compétence consultative au cours de la procédure parlementaire, avant que le Conseil constitutionnel puisse être saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Les habilitations constitutionnelles à donner des avis sont ainsi réparties entre le Conseil économique social et environnemental<sup>84</sup>, la Cour des comptes, dont l'assistance n'a jusqu'ici jamais été sollicitée<sup>85</sup>, le Conseil d'État<sup>86</sup> et la cinquième catégorie correspond à l'ensemble des collectivités d'outre-mer susceptibles d'être consultées en vertu de l'article 74 de la Constitution.

L'absence de consultation de la Cour des comptes pour l'assister dans sa mission évaluative depuis la révision de 2008 illustre l'inertie des habitudes parlementaires et laisse présager la rupture que constituerait la création d'un nouvel organe dédié à la relecture des études d'impact des projets de loi, dont la consultation serait obligatoire. Ce projet semble pourtant arriver à maturation dans l'esprit des députés, qui ont proposé en 2018, dans le cadre de la préparation de la révision constitutionnelle prévue en 2019, la création d'une Agence parlementaire de l'évaluation dont l'indépendance serait préservée<sup>87</sup>. Cette solution mise en œuvre dans de nombreux ordres juridiques<sup>88</sup> changerait le paradigme de l'évaluation législative en France et profiterait à l'ensemble des acteurs de la procédure. Elle dépasse les attentes de la plupart des auteurs, qui préfèrent envisager un élargissement

---

<sup>83</sup> En plus des autorités administratives et publiques indépendantes, l'administration s'est adjoint l'aide de très nombreux conseils et comités dont le fonctionnement est indépendant et dont le dénombrement, le rapport d'information sur les organismes publics d'évaluation et de prospectives économiques et sociales en dénombreait, dans ce domaine, déjà plus de 600 en 2015, G. TRON et Y. DÉNIAUD, *Rapport d'information sur les organismes publics d'évaluation et de prospectives économiques et sociales pour la Commission des finances, de l'Économie générale et du plan en conclusion des travaux de la Mission d'évaluation et de contrôle*, 2015, n° 876, 51 p.

<sup>84</sup> Articles 69 à 71 de la Constitution.

<sup>85</sup> Article 47-1 de la Constitution.

<sup>86</sup> Article 39 de la Constitution.

<sup>87</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, Assemblée nationale, 2018, p. 211.

<sup>88</sup> Aux Pays-Bas avec l'ACTAL, aux États-Unis avec le GAO (*Government Accountability Office*), en Allemagne avec le *Normenkontrollrat*, au Royaume-Uni avec le *National Audit Office*. En Australie, alors même qu'il n'existe pas d'obligation d'évaluer, R. DEIGHTON-SMITH, « Regulatory impact assessment in Australia », in C. KIRKPATRICK and D. PARKER (dir.), *Regulatory impact assessment : towards better regulation ?*, *op. cit.*, p 145-167.

des compétences du Conseil d'État pour améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi alors même que cet organe ne dispose pas des compétences adéquates (2).

2) L'impossibilité d'ériger le Conseil d'État en tiers garant des études d'impact des projets de loi

**603.** En France, une partie de la doctrine et des acteurs de la procédure législative a exprimé son opposition à l'instauration d'un organe dédié à la révision de la qualité des études d'impact des projets de loi<sup>89</sup>. Alors que ce type d'institution est une pratique saluée<sup>90</sup> et éprouvée au-delà de nos frontières<sup>91</sup>, en France, la crainte de déposséder le Parlement de son pouvoir décisionnel en accordant une place exagérée à la technique au détriment du politique semble freiner l'établissement d'une instance indépendante.

Les organismes d'expertise impartiale constituent pourtant une garantie efficace de la qualité des évaluations. À ce titre, dans l'Union européenne, l'action du *Regulatory Scrutiny board* est considérée comme une condition de la fiabilité des études produites<sup>92</sup>. Il est à cet égard intéressant de noter que la création de ce tiers garant (anciennement appelé l'*Impact Assessment Board*) coïncide avec un usage accru des études d'impact dans les arrêts rendus par le juge de l'Union<sup>93</sup>. En Allemagne, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas

---

<sup>89</sup> V. F. EWALD, « L'expertise, une illusion nécessaire », in *La Terre outragée. Les experts sont formels !*, Autrement, 1992, p. 210 ; A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse Dactyl., Nantes, 1996, p. 582 et s. ; A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan, 2003, p. 25 ; D. GADBIN, « Les nouvelles articulations entre expertise scientifique et décision politique : l'exemple de l'Agence européenne de sécurité des aliments », *Droit rural*, 2005, n° 1, étude 1 ; T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 510 et s., et D. SCHNAPPER, « Audition de Mme D. Schnapper », in C. BARTOLONE et M. WINOCK (co-prés.), *Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions. Refaire la démocratie*, Assemblée Nationale, 2015, p. 383-400.

<sup>90</sup> V. P. LADEGAARD, « Measuring RIA quality and performance », in C. KIRKPATRICK and D. PARKER (dir.), *Regulatory impact assessment : towards better regulation ?*, Edward Elgar, 2007, p. 57-71.

<sup>91</sup> Notamment en Australie, alors même qu'il n'existe pas d'obligation d'évaluer, R. DEIGHTON-SMITH, « Regulatory impact assessment in Australia », in C. KIRKPATRICK and D. PARKER (dir.), *Regulatory impact assessment : towards better regulation ?*, *op. cit.*, p. 145-167.

<sup>92</sup> V. A. C. M. MEUWESE, *Impact Assessment in European Union Lawmaking*, European Monographs, 2008, p. 77, et EUROPEAN PARLIAMENT, *Comparative study on the purpose, scope and procedures of impact assessments carried out in the Member States of the EU*, 2011, 134 p. Ses caractéristiques ont même évolué pour renforcer son indépendance : l'*Impact assessment Board* était présidé par le directeur de la mission « Mieux légiférer » et l'organisme était composé de membres tournants, issus des instances européennes, OCDE, présentation de Riccardo Maggi de 2012, « The european Commission Impact assessment Board », disponible sur l'Internet. Aujourd'hui, le service a été renommé le *Regulatory Scrutiny Board*, il est composé de 6 membres, trois hauts fonctionnaires de la Commission et trois experts extérieurs, qui se consacrent à temps plein à la révision des évaluations.

<sup>93</sup> L'*IAB* a été créé en 2007 et c'est en 2010 que trois arrêts faisant référence aux évaluations ont été rendus. CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd v. Secretary of State for Business*, C-58/08 ; CJUE, Gr. Ch., 12 sept. 2010,

aussi, des instances indépendantes interviennent depuis plus de dix ans au stade de la procédure gouvernementale, c'est-à-dire avant la transmission de l'évaluation au décideur<sup>94</sup>. Ces instances sont en principe uniquement composées d'experts<sup>95</sup>.

**604.** La création d'une institution similaire en France pourrait constituer le chaînon manquant pour assurer la qualité des études d'impact des projets de loi et inciter le Conseil constitutionnel à embrasser un contrôle plus approfondi de ces actes. Pourtant, le projet d'externalisation de cette fonction de contrôle rencontre de nombreuses résistances. Une partie importante de la doctrine considère qu'il revient au Conseil d'État, vérificateur séculaire des projets de loi<sup>96</sup>, de s'intéresser à la qualité des études d'impact accompagnant ces projets<sup>97</sup>. Or, il ne dispose pas des capacités suffisantes pour organiser un tel contrôle, comme il le reconnaît lui-même<sup>98</sup>. Certes, depuis la production des premières études d'impact, facultatives, le conseiller du gouvernement prend position sur leur qualité<sup>99</sup>, mais, comme ses membres l'avouent volontiers, il n'a pas les moyens de réaliser un

---

*Espagne c. Conseil*, C-33/04 et Tribunal de l'UE, 20 janv. 2010, *Sungro SA, Eurosemillas SA et Surcotton SA*, aff. T-252/07, T-271/07 et T-272/07.

<sup>94</sup> Pour *Actal*, décret royal du 16 juin 2011, n° 11.001442, *ACTAL* assiste le conseil des ministres néerlandais ; le *RPC* s'adresse aussi au Gouvernement (décision de création en 2009), comme que le *Normenkontrollrat* (loi fédérale du 14 août 2006 précitée).

<sup>95</sup> En Allemagne, le *Normenkontrollrat* est essentiellement composé de docteurs et de professeurs, le *RPC* est composé de personnes issues du secteur privé et du secteur public, tous les experts d'*ACTAL* viennent du secteur privé tandis que tous les membres du *Regulatory Scrutiny Board* viennent du secteur public.

<sup>96</sup> Article 52 de la constitution du 22 frimaire an VIII. Il se prononce sur l'utilité du texte (son opportunité) et sur sa conformité au droit, v. Y. GAUDEMET, « Le conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 87-107, et D. LATOURNERIE, *Le Conseil d'État. "Au nom du peuple français..."*, Dalloz, coll. « Conn. Du droit », 2005, p. 15 et s.

<sup>97</sup> H. PORTELLI, *Rapport de la commission des Lois sur la proposition de loi organique de M. Jacques MÉZARD et plusieurs de ses collègues visant à supprimer les alinéas 8 à 10 de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 1er juillet 2014*, juin 2015, 35 p. et L. ECK, « Un instrument de délibération entre les organes : les études d'impact », in *La délibération après la révision constitutionnelle de 2008*, Actes de la Journée de la Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle, Mare et Martin, 2015, p. 72-84.

<sup>98</sup> V. J.-M. SAUVÉ, intervention à la table ronde « Contrôler et évaluer la loi », in ASSEMBLÉE NATIONALE, colloque « Mieux légiférer », Hôtel de Lassay, 28 novembre 2014, compte rendu disponible sur le site de l'Assemblée nationale ; J.-M. SAUVÉ, « Audition » in L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, La Doc. Fr., 2014, p. 356 et s. ; CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, op. cit., p. 100, et CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2016. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La doc. Fr., 2017, p. 31. Si le Conseil d'État admet dans son rapport d'activité de 2018 pour l'année 2017 faire un « contrôle approfondi », ses remarques restent générales et il apparaît que c'est surtout la partie juridique de l'étude qui fait l'objet d'un contrôle approfondi, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2017. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La doc. Fr., 2018, p. 221. Pour un exemple de contrôle juridique approfondi, v. CE, avis, 15 nov. 2018, n° 395539.

<sup>99</sup> Depuis 2010, les rapports d'activité du Conseil d'État consacrent un paragraphe distinct aux études d'impact, où il commente la qualité globale des évaluations qui ont accompagné les projets de loi.

contrôle approfondi et technique de ces actes<sup>100</sup>. Les remarques faites par le Conseil d'État dans ses avis qui peuvent désormais être publiés le montrent : il se contente de pointer les défaillances générales de l'étude et les points qui doivent être prioritairement complétés, sans porter d'appréciation sur les méthodes et la pertinence des résultats obtenus<sup>101</sup>.

Par ailleurs, si le Conseil d'État a le pouvoir de refuser l'examen d'un texte qui lui est fourni en raison de l'absence ou des déficiences de l'étude d'impact qui l'accompagne, il utilise avec parcimonie cette faculté. C'est ce qui ressort de la comparaison entre le nombre d'insuffisances manifestes relevées dans ses rapports<sup>102</sup>, erreurs qui affectent des études parfois communiquées le jour même de l'examen du projet au Conseil<sup>103</sup>, et le nombre de fois où il a demandé au gouvernement de refaire son évaluation<sup>104</sup>. Le Conseil d'État ne souhaite manifestement pas prendre en charge un contrôle réel des études d'impact.

**605.** En outre, compte tenu du champ très large de ce type d'évaluation, qui peut mobiliser les sciences économiques, la finance, la sociologie, et la biologie ou la chimie en plus du droit, une instance de contrôle devrait comprendre des experts intervenant dans tous ces

---

<sup>100</sup> J.-M SAUVÉ, intervention à la table ronde « Contrôler et évaluer la loi », in ASSEMBLÉE NATIONALE, colloque « Mieux légiférer », Hôtel de Lassay, 28 novembre 2014, compte rendu disponible sur le site de l'Assemblée nationale ; J.-M. SAUVÉ, « Audition » in L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, La Doc. Fr., 2014, p. 356 et s. ; CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, op. cit., p. 100, et CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2016. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La doc. Fr., 2017, p. 31.

<sup>101</sup> Voir par exemples les avis n° 394206 du 15 février 2018, n° 394435 du 29 mars 2018. Le Conseil d'État a exposé le contrôle qu'il opère dans son rapport public de 2018 sur l'activité juridictionnelle de 2017. Le conseiller du gouvernement s'intéresse à l'appréciation juridique réalisée dans l'étude, à sa qualité rédactionnelle, et formule des observations sur l'opportunité du projet proposé. Il est ainsi très loin de réaliser l'examen que mènerait un méta-évaluateur, qui ne se prononcerait pas sur l'opportunité du projet en soi mais sur la méthode et sur la fiabilité des jugements émis par l'évaluateur, v. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public sur l'activité juridictionnelle et consultative de 2017*, La doc. Fr., 2018, p. 210.

<sup>102</sup> V. notamment CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public sur l'activité juridictionnelle et consultative de 2010*, La doc. Fr., 2011, p. 108 et s. ; CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public sur l'activité juridictionnelle et consultative de 2012*, La doc. Fr., 2013, p. 179 et s. ; CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public sur l'activité juridictionnelle et consultative de 2015*, op. cit., p. 210 et s. En général, le conseil du gouvernement relève l'imprécision et l'absence d'explication des affirmations contenues dans les études d'impact. Il relève aussi la tardiveté récurrente avec laquelle elles lui sont soumises.

<sup>103</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public sur l'activité juridictionnelle et consultative de 2012*, op. cit., p. 180.

<sup>104</sup> Le Conseil a pu disjoindre des dispositions d'une loi non étudiées dans son avis en 2009 (loi n° 2009-663 du 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations), CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public sur l'activité juridictionnelle et consultative de 2010*, La doc. Fr., 2011, p. 110 et il a « invité le gouvernement » à compléter l'étude d'impact préparant un projet de loi de finances rectificative en 2011, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public sur l'activité juridictionnelle et consultative de 2011*, La doc. Fr., 2012, p. 137. Il l'a aussi invité à compléter l'étude accompagnant le projet de loi organique relatif à l'indépendance et à l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public sur l'activité juridictionnelle et consultative de 2015*, La doc. Fr., 2016, p. 210. Le reste du temps, il se contente de souligner l'insuffisance manifeste de l'étude, sans bloquer la transmission du projet de loi au Parlement.

domaines, ce que ne permet pas la relecture du Conseil d'État. Pourtant, c'est bien lui qui réalise à ce jour le contrôle le plus poussé de l'évaluation, faute pour le Conseil constitutionnel d'avoir identifié la moindre irrégularité évaluative depuis 2010. Ainsi, quand bien même la partie de son avis consacrée à l'étude d'impact serait systématiquement publiée avant la transmission du projet de loi au Parlement<sup>105</sup>, ce système demeurerait insuffisant. Le Conseil d'État ne peut pas constituer une alternative viable à l'organisation d'un contrôle technique mis en œuvre par un organisme indépendant.

Le seul avantage qui résulterait de l'action augmentée du Conseil d'État est la certitude que son intervention ne grèvera pas la procédure décisionnelle d'un risque contentieux supplémentaire puisque les avis qu'il rend ne sont pas susceptibles de recours contentieux par voie d'action ou d'exception. Il est en effet impératif que les avis du tiers garant ne constituent pas des décisions susceptibles de recours directs, sous peine de transformer ce mécanisme de prévention des conflits en un nouveau terreau de contentieux et en un facteur d'allongement conséquent de la procédure, au détriment du processus de rationalisation des décisions publiques et, plus simplement, des processus décisionnels eux-mêmes (B).

## **B. Contenir les effets secondaires des interventions des tiers garants**

**606.** La création d'un moment supplémentaire dans la procédure pour tenter de prévenir une partie des actions juridictionnelles dirigées contre l'évaluation et remédier, avant toute prise de décision, à certains défauts de l'évaluation faillirait si elle était source d'un contentieux encore plus important. Ce risque contentieux dépend d'abord de la nature de l'acte – avis « simples », « avis » conformes ou décisions – que produiraient les tiers garants (1). En fonction de leur nature et de l'exemple du contentieux environnemental, il est possible d'entrevoir les contours que prendrait le contrôle de ces actes et les risques afférents de paralysie des procédures décisionnelles publiques (2).

---

<sup>105</sup> Une solution que soutiennent des membres de la doctrine et de l'institution, v. J.-M. SAUVÉ, « Audition » in L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information...*, *op. cit.*, p. 355, et H. de CASTRIES et N. MOLFESSIS (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare et Martin, coll. « Rapport du club des juristes », 2015, p. 81.

1) Les risques contentieux liés à la production d'un nouvel acte au cours de la procédure décisionnelle

**607.** La portée préventive du contrôle technique de l'évaluation dépendra de la nature de l'acte produit par les tiers garants. Celle-ci déterminera en effet les options contentieuses offertes aux personnes ayant intérêt à agir. Plus la normativité de l'acte produit sera forte<sup>106</sup>, plus les possibilités de recours seront étendues. Or une multiplication des actions en justice aura pour conséquence de ralentir le processus décisionnel global, et l'amélioration de la qualité des évaluations se réaliserait ainsi au détriment de la bonne administration ou de la bonne législation. Un tel scénario ne surviendra que si l'acte émis est susceptible de recours direct, c'est-à-dire s'il est décisoire<sup>107</sup> et qu'il fait grief<sup>108</sup>. Ce n'est cependant pas la forme que prennent les actes déjà produits par les méta-évaluateurs.

À ce jour, les actes produits par les autorités environnementales sont des avis simples, c'est-à-dire des actes préparatoires non impératifs sollicités au cours d'une procédure décisionnelle<sup>109</sup>. Ils n'ont encore fait l'objet d'aucun recours contentieux, mais leurs mentions récurrentes dans les arrêts relatifs aux études d'impact environnemental montrent que le juge administratif ne les considère pas comme des actes impératifs. En effet, le refus de l'évaluateur de prendre en compte les remarques de l'autorité environnementale n'est jamais sanctionné directement. Le juge prend seulement en compte l'avis comme un élément factuel, probatoire, au soutien des allégations de la partie invoquant l'irrégularité de l'étude d'impact produite<sup>110</sup> – ou pour démontrer la fragilité de ses allégations<sup>111</sup>.

---

<sup>106</sup> C'est-à-dire plus le modèle de comportement énoncé tendra vers l'impératif, v. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 1.

<sup>107</sup> Article R. 421-1 du code de justice administrative.

<sup>108</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 2. L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs Université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., p. 133.

<sup>109</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre I, Section 2, §I, B.

<sup>110</sup> CAA de Douai, 15 sept. 2016, req. n° 15DA00246 : « que le préfet de la région Picardie, autorité environnementale, dans son avis "fortement réservé" du 7 juin 2011 a notamment souligné que la démonstration étayée de la faisabilité de mesures compensatoires pour la Véronique en épi restait à faire ; qu'au demeurant et de manière plus générale, il a estimé que l'intense activité engendrée par un centre d'enfouissement des déchets présentait une faible opportunité au regard de l'objectif de préservation de la biodiversité et de son " impact fortement dommageable au regard du caractère patrimonial des espèces considérées... ».

Le juge ne suit cependant pas systématiquement l'avis de l'autorité environnementale ; CAA de Nancy, 26 juin 2012, req. n° 11NC00403 : « Considérant (...), que si les requérants soutiennent que l'avis de l'autorité environnementale du 11 juin 2010 établit le caractère insuffisant de l'étude d'impact dès lors que le préfet de région a émis des réserves sur l'étude d'impact en ce qui concerne les rejets en hydrocarbures dans la rivière de la Chiers, il ressort de ladite étude que des mesures sont prises pour garantir les risques de pollution, et que les réserves émises ne démontrent pas le caractère insuffisant de l'étude d'impact, dès lors que ledit avis note que le dossier prend en compte les problématiques environnementales ».

<sup>111</sup> CAA de Marseille, 19 oct. 2015, req. n° 14MA01232 : « il ressort de l'avis de l'autorité environnementale

L'utilisation de l'avis de la MAPPP (Mission d'appui aux partenariats publics-privés) et de la Fin Infra (Mission d'appui au financement des infrastructures) dans les arrêts relatifs aux contrats de partenariat s'inscrit dans le même sens<sup>112</sup>. Il ne s'agit manifestement pas, pour le juge, d'une décision ou d'un avis conforme, mais d'un avis simple.

**608.** Cette qualification est cohérente au regard de l'esprit des procédures de contrôle préventif et des textes en vigueur. Si les tiers garants produisent des avis contraignants en fait au Royaume-Uni<sup>113</sup> et en droit dans l'Union européenne<sup>114</sup>, il ne s'agit pas de solutions universelles<sup>115</sup> et, en France, les actes émanant des tiers garants existants ne contiennent aucune norme impérative. Quand une autorité environnementale juge que l'évaluation n'a pas bien été réalisée, elle formule seulement des réserves et des recommandations à destination de l'évaluateur<sup>116</sup>. Or, pour être impératif, un acte doit créer des droits ou des obligations<sup>117</sup>. À ce titre, l'avis du méta-évaluateur serait impératif seulement s'il était prescriptif à l'égard de l'évaluateur et si, à l'image des avis du Conseil d'État sur les décrets qui lui sont obligatoirement soumis, la production d'un avis négatif interdit la poursuite de la procédure décisionnelle<sup>118</sup> et la production d'un avis positif interdit la modification substantielle du projet soumis pour avis sans nouvelle soumission au contrôleur<sup>119</sup>. Or aucune de ces solutions n'a été retenue par le législateur ou par le pouvoir réglementaire.

---

en date du 5 octobre 2010 que, pour la pollution atmosphérique, l'évaluation du niveau d'étude a été faite conformément aux textes réglementaires sur le sujet et que, ponctuellement, ce niveau a été renforcé et précisé au droit des bâtiments sensibles tels que les crèches, le centre sportif et le stade comme demandé par l'évaluation des risques sanitaire »

<sup>112</sup> Le juge peut se servir de l'avis favorable de la MAPPP comme un élément probatoire, TA de Montpellier, 20 avril 2017, req. n° 1506220 et TA de Marseille, 12 fév. 2019, *M. G. P.*, req. n° 1709848. Il peut aussi invoquer le caractère défavorable de l'avis pour soutenir les allégations du requérant (CAA de Versailles, 22 fév. 2018, req. n° 15VE00035), même s'il considère qu'il ne suffit pas à établir la preuve de la légalité du recours au contrat de partenariat (CAA de Bordeaux, 26 juill. 2012, req. n° 10BX02109 et CAA de Bordeaux, 31 mai 2016, req. n° 15BX01638).

<sup>113</sup> Aucun texte ne donne force décisive aux actes du *RPC*, mais en pratique ils sont systématiquement respectés.

<sup>114</sup> *Decision of the president of the European commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board*, du 19 mai 2015, C(2015) 3263 final.

<sup>115</sup> L'ACTAL aux Pays-Bas et le *Normenkontrollrat* en Grande-Bretagne ne sont pas nécessairement suivis.

<sup>116</sup> V. notamment les avis délibéré de l'Autorité environnementale sur l'amélioration de la desserte sud du bassin d'Arcachon (33), avis n° 2018-26 (nombreuses recommandations) et avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le parc éolien flottant Provence Grand Large (13), avis n° 2018-27, soulignant les nombreuses insuffisances des études soumises.

<sup>117</sup> V. *supra*, Première partie, Chapitre I, Section 1, §II.

<sup>118</sup> Les avis négatifs ont valeur décisive : l'auteur du décret ne peut que proposer une nouvelle version ou renoncer à son projet de texte.

<sup>119</sup> Les décrets pris en Conseil d'État ne doivent pas être substantiellement modifiés après l'avis du conseiller du gouvernement, CE, 7 juill. 2000, *Confédération des syndicats médicaux français, Synd. national de l'industrie pharmaceutique*, req. nos 210943 et 211064, rec. T. 1242.

Pour autant, la production d'un avis même simple obéit à certaines règles susceptibles de vicier, par voie d'exception, la décision finale. À cet égard, le juge a déjà annulé une décision administrative en raison de la différence manifeste entre le projet finalement soumis à l'administration et le projet évalué soumis à l'autorité environnementale. Le Conseil d'État a jugé en juin 2017 que l'avis de l'autorité environnementale ne peut être rendu que sur un dossier suffisamment complet pour lui permettre de donner son avis sur le projet d'autorisation. Dans le cas contraire, l'illégalité de son avis vicie la procédure<sup>120</sup>. *A priori*, cette décision est cohérente, puisque l'avis du tiers garant n'a de valeur pour l'évalué, le décideur, les tiers et le juge que s'il porte sur l'évaluation qui sert de support à la décision finale. Cette décision peut aussi s'analyser comme une déclinaison du principe selon lequel l'avis doit porter sur des faits actuels. L'avis ne doit pas être « périmé » pour être valide<sup>121</sup>.

Ainsi, même s'il s'agit d'un avis simple, l'acte émis par le méta-évaluateur est susceptible d'avoir des répercussions contentieuses : certains vices qui l'affectent peuvent entraîner la nullité de la procédure décisionnelle à laquelle il est intégré. Il n'existe pas de risque contentieux zéro. Cependant, à l'étude, il apparaît que, quelle que soit leur nature juridique, ces avis n'auraient que des répercussions contentieuses limitées et plutôt bénéfiques sur la rationalisation des décisions publiques (2).

## 2) Des risques contentieux à relativiser

**609.** Quand bien même l'avis des tiers garants aurait une nature décisive, il aurait des conséquences contentieuses canalisées et nécessairement profitables à la rationalisation des pratiques évaluatives. En premier lieu, en toute hypothèse, il est vraisemblable que le juge contiendrait fermement les possibilités de recours contentieux par voie d'action contre cet acte en raison de son caractère préparatoire. En effet, habituellement, quand il est confronté à un acte préparant l'édition d'un autre acte et constituant son antécédent nécessaire<sup>122</sup>, ce qui serait le cas des avis des tiers garants, le juge administratif passe outre la nature éventuellement impérative de cet acte. Il s'appuie sur son défaut d'autonomie pour réduire

---

<sup>120</sup> CE, 28 juin 2017, *SAS du Plou de Marou*, req. n° 400009, Inédit au recueil Lebon.

<sup>121</sup> Il doit être suffisamment proche dans le temps de la décision finale, CE 18 mars 1959, *de la Fournière, UNEF et UGE*, ou avoir été suivi par un changement de circonstances important, CE 18 nov. 1955, *Petalas*, req. n° 36608, Rec. p. 548.

<sup>122</sup> V. L. DESFONDS, « La notion de mesure préparatoire en droit administratif français », *AJDA*, 2003, n° 1, p. 13.

à la voie de l'exception les possibilités d'action. Ainsi, à ce jour, aucun recours direct n'est permis contre un acte préparatoire et l'application de l'arrêt *Fairvesta* à des avis a été refusée dans un arrêt de décembre 2017<sup>123</sup>. Un acte préparatoire n'est certes pas à l'abri d'une requalification en décision autonome, mais le juge ne recourt à cette technique que lorsqu'il existe une autonomie certaine entre les phases du processus décisionnel<sup>124</sup>. Or une telle autonomie n'est pas décelable en matière évaluative.

**610.** En second lieu, le juge ne semble pas décidé à alourdir les procédures décisionnelles intégrant une évaluation. La jurisprudence relative aux décisions prises par les autorités environnementales dans le cadre de la procédure d'évaluation au cas par cas des documents d'urbanisme est révélatrice du refus du juge d'ouvrir largement les recours directs contre les actes non autonomes. En effet, alors que l'autorité environnementale rend dans le cadre de cette procédure des actes clairement impératifs (permission de ne pas faire l'évaluation environnementale ou obligation de la faire)<sup>125</sup>, le juge a considéré que seules les décisions comportant l'obligation de faire l'évaluation étaient susceptibles de recours direct, contrairement aux décisions autorisant le porteur du projet à ne pas en réaliser. Selon le juge administratif, celles-ci constituent des actes préparatoires et elles ne pourront être attaquées en justice que par voie d'exception<sup>126</sup>. Il est surprenant que le juge ait strictement limité l'action en justice contre l'autorisation de ne pas faire d'évaluation et qu'il ait ouvert directement l'action contre l'obligation de faire l'évaluation alors que les deux actes ont la même force décisive, et sachant que l'évaluation cherche à prévenir des atteintes potentiellement irréversibles à l'environnement. Il semble que, au-delà d'un défaut de sensibilité environnementale du Conseil d'État, depuis longtemps discuté en doctrine<sup>127</sup>, cette décision révèle surtout un intérêt limité pour l'évaluation. Elle tranche en effet avec la jurisprudence traditionnelle relative aux actes préparatoires, selon laquelle un acte qui arrête une procédure – ce qui est le cas, d'une certaine manière, de la dispense

---

<sup>123</sup> CE, 28 déc. 2017, *Mme A et société Santépublique*, req. n° 407883, Inédit au recueil.

<sup>124</sup> CE, Sect., 5 mai 2017, *Commune de Saint-Bon-Tarentaise*, req. n° 388902, Rec. p. 157.

<sup>125</sup> Cet examen est désormais prévu aux articles L. 122-1 et R. 122-3 du code de l'environnement et aux articles R. 104-3, R. 104-4 et R. 104-8 du code de l'urbanisme,

<sup>126</sup> CE, 6 avril 2016, *M. A. B.*, req. n° 395916, rec. T. 839-863. Le Conseil d'État s'est éloigné des solutions retenues par certaines juridictions inférieures, v. TA Pau, 28 mai 2014, req. n° 1300359 et CAA de Douai, 15 octobre 2015, *Association le Roso*, req. n° 14DA01578. Par ailleurs, il faut rappeler que la saisine du juge n'est possible qu'après un recours administratif préalable obligatoire, conformément à l'article R. 122-18 du code de l'environnement. Le contrôle exercé par le juge est alors un contrôle normal, CE, 17 déc. 2018, *Société Clairsienne*, à paraître aux tables du recueil Lebon.

<sup>127</sup> V. notamment F. CABALLERO, « Le Conseil d'État, ennemi de l'environnement ? », *RJE*, 1984, n° 1, p. 3-42.

d'évaluation – peut être directement attaqué<sup>128</sup> – contrairement à l'acte permettant la poursuite de la procédure. En outre, la solution retenue laisse penser que c'est l'imposition claire d'une nouvelle obligation, quand bien même elle serait contenue dans un acte préparatoire, qui justifie l'ouverture d'un recours direct. Or les avis des tiers garants sur l'évaluation qui leur est systématiquement transmise n'imposent aucune obligation spécifique à l'évaluateur. Tout au plus formulent-ils des recommandations. Aucune action en réponse à l'avis émis, purement recommandatoire, n'est exigée. Il est ainsi très peu probable que le juge décide d'ouvrir des recours directs contre les avis des tiers garants. Seule leur invocation par voie d'exception, au moment de la contestation de l'évaluation ou au moment de la contestation de la décision finale paraît envisageable.

**611.** L'impact contentieux de la généralisation des méta-évaluateurs serait donc, selon toute vraisemblance, limité. Il pourrait même être parfois invisible, puisque la plupart des moyens invocables par voie d'exception contre les avis intermédiaires se confondraient avec d'autres moyens déjà invocables contre l'évaluation ou la décision finale. Cette confusion est déjà observable en pratique, puisque la jurisprudence rendue en matière environnementale prévoit que si l'incomplétude du dossier soumis au tiers garant est relevée dans son avis, la réalisation d'études complémentaires non soumises au tiers garant ne constitue pas une source d'illégalité de cet avis, mais au contraire une preuve de la légalité de l'évaluation et de la décision finalement adoptées. De ce fait, la suffisance finale de l'évaluation éclipserait l'insuffisance dont elle était frappée au moment de sa soumission au tiers garant<sup>129</sup>. Cela paraît compréhensible dans la mesure où l'avis du méta-évaluateur

---

<sup>128</sup> CE, Ass., 18 sept. 1998, *Association séfarade de Mulhouse*, req. n° 162278, Rec. p. 346.

<sup>129</sup> CE, 11 avril 2018, *Fédération Sepanso Aquitaine et autres*, n° 401753, sera mentionné aux tables du Recueil Lebon : « considérant, en dernier lieu, que les développements relatifs aux conditions de financement du projet comportent des commentaires assez généraux sur les moyens et modalités de financement envisageables et les partenaires devant participer au financement du projet, qu'il est indiqué que la ventilation précise des financements doit être définie au cours de négociations ultérieures et que le montant définitif de la participation financière des collectivités territoriales reste encore incertain ; que le dossier d'enquête ne contient ainsi aucune information précise relative au mode de financement et à la répartition envisagés pour ce projet ; que, toutefois, la répartition des financements, telle qu'envisagée à la date de l'enquête publique, avait été indiquée par le "protocole d'intention pour la réalisation de la ligne à grande vitesse Sud Europe Atlantique" intervenu fin 2008 entre l'État, Réseau ferré de France et un grand nombre de collectivités territoriales et d'établissements publics de coopération intercommunale ; que ce protocole est mentionné dans l'avis de l'Autorité environnementale ainsi que dans la contre-expertise de l'évaluation socio-économique du Commissaire général de l'investissement, lesquels figurent au dossier d'enquête ; que, dans ces conditions, l'insuffisance dont se trouve entachée l'évaluation économique et sociale n'a pas eu pour effet de nuire à l'information complète de la population et n'a pas été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative ; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que, du fait de l'insuffisance de l'évaluation économique et sociale, le décret attaqué aurait été adopté dans des conditions irrégulières ».

doit seulement permettre de mettre en avant les défauts de l'évaluation : il serait incohérent d'exiger qu'une évaluation parfaitement régulière lui soit soumise, sauf à transformer le réviseur en organe d'homologation.

Dans l'hypothèse où le décideur ne réaliserait pas d'étude complémentaire, l'invocation de l'incomplétude du dossier sur lequel s'est prononcé le tiers garant serait tout aussi transparente : il se confondrait avec le moyen plus général portant sur l'incomplétude de l'évaluation réalisée. Enfin, dans l'hypothèse où le contenu de l'avis serait attaqué parce qu'il n'aurait pas relevé tous les défauts de l'évaluation, ce moyen ferait doublon avec celui de l'irrégularité de l'évaluation : la défectuosité de l'avis du tiers garant n'est qu'une conséquence de la défectuosité de l'évaluation.

Seuls deux moyens relatifs à l'avis du tiers garant peuvent donc peser de manière autonome sur les solutions juridictionnelles. D'une part, l'irrégularité de son avis peut avoir des effets sur la responsabilité du décideur, qui s'en déchargera d'une partie en invoquant la faute du méta-évaluateur<sup>130</sup>. D'autre part, les requérants peuvent se prévaloir du manquement à l'obligation de solliciter l'avis du méta-évaluateur quand celui-ci n'a pas été saisi ou quand l'évaluateur a refait entièrement l'évaluation avant de la transmettre au décideur de telle sorte que l'avis du tiers garant n'est pas exploitable<sup>131</sup>. L'introduction de l'avis des contrôleurs techniques dans le processus décisionnel ne grèverait donc pas la procédure décisionnelle de nouveaux risques contentieux démesurés.

**612.** Quant au risque de recours administratif, c'est-à-dire de recours gracieux<sup>132</sup> fondés sur ces avis, il semble également minime. Si ces recours peuvent retarder la procédure décisionnelle – dans la mesure où l'évaluateur ne transmettrait son dossier au décideur qu'une fois le second avis obtenu –, ils ne sont qu'exceptionnellement prévus par les textes contre les évaluations<sup>133</sup>. Un tel recours n'est ainsi pas explicitement permis contre les avis des autorités environnementales. Or, si les recours administratifs sont possibles même sans

---

<sup>130</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre second, Chapitre I, Section 2, §II.

<sup>131</sup> CE, 3 nov. 2016, *Association de défense de l'environnement du piémont de la montagne noire « La Farigoule »*, req. n° 392428, Inédit au recueil Lebon : « l'obligation de réexamen du dossier soumis à enquête publique a d'ailleurs été expressément prévue depuis lors par le deuxième alinéa de l'article R. 122-8 du code de l'environnement, applicable aux demandes d'autorisation déposées à compter du 1er juillet 2012, dans le seul cas d'un projet faisant l'objet de plusieurs demandes d'autorisation échelonnées dans le temps ; qu'il n'en serait autrement que dans le cas où les éléments complémentaires produits par le pétitionnaire seraient destinés à combler des lacunes de l'étude d'impact d'une importance telle que l'autorité environnementale ne pouvait, en leur absence, rendre un avis sur la demande d'autorisation, en ce qui concerne ses effets sur l'environnement ».

<sup>132</sup> Compte tenu de l'indépendance de l'autorité mise en cause.

<sup>133</sup> Article L. 114-1 du code de la recherche.

texte<sup>134</sup>, cette faculté a surtout été pensée contre des actes décisifs<sup>135</sup>. Il est donc possible que ces recours ne soient pas jugés recevables contre les avis des contrôleurs techniques. Cela ne signifie pas qu'il est impossible d'instaurer un dialogue entre l'évaluateur et son tiers garant, puisque l'évaluateur a la faculté de soumettre son acte pour nouvel avis au réviseur en cas d'émission d'un premier avis avec réserves ou défavorable.

**613.** Ainsi, il serait envisageable d'instaurer un mécanisme de contrôle préventif des évaluations qui garantirait au moins partiellement leur qualité, c'est-à-dire leur conformité aux principes qui les régissent, sans bousculer les processus décisionnels. Ce mécanisme réduirait incidemment les risques de voir des conflits portés devant le juge et il faciliterait, en cas de procès, une résolution plus rapide et plus approfondie des litiges.

La généralisation des méta-évaluations, imaginées par la doctrine anglo-saxonne<sup>136</sup>, est envisageable<sup>137</sup>. Cette procédure allonge certes la durée de la préparation de la décision, mais elle a des conséquences directes sur la qualité de l'évaluation et de la rationalisation des décisions publiques qui justifient sa mise en œuvre. Son action aurait, *in fine*, plus d'effets positifs que négatifs sur la qualité de l'évaluation et les procédures décisionnelles publiques.

Le juge serait alors l'ultime acteur à entrer en action. Il compléterait les mécanismes de prévention pour corriger l'expression casuistique de la rationalisation des décisions publiques par l'évaluation. Son intervention demeurerait par ailleurs incontournable dans deux hypothèses : pour contrôler l'utilisation de l'évaluation par le décideur et pour intervenir sur les textes régissant les évaluations quand ceux-ci sont à l'origine de leurs défauts. Seul le juge a en effet le pouvoir de réformer ou d'annuler ces textes.

---

<sup>134</sup> Ils ne peuvent être exclus que par un texte, v. concl. Rigaud sur CE, 10 juill. 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu, D.*, 1965, 84. sont seulement facultatifs, CE, Sect., 23 août 1945, *Vinguerra*, Rec. p. 56. La même jurisprudence a été posée en matière de recours spéciaux, CE, Sect., 15 fév. 1935, *Sieur Bladanet*, Rec. p. 202. Ils sont une faculté pour l'administré, v. G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 651.

<sup>135</sup> CE, 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, req. n° 99822, Rec. p. 413.

<sup>136</sup> V. M. SCRIVEN, « Evaluating Evaluations. Evaluations checklist », *loc. cit.*, disponible sur l'Internet ; W. SHADISH, « Evaluation Theory is Who We Are », *loc. cit.*, p. 1-10 et D. L. STUFFLEBEAM, « The Meta-evaluation Imperative », *American Journal of Evaluation*, Vol. 22, 2001, p. 183-209.

<sup>137</sup> Ces mécanismes se développent rapidement comme le montre l'instauration par l'Union européenne en 2017 de méta-évaluateurs pour les évaluations cliniques de dispositifs médicaux, v. le règlement (UE) 2017/745 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux, modifiant la directive 2001/83/CE, le règlement (CE) n° 178/2002 et le règlement (CE) n° 1223/2009 et abrogeant les directives du Conseil 90/385/CEE et 93/42/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE. En France, v. M. BASLÉ, « Méta-évaluation des politiques publiques et qualité des évaluations », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 1017-1027 et CEC, *Rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, Assemblée nationale, 2018, n° 771, 207 p.

Toutefois, encore faut-il que le juge ait les moyens humains et logistiques ou la volonté de réaliser ce contrôle, ce qui n'est, au regard des faits, pas le cas du Conseil constitutionnel<sup>138</sup> : le contrôle qu'il a jusqu'ici mis en œuvre ne permet pas d'assurer la qualité des évaluations. Cette inefficacité pose la question de la pertinence d'une telle intervention, qui pourrait être avantageusement abandonnée et remplacée par un contrôle exclusivement technique des études d'impact des projets de loi (Section 2).

## **Section 2 : Pallier les faiblesses du contrôle juridictionnel des études d'impact des projets de loi**

**614.** Le Conseil constitutionnel ne s'est pas saisi du rôle de contrôleur des études d'impact des projets de loi qui lui était offert par la révision de 2008. Son contrôle apparaît particulièrement restreint au regard des différentes techniques développées par le juge administratif pour contrôler les évaluations. Cette différence interpelle et appelle une étude plus détaillée des conditions enserrant le contrôle du Conseil constitutionnel sur les études d'impact des projets de loi. Cette analyse révèle les faiblesses stratifiées de son contrôle. Elles oblitèrent l'hypothèse d'un revirement en faveur d'un plus grand contrôle de ces évaluations (§I). Or les études d'impact des projets de loi sont dotées d'un *corpus* de règles plus qu'imparfait et elles sont réputées pour leur qualité médiocre<sup>139</sup>, malgré une amélioration récente<sup>140</sup>. Il paraît ainsi urgent de mettre en place un contrôle réel de ces évaluations, auxquelles les parlementaires sont attachés<sup>141</sup>. Si la solution ne vient pas du juge, elle pourrait venir d'une instance créée spécialement pour méta-évaluer les études

---

<sup>138</sup> Constat formulé par B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, p. 106 et s.

<sup>139</sup> V. J.-M. SAUVÉ, « Le rôle du Conseil d'État dans la mise en œuvre des études d'impact », intervention du 29 nov. 2010 lors de la conférence *L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique*, organisée par l'Université Ouest Nanterre La Défense au Cercle France Amériques, 2010 ; S. HUTIER, « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, 2015/1, n° 101, p. 73-86 ; A. VIDAL-NAQUET, « Évaluation et qualité normative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 41-66 ; B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, 492 p. ; CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, La Doc. Fr., 2016, p. 20 et p. 97 ; E. WOERTH, « Contribution » in ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, Assemblée nationale, 2018, p. 202.

<sup>140</sup> V. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2016*, *op. cit.*, p. 31. Le *satisfecit* n'a toutefois pas été reproduit en 2017, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2017*, La Doc. Fr., 2018, p. 221.

<sup>141</sup> Elles sont multipliées et renforcées dans la proposition de révision constitutionnelle. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Première conférence...*, *op. cit.*, p. 183-245.

d'impact des projets de loi avant la discussion et le vote de la loi. L'instauration d'une telle instance requerrait néanmoins une révision constitutionnelle, sans laquelle les études d'impact des projets de loi sont vouées à rester des évaluations de second rang (§II).

## **§I. Les faiblesses structurelles du contrôle actuel des études d'impact des projets de loi**

**615.** Le contrôle du Conseil constitutionnel en matière d'études d'impact est entravé par des règles procédurales qui échappent à son emprise (A). Cependant, ce ne sont pas seulement ces règles qui expliquent la grande retenue à laquelle le juge s'astreint en matière d'études d'impact. Le Conseil constitutionnel a développé une politique jurisprudentielle spécifique pour réduire au maximum son contrôle (B).

### **A. Les règles procédurales entravant le contrôle du Conseil constitutionnel**

**616.** Les députés semblent avoir pris acte du fait que le contrôle direct des études d'impact à travers l'initiative des Conférences des présidents est voué à l'échec. Ils souhaitent désormais la suppression de ce contrôle, que ses modalités procédurales empêchent de fonctionner (1). À ce jour, le seul contrôle fréquemment pratiqué par le Conseil constitutionnel est un contrôle indirect réalisé lors du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi résultant de l'article 61 de la Constitution, et qui ne devait pas, initialement, servir à contrôler les évaluations (2).

1) L'improbabilité d'un contrôle enclenché par la Conférence des présidents

**617.** Une des seize propositions rédigées par les députés du groupe de travail « Moyens de contrôle et évaluation »<sup>142</sup> en 2017 dans la perspective de la révision constitutionnelle des institutions de 2019 vise à supprimer le contrôle direct des études d'impact des projets de loi, c'est-à-dire le contrôle inscrit à l'article 39 de la Constitution. Cette proposition est née du constat de l'inutilité de cette voie de droit. Le Conseil constitutionnel a en effet été

---

<sup>142</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022...*, 2017, *op. cit.*, p. 215 et s.

saisi à une seule reprise par la Conférence des présidents depuis 2009<sup>143</sup>. Or, compte tenu des irrégularités et de l'indigence des études d'impact relevées par le Conseil d'État depuis leur création<sup>144</sup>, un nombre bien plus important de saisines aurait dû survenir. Il est pour autant difficile d'être étonné par la marginalisation de cette voie de droit, condamnée dès l'origine par la complexité du mécanisme mis en place et par la persistance du fait majoritaire, qui subvertit le travail parlementaire depuis le début des années soixante.

**618.** En premier lieu, il est difficile pour un parlementaire de saisir la Conférence des présidents de l'assemblée qui étudie le projet de loi en première lecture, alors qu'il s'agit de la seule instance à pouvoir officiellement constater les irrégularités de l'étude et à pouvoir refuser l'inscription du projet mal présenté à l'ordre du jour<sup>145</sup>. La procédure mise en œuvre par la loi organique de 2009 laisse un délai particulièrement réduit aux parlementaires pour saisir la Conférence des présidents de l'assemblée devant laquelle le projet de loi a été déposé en premier s'ils détectent des irrégularités évaluatives : elle doit être saisie au plus tard dix jours après le dépôt du texte<sup>146</sup>. Si ce délai ne fait *a priori* pas obstacle à la détection de malfaçons, tant elles sont souvent patentes, il rend plus difficile l'établissement d'une saisine argumentée susceptible d'emporter la conviction de la Conférence – la Conférence de l'Assemblée nationale peut toutefois faire appel au Comité d'évaluation et de contrôle (CEC) pour étayer ses doutes<sup>147</sup>. Au-delà de la question de solidité de l'analyse présentable dans ce délai, sa brièveté soulève des difficultés au regard de la possibilité matérielle de saisir la Conférence compétente en raison de la fréquence mouvante de leurs réunions. Si la Conférence de l'Assemblée nationale se réunit en principe de manière hebdomadaire, il n'en va pas de même au Sénat<sup>148</sup>, et il peut être matériellement impossible de saisir la Conférence compétente dans le délai imparti par le

---

<sup>143</sup> Cons. const. 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 2014-12 FNR. C'est la conférence du Sénat qui a transmis le projet de la loi NOTRe au Conseil constitutionnel.

<sup>144</sup> V. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public sur l'activité juridictionnelle et consultative*, La doc. Fr., de 2010 à 2017.

<sup>145</sup> Article 3 de la loi organique n° 2009-453 du 15 avril 2009. Le rôle de la Conférence s'efface toutefois rapidement dans la procédure. En cas de refus du gouvernement de rectifier les insuffisances alléguées du projet dont l'inscription à l'ordre du jour a été refusée, seuls le président de l'assemblée concernée et le Premier ministre peuvent alors saisir le Conseil constitutionnel pour qu'il tranche le litige.

<sup>146</sup> Article 9 de la loi organique n° 2009-453 du 15 avril 2009.

<sup>147</sup> Article 146-5 du règlement de l'Assemblée nationale. Cette assistance n'a jamais été requise.

<sup>148</sup> 17 réunions lors d'une session en moyenne d'après H. Portelli, v. H. PORTELLI, *Rapport de la commission des Lois sur la proposition de loi organique de M. Jacques MÉZARD...*, *op. cit.*, p. 12 et s.

texte<sup>149</sup> si les instances habilitées à demander la réunion de la Conférence refusent de le faire<sup>150</sup>.

Cette « faille temporelle » est problématique, mais elle ne constitue pas l'obstacle le plus sérieux au contrôle direct des études d'impact des projets de loi, dès lors que les Conférences ont intérêt à se réunir dans le délai imparti en cas de signalement d'une étude d'impact défectueuse par un parlementaire. En effet, il semble que le Conseil constitutionnel censurerait la loi finalement votée si les saisissants montrent que la Conférence des présidents ne s'est pas réunie alors qu'elle était avertie de l'irrégularité d'une étude<sup>151</sup>. Cette menace paraît suffisante pour inciter la Conférence à se réunir. L'éventualité d'une sanction pour non réunion en cas de signalement est d'autant plus crédible depuis que la saisine de la Conférence est une condition pour demander au Conseil constitutionnel d'examiner l'étude d'impact dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois<sup>152</sup>. La capacité matérielle de saisir la Conférence n'est donc pas le principal obstacle procédural à la mise en œuvre de l'article 39. Le véritable obstacle au succès de cette procédure réside plutôt dans le fait que ces saisines n'aboutissent pas, quelle que soit la réalité des malversations et l'attitude du gouvernement au moment de la saisine du Conseil constitutionnel<sup>153</sup>.

**619.** Le fait majoritaire existant au sein des Conférences gêne directement la saisine du Conseil constitutionnel, arbitre désigné du conflit entre le Parlement et le Gouvernement. Le soutien continu d'une majorité parlementaire au Gouvernement qui caractérise la plupart des démocraties européennes depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>154</sup> n'a pas

---

<sup>149</sup> Cette impossibilité de saisine est déjà survenue en avril 2010, à propos du projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, qui avait été déposé par le Gouvernement sur le bureau de l'Assemblée nationale le 31 mars 2010.

<sup>150</sup> Le président de l'Assemblée nationale spontanément ou sur demande d'un président de groupe peut convoquer la Conférence de ladite assemblée (art. 13 et 47 du RAN). Au Sénat seul le Président du Sénat et deux groupes peuvent demander sa réunion (art. 29 du règlement du Sénat).

<sup>151</sup> V. Cons. const., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC. Dans cette décision, le Conseil retranscrit le moyen des saisissants, selon qui « l'absence de réunion de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale dans les dix jours qui ont suivi le dépôt du projet de loi et de l'étude d'impact qui l'accompagne a fait obstacle à la possibilité de contester la sincérité de cette dernière ». Si ce moyen manque en fait en l'espèce, le fait que le Conseil constitutionnel ne l'ait pas écarté par principe laisse penser qu'il pourrait prospérer.

<sup>152</sup> Cons. const., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

<sup>153</sup> D'ailleurs, le Conseil constitutionnel exige seulement la saisine de la Conférence et non que celle-ci reprenne à son compte les allégations des parlementaires ni qu'elle saisisse le Conseil constitutionnel.

<sup>154</sup> V. entre autres J.-L. QUERMONNE, « Existe-t-il un modèle politique européen ? », *Revue française de science politique*, n° 2, 1990, p. 192-211 ; LE DIVELLEC A., *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constit. et de sc. polit. », t. 119, 2004, 612 p. ; J. BENETTI, « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (réflexions sur le régime parlementaire de la V<sup>e</sup> République) », in F. CHALTIER ET B. FRANÇOIS (dir.), « Les 50 ans de la V<sup>e</sup> République », *LPA*, n° 138, 2008, p. 20 et s.

seulement des conséquences sur le vote des projets de loi, c'est l'ensemble de l'activité parlementaire, y compris l'activité de contrôle et d'évaluation qui est affectée par ce phénomène en raison de la composition des organes parlementaires. Les Conférences des présidents n'échappent pas à ce constat. La Conférence est composée à l'Assemblée nationale de son Président, des vice-présidents de l'Assemblée, des présidents des commissions permanentes, des rapporteurs généraux de la Commission des affaires sociales et de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, du président de la Commission des affaires européennes et des présidents des groupes<sup>155</sup>. Devant le Sénat, elle est composée du Président du Sénat, des vice-présidents, des présidents des groupes, des présidents des commissions permanentes, des présidents des commissions spéciales intéressées, du président de la commission des affaires européennes ainsi que des rapporteurs généraux de la commission des finances et de la commission des affaires sociales<sup>156</sup>. Ces organes sont donc principalement composés d'élus de la majorité et reproduisent donc la majorité électorale, ce qui les soumet au joug du fait majoritaire.

Leur allégeance à l'exécutif se traduit notamment par le refus d'entrer en conflit avec les rédacteurs de l'étude et le refus des présidents des assemblées de solliciter le Conseil constitutionnel en cas d'irrégularités des études d'impact des projets de loi<sup>157</sup>. Tout au plus les élus se servent-ils de cette procédure comme une menace dans les négociations avec le gouvernement<sup>158</sup>. L'unique saisine du Conseil constitutionnel survenue en près de dix ans résulte d'une conjoncture exceptionnelle dont la répétition paraît peu vraisemblable. La saisine de 2014 est en effet le fruit d'une alliance circonstancielle de partis politiques opposés à un projet de loi sur la décentralisation<sup>159</sup>. Or, ce type d'alliances ne s'est pas reproduit depuis lors, et faute de volonté des requérants autorisés à saisir le juge

---

<sup>155</sup> Article 47 du règlement de l'Assemblée nationale.

<sup>156</sup> Article 29 du règlement du Sénat.

<sup>157</sup> V. J. SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, n° 5, 2010, p. 1367-1397 ; B.-L. COMBRADE, *Les études d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 188 et s. ; L. ECK, « Un instrument de délibération entre les organes : les études d'impact », in *La délibération après la révision constitutionnelle de 2008*, *op. cit.*, p. 72-84 ; C. GOASQUEN et P. MALLOT, *Rapport d'information n° 2094 du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi*, La Doc. Fr., 2009, 64 p. ; S. HUTIER, « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, 2015/1, n° 101, p. 73-86, et P. MBONGO, « La "constitutionnalisation" des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *D.*, 2009, p. 108-110.

<sup>158</sup> V. les anecdotes relatées par L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, *op. cit.*, p. 245 et s., et par B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 185 et s.

<sup>159</sup> V. B.-L. COMBRADE, *Les études d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 106 et s. et S. HUTIER, « Première décision FNR relative à une étude d'impact : déception ou espérance ? », *RFDC*, 2015, n° 101, p. 194-201. Il s'agissait de l'UMP, le CRC et le RDSE.

constitutionnel en cas de défektivité de l'évaluation, cette voie de recours est vouée à rester un tigre de papier, incapable de jouer un rôle dissuasif ou incitatif sur le Gouvernement, et *a fortiori* incapable de jouer un rôle correctif auprès de la pratique évaluative. Cette procédure ne fonde pas un contrôle préventif efficace du Conseil constitutionnel sur les études d'impact des projets de loi.

**620.** Il convient toutefois de relativiser la responsabilité de la Conférence des présidents dans l'échec de la procédure instaurée par l'article 39 de la Constitution. Les règles relatives à la saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre de cet article n'expliquent pas, à elles seules, pourquoi le contrôle juridictionnel des études d'impact ne participe pas à l'amélioration de la qualité des études d'impact des projets de loi. Le Conseil constitutionnel est aussi responsable de l'enterrement de cette voie de recours. En effet, en faisant preuve d'un formalisme et d'une réserve très stricts lors de la seule occasion où il a été saisi, il a signifié aux parlementaires qu'il serait impossible d'obtenir un contrôle approfondi dans ce cadre, ce qui a dû décourager une partie des saisissants potentiels. Il serait cependant également hâtif de jeter l'opprobre au Conseil constitutionnel, qui est aussi prisonnier de règles procédurales expliquant sa retenue à l'égard de l'évaluation, aussi bien dans le cadre de ce contrôle direct que dans le cadre de leur contrôle indirect, à l'occasion de saisines fondées sur l'article 61 de la Constitution (2).

## 2) L'impossibilité d'un contrôle approfondi devant le Conseil constitutionnel

**621.** La rigidité des règles relatives à l'instruction des litiges devant le Conseil constitutionnel explique pourquoi le juge n'a pas embrassé le rôle de contrôleur des études d'impact qui lui était confié par de l'article 39 de la Constitution. Les règles que cette disposition crée sont mal adaptées à l'objet du contrôle. La Constitution ne concède en effet qu'un délai de huit jours au Conseil constitutionnel pour juger l'évaluation<sup>160</sup>. Dans ces conditions, il est impossible d'exiger la réalisation d'un contrôle approfondi, d'autant plus que la procédure d'élaboration de l'étude d'impact n'est pas une procédure transparente que le Conseil constitutionnel pourrait suivre de manière informelle dès son commencement<sup>161</sup>. En outre, le juge constitutionnel n'est pas un expert des questions

---

<sup>160</sup> Article 39 de la Constitution.

<sup>161</sup> Ce qu'il peut au contraire faire pour les lois en discussion, cf. S. HUTIER, *Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel*, Institut universitaire Varennes, Vol. 125, 2016, p. 179.

techniques. Son expertise est essentiellement juridique<sup>162</sup> et, alors qu'il est doté d'une administration notoirement indigente, il ne peut acquérir et appliquer en une semaine des connaissances suffisantes sur le projet de loi pour débusquer des erreurs factuelles, des erreurs de méthode, des erreurs de jugement ou des insuffisances dans l'évaluation. Ainsi, si le juge a décidé de mettre en œuvre un contrôle particulièrement restreint et déférent envers le gouvernement, les conditions de son intervention ne l'encourageaient pas à agir autrement.

**622.** La situation n'est guère plus favorable dans le cadre du contrôle des études d'impact des projets de loi contestées à l'occasion du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi, éventualité spontanément ouverte par le Conseil constitutionnel<sup>163</sup> dans le silence de la Constitution et de la loi organique. Bien que les délais laissés au Conseil constitutionnel soient plus longs quand il contrôle la constitutionnalité de la loi *a priori* d'une loi – un mois hors cas d'urgence<sup>164</sup> –, il souffre toujours d'un manque de moyens<sup>165</sup>. Le droit de la preuve constitutionnelle n'est pas défini dans le contentieux *a priori* : aucune règle concernant l'administration ou la charge de la preuve n'a été écrite et le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la question. Dans ce contentieux, rien ne lui permet de recourir, d'office ou sur demande, à des mesures d'instruction ou de faire appel à des expertises auxquelles participeraient les parties<sup>166</sup>. Or, contrairement aux méta-évaluateurs étrangers

---

<sup>162</sup> Les auteurs mettent régulièrement en avant le manque de connaissances techniques de cette juridiction, F. HOURQUEBIE, « Les nominations au Conseil constitutionnel », *LPA*, 2001, n° 108, p. 9-16 ; J. SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, n° 5, 2010, p. 1367-1397 ; B. FRANÇOIS, « La naissance d'une cour suprême », *Le Monde*, 11 mars 2011 ; I-G. MAZI, « Le Conseil constitutionnel, organe à vocation impartiale, mais à nomination politique : fatalité ou simple volonté politique ? », *Politeia*, n° 27, 2015, p. 578-596.

<sup>163</sup> Cons. const., 11 févr. 2010, n° 2010-603 DC, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*.

<sup>164</sup> Si ce délai est plus raisonnable que celui de l'article 39, l'existence même d'un délai de jugement constitue une exception au regard des cours constitutionnelles étrangères. V. F. MALHIÈRE et autres, « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes », 2017, 357 p. (disponible sur l'Internet). Seules les Cours portugaises et hongroises doivent statuer dans un délai de 25 jours. En dehors de l'Europe, les cours maliennes, sénégalaises, turques et angolaises sont aussi tenues par un délai, v. Ch.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 145, 2015, p. 249.

<sup>165</sup> Cons. const, 18 nov. 1986, n° 86-218 DC, *Découpage électoral II*, cons. 10-11 : « Considérant, d'ailleurs, que, pour l'examen de situations de fait, le Conseil constitutionnel, saisi d'une loi votée et en instance de promulgation, se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles la juridiction administrative est appelée à statuer sur la légalité d'un acte administratif ». V. A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899-891 et Ch.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité...*, *op. cit.*, p. 250 et s.

<sup>166</sup> A l'inverse, pour le contentieux QPC, l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure prévoit la possibilité pour le Conseil constitutionnel de réaliser des auditions auxquelles les parties peuvent assister et à la suite desquelles elles peuvent formuler des observations dans un délai imparti

qui statuent sur des évaluations pré-législatives dans des délais comparables<sup>167</sup>, le juge français ne dispose pas d'un service d'experts aux compétences diverses pour l'assister dans les affaires techniques. Cette absence se comprend puisque contrairement à ces institutions, son activité n'est pas exclusivement consacrée à la vérification des études d'impact. Le contrôle de l'évaluation n'est qu'une activité parmi d'autres du juge constitutionnel<sup>168</sup>.

Ainsi, depuis sa création, s'il a besoin de s'informer pour résoudre une question technique, il doit recourir à des expertises extérieures et informelles, c'est-à-dire à des mesures réalisées en dehors du cadre de l'échange contradictoire aisément contrôlable du procès. Or, compte tenu de la pluridisciplinarité des études d'impact qui lui sont soumises, il semble difficile de réunir en moins d'un mois une équipe d'experts susceptible de fournir un avis complet sur l'évaluation contestée. En tout état de cause, quand bien même le juge réussirait ce tour de force, il est possible de s'interroger sur la réalité du contrôle qui serait réalisé, le juge n'ayant pas le temps de s'approprier l'expertise et d'avoir une valeur ajoutée sur le contrôle de l'évaluation. Comme l'écrit L. Di Qual, « il y aurait quelque hypocrisie à prétendre contrôler (...) alors qu'on s'en remet, en fait, à la décision des experts »<sup>169</sup>. De ce fait, il semblerait plus pertinent de confier l'exclusivité du contrôle de l'évaluation à un tiers garant doté des compétences techniques adéquates et de mettre un terme aux tentatives de contrôle du Conseil constitutionnel. Cette réorientation paraît d'autant plus pertinente que, au regard de la politique jurisprudentielle appliquée aux évaluations, le juge de la rue Montpensier manque, en plus de moyens nécessaires à cette tâche, de la volonté nécessaire pour la mener à bien (B).

## **B. Des politiques jurisprudentielles défavorables à l'extension du contrôle**

### **623. Le socle du contrôle des études d'impact des projets de loi réalisé par le Conseil**

---

<sup>167</sup> Six semaines maximum pour l'ACTAL aux Pays-Bas, il n'y a pas de délai en Allemagne mais le *Normenkontrollrat* rend ses avis en deux ou trois semaines, au Royaume-Uni le *RPC* a convenu d'un délai de 40 jours pour rendre ses avis tandis que le règlement de procédure du *Regulatory Scrutiny Board* de l'Union européenne prévoit que l'évaluation doit être soumise entre 4 semaines et trois mois avant la date prévue de délivrance de l'avis.

<sup>168</sup> Le juge constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois *a priori* et *a posteriori* (art. 61 et 61-1 de la Constitution), il décide des éventuelles délégalisations (art. 37 de la Constitution), il est juge des incidents de procédure parlementaire (articles 39 et 41 de la Constitution). Il est aussi juge de certaines élections (articles 7, 59 et 60 de la Constitution et loi constitutionnelle n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel).

<sup>169</sup> L. DI QUAL, *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 163.

constitutionnel depuis 2009 laisse peu de doute quant à son absence de volonté de mettre en œuvre ce contrôle (1). Le juge reste extrêmement en retrait, comme s'il craignait de faire un contrôle d'opportunité, ce qui n'est pourtant pas le cas (2).

1) Les limites de la jurisprudence adoptée par le Conseil constitutionnel en matière d'études d'impact des projets de loi

**624.** Le Conseil constitutionnel a développé un contrôle particulièrement superficiel des études d'impact, qui se traduit avec constance par une minimisation des moyens invocables<sup>170</sup> et par une motivation minimaliste. Or, le Conseil constitutionnel n'est pas réputé pour ses revirements de jurisprudence. Hormis sous la pression européenne, notamment en matière de lois de validation<sup>171</sup>, le juge constitutionnel français est fidèle aux précédents qu'il a posés. Il est donc peu probable que la jurisprudence cohérente qui s'est sédimentée depuis 2009 – contrôler le moins possible l'étude d'impact – soit bientôt revirée.

**625.** En effet, si la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux études d'impact n'est pas linéaire, elle répond à une téléologie déterminée : réduire autant que possible le contrôle de l'évaluation. Certes, confronté à l'ineffectivité de procédure prévue à l'article 39 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a accepté de contrôler la conformité de l'évaluation à la loi organique de 2009 et son incidence sur le principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires<sup>172</sup> dans le cadre de l'article 61 de la Constitution<sup>173</sup>. Cependant, son refus de contrôler réellement les études d'impact se manifeste clairement à l'intérieur des décisions de rejet qu'il a rendues depuis l'adoption de ce dispositif. Sa jurisprudence a évolué en défaveur des saisissants depuis 2010. Dès sa première décision, le juge n'a pas fait preuve d'un formalisme pointilleux et a accepté qu'une seule étude soit

---

<sup>170</sup> M. MÉTHIVIER, « Droit des parlementaires à la contestation des études d'impact devant le Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'Homme*, avril 2019, p. 9.

<sup>171</sup> Le Conseil constitutionnel n'exigeait qu'un « simple » motif d'intérêt général (Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*) alors que la Cour européenne des droits de l'Homme exigeait un motif impérieux d'intérêt général, CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski c/ France*, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96. Le juge français a ensuite partiellement adapté sa jurisprudence en exigeant un motif d'intérêt général suffisant (Cons. const., 29 déc. 1999, n° 99-425 DC, *Loi de finances rectificatives pour 2009*) avant de s'aligner finalement sur la jurisprudence européenne en 2014, Cons. const., n° 2013-366 QPC, 14 fév. 2014.

<sup>172</sup> Cons. const., n° 2010-618 DC, 9 déc. 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales (loi RCT)*.

<sup>173</sup> Cons. const., n° 2010-603 DC, 11 févr. 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*.

réalisée pour plusieurs projets de loi ayant un objet analogue<sup>174</sup>. En 2013, il impose une condition de recevabilité nouvelle pour contrôler l'étude d'impact : la Conférence des présidents compétente doit avoir été préalablement saisie. Peu importe qu'elle ait prêté attention aux griefs formulés<sup>175</sup> et peu importe les griefs alors formulés – le juge ne semble pas avoir créé de cristallisation des moyens. L'objectif principal de cette jurisprudence semble être la restriction de l'invocabilité de l'étude d'impact des projets de loi<sup>176</sup>. Cette condition peut être surmontée, mais les requérants se heurtent alors, inéluctablement, à un rejet au fond de leur saisine, motivé de manière laconique<sup>177</sup>. Or les études d'impact sont fréquemment invoquées dans les débats parlementaires<sup>178</sup> et, si leur qualité s'est améliorée, de nombreuses insuffisances sont toujours relevées<sup>179</sup>.

**626.** Malgré ces limites, il est remarquable que le contrôle de l'article 61 demeure relativement approfondi en comparaison du contrôle réalisé sur le fondement de l'article 39 de la Constitution. Ce contrôle qui n'a été exercé qu'une seule fois est en effet essentiellement formaliste. Le Conseil constitutionnel ne vérifie que l'existence, et non la suffisance des rubriques prévues par la loi organique de 2009, et il apprécie la présence de ces rubriques non à partir du contenu objectif du projet, mais à partir des objectifs exposés par le gouvernement<sup>180</sup>. Le gouvernement peut ainsi se jouer du contrôle juridictionnel avec

---

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> Cons. const., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*.

<sup>176</sup> Elle ne revalorise en tous cas par la fonction de contrôle du Parlement, v. M. MÉTHIVIER, « Droit des parlementaires à la contestation des études d'impact devant le Conseil constitutionnel », *loc. cit.*, p. 6.

<sup>177</sup> Cons. const., 11 févr. 2010, n° 2010-603 DC, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux* ; n° 2010-618 DC, 9 déc. 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales (loi RCT)* ; n° 2013-667 DC, 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral* ; n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* ; n° 2013-683 DC, 16 janv. 2014 ; n° 2013-687 DC, 23 janv. 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles* ; n° 2015-518 DC, 13 août 2015, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte* ; n° 2017-752 DC, 8 sept. 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique* ; n° 2018-769 DC, 4 septembre 2018, et n° 2018-770 DC, 6 septembre 2018.

<sup>178</sup> L'étude d'impact a été ainsi invoquée 44 fois durant les séances d'octobre et de novembre 2012 à l'Assemblée nationale et 40 fois lors de la dernière session ordinaire de la XIV<sup>e</sup> législature (2016-2017). L'étude d'impact, qu'elle soit invoquée négativement, en raison de son incomplétude, ou positivement, en raison des informations qu'elle prodigue, l'étude d'impact est devenue familière pour les députés.

<sup>179</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2016, op. cit.*, p. 31 et *Rapport public 2017*, La Doc. Fr., 2018, p. 210-211.

<sup>180</sup> Cons. const. 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 2014-12 FNR. B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, op. cit.*, p. 106 et s. et S. HUTIER, « Première décision FNR relative à une étude d'impact : déception ou espérance ? », *RFDC*, 2015, n° 101, p. 194-201.

une grande facilité, grâce au « blanc-seing »<sup>181</sup> que lui a donné le juge.

Avec cette décision, le Conseil constitutionnel met en valeur les effets néfastes qu'un contrôle inadapté de l'évaluation peut occasionner : en l'espèce, le gouvernement évaluateur est, grâce à la jurisprudence, le maître de l'évaluation alors qu'il devrait être son serviteur. La mainmise de l'évaluateur sur le champ de l'évaluation est contraire au principe fondamental d'impartialité de cette expertise.

**627.** Les seuls contrôles pratiqués à ce jour sur l'étude d'impact des projets de loi sont donc insusceptibles de contraindre le gouvernement à améliorer sa pratique. Les hypothétiques occasions de contrôle *a posteriori* de l'étude d'impact, dans le cas où elle serait rattachée au principe de précaution ou au droit à l'information environnementale<sup>182</sup>, ne renversent pas ce constat. Certes, le Conseil disposerait alors d'un délai de trois mois pour se prononcer, mais ce délai n'aurait *a priori* pas d'influence sur la ligne jurisprudentielle très lâche retenue par le Conseil, qui n'est pas uniquement justifiée par la rigidité des règles procédurales. Les apparences laissent en effet penser que le juge constitutionnel ne souhaite pas contrôler les études d'impact des projets de loi. Il met en œuvre une politique jurisprudentielle de restriction, comme si le contrôle des études d'impact des projets de loi était un contrôle de l'utilité ou de l'efficacité qu'il refuse classiquement de mettre en œuvre (2).

2) La crainte d'exercer un contrôle de l'opportunité de la loi

**628.** Il n'est pas possible d'invoquer l'épouvantail du contrôle de l'opportunité pour expliquer la réticence du Conseil constitutionnel à s'impliquer dans le contrôle de l'évaluation. Le contrôle des études d'impact n'est pas un contrôle de « l'opportunité », cette antienne évanescence de la doctrine administrativiste<sup>183</sup>, que le Conseil constitutionnel<sup>184</sup> et certains auteurs constitutionnalistes<sup>185</sup> s'approprient.

---

<sup>181</sup> B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 110. Dans le même sens, v. S. HUTIER, « Première décision FNR relative à une étude d'impact : déception ou espérance ? », *loc. cit.*, p. 201.

<sup>182</sup> Respectivement les articles 5 et 7 de la Charte de l'environnement.

<sup>183</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre II, Section 2, §II.

<sup>184</sup> Cons. const., n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, n° 2010-8 du 18 juin 2010 et n° 2010-39 QPC du 6 oct. 2010.

<sup>185</sup> V. A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899-914, et J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ-Lextenso, coll. « Domat droit public », 30<sup>e</sup> éd., 2016, p. 771.

Il y a contrôle de l'opportunité quand le juge s'intéresse à l'utilité de la loi (la pertinence de ses objectifs) et à son efficacité (la capacité des moyens mis en œuvre à atteindre ces objectifs). À ce jour, le Conseil constitutionnel ne s'est aventuré que dans des contrôles de l'inefficacité manifeste, à travers le contrôle de l'adéquation intégré dans le contrôle de proportionnalité<sup>186</sup> et, de manière plus indirecte, lorsqu'il contrôle une qualification juridique donnée par la Constitution<sup>187</sup>. Le contrôle le plus proche de l'utilité qui a été pratiqué par le juge est le contrôle, exceptionnel, de la légitimité du motif invoqué par le législateur réalisé en 2012 par le Conseil constitutionnel<sup>188</sup>. Ce contrôle sans précédent ni réplique n'a pas d'équivalent devant le juge administratif, puisque le séculaire contrôle du détournement de pouvoir vise avant tout à identifier les buts de l'administrateur. Il ne contrôle pas à proprement parler l'utilité de l'acte adopté<sup>189</sup> ; il sert à garantir l'impartialité de l'administration<sup>190</sup>. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois jamais réitéré son incartade sur les terres du contrôle de l'utilité et, globalement, il est possible d'affirmer que le Conseil constitutionnel ne contrôle pas l'opportunité des lois qui lui sont déferées.

**629.** En dépit de cette modération séculaire, l'hypothèse d'un contrôle plus strict de l'efficacité et de l'utilité continue de susciter la crainte de la doctrine<sup>191</sup>. À ce titre, le contrôle des études d'impact, qui sont des actes relatifs à l'utilité et à l'efficacité d'un projet de loi, peut apparaître comme un cheval de Troie d'un contrôle juridictionnel approfondi de ces notions. Cette impression doit être dissipée. En soulevant des erreurs de méthodes,

---

<sup>186</sup> V. X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité...*, *op. cit.*, p. 179 et V. GOESEL-LE BIHAN, « Études d'impact de l'article 39 de la Constitution et contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in M. PHILIP-GAY (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p. 124-125.

<sup>187</sup> Ce contrôle peut en effet être rattaché à la notion d'efficacité dans la mesure où une disposition qui n'est pas appliquée aux faits auxquels elle devrait être appliquée ne peut manifestement pas atteindre son objectif.

<sup>188</sup> Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, *Loi de finances pour 2013* : « Considérant que le maintien du régime fiscal dérogatoire applicable aux successions sur des immeubles situés dans les départements de Corse conduit à ce que, sans motif légitime, la transmission de ces immeubles puisse être dispensée du paiement de droits de mutation ; que la nouvelle prorogation de ce régime dérogatoire méconnaît le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ; que, par suite, l'article 14 doit être déclaré contraire à la Constitution » (cons. 133). V. M. COLLET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : remarques sur la notion, son usage et son éviction », in *Mél. D. Truchet*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 96.

<sup>189</sup> Il y a « détournement quand l'autorité administrative n'a pas poursuivi le but pour laquelle la mesure était faite », L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, Dalloz, 1932, p. 164.

<sup>190</sup> V. L. DE FOURNOUX, *L'impartialité de l'Administration*, thèse Strasbourg, 2017, p. 331 et s.

<sup>191</sup> En effet, un tel contrôle pourrait ériger le juge en censeur moral et altérer la nature du droit en soumettant sa validité à une efficacité minimale. Voir *supra*, Première partie, Titre Second, Chapitre I, Section 2, §I et Première partie, Titre Second, Chapitre 4, Section 2, §II.

des erreurs de justesse ou des erreurs de périmètre, le juge ne remet pas en cause l'efficacité de la loi ou son utilité. Il se contente d'affirmer que cette efficacité ou cette utilité a été mal jaugée. Ce faisant, il ne formule aucune injonction d'efficacité de la loi ; ce n'est pas le résultat de l'évaluation qui justifie *per se* la censure de la loi, mais l'utilisation d'une méthode défectueuse, une erreur dans les faits ou une insuffisance de l'évaluation réalisée. Ainsi, ce contrôle signifie seulement que la procédure évaluative doit être menée avec sérieux, dans le respect des principes guidant cette catégorie d'expertise, pas que la loi doit être efficace. Les parlementaires peuvent parfaitement adopter une loi dont l'étude d'impact aurait démontré l'inefficience ou l'inefficacité partielle, au regard des buts qu'elle poursuit. À cet égard, les parlementaires français n'ont pas été effrayés par le chiffrage du coût du Grand Paris estimé sans justification dans l'étude d'impact à 35 milliards d'euros<sup>192</sup>. L'efficacité ou l'efficience d'une loi n'est pas un critère de sa validité et cela ne changerait pas si le Conseil constitutionnel acceptait de contrôler réellement la procédure et le fond des études d'impact des projets de loi. Son manque de compétence technique, de moyens matériels et de temps est une raison plus solide pour refuser ce contrôle, bien que ces éléments ne suffisent pas non plus à expliquer la jurisprudence lénifiante du juge constitutionnel en matière évaluative.

Ce manque d'implication fait qu'il n'existe pas de véritable contrôle juridictionnel ou administratif des études d'impact des projets de loi alors que celles-ci sont produites par un évaluateur partial (le gouvernement) qui ne dispose pas des compétences techniques nécessaires. Dans ces conditions, cette évaluation constitue au mieux une lourdeur procédurale et au pire un biais du débat législatif en faveur du gouvernement, qui maîtrise le contenu de l'expertise. Alors qu'aucune modification de la procédure d'élaboration de ces évaluations n'est projetée, pas plus qu'une réorganisation du Conseil constitutionnel, seule l'instauration d'un contrôleur technique, c'est-à-dire d'un méta-évaluateur permettrait de neutraliser les potentiels effets néfastes de cette procédure évaluative, voire de la faire effectivement participer à la rationalisation des décisions législatives (§II).

---

<sup>192</sup> Étude d'impact du projet de loi relatif au Grand Paris, décembre 2009, 126 p.

## §II. Les solutions non juridictionnelles au contrôle des études d'impact des projets de loi

**630.** Il paraît urgent de doter l'évaluation législative *ex ante* d'un contrôle à la hauteur de ses ambitions. Compte tenu de la normativité de cet acte, de son utilisation croissante par les parlementaires et par les juges<sup>193</sup>, l'évaluation doit être fiable. Cet étendard de la rationalisation des décisions publiques doit faire l'objet d'un contrôle approfondi permettant de garantir son utilité. À ce titre, un organe capable de résoudre les litiges susceptibles de survenir à propos de l'évaluation pourrait être désigné, malgré de nombreuses réticences (A). À défaut de la création d'une instance indépendante *ad hoc*, le contrôle des études d'impact des projets de loi pourrait être intégré à la mission de contrôle et d'évaluation du Parlement, ce qui requerrait une révision constitutionnelle, justement envisagée<sup>194</sup> (B).

### A. La nécessité d'organiser un contrôle technique des études d'impact des projets de loi

**631.** L'expérience démontre la nécessité d'organiser un contrôle réel des évaluations pour garantir leur qualité et leur utilité (1). Néanmoins, la création d'un organe *ad hoc* rencontre une certaine opposition, alors qu'il est indispensable que les études d'impact, comme toutes les évaluations, soient contrôlées par un tiers indépendant de l'évaluateur et de l'évalué dès lors qu'elles ne sont pas produites par un évaluateur impartial (2).

---

<sup>193</sup> Dans un avis contentieux rendu par le Conseil d'État le 17 oct. 2016 (n° 400375, rec. T. p. 952), l'étude d'impact est utilisée pour définir la loi interprétée. De plus en plus d'articles doctrinaux citent aussi l'étude d'impact pour interpréter les lois, v. T. SACHS, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT*, 2017, p. 585 et s. La multitude des références à l'évaluation dans les travaux parlementaires et la volonté des élus de bénéficier du plus grand nombre d'études possibles se confirme aussi. L'étude d'impact est manifestement rentrée dans les mœurs parlementaires, même si elle n'est pas omniprésente dans les débats. À cet égard, l'étude d'impact a été invoquée au soutien d'une argumentation 29 fois lors de la session ordinaire 2016/2017 de la XIV<sup>e</sup> législature, qui a duré 6 mois, contre 44 fois dans les deux premiers mois de la session ordinaire de 2012-2013. En revanche, il y avait déjà 16 arguments fondés sur l'insuffisance de l'étude d'impact en 2 mois en 2012, alors qu'il n'y en a eu que 12 durant la session de 2016-2017. Sur l'appropriation parlementaire de l'étude d'impact, v. D. CHAMUSSY, « La travail parlementaire a-t-il changé ? Le point de vue d'un praticien », *Jus Politicum*, n° 6, 2011.

<sup>194</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Première conférence des réformes*, *op. cit.*, p. 183-245 et ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, *op. cit.*, p. 202 et s. Comme le résume H. de Padirac, « l'évaluation parlementaire constitue l'un des enjeux majeurs de la prochaine révision constitutionnelle », H. de PADIRAC, « Le Parlement français et l'évaluation. Une institutionnalisation impossible ? », *LIEPP Working paper*, oct. 2018, n° 80, p. 42.

1) La corrélation entre la qualité des études d'impact des projets de loi et la menace d'une sanction

**632.** En s'inspirant de Portalis, il est possible de dire qu'il « ne faut point d'évaluations inutiles ; elles affaibliraient les évaluations nécessaires ». Or, sans mécanisme de contrôle de l'évaluation, de nombreuses expertises s'avèrent inutiles, voire nuisibles à la qualité du débat parlementaire et à la pertinence des solutions juridictionnelles et des analyses doctrinales qui se fondent sur elles. Si ce n'est pas la sanction qui définit le droit, elle reste, semble-t-il, la condition du développement d'une pratique évaluative de qualité, puisque celle-ci fait l'objet de nombreuses résistances ou d'un certain dédain de la part de ses rédacteurs, comme en témoignent les insuffisances répétées des études d'impact des projets de loi et leur transmission très tardive au Conseil d'État<sup>195</sup>. En effet, la pratique révèle que, faute de contrôle approfondi et de remontrance publiquement faite au Gouvernement par un organe doté d'une autorité « épistémique »<sup>196</sup>, le Gouvernement répugne à s'investir dans le travail évaluatif. L'exemple des évaluations des projets de loi et des décrets imposées par circulaire avant la révision de 2008<sup>197</sup> et soustraites à tout contrôle public est à cet égard topique<sup>198</sup>. Ces évaluations ont pâti du refus exprimé par le Conseil d'État de considérer les circulaires les instaurant comme impératives<sup>199</sup> et du refus des différents organes désignés par les circulaires comme des contrôleurs préventifs d'appliquer les sanctions<sup>200</sup>. Aujourd'hui, le triple contrôle des études d'impact des projets de loi prévu par les textes, avec l'intervention en aval du Conseil constitutionnel et les interventions en

---

<sup>195</sup> Voir les remarques faites par le Conseil d'État dans ses rapports d'activité de 2010 à 2018. L'étude d'impact attendue est ainsi parfois fournie lors de saisine rectificatives, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2013...*, *op. cit.*, p. 180.

<sup>196</sup> B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit Public », t. 286, 2015, p. 202.

<sup>197</sup> Ces évaluations étaient rendues obligatoires par la circulaire du 17 mai 1988 puis par la circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État, elle-même remplacée par la circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État puis par la circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation.

<sup>198</sup> V. A. NOURY, « L'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 2, 2000, p. 599-631, et B.-L. COMBRADE, *Les études d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 49 et s.

<sup>199</sup> CE, 9 juill. 2007, *Syndicat entreprises générales de France-Bâtiment Travaux publics et autres*, req. n° 297711, Rec. p. 299, concl. N. BOULOUIS, *BJCP*, n° 54, 2007, p. 366.

<sup>200</sup> La circulaire de 1995 prévoyait que le cabinet du Premier ministre pouvait reporter une réunion interministérielle consacrée à l'examen d'un projet de texte (sauf urgence dûment justifiée) et demander une contre-expertise, tout ministre pouvait refuser de donner son accord ou son contreseing, le secrétaire général du Gouvernement pouvait surseoir à la transmission au Conseil d'État d'un projet de loi ou de décret et à la signature ou à la publication d'un décret et le Conseil d'État pouvait déjà ajourner l'examen d'un projet de loi ou de décret.

amont du Conseil d'État et du secrétariat général du gouvernement<sup>201</sup> ne suffit toujours pas à contraindre le Gouvernement. À cet égard, il n'est peut-être pas fortuit de remarquer que la qualité des études d'impact s'est améliorée<sup>202</sup> avec la publication de certains des avis rendus par le Conseil d'État sur les projets de loi, celui-ci n'hésitant pas à souligner les défauts grossiers qui peuvent grever ces évaluations.

L'établissement d'un contrôle impartial des études d'impact des projets de loi est d'autant plus nécessaire que, comme cela a été souligné à de multiples reprises, elles relèvent de la catégorie des évaluations pour lesquelles l'évalué est en même temps l'évaluateur, et qui ont donc un rédacteur partial : c'est le porteur du projet – le gouvernement – qui juge ses projections. En outre, les études d'impact des projets de loi sont les seules expertises impliquant des sciences académiques à n'être pas produites, relues ou contrôlées par une personne compétente techniquement. Elles ne respectent donc pas les principes d'impartialité et de compétences applicables à toute évaluation. Leur crédibilité ne pourra être restaurée qu'avec l'intervention d'un tiers expert chargé de contrôler leur qualité dans la procédure.

**633.** Or, aucun des organes d'expertise dont dispose l'administration ne réunit les compétences suffisantes pour effectuer ce contrôle<sup>203</sup> et aucun des acteurs susceptibles d'intervenir dans l'élaboration de la loi ou pour son contrôle ne dispose de l'ensemble des compétences nécessaires pour que cette évaluation soit réellement contrôlée<sup>204</sup>. Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et les organes parlementaires n'ont qu'une expertise juridique tandis que la Cour des comptes n'a qu'une expertise financière et économique. Or l'organe de contrôle des études d'impact devrait être, à leur image, pluridisciplinaire. Il devrait notamment disposer de compétences dans les sciences sociales non juridiques

---

<sup>201</sup> La circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle (procédure) prévoit que le secrétariat général du gouvernement peut refuser de transmettre Un projet de loi au Conseil d'État si l'étude d'impact qui l'accompagne est insuffisante. Cette possibilité n'a jamais été mise en œuvre.

<sup>202</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2016, op. cit.*, p. 31 et *Rapport public 2017*, La Doc. Fr., 2018, p. 210-211.

<sup>203</sup> Sur l'absence d'organes non juridictionnels dotés des compétences suffisantes, v. P. MBONGO, « La "constitutionnalisation" des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *loc. cit.*, p. 109 ; J. SIRINELLI, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *loc. cit.*, p. 1379-1365 ; T. PERROUD, « Constitution et évaluation. Faut-il constitutionnaliser l'évaluation ou faut-il changer notre gouvernement ? », *loc. cit.*, p. 4.

<sup>204</sup> Si bien qu'en 2018, le Gouvernement a sous-traité l'écriture de l'étude d'impact à un cabinet privé, ce qui n'a toutefois pas amélioré la qualité de l'étude produite, comme le montre l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi en question, CE, avis, 15 nov. 2018, n° 395539. V. B.-L. COMBRADE, « Faut-il s'inquiéter de l'externalisation législative ? », *AJDA*, 2018, p. 2417-2420.

(sociologie) ou dans d'autres sciences dites « dures » (sciences de l'environnement par exemple).

Il apparaît donc nécessaire de créer un nouvel organe doté des compétences nécessaires aux fins de contrôle des études d'impact des projets de loi. La solution la plus évidente pour y parvenir semble celle retenue par les voisins de la France : la désignation d'un organe indépendant spécifique, une instance d'expertise comme l'ACTAL aux Pays-Bas, le *Regulatory Policy Committee* outre-Manche, le *Normenkontrollrat* en Allemagne. Il ne semble en effet pas possible de se reposer comme les États-Unis sur les compétences du Parlement. En effet, les États-Unis sont le seul État où une évaluation de qualité est réalisée sans l'intervention d'un organe indépendant de l'évaluateur et du décideur et impartial. Le Congrès américain, à défaut de pouvoir renverser le pouvoir exécutif, se sert depuis plus de quarante ans de l'évaluation pour surveiller l'action du Gouvernement. Il est l'organe clef de l'évaluation législative – il la rédige – et la qualité des évaluations produites n'est pas questionnée<sup>205</sup>. La mission évaluative du *General accounting office*, rattaché au Parlement, a été officialisée en 1974 et en 1980 une division spéciale, la *Programm of evaluation and Methodology Division* (PEMD) a été créée. Elle rend des centaines d'évaluations annuelles qui font « autorité dans les commissions du Congrès [;] elles sont largement reproduites dans la presse et leur impact peut être décisif »<sup>206</sup>. Cependant, le Congrès américain dispose de moyens incomparables avec le Parlement français pour recruter des experts<sup>207</sup> et il ne subit pas le phénomène majoritaire, ce qui lui permet de réaliser des évaluations pluridisciplinaires impartiales, bien qu'aucune autorité indépendante n'intervienne dans la procédure. La situation du Parlement français n'est pas comparable en termes de moyens et d'équilibres politiques. Pourtant, en France, l'idée d'une technicisation de la procédure législative soulève une levée de boucliers chez les intéressés et chez les universitaires, pour qui la politique et la technique sont nécessairement opposées. Cette situation rend très difficile la constitution d'un organe de contrôle extérieur au Parlement (2).

---

<sup>205</sup> V. C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, *Les scènes multiples de l'évaluation. Les problèmes récurrents de son institutionnalisation*, LIEPP Policy Book, n° 1, 2013, p. 19-22.

<sup>206</sup> M. CROZIER, *État modeste, État moderne*, Fayard, 1987, p. 239.

<sup>207</sup> Le *Congress Budget Office* dispose en effet d'un budget de 50 millions de dollars, contre, à titre de comparaison, 6 millions d'euros pour l'*Ufficio parlamentario di bilancio* italien. V. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence...*, *op. cit.*, p. 215.

2) Le refus français de créer un organe indépendant dédié au contrôle des études d'impact des projets de loi

**634.** En France, l'irruption de questions techniques dans le débat politique est considérée, en général, comme une dénaturation du processus démocratique<sup>208</sup>. L'introduction d'expertises non juridiques dans l'arène politique atténuerait le pouvoir discrétionnaire du législateur, c'est-à-dire la libre formation de la volonté générale<sup>209</sup>. Dans cette perspective, l'introduction d'experts indépendants du Parlement et du Gouvernement au cœur du processus législatif est inenvisageable.

Certains auteurs ont toutefois un discours plus nuancé et reconnaissent à l'expertise le pouvoir d'éclairer et de conforter le débat politique<sup>210</sup>. Avec le développement de l'expertise, l'incertitude n'est plus une excuse pour ne pas prendre de décision. Malgré ce renversement de perspective, et le postulat d'une relation fructueuse entre technique (ou science) et politique, d'autres arguments, plus pragmatiques, s'élèvent pour s'opposer à l'instauration d'un organe technique indépendant destiné à contrôler de manière impartiale la qualité des études d'impact des projets de loi. Certains auteurs dénoncent en effet l'atteinte que la création d'un organe spécifique porterait à l'objectif de simplification des

---

<sup>208</sup> V. *contra*, J. LAGROYE, B. FRANÇOIS et F. SAWICKI, *Sociologie politique*, Dalloz, coll. « Amphi – Presses de sces Po et Dalloz », 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 505.

<sup>209</sup> V. F. EWALD, « L'expertise, une illusion nécessaire », in *La Terre outragée. Les experts sont formels !*, Autrement, 1992, p. 210 ; A. NOURY, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, *op. cit.*, p. 582 et s. ; A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan, 2003, p. 25 ; D. GADBIN, « Les nouvelles articulations entre expertise scientifique et décision politique : l'exemple de l'Agence européenne de sécurité des aliments », *Droit rural*, 2005, n° 1, étude 1 ; T. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 510 et s., et D. SCHNAPPER, « Audition de Mme D. Schnapper », in C. BARTOLONE et M. WINOCK (co-prés.), *Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions. Refaire la démocratie*, Assemblée Nationale, 2015, p. 383-400.

<sup>210</sup> V. E. MONNIER, *Évaluation de l'action des pouvoirs publics. Du projet au bilan*, Economica 1987, p. 78 ; J.-J. DUBY, « Les risques de l'expertise scientifique », in M. TUBIANA, C. VROUSOS, C. CARDE et J.-P. PAGÈS, *Risque et Société*, 1999, Nucléon, p. 23-38 ; CSE, *Rapport annuel sur l'évolution des pratiques d'évaluation des politiques publiques. L'évaluation de l'expertise à la responsabilité*, La Doc. Fr., 1991, p. 18 ; J. LECA, « Sur le rôle de la connaissance dans la modernisation de l'État et le statut de l'évaluation », *RFAP*, 1993, n° 66, p. 187 ; E. THÉROUX, « L'analyse d'impact environnemental : une approche comparée Communauté européenne-Québec », *Revue québécoise de droit international*, 1993, Vol. 8, n° 2, p. 228 ; J. MORAND-DEVILLER, « Le "système expert", l'expertise scientifique et gestion de l'environnement », in *Mél. J. Dupichot*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 370 ; J.-P. NIOCHE, « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *RFSP*, 1982, p. 57 ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2004, p. 286 ; P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Vol. 137, 2014, p. 217 et s. ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2014, p. 159 ; Ph. BLACHER, *Le parlement en France*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2012, p. 60 et s. ; L. DE LA RAUDIÈRE (prés.) et P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, *op. cit.*, p. 45 et H. de CASTRIES et N. MOLFESSIS (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, *op. cit.*, p. 77.

institutions, étant donné que la stratification d'institutions dont les compétences se chevauchent est dénoncée comme un des maux du fonctionnement de l'État français<sup>211</sup>. Le coût financier d'une institution *ad hoc* est aussi régulièrement invoqué<sup>212</sup>. Rares sont les voix à s'élever en faveur d'un contrôle organisé par un organe indépendant<sup>213</sup>. Le débat avait semblé se clore quand le président de la République a, en 2014<sup>214</sup>, annoncé la création d'un comité d'évaluation indépendant. Cet organe n'a cependant jamais vu le jour, sans que ce non-avènement soit expliqué. Depuis, des sénateurs ont déposé une proposition de loi en faveur d'un contrôle indépendant des études d'impact produites par le Gouvernement en 2018<sup>215</sup>, mais elle n'a jamais été votée.

Ce manque d'action politique n'est pas fustigé par la doctrine, qui préfère en général plaider en faveur de l'élargissement des compétences des autorités déjà impliquées, comme la Cour des comptes ou le Conseil d'État<sup>216</sup>, ou plaider pour l'organisation d'une contre-expertise parlementaire, quitte à fusionner certaines institutions, ou plus simplement à instaurer un moment de discussion spécifique au Parlement lors de l'examen de la loi<sup>217</sup>. Or la désignation du Parlement comme organe de vérification de l'évaluation ne résoudrait pas la question de l'impartialité de l'acte fourni, puisque l'organe compétent serait confondu avec le décideur et qu'il pourrait en même temps être lié à l'évalué-évaluateur grâce au phénomène du fait majoritaire, qui conduit les parlementaires de la majorité à soutenir de manière stable l'exécutif.

---

<sup>211</sup> V. D. ASSOULINE, *Rapport d'information n° 623 au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois*, 2014, Sénat, p. 96 ; C. BARTOLONE, « Notre objectif n'est pas de limiter l'initiative du pouvoir exécutif, mais de responsabiliser l'ensemble des acteurs de la loi », *JCP G*, 2014, n° 46-47, 1169 ; H. de CASTRIES et N. MOLFESSIS (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>212</sup> V. D. ASSOULINE, *Rapport d'information n° 623 au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois*, 2014, Sénat, p. 96.

<sup>213</sup> V. G. TRON et Y. DENIAUD, *Rapport d'information sur les organismes publics d'évaluation et de prospective économiques et sociales*, 2003, 51 p. ; B. LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, La Doc. Fr., 2004, 56 p. ; R. JUANICO in L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information...*, *op. cit.*, p. 672 et B.-L. COMBRADE, « L'impact de l'étude d'impact », *Pouvoirs*, n° 116, 2018, p. 900.

<sup>214</sup> Annonce faite le 30 octobre 2014 lors d'une réunion à l'Élysée sur la simplification et réitérée par M. Thierry Mandon le 28 novembre 2014 lors du colloque « Mieux légiférer » à l'Assemblée nationale.

<sup>215</sup> Proposition de loi organique visant à améliorer la qualité des études d'impact, adoptée par le Sénat le 7 mars 2018.

<sup>216</sup> V. notamment L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, *op. cit.*, p. 320 et s., et D. ASSOULINE, *Rapport d'information n° 623...*, *op. cit.*, p. 95 et s.

<sup>217</sup> V. J.-Y. FABERON, « Choix scientifiques et décision parlementaire », *AJDA*, 1983, p. 514-525 ; G. CARCASSONNE, « Conclusion », in *Le Parlement français et le nouveau droit parlementaire après la réforme de 2008, Jus Politicum*, n° 6, 2011, p. 3 et s. ; Ph. BLACHER, *Le parlement en France*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2012, p. 56 et s. ; P. ISSALYS, « Analyse d'impact et production normative : de l'efficacité à la légitimité », *Rev. Fac. Direito UFMG*, Numero especial : Jornadas jurídicas Brasil-Canada, 2013, p. 245-274 ; D. ASSOULINE, *Rapport d'information n° 623...*, *op. cit.*, p. 95 et s.

**635.** Une voie médiane pourrait être trouvée entre la création d'un organe indépendant et l'implication élargie de l'évaluateur ou du décideur. Elle a été proposée en 2018 par le Comité d'évaluation et de contrôle (CEC)<sup>218</sup> et par les groupes de travail de l'Assemblée nationale préparant la révision constitutionnelle de 2019<sup>219</sup>. Elle consisterait dans la création d'un service indépendant, bicaméral pour le rapport de 2018 ou propre à l'Assemblée pour le CEC, chargé de contrôler la qualité des études d'impact des projets de loi. Les deux rapports se rejoignent ainsi, essentiellement, sur l'indépendance, essentielle, à accorder à cet organe (B).

## **B. La création projetée d'une instance évaluative parlementaire indépendante**

**636.** Le Parlement n'est pas un novice en matière évaluative. Il a commencé à se saisir de l'évaluation des politiques publiques et des lois avant que l'article 24 modifié par la révision constitutionnelle de 2008 ne vienne lui confier expressément cette mission. Cependant, comme le montre l'histoire institutionnelle de l'évaluation législative, le Parlement a toujours eu des difficultés à évaluer l'activité du gouvernement ou sa propre activité. Il ne dispose pas de la compétence technique et des moyens matériels nécessaires pour évaluer, ce qui constitue un premier obstacle à sa transformation en garant de la qualité des études d'impact des projets de loi (1). À ce problème pratique s'ajoute une difficulté théorique, qui pourrait être surmontée si les propositions des députés pour la prochaine révision se concrétisent<sup>220</sup> : l'opposition répétée du Conseil constitutionnel au développement d'un pôle d'expertise parlementaire destiné à contrôler le Gouvernement sans engager sa responsabilité (2).

---

<sup>218</sup> CEC, *Rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, Assemblée nationale, 2018, n° 771, p. 57. P. Morel à l'Huissier et Valérie Petit se prononcent pour la création d'une « agence de l'évaluation au service du Parlement ».

<sup>219</sup> V. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence...*, *op. cit.*, p. 211.

<sup>220</sup> V. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Première conférence des réformes*, *op. cit.*, p. 183-245 et ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, *op. cit.*, p. 202 et s.

## 1) Les essais contrariés du contrôle évaluatif parlementaire

**637.** Depuis qu'il a commencé à se saisir de l'évaluation des politiques publiques et de l'évaluation législative, dans les années 1980<sup>221</sup>, le Parlement n'a jamais réussi à s'imposer auprès des citoyens ou auprès de l'administration comme une instance d'expertise incontournable<sup>222</sup>. Les organes parlementaires créés ont même eu du mal à s'imposer au sein de l'institution parlementaire elle-même. Ils ont sans cesse été modifiés, superposés puis supprimés sans avoir le temps de produire réellement des évaluations. Ce tourbillon institutionnel n'est pas une spécificité parlementaire. Le pouvoir exécutif, qui s'est longtemps chargé de l'organisation de l'évaluation des politiques publiques en réservant, d'après une séparation tacite, l'évaluation de la loi au Parlement<sup>223</sup> a connu les mêmes remous en matière d'organes évaluatifs<sup>224</sup>. Néanmoins les instances gouvernementales se distinguent des instances parlementaires dans la mesure où elles sont davantage chargées d'organiser l'évaluation que de la réaliser<sup>225</sup> et qu'elles ont eu une production théorique<sup>226</sup>, contrairement aux instances d'évaluation parlementaires.

Ces instances ont été pendant longtemps bicamérales. La première d'entre elles est toujours en activité : il s'agit de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, qui produit, malgré sa dénomination, peu d'évaluations<sup>227</sup>. Il a été suivi

---

<sup>221</sup> L'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques a été créé par la loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

<sup>222</sup> V. C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, *Les scènes multiples de l'évaluation...*, op. cit., p. 79.

<sup>223</sup> V. J. CHEVALLIER, « Introduction », in M.-C. KESSLER et al., *L'évaluation des politiques publiques*, L'Harmattan, 1998, p. 13-14 : « tout se passe comme si s'était dessiné un partage des rôles tacite entre l'exécutif et le législatif : à l'exécutif, la mission de mettre sur pied des dispositifs d'évaluation des politiques publiques ; au législatif, le soin de recourir à des procédures de contrôle sur l'application des lois. ».

<sup>224</sup> En chefs de file des institutions il y a eu le CSE puis le CNE à une époque, aujourd'hui le SGMAP, remplacé par la DITP et le CITP. Ces arbres cachent la forêt des institutions, qui se dénombrent en dizaines, v. G. TRON et Y. DENIAUD, *Rapport d'information sur les organismes publics d'évaluation et de prospective économiques et sociales*, 2003, 51 p.

<sup>225</sup> Voir notamment le décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques créant le CSE, le décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012 portant création du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique et le décret n° 2015-1165 du 21 septembre 2015, qui réformait initialement le SGMAP et qui a été modifié par le décret n° 2017-1584 du 20 novembre 2017 relatif à l'organisation de la direction interministérielle de la transformation publique et de la direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État. Ce dernier décret a simplifié l'organisation du SGMAP, qui coordonnait différentes directions interministérielles au profit de deux directions uniques. Un comité interministériel à la transformation publique a également été créé le même jour (décret n° 2017-1586 du 20 novembre 2017). Il est chargé de définir les orientations de la politique qu'appliqueront les directions.

<sup>226</sup> Le Conseil scientifique de l'évaluation a rayonné grâce à son *Petit guide de l'évaluation* de 1996.

<sup>227</sup> V. H.-M. CRUCY, « Le Parlement face aux sciences et technologies », *AJDA*, 1991, p. 453. Il est vrai que l'Office se propose davantage de faire des « mises au point », v. OPECST, *L'évaluation du plan national de*

par la création de deux offices bicaméraux, les offices parlementaires d'évaluation de la législation et d'évaluation des politiques publiques créés en 1996<sup>228</sup> et supprimés en 2009 en raison de leur inactivité<sup>229</sup>. Ces organes ont souffert de lourdeurs procédurales propres aux instances bicamérales<sup>230</sup> et ont mal résisté aux alternances politiques<sup>231</sup>. Face à ces échecs successifs, l'Assemblée nationale a finalement créé des organes monocaméraux : la mission d'évaluation et de contrôle (la MEC) en 1999 et la MECSS (Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale) en 2004<sup>232</sup>. Ces missions ont une activité importante, mais elles réalisent peu de véritables évaluations pluridisciplinaires. Elles produisent plutôt des bilans, des audits, ou compilent des évaluations déjà existantes. Aujourd'hui, l'évaluation parlementaire est le fait de certains rapports d'information<sup>233</sup> et d'un organe instauré à la suite de la révision de 2008 : le CEC (Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques)<sup>234</sup>. Depuis la disparition de l'éphémère Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois créée par le Sénat, qui en dépit de son appellation, produisait bien des évaluations<sup>235</sup>, le CEC est le seul organe parlementaire réellement dédié à l'évaluation.

**638.** Si le Parlement a tant de mal à produire de réelles évaluations, c'est semble-t-il en raison de la difficulté à pratiquer une activité dont la définition et la méthodologie sont floues<sup>236</sup>, en raison de la composition des organes parlementaires, destinée à reproduire les

---

*matières et de déchets radioactifs, PNDGMR 2012-2015*, 2014, p. 9 : « un point aussi exhaustif que possible sur les différents modes de gestion des matières et déchets radioactifs, [pour] en identifier les manques et à définir les améliorations nécessaires... » et des « bilans », v. OPECST, *L'évaluation du plan national de gestion des matières et des déchets radioactifs 2010-2012*, 2011, p. 13.

<sup>228</sup> L'office parlementaire d'évaluation de la législation a été institué par la loi n° 96-516 du 14 juin 1996 et l'Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques créé par la loi n° 96-517 du 14 juin.

<sup>229</sup> Loi n° 2009-689 du 15 juin 2009.

<sup>230</sup> V. P. AVRIL, « Le contrôle. L'exemple du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques », *Jus Politicum*, n° 6, 2011.

<sup>231</sup> O. Rozenberg considère à cet égard que la persistance du CEC après l'alternance de 2012 « est en soi un succès ». à l'inverse, l'alternance 2014 a été fatale à la commission sénatoriale du contrôle de l'application des lois. V. O. ROZENBERG, « Un petit pas pour le Parlement, un grand pas pour la V<sup>e</sup> République. L'évaluation de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », *LIEPP Working Paper*, 2016, n° 41, p. 55

<sup>232</sup> Art. 38 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie pour la MEC et articles 146-1 et s. du règlement de l'Assemblée nationale créés lors de la réforme du 27 mai 2009 pour la MECSS.

<sup>233</sup> V. P. TÜRK, *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ-Lextenso, coll. « Systèmes Droit », 2011, p. 191 et s. mais comme le relèvent d'autres auteurs, « la plupart [des rapports] restent à un niveau descriptif faiblement interprétatif », v. C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOURMES, *Les scènes multiples de l'évaluation. Les problèmes récurrents de son institutionnalisation*, op. cit., p. 140.

<sup>234</sup> Articles 146-1 et s. du règlement de l'Assemblée nationale créés lors de la réforme du 27 mai 2009.

<sup>235</sup> Commission mise en place en novembre 2011 et supprimée par l'arrêté du bureau n° 2014-280 du 12 nov. 2014.

<sup>236</sup> V. A. DELCAMP, « La perception du contrôle parlementaire, comment le rendre plus attractif ? », *Pouvoirs*, n° 134, p. 109-122.

majorités électorales, donc soumises au fait majoritaire<sup>237</sup>, et à cause d'un défaut transpartisan de volonté politique<sup>238</sup>, qui s'exprime notamment par la sous-exploitation des études d'impact en séance<sup>239</sup>. Surtout, le Parlement a manqué d'élus disposant des connaissances pluridisciplinaires nécessaires à la réalisation et au contrôle d'évaluations<sup>240</sup>.

Pour pallier le manque d'experts travaillant au sein du Parlement, le groupe de travail « Contrôle parlementaire et évaluation des politiques publiques » œuvrant à la préparation de la révision des institutions constitutionnelles a énoncé une proposition novatrice<sup>241</sup> : la Constitution pourrait autoriser le Parlement à faire appel aux experts travaillant pour l'Administration dans le cadre de son activité de contrôle et d'évaluation. Le rapport propose la rédaction suivante : « une loi organique détermine les conditions dans lesquelles le Parlement sollicite l'administration pour exercer ses missions de contrôle de l'action du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques ». En parallèle, le Parlement pourrait continuer à solliciter des experts extérieurs<sup>242</sup> et la Cour des comptes<sup>243</sup>. L'Assemblée avait déjà manifesté sa volonté d'emprunter les experts de l'administration au moment de la création du CEC, mais le Conseil constitutionnel avait jugé cette disposition inscrite dans le règlement de l'Assemblée nationale non conforme au principe de séparation des pouvoirs<sup>244</sup>. Cette opposition serait résolue par l'adoption d'une révision constitutionnelle, mais, sous son apparente simplicité, ce projet d'emprunt d'experts au gouvernement poserait plusieurs difficultés, à commencer par le défaut d'indépendance des fonctionnaires recrutés par cette voie, puisque les fonctionnaires recrutés seront sous

---

<sup>237</sup> V. C. LACOUETTE-FOUGÈRE et P. LASCOUMES, *Les scènes multiples de l'évaluation. Les problèmes récurrents de son institutionnalisation*, op. cit., p. 140. Dans le même sens, T. Perroud fustige également la « confusion des temps politiques et scientifiques » qui empêche le développement de l'évaluation en France, v. T. PERROUD, « Constitution et évaluation. Faut-il constitutionnaliser l'évaluation ou faut-il changer notre gouvernement ? », loc. cit., p. 3-5.

<sup>238</sup> D. LAMARQUE, *L'évaluation des politiques publiques locales*, LGDJ, 2004, coll. « Systèmes », p. 84 : « ils considèrent souvent l'évaluation comme une phase de recul par rapport au temps de l'action, une démarche plutôt scientifique, dont l'immixtion dans le champ du politique est toujours un peu inquiétante ». V. aussi A. PARIENTE, « Évaluation parlementaire et responsabilité politique du gouvernement », *LPA*, 2000, n° 14, p. 9-20, sur les raisons des dysfonctionnements des offices bicaméraux.

<sup>239</sup> V. H. de CASTRIES et N. MOLFESSIS (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, op. cit., p. 77 ; B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, op. cit., p. 132 et s. et L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information...*, op. cit., p. 44.

<sup>240</sup> Il a pu manquer d'hommes tout court, comme le relève R. Dosièrè, à cause du cumul de mandats et de l'absentéisme à l'Assemblée, v. R. DOSIÈRE, « Le contrôle ordinaire », *Pouvoirs*, n° 134, p. 37-46.

<sup>241</sup> Proposition n° 7 du groupe de travail « Les moyens de contrôle et évaluation » dans le cadre des rendez-vous des réformes, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Les Rendez-vous des réformes. Pour une nouvelle Assemblée nationale. Première conférence...*, op. cit., p. 207 et s.

<sup>242</sup> Le CEC le fait. V. l'article 146-3 alinéa 4 du RAN, issu de la résolution du 27 mai 2009 modifiant le règlement : « Pour conduire les évaluations, les rapporteurs peuvent également bénéficier du concours d'experts extérieurs à l'Assemblée ». Mais la généralité des termes de cette disposition est trompeuse.

<sup>243</sup> Article 47-1 de la Constitution.

<sup>244</sup> Cons. const., n° 2009-581 DC, 2009-582 DC et 2009-583 DC, 25 juin 2009.

l'autorité hiérarchique du pouvoir exécutif<sup>245</sup> et soumis à une obligation de réserve<sup>246</sup>. Or, faire appel à des fonctionnaires indépendants comme les universitaires ne serait *a priori* pas possible, étant donné que l'indépendance dont ils jouissent dans leur recrutement et dans l'exercice de leurs missions<sup>247</sup> semble faire obstacle à un tel mécanisme de réquisition. Se poserait aussi la question de la disponibilité des experts pluridisciplinaires travaillant au sein de l'administration. En effet, aucune instance d'expertise pluridisciplinaire couvrant toutes les compétences requises pour réaliser les études d'impact n'existe. Pour réaliser ou contrôler une expertise pluridisciplinaire, il faudrait que le Parlement sollicite une équipe d'experts rattachés à différents services, ce qui ne paraît pas évident à organiser. L'organisation d'un « prêt » d'experts semble ainsi compliquée. La création d'un service indépendant proposé par le CEC et les députés dans leur second rapport paraît plus adéquate<sup>248</sup>.

**639.** Il serait en effet plus approprié de créer un service spécifique doté de ressources humaines permanentes, ce qui supposerait une augmentation réelle des moyens du Parlement<sup>249</sup>. À cet égard, le coût d'un organe « *sui generis* » dédié à l'évaluation a été pensé à l'occasion des « Rendez-vous des réformes » organisés par François de Rugy à l'Assemblée nationale<sup>250</sup>. Il s'agirait de créer une Agence parlementaire de l'évaluation commune aux deux assemblées et compétente pour l'évaluation *a priori*<sup>251</sup> et *a posteriori*<sup>252</sup>. Cette voie paraît plus réaliste que la solution proposée dans le rapport

---

<sup>245</sup> Article 28 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

<sup>246</sup> V. J.-E. GICQUEL, « La révision du 23 juillet 2008 : une nouvelle ère pour le contrôle de l'action du gouvernement et de l'évaluation des politiques publiques ? », *Pouvoirs*, n° 116, 2018, p. 846.

<sup>247</sup> Cons. const., 20 janv. 1984, n° 83-165 DC.

<sup>248</sup> CEC, *Rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, Assemblée nationale, 2018, n° 771, 207 p. et ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Première conférence des réformes*, *op. cit.*, p. 183-245 et ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, *op. cit.*, p. 202 et s.

<sup>249</sup> ACTAL aux Pays-Bas a ainsi un budget de fonctionnement de 2 millions d'euros annuels, en Suède l'autorité fonctionne elle avec un peu moins d'1 million d'euros, v. E. LAMURE, *La simplification. Étude de législation comparée*, rapport au Sénat n° 267, 2016, p. 13. À l'inverse, le *National Audit Office* britannique a un budget de 64 millions de livres sterling annuel, mais il est doté d'un effectif de 800 personnes et n'est pas uniquement dédié aux évaluations, v. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>250</sup> Le rapport préconise la création d'un organe spécifique rattaché au Parlement pour garantir l'indépendance des services en cause, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, Assemblée nationale, 2018, p. 211.

<sup>251</sup> Mais pas compétente sur tous les éléments de l'étude d'impact, v. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, *op. cit.*, p. 203.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 117 et s.

parlementaire de la mission sur la simplification législative, qui prévoyait de confier cette expertise au Conseil économique, social et environnemental (le CESE), qui dispose, il est vrai, d'un vivier d'experts – mais pas de toutes les compétences requises<sup>253</sup>. Néanmoins, cette instance est bien trop peuplée pour servir de contrôleur efficace des études d'impact des projets de loi<sup>254</sup>. Même si la moitié de ses membres étaient supprimés comme le souhaite le gouvernement<sup>255</sup>, il faudrait créer des délégations dédiées à l'évaluation et bousculer le fonctionnement de cette institution. En tout état de cause, le CESE a lui-même affirmé qu'il préférerait se voir attribuer un rôle limité dans la définition des indicateurs des évaluations rétrospectives<sup>256</sup>.

La création d'une Agence parlementaire paraît aussi plus raisonnable en comparaison d'une autre proposition contenue dans le rapport « Refaire la démocratie », qui consistait dans une modification des institutions plus radicale encore. Le rapport optait en effet pour une fusion du CESE et du Sénat pour en faire un pôle de contrôle et d'évaluation<sup>257</sup> : une délégation dédiée aux études d'impact pourrait alors être créée. Cette solution permettrait l'intervention d'un organe indépendant, impartial et compétent pour analyser les études d'impact des projets de loi dans la procédure législative, mais elle suppose un tel bouleversement des institutions qu'elle serait trop longue à mettre en place, alors qu'il est urgent de redresser la qualité des études d'impact.

La création d'une Agence parlementaire de l'évaluation proposée par les députés en vue de la révision constitutionnelle de 2019 pourrait être plus rapidement mise en œuvre, à condition d'être actée lors du vote de la prochaine révision. En effet, la création d'un organe bicaméral *sui generis* dédié au contrôle des études d'impact ne pourra être obtenue que par son inscription dans une proposition ou un projet de loi constitutionnelle. S'il était adopté par les organes parlementaires ou par voie législative, il se heurterait vraisemblablement au contrôle du Conseil constitutionnel, qui a une conception très stricte des missions de contrôle et d'évaluation du Parlement (2).

---

<sup>253</sup> V. L. DE LA RAUDIÈRE (prés.), P. JUANICO, *Rapport d'information...*, *op. cit.*, p. 345 et s.

<sup>254</sup> L'article 71 de la Constitution prévoit que le nombre de ses membres ne peut excéder deux-cent trente-trois. Dans les ordres juridiques voisins, ce sont moins d'une trentaine de personnes qui sont chargées de contrôler les évaluations.

<sup>255</sup> « Révision des institutions : le scénario de l'exécutif », *Les échos*, disponible sur le site internet du journal.

<sup>256</sup> V. N. MANSOURI-GUILIANI, *Promouvoir une culture de l'évaluation de politiques publiques*, CESE, 2015, P. 132.

<sup>257</sup> C. BARTOLONE et M. WINOCK (co-prés.), *Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions. Refaire la démocratie*, Assemblée Nationale, 2015, p. 102 et s.

## 2) Un contrôle dépendant d'une intervention du pouvoir constituant

**640.** Conférer à une instance parlementaire la mission de contrôler la qualité des études d'impact et, en sus, le pouvoir d'agir sur le déroulement de la procédure parlementaire au nom de l'évaluation a déjà été fait. C'est le rôle qui a été confié à la Conférence des présidents de chaque assemblée par la révision constitutionnelle de 2008. Sans cette intervention du pouvoir constituant, il est certain que le juge constitutionnel se serait opposé à un tel mécanisme, conformément à la ligne très stricte qu'il a développée à l'égard de la mission de contrôle et d'évaluation parlementaire. En effet, le Conseil constitutionnel impose au Parlement une vision éculée de la séparation des pouvoirs qui empêche l'épanouissement d'une véritable activité de contrôle parlementaire en dehors des articles 49 et 50 de la Constitution<sup>258</sup>. Il n'est ainsi pas fortuit que les parlementaires aient saisi l'occasion d'une révision constitutionnelle prochaine pour envisager l'institution d'une Agence parlementaire de l'évaluation, organe bicaméral doté d'une autonomie fonctionnelle et composée d'experts pluridisciplinaires<sup>259</sup>. Si elle était instaurée par d'autres voies, ce contrôle de qualité des études d'impact serait en effet probablement censuré comme forme non autorisée de contrôle du Parlement sur le gouvernement.

**641.** Il est vrai que l'évaluation n'est pas étrangère à l'activité de contrôle parlementaire. Le lien entre les deux est largement fait par la doctrine malgré la séparation entre les deux activités établies à l'article 24 de la Constitution. Si les auteurs distinguent entre le contrôle parlementaire classiquement pensé, c'est-à-dire le contrôle s'achevant par le renversement du Gouvernement, et l'évaluation<sup>260</sup>, ils intègrent celle-ci dans une définition renouvelée

---

<sup>258</sup> V. G. CARCASSONNE, « Que reste-t-il du parlementarisme rationalisé ? », in J. Pascal (dir.), *La Constitution de la V<sup>e</sup> République – Réflexions pour un cinquantenaire*, La documentation française, 2008, p. 97-106.

<sup>259</sup> V. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, op. cit., p. 217 et s. Le rapport propose également l'inscription d'un nouvel article dans la Constitution pour garantir l'accès aux données publiques des membres de l'Agence (p. 226).

<sup>260</sup> V. Ch.-A. MORAND, « L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS, *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., coll. « Les études de la documentation française », 1995, p. 133-153 ; J.-P. DUPRAT, « Le Parlement évaluateur », *RIDC*, n° 2, 1998, p. 551-576 ; J. CHEVALLIER, « Introduction », in M.-C. KESSLER et al., *L'évaluation des politiques publiques*, op. cit., p. 12-20 ; J.-F. CALMETTE, « L'évaluation des politiques publiques : un moyen de contrôle de l'action du gouvernement ? », in X. MAGNON, R. GHEVONTIAN et M. STEFANINI (dir.), *Pouvoir exécutif et Parlement : de nouveaux équilibres ?*, Aix-Marseille, PUAM, 2012, p. 90-119 ; J.-F. AMEDRO, « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *RDP*, n° 5, 2013, p. 1137 et s., et B. DU MARAIS,

de ce contrôle, désormais orienté vers la responsabilisation<sup>261</sup> des gouvernants<sup>262</sup>, à l'image du contrôle parlementaire pratiqué dans les régimes présidentiels<sup>263</sup> qui, « s'il implique toujours l'identification des défaillances, cherche moins à déstabiliser le gouvernement qu'à améliorer le service rendu aux administrés (...). Ces formes de contrôle, orientées vers le dialogue, sont plus objectives [et plus] constructives »<sup>264</sup>. Elles doivent rapprocher « l'action de l'État et la demande de ceux qu'il administre »<sup>265</sup>.

Si l'activité d'évaluation est indissociable de ce contrôle<sup>266</sup>, elle ne se confond pas avec lui. Conformément à sa nature préparatoire, elle serait plutôt la « démarche préliminaire »<sup>267</sup>, technicisée<sup>268</sup> de ce contrôle adouci. Elle servirait à informer les parlementaires pour qu'ils puissent, dans un second temps, distinct, exercer leur contrôle partisan en votant une résolution ou en prenant toute autre action<sup>269</sup>. La pratique évaluative n'aboutit donc pas à un contrôle technocratique et dépolitisé du Gouvernement, elle prépare seulement la mise en œuvre des nouvelles formes de contrôle politique<sup>270</sup>. Le contrôle de la qualité de l'évaluation s'inscrirait dans cette première phase informative : il ne participerait pas à l'activité de contrôle du Parlement.

Toutefois, cette nouvelle définition élargie du contrôle parlementaire n'est vraisemblablement pas partagée par le Conseil constitutionnel qui se montre

---

« Intervention », in L. de la RAUDIERE (prés.) et R. JUANICO, *Mission sur la simplification... op. cit.*, p. 239-242.

<sup>261</sup> Sur le glissement de la notion de « responsabilité » du gouvernement, v. X. BIOY, « Avant-propos », in X. BIOY (dir.), *Constitution et responsabilité*, Montchrestien, coll. « Grands colloques », 2009, p. 9-22.

<sup>262</sup> Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, dit « Rapport Balladur I », *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, 2007, p. 52 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 32<sup>ème</sup> éd., coll. « Sirey Université », 2015, p. 546 ; B. MATHIEU, « Propos introductifs », in X. BIOY (dir.), *Constitution et responsabilité*, op. cit., p. 23-30 et A. PARIENTE, « Évaluation parlementaire et responsabilité politique du gouvernement », *LPA*, 2000, n° 14, p. 9-20.

<sup>263</sup> V. Ph. LAUVAUX, « Le contrôle, source du régime parlementaire, priorité du régime présidentiel », *loc. cit.*, p. 36. Pour l'auteur, il s'agit d'une « idée de base propre à favoriser une convergence durable entre régime présidentiel et régime parlementaire, idée selon laquelle la fonction de contrôle ne saura se développer que si elle est déconnectée de la question de la responsabilité politique ».

<sup>264</sup> P. TÜRCK, *Le contrôle parlementaire en France*, op. cit., p. 35.

<sup>265</sup> A. DELCAMP, « La perception du contrôle parlementaire, comment le rendre plus attractif ? », *Pouvoirs*, n° 134, p. 109-122.

<sup>266</sup> V. M. GALAND, « Quelle efficacité des moyens nouveaux ? Le contrôle imposé art. 48 al. 4 », in X. MAGNON et alii, *Pouvoir exécutif et Parlement : de nouveaux équilibres ?*, op. cit., p. 147-157.

<sup>267</sup> F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « Manuels », 37<sup>e</sup> éd., 2016, p. 623.

<sup>268</sup> V. P. TÜRCK, *Le contrôle parlementaire en France*, op. cit., p. 191. L'auteur juge par ailleurs cette forme de contrôle plus objective, « puisque les considérations partisans doivent en principe céder le pas à un examen technique et relativement impartial de la gestion des services administratifs et de la mise en œuvre des politiques », p. 188.

<sup>269</sup> V. J.-F. AMEDRO, « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *loc. cit.*, p. 18.

<sup>270</sup> V. B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, op. cit., p. 206-207.

particulièrement hostile à l'égard des velléités de diversification de cette activité. Il applique depuis 1958 une ligne dure<sup>271</sup> explicable au lendemain de la IV<sup>e</sup> République, mais anachronique depuis l'installation du fait majoritaire qui a dépourvu l'article 49 alinéa 2 de portée pratique après 1962<sup>272</sup>. Cette rigueur fondée sur une vision éculée de la séparation des pouvoirs<sup>273</sup> se traduit par le cantonnement des missions évaluatives du Parlement à une stricte et « simple fonction d'information »<sup>274</sup>. Pour le juge constitutionnel, le seul contrôle possible doit s'exprimer dans le cadre des procédures de l'article 49 et de l'article 50<sup>275</sup>, ce qui fait écrire à certains auteurs que « le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel apparaît caractérisé par la volonté de faire rigoureusement respecter les prérogatives de l'exécutif »<sup>276</sup>. De fait, toute tentative pour organiser une autre forme de contrôle de l'action gouvernementale est censurée, alors même que le travail législatif a en soi un lien direct et certain avec le contrôle parlementaire<sup>277</sup>.

Le Conseil constitutionnel a déjà opposé sa rigidité aux instances évaluatives. Il a notamment interdit la tenue d'un débat contradictoire sur les rapports émis par le Comité d'évaluation et de contrôle (CEC) et il a interdit à cette instance de convoquer des responsables administratifs ou de bénéficier du concours d'experts extérieurs placés sous l'autorité du gouvernement<sup>278</sup>. Le CEC peut uniquement organiser librement la publicité de ses évaluations<sup>279</sup> ainsi que des débats non contradictoires (donc des débats ayant lieu en l'absence de responsables administratifs ou du gouvernement) et sans vote<sup>280</sup> dans le

---

<sup>271</sup> V. *contra*, sur l'étendue réelle du contrôle parlementaire, E. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *Pouvoirs*, n° 134, 2010, p. 71-81.

<sup>272</sup> Il s'agit pour P. Avril d'une « fiction qu'il est impératif de congédier », P. AVRIL, « L'introuvable contrôle parlementaire », *Les petites affiches*, n° 140, p. 7-15.

<sup>273</sup> Pour P. Türk, la vision du Conseil est « réductrice et (...) largement dépassée », P. TÜRK, *Le contrôle parlementaire en France*, *op. cit.*, p. 130. A. Vidal-Naquet qualifie aussi cette vision de « rigoriste », et A. VIDAL-NAQUET, « Évaluation et qualité normative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, *op. cit.*, p. 41-66.

<sup>274</sup> A. VIDAL-NAQUET, « Évaluation et qualité normative », *loc. cit.*, p. 64. V. Cons. const., n° 2009-583 DC, 22 juin 2009.

<sup>275</sup> Voir Cons. const., 17, 18 et 24 juin 1959, n° 59-2 DC. Le Conseil constitutionnel l'a récemment rappelé dans le commentaire autorisé des décisions n° 2009-581 DC, 2009-582 DC et 2009-583 DC du 25 juin 2009 : « le contrôle (du gouvernement) a pour corollaire la mise en cause de la responsabilité de l'autorité contrôlée ». Cette interprétation stricte interdit au Parlement de contrôler les politiques publiques, il ne peut que contrôler l'action du Gouvernement et, à côté, évaluer les politiques publiques. D'après le Conseil constitutionnel, l'organisation de votes ou de résolutions sur une appréciation aussi globale outrepassé les compétences du Parlement, qui sont donc interprétées très restrictivement.

<sup>276</sup> P. AVRIL et J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, LGDJ-Lextenso, coll. « Domat », 5<sup>e</sup> éd., 2014, p. 11.

<sup>277</sup> V. A. LE DIVELLECC, « Les effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, n° 134, 2010 p. 123-139, et E. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *loc. cit.*, p. 72.

<sup>278</sup> Cons. const., n° 2009-583 DC du 25 juin 2009.

<sup>279</sup> Articles 46 et 145 al. 62 et 5 du RAN.

<sup>280</sup> Article 146-7 du RAN.

cadre de sa mission évaluative. Il en va de même pour la MEC et la MECSS<sup>281</sup>. La marge de manœuvre de l'Assemblée nationale, qui a intégré la scission entre contrôle et évaluation dans son règlement<sup>282</sup> est donc particulièrement restreinte.

**642.** Au regard de ces solutions rigides, il est probable que le Conseil constitutionnel s'oppose à l'organisation par voie non constitutionnelle d'un contrôle parlementaire des études d'impact des projets de loi. Même si ce contrôle se limitait à la seule publication d'un avis simple de l'organe compétent, sans formulation impérative, dans la logique du *name and shame*<sup>283</sup>, le juge constitutionnel pourrait considérer qu'il s'agit d'une activité dépassant la simple information du Parlement, d'autant qu'elle s'exerce sur un acte émanant du gouvernement. Or un système de contrôle sans conséquence sur la procédure législative pourrait se révéler plus efficace que le mécanisme de sanction concrète prévue par la loi organique – la non inscription du projet de loi litigieux à l'ordre du jour en cas de constat par la Conférence des présidents compétente des manquements de l'étude d'impact<sup>284</sup>.

Dans la mesure où le Conseil constitutionnel tend à considérer que tout ce qui n'est pas expressément permis au Parlement dans la Constitution lui est interdit<sup>285</sup> – principe qu'il n'applique pas nécessairement à lui-même<sup>286</sup> –, l'absence de prévision d'un contrôle des études d'impact en dehors de l'article 39 dans la Constitution rend inévitable

---

<sup>281</sup> Article 145 du RAN.

<sup>282</sup> *Ibid.* : « Sans préjudice des dispositions les concernant contenues au Titre second, les commissions permanentes assurent l'information de l'Assemblée pour lui permettre d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement ».

<sup>283</sup> V. N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017 p. 473-500.

<sup>284</sup> Aujourd'hui, la sanction confiée à la Conférence des présidents n'est pas adéquate. Elle n'a pas une grande portée médiatique et elle n'aboutit pas nécessairement à un blocage du processus législatif ou à une saisine du Conseil constitutionnel. En effet, le refus d'inscription du projet à l'ordre du jour peut être contourné par le Gouvernement qui peut choisir de déposer le texte sur l'autre assemblée – excepté pour les projets relatifs aux collectivités territoriales – et ce refus n'empêche pas l'examen du texte en Commission, v. B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 184 et s.

<sup>285</sup> V. notamment Cons. const., n° 90-275 DC, 6 juin 1990, n° 2004-493 DC, 26 fév. 2004 et n° 2009-581 à 583 DC, 25 juin 2009. V. J. LAPORTE et J.-M. TULARD, *Le droit parlementaire*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1986, p. 37 et J.-F. AMEDRO, « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *loc. cit.*, p. 13.

<sup>286</sup> En ce sens, le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent pour contrôler indirectement l'étude d'impact dans le cadre de l'article 61 de la Constitution alors que rien ne le permettait expressément et que cette possibilité avait été rejetée lors des débats parlementaires, v. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 1375 sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, J.-L. WARSMANN, janvier 2009, p. 112.

l'organisation d'une révision constitutionnelle<sup>287</sup> pour instaurer un réel contrôle parlementaire des études d'impact des projets de loi.

**643.** L'« absence de détermination très claire du contenu » du contrôle parlementaire joue donc au détriment du Parlement<sup>288</sup> et, subséquemment, du processus décisionnel législatif qui subit un succédané de rationalisation des décisions publiques dès lors que les études d'impact des projets de loi ne font l'objet d'aucun contrôle technique approfondi en amont et d'aucun contrôle juridictionnel réel en aval. Faute de disposer des capacités nécessaires au contrôle de l'évaluation, le Conseil constitutionnel pourrait s'effacer au profit d'un organe de contrôle non juridictionnel, une instance indépendante, comme le souhaiterait le Sénat<sup>289</sup>, ou une instance parlementaire bicamérale *ad hoc*, comme le souhaiterait l'Assemblée nationale<sup>290</sup>, qui interviendrait au cours de la procédure législative. Cette transformation requerrait certes une intervention du pouvoir constituant, mais l'organisation d'un tel contrôle est indispensable pour réhabiliter l'étude d'impact des projets de loi et lui permettre d'avoir des effets neutres, voire positifs sur la procédure législative.

**644. Conclusion du chapitre.** Le contrôle juridictionnel n'est pas la seule voie possible pour améliorer la qualité de l'évaluation et protéger les évalués et les procédures décisionnelles publiques contre les effets pervers de cette expertise. Des contrôles plus efficaces, car plus systématiques et plus en amont peuvent avantageusement le précéder, voire le remplacer. Toutes les personnes qui portent ou qui subissent l'évaluation ont intérêt à ce que des experts impartiaux vérifient la qualité des évaluations proposées avant leur transmission au décideur et sa publication, c'est-à-dire avant qu'elles ne produisent des effets juridiques ou extrajuridiques. Cette méta-évaluation, déjà pratiquée en droit de l'environnement, mériterait d'être généralisée. En plus d'accroître la confiance dans l'évaluation et de faciliter son contrôle juridictionnel, elle serait parfois la condition de sa fiabilité et diminuerait le risque de conflit relatif à l'évaluation. L'organisation d'un contrôle technique préalable semble même être la seule voie susceptible de garantir la mise

---

<sup>287</sup> Sur le fondement de l'article 89 de la Constitution.

<sup>288</sup> Ph. BLACHER, *Le contrôle du Parlement en France*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>289</sup> Proposition de loi organique visant à améliorer la qualité des études d'impact, adoptée par le Sénat le 7 mars 2018.

<sup>290</sup> V. CEC, *Rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, Assemblée nationale, *op. cit.*, 207 p., et ASSEMBLÉE NATIONALE, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Deuxième conférence des réformes*, *op. cit.*, p. 202 et s.

en œuvre d'un contrôle approfondi des études d'impact des projets de loi. Leur méta-évaluateur pourrait être, comme le souhaitent certains parlementaires, un service indépendant au sein du Parlement. Il pallierait la politique jurisprudentielle d'extrême réserve pratiquée par le Conseil constitutionnel à l'égard des études d'impact des projets de loi depuis 2010.

Généralisée, cette étape supplémentaire dans la procédure emporterait des risques contentieux minimes et elle optimiserait l'intervention du juge dans l'intérêt de l'évaluation, des évalués, des tiers et des décideurs publics. Le contrôle juridictionnel optimisé de l'évaluation serait ainsi parfois, selon les perspectives, anticipé ou reculé, complété ou suppléé.

**645. Conclusion du titre.** L'amélioration de la qualité de l'évaluation et la résolution des difficultés mises à jour par la doctrine – mise à l'écart du principe de régularité juridique dans les procédures décisionnelles publiques, sous-utilisation de l'évaluation, menace de l'intégrité des activités et des personnes évaluées, *etc.* – ne serait pas obtenue de la même manière par toutes les voies de droit à disposition des requérants. Certains recours juridictionnels se révèlent ainsi moins efficaces que des contrôles administratifs ou techniques.

En effet, si les recours juridictionnels indemnitaires peuvent satisfaire les intérêts personnels et pécuniaires des requérants, ils auraient peu d'effets sur les pratiques évaluatives. En l'état du droit, les décideurs et évaluateurs en matière administrative seraient condamnés trop rarement pour que l'engagement de leur responsabilité ait un effet dissuasif ou incitatif à large échelle, tandis que les décideurs et évaluateurs en matière législative profitent d'une immunité totale. Toutes les actions juridictionnelles ne se valent donc pas en matière évaluative pour répondre aux craintes de la doctrine et construire le régime unifié répondant à l'unité de la notion d'évaluation. Si le juge a un rôle à jouer dans la production d'évaluations de qualité, en agissant tant sur les textes que sur les pratiques, il ne pourra le jouer qu'au travers de la contestation de la régularité des évaluations et des décisions qu'elles ont préparées.

Ce pouvoir du juge ne doit toutefois pas faire oublier le caractère aléatoire et ultime de son intervention : la survenance d'un conflit non résolu par d'autres moyens. Or, il paraît important de prévenir la survenance des conflits relatifs aux évaluations, ne serait-ce parce que le juge, au bout de la chaîne de contrôle, ne dispose pas toujours des connaissances techniques nécessaires. À ce titre, la généralisation de méta-évaluateurs, c'est-à-dire de

tiers experts indépendants et impartiaux chargés de vérifier la qualité des évaluations avant leur transmission au décideur et leur publication profiterait autant au juge qu'aux autres acteurs de l'évaluation. Son intervention ne grèverait pas la procédure de risques contentieux démesurés, faute de possibilité de recours par voie d'action contre ces avis. S'agissant des études d'impact des projets de loi, ce méta-évaluateur pourrait même pallier le retrait du juge constitutionnel et l'absence d'intervenant doté des compétences techniques suffisantes et de l'impartialité nécessaire à la réalisation d'une évaluation objective et exacte. Ce méta-évaluateur pourrait prendre la forme, comme les députés le suggèrent, d'une agence parlementaire bicamérale, pluridisciplinaire et dotée d'une autonomie fonctionnelle. Cette évolution devrait toutefois être inscrite dans la Constitution. Elle ne pourrait être créée par aucun autre moyen, puisque le Conseil constitutionnel s'oppose traditionnellement à la mise en place d'instances parlementaires susceptibles de porter des avis sur le travail du gouvernement.

En dehors de ce cas particulier, la généralisation des méta-évaluateurs ne rendrait pas pour autant inutile toute intervention juridictionnelle. D'une part, contrairement aux juges, ils n'agiraient pas sur les textes de l'évaluation, et ne se prononceraient pas sur l'utilisation de l'évaluation par le décideur. D'autre part, ils ne se prononceraient pas en droit, ils établiraient seulement la qualité de l'acte produit au regard des standards propres aux expertises évaluatives. Ainsi, ils constitueraient seulement des assistants efficaces pour mettre à jour et faire corriger les défauts des évaluations avant leur publication, sans empiéter sur l'office du juge. Les efforts des juges et des méta-évaluateurs se conjugueraient donc pour endiguer les dérives de la rationalisation des décisions publiques par l'évaluation. L'optimisation du contrôle juridictionnel de l'évaluation dépendrait, dans cette perspective, de l'optimisation du contrôle non juridictionnel de cet acte.

**646. Conclusion de la partie.** La définition d'un contrôle juridictionnel optimal de l'évaluation n'est pas un exercice désincarné : elle doit répondre à l'exigence de cohérence juridique ainsi qu'à l'exigence de protection de et contre l'évaluation. Ce contrôle ne peut être pensé qu'à partir de la nature juridique de l'évaluation et de son insertion dans la complexité du réel. Il ne doit être pensé qu'en raison du vide entourant les expertises non contentieuses de droit public, oubliées des systématisations doctrinales et de la jurisprudence.

Ce contrôle optimisé serait d'abord un contrôle de la légalité de l'évaluation, identique devant le juge administratif et le juge constitutionnel. Il porterait en premier lieu sur l'évaluation elle-même, sa procédure, sa forme et son contenu, c'est-à-dire sa motivation, l'adéquation de sa méthode, sa suffisance et sa justesse afin d'éliminer les évaluations défectueuses susceptibles de biaiser les décisions publiques et de préjudicier aux évalués. Ce contrôle pensé à partir des caractéristiques de l'évaluation constituerait une déclinaison du contrôle juridictionnel latent que le juge applique à chaque fois qu'une expertise, c'est-à-dire à tout acte technique informatif, est contestée.

Ce contrôle de l'expertise évaluative ne serait toutefois que la première branche du contrôle juridictionnel de la légalité de l'évaluation. En effet, l'évaluation étant un acte préparatoire, il importe aussi d'examiner la décision qu'elle a accompagnée : celle-ci ne doit pas avoir été fondée sur une évaluation illégale et le décideur ne doit pas avoir sous ou surestimé une évaluation légale. La nature informative et normative de l'évaluation guide les modalités de ce contrôle, qui revêtirait la forme d'un examen particulier, propre aux avis informatifs, adjoint aux contrôles actuellement pratiqués, qui ont été pensés pour les seuls avis-conseils. Dans le cadre de ce contrôle, la contestation par voie d'exception de la légalité de l'évaluation se répercuterait sur la décision finale chaque fois que cette erreur a empêché la fourniture d'une information pertinente ou que l'objectivité de l'évaluation n'est pas garantie. Ce contrôle serait complété, en miroir, par la possibilité de contester l'utilisation faite d'une évaluation légale. Cet examen protégerait la normativité modérée de l'acte préparatoire évaluatif. Il pourrait se traduire par le contrôle d'une obligation existante, mais balbutiante : la prise en considération et, en l'espèce, la prise en considération de l'évaluation par le décideur. En vertu de cette obligation, les autorités administratives devraient motiver leur décision de s'écarter du modèle implicitement fourni par l'évaluation et les parlementaires devraient faire évaluer les amendements qui bousculent l'économie du projet de loi discuté – une obligation maintes fois proposée sur d'autres fondements. Ce contrôle garantirait que la rationalité managériale qu'elle diffuse

ne prévaut pas sur le principe de régularité juridique dans les procédures décisionnelles publiques.

**647.** Ce contrôle de la régularité de l'évaluation et de la décision finale serait essentiel. C'est la seule forme de contrôle juridictionnel à même de jouer à grande échelle sur la qualité de l'évaluation et des décisions publiques. En effet, les recours indemnitaires ne peuvent ni s'achever par l'annulation ou par la réformation d'un texte ni engendrer de changement d'ampleur dans les comportements évaluatifs.

En contentieux administratif, aucun des divers régimes de responsabilité applicables aux décideurs ou aux évaluateurs officiels ou officieux, recrutés par contrat, n'a un effet dissuasif ou incitatif. Les décideurs et les évaluateurs intervenant en matière législative bénéficient d'une immunité quasi totale. En matière administrative, en dehors de l'hypothèse où le décideur a mal pris en considération l'évaluation, il est très difficile de prouver que la faute résultant d'une irrégularité évaluative a directement causé un préjudice. Il est donc difficile d'obtenir réparation et de diffuser, par ce biais, les bonnes pratiques évaluatives. Cette conclusion ne pourrait être nuancée que si un revirement de jurisprudence redéfinissait la faute imputable aux décideurs administratifs en une obligation d'information spécifique, afin d'augmenter leur responsabilisation.

Toutefois, même si cette éventualité se concrétisait, les effets des recours indemnitaires sur la rationalisation des décisions publiques resteraient très indirects. Le contrôle intégral de la régularité de l'évaluation exposé plus haut ne pourrait être efficacement complété que par la généralisation des méta-évaluations, c'est-à-dire par la mise en œuvre de contrôles techniques préventifs systématiques avant la publication de l'évaluation et sa transmission au décideur. Ces examens réalisés par des tiers impartiaux disposant des compétences techniques requises compenseraient le manque d'objectivité et/ou de compétences de certains évaluateurs et ils préviendraient ou, au contraire, mettraient en valeur certaines irrégularités évaluatives. Dans les deux cas, ils optimiseraient l'intervention du juge en évitant la survenance de conflits ou en lui fournissant une expertise fiable.

Ces contrôles auraient une importance accrue en matière législative compte tenu d'une part, du retrait du Conseil constitutionnel, qui contrôle à peine la régularité des études d'impact des projets de loi et, d'autre part, de l'impossibilité de mettre en jeu la responsabilité du législateur ou du gouvernement du fait de l'irrégularité d'une de ces études. L'absence de responsabilité pour faute et la possible qualification de l'évaluation

d'acte de gouvernement empêchent ainsi toute responsabilisation des protagonistes de la procédure d'élaboration des études d'impact des projets de loi. La qualité de ces évaluations ne pourrait être imposée, dans ces conditions, qu'à l'occasion d'un contrôle technique réalisé par un expert impartial avant l'examen de la loi par le Parlement. Or, si les propositions des députés sont adoptées, un organe chargé d'une telle mission sera instauré par la révision constitutionnelle prévue pour 2019. Sa création optimiserait le rôle du contrôle du Conseil constitutionnel en le reléguant au rang de contrôleur subsidiaire, voire en l'absence de sursaut jurisprudentiel, de contrôleur inutile.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

**648.** Alors que les investigations sur l'évaluation sont arrivées à maturité en science politique et en science administrative, cet acte ne peut plus être ignoré par la communauté des juristes, notamment les juristes publicistes.

Au terme de cette recherche, l'évaluation peut être définie, en droit public, comme toute *expertise qui prépare une décision du Parlement ou de l'Administration en formulant un jugement de valeur sur des éléments contextuels passés, présents ou futurs, à partir de données mesurées et en fonction de critères et de valeurs de référence*. Cette définition prolonge les travaux effectués dans les autres disciplines et dépasse les divergences usuelles entre auteurs de science politique et de science administrative. Elle englobe toutes les expertises évaluatives, tout en ne couvrant qu'une infime partie des actes appelés évaluation dans le langage courant, où le terme tend à désigner très largement tout jugement de valeur ou de fait, objectif ou subjectif, porté sur un objet. En droit, l'évaluation a donc un sens plus restreint : elle désigne un acte juridique singulier qui pourrait être soumis à un régime propre.

**649.** Cet objet d'étude partagé peut être soumis à une analyse purement juridique. Il est en effet possible de s'intéresser à l'évaluation sans maîtriser les méandres techniques de sa mise en œuvre, qui prennent parfois la forme de calculs statistiques ou de mesures scientifiques. Néanmoins, le syncrétisme disciplinaire fait la richesse de l'évaluation. Si sa soumission globale au droit permet de l'étudier à partir des classifications usuellement employées et des problématiques propres à cette matière, les juristes gagneraient à intégrer dans leur réflexion les recherches achevées dans les autres disciplines.

Les questions animant une recherche juridique classique – la cohérence du système juridique, l'application du droit, le contrôle juridictionnel – peuvent ainsi être traitées à partir des interrogations soulevées par les chercheurs en science politique et en science administrative, les sociologues et les philosophes. Or, ceux-ci doutent de l'efficacité de l'évaluation et redoutent ses effets secondaires. Ces préoccupations reflètent la rationalité évaluative, téléologique et conséquentialiste. À cet égard, si les écrits doctrinaux et le droit positif ont été explorés et ont servi de fondement et de jalons pour la réflexion, celle-ci, à l'image de l'évaluation, s'est éloignée « du monde de l'être [et] du devoir-être » pour

s'inscrire dans le monde du « pourrait-être »<sup>1</sup>. Ce mode conditionnel, prévisionnel, mais non fictionnel a soutenu la réflexion sur la systématisation du contrôle juridictionnel de l'évaluation.

**650.** Derrière ce « pourrait-être » évaluatif s'est ainsi logée l'éthique de l'évaluation : l'utilitarisme. La philosophie morale échafaudée par J. Mills et par J. Bentham a imprégné l'ensemble de cette recherche. L'utilitarisme, comme éthique de la décision, est conséquentialiste : elle définit la bonne décision comme celle qui maximise le bonheur de tous<sup>2</sup>. Depuis les Lumières, cette théorie influence l'adoption des lois<sup>3</sup>. L'évaluation, qui prépare tant des lois que des décisions administratives, la concrétise. Dans son sillage, elle participe à la recherche d'une règle de meilleure qualité. Comme l'utilitarisme, elle s'intéresse peu aux droits de l'Homme<sup>4</sup> à l'exception du droit à l'environnement, ce que reflète cette recherche. Comme l'utilitarisme, elle souffre de certaines déviations calculatoires qui font préférer les nombres aux mots à l'échelle législative<sup>5</sup> et la quantité à la qualité à l'échelle évaluative.

Ce contexte philosophique a imprégné notre étude juridique de l'évaluation : celle-ci a été interrogée à l'aune de ses conséquences en droit, en fait et dans d'autres disciplines. Il explique aussi la place centrale accordée au juge. En effet, alors que l'autorité du législateur ou du pouvoir exécutif ne suffit plus à légitimer leur action et que les valeurs qui guident les décisions publiques sont expressément énoncées, avec leurs contradictions, et soumises au tribunal de l'opinion publique<sup>6</sup>, le rôle du juge, arbitre correcteur, croît dans la société<sup>7</sup>.

**651.** La synthèse de ces influences a tenu lieu de fil directeur. Les interrogations de la doctrine intéressée par l'évaluation, toute discipline confondue, ont été converties en droit.

---

<sup>1</sup> A. SUPPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au collège de France : 2012-2014*, Fayard, 2015, p. 22.

<sup>2</sup> J. BENTHAM, *Constitutional code*, 1830, rééd. Clarendon Press-Oxford, 1983, p. 21.

<sup>3</sup> V. D. BARANGER, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, coll. « L'Esprit de la cité », 2018, p. 92.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>5</sup> V. A. SUPPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au collège de France*, *op. cit.*, 525 p.

<sup>6</sup> Cette notion est développée par J. Bentham pour désigner une forme de contrôle moral qu'exerce le peuple, J. BENTHAM, *Constitutional code*, *op. cit.*, p. 44. V. aussi F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, p. 186.

<sup>7</sup> V. D. BARANGER, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, *op. cit.*, p. 306.

Les conséquences réelles et craintes du développement non contrôlé de l'évaluation ont ainsi motivé une étude des potentialités d'un contrôle juridictionnel systématisé de cet acte.

**652.** L'étude du droit positif et de la doctrine juridique a dévoilé l'impensé de la sous-catégorie d'actes juridiques préparatoires dont relèvent les évaluations destinées à des autorités de droit public : les avis informatifs. Peu de recherches approfondies sont consacrées à ces avis, et plus particulièrement aux expertises adressées à l'Administration ou au Parlement. Ce type de consultation est pourtant topique de l'administration contemporaine qui ne consulte plus seulement « pour s'informer, mais aussi pour informer »<sup>8</sup>.

Les avis, ces actes non impératifs intégrés dans une procédure décisionnelle ne sont pas inconnus de la doctrine en droit public, mais la vaste catégorie des avis adressés à l'Administration ou au Parlement n'a pas été explorée en profondeur. Quant au juge, il a modelé son contrôle sur les avis-conseils, c'est-à-dire les avis qui répondent, contrairement aux avis informatifs, à la même question que celle qui est posée au décideur, à savoir « faut-il prendre cet acte ? ».

La catégorie des évaluations s'est jusqu'ici développée dans l'ombre de ces avis. Or, en tant qu'expertise, l'évaluation mérite un examen particulier. Contrairement aux avis-conseils, elle ne répond qu'à des questions connexes à celle posée au décideur, elle contextualise la prise de décision. Elle obéit, comme toute expertise, à des principes spécifiques devant garantir son objectivité et elle est dotée d'une normativité proportionnée à cette objectivité : elle est censée avoir une influence non négligeable sur le choix final de ses destinataires, les décideurs publics. Cette normativité explique en partie l'ampleur des conséquences qu'elle peut avoir, tant sur les évalués que sur le principe de régularité juridique, affaibli dans le processus décisionnel. La catégorisation juridique de l'évaluation et la mise à jour de sa normativité modérée éclairent ainsi les recherches menées jusqu'ici en droit, en sociologie, en science politique et en science administrative sur les conséquences de cette nouvelle pratique. Cette expertise, porteuse d'un modèle implicite de jugement adressé au futur auteur d'un acte impératif, produit nécessairement et accidentellement certains effets sur ses destinataires et sur les tiers.

---

<sup>8</sup> J. SIWEK-POUYDESSEAU, « Consultation et participation », G. LANGROD, *La consultation dans l'administration contemporaine*, éd. Cujas, 1972, p. 224.

**653.** Réciproquement, les recherches menées jusqu'ici en droit, en sociologie, en science politique et en science administrative mettent en lumière l'utilité d'un contrôle juridictionnel systématisé de l'évaluation. Ce contrôle neutraliserait une partie importante des effets négatifs imputés à la pratique évaluative dans la mesure où le juge est le seul à pouvoir agir en même temps sur les textes organisant l'évaluation, les évaluations produites et les décisions finales. Il pourrait lisser ou combler certains textes de droit qui mésestiment la nature réelle de l'acte évaluatif et corriger l'utilisation de l'évaluation faite par les décideurs. Son action aurait aussi l'avantage d'améliorer la cohérence du système juridique puisque'une même catégorie d'actes, les évaluations de droit public, serait soumise à un contrôle unifié. Cette systématisation mettrait fin à l'éparpillement des contrôles actuels, dont la diversité n'est justifiée ni par les particularités de chaque catégorie d'évaluation ni par des questions de politique jurisprudentielle, étant donné que les contentieux les plus largement ouverts concernent les évaluations les plus fréquentes, à savoir celles produites en droit de la fonction publique et en droit de l'environnement.

**654.** Ce contrôle prospectif est à agencer davantage qu'à inventer dans la mesure où il point de l'ensemble de techniques et de méthodes déjà utilisées par les juges à l'occasion de divers contentieux. Il ne constituerait *in fine* qu'une déclinaison d'un contrôle applicable à l'ensemble des avis informatifs, ou du moins à l'ensemble des expertises, qu'elles soient destinées au Parlement, à l'Administration ou aux juges. En effet, la détermination d'un contrôle juridictionnel adapté aux spécificités de l'expertise évaluative a corrélativement mis à jour l'unité des divers actes d'expertise, dont l'objectivité et la justesse peuvent être garanties par un socle commun de moyens.

**655.** Ce contrôle commun porterait d'abord, qu'il soit pratiqué par voie d'action ou, le plus souvent, par voie d'exception, sur la régularité de l'évaluation elle-même. Le juge vérifierait en premier lieu la légalité externe de l'évaluation, c'est-à-dire sa procédure et sa forme, conditions de son objectivité. Pour être objective, une expertise, évaluative ou autre, doit être motivée, signée, et elle doit avoir été rédigée ou examinée avant sa publication par un expert indépendant, impartial et disposant des compétences techniques adéquates. Une forme de contradictoire doit aussi être respectée. Les expertises évaluatives doivent spécialement, en plus, répondre à une exigence de collégialité ou au moins de pluralité des évaluateurs.

Cet examen serait complété par un contrôle de la fiabilité de l'évaluation, c'est-à-dire par un contrôle de sa légalité interne, placé sous le signe du principe de proportionnalité. Pour être fiable, une évaluation, comme toute expertise, doit être suffisante, ce qui signifie que son périmètre et l'approfondissement des recherches effectuées doivent être proportionnés à l'objet évalué, la méthode employée par l'évaluateur doit être appropriée et le résultat obtenu doit être exact, ce qui suppose un contrôle des faits et de l'erreur manifeste d'appréciation – donc un contrôle de l'adéquation ou de la proportionnalité au sens strict.

**656.** Ce contrôle de la régularité évaluative serait complété par un contrôle de la régularité de la décision préparée par l'évaluation. Cet examen serait, une nouvelle fois, adapté à la nature des avis informatifs. Il y aurait donc deux contrôles des vices de procédure : le contrôle actuel, pensé pour des avis-conseils, et un contrôle nouveau, pensé pour les avis informatifs. Avec ce contrôle, une décision fondée sur une évaluation irrégulière serait annulée chaque fois que l'évaluation employée n'est pas objective ou ne contextualise pas correctement la décision à prendre, peu important que cette irrégularité soit sans influence sur le sens de la décision finalement prise. Seul ce type de contrôle sied à la dimension proprement informative de l'évaluation et la rationalisation des décisions publiques par l'évaluation ne progressera qu'à ce prix.

Ce contrôle qui protège avant tout la qualité des évaluations produites serait adéquatement complété, en matière administrative, par un examen destiné à protéger leur normativité. Ce contrôle porterait sur l'utilisation faite par le décideur d'une évaluation même régulière. Dans cette optique, une décision administrative fondée sur une évaluation régulière serait annulée si le décideur n'a pas pris en considération l'évaluation, c'est-à-dire s'il rejette le modèle d'action qu'elle propose implicitement sans justifier pourquoi il en dévie. Cette vérification n'aurait pas d'équivalent devant le Conseil constitutionnel en raison de la liberté des parlementaires, sauf à mettre en place une obligation d'actualiser l'étude d'impact des projets de loi en cas d'amendement bouleversant l'économie du texte initial.

**657.** Le juge disposerait donc d'un large éventail de techniques pour protéger l'évaluation et ses acteurs contre ses dérives. La complétude du contrôle décrit ci-dessus ne doit toutefois pas faire illusion : le juge ne sera pas le sauveur de l'évaluation. Certains contrôles, comme les recours en responsabilité, sont incapables d'avoir des effets concrets

sur les pratiques évaluatives. Plus largement, l'intervention aléatoire du juge, au gré des saisines, n'a pas vocation à constituer le mode normal de contrôle de l'évaluation. Le juge est le tiers garant ultime de l'ordre juridique, en cas de survenance de conflits non prévenus et non résolus par d'autres biais. Or les conflits relatifs à l'évaluation pourraient être efficacement prévenus par la généralisation de méta-évaluations, c'est-à-dire des procédures de vérification systématique de la qualité des évaluations, réalisées par des experts impartiaux. La méta-évaluation n'aurait pas pour but de réévaluer, mais seulement de vérifier le respect des principes évaluatifs, donc de produire un jugement non juridictionnel sur la régularité de l'évaluation réalisée<sup>9</sup>. Cette forme d'action, déjà incarnée par les autorités environnementales en matière administrative pourrait notamment pallier les insuffisances du Conseil constitutionnel qui, par manque de moyens et de volonté, délaisse les études d'impact de projet de loi et les autres évaluations destinées au Parlement. Le contrôle juridictionnel de l'évaluation n'est en effet pas une fin en soi dès lors qu'il est pensé dans le cadre de la téléologie évaluative, c'est-à-dire pour améliorer la qualité de l'évaluation et neutraliser ses effets néfastes.

**658.** L'intervention du juge n'a ainsi pas été l'unique point de départ ni l'unique ligne d'horizon de cette recherche. L'évaluation a d'abord été étudiée conceptuellement, grâce à un détour par les disciplines extrajuridiques et la théorie du droit, dans le but de surmonter le prisme déformant de la jurisprudence. Ensuite, l'entreprise de systématisation contentieuse a permis de mieux comprendre l'acte d'évaluation et son appartenance à la catégorie plus large des expertises non contentieuses, en mettant à jour le socle du régime et du contrôle de toutes les expertises, judiciaires ou non. L'angle contentieux a certes engendré une certaine technicité du propos, mais il a permis la définition d'une théorie jurisprudentielle de l'évaluation, c'est-à-dire une « sublimation logique des règles jurisprudentielles qui semblent alors répondre à des lois supérieures »<sup>10</sup>. Dans ce cadre, le contentieux de l'évaluation a été pensé, dans une perspective téléologique<sup>11</sup>, comme un « moyen efficace de contourner exceptionnellement l'application insatisfaisante de la loi »<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> V. D. L. STUFFLEBEAM, « The Meta-evaluation Imperative », *American Journal of Evaluation*, Vol. 22, n° 2, 2001, p. 183-209.

<sup>10</sup> J. de GLINIASTY, *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 298, 2018, p. 347-348.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 269 et p. 325.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 225.

**659.** Au lieu d'être un facteur d'enfermement, l'approche contentieuse a facilité la lecture juridique d'une notion habituellement étudiée indépendamment du droit. Elle a canalisé l'interdisciplinarité inhérente à l'évaluation<sup>13</sup>, sans l'effacer. Cette recherche a ainsi cherché à prolonger la multidisciplinarité des regards portés sur l'évaluation en proposant une catégorisation juridique et un modèle de contrôle juridictionnel adapté à cette catégorisation. Cette tentative ne sera pas vaine si elle contribue à développer l'intérêt des juristes, théoriciens ou praticiens, pour les captivantes évaluations.

---

<sup>13</sup> E. WASNER, « Évaluation des politiques publiques : faut-il de l'interdisciplinarité ? », *LIEPP – Methodological Discussion paper*, septembre 2013, n° 2, p. 4-23.



## BIBLIOGRAPHIE

### I. DICTIONNAIRES

- ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos Poche », 2003, 1649 p.
- ARNAUD A.-J., BELLEY J.-G. et CARTY A. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, coll. « Droit et société » 2<sup>e</sup> éd., 1993, 757 p.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, CORNU G. et autres, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12<sup>e</sup> éd., coll. « Quadrige Dico Poche », 2017, 1103 p.
- BOUSSAGUET L., JACQUOT S. et RAVINET P., *Dictionnaire des politiques publiques*, Les presses de Sciences Po., coll. « Gouvernances », 3<sup>e</sup> éd., 2010, 771 p.
- FOULQUIÉ P. (dir.), *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, 1992, 778 p.
- HENRY E., GIBER C., JOUZEL J.-N., MARICHALAR P. (dir.), *Dictionnaire critique de l'expertise. Santé, travail, environnement*, Les Presses SciencesPo, 2015, 375 p.
- LALANDE A. (dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 1 et 2, PUF, coll. « Quadrige », 5<sup>e</sup> éd., 1999, 1323 p.
- REY A. (dir.), *Le Petit Robert 2015*, Le Robert-Desk editions, coll. « PR1 » 2014, 2387 p.

### II. OUVRAGES

- ALBERT N. (dir.), *Performance et droit administratif : actes du colloque des 29 et 30 janvier 2009*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2010, 306 p.
- AMSELEK P., *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, coll. « Le temps des idées », 2012, 648 p.
- APPLETON J., *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Dalloz, 1927, 681 p.
- ARNAUD A., *Critique de la raison juridique. Tome 1 : où va la sociologie du droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », vol. XXVI, 1981, 466 p.
- ASCHIERI G. et LE PORS A., *La fonction publique du XXI<sup>e</sup> siècle*, Les éditions de l'Atelier/éditions ouvrières, 2015, 229 p.
- ATIAS C., *Épistémologie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 2840, 1994, 127 p.
- AUBIN E., *L'essentiel de la fonction publique*, Galino, éd. « Les carrés », 2001, 216 p.
- AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ-Lextenso, coll. « Systèmes Droit », 2<sup>ème</sup> éd., 2014, 264 p.
- AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, PUF, coll. « Thémis Droit », 1981, 508 p.
- AUBY J.-M., DIDIER J.-P., TAILLEFAIT A. et AUBY J.-B., *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. « Précis Droit public – science politique », 2012, 895 p.
- AUBY J.-M. et DRAGO R., *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, 686 p.
- AUBY J.-B., PERINET-MARQUET H. et NOGUELLOU R., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ, coll. « Domat droit public/privé », 10<sup>e</sup> éd., 2015, 1196 p.
- AUSTIN J. L., *Quand dire c'est faire*, Ed. du Seuil, coll. « Points », 1970, 218 p.
- AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif français faites à l'école des ponts et chaussées*, Dunod, 2<sup>e</sup> éd., t. 1 1878, 681 p.
- AVRIL P. et GICQUEL J. et GICQUEL J.-E., *Droit parlementaire*, LGDJ-Lextenso, coll. « Domat », 5<sup>e</sup> éd., 2014, 398 p.

- BADINTER R. et BREYER S., *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Fayard-Publications de la Sorbonne, 2003, 382 p.
- BARANGER D., *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, coll. « L'Esprit de la cité », 2018, 325 p.
- BARRAUD B., *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, coll. « Bibliothèques de droit », 2017, 332 p.
- BASLÉ M., *Connaissance et action publique*, Economica, 2010, 96 p.
- BÉCHILLON (de) D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, 302 p.
- BÉCHILLON (de) D., CAILLOSSE J. et RENARD D., *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2001, 304 p.
- BENTHAM J., *Constitutional code*, 1830, rééd. Clarendon Press-Oxford, 1983, 612 p.
- BENTHAM J., *Traité de législation civil et pénal*, 1802, Bossange, Masson et Besson, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, 477 p.
- BERGÈRE F., BEZANÇON X. et XAVIER L., *Le guide opérationnel des PPP*, Le moniteur, coll. « Guides juridiques marchés publics », 2010, 3<sup>e</sup> éd., 430 p.
- BERGOIGNAN ESPER C. et DUPONT M., *Droit hospitalier*, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 9<sup>e</sup> éd., 2014, 986 p.
- BERTHIAU D., *Droit de la santé*, Gualino, coll. « Fac université Mémentos LMD », 2007, 273 p.
- BEZANÇON X., DERUY L., FISZELSON R. et FORNACCIARI M., *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Le moniteur, coll. « Guides juridiques marchés publics », 2005, 248 p.
- BÈZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, coll. « Le lien social », 2009, 519 p.
- BILLAUDOT F. et BESSON-GUILLAUMOT M., *Environnement, Urbanisme, Cadre de vie. Le droit et l'administration*, Montchestien, 1984, 153 p.
- BLACHER P., *Le parlement en France*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2012, 210 p.
- BONNARD R., *Précis de droit public*, Sirey, 5<sup>e</sup> éd., 1938, 375 p.
- BONNARD R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, 1934, éd. Delagrave, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, 266 p.
- BONNET J., GAHDOUN P.-Y. et ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, coll. « Précis Droit public », 3<sup>ème</sup> éd., 2016, 880 p.
- BORÉ J. et BORÉ L., *La cassation en matière civile*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2015, 793 p.
- BOUDON R., *Le sens des valeurs*, PUF, coll. « Quadrige grands textes », 2007, 397 p.
- BOURCIER D. et DE BONIS M., *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, coll. « Les empêcheurs de penser en rond », 1999, 125 p.
- BOURDIEU P., *La distinction : critique sociale du jugement*, éd. De Minuit, 1996.
- BREEN E. (dir.), *Évaluer la justice*, PUF, coll. « Droit et justice », 2002, 301 p.
- BUISSON J.-P. et GIORGI D., *La politique du médicament*, LGDJ, coll. « Clefs Économie », 1997, 160 p.
- BURLAUD A. et LAUFER R., *Management public*, Dalloz, 1980, 337 p.
- BRENET F. et MELLERAY F., *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats*, Litec, coll. « Collectivités territoriales », 2005, 278 p.
- BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Louvain-Paris, Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1988, 286 p.
- BOUIX A., *Le risque de développement : Responsabilité et indemnisation*, PUAM, 1995, 149 p.
- CAILLOSSE J., *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, PUF, 2008, 421 p.
- CAILLOSSE J., *L'état du droit administratif*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2015, 346 p.

- CAPITANT R., *Cours de doctorat. Cours de principes du droit public. 1955-1956*, Les cours de droit, 1956, 354 p.
- CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige manuels », 2e éd., 2004, 416 p.
- CASTRIES (de) H. et MOLFESSIS N. (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare et Martin, coll. « Rapport du club des juristes », 2015, 359 p.
- CATHERINE R. et THUILLIER G., *Introduction à une philosophie de l'administration*, Armand Colin, 1969.
- CENTRE DE DROIT COMPARÉ et Ph. SARAILLHÉ, *Les experts : auxiliaires ou substituts du juge ?*, coll. « Centre français de droit comparé », 2009, 153 p.
- CHANTEBOUT B., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 33<sup>ème</sup> éd., coll. « Sirey université. Série droit public », 2015, 636 p.
- CHAPUS R., *L'administration et son juge*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999, 426 p.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2 t., 15<sup>ème</sup> éd., 2001, 2224 p.
- CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, coll. « Domat droit public », 2008, 1540 p.
- CHARBONNEAU S., *La gestion de l'impossible. La protection contre les risques techniques majeurs*, Economica, coll. « Patrimoine », 1992, 152 p.
- CHEVALLIER J., *L'État de droit*, Montchrestien-Lextenso, coll. « Clefs politique », 2010, 5<sup>e</sup> éd., 160 p.
- CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis Droit », 5<sup>ème</sup> éd., 2013, 640 p.
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2014, 272 p.
- CHEVALLIER J., *L'État de droit*, LGDJ, « Clefs Politique », 6<sup>e</sup> éd., 2017, 160 p.
- CLÉMENT M., *Droit européen de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2010, 565 p.
- CROZIER M., *État modeste, État moderne*, Fayard 1987, p. 254 s.
- CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, 321 p.
- CURAPP, *L'évaluation du personnel des services publics*, Commissariat Général du Plan, 1994, 112 p.
- DARCY G., *La responsabilité de l'Administration*, Dalloz, coll. « Cours », 1996, 158 p.
- DARCY G. (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Sénat, coll. « Les colloques du Sénat : les actes », 2003, 399 p.
- DEBBASCH C., *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1981, 3<sup>e</sup> éd., 1007 p.
- DEBBASCH C., *Institutions et droit administratifs, t. 2, L'action et le contrôle de l'administration*, PUF, coll. « Thémis Droit Public », 1998, 4<sup>e</sup> éd., 707 p.
- DEBBASCH C., *Science administrative*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1989, 5<sup>e</sup> éd., 858 p.
- DEBBASCH C. et RICCI J.-C., *Contentieux administratif*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 1994, 287 p.
- DE MARTEL J.-F. et PITOIS-PUJADE M.-L., *La gestion des ressources humaines, élément de performance des administrations publiques : séminaire d'administration comparée. 3. Évaluation*, ENA, 1999, 82 p.
- DEJEAN DE LA BATIE N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965, 316 p.
- DEJOURS C., *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Editions Quae, coll. « Sciences en question », 84 p.
- DEL REY A., *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, 2013, 149 p.
- DELBLOND A., *La fonction publique de l'État*, Lyon, L'Hermès, coll. « L'essentiel sur : la fonction publique », 1994, 113 p.
- DELCAMP A., BERGEL J.-L. et DUPAS A., *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., coll. « Les études de la documentation française », 1995, 245 p.
- DELVOLVÉ P., *Le droit administratif*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. 2010, 152 p. et 6<sup>e</sup> éd, 2014, 156 p.

- DERO-BUGNY D. et LAGET-ANNAMAYER A. (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, 237 p.
- DESPAX M., *Droit de l'environnement*, Librairies techniques, 1980, 879 p.
- DETOURBE M., *Les enjeux de l'évaluation dans l'enseignement supérieur : le cas des universités britanniques*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2014, 276 p.
- DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. « Manuels Droit Privé », 2017, 416 p.
- DORD O. *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2<sup>ème</sup> éd., 2012, 400 p.
- DRAGO R., *Science administrative*, Les cours de droit, 1985, 213 p.
- DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2011, coll. « Thémis », 686 p.
- DREYFUS F. et EYMERI J.-M., *Science politique de l'administration. Une approche comparative*, Economica, coll. « Études politiques », 2006, 307 p.
- DROBENKO B., *Droit de l'urbanisme*, Gualino, coll. « Memento LMD », 8<sup>e</sup> éd. 2013, 320 p. et 13<sup>e</sup> éd., 2018, 318 p.
- DUBOIS J.-P., *La responsabilité administrative*, La découverte, coll. « Repères », 1996, 308 p.
- DUEZ P., *La responsabilité de la puissance publique*, 2<sup>ème</sup> éd., 1938, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2012, 342 p.
- DUEZ P., *Les actes de gouvernement*, 1935, rééd. Dalloz, 2006, coll. « Bibliothèque Dalloz », 216 p.
- DUGUIT L. *Traité de droit constitutionnel*, t.1 et t.2, Fontemoing et Cie, 1921, 370 et 358 p.
- DUGUIT L., *Leçons de droit public général*, E. de Boccord, 1928, rééd., La mémoire du droit, 2000, 340 p.
- DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, rééd. La mémoire du droit, coll. « Bibliothèque Léon Duguit », 1999, 304 p.
- DUGUIT L. et MODERNE F., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. « Études de droit public », 2003, 623 p.
- DUGUIT L. et MODERNE F., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. « Études de droit public », 2005, 774 p.
- DUPUIS G., *Recherches sur le régime juridique de l'acte administratif unilatéral*, Polycopié de cours, 1972-1973, 98 p.
- DUPUIS G. (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, 125 p.
- DURIEUX P. (dir.), *Évaluation, qualité, sécurité dans le domaine de la santé. Guide des principaux termes*, Médecine-Sciences Publications, 1998, 138 p.
- DWORKIN R., *L'empire du droit*, PUF, coll. « Recherches politiques », 1994, 468 p.
- ELLUL J., *La technique ou l'enjeu du siècle*, Economica, coll. « Classiques des sciences sociales », 2<sup>e</sup> éd., 2008, 423 p.
- EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. 2, 1983, rééd. 2002, 908 p.
- ÉPINEUSE H., *Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe : bilan et perspectives*, Institut des hautes études sur la justice, 2008, 165 p.
- FRIER P.-L. et PETIT J., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 10<sup>e</sup> éd., 2015, 646 p.
- FORTIER C. (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?*, CNRS éd., coll. « CNRS droit », 2007, 217 p.
- FRYDMAN B et VAN WEATENBERGE A. (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2014, 396 p.
- GÉNY F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 1 et t. 2, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1919, 422 p. et 446 p.
- GARANCHER T., *Études d'impact environnemental*, 2013, éd. Le Moniteur, coll. « Pratique du droit », 2013, 436 p.

- GARDAVAUD G. et OBERDOFF H. (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle (actes du colloque du 40<sup>ème</sup> anniversaire des tribunaux administratifs)*, Grenoble, PUG, 1995, 494 p.
- GAUMONT-PRAT H., *Le droit du médicament*, Les études hospitalières 2013, 149 p.
- GICQUEL J. et GICQUEL J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ-Lextenso, coll. « Domat droit public », 30<sup>e</sup> éd., 2016, 914 p.
- GOESEL-LE BIHAN V., *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2<sup>e</sup> éd., 2016, 311 p.
- GOHIN O., *Contentieux administratif*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2014, 542 p.
- GONOD P., MELLERAY F et YOLKA P. (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2 t., 2012, 844 p.
- GRZEGORCZYK C., *La théorie générale des valeurs et le droit : essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1982, 282 p.
- GUETTIER C., *La responsabilité administrative*, LGDJ, Systèmes, coll. « Droit », 1996, 192 p.
- GUYOMAR M. et SEILLER B., *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2014, 582 p.
- HABERMAS J., *La technique et la science comme idéologie*, trad. J.-R. LADMIRAL, Gallimard, 1973, 219 p.
- HALPERN C., LASCOSMES P. et LE GALÈS P., *L'Instrumentation de l'action publique. Controverses, résistance, effets*, Presses de Sciences Po, 2014.
- HAMON L., *Les juges de la loi : naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987, 300 p.
- HAMON F. et TROPER M., *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « Manuels », 37<sup>e</sup> éd., 2016, 878 p.
- HAMMJE P., JANICOT L. et NADAL S. (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, 272 p.
- HART H. L. A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 2<sup>ème</sup> éd., 344 p.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 1900, rééd. Dalloz, 2002, 1160 p.
- HOLCMAN R., *Droit hospitalier. Manuel de gouvernance hospitalière*, Berger-Levrault, 2010, 704 p.
- HOCHMANN T., JOUVE D. et PAILLER P. (dir.), *Le contrôle juridictionnel du droit souple*, Reims, Épure, 2017, 273 p.
- HUSSON L., *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, PUF, 1947, 544 p.
- INSTITUT FÉDÉRATIF ENVIRONNEMENT ET EAU et CRIDEAU, *Incertitude juridique, incertitude scientifique*, Limoges, Pulim, coll. « cahiers du CRIDEAU », n° 3, 2001, 186 p.
- INSTITUT FRANÇAIS DE SCIENCE ADMINISTRATIVE, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Cahier n° 16, éd. Cujas, 1978, 91 p.
- IRIBARNE (d') P., *La logique de l'honneur. Gestion des entreprises et traditions nationales*, Ed. du Seuil, 1989, 279 p.
- JACQUOT H. et PINET F., *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, coll. « Précis », 7<sup>e</sup> éd., 2015, 1248 p.
- JAMET M. (dir.), *La valeur. Problématique de la valeur*, Marketing, 1974, 224 p.
- JASANOFF S., *Le droit et la science en action*, trad. O. Leclerc, coll. « Rivages du droit », 2013, 208 p.
- JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, Nancy, Berger-Levrault, 1904, rééd. Dalloz, coll. « Anthologie du droit », t. 3, 3<sup>e</sup> éd., 320 p.

- JHERING R., *L'évolution du droit*, trad. de la 3<sup>e</sup> éd. allemande par O. de MEUNELAERE, Chevalier-Marescq et Cie, 1901, 400 p.
- JHIERING R., *La lutte pour le droit*, Marescq Aîné, 1890, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006, 114 p.
- JOUVENEL G. et MASINGUE B., *Les évaluations d'une action de formation dans les services publics : enjeux, méthodes et outils*, les éd. d'Organisation, coll. « Service public », 1994, 207 p.
- KELSEN H., *La théorie pure du droit*, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, 467 p.
- KETELE (de) J.-M., *Docimologie. Introduction aux concepts et aux pratiques*, Louvain-La-Neuve, Cabay, 1985, 143 p.
- KUHN T. S., *La structure des révolutions scientifiques*, trad. augmentée de 1970, Flammarion, coll. « Nouv. Bibliothèque scientifique », 1972, 247 p.
- LACOUETTE-FOUGÈRE C. et LASCOUMES P., *Les scènes multiples de l'évaluation. Les problèmes récurrents de son institutionnalisation*, LIEPP Policy Book, n° 1, 2013, 158 p.
- LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1 et t. 2, Nancy, Berger-Levrault, 2<sup>e</sup> éd., 1896, 670 et 675 p.
- LAGROYE J., FRANÇOIS B. et SAWICKI F., *Sociologie politique*, Dalloz, coll. « Amphi – Presses de SciencesPo et Dalloz », 6<sup>e</sup> éd., 2012, 624 p.
- LAMARQUE D., *L'évaluation des politiques publiques locales*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, 219 p.
- LANGAVANT E. et ROUAULT M.-C., *Contentieux administratif*, Dalloz-Sirey, 1986, 359 p.
- LANGROD G., *La consultation dans l'administration contemporaine*, éd. Cujas, 1972, 971 p.
- LAPORTE J. et TULARD J.-M., *Le droit parlementaire*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1986, 127 p.
- LASCOUMES P. et LE GALÈS P., *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences-Po, 2004, 370 p.
- LATOUR B., *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État.*, La découverte, 2002, 319 p.
- LATOURNERIE D., *Le Conseil d'État. "Au nom du peuple français..."*, Dalloz, coll. « Conn. Du droit », 2005, 156 p.
- LAUBADÈRE (de) A., VENEZIA J.-C. et GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 1999, 15<sup>e</sup> éd., 1107 p.
- LAUDE A., MATHIEU B. et TABUTEAU D., *Droit de la santé*, PUF, coll. "Thémis Droit", 3<sup>e</sup> éd., 2012, 726 p.
- LEBRETON G., *Droit administratif général*, Dalloz, coll. « Cours », 7<sup>e</sup> éd., 2013, 600 p.
- LECA A., *Droit pharmaceutique*, Bordeaux, LEH Editions, 8<sup>e</sup> éd., 2015, 524 p.
- LECA J. et GRAWITZ M. (dir.), *Traité de science politique*, PUF, t. 4, 1985, 558 p.
- LE JEUNE P. et SERBA J. (dir.), *La fonction publique face à la culture de résultat*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Administration et fonction publique », 2006, 162 p.
- LÉVY-LEBLOND J.-M., *La pierre de touche. La science à l'épreuve...*, Gallimard, coll. « Essais », 1996, 369 p.
- LICHÈRE F. et autres, *Pratique des partenariats publics-privés*, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, 216 p. et 2<sup>ème</sup> éd., 2009, 268 p.
- LIGNIÈRES P., *Partenariats public-privé : contrats de partenariat, montages contractuels complexes, financement de projet, réforme de l'État, droit public des affaires*, Litec, coll. « Litec affaires, finances », 2<sup>e</sup> éd., 2005, 440 p.
- LOCHAK D., *La justice administrative*, Montchrestien, coll. « Clefs », 3<sup>ème</sup> éd., 1998, 158 p.
- LOMBARD M., DUMONT G., SIRINELLI J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours Dalloz », 2015, 671 p.

- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLLÉ P. et GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2015, 996 p.
- MARTIN-BIDOU P., *Droit de l'environnement*, Vuibert, coll. « Dyna'sup Droit », 2010, 357 p.
- MARTY F., TROSA S. et VOISIN A., *Les partenariats public-privé*, La Découverte, coll. « Repères économie », t. 441, 2006, 122 p.
- MASSOT J., FOUQUET O., et STAHL J.-H., *Le conseil d'État juge de cassation*, Berger-Levrault, 2001, 3<sup>e</sup> éd, 353 p.
- MAUS D., *Le Parlement sous la V<sup>e</sup> République*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, 127 p.
- MELLERAY F., *Droit de la fonction publique*, Economica, 3<sup>e</sup> éd., 2013, 448 p.
- MILLARD E., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Conn. du droit », 2006, 136 p.
- MOLINER-DUBOST M., *Synthèse - Droit à l'information et principe de participation en droit à l'environnement*, LexisNexis, coll. « Encyclopédies », 2017, 48 p.
- MONIE G. et ROOZ G., *De la notation dans la fonction publique au bilan individuel*, Les éd. d'Organisation, 1991, 198 p.
- MONNIER E., *Évaluation de l'action des pouvoirs publics. Du projet au bilan*, Economica 1987, p. 71 et s.
- MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, LGDJ, coll. « Manuels », 5<sup>e</sup> éd., 2018, 528 p.
- MORAND Ch.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, 227 p.
- MORAND-DEVILLER J., *Droit de l'environnement*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2015, 127 p.
- MOREAU J., *La responsabilité administrative*, PUF, coll. « Que sais-je », 1996, 128 p.
- MOREAU J. et TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, Dalloz, coll. « Les mémentos de la série Dalloz », 6<sup>e</sup> éd., 2004, 261 p.
- MORDACQ F., *La réforme de l'État par l'audit*, LGDJ, coll. « Systèmes. Finances publiques », 2009, 209 p.
- NIOCHE J.-P., POINSARD R. et al., *L'évaluation des politiques publiques*, Economica, 1984, 302 p.
- NEURAY J.-F., *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Précis de la faculté de droit de l'université libre de Bruxelles », 2001, 752 p.
- ODENT R., *Cours de contentieux administratif*, 2, Dalloz-Sirey, coll. « Les cours de droit », 2007, 1834 p.
- OST F., *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2016, 578 p.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *Jalons pour une théorie du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 602 p.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 597 p.
- PACTEAU B., *Traité de contentieux administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental : traités », 2008, 646 p.
- PACTEAU B., *Contentieux administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental Classiques », 7<sup>e</sup> éd., 2005, 530 p.
- PAILLET M., *La responsabilité administrative*, Dalloz, coll. « Cours », 1996, 282 p.
- PAILLET M., *La modernisation de la justice administrative en France*, Larcier, 2010, 322 p.
- PERRET B., *L'évaluation des politiques publiques*, La découverte, coll. « Sciences politiques, droit », 2014, 120 p.
- PERELMAN Ch., *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, 326 p.
- PERELMAN Ch., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1984, 203 p.

- PERELMAN Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque du droit », 2001, 193 p.
- PERELMAN Ch., *Éthique et droit*, Bruxelles, Ed. de l'université de Bruxelles, coll. « UBlire Fondamentaux », 2012, 824 p.
- PHILIP-GAY M. (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, 192 p.
- PLANTEY A., *Traité pratique de la fonction publique*, Pichon et Durand-Auzias, 2e éd., t 2, 1963, 637 p.
- PLANTEY A. et PLANTEY M.-C., *La fonction publique* », LexisNexis, coll. « Traités », 3<sup>e</sup> éd., 2012, 1186 p.
- PLESSIX B., *Droit administratif général*, LGDJ, coll. « Manuel », 2018, 1647 p.
- POCHARD M., *Les 100 mots de la fonction publique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, 127 p.
- POPPER K., *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot, trad. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, 1990, 480 p.
- PRIEUR M., *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 1048 p.
- PRIEUR M. (dir.), *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 7<sup>e</sup> éd., 2016, 1228 p.
- RENARD E., *Le Droit, la Logique et le Bon sens*, Librairie Sirey 1925, 408 p.
- RENDA A., *Impact Assessment in the EU: The State of the Art and the Art of the State*, Bruxelles, CEPS Paperbacks, 2006, 164 p.
- REVEL T. (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, 203 p.
- REYNAUD T. et MOURA P., *Réussir son contrat de partenariat. Le guide pratique*, EFE, 2012, 205 p.
- RICHER L. et LICHÈRE F., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 10<sup>e</sup> éd., 2016, 778 p.
- ROBINEAU Y. et TRUCHET D., *Le conseil d'État*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2012, 127 p.
- ROMI R., *Droit de l'environnement*, Issy-Les Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 2014, 614 p.
- ROQUEPLO PH., *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Quae, coll. « Sciences en questions », 1997, 112 p.
- ROSANVALLON P., *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, éd. du Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2006, 349 p.
- ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, éd. du Seuil, coll. « Points », 2010, 367 p.
- ROUGEVIN-BAVILLE P., *La responsabilité administrative*, Hachette, coll. « Les fondamentaux », 1992, 159 p.
- ROUVILLOIS F., *Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'innovation politique, 2006, 36 p.
- SAVARIT-BOURGEOIS I., *Droit de l'urbanisme*, Gualino, coll. « Master », 2014, 650 p.
- SEARLE J. R., *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, 2<sup>e</sup> éd., 2009, 271 p.
- SEILLER B., *Droit administratif. 1. Les sources et le juge*, Flammarion, coll. « Champs Université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., 353 p.
- SEILLER B., *Droit administratif. 2. L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs Université », 2018, 7<sup>e</sup> éd., 384 p.
- SFEZ L., *L'administration prospective*, Armand Colin, coll. « U série science admin. », 1970, 431 p.
- SFEZ L., *La décision*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4<sup>e</sup> éd., 2004, 126 p.
- SOLER-COUTEAUX P. et CARPENTIER E., *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2015, 6<sup>e</sup> éd, 952 p.

- SUPIOT A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Éditions du Seuil, 2010, 184 p.
- SUPIOT A., *Critique du droit du travail*, PUF, coll. « Quadrige », 280 p.
- SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres. Cours au collège de France : 2012-2014*, Fayard, 2015, 512 p.
- STUDER N. (dir.), *Méthodes d'évaluation des politiques publiques : actes du séminaire*, DREES, coll. « Études et statistiques », 2011, 142 p.
- SYMCHOWICZ N. et PROOT P., *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes. Analyse et aide à la décision*, éd. du Moniteur, coll. « Essentiel experts/Contrats publics locaux », 2012, 628 p.
- TEITGEN-COLLY C. (dir.), *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Mare & Marin, coll. « ISPJS », 2017, 215 p.
- TERRÉ F. et MOTULSKY H. (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Ed. de l'Épargne, coll. « Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris », 1969, 455 p.
- THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, 912 p.
- TIMSIT G., *Les figures du jugement*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1993, 203 p.
- TREPOS J.-Y., *La sociologie de l'expertise*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, 128 p.
- TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 2001, 334 p.
- TROSA S., *L'évaluation des politiques publiques*, L'institut de l'entreprise, 2004, 75 p.
- TROSA S. (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France-IGPDE, coll. « Gestion publique », 2009, 250 p.
- TÜRK P., *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ-Lextenso, coll. « Systèmes Droit », 2011, 260 p.
- VALLEMONT S., *La notation des agents dans les trois fonctions publiques*, Nancy, Berger-Levrault, coll. « Gestion publique guide d'action », 2<sup>e</sup> éd., 1997, 172 p.
- VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, PUF, coll. « Thémis Droit Public », 4<sup>e</sup> éd., 2016, 566 p.
- VEDEL G., *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis Droit », 6<sup>e</sup> éd., 901 p.
- VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, PUF, 12<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis Droit Public », t. 1 et t. 2, 2014, 901 p.
- VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, 1991, 280 p.
- VILLEY M., *Philosophie du droit. Définition et fins du droit, Les moyens du droit*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., t. 2, 2<sup>e</sup> éd. 1984-1986, rééd. Dalloz, 2008, coll. « Bibliothèque Dalloz », 339 p.
- VIRALLY M., *La pensée juridique*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2010, 255 p.
- WALINE M., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Université Fouad, Le Caire, 1949, 208 p.
- WALINE M., *Droit administratif*, Sirey, 9<sup>e</sup> éd., 1963, 934 p.
- WEBER M., *Économie et société*, trad. de J. Chavy et E. de Dampierre (dir.), Plon, coll. « Les classiques », 1998, 411 p.
- WEBER M., *Le savant et le politique*, trad. C. Colliot-Thélène, Ed. La Découverte, 2003, 207 p.
- WOEHLING J.-M. (dir.), *Les transformations de la justice administrative*, Economica/publications de l'IDL, 1995, 253 p.

### III. THÈSES

- AMSELEK P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, LGDJ, 1964, 464 p.
- BAILLEUL D., *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux en droit public français*, LGDJ, 2002, 428 p.
- BENOIT-ROHMER B., *La recevabilité dans le droit du contentieux administratif français*, thèse de l'Université de Strasbourg, 1984, 491 p.
- BÉTAILLE J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2012, 767 p.
- BIENVENU J.-J., *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois*, thèse de l'Université Paris II, 1979, 296 p.
- BLANCO F., *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité : contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, coll. « Collection du centre de recherches administratives », 2010, 694 p.
- BLANQUER J.-M., *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse de l'Université Paris II, 1993, 454 p.
- BOTTINI E., *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », V. 152, 2014, 699 p.
- BOURGOIS J.-P., *L'erreur manifeste d'appréciation, la décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, L'espace juridique, 1988, 341 p.
- BOUSSARD S., *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, 470 p.
- BOUSTA R., *La notion de bonne administration*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2010, 566 p.
- BOUVIER L.-A., *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, thèse de l'Université Paris II, 2013, 456 p.
- BRESLAU M., *La notation et la constitution du dossier du fonctionnaire depuis l'affaire des fiches*, Thèse de l'Université Paris II, 1994, 584 p.
- BRISSON J.-F., *Les recours administratifs en droit public français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 185, 1996, 494 p.
- BROYELLE C., *La responsabilité de l'État du fait des lois*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 236, 2003, 454 p.
- BRUNET F., *Normativité et droit*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2012, 678 p.
- BRUNSCHVICG L., *La modalité du jugement*, F. Alcan, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1987, 246 p.
- CABALLERO F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé et de droit public », t. 140, 1981, 361 p.
- CACQUERAY (de) S., *Le Conseil constitutionnel et les règlements des assemblées*, Economica- PUAM, coll. « Droit public positif », 2001, 465 p.
- CALANDRI L., *La notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2009, 733 p.
- CASTAING C., *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, thèse de l'Université de Bordeaux, 2001, 672 p.
- CHARLES C., *Le juge administratif, juge administrateur*, thèse de l'Université Toulouse I, 2003, 632 p.

- CHEVALLIER J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015, 317 p.
- CIAUDO A., *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2009, 542 p.
- CLAEYS A., *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse Poitiers, 2005, 1187 p.
- CLUZEL-MÉTAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 52, 2006, 637 p.
- COLIN F., *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 211, 2000, 454 p.
- COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Dalloz, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 233, 2003, 397 p.
- COLSON J.-P., *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public. », t. 51, 1970, 224 p.
- COMBRADE B.-L., *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 163, 2017, 484 p.
- CORMIER C., *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public. », 2002, t. 228, 528 p.
- DARGENT F., *La consultation en droit public interne*, thèse de l'Université Aix-Marseille, 2016, 494 p.
- DAUPHIN G., *L'Administration consultative centrale*, thèse de l'Université de Paris, 1932, 301 p.
- DEFOORT B., *La décision administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 286, 2015, 686 p.
- DEGOFFE M., *La juridiction administrative spécialisée*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public. », t. 186, 1996, 559 p.
- DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 17, 1994, 906 p.
- DELAUNAY B., *La faute de l'administration*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 252, 2007, 474 p.
- DELILLE T., *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, 727 p.
- DELPIANO V., *Le processus juridique d'évaluation et d'examen en matière environnementale en Amérique du Nord et dans l'Union européenne*, thèse de l'Université de Nice, 1999, 747 p.
- DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 59, 1964, 626 p.
- DUBISSON C., *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Dalloz, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 14, 1965, 281 p.
- DUCHARME T., *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, thèse de l'Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2018, 568 p.
- DUCLERCQ J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constit. et de sc. polit. », t. 146, 2015, 537 p.
- FASSASSI I., *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », V. 165, 2017, 767 p.
- FAURIS J., *La notation des fonctionnaires communaux*, Economica, coll. « Collectivités territoriales », 1986, 326 p.

- FAVOREU L., *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 61, 1964, 582 p.
- FOHRER-DEDEURWAERDER E., *La prise en considération des normes étrangères*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de droit privé », t. 501, 2008, 570 p.
- FONTANIER S., *Le principe de précaution en droit de la santé*, thèse de l'Université de Lille II, 2006, 504 p.
- FOUCHER K., *Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, thèse de l'Université de Nantes, 2000, 430 p.
- FOULQUIER C., *La preuve et la justice administrative française*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 685 p.
- FOURNOUX (de) L., *Le principe d'impartialité de l'administration*, thèse de l'Université de Strasbourg, 2017, 611 p.
- GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ-Lextenso, coll. « Anthologie du droit », 2014, 321 p.
- GÉNIAUT B., *La proportionnalité dans les relations du travail*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », t. 86, 2009, 474 p.
- GLINIASTY (de) J., *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 298, 2018, 463 p.
- GOLDENBERG L., *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, Dalloz, 1932, 423 p.
- GOSSEMENT A., *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan, 2003, 527 p.
- HÉBRARD S., *L'étude d'impact sur l'environnement : révolution ou évolution dans l'aménagement du territoire ?*, Thèse de l'Université Paris II, 1982, 804 p.
- HELLER Ch., *La fonction consultative dans le droit administratif français*, thèse de l'Université de Strasbourg, 1961, 327 p.
- HOSTIOU R., *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 119, 355 p.
- HUGLO C., *Le juge, la prévention et la résolution des litiges en droit de l'environnement*, thèse de l'Université Paris II, 1994, 3 vol., paginations multiples.
- HUTIER S., *Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel*, Institut universitaire Varennes, V. 125, 2016, 624 p.
- IDOUX P., *La contradiction en droit administratif*, Montpellier-Université de Montpellier I, coll. « Thèses », t. 2, 2004, 924 p.
- ISAAC G., *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 74, 1968, 732 p.
- JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, coll. « Droit public Positif », 1992, 449 p.
- KTISTAKI S., *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 162, 1991, 472 p.
- LAGARDE X., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 239, 1993, 448 p.
- LAGASSE D., *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, 558 p.
- LANGELIER E., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, coll. « Collection de la faculté de droit et sciences sociales de Poitiers », 2012, 893 p.
- LAVERGNE B., *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ-Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, collection des thèses de l'IFR, 2013, 613 p.
- LE DIVELLEC A., *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constit. et de sc. polit. », t. 119, 2004, 612 p.
- LE NOAN C., *La concertation en droit administratif français*, thèse de l'Université Paris I, 1975, 444 p.

- LECLERC O., *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé, t. 443, 2003, 471 p.
- LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2015, 349 p.
- MADER L., *L'évaluation législative*, Genève, Payot Lausanne, « Coll. juridique romande », 1985, 190 p.
- MAMOUDY O., *La modulation dans le temps des effets de droit des décisions de justice en droit français*, thèse de l'Université Paris I, 2013, 607 p.
- MARCELLESI P., *L'organisation de la justice administrative au regard de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, ANRT, 2002, 400 p.
- MARTY G., *La distinction du fait et du droit (Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait)*, thèse de l'Université de Toulouse, 1929, 388 p.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. « Droit public positif », 1999, 397 p.
- MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 212, 2001, 466 p.
- MESTRE A., *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, 1974, 376 p.
- MEUWESE A. C. M., *Impact Assessment in European Union Lawmaking*, European Monographs, 2008, 338 p.
- MIKULOWSKI W., *La décision administrative et le processus décisionnel*, thèse de l'Université Paris I-Panthéon-Sorbonne et EHESS, 1974, 157 p.
- MOCKLE D., *Recherches sur les pratiques pararéglementaires*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 147, 1984, 623 p.
- MULLER E., *Les instruments juridiques des partenariats publics-privés*, L'Harmattan, 2011, 693 p.
- NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant-Vubpress, 1999, 808 p.
- NOURY A., *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse Dactyl., Université de Nantes, 1996, 622 p.
- NSIMBA J., *La notion d'acte faisant grief en droit administratif français*, thèse de l'Université de Rennes, 1987
- OTERO C., *Les rébellions du juge administratif. Recherche sur les décisions juridictionnelles subversives*, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », t. 100, 2014, 450 p.
- PACTEAU B., *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, coll. « Travaux et recherches de la Faculté de droit de Clermont I », 1977, 263 p.
- PACTET P., *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, éd. A. Pedone, 1952, 206 p.
- PARDINI J.-J., *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2001, 442 p.
- PASTOREL J.-P., *L'expertise dans la procédure administrative contentieuse*, thèse de l'Université Paris II, 1985, 989 p.
- PEZ T., *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 274, 2013, 950 p.
- PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Economica-PUAM, coll. « Science et droit administratifs », 1990, 541 p.
- PICARD E., *La notion de police administrative*, thèse de l'Université Paris II, 1978, 1141 p.
- PLANTEY A., *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003.

- PONTES-VIEIRA I., *La valeur en droit fiscal et douanier*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de finances publiques et de fiscalité », t. 56, 2012, 612 p.
- PREVOST-GELLA J., *Le juge administratif français et les conflits de traités internationaux*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 177, 2017, 513 p.
- RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 135, 1980, 564 p.
- RRAPI P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 137, 2014, 280 p.
- ROUSSEAU D., *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse de l'Université de Poitiers, 1979, 778 p.
- SALLES S., *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 147, 2016, 779 p.
- SAVARIT-BOURGEOIS I., *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : le bilan coûts-avantages*, Thèse de l'Université de Poitiers, 1995, 440 p.
- SÉNAC C.-E., *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 145, 2015, 613 p.
- SUTTERLIN O., *L'évaluation monétaire des nuisances : éléments de réflexion au carrefour des raisonnements juridiques et économiques en matière environnementale*, thèse de l'Université Paris V, version remaniée au 10 mars 2011, 2012, 685 p.
- TIMSIT G., *Le rôle de la notion de fonction en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit Public », t. 54, 1964, 329 p.
- TREUIL E., *La preuve en droit de l'environnement*, thèse de l'Université Paris I, 2002, 524 p.
- TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 75, 1977, 394 p.
- TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », V. 60, 2006, 813 p.
- VAUTROT-SCHWARZ C., *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 263, 2009, 685 p.
- VAYROU C., *Management public et droit administratif. Essai sur la juridicité des concepts managériaux*, Thèse Université Paris II-Panthéon Assas, 2000, 540 p.
- VEDEL G., *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, 1934, 500 p.
- VENEZIA J.-C., *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 17, 1959, 314 p.
- WEBER Y., *L'administration consultative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 82, 1968, 326 p.
- ZAGORSKI W., *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque de thèses de droit public », 2015, 484 p.

#### IV. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

- AFLALO A., « L'évaluation, un nouveau scientisme », *Cités*, 2009, n° 1, p. 79-89.
- AGUILON C., « Portée potentielle et portée effective de l'interprétation jurisprudentielle de la notion de changement de circonstances », *RFDC*, Vol. 3, n° 111, 2017, p. 531-558.
- ALBERT N., « La privatisation du droit administratif le rend-elle plus performant ? », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, 2010, p. 53-65.
- ALEMANNI A., « A Meeting of Minds on Impact Assessment: When *Ex Ante* Evaluation Meets *Ex Post* Judicial Control », *European Public Law*, n° 17, 2011, p. 485-505.

- ALEMANNIO A., « The emergence of the evidence-based judicial reflex : a response to Bar-Siman-Tov's semiprocedural review », *Theory and practice of legislation*, 2012, n° 3, p. 327-340.
- ALEMANNIO A., « Le juge et les études d'impact », *RFAP*, n° 149, 2014, p. 179-194.
- ALVENTOSA J.-R., « L'évaluation des politiques publiques a-t-elle un avenir? », *Revue française de finances publiques*, n° 106, 2009, avril, p. 302-334.
- AMEDRO J.-F., « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *RDP*, n° 5, 2013, p. 1137 et s.
- AMRANI-MEKKI S., « Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ? », *JCP G*, n° 46, 2012, 1200.
- AMSELEK P., « Norme et loi », *APD*, t. 25, 1980, p. 80-108.
- AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique occidentale », *RDP*, 1982, p. 275-294.
- AMSELEK P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *Mél. M. Troper, Economica*, 2006, p. 51-78.
- AMSELEK P., « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques, » in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 3-11.
- ANGELMAR R., « L'évaluation : un outil d'apprentissage ? », *PMP*, vol. 2, n° 2, 1984, p. 111-121.
- ARENDT H., « Vérité et politique », in *La crise de la culture*, Gallimard, coll. « Folio essais », n° 113, 1989, p. 289-336.
- ARRIGHI DE CASANOVA J., « Les habits neufs du juge administratif », in *Mél. D. Labetoulle*, Dalloz, coll. « Études, Mélanges et Travaux », 2007, p. 11-21.
- ARVIS B., « Les avis de la commission de transparence ne font (toujours) pas grief », *AJDA*, 2010, p. 1889-1892.
- AUBIN E., « Les valeurs de la fonction publique en dehors de la loi du 13 juillet 1983 », *AJDA*, 2013, p.1212-1217.
- AUBY J.-M., « Le régime juridique des avis dans la procédure consultative », *AJDA*, 1956, p. 53-67.
- AUTIN J.-L. et SUDRE F., « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *RFDA*, 1996, p. 777-793.
- AUTIN J.-L., « Entre l'acte normatif et l'acte non normatif » in J.-M. PONTIER (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, Aix-Marseille, PUAM, 2008, p. 75-83.
- AVOUAC B. (dir.), « Les nouvelles voies d'évaluation médicale après l'AMM », *COMMUNICATION PARTENAIRES SANTÉ*, n° spécial, 1992, 51 p.
- AVRIL P., « Le contrôle des finances de l'État : le rôle et l'avenir de l'Office d'évaluation des politiques publiques », in L. PHILIP (dir.), *L'exercice du pouvoir financier du Parlement*, Economica, 1996, p. 101-103.
- AVRIL P., « L'introuvable contrôle parlementaire », *LPA*, n° 140, 2009, p. 7-15.
- AVRILLIER R., « L'écologie à l'épreuve du droit. Le droit à l'épreuve de l'écologie », *RJE*, n° spécial 1995, « Le juge administratif : juge vert ? », p. 15-26.
- BABADJI T., « Le sursis à exécution pour absence d'étude d'impact », *RJE*, 1992, p. 313-331.
- BACACHE M., « Les indicateurs de performance au sein des services publics : difficultés et effets pervers », in E. BREEN (dir.), *Évaluer la justice*, PUF, coll. « Droit et justice », 2002, p. 222-239.
- BADRÉ M., « Évaluation environnementale, autorité environnementale, des objets juridiques nouveaux ? », *Droit Envir.*, 2009, n° 173, p. 13-17.
- BADRÉ M., « Évaluation environnementale et préservation de la biodiversité », *RJE*, Vol. 5, n° spécial, 2011, p. 79-86.

- BANTIGNY L., « Usages, mésusages et contre-usages de l'expertise. Une perspective historique », *Histoire@politique*, n° 14, 2011, p. 3.
- BAR-SIMAN-TOV I., « Semiprocedural judicial review », *Legisprudence*, 2012, n° 3, p. 271-300.
- BAR-SIMAN-TOV I., « The dual meaning of evidence-based judicial review of legislation », *Theory and practice of legislation*, 2016, n° 2, p. 107-133.
- BARANGER D., « Utilitarisme », in Ph. RAYNAUD et S. RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, coll. « Quadrige – Dicos Poche », 1996, p. 927-932.
- BARBIER J.-M., « Éléments pour une sociologie de l'évaluation des politiques publiques en France », *RFAS*, n° 1, 2010, p. 25-49.
- BARBIER J.-C. et MATYJASIK N., « évaluation des politiques publiques et quantifications en France : des relations ambiguës et contradictoires entre disciplines », *Revue française de socio-économie*, vol. 5, 2010, p. 123-140.
- BARQUE F., « La sincérité devant le juge constitutionnel », *Revue française de finances publiques*, n° 111, 2010, p. 95 et s.
- BARQUE F., « La sincérité des budgets et comptes publics », in O. LE BOT (dir.), *Sincérité et démocratie*, Larcier, 2011, p. 61-81.
- BARTOLONE C., « Notre objectif n'est pas de limiter l'initiative du pouvoir exécutif, mais de responsabiliser l'ensemble des acteurs de la loi », *JCP G*, n° 46-47, 2014, 1169.
- BASCH S., « Le démon de l'explicite », *Cités*, 2009, n° 1, p. 51-57.
- BASLÉ M., « Révision générale des politiques publiques et activités évaluatives en France : différences, complémentarité ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France - IGPDE, coll. « Gestion public », 2009, p. 137-153
- BASLÉ M., « Méta-évaluation des politiques publiques et qualité des évaluations », *RFAP*, n° 148, 2013, p. 1017-1027.
- BAUDU A., « L'évaluation parlementaire, problème ou solution ? », *Revue française de finances publiques*, n° 113, 2011, p. 131-157.
- BEAUBEAU D. et PEREIRA C., « Mesure de la performance dans le domaine de la santé », 10<sup>ème</sup> colloque de la Comptabilité nationale, 2004, [www.insee.fr/fr/insee-statistique-publique/connaître/.../res\\_baubeau\\_pereira.pdf](http://www.insee.fr/fr/insee-statistique-publique/connaître/.../res_baubeau_pereira.pdf)
- BEAUD O., « Compétence et souveraineté », in AFDA (dir.), *La compétence : Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'AFDA à Nancy*, Litec, Coll. « Travaux de l'AFDA. Colloques & débats », 2008, p. 5-32.
- BÉCHILLON (de) D., « A propos des catégories du droit de la responsabilité », in G. DARCY (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Sénat, coll. « Les colloques du Sénat : les actes », 2001, p. 307-318.
- BECUE S., « Le maintien des effets de l'autorisation d'exploitation malgré le vice d'information du public », *AJDA*, 2017, p. 1733-1737.
- BELLOUBET N., « L'instruction devant le Conseil constitutionnel », in C. TEITGEN-COLLY (dir.), *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Mare & Marin, coll. « ISPJS », 2017, p. 179-189.
- BENAMOUIZIG D. et V. PARIS, « Présentation du numéro. Régulation, évaluation et vie sociale des médicaments », *RFAS*, n° 3-4, 2007, p.7-23.
- BÉNASSY-QUÉRÉ A., « Évaluation des politiques publiques », *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 1, 2013, p. 1-12.
- BÉNOIT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », in *Mélanges Gustave Peiser*, PUG, 1995, p. 23-38
- BENZERAFI ALILAT M. et GIBERT P., « Dynamique des indicateurs de reporting externe : le cas des indicateurs des projets et rapport annuels de performance annexés aux lois de finances », *RFAP*, n° 155, 2015, p. 763-778

- BERGEL J.-L., « Esquisse de méthodologie législative comparée », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Autour de la qualité des normes. Actes du colloque d'Aix en Provence des 24 et 25 octobre 2008*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », p. 145-161.
- BERNABEU M., « L'autorité délivrant les autorisations d'urbanisme peut-elle passer outre le désaccord de l'ABF ? », *AJDA*, 2013, p. 2396 et s.
- BERNARD M., « Le contrôle du Conseil d'État sur l'appréciation par l'administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires », *EDCE*, 1957, p. 53-62.
- BERNAULT F., « Quelques réflexions sur le thème du partenariat », in G. GARDAVAUD et H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, PUG, 1995, p. 115-125.
- BERTHIER L., « Qualité et évaluation des magistrats de l'ordre administratif », *RFAP*, 2016, n° 159, p. 739-750.
- BERTHON G., « La suspension juridictionnelle du contrat administratif entre “référé suspension” et “référé contractuel” », *RFDA*, p. 1215-1229.
- BÉTAILLE J., « La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisantes récurrentes », *RJE*, n° spécial, 2010, p. 241-251.
- BETTINI R., « Efficacité », in A. J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, coll. « Droit et société » 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 219-221.
- BÈZES P., « État, experts et savoirs neo-manageriaux », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 193, 2012, p. 16-37.
- BILLET Ph., « L'évaluation environnementale, fondement de la prévention et de la réparation des atteintes à la biodiversité en droit français et communautaire. Approche critique », *RJE*, n° spécial, 2011, p. 63-78.
- BIRRAUX C., « L'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques : le politique et l'expertise scientifique », *RFAP*, n° 103, p. 391-397.
- BIOY X., « Avant-propos », in X. BIOY (dir.), *Constitution et responsabilité*, Montchrestien, coll. « Grands colloques », 2009, p. 21-51.
- BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogation sur l'intérêt d'une distinction », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, coll. « Les études juridiques », 2009, p. 5-20.
- BIOY X., « L'évaluation, nouvelle forme de création normative ? », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 203-220.
- BLACHER P., « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 17-28.
- BLAY M., « L'évaluation par indicateurs dans la vie scientifique : choix politique et fin de la connaissance » *Cités*, n° 1, 2009, p. 15-25.
- BLONDEL F., « L'aggiornamento de l'évaluation dans le champ de l'action publique : entre raison gestionnaire et exigence démocratique », *Nouvelle revue de psychologie*, n° 8, 2009, p. 71-87.
- BODIGUEL J.-L., ROUBAN L., « Le fonctionnaire détrôné ? L'État au risque de la modernisation », *PFNSP*, 1991, p. 216 et s.
- BOIS DE GAUDUSSON (du), « L'évaluation des enseignants-chercheurs », in Ch. FORTIER (dir.), *Université, universités. Actes du colloque organisé les 22 et 23 octobre 2009 à Bezançon*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 347-356.
- BONNARD R., « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363 et s.
- BONNET J. et ROBLOT-TROIZIER A., « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821-861.
- BORN C.-H., « Quelques réflexions sur le régime de protection des sites Natura 2000 contre les incidences des plans et projets », in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 957-987.

- BOUCHER J. et CRÉPEY E., « Le Conseil d'État juge de cassation et la qualification juridique des faits », in *Mél. D. Labetoulle*, Dalloz, coll. « Études, Mélanges et Travaux », 2007, p. 97-112.
- BOUCHEZ R., « Les études d'impact », in D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, La doc. Fr., 2002, p. 103-112.
- BOUDON R., « La rationalité axiologique », in S. MESURE (dir.), *La rationalité des valeurs*, PUF, coll. « Sociologies », 1998, p. 13-57.
- BOUILLON H., « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA*, 2017, p. 217-229.
- BOULLANGER H., « L'audit interne dans le secteur public », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 1029-1041.
- BOURCIER D., « Les effets inattendus des lois », in R. VERDIER (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Ouest, 2012, p. 311 et s.
- BOURGAUD J. et SMITS P., « Les enjeux liés aux activités d'audit, de conseil et d'évaluation dans les administrations publiques : une perspective canadienne », *RFAP*, n° 155, 2015, p. 723-733.
- BOUSQUET J., « Le principe de la relativité de la faute contractuelle en droit administratif », *RFDA*, 2018, p. 1041-1071.
- BOUVENOT G., « Les apports et les limites de la notion de service médical rendu », *RDSS*, 2011, p. 403-409.
- BOY L., « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation », *LPA*, n° 4, 1997, p. 4-8.
- BOY L., « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du droit constitutionnel*, n° 21, 2007.
- BOZIO A. et ROMANELLO L., « Évaluation des politiques publiques : le bilan contrasté du quinquennat », *Les notes de l'IPP*, n° 25, mars 2017.
- BRACONNIER S., « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », *RDP*, n° 3, 1998, p. 817-843.
- BRACONNIER S., « Les contrats de partenariat et les collectivités locales : entre mythe et réalités », *BJDCP*, n° 36, 2004, p. 340-347.
- BRACONNIER S., « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », *AJDA*, n° 32, 2015, p. 1795-1805.
- BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », in *Mél. M. Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 297-307.
- BRAIBANT G., « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Mél. René Chapus*, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 91-102.
- BRAUD C., « La notion d'“agence” en France : réalité juridique ou mode administrative ? », *LPA*, 1995, n° 104, p. 4 et s.
- BRAUD X., « L'apport du juge administratif dans la détermination du régime juridique des avis consultatifs », *Études offertes à René Hostiou*, LexisNexis-Litec, 2008, p. 55-58.
- BREEN E., « Les indicateurs de la performance de la justice : un test pour la réforme des finances publiques », in E. BREEN (dir.), *Évaluer la justice*, PUF, coll. « Droit et justice », 2002, p. 25-49.
- BRÉVILLE A., « Comparaison entre les contrats de partenariat au Royaume-Uni et aux USA », *Le Moniteur – Contrats publics*, 2004, n° 36, p. 58-63.
- BRIMO S., « Les agences sanitaires : traduction(s) institutionnelle(s) d'un principe fonctionnel ? », *RDSS*, 2013, p. 779-789.
- BROCAL VON PLAUE F., « La responsabilité de l'État et le risque sanitaire et alimentaire », *AJDA*, 2005, p. 522-534.
- BROCAS A.-M. et VON LENNEP F., « Contrepoint : de l'utilité (et des limites) du recours aux indicateurs pour le pilotage des politiques publiques », *RFAS*, n° 1-2, 2010, p. 149-160.

- BROYELLE C., « La responsabilité du fait de la fonction législative », in X. BIOY (dir.), *Constitution et responsabilité*, Montchrestien, coll. « Grands colloques », 2009, p. 65-72.
- BROYELLE C., « Illégalité et faute », *RDP*, n° 3, 2010, p. 807 et s.
- BROYELLE C., « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *JCP A*, n° 13, 2 avril 2012, 2089.
- BRUNESSEN B., « L'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Étude sur un concept régulateur de la procédure législative sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, n° 2, 2011, p. 431 et s.
- BRUNET F., « De la censure constitutionnelle de la loi « visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi », *RSC*, 2012, p. 343-341.
- BRUNET F., « La censure de l'anticipation par la loi d'une réforme improbable. Nouvelles remarques sur l'exigence de normativité de la loi », *AJDA*, 2018, p. 2199-2204.
- BRUNETIÈRE J.-R., « Les indicateurs de la LOLF : une occasion de débat démocratique ? », *RFAP*, n° 117, 2006, p. 95-111.
- BRUNETIÈRE J.-R., « A quoi sert l'évaluation de l'action publique ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France - IGPDE, coll. « Gestion publique », 2009, p. 203-220.
- BRUNETIÈRE J.-R., « Les objectifs et les indicateurs de la LOLF, quatre ans après... », *RFAP*, n° 135, 2010, p. 477-495.
- BRUNETIÈRE J.-R., « Heurts et malheurs du contrôle de gestion en politique – pour un “nouveau management public” », *RFAP*, n° 155, 2015, p. 745-761.
- BUREAU M.-C., « Du travail à l'action publique : quand les dispositifs d'évaluation prennent le pouvoir », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 128-129, 2010, p. 161-175.
- BUREAU D., MOUGEOT M. et STUDER N., « Mesurer la performance de la gestion publique à la lumière de l'analyse économique », *RFAS*, n° 1-2, 2010, p. 89-104.
- BÜTTGEN P. et CASSIN B., « J'en ai 22 sur 30 au vert. Six thèses sur l'évaluation », *Cités*, n° 1, 2009, p. 27-41.
- CABALLERO F., « Le Conseil d'État, ennemi de l'environnement ? », *RJE*, n° 1, 1984, p. 3-42.
- CABANNES X., « La responsabilité des autorités sanitaires du fait des produits de santé défectueux », *RDSS*, 2008, p. 1045-1053.
- CACQUERAY (de) S., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la clarté et à la sincérité des débats parlementaires », in S. DE CACQUERAY, M. FATIN-ROUGE STEFANINI et autres, *Sincérité et démocratie*, PUAM, 2011, p. 179-206.
- CAILLOSSE J., « Sur le contentieux nucléaire. Superphénix devant ses juges », *Rev. Adm.*, 1980, p. 36-50.
- CAILLOSSE J., « Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif », *Rev. Adm.*, 1982, p. 361-368.
- CAILLOSSE J., « Enquête publique et protection de l'environnement », *RJE*, 1986, p. 151-178.
- CAILLOSSE J., « Droit et évaluation », *RFAS*, n° 1-2, 2010, p. 351-367.
- CAILLOSSE J., « « Surdétermination économique » du droit et nouvelles figures du service public », *PMP*, 2012, Vol. 29/3, p. 305-324.
- CAILLOSSE J., « L'évolution des fonctions d'inspection : une mise en perspective », *RFAP*, 2015, n° 55, p. 735-743.
- CALANDRI L., « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », *RDP*, n° 4, 2013, p. 771 et s.
- CALMETTE J.-F., « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *DA*, 2006, n° 7, p. 13-15.

- CALMETTE J.-F., « L'évaluation des politiques publiques : un moyen de contrôle de l'action du gouvernement ? », in X. MAGNON, R. GHEVONTIAN et M. STEFANINI (dir.), *Pouvoir exécutif et Parlement : de nouveaux équilibres ?*, PUAM, 2012, p. 90-119.
- CANIARD E., « Rapport introductif », in A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), *Information et produits de santé, quelles perspectives ?*, PUF, coll. « Droit et santé », 2006, p. 9-15.
- CANIVET G., « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in S. CAUDAL (dir.), *Colloque : La motivation en droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, p. 235-239.
- CANIVET G. et MOLFESSIS N., « La politique jurisprudentielle », in *Mél. J. Boré*, Dalloz, coll. « Mélanges-Études », p. 79-97.
- CANS C., « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », *RFDA*, 1999, p. 750-768.
- CANS C., « Variations autour d'une innovation environnementale. L'impact des études d'impact sur le droit public », in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 461-488.
- CANS Ch., « La décision d'imposer une évaluation environnementale fait grief, pas celle d'en dispenser », *Droit envir.*, n° 244, 2016, p. 130-131.
- CAPITANT H., « L'interprétation de la loi d'après les travaux préparatoires », *Recueil hebdomadaire de jurisprudence*, Dalloz, 1935, p. 77-80.
- CARBONNIER J., « Effectivité et ineffectivité de la loi », in J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 136-149.
- CARBONNIER J., « Les phénomènes d'incidence dans l'application de la loi », in J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 149-154.
- CARCASSONNE G., « Les relations de la Cour et du Parlement : ambiguïtés et difficultés », *RFPP*, n° 59, 1997, p. 131-135
- CARCASSONNE G., « Que reste-t-il du parlementarisme rationalisé ? », in Jan PASCAL (dir.), *La Constitution de la V<sup>e</sup> République – Réflexions pour un cinquantenaire*, La documentation française, 2008, p. 97-106.
- CARCASSONNE G., « Conclusion », in *Le Parlement français et le nouveau droit parlementaire après la réforme de 2008*, *Jus Politicum*, n° 6, 2011, p. 3.
- CARPENTIER A., « Double compétence "autorité environnementale" et "autorité décisionnaire" des préfets de région : la régularisation de la procédure devant le juge de l'autorisation environnementale. À propos de l'avis CE, 27 sept. 2018, n° 420119 - Aperçu rapide », *JCP A*, n° 42, 22 oct. 2018, act. 794.
- CARPENTIER E., « Principe constitutionnel de précaution et expropriation : mode d'emploi par l'administration et modalités de contrôle par le juge », *Constitutions*, 2013, p. 261-265.
- CARPENTIER E., « De *Saint-Lunaise* à *Saint-Bon-Tarentaise* : itinéraire d'une jurisprudence en recherche d'équilibre », *RFDA*, 2017, p. 790-780.
- CARPENTIER E., « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA*, 2018, p. 799-805.
- CARPENTIER-DAUBRESSE N., « Pouvoir ou devoir d'instruction du juge administratif ? », *AJDA*, 2014, p. 1143-1148.
- CASAUX-LABRUNEE L., JEAMMAUD A. et KIRAT T., « Évaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 421-427.
- CASSARD-VALEMBOIS A.-L., « Le refus par le Conseil constitutionnel de sanctionner, dans le cadre d'une QPC, les lois qui se sont révélées inopportunes », *Constitutions*, 2011, p. 319-320.
- CASSIA P., « Vers une immunité contentieuse des avis rendus par les organismes consultatifs ? », *JCP A*, n° 44, 2 nov. 2010, act. 789.
- CASSIA P., « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA*, 2012, p. 296-314.

- CASSIA P. et SAULNIER E., « L'autorisation de mise sur le marché des médicaments à usage humain dans l'Union européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1996, p. 749 et s.
- CASTEL R., « Savoirs d'expertise et production de normes », in F. CHAZEL et J. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 177-188.
- CATALA P., « Les suites de l'expertise », in F. TERRÉ et H. MOTULSKY (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Ed. de l'Épargne, coll. « Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris », 1969, p. 75-83.
- CAUDAL S., « Études d'impact législatives et études d'impact environnementales : éléments de comparaison », in M. PHILIP-GAY (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p. 25-37.
- CAUSSAL L. et CHEMLA O., « Les programmes de qualité et d'efficacité, des instruments au service de l'évaluation des politiques sociales et de la mobilisation de leurs acteurs », *RFAS*, n° 1-2, 2001, p. 161-185.
- CAYLA O., « Ouverture / la qualification, ou la vérité du droit », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1993, n° 18, p. 3-18.
- CÉLÉRIER L., « La mise en place d'une fonction d'audit interne dans l'administration centrale d'État et le possible renouvellement des corps et services d'inspection », *RFAP*, 2015, n° 155, p. 659-672.
- CHABANOL D., « Le dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », in *Mél. D. Labetoulle*, Dalloz, coll. « Études, Mél. et travaux », 2007, p. 149-158.
- CHABANOL D., « Le droit de l'expertise devant le juge administratif. Une rénovation salutaire », *JCP A*, n° 28, 12 juillet 2010, 2227.
- CHAFFARDON G. et JOYE J.-F., « La LOLF a dix ans : un rendez-vous (déjà) manqué ? », *RDP*, n° 2, 2012, p. 320.
- CHALTIÉL F., « Actualité des circulaires », *AJDA*, 2011, p. 1930-1938.
- CHALTIÉL F., « La recevabilité des recours contre des actes de droit souple (à propos des décisions du Conseil d'État du 21 mars 2016) », *LPA*, n° 185-186, 2016, p. 11 et s.
- CHALVIDAN P.-H., « Doctrine et acte de gouvernement », *AJDA*, n° 1, 1982, p. 4-19.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *Mél. M. Troper*, Economica, 2006, p. 267-280.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 21 janv. 2007, n° 21.
- CHAMUSSY D., « La travail parlementaire a-t-il changé ? Le point de vue d'un praticien », *Jus Politicum*, n° 6, 2011, 17 p.
- CHANUT V., « Pour une nouvelle geste évaluative », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France - IGPDE, coll. « Gestion publique », 2009, p. 171-201.
- CHAPUS R., « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *D.*, 1958, II, p. 5-10.
- CHARBONNEAU S., « Le contrôle contentieux des opérations de l'aménagement du territoire », *RJE*, 1981, p. 221-257.
- CHARBONNEAU S., « Norme juridique et norme technique », *APD*, n° 28, 1983, p. 283-291.
- CHARLIER R.-E., « La technique de notre droit public est-elle adaptée à sa fonction ? », *EDCE*, 1951, p. 33.
- CHARLIER R.-E., « Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », *JCP G*, 1954, 1169.

- CHARMEIL N., « Le paradoxe du principe de précaution : du principe de paralysie à la paralysie du principe », *JCP A*, n° 34, 27 août 2012, 2275.
- CHASSAGNARD-PIGNET S., « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 153-165
- CHAUVIÈRE, M., « Esquisse d'une sociologie critique de la nouvelle norme d'évaluation », *RFAP*, n° 148, 2013, p. 953-966.
- CHEMILLIER-GENDREAU M. et APOSTOLIDIS C., « L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique », *RDP*, 1993, p. 611-639.
- CHEVALLIER F., « La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives », *AJDA*, 1981, p. 331-347.
- CHEVALLIER J., « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A.MORAND (dir.), *L'État propulsif*, Publisud, 1991, p. 11-48.
- CHEVALLIER J., « La juridicisation des préceptes managériaux », *PMP*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 111-134.
- CHEVALLIER J., « Les interprètes du droit », in CURAPP et CHRIP (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 259-280.
- CHEVALLIER J., « Synthèse », in CURAPP, *L'évaluation de l'administration*, PUF, 1993, p. 179-184.
- CHEVALLIER J., « L'évaluation législative : un enjeu politique », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS, *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., coll. « Les études de la documentation française », 1995, p. 13-25.
- CHEVALLIER J., « Synthèse », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2010, p. 293-306.
- CHEVALLIER J., « Performance et gestion publique », in *Réformes des finances publiques et Modernisation de l'administration – Mélanges en l'honneur de R. Hertzog*, Economica, 2011, p. 83-93.
- CHEVALLIER J., « Synthèse », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 221-234.
- CHEVALLIER J., « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », *Mél. D. Truchet*, Dalloz, 2015, p. 83-93.
- CHEVALLIER J. et LOCHAK D., « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 53-94.
- CHRÉTIEN P., « De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe », *AJDA*, 1982, p. 20-23.
- CIAUDO O., « La procédure d'accréditation des établissements de santé », *RGDM*, n° 8, 2002, p. 21-46.
- CIAUDO A., « Le contentieux des avis de la commission de transparence », *JCP A*, n° 28, 2010, p. 2228 et s.
- CLARET DE FLEURIEU P., « L'expérience de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., 1995, p. 75-79.
- CLAUSADE (de) J., URVOAS J.-J. et WARSMANN J.-L., « La qualité de la loi en débat », *Constitutions*, 2010, p. 195-208.
- COHU S. et al., « La régulation du médicament au Royaume-Uni », *RFAS*, n° 3/4, 2007, p. 257-277
- CLUZEL-MÉTAYER L., « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS*, 2014, p. 1002-1005.
- CLUZEL-MÉTAYER L., « L'évaluation et la gouvernance démocratique », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 68-81.

- CLUZEL-MÉTAYER L. et SAUVIAT A., « Les notions de qualité et de performance de la justice administrative », *RFAP*, n° 159, 2016, p. 678.
- COLLET M., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : remarques sur la notion, son usage et son éviction », in *Mél. D. Truchet*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 95-104.
- COMBRADE B.-L., « L'étude d'impact au Parlement français : un instrument de mutation du rôle des assemblées dans le processus législatif ? », *RFAP*, n° 149, V. 1, 2014, p. 195-206.
- COMBRADE B.-L., « Faut-il s'inquiéter de l'externalisation législative ? », *AJDA*, 2018, p. 2417-2420.
- COMBRADE B.-L., « L'impact de l'étude d'impact », *Pouvoirs*, n° 116, 2018, p. 889-903.
- CONNIL D., « Vice de procédure et annulation : l'office du juge administratif se précise », *JCP G*, n° 18, 30 avril 2012, 558.
- CONTANDRIOPOULOS A.-P., CHAMPAGNE F. et al., « L'évaluation dans le domaine de la santé. Concepts et méthode », *Revue d'épidémiologie et de santé publique*, n° 6, 1993, p. 517 et s.
- CORMIER M., « Régulation(s) de l'hôpital public », *RDSS*, 2015, p. 131 et s.
- COSTA J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434-437.
- COSTA J.-P., « Droit et évaluation », *RFAP*, n° 66, 1993, p. 221-226.
- COSTA D., « Les critères du document administratif », *AJDA*, 2003, p. 1488-1490.
- COSTA E., « Des chiffres sans les lettres. La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA*, 2010, p. 683-690.
- COURTAULT C., « Évaluation des établissements et des pratiques professionnelles de santé », in B. PY et E. SPITZ (dir.), *Questions d'évaluation en santé*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2009, p. 53-65.
- COUTARD O., « Le contrôle de l'erreur de droit ou sur le doute sérieux du juge des référés-suspension – ou le contrôle « élastique », in *Mél. D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 201-208.
- COUTY B., « La culture du résultat et les enjeux de la santé », in P. LE JEUNE et J. SERBA (dir.) *La fonction publique face à la culture de résultat*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 77-85.
- CRÉPEY E., « La nature non normative de la doctrine administrative », *Revue française de finances publiques*, n° 130, 2015, p. 47 et s.
- CRISTOL D., « La responsabilité des autorités nationale et communautaire relative au contrôle de la mise sur le marché des médicaments », *RDSS*, 2004, p. 132-147.
- CRISTOL D., « Le possible contrôle par le juge de l'excès de pouvoir des recommandations de bonne pratique », *RDSS*, 2006, p. 53 et s.
- CRISTOL D., « Le régime des autorisations sanitaires : simplification et modernisation sur ordonnance », *RDSS*, 2018, p. 271-277.
- CROCQ P., « Élaboration et diffusion des avis », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 75 et s.
- CROZE H., « La contestation des conclusions de l'expertise », in CENTRE DE DROIT COMPARÉ et Ph. SARAILLHÉ, *Les experts : auxiliaires ou substituts du juge ?*, coll. « Centre français de droit comparé », 2009, p. 71-79.
- CRUCY H.-M., « Le Parlement face aux sciences et technologies. De l'évaluation à la législation », *AJDA*, 1991, p. 448-455.
- CUZACQ N., « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017 p. 473-500.
- CUZZI L., « Évaluation préalable du mode de réalisation du projet », *Le Moniteur - Contrats publics*, 2015, n° 159, p. 39-42.
- CYTTERMAN L., « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence *Crédit Foncier de France* », *RFDA*, 2013, p. 1119 et s.

- DAL FARRA T., « Risque juridique et contrat de partenariat », *CP-ACCP*, 2004, n° 36, p. 32.
- DAUGERON B., « L'intérêt de la procédure du référé-constat : l'exemple du droit de l'environnement », *AJDA*, 2004, p. 17-24.
- DAVID J., « Le Conseil d'État et le contrôle de conventionnalité de la procédure de la loi : autopsie d'un refus », *AJDA*, 2018, p. 1255-1261.
- DE PAZ D., « Légalité de la déclaration d'utilité publique relative à la création d'une ligne de tramway », *AJDA*, 2015, n° 7, p. 2089-2093.
- DEBARRE J.-M., « Balances bénéfice-risque d'un médicament : éléments de décryptage », *RGDM*, n° 54, 2015, p. 51-65.
- DEBBASCH C., « Déclin du contentieux administratif ? », *D.*, 1967, XIV, p. 95-100.
- DEBRÉ J.-L., Discours au colloque « Mieux légiférer », in ASS. NATIONALE, Hôtel de Lassay, 28 nov. 2014, compte rendu disponible sur le site de l'Assemblée Nationale, p. 33-36.
- DEFFONTAINES V., « Les consultants dans les PPP : entre expertise au service du client public et intermédiation pour protéger le "marché" », *PMP*, Vol. 29, 2012, p. 113-133.
- DEFOORT B., « Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption », *RFDA*, 2008, p. 549 et s.
- DEFOORT B., « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA*, 2018, p. 1071-1091.
- DEGOFFE M., « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 711-726.
- DEGOFFE M., « L'utilisation de la notion d'évaluation dans le contrôle de l'action administrative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 193-202.
- DEGRASSAT-THEAS A., « Les vicissitudes juridiques des recommandations temporaires d'utilisation des médicaments », *RDSS*, 2015, p. 189-201.
- DEGUERGUE M., « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *RJE*, n° spécial, 2000, p. 105-117.
- DEGUERGUE M., « Les états intermédiaires en matière de responsabilité », in J.-M. PONTIER (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, Aix-Marseille, PUAM, 2008, p. 85-100.
- DEGUERGUE M., « Y a-t-il une "subsidiarisation" dans le droit de la responsabilité administrative ? », in G. DARCY (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Sénat, coll. « Les colloques du Sénat : les actes », 2001, p. 105-116.
- DEGUERGUE M., « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », in *Le droit administratif : permanences et convergences*, in *Mél. J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 377.
- DEGUERGUE M., « Déclin ou renouveau des grands arrêts ? », *RFDA*, 2007, p. 254-263.
- DEGUERGUE M., « Les dysfonctionnements du service de la justice », *RFAP*, n° 125, 2008, p. 151.
- DEGUERGUE M., « Les sources constitutionnelles de la responsabilité administrative », in X. BIOY (dir.) *Constitution et responsabilité*, Montchrestien, coll. « Grands colloques », 2009, p. 145-159.
- DEIGHTON-SMITH R., « Regulatory impact assessment in Australia », in C. KIRKPATRICK and D. PARKER (dir.), *Regulatory impact assessment : towards better regulation ?*, Edward Elgar, 2007, p. 145-167.
- DELAMARRE A.-L., « Responsabilité de l'État du fait d'une loi déclarée contraire à la Constitution », *AJDA*, 2018, p. 2352-2360.
- DELAUNAY B., « Décision publique évaluée et performance », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2010, p. 119-133.
- DELCAMP A., « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *RFDC*, n° 57, 2004, p. 37-83.

- DELCAMP A., « La perception du contrôle parlementaire, comment le rendre plus attractif ? », *Pouvoirs*, n° 134, p. 109-122.
- DELIANCOURT S., « Le respect du principe d'impartialité au cours de la procédure d'élaboration de l'acte administratif », *La Gazette du Palais*, mars 2015, n° 73, p. 14 et s.
- DELILLE T., « La dimension interinstitutionnelle des études d'impact dans l'Union européenne à l'ère de la "réglementation intelligente" », *RFAP*, 2014, n° 149, p. 61-77.
- DELLEY J.-P. et FLÜCKIGER A., « La légistique, une élaboration méthodique de la législation », in Académie des sciences morales et politiques, *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 83-96.
- DELMAS C., « Pour une définition non-positiviste de l'expertise », in C. DAMAMME et T. RIBEMONT, *Expertise et engagement politique – Cahiers politiques*, n° 6, L'Harmattan, 2001, p. 11-44.
- DELVAL V., « L'autorité environnementale à l'épreuve du droit de l'Union européenne : la difficile conciliation de l'expertise et de l'impartialité », *Droit de l'environnement*, mars 2018, p. 106-112.
- DELVOLVÉ P., « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 459 et s.
- DELVOLVÉ P., « Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 269-312.
- DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in *Mél. D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 259-272.
- DELVOLVÉ P., « Propos introductifs. Les droits publics subjectifs des administrés et la subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, Travaux de l'AFDA, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », 2011, p. 3-19.
- DELVOLVÉ P., « Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs », in *Mél. J.-P. Costa*, Dalloz, coll. « Mélanges, études, travaux », 2011, p. 219-232.
- DENIMAL P., « Appréciation individuelle : une démarche juridiquement délicate », *Les cahiers du DRH*, 2014, n° 205, p. 53-58.
- DENOIX DE SAINT MARC R., « Rapport d'impact sur l'environnement », *RJE*, n° 3-4, 1976, p. 250-256.
- DENOIX DE SAINT MARC R., « Rapport de synthèse », *RJE*, n° 3-4, 1976, p. 264-268.
- DENOIX DE SAINT MARC R., « Les considérations de fait devant le Conseil d'État, juge de cassation », *Mél. J. Boré*, Dalloz, coll. « Mélanges-Études », p. 135-141.
- DENOIX DE SAINT-MARC R., « Le Conseil d'État et les "actes parlementaires" », in *Mél. D. Labetoulle*, Dalloz, coll. « ? », 2007, p. 273-280.
- DENOLLE A.-S., « Les études d'impact : une révision manquée ? », *RFDC*, 2011, n° 87, p. 499-514.
- DESAULNAY O. « La responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle : l'inévitable pas de deux du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, coll. « Études, Mélanges, Travaux », 2014, p. 794-816.
- DESFONDS L., « La notion de mesure préparatoire en droit administratif français », *AJDA*, 2003, n° 1, p. 12-21.
- DESFONDS-FARJON L., « En matière d'aménagement, tous les actes ne font pas grief », *AJDA*, 2016, p. 1642-1645.
- DEUMIER P., « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple. Journées nationales – t. XIII*, Dalloz, coll. « Thèmes & comm. », 2009, p. 113-140.
- DEUMIER P., « Avis et recommandations au regard du droit positif », *RGDM*, Dossier « La force des avis et recommandations des autorités de santé », p. 33-45.
- DEUMIER P., « Quand le droit souple rencontre le juge dur », *RTD civ.*, 2016, p. 571-576.
- DISANT M., « La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle », *RFDA*, 2011, p. 1181-1200.

- DODET M., « Expertise et responsabilité : propositions pour une réflexion », in G. DECROP et J.-P. GALLAND (dir.), éd. de l'Aube, coll. « Mondes en cours », 1998, p. 23-29.
- DONZELOT J. et VIVERET P., « Évaluation et démocratie, contrôle des politiques publiques et formation de l'opinion », *Esprit*, p. 42-56.
- DORD O., « Réforme du statut des enseignants-chercheurs : universités vs. Universitaires ? », *AJDA*, 2010, n° 6, p. 323-329.
- DOSIÈRE R., « Le contrôle ordinaire », *Pouvoirs*, n° 134, p. 37-46.
- DOUTEAUD S., « Jurisprudence *Danthony* : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA*, 2018, p. 109-122.
- DOUTEAUD S., « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », *AJDA*, 2019, p. 225-233.
- DRAGO G., « Le domaine de la loi : brève histoire d'une dérive constitutionnelle », *Mélanges Didier Truchet. L'intérêt général*, Dalloz, 2015, p. 169-185.
- DROBENKO B., « Évaluation environnementale des documents d'urbanisme : entre enjeux et méthodes », *RFDA*, 2008, p. 640 et s.
- DU BOIS DE GAUDUSSON J., « L'évaluation des enseignants-chercheurs », in Ch. Fortier [dir.], *Université, universités*, Dalloz, 2010, p. 349.
- DUBOS O., « Performance, droit administratif et droits européens : transmutation », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2006, p. 35-51.
- DUBUT T., « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des « exigences constitutionnelles » », *RFDC*, 2009, n° 80, p. 749-764.
- DUBREUIL T., « Étude d'impact et évaluation environnementale », *Jcl. Administratif*, 2014, Fasc. 362.
- DUBY J.-J., « Les risques de l'expertise scientifique », in M. TUBIANA, C. VROUSOS, C. CARDE et J.-P. PAGÈS, *Risque et Société*, Nucléon, 1999, p. 23-38.
- DUHAMEL G., « Entre incitation et contrainte, qui évalue quoi à l'hôpital ? », *Gaz. Pal.*, n° 15, 2010, p. 22 et s.
- DUJARIER M.-A., « L'automatisation du jugement sur le travail : mesurer n'est pas évaluer », *Cahiers internationaux de la sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 135-159.
- DUMAX N. et ROZAN A., « Les mesures de compensation : un indicateur du coût environnemental », *RJE*, n° spécial, 2011, p. 115-123.
- DUMOULIN L., « Les juges sont-ils des décideurs politiques ? Libres propos sur ce qui apparaît un oxymore, mais n'en est peut-être pas un... », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essai sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leurs fonctions*, Bruylant, 2016, p. 79-91.
- DUNLOP C. A., FRITSCH O. et RADAELLI C. M., « Étudier l'étude d'impact », *RFAP*, n° 149, 2014, p. 163-178.
- DUPONT M., « Sur la nouvelle procédure de certification établie par la HAS », *JDSAM*, n° 2, fév. 2015, p. 41-46.
- DUPRAT J.-P., « Le Parlement évaluateur », *RIDC*, n° 2, 1998, p. 551-576.
- DUPRAT J.-P., « Genèse et développement de la légistique », in Académie des sciences morales et politiques, *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 9-44.
- DURAN P. et MONNIER E., « Le développement de l'évaluation en France. Nécessité technique et exigence politique », *RFSP*, n° 2, 1992, p. 240 s.
- DUPRÉ DE BOULOIS X., « La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *RDP*, 2000, p. 1791 et s.
- DUPREY D., « Sur la responsabilité de l'expert judiciaire », in O. GOHIN (dir.), *L'expertise devant le juge administratif. Mission, rôle et responsabilité de l'expertise*, Société Revue Experts, coll. « Les rencontres de l'expertise », p. 81-85.
- DUPUIS G., « Définition de l'acte administratif unilatéral », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, 1975, p. 205-214.

- DURAN P., « Les ambiguïtés politiques de l'évaluation », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 137-149.
- DURAN P., « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *PMP*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 1-45.
- DURAN P., « L'évaluation des politiques publiques, une résistible obligation », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 5-24.
- DURAND C., « La carence fautive de l'État en matière de protection de la santé au travail », *RDSS*, 2002, p. 1-3.
- DURKHEÏM E., « Jugements de valeur et de réalité », *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, n° 19, p. 437-453.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., « Les agences de régulation européenne : quels problèmes juridiques ? », *Terres de droit : Mél. Jégouzo*, Dalloz, coll. « Études, Mélanges et Travaux », 2009, p. 57-70.
- ECK L., « Un instrument de délibération entre les organes : les études d'impact », in M. DORAY et J.-Ph. DEROSIER (dir.), *La délibération après la révision constitutionnelle de 2008-Actes de la Journée de la Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle*, Mare et Martin, 2015, p. 72-84.
- EISENMANN Ch., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in C. Eisenmann : *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, éd Panthéon-Assas, 2002, p. 289-305.
- ELBAUM M., « Les indicateurs de performance en matière de politiques sociales », *Revue de l'OFCE*, n° 111, 2009, p. 1-50.
- EMAGNA M., « Aperçu général de l'évaluation des agents publics dans les pays de l'OCDE », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 157-169.
- EMIN J.-C., « Toute évaluation se situe dans l'histoire des politiques éducatives », in J.-C. EMIN, J.-L. VILLENEUC, *Évaluer l'évaluation*, Le Manuscrit, 2009, p. 191-203.
- ENCINAS DE MUNAGORRI R. et LECLERC O., « Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique », in R. ENCINAS de MUNAGORRI (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, p. 199-229.
- ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice », *AJDA*, 2014, p. 1370-178.
- ENRIQUEZ E., « L'évaluation entre perversion et sublimation », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 128-129, 2010, p. 245-265.
- EPSTEIN R., « Des politiques publiques aux programmes : l'évaluation sauvée par la LOLF ? Les enseignements de la politique de la ville », *RFAS*, n° 1-2, 2010, p. 227-250.
- ESPESSON-VERGEAT B., « Propos introductifs », *RGDM*, dossier « La force des avis et recommandations des autorités de santé », 2009, p. 15-31.
- ÉVEILLARD G., « Loi inconstitutionnelle – la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles », *Droit Admin.*, juin 2017, comm. n° 6.
- EWALD F., « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution », in O. GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, éd. de la Maison des sciences de l'homme- INRA, 1997, p. 99-126.
- EWALD F., « L'expertise, une illusion nécessaire », in J. THEYS (dir.), *La Terre outragée. Les experts sont formels !*, Autrement, 1992, p. 204-210.
- FABERON J.-Y., « Choix scientifiques et décision parlementaire », *AJDA*, 1983, p. 514-525.
- FÂTOME E. et RICHER L., « Le Conseil constitutionnel et le "droit commun" de la "commande publique" et de la domanialité publique », *AJDA*, 2003, p. 2348-2355.
- FAURAN B. et LAUDE A., « Informations et responsabilité », in A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), *Information et produits de santé, quelles perspectives ?*, PUF, coll. « Droit et santé », 2006, p. 163-180.

- FAVOREU L., « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », in *Mél. P. Pactet. L'esprit des institutions, L'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 606-616.
- FAVRET J.-M., « Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3462-3476.
- FEELY J. K., « An analysis of administrative purpose », *American Political Science Review*, 1951, n° 4, p. 1069-1080.
- FERIEL L., « L'incertaine complexité du bâtiment à énergie positive en droit de la commande publique », *AJDA*, 2015, n° 39, p. 2223-2227.
- FERNANDES C., « Le contrôle de constitutionnalité a priori exercé sur les lois ordinaires depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDA*, 2018, p. 387-397.
- FERREIRA N., « L'efficacité du droit... pour quoi faire ? », in L. JANICOT, et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, p. 23-37.
- FEVROT O., « La performance dans les contrats administratifs », *RRJ*, 2005, p. 2359-2397.
- FIXARI N., « Évaluation des politiques publiques et méthodologie économique », in CSE, *Rapport annuel sur l'évolution des pratiques d'évaluation des politiques publiques. L'évaluation de l'expertise à la responsabilité*, La Doc. Fr., 1991.
- FLÜCKIGER A., « Case-law sources for evaluating the impact of legislation : an application of the precautionary principle to fundamental rights », *Theory and practice of legislation*, 2016, n° 2, p. 263-277.
- FONTIER R., « Les modalités d'évaluation des travailleurs handicapés pour leur accès sans concours à la fonction publique », *AJFP*, 2015, p. 342 et s.
- FOUCHER K., « De la possibilité de valider une mesure de précaution... sans reconnaître le principe de précaution », *Constitutions*, 2015, p. 602-606.
- FOULQUIER N., « Rapport de synthèse », in Travaux de l'AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », 2011, p. 231-238.
- FOUQUET A., « L'évaluation des politiques publiques. Concepts et enjeux », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France-IGPDE, coll. « Gestion publique », 2009, p. 21-33.
- FOUQUET A., « L'usage des statistiques : de l'aide à la décision à l'évaluation des politiques publiques », *RFAS*, n° 1-2, 2010, p. 307-322.
- FOUQUET A., « L'évaluation des politiques publiques : État(s) de l'art et controverses », *RFAP*, n° 148, 2013, p. 835-847.
- FOUQUET O., « Le droit souple : quel avenir fiscal ? », *Revue de droit fiscal*, n° 17, 2016, p. 297 et s.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.*, 1998, p. 43 et s.
- FRISON-ROCHE M.-A., « L'impartialité du juge », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 53-63.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Vers un gouvernement économique des juges », *Commentaire*, n° 111, 2005, p. 631-640
- FRYDMAN B., « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles », *RIEJ*, 2013, n° 70, p. 92-98.
- FRYDMAN B., « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », in B. FRYDMAN et A. VAN WEATENBERGE (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs de Hume aux rankings*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2014, p. 5-65.
- FURUBO J.-E., « Pourquoi l'évaluation a-t-elle tant de mal à tenir ses promesses ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France-IGPDE, coll. « Gestion publique », 2009, p. 137-153.

- GADBIN D., « Les nouvelles articulations entre expertise scientifique et décision politique : l'exemple de l'Agence européenne de sécurité des aliments », *Droit rural*, n° 1, 2005, étude I.
- GALAND M., « Quelle efficacité des moyens nouveaux ? Le contrôle imposé art. 48 al. 4 », in X. MAGNON, R. GHEVONTIAN et M. STEFANINI (dir.), *Pouvoir exécutif et Parlement : de nouveaux équilibres ?*, Aix-Marseille, PUAM, 2012, p. 147-157.
- GALLAND J.-P., « Introduction », in G. DECROP et J.-P. GALLAND (dir.), *Prévenir les risques : de quoi les experts sont-ils responsables ?*, éd. de l'Aube, coll. « Mondes en cours », 1998, p. 13-22.
- GALLIE E.-P., GLASER A., LEFEBVRE P. et PALLEZ F., « Évaluation moderne, évaluation modeste ? Le cas des pôles de compétitivité français », *PMP*, n° 29, 2012, p. 773-590.
- GARCIA S. et MONTAGNE S., « Pour une sociologie critique des dispositifs d'évaluation », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 189, 2011, p. 603-606.
- GANDOLFI A., « Les motifs déterminants dans le recours pour excès de pouvoir », *JCP*, 1964, I, n° 1835.
- GAUDEMET Y., « Le conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 87-107.
- GAUDEMET Y., « Les actions administratives informelles », *RIPC*, Vol. 46, n° 2, 1994, p. 645 et s.
- GAUDEMET Y., « Le juge administratif, futur administrateur ? », in G. GARDAVAUD et H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, PUG, 1995, p. 195 et s.
- GAURIAU B., « L'entretien d'évaluation », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, n° 267, 2014, p. 603-606.
- GAXIE D. et LABORIER P., « Des obstacles à l'évaluation des actions publiques et quelques pistes pour tenter de les surmonter », in P. FAVRE et al., *Être Gouverné. Études en l'honneur de J. Leca*, Presses de Sciences-Po, 2003, p. 201-221.
- GAY L., « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut universitaire Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2015, p. 119-148.
- GHEVONTIAN E., « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Cons. const.*, janv. 2003, n° 13.
- GIBBONS M., « Penser et voter la loi », *JCP G*, n° NS14, 2015, p. 8-9.
- GIBERT P., « Contrôle et évaluation, au-delà des querelles sémantiques, parenté et facteurs de référence », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 71-88.
- GIBERT P. et ANDRAULT M., « Contrôler la gestion ou évaluer les politiques ? », *PMP*, n° 2, 1984, p. 123-132.
- GIBERT P. et BENZERAFI-ALILAT M., « De quoi l'État rend-il compte dans ses rapports annuels de performance ? », *RFAP*, 2016, Vol. 4, n° 160, p. 1041-1064.
- GILLI J.-P., « Le rôle du juge administratif en matière d'expropriation », *AJDA*, 1973, p. 13-18.
- GILLIG D., « Les irrégularités affectant le dossier de demande d'autorisation peuvent-elles être régularisées », *Envir.*, n° 1, janv. 2015, comm. 9.
- GIRARD J.-F., « Témoignages. Risques, expertise, décision publique : un retour sur le sens des mots », *RFAP*, n° 103, 2002, p. 423-426.
- GIRAUD E., « Étude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *RDP*, 1924, p. 193 et s. et p. 286 et s.

- GICQUEL J.-E., « La révision du 23 juillet 2008 : une nouvelle ère pour le contrôle de l'action du gouvernement et de l'évaluation des politiques publiques ? », *Pouvoirs*, n° 116, 2018, p. 837-851.
- GLÉNARD G., « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA*, 2005, p. 922-930.
- GODARD O., « Le principe de précaution, une règle d'abstention ? », in M. TUBIANA, C. VROUSO, C. CARDE et J.-P. PAGES (dir.), *Risque et société*, Gif-sur-Yvette, éd. Nucléon, 1999, p. 293-207.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, n° 45, 2001, p. 67-83.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnalité, technique de protection d'une liberté », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, 13 p.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Études d'impact de l'article 39 de la Constitution et contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in M. PHILIP-GAY (dir.) *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p. 121-129.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Une grande décision : la décision 2016-611 QPC », *AJDA*, 2017, p. 433.
- GOESEL-LE BIHAN V., « À quoi sert le contrôle de l'adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel ? », *RFDC*, Vol. 1, n° 109, 2017, p. 89-102.
- GOHIN O., « Le droit des examens et des concours, apport de la jurisprudence récente », *RDP*, 1988, p. 1647.
- GOHIN O., « Rapport de synthèse », in O. GOHIN (dir.), *L'expertise devant le juge administratif. Mission, rôle et responsabilité de l'expertise*, Société Revue Experts, coll. « Les rencontres de l'expertise », p. 121-129.
- GONOD P., « Le Conseil d'État, conseil du Parlement », *RFDA*, 2008, p. 871-877.
- GONOD P. et FRYDMAN P., « Le juge administratif et l'expertise », *AJDA*, 2014, p. 1361-1364.
- GORI R., « Les scribes de nos nouvelles servitudes », *Cités*, n° 1, 2009, p. 65-76.
- GORI R. et DEL VOLGO M.-J., « L'idéologie de l'évaluation, un nouveau dispositif de servitude volontaire ? », *Revue nouvelle de psychosociologie*, n° 8, 2009, p. 11-26.
- GOYARD C., « Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs », in *Mél. Ch. Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 339-362.
- GRANDFILS N., « Fixation et régulation des prix des médicaments en France », *RFAS*, n° 3-4, 2007, p. 53-72.
- GROSHENS J.-C. et KNAYB G., « Evaluationmania et évaluation », in *Réformes des finances publiques et Modernisation de l'administration – Mélanges en l'honneur de R. Hertzog*, Economica, 2011, p. 274.
- GROULIER C., « L'impératif dans la jurisprudence *Duvignères* : réflexion sur un "sésame contentieux" », *RFDA*, 2008, p. 941-960.
- GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 199-210.
- GUALEZZI J.-P., « Fédération Générale Autonome des Fonctionnaires, L'évaluation individuelle », *Cahiers de la Fonction Publique*, n° 91, mai 1991, p. 9 et s.
- GUETTIER C., « Irresponsabilité de la puissance publique », in *Répertoire de la puissance publique*, Dalloz, 2017, §1-144.
- GUETTIER C., « L'amiante : une affaire d'État », *RDSS*, 2006, p. 202-214.
- GUILLAUME B., « Indicateurs de la performance dans le secteur public : entre illusion et perversité », *Cités*, n° 1, 2009, p. 101-109.
- GUINCHARD S., « L'expertise judiciaire civile : l'expert, le juge et les parties », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 69-81.

- GUY-TREBULLE F., « Expertise technique : de l'incidence de la définition de la mission de l'expert sur sa responsabilité », *RDI*, 2007, p. 257-260.
- GUYOMAR M. et COLLIN P., « Une autorité administrative peut-elle légalement s'affranchir d'un avis conforme illégal ? », *AJDA*, 2002, p. 118-124.
- GUZMAN T. A. et MEYER T. L., « International soft law », *Journal of legal analysis*, 2010, p. 171-222.
- HABIB L., « L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1986, p. 695-730.
- HACHEZ I., « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" » *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n° 2, 2012, p. 1-64.
- HAURIOU A., « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mél. Carré de Malberg*, Constant-Laguerre, 1933, p. 233-240.
- HAURIOU A., « Le droit administratif et l'aléatoire », in *Mél. Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 197 et s.
- HAUTEFORT M., « Évaluation-Dans quelles conditions le comportement peut-il entrer dans les critères d'évaluation ? », *Jurisprudence sociale Lamy*, n° 308, 2011, p. 9-11.
- HAYEZ P., « La Cour des comptes, du contrôle à l'évaluation », *RFAP*, n° 155, 2015, p. 707 et s.
- HEBRARD S., « Les études d'impact sur l'environnement et le juge administratif », *RJE*, 1981, p. 121-176.
- HEERS M., « L'indemnisation de la perte d'une chance », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2000, n° 83, p. 7.
- HEILBRONNER A. et DRAGO R., « L'administration consultative en France », *Revue internationale des sciences administratives*, 1959, p. 57-66.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « Dommage du fait de l'action normative régulière », in *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2013, §49-80.
- HÉRAIL E., « Émission des avis et recommandations par l'AFSSAPS », *RGDM*, Dossier « La force des avis et recommandations des autorités de santé », 2009, p. 55-62.
- HÉRAIL E., « De l'organisation de l'expertise en matière de médicament, retour d'expérience », *RDSS*, 2013, p. 788-795.
- HÉRITIER A., « Le droit et la sincérité – À la recherche d'un coupe ignoré », in O. LE BOT (dir.), *Sincérité et démocratie*, Larcier, 2011, p. 21-44.
- HERMITTE M.-A., « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, n° 8, 1997, p. 79-103.
- HERMITTE M.-A., « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1518-1528.
- HERMITTE M.-A. et DAVID V., « Évaluation des risques et principe de précaution (1) », *LPA*, n° 239, 2000, p. 13-37.
- HERTZOG R., « Rendre compte, de quoi parle-t-on ? Les quadratures du cercle démocratique », *RFAP*, Vol. 4, n° 160, 2016, p. 1011-1026.
- HESPEL V., « L'avenir institutionnel de l'évaluation des politiques publiques », *PMP*, vol. 20, n° 4, Numéro spécial : « L'évaluation de l'action publique : pour quand ? », 2002, p. 51-65.
- HESPEL V., « L'Inspection générale des finances à l'heure de l'évaluation des performances », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 323-337.
- HEUGAS-DARRASPEN H., « Impartialité de l'expert judiciaire réalisant des expertises pour des compagnies d'assurance et procès équitable », *AJDI*, 2007, p. 327-330.
- HEUSCHLING L., « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 27-59.

- HOCREITERE P., « La vision des administrateurs : l'exemple de l'urbanisme », in G. GARDAVAUD et H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, PUG, 1995, p. 198-211.
- HOEPFFNER H., « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse », *RFDA*, 2009, p. 895-909.
- HOPPE R., « Policy analysis, science and politics : from “speaking truth to power” to “making sense Together” », *Science and Public Policy*, n° 26, p. 201-210.
- HOPPE R., « Ex Ante Evaluation of Legislation : between Puzzling and Powering », in *The Impact of Legislation. A critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, J. VERSCHUUREN (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 81-104.
- HOSTIOU R., « La théorie du bilan à l'épreuve de la protection de l'environnement », *AJDA*, 2004, n° 22, p. 1193-1196.
- HOSTIOU R., « Au sujet de la “danthonyisation” du droit des enquêtes publiques ou comment faire du neuf avec du vieux », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, coll. « Études, Mélanges, Travaux », 2014, p. 898-905.
- HOUSSEAU-BOUDIN S., « La valeur probatoire de l'expertise en assurance », *Revue générale du droit des assurances*, dossier « L'expert, au cœur du processus d'indemnisation », n° 4, 2016, p. 206-210.
- HOURQUEBIE F., « Les nominations au Conseil constitutionnel », *LPA*, 2001, n° 108, p. 9-16.
- HOUSSIN D., « Coproduire des évaluations dans le domaine de l'enseignement supérieur et de la recherche pour améliorer leur qualité et leur légitimité : difficultés et leviers d'action », *RFAP*, 2013, n° 148, p. 977-990.
- HUGLO C., « Bilan des dernières années de jurisprudence pour la 10<sup>e</sup> anniversaire du décret du 12 oct. 1977 », *Gaz Pal*, 1987, p. 707-717.
- HUGLO C., « Autorisation unique ou quand le provisoire est fait pour durer », *Environnement*, n° 12, déc. 2014, 11.
- HUGON C., « L'expertise à l'épreuve de la contradiction », *La Gazette du Palais*, 10 janv. 2013, n° 10, p. 19-20.
- HUON DE KERMADEC J.-M., « Le décret du 15 février 1993 relatif à la réforme des études d'impact », *JCP*, n° 3754, 1994, p. 175 et s.
- HUTIER S., « Première décision FNR relative à une étude d'impact : déception ou espérance ? », *RFDC*, n° 101, 2015, p. 194-201.
- HUTIER S., « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, n° 101, 2015, p. 73-86.
- IDOUX P., « La contradiction en droit constitutionnel français », contribution au VI<sup>ème</sup> Congrès de l'Association française des constitutionnalistes les 9, 10 et 11 juin 2005 à Montpellier, Actes du congrès, [www.droit-constitutionnel.org](http://www.droit-constitutionnel.org), 9 p.
- IDOUX P., « La motivation des actes administratifs », in *La motivation*, colloque organisé par le Laboratoire de droit privé de la Faculté de droit de Montpellier le 26 novembre 2010 (Dir. C. Albigès), *Revue Lamy de Droit Civil*, n° 89, 2012, p. 94-99.
- IDOUX P., « L'absence de justiciabilité des avis et recommandations de l'Autorité de la concurrence », *RJEP*, 2013, n° 708, comm. 19.
- IDOUX P., « Évaluation et performance de l'action administrative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 29-39.
- ISSALYS P., « Analyse d'impact et production normative : de l'efficacité à la légitimité », *Rev. Fac. Direito UFMG*, Numero especial : Jornadas jurídicas Brasil-Canada, 2013, p. 245-274.
- JACQMIN C., « Culture de résultat et justice, variations sur l'indépendance », in P. LE JEUNE et J. SERBA (dir.), *La fonction publique face à la culture de résultat*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 87-100.

- JACQUET J.-M., « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, Litec, LexisNexis, 2009, p. 331-348.
- JADOT B. et OST F., « Introduction générale », in B. JADOT et F. OST (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications FUSL, 1999, p. 7-10.
- JANICOT L., « L'efficacité de l'acte normatif, une exigence juridique ? L'exemple du contentieux administratif », in P. HAMMJE, L. JANICOT, et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, p. 175-188.
- JANIN P., « La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ? », *Droit de l'environnement*, 2011, n° 195, p. 318-324.
- JEAN-PIERRE D., « L'entretien professionnel peut remplacer la notation dans la fonction publique territoriale », *JCP A.*, 2010, n° 29, p. 57.
- JÉGOUZO Y., « L'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et programmes », *AJDA*, 2005, p. 2100 et s.
- JÉGOUZO Y., « Protection de l'environnement et utilité publique des expropriations. De quelques évolutions récentes », in *Mél. D. Truchet*, 2015, p. 279-298.
- JÉGOUZO Y., « Simplifier l'évaluation environnementale des plans et programmes », *AJDA*, 2016, p. 1818-1822.
- JESTAZ P., « La qualification en droit civil », *Droits*, n° 18, 1993, p. 45-53.
- JÈZE G., « Les formes en droit administratif français », *RDP*, 1922, p. 503-524.
- JOBERT (8.), « Évaluer la demande sociale », *Projet*, n° 220, 1989, p. 51-57.
- JOYE J.-F., « Les vicissitudes du principe de sincérité », *JCP G*, n° 12, 18 mars 2009, doct. 126.
- JOURDAIN P., « Principe de précaution et responsabilité civile », *LPA*, 2000, n° 239, p. 51-57.
- JOURDAIN P., « Le Mediator devant la Cour de cassation : appréciation des conditions relatives à la causalité et à la défectuosité du médicament », *RTD Civ.*, 2016, p. 386 et s.
- JOURNET H., « L'expert, collaborateur du service public de la justice », in O. GOHIN (dir.), *L'expertise devant le juge administratif. Mission, rôle et responsabilité de l'expertise*, Société Revue Experts, coll. « Les rencontres de l'expertise », p. 113-116.
- KERNÉIS D., TCHAMITCHIAN P. et HOUSSIN D., « Le recours à des experts dans l'évaluation des établissements d'enseignement supérieur et de recherche français », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 352, 1<sup>er</sup> fév. 2015, p. 67-70.
- KESSLER M.-C., « Avant-propos », in M.-C. KESSLER et al., *L'évaluation des politiques publiques*, L'Harmattan, 1998, p. 1-5.
- KEYAERTS D., « *Ex ante* evaluation of EU legislation intertwined with judicial review ? Comment on *Vodafone Ltd v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (C-58/08) », *European Law Review*, n° 35, 2010, p. 6 et s.
- KISS A. et LAMBRECHTS C., « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », *RJE*, 1976, p. 239-242.
- KLEIN A., « Évaluation et santé : problèmes philosophiques », in *Questions d'évaluation en santé*, B. PY et E. SPITZ (dir.), Nancy, Presses universitaires de Nancy, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2009, p. 95-102.
- KORNPROBST F., « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, p. 121 et s.
- KRZISCH D., « Force normative et recommandations de bonne pratique en matière médicale », *RDSS*, 2014, p. 1087-2001.
- L. F., « Le pouvoir souverain du jury et les notes attribuées par les correcteurs », *AJDA*, 2009, p. 841-843.
- LA ROSA (de) S., « La place grandissante de l'évaluation en droit de l'Union. Réflexions à partir de l'examen des politiques économiques nationales par la Commission », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 89-108.

- LABETOULLE D., « La qualification et le juge administratif, quelques remarques », *Droits*, 1993, n° 18, p. 31-34
- LABETOULLE D., « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », *Terres du droit : Mél. Y. Jégouzo*, Dalloz, coll. « Études, Mélanges et Travaux », 2009, p. 479-487.
- LACASSE, F., « Gestion et émasculature des évaluations: le cas du Canada », *RFAP* 1993, n° 66, p. 271-280.
- LACAZE A., « La LOLF : simple outil de management, ou dogme écrasant ? », *Gérer et comprendre, Annales des mines*, n° 81, p. 5-13.
- LACHAUME J.-F., « Violation de la règle de droit », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015.
- LACHAUME J.-F., « La définition du droit administratif », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, 2012, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », t. 1, 2012, p. 130-136.
- LACOUETTE-FOUGÈRE C. et LASCOUMES P., « L'évaluation : un marronnier de l'action gouvernementale ? », *RFAP*, n° 148, 2013, p. 859-875.
- LADEGAARD P., « Measuring RIA quality and performance », in C. KIRKPATRICK and D. PARKER (dir.), *Regulatory impact assessment : towards better regulation ?*, Edward Elgar, 2007, p. 57-71.
- LAFARGE F., « Rendre des comptes – rendre compte », *RFAP*, Vol. 4, n° 160, 2016, p. 985-998.
- LAGET-ANNAMAYER A. et DERO-BUGNY D., « Avant-propos », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 13-23.
- LAGUMINA S. et DERUY L., « L'ordonnance relative aux contrats de partenariat : dépasser la polémique », *BJDCP*, n° 36, 2004, p. 348-361.
- LAHORGUE M.-B., « La réforme de l'étude d'impact », *AJDA*, 2010, p. 1807-1812.
- LAHORGUE M.-B., « L'insuffisance qualitative du dossier d'étude d'impact », *AJDA*, n° 5, 2012, p. 275-280.
- LAJUDIE B. et PLOTTU E., « Évaluation et réingénierie de l'action publique : passer des recommandations à l'action », *PMP*, vol. 27, n° 3, 2010, p. 105-120.
- LAMARQUE J., « La responsabilité de l'insuffisance de l'étude d'impact », *RDI*, 1989, p. 421-425.
- LANFRANCHI M.-P., « Le rôle du juge, témoin d'une juridicisation et judiciarisation croissantes des rapports sociaux ? », in J. DUBOIS et S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Natura 2000 : de l'injonction européenne aux négociations locales*, Aix-en-Provence, CERIC, coll. « Monde européen et international », 2005, 361 p.
- LANGELIER E., « Nouvelles variations sur l'intérêt pour agir dans le recours en annulation », *AJDA*, 2012, p. 417-422.
- LANORD-FARINELLI M., « La norme technique : une source de droit légitime ? », *RFDA*, 2005, p. 738-753.
- LANTRES O., « Les acteurs pharmaceutiques face au principe de précaution », *LPA*, n° 211, 2004, p. 3-14.
- LAQUIÈZE A., « L'évaluation de l'enseignement supérieur et de la recherche en France aujourd'hui : fin de fièvre ? », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 147-155.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile... », *LPA*, 1998, n° 144, p. 7-14.
- LASCOUMES P., « Effectivité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, coll. « Droit et société » 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 217-219.

- LASCOUMES P., « Évaluer l'évaluation », in M.-C. KESSLER et al., *L'évaluation des politiques publiques*, L'Harmattan, 1998, p. 253-256.
- LASCOUMES P., « L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix », *RFAP*, n° 103, 2002, p. 369-377.
- LATOURNERIE R., « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in *Le Conseil d'État, livre jubilaire. Publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire. 4 nivôse an VIII – 24 décembre 1949*, Sirey, 1952, p. 177-275.
- LATOURNERIE R., « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public », *EDCE*, 1960, p. 60-160.
- LAUBADÈRE (de) A., « Le contrôle du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », in *Mél. M. Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 531 et s.
- LAUBADÈRE (de) A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *Mélanges Waline*, 1974, p. 534 et s.
- LAUFER F., « Méthodes et techniques de décision et de gestion », *RFAP*, n° 26, 1983, p. 115-122.
- LAUVAUX Ph., « Le contrôle, source du régime parlementaire, priorité du régime présidentiel », *Pouvoirs*, n° 134, 2010, p. 23-36.
- LAVEISSIÈRE J., « Les “mal notés” et le juge », *AJDA*, 1981, p. 119-127.
- LE DIVELLEC A., « Les effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, n° 134, 2010, p. 123-139.
- LE GARS J.-M., « Le sapiteur, ce faux ami ! », *AJDA*, 2016, n° 6, p. 302-306.
- LE PORS A., « D'un colloque à l'autre », in P. LE JEUNE et J. SERBA (dir.), *La fonction publique face à la culture de résultat*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 15-25.
- LE POURHIET LE BOS A.-M., « Le contrôle de l'impartialité des avis », in G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, p. 56-70.
- LEBRETON J.-P., « L'imbroglie de la hiérarchie des normes affectant directement ou indirectement l'acte de construire », *LPA*, n° 86, 1996, p. 4-10.
- LEBRETON G., « La sincérité des débats parlementaires », in O. LE BOT (dir.), *Sincérité et démocratie*, Larcier, 2011, p. 169-182.
- LECA J., « Le Conseil scientifique de l'évaluation », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1994, n° 4, p. 1217-1221.
- LECA. J., « Sur le rôle de la connaissance dans la modernisation de l'État et le statut de l'évaluation », *RFAP*, n° 66, 1993, p. 185-196.
- LECA J., « L'évaluation dans la modernisation de l'État », *PMP*, vol. 11, n° 2, 1993, p. 161-172.
- LEGOUX A., « Vérité médicale, vérité juridique », *Gaz. Pal.*, n° 277, 2014, p. 11-19.
- LEGRAND P., « Les dossiers d'enquête publique préalable aux expropriations : information du public et considérations d'environnement (Suite et fins) », *LPA*, 1994, n° 99, p. 8-13.
- LEMASURIER J., « Expropriation, “bilan-coût-avantages” et nécessité publique », *Rev. Adm.*, 1979, n° 191, p. 502-507.
- LEPAGE C., « La reconnaissance jurisprudentielle du principe de non-régression », *Envir.*, 2018, comm. 11.
- LEPAGE-JESSUA C., « La vision des avocats », in G. GARDAVAUD et H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, PUG, 1995, p. 127-151.
- LEPETIT-COLLIN H., « L'évaluation de la justice administrative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », p. 203-221.
- LEPETIT-COLLIN H. et PERRIN A., « La distinction des recours contentieux en matière administrative », *RFDA*, 2011, p. 813-833.
- LERAUT J., « Réflexion sur les conditions d'urgence et de complexité justifiant le recours au partenariat », *BJDCP*, n° 42, 2005, p. 343.

- LETELLIER H., « Contrôle juridictionnel de l'urgence et recours aux contrats de partenariat », *Contrats Publics*, juin 2009, n° 89, p. 80-85.
- LETOURNEUR M., « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *EDCE*, 1953, p. 66 et s.
- LETOURNEUR M., « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE*, 1962, p. 55-62.
- LÉVY A., « L'évaluation créatrice de valeur », *Nouvelle revue de psychosociologie*, n° 8, 2009, p. 93-103.
- LEWKOWICZ G. « Gouverner les États par les indicateurs : le cas des agences de notation de crédit », in B. FRYDMAN et A. VAN WEATENBERGE (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs de Hume aux rankings*, Bruylant, « Penser le droit », 2014, p. 145-191.
- LIANOS I. et KARLIUK M., L'émergence de l'étude d'impact comme norme de gouvernance en Europe : genèse, diffusion et acteurs. *RFAP*, n° 149, 2014, p. 5-27.
- LIANOS I. et FAZEKAS M., « Le patchwork des études d'impact en Europe : proposition de taxinomie », *RFAP*, n° 149, 2014, p. 29-59.
- LICHÈRE F., « Les contrats de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ? », *RDP*, n° 6, 2004, p. 1547-1568.
- LICHÈRE F., « La réforme des partenariats publics-privés », *Contrats-marchés publics*, n° 10, 2008, étude 9.
- LIGNIÈRES P. et MENEMENIS A., « Débat sur les contrats de partenariat », *DA*, n° 11, 2004, n° 3.
- LOQUIN E., « Les experts ; auxiliaires ou concurrents du juge ? Rapport de synthèse », in CENTRE DE DROIT COMPARÉ et Ph. SARAILLHÉ, *Les experts : auxiliaires ou substituts du juge ?*, coll. « Centre français de droit comparé », 2009, p. 147-153.
- LIVERMORE M. A. et ROSENBERG J. S., « L'analyse distributive dans les études d'impact, ou comment prendre en compte la répartition des conséquences d'une réglementation », *RFAP*, n° 149, 2014, p. 145-161.
- LOCHAK D., « Le contrôle de l'opportunité du Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU et F. SUDRE, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, STH, coll. « Les grands colloques », 1990, p. 77-115.
- LOMBARD F., « Les "lignes directrices" des autorités de régulation peuvent désormais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir », *RTD. Com.*, 2018, p. 67-69.
- LONG M., « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, p. 787-794.
- LONGO G., « La bibliométrie et les gardiens de l'orthodoxie », *Revue du MAUSS*, n° 33, 2009, p. 141-145
- LOCHAK D., « Droit, normalité et normalisation », in CURAPP, *Le droit en procès*, PUF, 1987, p. 51 et s.
- LUKES-PETROVIC M., « L'efficacité des fonctionnaires en Croatie », in P. LE JEUNE et J. SERBA (dir.), *La fonction publique face à la culture de résultat*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 131-136.
- LYON-CAEN A., « Évaluation », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 417.
- MAGNON X., « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre "autorité" et "force" de chose jugée », *RFDA*, 2013, p. 859-867.
- MAK E., « Judicial review of regulatory instruments: the least imperfect alternative ? », *Legisprudence*, 2012, n° 3, p. 301-319.
- MALLOL F., « "Veuillez patienter" : regard dubitatif sur la qualité et la célérité de la justice administrative », *RFAP*, n° 159, 2016, p. 775-788.
- MARGUENAUD J.-P., « Le droit à l'expertise équitable », *D.*, 2000, p. 111-117.

- MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Mélanges J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Faculté de droit – Université libre de Bruxelles », t. 1, 1992, p. 49-68.
- MARTIN G., « Expertise et responsabilité juridique », in G. DECROP et J.-P. GALLAND (dir.), *é Prévenir les risques : de quoi les experts sont-ils responsables ?*, d. de l'Aube, coll. « Mondes en cours », 1998, p. 155-162.
- MARTIN G., « La mise en œuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute », *JCP Entreprise et affaires*, suppl. « Cahiers de droit de l'entreprise », n° 1, 1999, p. 3-5.
- MARTIN G., « L'évaluation peut-elle échapper au risque technocratique ? », *Pouvoirs locaux*, 2011, n° 88, p. 17-20.
- MARTUCCELLI D., « Critique de la philosophie de l'évaluation », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 128-129, 2010, p. 27-52.
- MARTY F. et SPINDLER J., « L'évaluation préalable des contrats de partenariat : contrainte juridique ou outil de pilotage des finances publiques ? », *Gestion et Finances publiques*, n° 7, 2009, p. 585 et s.
- MARTY F. et VOISIN A., « La redevabilité des partenariats public-privé », *RFAP*, 2016, Vol. 4, n° 160, p. 1123-1138.
- MARZANO M., « Publish or Perish », *Cités*, n° 1, 2009, p. 59-64.
- MASSOT J., « Le contrôle du Conseil d'État sur l'appréciation par l'Administration de l'aptitude professionnelle des fonctionnaires », *EDCE*, 1957, p. 53 et s.
- MATHIEU B. et VERPEAUX M., « Les normes de référence extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in L. FAVOREU, R. HERTZOG et A. ROUX (dir.), *Études en l'honneur de L. Philip*, Economica, 2005, p. 155-170.
- MATHIEU B., « Les “questions de société” échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G*, n° 22, 2013, 588.
- MATYJASIK, N., « Des évaluations de politiques publiques et des consultants : émergence d'un champ professionnel et segmentation des rôles », *RFAP*, n° 148, 2013, p. 907-921.
- MAURY E., « Le Parlement français face au défi de l'évaluation des politiques publiques », in M.-C. KESSLER et al., *L'évaluation des politiques publiques*, L'Harmattan, 1998, p. 41-62.
- MAURY S., « La LOLF est-elle un bon moyen d'évaluer les politiques publiques ? », *AJDA*, 2008, p. 1366-1373.
- MAZÈRES J.-A., « Recherche sur les fondements méta-éthiques de la responsabilité », in G. DARCY (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Sénat, coll. « Les colloques du Sénat : les actes », 2001, p. 321-347.
- MAZI I.-G., « Le Conseil constitutionnel, organe à vocation impartiale mais à nomination politique : fatalité ou simple volonté politique ? », *Politeia*, n° 27, 2015, p. 578-596.
- MAZIÈRE P., « L'auto-évaluation des salariés ; Un nouveau champ d'action privilégié pour le C.H.S.C.T », *JDSAM*, 2015, n° 1, p. 115-121.
- MBONGO P., « La “constitutionnalisation” des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *D.*, 2009, p. 108-110.
- MEKKI M., « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple. Journées nationales – t. XIII*, Dalloz, coll. « Thèmes & comm. », 2009, p. 3-23.
- MELLERAY F., « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », *RFDA*, 2001, p. 1086-1110.
- MELLERAY F., « Précisions sur la neutralité de certains vices », *Droit administratif*, n° 3, 2012, comm. 22.
- MELLERAY F., « La réforme de l'expertise », *AJDA*, 2014, p. 1364-1370.
- MELLERAY F., « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA*, 2016, p. 679-684.

- MELLERAY F., « *Requiem* pour les vices de procédure ? », *AJDA*, 2018, p. 1241-1244.
- MENEMENIS A., « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou partenariat manqué ? », *AJDA*, 2004, p. 1737-1754.
- MENUÉL B., « Conflits d'intérêts au sein des agences de sécurité sanitaire : l'impartialité de l'AFSSA et de la HAS mise en cause », *Gaz. Pal.*, n° 155, 2011, p. 21 et s.
- MERMET L., « Les études d'évaluation entre stratégie et méthodologie. L'exemple des politiques publiques en matière de zones humide », *Gérer et comprendre, annales des mines*, n° 46, déc. 1996, p. 55-64.
- MÉTHIVIER M., « Droit des parlementaires à la contestation des études d'impact devant le Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'Homme*, avril 2019, 12 p.
- MHAMDI M. « La force normative du discours bioéthique », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 623-631.
- MIALOT C., « L'arrêt *Danthony* du point de vue du justiciable », *AJDA*, 2012, p. 1484-1491.
- MICHAUT F., « La "bonne réponse" n'est-elle qu'une illusion ? », *Droits*, n° 9, 1989, p. 68-78.
- MICHOUD L., « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *RGA.*, 1914, p. 429-500.
- MICHOUD L., « Des actes de gouvernement », *RDP*, 1924, p. 1-78.
- MIGAUD, D., « Les cinq défis de l'évaluation », *RFAP*, n° 148, 2013, p. 849-858.
- MITARD E., « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478-496.
- MODERNE F., « Sous le signe du subjectivisme juridique », *RFDA*, 2004, p. 101-109.
- MOLINERO L., « La "pseudo-motivation" de la déclaration d'utilité publique », in *Études offertes au Professeur Hostiou*, Litec, 2008, p. 401-419.
- MONÉDIAIRE G., « Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement », in *Pour un droit commun de l'environnement : Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 607-635.
- MONTEILLET S., « Autorités environnementales : une (re)mise en perspective européenne », *AJDA*, 2017, p. 976-979.
- MONTIS (de) A., « Faut-il vraiment étendre le régime de responsabilité du fait des lois aux actes de gouvernement ? », *Droit administratif*, n° 2, fév. 2016, étude 4.
- MOQUET-ANGER M.-L., « Brevet de juridicité et contrôle de légalité des recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé », *JCP A*, n° 42, 17 oct. 2011, 2321, p. 20 et s.
- MORAND Ch.-A., « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et société*, n° 10, 1988, p. 391-407.
- MORAND Ch.-A., « L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir », in A. DELCAMP, J.-L. BERGEL et A. DUPAS, *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Doc. Fr., coll. « Les études de la documentation française », 1995, p. 133-153.
- MORAND Ch.-A., « Éléments de légistique formelle et matérielle », in Ch.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 17-45.
- MORAND Ch.-A., « Formes et fonctions de l'évaluation législative », in B JADOT. et F. OST (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications FUSL, 1999, p. 207-227.
- MORAND-DEVILLER J., « Le "système expert", l'expertise scientifique et gestion de l'environnement », in *Mél. J. Dupichot*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 358-375.
- MOTULSKY H., « Préface », in F. TERRÉ et H. MOTULSKY (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Ed. de l'Épargne, coll. « Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris », 1969, p. 7-10.
- MOTULSKY H., « Notions générales », in F. TERRÉ et H. MOTULSKY (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Ed. de l'Épargne, coll. « Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris », 1969, p. 13-33.

- MOUNGACHE M., « Interprétation communautaire », *RGDM*, Dossier « La force des avis et recommandations des autorités de santé », 2009, p. 107-114.
- MOUSSA T., « Le statut des experts en matière administrative », in T. MOUSSA et al. (dir.), *Le droit de l'expertise*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2008, p. 435-510.
- MUNDAY R., « In the Wake of 'Good Governance': Impact Assessments and the Politicisation of Statutory Interpretation », *The Modern Law Review*, vol. 71, n° 3, 2008, p. 385-412.
- MUSCAT H., « Le concours des tiers : l'expertise et l'*amicus curiae* », in C. TEITGEN-COLLY (dir.), *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Mare & Marin, coll. « ISPJS », 2017, p. 125-142.
- NAIM-GESBERT E., « L'acceptabilité compensée de l'impact écologique des DUP », *DA*, n° 7, 2008, comm. 98.
- NAIM-GESBERT E., « L'irrésistible ordre public écologique. Risque et État de droit », in *Pour un droit commun de l'environnement : Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1323-1342.
- NAIM-GESBERT E., « L'évaluation en matière environnementale », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 157-166.
- NAUGES-FENIOUX S., « Une autorité administrative n'est pas tenue de suivre un avis conforme illégal », *LPA*, n° 114, 2002, p. 15-24.
- NIOCHE J.-P., « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *RFSP*, 1982, p. 32-61.
- NIOCHE J.-P., « Les trois paradigmes de l'évaluation des politiques publiques face à l'obligation de rendre des comptes et de rendre compte », *RFAP*, n° 160, 2016, p. 1227-1240.
- NOIVILE C., « Principe de précaution et droit de la santé », in A. AURENGO et alii (dir.), *Politique de santé et principe de précaution*, PUF, coll. « Quadriges », 2011, p. 35-52.
- NORTH A., « La notion d'information de santé et son accessibilité », in A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), *Information et produits de santé, quelles perspectives ?*, PUF, coll. « Droit et santé », 2006, p. 19-33.
- NOURISSAT C., « Rapport de synthèse », *RGDM*, Dossier « La force des avis et recommandations des autorités de santé », 2009, p. 133-140.
- NOURY A., « L'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 2, 2000, p. 599-631.
- OCHOA N., « La Cour des comptes, autorité administrative indépendante. Pour une lecture administrativiste du droit de la comptabilité publique », *RFDA*, 2015, p. 831 et s.
- OLCZAK-GODEFERT G., « L'évaluation des salariés en question », *Journal des Sociétés*, n° 92, 2011, p. 58-60.
- OLIVER-LALANA D., « On the (judicial) method to review the (legislative) method », *Theory and practice of legislation*, 2016, n° 4, p. 135-153.
- OLIVIER M., « Les experts institutionnels de l'agence française de sécurité sanitaire des aliments », *La Gazette du Palais*, n° 10, 2004, p. 14-23.
- OLIVIER M., « Le nouveau statut des experts judiciaires résultant de la loi du 11 février 2004 », *La Gazette du Palais*, n° 167, 2004, p. 2-6.
- OLTRA-ORO S., « L'évaluation des politiques publiques, un art au service du Politique », *Revue française de finances publiques*, n° 128, 2014, p. 161-167.
- OST F., « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *APD*, t. 30, 1985, p. 9-34.
- OST F., « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, p. 163-230.

- OST F., « La régulation des horloges et des nuages... », in B. JADOT et F. OST (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications FUSL, 1999, p. 11-34.
- PADIRAC (de) H., « Le Parlement français et l'évaluation. Une institutionnalisation impossible ? », *LIEPP Working paper*, n° 80, oct. 2018, 47 p.
- PARDINI J.-J., « L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois », in *Mélanges L. Favoreu*, Dalloz, coll. « Mélanges, études, travaux », 2007, p. 335-359.
- PARDINI J.-J., « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la Constitutionnalité des lois », in L. GAY (dir.), *La QPC. Approche de droit comparée*, Bruylant, 2014, p. 223-236.
- PARIENTE A., « Évaluation parlementaire et responsabilité politique du gouvernement », *LPA*, n° 14, 2000, p. 9-20.
- PATY C., « Contrôle, évaluation, inspection », *RFAP*, 1997, n° 65, p. 101-109.
- PAULIAT, « Célérité de la décision de justice et qualité de la décision juridictionnelle », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, 2010, p. 247-267.
- PAULIAT H., « La modernisation de l'action publique postule l'évaluation... et de nouvelles normes ? », *JPC A*, 2014, act. 197.
- PAUVERT B., « Expert, expertise et décision publique », *Droit de l'environnement*, n° spécial, 2006, p. 270-274.
- PEIGNÉ J., « Les conventions régissant le prix des médicaments remboursables », *Droit social*, 2002, p. 199 et s.
- PEIGNÉ J., « Le contentieux des A.M.M., le juge communautaire et le principe de précaution », *LPA*, n° 137, 2003, p. 18-34.
- PEIGNÉ J., « La réforme de la législation pharmaceutique communautaire », *RDSS*, 2004, n° 3, p. 577-597.
- PEIGNÉ J., « L'annulation d'une recommandation de la Haute Autorité de santé pour conflits d'intérêts », *RDSS*, 2011, p. 483-490.
- PEIGNÉ J., « Du Mediator aux prothèses PIP en passant par la loi du 29 décembre 2011 relative à la sécurité sanitaire des produits de santé », *RDSS*, 2012, p. 315-331.
- PENTECOSTE J., « Interprétation administrative », *RGDM*, Dossier « La force des avis et recommandations des autorités de santé », p. 91-100.
- PENTECOSTE J., « Pour une vision claire des responsabilités des autorités du médicament », *Gazette Pal.*, n° 279, 2011, p. 7 et s.
- PÉRICAUD J.-F., « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », *RDI*, 2001, p. 321-341.
- PERRET B., « De l'échec de la rationalisation des choix budgétaires (RCB) à la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) », *RFAP*, n° 117, 2006, p. 31-41.
- PERRET B., « L'évaluation des politiques publiques », *Informations sociales*, n° 110, 2003, p. 14-25.
- PERROTIN F., « Expertise erronée d'une œuvre d'art et manquement caractérisé », *LPA*, n° 221, 2012, p. 3-5.
- PERROUD T., « L'évaluation en droit comparé : les études d'impact aux États-Unis », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 127-142.
- PERROUD T., « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation », *JCP G*, n° 22, 2016, 623.
- PERROUD T., « Constitution et évaluation. Faut-il constitutionnaliser l'évaluation ou faut-il changer notre gouvernement ? », *Jus Politicum*, mars 2018.
- PETEV V., « Hans Kelsen et le cercle de Vienne. À quel point la théorie du droit est-elle scientifique ? », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 233-247.

- PETIT J., « L'affaire du Mediator : la responsabilité de l'État », *RFDA*, 2014, p. 1193-1208.
- PFERSMANN O., « Norme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, L. CADIET et S. RIALS (dir.), Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos Poche », 2003, 1649 p.
- PHILIP-GAY M., « La motivation des lois », in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, 2013, p. 161-173.
- PICAVET O., « Les caractéristiques des évaluations réalisées par les corps d'inspection dans le cadre de la modernisation de l'action publique », *RFAP*, 2015, n° 155, p. 713-722.
- PISSALOUX J.-L., « Les inspections générales au sein de l'administration française : structures, fonctions et évolution », *RFAP*, n° 155, 2015, p. 601-622.
- PLANCHET P., « Quand les droits de l'urbanisme et de l'environnement font cause commune », *AJDA*, 2015, p. 2193-2199.
- PLANTÉ J., « Principes d'une évaluation socialement utile (Leçons de l'expérience Québécoise) », in *Outils, pratiques, institutions pour évaluer les politiques publiques, actes du séminaire Plan-ENA*, La Doc. Fr., 1991, p. 29-57.
- POCHARD M., « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2000, p. 3-20.
- POISSON M., « L'audit, un outil de progrès au service du secteur public », *Rev. Adm.*, n° 250, 1989, p. 370-377.
- POLLET D., « Vers une disparition prochaine des actes parlementaires ? », *RDP*, 2004, n° 3, p. 693-714.
- PONTIER J.-M., « La notion d'état intermédiaire en droit administratif », in J.-M. PONTIER (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, Aix-Marseille, PUAM, 2008, p. 11-71.
- PONTIER J.-M., « Le Fonds Mediator », *AJDA*, 2011, p. 2005-2010.
- PONTIER J.-M. « L'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales – À propos de la loi portant création d'un Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics », *JPC A*, n° 52, 2013, p. 2366.
- PONTIER J.-M., « La politique de labellisation », *AJDA*, 2017, p. 1700-1705.
- PEPELIER P., « Preliminary comments on the role of courts as regulatory watchdogs », *Legisprudence*, 2012, n° 3, p. 257-27.
- PEPELIER P. et DE JAEGERE J., « Evidence-based judicial review in divided states : the Belgian case », *Theory and practice of legislation*, 2016, n° 2, p. 187-208.
- PORTA J., « A propos du jugement d'efficacité dans le droit de l'Union européenne », in P. HAMMJE, L. JANICOT, et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, p. 251-268.
- PORTAL E., « L'évolution depuis 20 ans des outils de gestion des collectivités locales au regard des dimensions économique (et financière), sociale et politique de l'action publique locale », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n° 106, 2014, p. 11-16.
- POTIER DE LA VARDE B. et TEYSSIÉ B., « Évaluation des masters et équipes de recherche en droit », *JCP G*, n° 36, 2011, p. 1538-1539.
- POUND R., « The scope and purpose of sociological jurisprudence », *Harvard Law Review*, 1911, Vol. XXIV, n° 8, p. 591-619, et 1912, Vol. XXV, n° 6, p. 489-516.
- POUTHIER T., « Les pouvoirs du juge des installations classées en matière de régularisation des vices de procédure », *AJDA*, 2015, p. 106-112.
- PREVOST J.-B., « L'indépendance des experts », *La Gazette du Palais*, n° 192, 2009, p. 9-16.
- PREVOST-GELLA J., « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2017, p. 855-865
- PRIEUR M., « Le respect de l'environnement et les études d'impact », *RJE*, 1981, p. 103-128.
- PRIEUR M. « Le contrôle par le juge des études d'impact », *RJE*, n° 1, 1991, p. 23 et s.
- PRIEUR M., « Étude d'impact et protection de la nature », in *20 ans de protection de la nature. Hommage à M. Despax*, PULIM, 1998, p. 61-89.

- PURENNE A. et AUST J., « Piloter la police par les indicateurs ? Effets et limites des instruments de mesure des performances », *Déviante et Société*, n° 1, V. 34, 2010, p. 7-28.
- QUERMONNE J.-L., « Démocratie continue et évaluation des politiques publiques », in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1995, p. 157-165.
- QUINTANE G., « Les notions juridiques et les outils langagiers », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, coll. « Les études juridiques », 2009, p. 5-20.
- QUIRINY B., « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP*, n° 2, 2006, p. 375-390.
- RADAELLI C., « Rationality, power, management and symbols : four images of regulatory impact assessments », *Scandinavian Political Studies*, n° 33, Vol. 2, 2010, p. 164-188.
- RANGEON F., « La notation des fonctionnaires en question », *PMP*, vol. 10, n° 2, 1992, p. 193-211.
- RANGEON F., « La notion d'évaluation », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 11-33.
- RAPP L., « Contrat de partenariat et urgence », *RDI*, 2009, p. 176 et s.
- RAYNARD J., « Le domaine des avis en droit », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 1998, p. 12-27.
- RÉGLADE M., « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité », *RGA*, 1925, p. 414-446.
- RENAUDIN N., « Prix et innovation sur le marché du médicament », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La régulation des secteurs de la santé*, Presses de Sc. Po et Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », p. 75-82.
- RESTIER-MELLERAY C., « Les ambiguïtés de l'évaluation de la recherche publique en France. Consensus, dissensus ou malentendu sur le destinataire ? », *PMP*, n° 4, 1988, p. 65-83.
- RESTIER-MELLERAY C., « Experts et expertise scientifiques, le cas de la France », *RFSP*, vol. 40, n° 4, p. 546-585.
- RÉVEILLÈRE V., « "Couvrez ces valeurs que je ne saurais voir". La discussion des valeurs au Conseil constitutionnel (1959-1985) », *RDP*, 2015, n° 2, p. 465-498. 1951, p. 21 et s.
- REVILLARD A., « Quelle place pour les méthodes qualitatives dans l'évaluation des politiques publiques ? », *LIEPP Working paper*, novembre 2018, n° 81, 36 p.
- RIBES D., « Les experts au Palais Royal : la place de l'expertise dans le contrôle de constitutionnalité », *Droit de l'environnement*, n° spécial, 2006, p. 280-284.
- RICOEUR P., « L'acte de juger », *Esprit*, n° 183, 1992, p. 20-25.
- RICOEUR P., « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, n° 206, 1994, p. 28-48.
- RICOEUR P., « Justice et vérité », in *Le juste, tome 2*, *Esprit*, 2001, p. 69-83.
- RIVERO J., « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, p. 21-24.
- RIVERO J., « Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, p. 99-102.
- RIVERO J., « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *Dialectica*, 1961, n° 3-4, p. 462-480.
- ROBBE J., « De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne », *RFDA*, 2018, p. 85-99.
- ROBERT A., « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D.*, 2013, p. 855-865.
- ROBIN F., « De l'évaluation, de l'audit et de quelques autres notions », *Connexions*, n° 56, 1990, p. 121-128.
- ROBLIN C., « Les avis conformes », in G. DUPUIS, *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, p. 80-95.
- ROBLOT-TROIZIER A., « Les clairs-obscur de l'invocabilité de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2015, p. 493-502.

- ROMI R., « Le droit de l'environnement et les règles du jeu contentieux vu de l'enseignement et de la recherche », *RJE*, n° spécial, « Le juge administratif : juge vert ? », 1995, p. 39-44.
- RONCIÈRE M., « Actualité de la notion d'opération complexe », *LPA*, n° 101, 1996, p. 5.
- ROQUEPLO Ph., « Les scientifiques face aux politiques dans les affaires de risque », in M. TUBIANA, C. VROUSO, C. CARDE et J.-P. PAGES (dir.), *Risque et société*, Gif-sur-Yvette, éd. Nucléon, 1999, p. 326-331.
- ROSE-ACKERMAN S., « Étude d'impact et analyse coûts-avantages : qu'impliquent-elles pour l'élaboration des politiques publiques et les réformes législatives ? », *RFAP*, n° 140, 2011, p. 789-896.
- ROSE-ACKERMAN S. et PERROUD T., « Les études d'impact et l'analyse « coûts-avantages » : modèles américains et traditions juridiques françaises », *RFAP*, n° 149, 2014, p. 105-122.
- ROTA M., « Vers la disparition des vices de forme ? », *RDP*, n° 3, 2015, p. 641 et s.
- ROUANET H., « L'évaluation des agents publics », in *L'évaluation de l'administration*, CURAPP, PUF, 1993, p. 100-104.
- ROUBAN L., « L'évaluation, nouvel avatar de la rationalisation administrative ? Les limites de l'import-export institutionnel », *RFAP*, n° 66, 1993, p. 197-208.
- ROUBAN L., « Évaluation et modernisation administrative », in CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 34-54.
- ROUSSEL F., « Le contentieux des obligations de l'expert », *AJDA*, 2014, p. 1370-1380.
- ROUSSEL S. et NICOLAS C., « Anticiper n'est pas se tromper », *AJDA*, 2017, p. 2403-2406.
- ROUVIERE J., « Réflexions sur l'erreur manifeste », *EDCE*, 1988, n° 39, p. 65-68.
- ROUX G., « La notion de personnes "intéressées" au sens de la jurisprudence *Danthy* », *AJDA*, 2017, p. 1649-1653.
- ROUYERE A., « L'exigence de précaution saisie par le juge », *RFDA*, 2000, n° 2, p. 266-289.
- ROUYERE A., « Principe de précaution et responsabilité », in G. DARCY (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Sénat, coll. « Les colloques du Sénat », 2001, p. 225-244.
- ROWE G. C., « Tools for the Control of Political and Administrative Agents: Impact Assessment and Administrative Governance in the European Union », in *EU Administrative Governance*, ed. Herwig C.H. Hofmann and Alexander H. Türk, 2006, p. 448-511.
- ROZENBERG O., « Un petit pas pour le Parlement, un grand pas pour la V<sup>e</sup> République. L'évaluation de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », *LIEPP Working Paper*, 2016, n° 41, 73 p.
- ROZENBERG O. et TUSSEAU G., « Le bilan de l'action du Parlement en matière d'évaluation est décevant », *Acteurs publics*, avril 2017, disponible sur le site internet de la revue.
- SABETE W., « Déclin ou renouveau de la loi ? », *RFDA*, 2005, p. 930-938.
- SABLIÈRE P., « Une nouvelle source du droit ? - Les documents référents », *AJDA*, 2007, p. 66.
- SADELEER (de) N., « Les avatars du principe de précaution en droit public : effet de mode ou révolution silencieuse ? », *RFDA*, 2001, p. 547 et s.
- SADELEER (de) N., « Le principe de précaution dans le droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2017, p. 1025-1039.
- SAINT-MARTIN D., « Les consultants et la réforme managérialiste en France et en Grande-Bretagne : vers l'émergence d'une "consultocratie" », *Canadian Journal of science politic*, mars 1999, Vol. 32, n° 1, p. 41-74.
- SAGNIER P.-Y., « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA*, p. 1378-1384.

- SALAI R., « Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance », *RFAS*, n° 1-2, 2010, p. 129-147.
- SALAMON R. (dir.), « L'évaluation en santé publique », *ADSP*, n° 69, 2009, 72 p.
- SALON S. et SAVIGNAC J.-C., « Administration moderne et notation des fonctionnaires », *AJDA*, 1977, p. 591-595.
- SARRAILHÉ P., « Rapport introductif : la diversité des experts et leurs traits communs », in CENTRE DE DROIT COMPARÉ et Ph. SARRAILHÉ, *Les experts : auxiliaires ou substituts du juge ?*, coll. « Centre français de droit comparé », 2009, p. 7-24.
- SAUVÉ J.-M., « Le rôle du Conseil d'État dans la mise en œuvre des études d'impact », intervention du 29 nov. 2010 lors de la conférence *L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique*, organisée par l'Université Ouest Nanterre La Défense au Cercle France Amériques, 2010, 6 p.
- SAUVÉ J.-M., intervention à la table ronde « Contrôler et évaluer la loi », in ASSEMBLÉE NATIONALE, colloque « Mieux légiférer », Hôtel de Lassay, 28 novembre 2014, compte rendu disponible sur le site de l'Assemblée nationale.
- SAVONITTO F., « Les recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de santé », *RFDA*, 2012, p. 471-489.
- SCHMITZ J., « Le droit "souple", les autorités administratives indépendantes et le juge administratif. De la doctrine au prétoire », *RFDA*, 2017, p. 1087-1098.
- SCHOTT S., « L'évaluation législative », in P. HAMMJE, L. JANICOT, et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, p. 147-154.
- SCHOETTL J.-E., « Intérêt général et Constitution », *EDCE*, 1999, n° 50, p. 375-386.
- SCHOETTL J.-E., « Le Conseil constitutionnel et la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain », *AJDA*, 2001, p. 18-27.
- SCRIVEN M., « Evaluating Evaluations. Evaluations checklist », 2011, [http://michaelscriven.info/images/EVALUATING\\_EVALUATIONS\\_8.16.11.pdf](http://michaelscriven.info/images/EVALUATING_EVALUATIONS_8.16.11.pdf).
- SEA AVOCATS, « Publicité des produits de santé : panorama de jurisprudence », *LPA*, n° 87, 2008, p. 7-23.
- SEGUIN P., « Évaluer les politiques publiques ? Indispensable et prioritaire », *RFAS*, 2010, n° 1-2, p. 339-343.
- SEILLER B., « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », in Travaux de l'AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », 2011, p. 191-209.
- SEILLER B., « L'illégalité externe, commode bouc émissaire », *AJDA*, 2012, p. 1609-1612.
- SEILLER B., « Compétence du Conseil d'État en premier ressort sur les recommandations de l'AFSSAPS », *La Gazette du Palais*, 2013, n° 334, p. 13-20.
- SEILLER B., « La censure a toujours tort », *AJDA*, 2014 p. 129-133.
- SEILLER B., « La recevabilité des recours contre les actes composant le "droit souple" », *La Gazette du Palais*, n° 22, 2016, p. 27 et s.
- SEILLER B., « Le droit à l'erreur, pour qui ? », *AJDA*, 2018, p. 1465-1468.
- SENNERS F., « Situations illégitimes », in *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2011, §185-191.
- SERMET C., « La prise en compte de l'innovation thérapeutique dans les politiques de prix et de remboursement des médicaments. Une approche internationale », *RFAS*, n° 3/4, 2007, p. 319-341.
- SESTIER J.-F., « Les modalités de conclusion des marchés de partenariat », *Le Moniteur - Contrats publics*, n° 159, 2015, p. 30-34.
- SFEZ L., « Évaluer : de la théorie de la décision à la théorie de l'institution », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, n° 128-129, p. 91-104.
- SHADISH W., « Evaluation Theory is Who We Are », *American Journal of Evaluation*, Vol. 19, (1), p. 1-10.

- SHADISH W. R., « Need based evaluation theory : what do you need to know to do good evaluation », *Evaluation practice*, Vol. 15, n° 3, 1994, p. 347-358.
- SIBONY A.-L., « Quelles leçons tirer des expériences étrangères ? », in E. BREEN (dir.), *Évaluer la justice*, PUF, coll. « Droit et justice », 2002, p. 77-141.
- SIBONY A.-L., « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 62-84.
- SIMONET F., « L'évaluation : objet de standardisation des pratiques sociales », *Cités*, n° 1, 2009, p. 91-100.
- SIMONIAN-GINESTE H., « Nouveau regard sur l'avis consultatif », *RDP*, 1999, p. 1121-1158.
- SIRINELLI J., « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, n° 5, 2010, p. 1367-1397.
- SIRINELLI J., « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, n° 3, 2016, p. 529-545.
- SOHNLE J., « Réflexions sur la méthode du bilan et les ressources naturelles partagées », in *Pour un droit commun de l'environnement : Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, coll. « Mélanges... », 2007, p. 1481-1492.
- SOLER-COUTEAUX P., « La sanction des vices de forme et de procédure : *Danthony*, annulation partielle et sursis à statuer », *RDI*, 2016, p. 660-669.
- SPANOU C., « Les enjeux organisationnels des entretiens d'évaluation », in *CURAPP, L'évaluation dans l'administration*, PUF, 1993, p. 105-123.
- STUFFLEBEAM D. L., « The Meta-evaluation Imperative », *American Journal of Evaluation*, Vol. 22, 2001, p. 183-209.
- SUDRE F., « La Cour européenne des droits de l'Homme et le principe de précaution », *RFDA*, 2017, p. 1039-1047.
- TABUTEAU A., « Sécurité sanitaire et agences, le renouveau de la santé publique », *EDCE*, 1998, p. 474-486.
- TABUTEAU A., « Sécurité sanitaire et droit de la santé », *RDSS*, 2007, p. 823-843.
- TAIBI A., « L'élargissement de la recevabilité contentieuse du droit souple des autorités de régulation », *La Gazette du Palais*, n° 18, 2016, p. 20 et s.
- TAILLEFAIT A., « Sélectivité et performance de la fonction publique », in N. ALBERT (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2010, p. 171-190.
- TAILLEFAIT A., « Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires : une étape vers un droit de la performance de la fonction publique ? », in Ch. FORTIER (dir.) *Le statut générale des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, p. 119-134.
- TALLIER F., « L'évaluation du handicap et de l'aptitude à l'emploi », *RDSS*, 2011, n° 5, p. 821-827.
- TANTY L., « L'extension du champ d'application de la procédure d'examen au cas par cas en matière de projets », *AJDA*, 2018, p. 885-890.
- TEBOUL G., « La notion de vice de procédure substantiel », *AJDA*, 1991, p. 572-573.
- TENZER N., « Une politique peut-elle être évaluée ? », *Informations sociales*, n° 110, 2003, p. 58-68.
- TERNEYRE P., « La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1985, p. 691-749.
- THÉRON S., « Les catégories en droit administratif », *RRJ*, n° 4, 2005, p. 2399-2420.
- THÉRY I., « Expertises de service, de consensus, d'engagement : essai de typologie de la mission d'expertise en sciences sociales », *Droit et société*, n° 60, 2005, p. 311-327.

- THÉROUX E., « L'analyse d'impact environnemental : une approche comparée Communauté européenne-Québec », *Revue québécoise de droit international*, 1993, Vol. 8, n° 2, p. 228-234.
- THIBIERGE C. « Le droit souple », *RTD. Civ.*, 2003, p. 599 et s.
- THIBIERGE C., « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, t. 51, 2008, p. 343-356.
- THIBIERGE C., « Synthèse », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 745-846.
- THIBIERGE C., « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, Dalloz, *Le droit souple. Journées nationales – t. XIII*, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, p. 140-161.
- THIERS E., « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *Pouvoirs*, n° 134, 2010, p. 71-81.
- THOENIG J.-C., « L'évaluation en actes : leçons et perspectives », in *PMP*, vol. 20, n° 4, 2002, numéro spécial : « L'évaluation de l'action publique : pour quand ? ». p. 33-50.
- THUILLIER G., « Une histoire de la notation administrative », *Rev. Adm.*, 1974, p. 228-236.
- TIMSIT G., « Pour une nouvelle définition de la norme », *D.*, 1988, p. 267 et s.
- TIMSIT G., « Guy Braibant est-il un juge qui gouverne ? », in *Mél. Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 785-814.
- TIMSIT G., « Normativité et régulation », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 21.
- TOURMEN C., « Les compétences des évaluateurs de politiques publiques », *Formation Emploi*, n° 104, 2008, p. 53-65.
- TRAORE S., « La nouvelle « évaluation environnementale » des documents d'urbanisme », *Envir.* 2006, Étude 6.
- TRÉPREAU M., « La prévention des conflits d'intérêt dans le domaine de la santé », *RDSS*, 2016, p. 116-128.
- TROPER M., « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 945-956.
- TROPER M., « Autorité et raison en droit public français », in G. HAARSHER, L. INGBER et R. VANDER ELST, *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 103-123.
- TROSA S., « Le rôle de la méthode dans l'évaluation à travers l'expérience du Conseil scientifique de l'évaluation », *PMP*, n° 10, 1992, p. 83-102.
- TROSA S., « Un premier bilan de l'expérience française », *RFAP*, n° 66, 1993, p. 240-247.
- TROSA S., « L'évaluation, nécessité ou gadget ? », in S. TROSA (dir.), *Évaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique. Une perspective internationale*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France - IGPDE, coll. « Gestion publique », 2009, p. 1-17.
- TROSA S., « Comment profiter des expériences étrangères ? L'évolution des démarches d'évaluation au niveau international », in F. MOUTERDE et S. TROSA (dir.), *Les nouvelles frontières de l'évaluation - 1989-2009 : vingt ans d'évaluation des politiques publiques en France, et demain ?*, L'Harmattan – SFE, 2010, p. 123-135.
- TRUCHET D., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *EDCE*, 1999, n° 50, p. 361-374.
- TRUCHET D., « À propos de l'évolution du droit administratif : "loi d'extension" et "loi de divergence" », in *Mél. René Chapus*, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 633-647.
- TRUCHET D., « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux "branches" », *RFDA*, 2015, p 657 et s.
- TRUCHET D., « Déontologie des experts en santé : perspectives critiques », *RDSS*, 2018, p. 77-83.
- TSANGA TAVI M., VERDON D. et EVEN L., « Quel référentiel pour l'évaluation de la performance publique ? L'intérêt de l'approche par les valeurs publiques », in F. BARON

- et N. MATYJASIK (dir.), *L'évaluation des politiques publiques. Défi d'une société en tension*, L'Harmattan, 2012, p. 175-208.
- TURION X., « Excès de pouvoir contre les avis », in G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, p. 97-111.
- TUSSEAU G., « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *RFHIP*, n° 19, 2004, p. 3-38.
- TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, p. 641 et s.
- TUSSEAU G., « Les pouvoirs des juges constitutionnels », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, t. 3, p. 169-208.
- VALETTE L. et LENGLOIS J., « L'évaluation : un champ en voie de professionnalisation », in F. MOUTERDE et S. TROSA (dir.), *Les nouvelles frontières de l'évaluation*, L'Harmattan – SFE, 2010, p. 162-178.
- VALLEMONT S. « L'évaluation au ministère de l'équipement », *Cahiers de la Fonction Publique*, n° 91, mai 1991, p. 4-5.
- VAN DE VYVER P., « Évaluation et limites des outils existants de gestion des services publics », *RDP*, n° 3, 2011, p. 739-743.
- VAN LANG A., « De l'art du trompe-l'œil. Réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale », in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1671-1693.
- VAN LANG A., « L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme après la loi Grenelle II : une nouvelle couche de vert ? », *RDI*, 2013, p. 138 et s.
- VAN LANG A., « L'application du principe de précaution à la déclaration d'utilité publique », *RDI*, 2013, p. 305-316.
- VAN MEERBEECK J., « Penser par cas... et par principal », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 73, n° 2, 2014, p. 77-97.
- VAN GESTEL R. et DE POORTER J., « Putting evidence-based law making to the test : judicial review of legislative rationality », *Theory and practice of legislation*, 2016, n° 2, p. 155-185.
- VARONE F., « De la performance publique, concilier évaluation des politiques et budget par programmes ? », *PMP*, n° 3, 2008, p. 77-89.
- VARONE F. et JACOB S., « Institutionnalisation de l'évaluation et Nouvelle Gestion Publique : un état des lieux comparatif », *RIDC*, Vol. 11, n° 2, 2004 p. 271-292.
- VAUTROT-SCHWARZ Ch., « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mél. D. Truchet*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 639-650.
- VEDEL G., « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », in *JCP*, 1948, I. 682.
- VEDEL G. « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », in *JCP*, 1950, I. 851.
- VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'Homme », *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 149-159.
- VEDEL G., « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 2, p. 77-86.
- VÉRON P., « L'évolution du contrôle des recommandations de bonnes pratiques », *Médecine et Droit*, n° 132, 2015, p. 53-62.
- VIALA A., « Le macronisme ou le spectre de l'épistocratie », *Le Monde*, 18 oct. 2017.
- VIARD C., « De la recherche de l'efficacité de l'acte normatif par l'usage des chiffres », in P. HAMMJE, L. JANICOT, et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte administratif. Nouvelle norme, nouvelles normativité ?*, Lextenso, 2013, p. 99-115.
- VIDAL O., « “Qu'importe le flacon pourvu qu'on ait l'ivresse” : nouveau précepte pour la phrase consultative de l'évaluation environnementale », *RJE*, n° 2, 2012, p. 283-294.

- VIDAL-NAQUET A., « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899-914.
- VIDAL-NAQUET A., « L'efficacité dans le contrôle de constitutionnalité », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 187-207.
- VIDAL-NAQUET A., « Évaluation et qualité normative », in D. DERO-BUGNY et A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'évaluation en droit public*, Lavoisier-LGDJ-Université d'Auvergne, coll. « Colloques », 2015, p. 41-66.
- VILLENEUVE P., « L'accréditation et la certification des établissements de santé », in *Droit médical et hospitalier*, Litec, fasc. 120-20, n° 30.
- VINCENT J.-Y., « L'erreur manifeste d'appréciation », *Rev. Adm.*, 1971, p. 407 et s.
- VINEY G., « La responsabilité des entreprises prestataires de conseil », *JCP*, 1975, I.
- VIVERET P., « Évaluation, expertise et démocratie : éléments d'un débat », in *Outils, pratiques, institutions pour évaluer les politiques publiques, actes du séminaire Plan-ENA*, La Doc. Fr., 1991, p. 73-79.
- VIVERET P., « Le pouvoir, l'expertise, la responsabilité », in M. VACQUIN (dir.), *La responsabilité. La condition de notre humanité*, Autrement, séries « Morales », p. 236-248.
- VOLUT D., « Le remplacement de la notation par l'entretien individuel : un coup d'épée dans l'eau ? », *AJFP*, 2013, p. 307 et s.
- VONSY M., « Acte de gouvernement et droit au juge », *RFDA*, 2008, p. 728-736.
- WACHSMANN P. « Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence Ville nouvelle Est, trente ans après », in *Mél. J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 735 et s.
- WACHSMANN P., « But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité du fait des lois », in *Mél. D. Truchet*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, trav. », 2015, p. 679-688.
- WALINE M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 197 et s.
- WALINE M., « Étendue et limite du contrôle du juge sur les actes de l'Administration », *EDCE*, n° 10, 1956, p. 25-33.
- WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », in *Mél. M. Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 811-830.
- WASNER E., « Évaluation des politiques publiques : faut-il de l'interdisciplinarité ? », *LIEPP – Methodological Discussion paper*, n° 2, septembre 2013, 23 p.
- WEINBERG A. M., « Science and Trans-science », *Minerva : a review of learning, science and policy*, n° 2, 1972, p. 209-222.
- WILSON C., « Évaluation professionnelle de l'agent, quoi de neuf ? », *AJCT*, 2015, p. 498 et s.
- WOEHLING J.-M., « L'évolution du droit dans l'action administrative », *RFAP*, n° 26, 1983, p. 156-163.
- WOLTON D., « Conclusions », *RFAP*, n° 103, 2002, p. 483-490.
- WROBLESKI J., « La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation », in Ch. PERELMAN et Ch. FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 331-355.
- ZAOUI P., « Pour un nietzschéisme démocratique », *Vacarme*, n° 44, 2008, p. 45-48.
- ZARKA Y.-C., « Qu'est-ce que tyranniser le savoir ? », *Cités*, n° 1, 2009, p. 3-6.
- ZARKA Y.-C., « L'évaluation, un pouvoir supposé savoir », *Cités*, n° 1, 2009, p. 113-123.
- ZIEMBINSKI Z., « La notion de rationalité du législateur », *APD*, t. 23, 1978, p. 175-187.
- ZILLER J., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1996, p. 185 et s.

## • Chroniques

- AUBERT M. et BROUSSY E., « Chronique de jurisprudence de la CJUE » *AJDA*, 2011, n° 41, p. 2339-2340.
- BESSON E., « Jurisprudence constitutionnelle française », *RFDC*, 2006, n° 66, p. 338-348.
- BROUSSY E., CASSAGNABERES H et GÄNSER C., *AJDA*, 2015, n° 19, p. 1094-1095.
- DOMINO X. et GUYOMAR M., « Le passeport biométrique au contrôle : empreinte et clichés », *AJDA*, 2012, p. 35-41.
- DOMINO X. et BRETONNEAU A., « Le vice, mode d'emploi », *AJDA*, 2012, p. 195-203.
- DOMINO X. et BRETONNEAU A., « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, 2012, p. 2373 et s.
- DOMINO X. et BRETONNEAU A., « Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires », *AJDA*, 2012, p. 690-701.
- DOMINO X. et BRETONNEAU A., « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », *AJDA*, 2013, p. 1733-1737.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G., « Variations sur le thème de la mesure d'ordre intérieure dans la fonction publique », *AJDA*, 2015, p. 2147-2151.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G., « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA*, 2016, p. 479- 485.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G., « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA*, 2016, p. 717-727.
- DONNAT F. et CASAS D., « Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction font grief », *AJDA*, 2003, p. 487-490.
- EMMANOUILIDOU P., « Évaluations environnementales », *RJE*, 2014, n° 1, p. 190-191.
- FONBAUSTIER L., « Jurisprudence relative à la Charte de l'environnement (année 2013) », *Environnement*, 2014, n° 5, p. 16 et s.
- GALABERT et GENTOT B., chron., *AJDA*, 1961, p. 200-202.
- GAUTIER M. et MELLERAY F., « Le Conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? - À propos des arrêts d'assemblée du 8 février 2007 », *DA*, 2007, Études, 7.
- HÉLIN J.-C. et HOSTIOU R., « Enquêtes publiques (1<sup>ère</sup> partie) », *RJE*, 2010, Vol. 35, n° 1, p. 133-154.
- HÉLIN J.-C. et HOSTIOU R., « Enquêtes publiques (1<sup>ère</sup> partie) », *RJE*, 2014, Vol. 39, n° 1, p. 145-164.
- HÉLIN J.-C. et HOSTIOU R., « Enquêtes publiques (2<sup>nde</sup> partie) », *RJE*, 2015, Vol. 40, n° 2, p. 367-376.
- HÉLIN J.-C. et HOSTIOU R., « Enquêtes publiques (1<sup>ère</sup> partie) », *RJE*, 2016, Vol. 41, n° 1, p. 162-169.
- JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, , p. 199-210.
- JEAMMAUD A. et SERVERIN E., « Évaluer le droit », *D.*, 1992, p. 292-300.
- LASSERRE B. et DELARUE J.-M., *AJDA*, 1983, p. 537-540.
- LIEBER S.-J. et BOTTEGHI D., « L'autorité de police face à la prévention des risques », *AJDA*, 2009, p. 1824-1831.
- MAUGÛE C. et SCHWARTZ R., « Régime juridique des centrales nucléaires », *AJDA*, 1991, p. 690-693.
- MORANGE G., « L'irresponsabilité de l'État législateur », *D.*, 1962, chron. XXVII.
- ROBLOT-TROIZIER A., « Chronique de droits fondamentaux et de libertés publiques », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, 2015, p. 105-122.
- ROBLOT-TROIZIER A. et TUSSEAU G., « Chronique de jurisprudence : droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2018, p. 1141-1161.
- ROUSSEL S. et NICOLAS Ch., « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », *AJDA*, 2018, p. 491-497.

SCHNEIDER R., « Installations classées », RJE, 2016, Vol. 41, n° 1, p. 170-181.  
TIBERGHIE F. et LASSERRE B., *AJDA*, 1982, p. 587-592.  
TIMSIT G., « Compétence liée et principe de légalité », *D.*, 1964, Chr. 217.

## V. NOTES ET CONCLUSIONS

AGUILA Y., « L'impartialité du jury d'un examen professionnel », *AJDA*, 2008, p. 1214.  
AUSTRY S., concl. sur CE, Ass., 26 oct. 2001, *M. et Mme Eisenchteter*, n° 216471, *BJDU*, 2001, n° 5, p. 339 et s.  
BON P., note sous CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, n° 387475 et autres, *RFDA*, 2016, p. 519 et s.  
BRAIBANT G., concl. sur CE, Ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, *CJEG*, 1961, p. 175-184.  
BRAIBANT G., concl. sur CE 13 nov. 1970, *Lambert*, *AJDA*, 1971, I, p. 35.  
BRAIBANT G., concl. sur CE Ass., nov. 1971, *Ville Nouvelle Est*, *AJDA*, 1971, p. 464-468.  
BAUDOIN J., concl. sur CE, Sect., 6 nov. 1970, *Guyé*, *R.D.P.*, 1971, p. 517-529.  
BILLET Ph., « Avis des autorités sanitaires sur l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme », *JCP A*, 2010, n° 25, p. 37.  
BONICHOT J.-C., concl. sur CE, Sect., 28 juill. 1997, *Consorts Dubouloz*, *RFDA*, 1994, n° 1, p. 36-43.  
BRIMO S. « La responsabilité administrative, dernière victime du Mediator ? », note sous TA de Paris, 3 juill. 2014, req. n° 1312345/6, *AJDA*, 2014, p. 2490-2498.  
BRIMO S., « Le Mediator devant le Conseil d'État : remèdes et effets secondaires », note sous CE, 9 nov. 2016, *Mme Faure c/ Min. des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme*, req. n° 393902 et n° 393926 et CE, 9 nov. 2016, *Mme Bindjouli*, req. n° 393108, *AJDA*, 2017, p. 426-431.  
BURGUBURU J., concl sur CE, Sect., 22 déc. 2017, *Commune de Sempy*, *RFDA*, 2018, p. 357-387.  
CASAS D., concl. sur CE, Ass., 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, rec. p. 393.  
CHAUVAUX D., concl. sur CE, Sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, *RFDA*, 2003, p. 1185-1196.  
DECOUT-PAOLINI R., concl. sur CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, *Recueil Lebon*, p. 240 et s.  
DAUMAS V., concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, *RFDA*, 2016, p. 506 et s.  
DEFIX S., « La méconnaissance des règles de l'enquête publique n'implique pas nécessairement l'illégalité de l'autorisation d'exploiter », note sous CE, 25 sept. 2013, *SAS Carrière de Bayssan*, *AJCT*, 2014, p. 57 et s.  
DEREPAS L., concl. sur CE, 13 juill. 2007, *Société Editions Tissot*, *AJDA*, 2007, p. 2145-2151.  
DORÉ F., concl. sur TA de Paris, 7 fév. 2017, *AJDA*, 2017, p. 698 et s.  
DU MARAIS B., concl. Sur CE, 10 juin 1994, *SA Les grands travaux de Franche-Comté*, *RFDA*, 1995, p. 679 et s.  
DU MARAIS B., concl. sur CE, Sect., 18 nov. 1994, *Société Clichy Dépannage*, *RFDA*, 1995, p. 679 et s.7,  
DUMORTIER G., concl. sur CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 330353, *RFDA*, 2012, p. 284-306.  
FOMBEUR P., concl. sur CE, Sect., 18 déc. 2002, *Duvignères*, *RFDA*, 2003, p. 280-293.  
FOMBEUR P., concl. sur CE, 23 juill. 2003, *Société CCL Pharma*, *RDSS*, 2004, p. 386-395.

FOULQUIER N., « L'avis de France Domaine et la jurisprudence *Danthony* », note sous CE, sect., 23 oct. 2015, *Association de sauvegarde des terres, du patrimoine et des paysages*, *RDI*, 2016, p. 36-38.

GANDOLFI A., note sous *Camara JCP*, 1963, II, n° 13111.

GENEVOIS B., concl. sur CE, Sect., 9 juin 1978, *Spire*, *Rev. Adm.*, 1978, p. 631 et s.

GENTOT M., concl. sur CE, Sect., 29 janv. 1971, *SCI « La Charmille de Montsoul »*, *AJDA*, 1971, p. 234-238.

GUYOMAR M., concl. sur CE, 2 nov. 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, *RFDA*, 2006, p. 349-355.

HOSTIOU R., « Étude d'impact, responsabilité de l'Administration et contrôle du juge de cassation », note sous CE, 28 juill. 1993, *SARL Bau-Rouge*, *RFDA*, 1994, p. 323.

HOSTIOU R., « Conséquences des irrégularités dans la publicité de l'ouverture de l'enquête publique », note sous CE, 3 juin 2013, n° 345174, *Commune de Noisy-le-Grand c/ Société Office français Inter Entreprises*, *Rec. Lebon* p. ? *AJDA*, 2013, p. 1193 et s.

ISSOP V. W. et BARDON C., « Première suspension d'un marché public dans le cadre d'un référé "Tarn-et-Garonne" », *DA*, janv. 2019, n° 1, comm. 1, note sous CE, 10 oct. 2018, *Virapoullé et CIREST*, n° 419406, Inédit au recueil *Lebon*.

JACQUEMET-GAUCHÉ A., « Indemnisation des rapatriés d'Algérie dépossédés de leurs biens : une requête qui ne passe toujours pas », note sous CE, 27 juin 2016, req. n° 382319, *AJDA*, 2017, p. 67-73.

KELLER R., concl. sur CE, Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan*, *RFDA*, 2013, p. 1175-1185.

KOKOTT J., concl. sur CJUE, 8 juill. 2010, *Afton Chemical Limited contre Secretary of State for Transport*. C-343/09, disponible sur le site internet <http://curia.europa.eu>.

LAMY F., concl. sur CE, Sect. (avis), 15 juill. 2004, *Chabert*, *RFDA*, 2004, p. 884-892.

LANDAIS C., concl. sur CE, 27 avril 2011, *FORMINDEP*, *AJDA*, 2011, p. 1326- 1330.

LEGAL H., concl. sur CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V*, *RFDA*, 1992, p. 574 et s.

MASSOT J., concl. sur CE 26 oct. 1979, *Leca*, *AJDA*, 1979, n° 12, p. 44 et s.

MODERNE F., note sous CE, Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, *Rev. Adm.*, 1978, p. 634-638.

MORISOT M., concl. sur CE, Ass., 29 juin 1973, *Sieur Roux et autres*, , p. 447-457.

MORISOT M., concl. sur CE 18 avril 1979, *Consorts Vitry*, *AJDA*, 1969, p. 424-426.

PACTEAU B., note sous CE Ass., 1978, *Lebon*, *D.*, 1979, J, p. 30-32.

PACTEAU B., « *Danthony* au cinéma », *AJDA*, 2012, p. 1957-2000.

PEIGNÉ J., « Bataille juridique autour d'un médicament sous surveillance renforcée », note sous CE, 4 oct. 2013, *Société des Laboratoires Servier*, req. n°s 353857, 355097, 356700 et 356687, *RDSS*, 2013, p. 1078 et s.

PEIGNÉ J., « Affaire Mediator : l'État jugé responsable de la carence fautive de l'AFSSAPS », *RDSS*, 2014, p. 926-933.

PONTIER J.-M., « Études d'impact : l'interprétation en retrait de leur exigence par le Conseil constitutionnel. L'exemple de la délimitation des régions », *JCP A.*, n° 48, 2014, p. 2334.

ROTOULLIÉ J.-C., « Le Conseil constitutionnel et la charte de déontologie de la juridiction administrative », *DA*, n° 1, 2018, comm. 1.

SANTONI L., « L'autorité environnementale (AE) doit être autonome à l'égard du maître d'ouvrage et de l'autorité compétente », *Construction-Urbanisme*, 2018, comm. 1.

SEILLER B., « *Du neuf avec du vieux : l'urgence en matière de référé-suspension* », note sous CE Sect. 29 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *D.*, 2001, J, p. 1414.

STRUILLIOU Y., concl. sur CE, 25 janv. 2006, *Marc-Antoine*, *AJFP*, 2006, p. 190-198.

VAN RUYMBEKE O., concl. sur CE, Sect., 17 mars 1988, *Muica Garmendia*, *RFDA*, 1989, n° 1, p. 46-51.

VIALETTES M., concl. sur CE, 17 fév. 2012, *Société Chiesi*, n° 332509, *Rec.* p. 43-51.

VIENNE R., note sous Trib. Civ. Nîmes, 1<sup>er</sup> juillet 1958 et Cour d'appel de Nîmes, 1<sup>re</sup> ch., 18 fév. 1959, *Bruère c. O.*, *JCP G*, 1959, II.11374.

- VON COESTER S., concl. Sur CE, ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta*, RFDA, 2014, p. 497-506.
- VON COESTER S. et DAUMAS V., « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de "droit souple" », *Droit administratif*, n° 4, 2016, comm. 20.

## VI. RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS

### RAPPORTS PARLEMENTAIRES

#### ASSEMBLÉE NATIONALE

- Assemblée nationale, *Rapport d'information n° 4019 du Comité d'évaluation et de contrôle présenté par F. Cornut-Gentille F. et C. Eckert. Une évaluation de la RGPP : méthode, contenus, impacts financiers*, 2011, La Doc. Fr., 467 p.
- Assemblée nationale., *Rapport d'information n° 2094 du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques présenté par C. Goasquen et P. Mallot sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi*, La Doc. Fr., 2009, 64 p.
- BARROT J.-N. (prés.), *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022. Première conférence des réformes – propositions des groupes de travail*, « Mission contrôle et évaluation des politiques publiques », 2018, 434 p.
- BARTOLONE C. et WINOCK M. (co-prés.), *Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions. Refaire la démocratie*, Assemblée Nationale, 2015, 963 p.
- Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, *Rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, Assemblée nationale, 2018, n° 771, 207 p.
- JÉGO Y. et DUMONT J.-L., *Rapport d'information de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le suivi des préconisations de la Cour des Comptes et de la Mission d'évaluation et de contrôle*, Rapport d'information, 2005, 76 p.
- MANDELKERN D., *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, La doc. Fr., 2002, 139 p.
- RAUDIÈRE (de la) L. (prés.), JUANICO P., *Rapport d'information de la Mission d'information sur la simplification législative*, La Doc. Fr., 2014, 399 p.
- TRON G. et DÉNIAUD Y., *Rapport d'information sur les organismes publics d'évaluation et de prospective économiques et sociales*, 2003, 51 p.

#### SÉNAT

- ARTHUIS J., *Rapport d'information n° 220 sur les objectifs et les indicateurs de performance de la LOLF*, La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », 2005, 213 p.
- ASSOULINE D., *Rapport d'information n° 623 au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois*, 2014, Sénat, 484 p.
- BOURDIN J., ANDRÉ P. et PLANCADE J.-P., *Placer l'évaluation des politiques publiques au cœur de la réforme de l'État*, éd. du Sénat, coll. « Les rapports du Sénat », n° 392, 2004, 428 p.
- DELEAU M. et al., *Évaluer les politiques publiques: méthodes, déontologie, organisation, rapport pour le commissariat Général du Plan*, La Doc. Fr., 1986, 180 p.
- FRÉVILLE Y., *Des universitaires mieux évalués, des universités plus responsables*, La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », n° 54, 2002, 522 p.
- PORTELLI H. et SUEUR J.-P., « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », La Doc. Fr., coll. « Rapports du Sénat », 2014, 99 p.

PORTELLI H., *Rapport de la commission des Lois sur la proposition de loi organique de M. Jacques MÉZARD et plusieurs de ses collègues visant à supprimer les alinéas 8 à 10 de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 1er juillet 2014*, juin 2015, 35 p.

## RAPPORTS ET ÉTUDES DU CONSEIL D'ÉTAT

- Conseil d'État, *Réflexions sur le droit de la santé*, La doc. Fr., 1998, 509 p.  
Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, La Doc. Fr., 1999, 449 p.  
Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La doc. Fr., 2006, 411 p.  
Conseil d'État, *Droits et débats. La démocratie environnementale*, La doc. Fr., 2012, 297 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2010. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2009*, La doc. Fr., 2010, 445 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2011. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2010*, La doc. Fr., 2011, 396 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2011. Consulter autrement, participer effectivement*, La doc. Fr., coll. « EDCE », 2011, 224 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2012. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2011*, La doc. Fr., 2012, 388 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2013. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2012*, La doc. Fr., 2013, 380 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2013. Réflexions sur le droit souple*, La doc. Fr., 2013, 297 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2014. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2013*, La doc. Fr., 2014, 398 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2015. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2014*, La doc. Fr., 2015, 427 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2016. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2015*, La doc. Fr., 2016, 459 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2017. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2016*, La doc. Fr., 2017, 504 p.  
Conseil d'État, *Rapport public 2018. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2017*, La doc. Fr., 2017, 451 p.

## RAPPORTS AU PREMIER MINISTRE

- Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, dit « Rapport Balladur I », *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, 2007, 186 p.  
CANNAC Y., *La qualité des services publics*, La Doc. Fr., coll. « Rapports officiels », 2004, 211 p.  
LASSERRE B., *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, La Doc. Fr., 2004, 56 p.  
Secrétariat général du gouvernement, *Rapport au Premier ministre du groupe de travail sur les suites du rapport public 2006 du Conseil d'État*, Pr. ministre, 2007, 172 p.  
VINEY G. et KOURILSKY P., *Le principe de précaution*, La Doc. Fr., 1999, 189 p.  
VIVERET P., *L'évaluation des politiques et des actions publiques : rapport au premier ministre*, La Doc. Fr., 1989, 175 p.

## AUTRES RAPPORTS FRANÇAIS

- Action publique XXI, E. DABAMA, *Note n° 8 - Pour un renouveau de l'évaluation des politiques publiques*, disponible sur l'Internet, 27 p.
- Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale, *Évaluation d'une action de santé publique : Recommandations*, IGAS, 1995, 39 p.
- Autorité environnementale, *Rapport public de 2016*, Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, 2017, 57 p.
- Autorité environnementale, *Rapport public de 2018*, Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, 2017, 66 p.
- Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, *Rapport d'ensemble 1999-2001*, La Doc. Fr., 2001, 306 p.
- Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, *Conclusions sur la mise en place d'indicateurs de résultats dans trois ministères*, La Doc. Fr., 2001, 30 p.
- Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, *Notation et l'évaluation des agents dans l'administration*, La Doc. Fr., 2001, 70 p.
- Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, *L'évaluation et la notation des fonctionnaires*, La Doc. Fr., 2007, 124 p.
- Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique culturel et professionnel, *Les enseignants du supérieur*, CNE, 1993, 47 p.
- Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, La Doc. Fr., 2011, 121 p.
- Conseil économique, social et environnemental, N. MANSOURI-GUILIANI, *Promouvoir une culture de l'évaluation de politiques publiques*, 2015, 154 p.
- Conseil scientifique de l'évaluation, *L'évaluation de l'expertise à la responsabilité. Rapport annuel sur l'évolution des pratiques d'évaluation des politiques publiques. L'évaluation de l'expertise à la responsabilité*, La Doc. Fr., 1991, 240 p.
- Conseil scientifique de l'évaluation, *Petit guide de l'évaluation des politiques publiques*, La Doc. Fr., 1996, 106 p.
- Cour de cassation, *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, 2017, 364 p.
- Cour des comptes, *Rapport public 2015*, t. I, chap. 3 « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », La doc. Fr., p. 147-217.
- CROZIER M., *L'évaluation des performances pédagogiques des établissements universitaires*, Ministère de l'Éducation nationale, La Doc. Fr., 1990, 137 p.
- DEBRÉ B. et ÉVEN Ph., *Rapport de la mission sur la refonte du système français de contrôle de l'efficacité et de la sécurité des médicaments*, La doc. Fr., 2011, 83 p.
- European parliament, *Comparative study on the purpose, scope and procedures of impact assessments carried out in the Member States of the EU*, 2011, European Parliament think tank, 134 p.
- France Stratégie, *Expertise et démocratie. Faire avec la défiance*, Rapport France Stratégie, 2018, 194 p.
- Haute autorité de la santé, *Guide méthodologique à destination des établissements de santé – Certification V2014*, mai 2017, accessible depuis l'Internet.
- L'Inspection générale des affaires sociales, BRAS P.-L. et DUHAMEL G., *Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins*, IGAS, 2008, 58 p.

- L'Inspection générale des affaires sociales, BAS-THÉRON F., DANIEL C. et DURAND N., *Expertise sanitaire. Rapport de synthèse*, IGAS, 2011, 101 p.
- L'Inspection générale des affaires sociales, JEANTET M. ET LOPEZ A., *L'évaluation médico-économique en santé*, IGAS, 2014, 203 p.
- MINEFI, *Contrats de partenariat, principes et méthodes*, 2011, 62 p.
- MINEFI, *Plan type d'évaluation préalable du mode de réalisation*, 2016, disponible sur le site de la Fin Infra, 12 p.
- Ministère de la fonction publique, de la réforme de l'état et de la décentralisation, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques de ressources humaines : faits et chiffres*, Direction de l'information légale et administrative, 2014, coll. « Rapport annuel / DGAFP », 568 p.
- Ministère de l'Environnement, *Comment évaluer les biens et services environnementaux ?*, La Doc. Fr., coll. « Réponse environnement » , 2004, 47 p.
- LEPAGE C., *Le Grenelle Environnement - Mission Lepage. Rapport final*, Ministère de l'Environnement, 2008, 118 p.
- OAMCDE, *Mieux légiférer en Europe. France*, éd. OCDE, 2010, 220 p.
- PALANCHON A et JOVENIAUX A., *Les études d'impact en France : éléments de pathologie*, Neuilly, Ministère de l'environnement, 1977, 258 p.
- PUMAIN D. et DARDEL F., *L'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur*, Ministère de l'Enseignement supérieur et de la recherche, 2014, 27 p.
- Réseau des administrations publiques (EUPAN), *Évaluation de la performance dans les administrations publiques des États membres de l'Union européenne*, 2007, 116 p.
- VERNIER J., *Moderniser l'évaluation environnementale*. Ministère de l'Environnement, 2015, 96 p., disponible sur l'Internet.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE L'ÉVALUATION, *Charte de l'évaluation des politiques publiques et des programmes publics*, disponible sur l'Internet, 2006, 2 p.

## VII. ARRÊTS ET DÉCISIONS DE JUSTICE

### ARRÊTS DU CONSEIL D'ÉTAT

- |  |   |
|--|---|
| CE, 5 nov. 1872, <i>Scarrey de Bellemare</i> , Rec. p. 590.                        | CE, 19 mai 1933, <i>Sieur Benjamin</i> , Rec. p. 541                |
| CE, 28 nov. 1891, <i>Lefebvre</i> , Rec. p. 865.                                   | CE, sect., 24 juill. 1934, <i>Ducos</i> , Rec. p. 882.              |
| CE, 18 avril 1902, <i>Commune de Nérès-les-Bains</i> , req. n° 04749, Rec. p. 275. | CE, Sect., 15 fév. 1935, <i>Sieur Bladanet</i> , Rec. p. 202.       |
| CE, 20 juin 1913, <i>Téry</i> , Rec. p. 736.                                       | CE, 14 janv. 1938, <i>SA La Fleurette</i> , Rec. p. 25.             |
| CE, <i>Camino</i> , 14 janvier 1916, Rec. p. 15.                                   | CE, 5 juill. 1939, <i>Ville de Saint-Etienne</i> , Rec. p. 75.      |
| CE, 10 août 1918, <i>Villes</i> , Rec. p. 848                                      | CE, Ass., 26 oct. 1945, <i>Aramu</i> , req. n° 77.726, Rec. p. 213. |
| CE, 3 nov. 1922, <i>Dame Cachet</i> , Rec. p. 790.                                 | CE, 26 fév. 1947, <i>Feeud Valade</i> , Rec. p. 79.                 |
| CE, 23 mars 1923, <i>Desmoulins</i> , Rec. p. 272.                                 | CE, 25 juin 1948, <i>Baillaud</i> , Rec. p. 292.                    |
| CE, 21 juill. 1932, <i>Hayer</i> , Rec. p. 757.                                    |   |

- CE, Sect., 29 avril 1949, *Bourdeaux*, Rec. p. 488.
- CE, 4 mars 1949, *Trèbes*, S. 1950, III, p. 21.
- CE, 1<sup>er</sup> juill. 1949, *Sté financière de Lyon*, Rec. p. 323.
- CE, 20 janvier 1950, *Calvy*, Rec. p. 49.
- CE, 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, req. n° 99822, Rec. p. 413.
- CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. p. 151.
- CE, Ass., 27 avril 1951, *Mélamède*, Rec. p. 226.
- CE, 4 janv. 1952, *Simon*, Rec. p. 13.
- CE, Sect., 1<sup>er</sup> fév. 1952, *Sieur Martin*, Rec. p. 79.
- CE, 21 mars 1952, *Testardi*, Rec. p. 175.
- CE, 21 janv. 1953, *Cail*, req. n° 91661, Rec. T. p. 695.
- CE, Sect., 22 janv. 1954, *Institution Notre-Dame de Kreisker*, req. n° 07134, Rec. p. 463.
- CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, Rec. p. 308.
- CE, Sect., 28 oct. 1955, *Gervais*, Rec. p. 504.
- CE, 2 fév. 1957, *Delord*, n° 22476, Rec. p. 80.
- CE, 15 fév. 1957, *Ministre des travaux publics c. Bergeret*, req. n° 99.033.
- CE, 6 nov. 1957, *Syndicat chrétien des agents du ministre de la reconstruction et de l'urbanisme*, n° 15958, Rec. p. 582.
- CE, 25 fév. 1958, *Poulet*, Rec. p. 66.
- CE, 15 juill. 1958, *Lavergne*, n° 18864, Rec. p. 450.
- CE, Sect., 14 nov. 1958, *Mme Ponard*, Rec. p. 554.
- CE, 15 fév. 1961, *Alfred Joseph*, Rec. p. 114.
- CE, Sect., 15 fév. 1961, *Lagrange*, Rec. p. 121.
- CE, 13 juill. 1961, *Commune de Thuir*, Rec. p. 483.
- CE, 23 nov. 1962, *Camara*, req. n° 50328, Rec. p. 627.
- CE, 10 juill. 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, Rec. p. 399.
- CE 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, Rec. p. 413.
- CE, Sect., 23 août 1945, *Vinguerra*, Rec. p. 56.
- CE, Ass., 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radioélectrique*, req. n° 50165 Rec. p. 257.
- CE, 9 nov. 1966, *min. Agriculture c. Peyron*, req. n° 68084, Rec. p. 592.
- CE, 2 févr. 1968, *Ville de Lille*, req. n° 64712, Rec. p. 89.
- CE, 28 juin 1968, *Société des Établissements Février-Decoisy-Champion*, req. n° 67677 Rec. p. 411.
- CE, 19 mars 1969, *Cne de st Maur des Fossés*, Rec. p. 170.
- CE, 24 janv. 1969, *Syndicat intercommunal des eaux de Saint-Crépin-louvillers, Lormaison et Villeneuve-les-Sablons*, req. n° 71465, Rec. T. 922.
- CE, Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c. Dlle Gaupillat et Dame Adler*, Rec. p. 750.
- CE, 26 mai 1971, *ministre de l'Économie et des Finances c. sieur Marnas*, Rec. p. 381.
- CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, Rec. p. 409.
- CE, 23 juin 1972, *Pinabel*, Rec. p. 481.
- CE, 26 janv. 1973, *Garde des Sceaux c. Lang*, Rec. p. 27.
- CE, Sect., 26 janv. 1973, *Driancourt*, req. n° 84768, Rec. p. 78.
- CE, Ass., 11 mai 1973, req. n° 79230, *Sieur sanglier*, Rec. p. 344.
- CE, Ass., 18 juill. 1973, *Ville de Limoges*, Rec. p. 530.
- CE, 22 fév. 1974, *Adam*, Rec. p. 145.
- CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. p. 274.
- CE, 10 déc. 1975, *Société générale de construction industrielle*, Rec. p. 1201.
- CE, Ass., 26 nov. 1976, *Soldani*, Rec. p. 507.
- CE, 2 mars 1979, *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie (Inao) c. Roussot*, req. n°s 93708, 93709, Rec. p. 90.

- CE, 11 janv. 1980, *Laveau*, req. n° 10680 à 10867.
- CE, Sect., 19 juin 1981, n° 20619, *M<sup>me</sup> Carliez*, Rec. p. 274.
- CE, 9 juill. 1982, *Ministre de l'industrie c. Comité régional d'information du centre antinucléaire de basse Normandie et autres*, req. n° 39799.
- CE, 9 juill. 1982, *Comité départemental défense contre les couloirs de lignes à très haute tension et a.*, req. n° 39584, Rec. p. 277.
- CE, 9 nov. 1983, *Saerens*, req. n° 15116, Rec. p. 453.
- CE, 24 fév. 1984, *Élections municipales de Levallois-Perret*, Rec. p. 83.
- CE, 26 juin 1985, *Commune de Rethel*, req. n° 44707, T. Rec. p. 689-748.
- CE, 11 juill. 1986, *Ministre du Plan*, req. n° 73497, Rec. p. 354.
- CE, 10 déc. 1986, *Loredon*, Rec. T. p. 516.
- CE, 20 mars 1987, *Gambus*, Rec. p. 100.
- CE, 27 mai 1987, *SA Laboratoire Goupil*, Rec. p. 181.
- CE, 11 déc. 1987, *Association pour la défense de l'environnement de St-Maurice, St-Germain et de Pontgouin*, req. n° 73594, inédit au recueil Lebon.
- CE, 20 mai 1988, *Laboratoire de thérapeutique moderne*, req. n° 71519, Rec. p. 199.
- CE, 17 juin 1988, *SIAE de l'Échandon*, req. n° 47737, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, Ass., 18 sept. 1998, *Association séfarade de Mulhouse*, req. n° 162278, Rec. p. 346.
- CE, Ass., 16 déc. 1988, *Association générale des administrateurs civils*, Rec. p. 449.
- CE, Ass., 16 déc. 1988, *Bleton*, Rec. p. 451.
- CE, 31 mars 1989, *Dame Coutras*, req. n° 81903, Rec. p. 10.
- CE, 1<sup>er</sup> juill. 1991, *Antunes c. Cne de Decazeville*, *Gaz. Pal.* 8-9 avril 1992, p. 41.
- CE, 24 juin 1992, *Marie J*, req. n° 102209, inédit au recueil Lebon.
- CE, Sect., 30 oct. 1992, *min des Aff. étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux c. Association de sauvegarde du site Alma-Champ de mars*, rec. p. 384.
- CE, 28 juill. 1993, *SARL Bau Rouge*, req. n° 116493, Rec. p. 249.
- CE, Sect., 18 nov. 1994, *Société Clichy Dépannage*, req. n° 136941, Rec. p. 505.
- CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec. p. 399.
- CE, Ass., 17 fév. 1995, *Hardouin et Marie*, (deux esp.), Rec. p. 82 et 85.
- CE, 7 juill. 1995, *Werl*, req. n° 119112, Rec. p. 291.
- CE, Ass., 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, req. n° 175277, Rec. p. 347.
- CE, 11 mars 1996, n° 161112, *SCI du domaine des Figuières*, Rec. p. 182.
- CE, sect., 22 mars 1996, *Mme Paris et Mme Roignot*, req. n° 151719, Rec. p. 99.
- CE, Ass., 15 avril 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, Rec. p. 130.
- CE, Ass., 10 juill. 1996, *Cayzele*, req. n° 138536, Rec., p. 274.
- CE, 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, req. n° 138310, Rec. p. 501.
- CE, Sect., 25 sept. 1998, *M. Mégret*, req. n° 195499, Rec. p. 341.
- CE, 16 nov. 1998, *Lombo*, req. n° 161188, 161189, Rec. p. 407.
- CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 41
- CE, 7 avr. 1999, *SA Castille*, req. n° 151937 et n° 151938, Rec. T. p. 599-893-894.
- CE, 28 juin 1999, *Syndicat intercommunal de collecte et de traitement des ordures ménagères des Combrailles (SICTOM des Combrailles)*, req. n° 158026, Rec. T. 892-984-989.
- CE, 28 juill. 1999, *Association intercommunale « Morbihan sous très haute tension »*, Rec. T. 833-836.
- CE, Sect., 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire*, req. n° 164789 et 165122, Rec. p. 381.

- CE, 7 juill. 2000, *Confédération des syndicats médicaux français, Synd. national de l'industrie pharmaceutique*, req. n<sup>os</sup> 210943 et 211064, rec. T. 1242.
- CE, 28 juill. 2000, *Association Force Ouvrière consommateurs*, req. n<sup>o</sup> 212115, Rec. p. 352.
- CE, Sect., 6 oct. 2000, *Commune de Saint-Florent et autres*, req. n<sup>o</sup> 205959, Rec. p. 395.
- CE, 6 oct. 2000, *Syndication nationale de l'industrie pharmaceutique*, req. n<sup>o</sup> 215145, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 30 mars 2001, *Association du Vajra triomphant*, req. n<sup>o</sup> 211419, rec. T. p. 1079.
- CE, Sect., 19 janv. 2001, *Confédération Nationale des radios libres*, Rec. p. 29.
- CE, Ass., 26 oct. 2001, *Ternon*, Rec. p. 497.
- CE, 6 mars 2002, *Alain X*, req. n<sup>o</sup> 219120, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, 5 juin 2002, *M. Chabauty*, req. n<sup>o</sup> 222390, Rec. T. 902-962.
- CE, Ass., 6 nov. 2002, *Moon*, req. n<sup>o</sup> 194295, Rec. p. 380.
- CE, Ass., 18 déc. 2002, *Association Promouvoir*, req. n<sup>o</sup> 232273, Rec. p. 483.
- CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, req. n<sup>o</sup> 233618, Rec. p. 463.
- CE, Ass., 30 déc. 2002, *M. et Mme Einsenchteter*, Rec. p. 495.
- CE, 7 fév. 2003, *Robert*, req. n<sup>o</sup> 224539, Rec. T. p. 708-936.
- CE, 19 mars 2003, *Sté Canal Antilles*, req. n<sup>o</sup> 249413, Rec. p. 137.
- CE, Sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, req. n<sup>o</sup> 188833, 211756, Rec. p. 160.
- CE, 20 juin 2003, *Société Meraniri France*, req. n<sup>o</sup> 252592, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 20 juin 2003, *Société anonyme Établissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes*, n<sup>o</sup> 232832, Rec. p. 273.
- CE, sect., 30 juill. 2003, *ADARC*, req. n<sup>o</sup> 215957, Rec. p. 368.
- CE, 22 oct. 2003, *Association « SOS-Rivières et environnement » et autres*, req. n<sup>o</sup> 231953, Rec. p. 417.
- CE, 30 déc. 2003, *Moko*, req. n<sup>o</sup> n<sup>o</sup> 243943, Rec. p. 535.
- CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, req. n<sup>o</sup> 254961, Rec. p. 193.
- CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c. Consorts Thomas*, req. n<sup>os</sup> 241152 et 241153, Rec. p. 125.
- CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, req. n<sup>o</sup> 255886, Rec. p. 197.
- CE, 9 juin 2004, *Magniez*, req. n<sup>o</sup> 265547, Rec. T. p. 821.
- CE, 23 juin 2004, *Société Laboratoire Genevrier*, req. n<sup>o</sup> 257797, Rec. p. 256.
- CE, 28 juill. 2004, *Association de défense de l'environnement et autres*, req. n<sup>o</sup> 256511, rec. T. 710-730.
- CE, 29 oct. 2004, *M. Sueur*, req. n<sup>o</sup> 269814, Rec. p. 392.
- CE, 16 fév. 2005, *Odile X*, req. n<sup>o</sup> 263308, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, 20 avril 2005, *Karsenty*, Rec. p. 151.
- CE, 29 juin 2005, *SEMMARIS*, req. n<sup>o</sup> 262328, Rec. p. 269.
- CE, 8 juill. 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT et autres*, req. n<sup>o</sup> 266900, rec. T. 708.
- CE, 8 septembre 2005, *Garde des sceaux c. Bunel*, req. n<sup>o</sup> 284803, Rec. p. 388.
- CE, 2 nov. 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, req. n<sup>o</sup> 266564, Rec. p. 468.
- CE, 25 janv. 2006, *Marc Antoine*, req. n<sup>o</sup> 275070, Rec. p. 29.
- CE, 2 juin 2006, *Bertrand A.*, req. n<sup>o</sup> 288738, inédit au recueil Lebon.
- CE, 10 juill. 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix*, req. n<sup>os</sup> 288108, 289396, 289777 et 289968, Rec. p. 332.

- CE, Ass., 8 fév. 2007, *Gardedieu*, req. n° 279222, Rec. p. 78.
- CE, 12 fév. 2007, *Société les laboratoires Jollu-Latel*, req. n° 290164, rec. T. 645-1085-1094
- CE, 23 juin 2007, *Arfi*, req. n° 272650, Rec. p. 263.
- CE, 9 juill. 2007, *Syndicat entreprises générales de France-Bâtiment Travaux publics et autres*, req. n° 297711, Rec. p. 299.
- CE, 13 juill. 2007, n° 294603, *Syndicat intercommunal enlèvement ordures ménagères région Tournan-en-Brie*, rec. T. 1004.
- CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, req. n° 291545, Rec. p. 360.
- CE, 23 juin 2008, *ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Mme Auger*, req. n° 305430, Inédit au recueil Lebon.
- CE, Ass., 18 juill. 2008, *Mme Baysse*, req. n° 291997, Rec. p. 302.
- CE, 26 sept. 2008, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, req. n° 306922, Rec. p. 321.
- CE, Sect., 3 oct. 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420, Rec. p. 324.
- CE, 27 mai 2009, *Hontang*, req. n° 310493, Rec. p. 207.
- CE, 24 juill. 2009, *Ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire et Société Valoise SAS*, req. n° 319836, Rec. T. 845-891-892
- CE, 31 août 2009, *Commune de Crégols*, req. n° 296458, Rec. p. 343.
- CE, Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304802, Rec. p. 509.
- CE, 1<sup>er</sup> mars 2010, *M. et Mme Thevenet*, req. n° 318385, rec. T. 662-1019.
- CE, 2 mars 2010, *Dalongeville*, req. n° 328843, Rec. p. 65.
- CE, 2 mars 2010, *Fédération française d'athlétisme*, req. n° 234439, Rec. T. p. 925.
- CE, 12 mai 2010, *Société Roche*, n° 316859, Rec. p. 631.
- CE, Sect., 9 juin 2010, *M. Pierre L.*, req. n° 321506, Rec. p. 196.
- CE, 17 nov. 2010, *Syndicat français des ostéopathes*, req. n° 332771, Rec. p. 886-954.
- CE, 11 fév. 2011, *Sté Aquatrium*, req. n° 319828, Rec. p. 42.
- CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers (arrêt Béziers II)*, req. n° 304806, Rec. p. 117
- CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et de Migné-Auxances*, req. n° 330256, Rec. T. 967.
- CE, 27 avril 2011, *FORMINDEP*, req. n° 334396, Rec. p. 168.
- CE, 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, req. n° 339409, Rec. p. 331.
- CE, 14 oct. 2011, *société Ocréal*, Rec. T. p. 966.
- CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthy*, n° 330353, Rec. p. 649.
- CE, 1<sup>er</sup> fév. 2012, *Bizouerne et autres*, req. n° 347205, Rec. p. 14.
- CE, 7 mars 2012, *Mouvement pour les droits et le respect des générations futures*, req. n° 332805, Rec. p. 75.
- CE, 7 mars 2012, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, req. n° 329249, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, 7 mars 2012, *Mme Patricia A.*, req. n° 338112, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, 12 mars 2012, *Liboutry*, req. n° 326294, inédit au recueil Lebon.
- CE, Sect., 23 mars 2012, req. n° 355151, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, Rec. T. 771-774.
- CE, 25 juin 2012, *Commune de Fos-sur-Mer et autres*, req. n° 338601, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, 23 juill. 2012, *Association générale des producteurs de maïs*, req. n° 341726, rec. T. 546-575 et 703-715.

- CE, ord. 5 sept. 2012, *Therabel Lucien Pharma*, req. n° 361965, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 11 oct. 2012, *Société Casino-Guichard*, req. n° 357193, Rec. p. 168 et CE 11 oct. 2012, *Société ITM entreprises et autre*, req. n° 346378, Rec. p. 359.
- CE, 30 janv. 2013, *Société Nord Broyage*, req. n° 347347, Rec. T. 713-750.
- CE, 31 janv. 2013, *M. B.*, req. n° 350613, Inédits au recueil Lebon.
- CE, 28 fév. 2013, req. n° 366193, inédit au recueil Lebon.
- CE, 20 mars 2013, *Société Addmedica*, req. n° 356661, Rec. T. p. 777.
- CE, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°s 342409, 342569, 342689, 342740, 342748 et 342821, Rec. p. 60.
- CE, 3 juin 2013, *Commune de Noisy-le-Grand c. Société Office français Inter Entreprises*, req. n° 345174, Rec. T. p. 640.
- CE, 4 oct. 2013, *Sté Laboratoires Servier*, n° 356700, Rec. T. 747.
- CE, 29 oct. 2013, *Association les amis de la rade et des calanques*, req. n° 360085, Rec. T. p. 413-715-716.
- CE, Ass., 13 nov. 2013, *Dahan*, req. n° 347704, Rec. p. 279.
- CE, 13 nov. 2013, *Novartis Pharma SAS*, req. n° 344490, inédit au recueil Lebon.
- CE, Ass., 23 déc. 2013, *Métropole Télévision (M6), Télévision Française 1 (TF1)*, req. n° 363702 et 363719, Rec. p. 322.
- CE, 30 déc. 2013, *Société EDP Renewables France*, req. n° 352693, Rec. T. 771.
- CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne c. Bonhomme*, n° 358994, Rec. p. 70.
- CE, 4 juin 2014, *Société Convatec*, req. n° 366877, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, 30 juill. 2014, *Commune de Biarritz*, req. n° 363007, Rec. T. 737.
- CE, 18 déc. 2014, req. n° 368069, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 9 janv. 2015, *Sté Anonyme Sita Ouest*, n° 378624, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 373520, Rec. p. 14.
- CE, 24 fév. 2015, *Conseil national de l'ordre des médecins et association FORMINDEP*, req. n° 369074, Rec. T. p. 874-878-879.
- CE, 27 févr. 2015, *Min. de l'Intérieur et communauté urbaine de Lyon*, req. n° 382502, Rec. T. 537-714.
- CE, 30 mars 2015, *Association pour la protection des animaux sauvages*, req. n° 375144, rec. T. 871.
- CE, 26 mai 2015, *France Nature Environnement*, n° 360212, Rec. T. p. 577.
- CE, 1<sup>er</sup> juin 2015, *Boromé.*, req. n° 3800449, Rec. p. 246.
- CE, Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France* req. n° 361962, Rec. p. 245.
- CE, 31 juill. 2015, *SAS Oniris*, req. n° 382775, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, 16 oct. 2015, *Mme H. et autres* req. n° 385114, rec. T. 918.
- CE, 10 fév. 2016, *Fédération nationale des mines et de l'énergie-Confédération générale du travail FNME-CGT*, req. n° 383756, Rec. p. 22.
- CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (deux espèces), n° 368082-84 et 390023, Rec. p. 88 et p. 76.
- CE, 6 avril 2016, *M. A. B.*, req. n° 395916, rec. T. 839-863.
- CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, req. n° 387475, Rec. p. 144.
- CE, 6 mai 2016, *Société Rottapharm*, req. n° 388174, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, 26 mai 2010, *Marc-Antoine*, req. n° 309503, rec. T. p. 836.
- CE, 11 mai 2016, *M. Rouveyre*, req. n° 383768, 383769, Rec. p. 173.
- CE, 13 juin 2016, *Société Menarini France*, req. n° 399765, Rec. T. p. 622.
- CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, req. n° 396848, Rec. p. 208.
- CE, 20 juin 2016, *FFSA*, req. n° 384297, rec. T. p. 1321

- CE, 22 juin 2016, *Société SCCV Huit Douze Liberté*, req. n° 388276, inédit au recueil Lebon.
- CE, 27 juin 2016, *M. Bernabé et alii*, req. n° 382319, rec. T. 935-939.
- CE, 19 juill. 2016, *Société Pierre Fabre Médicaments*, req. n° 391797, Inédit au recueil Lebon.
- CE, Sect., 31 juill. 2016, *GDF Suez*, req. n° 388150, Rec. T. p. 384.
- CE, 9 sept. 2016, *Société Bayer Healthcare SAS*, req. n° 391307, Inédit au Recueil Lebon.
- CE, 12 oct. 2016, *M. Kerwer*, req. n° 387308, Rec. p. 423.
- CE, 17 oct. 2016, *Université de Nice-Sophia Antipolis*, req. n° 386400, Rec. T. p. 679-800.
- CE, 17 oct. 2016, *Société la Provençale*, req. n° 388006, rec. T. p. 836-842.
- CE, 3 nov. 2016, *Association de défense de l'environnement du piémont de la montagne noire « La Farigoule »*, req. n° 392428, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 9 nov. 2016, *Société Bayer Health Care SAS*, req. n° 391307, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 9 nov. 2016, *Mme Faure. et Ministre des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme*, req. n° 393902, Rec. T. 938-941-950.
- CE, 9 nov. 2016, *Mme Bindjouli*, req. n° 393108, Rec. p. 496.
- CE, 10 nov. 2016, *Mme Z et autres*, req. n° 384691, Rec. p. 509.
- CE, 24 fév. 2017, *Mme B. A.*, req. n° 395994, Inédit au recueil Lebon.
- CE, Sect., 5 mai 2017, *Commune de Saint-Bon-Tarentaise*, req. n° 388902, Rec. p. 157.
- CE, 28 juin 2017, *SAS du Plou de Marou*, req. n° 400009, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 19 juill. 2017, *Société Menarini France et société Daiichi Sankyo France*, req. n° 399766, rec. T. 716-718.
- CE, 18 sept. 2017, *Humbert et autres*, req. n° 40889, rec. T. p. 684-735.
- CE, 22 sept. 2017, req. n° 408438, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 4 oct. 2017, *Région Pays de Loire*, req. n° 400553, inédit au Recueil Lebon.
- CE, 5 déc. 2016, *Assoc. Sauvegarde du Trégor*, req. n° 394592 et 394617, rec. T. p. 835-840.
- CE, 6 déc. 2017, *Assoc. France Nature Environnement*, n° 400559, rec. T. 691.
- CE, 13 déc. 2017, *SA Bouygues Télécom et autres*, req. n°s 401799, 401830, 401912, Rec. p. 356.
- CE, Sect., 22 déc. 2017, *Commune de Sempy*, n° 395963, Rec. p. 381.
- CE, 28 déc. 2017, *Mme A et société Santépublique*, req. n° 407883, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 28 déc. 2017, *M. Drelon et Association Mousse et autres*, req. n° 400580, Rec. T. 814.
- CE, 9 fév. 2018, req. n° 404982, à paraître au recueil.
- CE, 11 avril 2018, *Fédération Sepanso Aquitaine et autres*, n° 401753, sera mentionné aux tables du Recueil Lebon.
- CE, 13 avril 2018, *Mme A*, req. n° 410411, mentionné dans les tables du recueil Lebon.
- CE, 10 oct. 2018, *Virapoullé et CIREST*, n° 419406, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 17 déc. 2018, *Société Clairsienne*, à paraître aux tables du recueil Lebon.
- CE, 19 déc. 2018, *Syndicat national des psychologues*, req. n° 409267, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 8 fév. 2019, *Association « Sauvons note stade »*, req. n° 424122, Inédit au recueil Lebon.
- CE, 13 mars 2019, *France Nature Environnement*, req. n° 414930, sera mentionné aux tables du Recueil Lebon.

ARRÊTS DES TRIBUNAUX  
ADMINISTRATIFS ET DES COURS  
ADMINISTRATIVES D'APPEL

Tribunaux administratifs

- TA de Poitiers, 26 juin 2003, *Société TREE c. Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, req. n° 0297.  
TA de Paris, 7 fév. 2017, req. n° 1507714/3-1.  
TA de Montpellier, 20 avril 2017, req. n°1506220.  
TA de Paris, 10 octobre 2017, req. n° 1312485/6-2.  
TA de Paris, 21 fév. 2018, *Ville de Paris*, req. n°s 1619463, 1620386, 1620420, 1620619, 1622047/4-2.  
TA de Marseille, 12 fév. 2019, *M. G. P.*, req. n° 1709848.

Cours administratives d'appel

- CAA de Lyon, 29 mai 1990, *Consorts Guermontprez*, req. n° 89LY00390, rec. T. p. 974.  
CAA de Lyon, 11 juill. 1994, *SCI « Les jardins de Bibemus »*, req. n° 93LY01927.  
CAA de Nantes, 28 mars 1996, req. n° 95NT01157.  
CAA de Marseille, 21 janv. 1999, req. n° 96MA12352.  
CAA de Marseille, 29 juill. 1999, req. n°s 99M101207, 99M101208, 9M101209.  
CAA Paris 17 fév. 2000, *Rocca*, req. n° 96PA00932.  
CAA de Bordeaux, 17 octobre 2000, req. n° 98BX01351.  
CAA de Marseille, 18 oct. 2001, *Thomas*, req. n° 00MA0166.  
CAA de Nantes, 30 juill. 2003, *L'arbre au milieu*, req. n° 00NT01259.  
CAA de Marseille, 27 mai 2004, req. n° 99MA01621.  
CAA de Nancy, 16 déc. 2004, 99NC00329.  
CAA de Marseille, 27 janv. 2005, req. n° 00MA02734.

- CAA de Paris, 11 juill. 2006, *Melle Boujeant*, req. n 03PA01702.  
CAA de Marseille, 21 déc. 2006, req. n° 03MA00676.  
CAA de Bordeaux, 6 mars 2007, req. n° 04BX00628.  
CAA de Marseille, 11 sept. 2007, *M. Barbasini*, req. n° 05MA0080.  
CAA de Marseille, 17 déc. 2007, req. n° 06MA00104.  
CAA de Nantes, 1er déc. 2009, req. n° 07NT03775.  
CAA de Marseille, 11 fév. 2010, req. n° 08MA00145.  
CAA de Versailles, 8 juill. 2010, req. n° 07VE01888.  
CAA de Bordeaux, 7 sept. 2010, req. n° 10BX00347.  
CAA de Paris, 19 oct. 2010, *Richard c. Ministre de la Défense*, req. n°09PA02715.  
CAA de Bordeaux, 28 oct. 2010, req. n° 10BX00398.  
CAA de Bordeaux, 21 déc. 2010, req. n° 10BX00419.  
CAA de Douai, 7 juill. 2011, req. n° 10DA00610.  
CAA de Bordeaux, 18 oct. 2011, req. n° 10BX03015.  
CAA de Bordeaux, 13 mars 2012, req. n° 11BX00781.  
CAA de Lyon, 31 mai 2012, req. n° 11LY01237.  
CAA de Nancy, 26 juin 2012, req. n°11NC00403.  
CAA de Bordeaux, 26 juill. 2012, req. n° 10BX02109.  
CAA de Nancy, 27 sept. 2012, req. n° 12NC00452.  
CAA de Marseille, 21 déc. 2012, req. n° 10MA02867.  
CAA de Marseille, 28 fév. 2013, *Société d'équipement du biterrois et de son littoral (SEBLI) c. SCI grand garage*, req. n° 09MA00717.  
CAA de Marseille, 16 avril 2013, req. n° 11MA02662.  
CAA de Marseille, 4 juin 2013, req. n° 11MA00818.  
CAA de Douai, 13 mai 2013, req. n° 12DA0103.

CAA de Paris, 2 oct. 2013, req. n° 12PA02647.

CAA de Bordeaux, 31 oct. 2013, req. n° 12BX00988.

CAA de Douai, 21 janv. 2014, req. n° 13DA00119.

CAA de Nancy, 13 fév. 2014, req. n° 13NC00141.

CAA de Nantes, 28 mars 2014, req. n° 12NT01579.

CAA de Paris, plén., 3 avril 2014, req. n° 13PA02769.

CAA de Douai, 9 avr. 2014, *Sté MSE Le moulin de Sehen*, req. n° 12DA01458.

CAA de Lyon, 29 avril 2014, req. n° 12LY20727.

CAA de Bordeaux, 10 juill. 2014, *GIE Lot-et-Garonne Enrobés*, req. n° 12BX02495.

CAA Nantes, 26 déc. 2014, *M. D...*, req. n° 13NT022114.

CAA de Nancy, 29 janv. 2015, req. n° 14NC00481.

CAA de Nantes, 13 fév. 2015, req. n° 13NT00258.

CAA de Paris, 13 fév. 2015, req. n° 13PA01681.

CAA de Marseille, 12 mars 2015, req. n° 14MA00313,

CAA de Marseille, 20 mars 2015, req. n° 13MA02239.

CAA de Marseille, 12 juin 2015, req. n° 14MA00321.

CAA de Marseille, 7 juill. 2015, *Syndicat viticole AOC Languedoc et autres*, req. n° 12MA04547.

CAA de Marseille, 7 juill. 2015, *M. C... A... C. Commune de Leucate*, req. n° 13MA0486.

CAA de Bordeaux, 21 juill. 2015, req. n° 14BX0345.

CAA de Marseille, 19 oct. 2015, req. n° 14MA01232.

CAA de Douai, 15 octobre 2015, *Association le Roso*, req. n° 14DA01578.

CAA de Marseille, 3 nov. 2015, req. n° 14MA00638.

CAA de Paris, 9 nov. 2015, req. n° 14PA04338.

CAA de Nantes, 3 déc. 2015, req. n° 14NT01117.

CAA de Paris, 31 déc. 2015, 14PA00807.

CAA de Lyon, 12 janv. 2016, req. n° 14LY03235.

CAA de Lyon, 2 fév. 2016, req. n° 14LY01702.

CAA de Paris, 7 avril 2016, req. n° 14PA02307.

CAA de Nantes, 15 avril 2016, req. n° 14NT00255.

CAA de Marseille, 21 avril 2016, req. n° 15MA00872.

CAA de Bordeaux, 31 mai 2016, req. n° 15BX01638.

CAA de Marseille, 2 juin 2016, *Société Kymeol*, req. n° 14MA05157.

CAA de Marseille, 27 juin 2016, req. n° 15MA03947.

CAA de Marseille, 12 mai 2016, *Commune de Saint André d'Embrun*, req. n° 15MA01005.

CAA de Douai 15 sept. 2016, req. n° 15DA00246.

CAA de Marseille, 20 juin 2017, req. n° 16MA03194.

CAA de Nancy, 22 sept. 2016, req. n° 15NC01546.

CAA de Marseille, 18 oct. 2016, req. n° 14MA01340.

CAA de Nantes, 14 nov. 2016, req. n° 15NT02883.

CAA de Paris, 21 mars 2017, req. n° 15PA04166, 15PA01889.

CAA de Douai, 6 juin 2017, req. n° 16P103469.

CAA de Paris, 4 août 2017, req. n° 16PA00157 et 16PA03634.

CAA de Nantes, 15 sept. 2017, req. n° 16NT00526.

CAA de Nantes, 2 oct. 2017, req. n° 16NT03382.

CAA de Bordeaux, 14 nov. 2017, req. n° 16BX00688, 16BX00690, 16BX00699, 16BX00700.

CAA Versailles, 22 fév. 2018, req. n° 15VE00035.

CAA de Nancy. 17 avril 2018, req. n° 17NC000033.

CAA de Douai, 4 oct. 2018, *Association Thiérache à Contrevant*, req. n° 16DA0109.

CAA de Paris, 5 oct. 2018, *Société Paris Clichy et Société hôtelière Paris Eiffel Suffren* (deux espèces), req. n° 17PA01188 et n° 17PA01180.

CAA de Paris, 22 oct. 2018, *M. B et autres c. Ville de Paris*, req. n° 18PA01325, 18PA01326 et 18PA01649.

#### AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

CE, Avis, 6 avril 2016, req. n° 395916, *M. Tavernier*, rec. T. p. 839-863

CE, Avis, 17 oct. 2016, n° 400375, rec. T. p. 952.

CE, avis, 15 nov. 2018, n° 395539.

#### DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. Const., 6 janvier 1959, n° 58-75 AN.

Cons. Const., 23 déc. 1958, n° 58-86 AN.

Cons. Const., 17, 18 et 24 juin 1959, n° 59-2 DC.

Cons. Const., 12 fév. 1963, n° 62-293 DC.

Cons. Const., 23 juill. 1975, n° 75-56 DC.

Cons. Const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC.

Cons. Const., 16 janv. 1982, n° 19-414 DC.

Cons. Const., 14 janv. 1983, n° 82-153 DC.

Cons. Const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC.

Cons. Const., 20 janv. 1984, n° 83-165 DC.

Cons. Const., 25 et 26 juin 1986, n° 86-297 DC.

Cons. Const., 26 juin 1986, n° 86-207 DC.

Cons. Const., 18 nov. 1986, n° 86-218 DC.

Cons. const., 7 janv. 1988, n° 87-232 DC.

Cons. const., 17 janvier 1989, n° 89-248 DC.

Cons. Const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC.

Cons. Const., 6 juin 1990, n° 90-275 DC.

Cons. Const., 21 fév. 1992, n° 92-305 DC.

Cons. Const., 21 juin 1993, n° 93-320 DC.

Cons. Const., 20 juill. 1993, n° 93-321 DC.

Cons. Const., 28 déc. 1995, n° 95-369 DC.

Cons. Const., 16 juin 1999, n° 2006-539 DC.

Cons. Const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.

Cons. Const., 21 déc. 1999, n° 99-422 DC.

Cons. Const., 29 déc. 1999, n° 99-425 DC.

Cons. Const., 7 déc. 2000, n° 2000-436 DC.

Cons. Const. 10 janv. 2001, n° 2000-440 DC.

Cons. Const., 25 juill. 2001, n° 2001-448 DC.

Cons. const., 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC.

Cons. const., 18 déc. 2001, n° 2001-453 DC.

Cons. Const., 21 déc. 2001, n° 2001-456 DC.

Cons. Const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC.

Cons. Const., 12 déc. 2002, n° 2002-463 DC.

Cons. Const., 3 avril 2003, n° 2003-468 DC.

Cons. Const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC.

Cons. Const., 26 fév. 2004, n° 2004-493 DC.

Cons. Const., 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC.

Cons. Const., 2 déc. 2004, n° 504-2006 DC.

Cons. Const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC.

Cons. Const., 20 déc. 2005, n° 2005-530 DC.

Cons. Const., 19 janv. 2006, n° 2005-532 DC.

Cons. Const., 13 juillet 2006, n° 2006-538 DC.

Cons. Const., 5 avril 2007, n° 2007-137 PDROIT

Cons. Const., 28 juin 2007, n° 2007-3531 AN.

Cons. Const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC.

Cons. Const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC.

Cons. Const., 9 avril 2009, n° 2009-579 DC.  
Cons. Const., 25 juin 2009, n° 2009-581 DC, 2009-582 DC et 2009-583 DC.  
Cons. Const., 11 févr. 2010, n° 2010-603 DC.  
Cons. Const., 20 mai 2010, n° 2010-606 DC.  
Cons. Const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC.  
Cons. Const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC.  
Cons. Const., 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC.  
Cons. Const., 30 juill. 2010, n° 2010-19/27 QPC.  
Cons. Const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC.  
Cons. Const., 9 déc. 2010, n° 2010-618 DC.  
Cons. const, 29 avril 2011, n° 2011-123 QPC.  
Cons. Const., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC.  
Cons. Const., 28 juillet 2011, n° 2011-638 DC.  
Cons. Const., 4 mai 2012, n° 2012-241 QPC.  
Cons. Const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC  
Cons. Const., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC.  
Cons. Const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC,  
Cons. Const., 23 mai 2013, n° 2013-610 DC.  
Cons. const., 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC.  
Cons. Const., 16 janv. 2014, n° 2013-683 DC.  
Cons. Const., 23 janv. 2014, n° 2013-687 DC.  
Cons. Const., 28 fév. 2014, n° 2013-370 QPC.  
Cons. Const. 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 2014-12 FNR.  
Cons. Const., 13 août 2015, n° 2015-518 DC.  
Cons. Const., 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC.  
Cons. Const., 2 mars 2016, n° 2015-524 QPC.

Cons. Const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC.  
Cons. Const., 8 sept. 2016, n° 2016-560 QPC.  
Cons. Const., 10 fév. 2017, n° 216-611 QPC.  
Cons. Const., 16 mars 2017, n° 2017-747 DC.  
Cons. Const., 8 sept. 2017, n° 2017-752 DC.  
Cons. Const., 21 juin 2018, n° 2018-756 DC.  
Cons. const., 5 juillet 2018, n° 2018-767 DC.  
Cons. Const., 4 sept. 2018, n° 2018-769 DC.  
Cons. Const., 6 septembre 2018, et n° 2018-770 DC.

#### ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION

Trib. Civ. Nîmes, 1<sup>er</sup> juillet 1958.  
TGI de Nanterre, 5 sept. 2008, n° 08/05737.  
CA de Nîmes, 1<sup>re</sup> ch., 18 fév. 1959, *Bruère c. O.*, *loc. cit.*, II.11374.  
CA de Lyon, 4 mars 1981, D 1982, IR P 271.  
CA de Rennes, 24 sept. 1982, n° 283/80.  
CA de Dijon, 23 mars 1994, JurisData, n° 044971.  
CA d'Agen, 28 nov. 2001, 00/00346.  
CA de Grenoble, 13 nov. 2002, *affaire Hewlett-Packard*, n° 02/02794.  
CA de Paris, 6 sept. 2006, CT0007.  
CA de Rennes, 6 nov. 2007, 06/06525.  
CA de Poitiers, 29 oct. 2008, 06/1473.  
CA d'Aix-en-Provence, 3 juin 2009, 08/07441.  
CA de Lyon, 6 sept. 2011, 10/02208.  
  
Cass. civ., 5 août 1895, DP, 1896, I, 157.  
Cass. Req., 13 nov. 1918, S. 1920, et CA Versailles, 1<sup>er</sup> fév. 2018, n° 6/030501.  
Cass. Civ., 9 mars 1949, bull civ n° 87, p. 229.  
Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 8 oct. 1986, n° 85-14.201.

Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1991, n° 89-20.524.  
 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 1995, n° 93-11418,  
 Bull. civ. 1995, §I.  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999, n° 97.11522,  
 n° 1131D.  
 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2002, n° 00-11.907,  
 Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2003, 02-30577.  
 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juill. 2003, *SCI Sept  
 Adenauer c. APPAVE*, n° 01-16.246,  
 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 déc. 2005, *Société Sodiren*,  
 n° 04-17.919, *RDI*, 2006, p. 186.  
 Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 27 sept. 2006, n° 05-15.924.  
 Cass., ass. Plén., 6 oct. 2006, *Loubeyre et  
 autres c. SARL Myr'Ho et autres*, n° 05-  
 13.255, P+B+R+I, Bull. civ. Ass. Plén. n°  
 9.  
 Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 22 mai 2008, n° 08-10.840.  
 Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-18.147 :  
 JurisData n° 2008-045692 ; Bull. civ.  
 2008, IV, n° 189.  
 Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 14 mai 2009, n° 09-11.466.  
 Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 9 juin 2010, pourvoi n° 09-  
 11.738, Bull. 2010, III, n° 118.  
 Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 8 juin 2011, 10-15.500,  
 Publié au bulletin.  
 Cass. ch. Mixte, 28 sept. 2012, n° 11-  
 18710, FS-PBRI.  
 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 fév. 2016, n° 15-11.257,  
 FS-P+B+I, *D.*, 2016.  
 Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 juin 2016, 15-16.648,  
 Inédit.

#### ARRÊTS DES COURS ÉTRANGÈRES

#### COURS EUROPÉENNES

TPICE, 11 sept. 2002, *Pfizer Animal  
 Health c. Conseil*, aff. T. 13/99.  
 TPICE, 26 nov. 2002, *Commission c.  
 Artogodan*, T-74/00.  
 TPICE, 18 déc. 2003, *Nancy Fern Olivieri  
 c. Commission*, aff. T-326/99.  
 Tribunal de l'UE, 20 janv. 2010, *Sungro  
 SA, Eurosemillas SA et Surcotton SA*, aff.  
 T-252/07, T-271/07 et T-272/07.

CJCE, 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e.a.,  
 aff. C-72/95*.  
 CJCE, 21 septembre 1999, *Commission c.  
 Irlande*, C-392/96.  
 CJUE, Gr. Ch., 12 sept. 2006, *Espagne c.  
 Conseil*, C-33/04.  
 CJCE, 6 mars 2007, *Procdures pénales c.  
 Massimiliano Placanica, Christian  
 Palazzese et Angelo Sorricchio*, aff.  
 jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04,  
 Rec. p. I-01891.  
 CJCE, 30 avril 2009, *Christopher Mellor c.  
 Secretary of State for Communities and  
 Local Government*, aff. C75-08.  
 CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd v.  
 Secretary of State for Business*, C-58/08.  
 CJUE, 8 juill. 2010, *Afton Chemical  
 Limited contre Secretary of State for  
 Transport*. C-343/09.  
 CJUE, 20 octobre 2011, *Department of the  
 Environment for Northern Ireland  
 Seaport e.a.*, aff. C-474/10.  
 CJUE, 7 nov. 2013, *Gemeinde Altrip e.a.  
 contre Land Rheinland-Pfalz Affaire*, C-  
 72/12.

#### COURS ALLEMANDES

BVerfGE 65, 1.  
 BVerfGE 84, 239.  
 BVerfGE 88, 203.  
 BVerfGE 39, 210, 225–226.  
 1 BvL 1/09, 9 fév. 2010, *Hartz IV*.

#### COURS BRITANNIQUES

Court of Appeal (Civil division), 26 fév.  
 2002, *International Transport Roth  
 GmbH and Others v. Secretary of State  
 for the Home Department*.  
 High Court of Justice (Administrative  
 Court), 5 déc. 2001, *Sullivan J*.  
 High Court (Chancery Division), 26  
 November 2004, *DEFRA v. Feakins and  
 Hawkins*.  
 Commercial Court, High Court, Chancery  
 Division, 17 oct. 2006, *Balmoral Group  
 Ltd v Borealis (UK) Ltd*.

Supreme Court of the United-Kingdom, 10 fév. 2016, *Kennedy (Appellant) v Cordia (Services) LLP (Respondent) (Scotland)*.

#### COURS ÉTAS-UNIENNES

*U.S. District Court for the Middle District of Florida*, 24 fév. 1998, *Associated Fisheries of Me., Inc. v. Daley*, 954 F.Sup. 383 (D.Me.1997).

USSC, 28 juin 1993, *Daubert v. Merell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579. V.

USSC, 29 juin 2015, *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, 573 U.S.

#### COURS ITALIENNES

Cour constit. italienne, 13 juin 1989, Sent. 406/189.

Cour constit. italienne, 10 mai 1996, Sent. 161/1995.

Cour constit. italienne, 12 avril 2005, Ord. 155/2005.

#### COURS SUISSES

Tribunal fédéral Suisse, 16 janv. 2002, 6P.157/2001.

Tribunal fédéral Suisse, 17 janv. 2005, 2P.70/2004.

Tribunal fédéral Suisse 18 avril 2006, 2P.90/2005.

Tribunal fédéral Suisse, 26 mai 2009, 1C\_469/2008, §9.2.

Tribunal fédéral Suisse, 12 avril 2011, 2C\_230/2010.

Tribunal fédéral Suisse, 10 janv. 2007, 4P.148/2006.

# INDEX ALPHABÉTIQUE

*Les numéros indiqués sont les numéros de paragraphe*

## A

**Accountability** : 14.

**Acte** :

- d'évaluation : v. **Évaluation** ;
- de droit souple : 98-99, 110 et s., 157, 179, 334, 507.
- de gouvernement : 524, 553 et s.
- faisant grief : 117-118, 127-128, 140, 182, 327 et s., 607.
- illocutoire : 121, 124 et s., 134, 159, 179, 180.
- impératif : 88 et s., 98 et s., 106, 113, 116 et s., 134, 159, 165, 180, 328, 610-611 327, 607-608.
- juridique : 149-150, 154, 161.
- juridictionnel : 93.
- normatif : 90, 111 et s., 153, 159, 173 et s., 266, 329, 449, 481, 507, 592, 646.
- procédural : v. **Avis**

**Audit** : 41, 44.

**Avis** :

- conseil : 143, 226, 455, 514, 655.
- conforme : 108, 135, 140, 225 et s.
- définition générale : 132 et s.
- individuel : 219, 223, 324, 403.
- informatif : 143, 162, 165, 228, 455, 469, 649, 655.

## C

**Conseil consultatif d'évaluation des normes** : v. Conseil national d'évaluation des normes (CNEN)

**Conseil général de l'environnement et du développement durable** : 394, 439, 601.

**Conseil national d'évaluation des normes (CNEN)** : 17, 42.

**Conséquentialisme** :

- éthique : 1, 12, 353, 650.
- juridictionnel : 216-217, 229, 272, 316, 353, 448 et s., 473-474.

**Collectivités territoriales - Évaluations locales** : 17, 43, 52, 199, 528.

**Commission de la transparence** : v. Évaluation en droit sanitaire

**Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des produits de santé (CNEDIMTS)** : v. Évaluation en droit sanitaire

**Compétences** :

- de l'expert : 165.
- de l'évaluateur : 165, 391 et s., 436, 576.
- du méta-évaluateur : 564, 600, 608, 637, 639.
- du juge (connaissances techniques) : 243, 324, 429, 439, 596.

**Conférence des présidents** : 204-205, 459, 617 et s., 640, 642.

**Conflits d'intérêts** : v. Impartialité

**Conseil constitutionnel** :

- contrôle des études d'impact des projets de loi : v. Études d'impact des projets de loi
- contrôles de la sincérité : 458-459, 474 et s.
- moyens d'instruction : 232, 435, 622.

**Conseil d'État** :

- contrôle des études d'impact des projets de loi : 200, 389, 393, 406, 604-605, 619, 632-633.
- référence aux études d'impact des projets de loi : 490, 630.

**Conseil économique, social et environnemental** : 602, 639.

**Conseil scientifique de l'évaluation** : 17, 24, 42.

**Contradictoire (principe du)** : 195-196, 219, 223 et s., 237 et s., 401 et s., 462.

**Contrôle parlementaire** : 105, 640 et s.

**Cour des comptes** : 18-19, 45, 393, 602.

## D

**Démocratie** :

- évaluation et démocratie : 2, 23, 50, 284, 471, 637.
- démocratie d'information : 470-471.

## E

**Effectivité** :

- critère de l'évaluation : 258, 279.
- des normes juridiques : 266 et s.
- contrôle de l'effectivité : 279.

**Efficacité** :

- critère de l'évaluation : 24, 256 et s., 266, 279, 358.
- définition : 36.
- contrôle de l'efficacité : 270 et s., 639-630.

**Efficience** : 24, 36, 189, 588, 630.

**Études d'impact des projets de loi** :

- procédure : 42, 200, 385, 428, 634.
- contrôle juridictionnel : 205, 211, 314, 325, 355 et s., 431, 434, 458, 460, 489, 620 et s.
- contrôle non juridictionnel : 603 et s., 638 et s..

**Évaluateur** :

- identification : 43 et s.
- qualités : 35, 144, 165, 378 et s.

**Évaluation** :

- classifications internes : 23-24.
- collégialité : 278, 291, 397 et s., 453.
- définition : 38, 379.
- forme : 38, 401 et s.
- insuffisance : 211, 240, 316, 323, 386, 419 et s., 477, 572, 606, 612, 626.
- méthode : 35 et s., 44, 209 et s., 279, 289, 423 et s., 443 et s., 477, 483, 630.
- motivation : v. Motivation
- publicité : 402 et s.
- quantitative : 2, 23, 33, 94, 293, 425, 428.
- scientifique : 36 et s., 166-167, 261 et s., 277 et s., 401, 440, 492.

### **Évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur :**

- Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES) : 196, 386, 393.
- Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES) : 192-193, 196, 203, 221, 330, 337, 380, 386-387, 403, 561 et s.
- Université : 129, 180, 328, 337, 330, 407, 588.

**Évaluation dans la fonction publique :** 27, 72, 139, 195, 203, 207, 212, 221, 223, 229, 234, 290, 318, 324, 330, 337, 353, 385, 388, 398, 404, 423, 428, 433, 444, 539, 542, 604, 041..

### **Évaluation dans l'Union européenne :**

- Agence européenne du médicament : 43, 138, 314, 416, 501.
- *Impact assessment Board/Scrutiny Board* : 390, 603, 606.
- *Regulatory Impact assessment* : 60, 138, 315, 349, 412, 606.

**Évaluation des politiques publiques :** 14, 22, 36, 43, 59, 277, 285, 397, 401, 588, 640-641.

### **Évaluations en droit de l'environnement :**

- autorité environnementale : 44, 198, 390, 395, 402, 419, 421, 456, 504, 506, 542, 567, 589, 603-604, 694, 610-611, 614-615, 660 ??.
- étude d'impact des projets de travaux, d'ouvrages et d'aménagement : 26, 44, 59, 69, 72, 137, 171, 187, 191, 198, 204, 211, 241, 258, 277, 313, 331, 281, 295, 409, 412, 434, 440, 455-456, 503, 529, 567, 577, 610.
- évaluation environnementale : 26, 44, 137, 187, 190, 192, 198, 204, 211, 222, 331, 412, 418, 470, 503, 577.
- Natura 2000 : 72, 140, 225, 228, 354, 541.
- notice d'impact : 187, 541.

### **Évaluation en droit sanitaire**

- Certification des hôpitaux : 43, 72, 196, 223, 404, 406, 429, 532, 587.
- Commission de la transparence : 43, 72, 134, 191, 197, 203, 205, 209, 217, 221, 223, 234, 277, 354, 386, 396, 406, 412, 429, 457, 531.
- CNEDIMTS : 43, 72, 137, 197, 205, 209, 216, 218, 221, 223, 277, 322, 354, 404, 412, 429, 531.
- HAS : 117-118, 196, 212, 220, 330, 386, 395, 398, 429.
- Service médical rendu et amélioration du service médical rendu : 43, 144, 165, 191, 229, 26, 338, 356, 429, 531.

### **Évaluations étrangères :**

- Allemagne : 128, 271, 390, 430, 436, 438, 606, 636.
- États-Unis : 12, 13, 285, 315, 408, 445, 636.
- Pays-Bas : 390, 606, 636.
- Royaume-Uni : 13, 45, 128, 138, 189, 308, 31, 408, 493, 606, 611.
- Union européenne : v. Évaluations dans l'Union européenne

**Évaluation préalable des contrats et marchés de partenariat :** 26, 73, 140, 144-145, 178, 189, 198-199, 225, 262, 277, 316-317, 330-331, 337, 385, 390, 395, 409, 423, 431, 469, 533, 542, 574, 579, 610.

### **Expertise :**

- judiciaire : 164 et s., 179, 231 et s., 403, 411, 426, 431, 439, 444, 465, 501, 562.
- administrative : 169 et s., 220, 384.
- législative : 64, 71, 169, 388, 394, 605, 640.
- scientifique : 163, 166-167, 175, 187, 193, 396, 401, 444, 496.

## H

**Haute autorité de la santé (HAS) :** v. Évaluation en droit sanitaire.

## I

### **Impartialité :**

- conflits d'intérêts : 197, 221, 304, 380, 383, 386, 409.
- de l'administration : 220-221, 385, 455.
- des juges : 66, 94.
- Des experts judiciaires : 234 et s.
- de l'évaluateur : 196, 199 et s., 222-223, 398 et s.
- du méta-évaluateur : 390, 396 et s., 602 et s., 641.
- objective : 220, 283.

### **Indépendance :**

- de l'évaluateur : 36, 199, 201, 378 et s., 386, 392, 564, 570, 591.
- de l'administration : 221, 312.
- de l'expert : 170, 381.
- du juge : 66.
- du méta-évaluateur : 387, 605-606, 633 et s., 640 et s.

**Indicateurs :** 178, 286, 288 et s., 425 et s., 586, 641.

### **Information :**

- démocratie d'information : v. **Démocratie.**
- droit à l'information environnementale : 223, 314, 318, 458, 469, 527, 554, 629.
- droit à une information pertinente/une bonne information : 420, 457, 564 et s., 476.
- obligation de s'informer : 543 et s.
- préjudice de ne pas avoir été informé : 145, 222, 561.

**Inspections générales :** 42, 586.

## J

### **Jugement :**

- de réalité : 34, 93, 170, 174.
- de valeur : 33-34, 36, 43, 56, 170-171, 175, 233, 263, 296, 301 et s., 397, 409-410, 431, 480-481, 484, 488, 586.
- juridictionnel : v. **acte juridictionnel**

## L

**Loi organique relative aux lois de finances (LOLF) :** 42, 63, 293, 476, 586-587.

## M

**Management :** 5, 12, 14, 23, 54-55, 254, 269, 342, 374, 585 et s.

**Méta-évaluation :** 68, 589, 599, 613, 615-616, 624, 659.

**Modernisation de l'action publique (MAP) :** 14, 42.

**Mission d'appui aux partenariats publics-privés (MAPPP) :** 190, 390, 395, 541, 609.

**Mission d'appui au financement des infrastructures (Fin Infra) :** 390, 402, 429, 542, 594, 604, 610.

**Motivation :**

- de l'expertise : 165, 403, 469.
- de l'évaluation : 165, 198, 206-207, 411 et s., 421, 469, 571.
- de la décision finale ; 423, 499 et s.
- des décisions de justice : 406, 442.

## N

**Normativisme** : 76, 177, 303.

**Normativité** : v. acte normatif.

**Notation** (dans la fonction publique) : 26, 32, 70, 140, 191, 211, 321, 337, 346, 432, 530, 591.

## O

**Opportunité** :

- contrôle de : 361 et s., 488, 631-632.
- définition : 143, 358 et s.

## P

**Parlement** :

- Assemblée nationale : 19, 45, 404, 479, 622, 640-641.
- Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) : 19, 45, 105, 621-622, 638 et s.
- Commission sénatoriale d'application des lois : 45, 640.
- Mission d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (MEC) : 19, 45, 105, 640.
- Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (MECSS) : 45, 640.
- Sénat : 45, 277, 558, 622, 637, 640, 642.

**Pluralité** : v. Évaluations : collégialité.

**Pouvoir discrétionnaire** (du décideur) : 340, 345 et s., 359-360, 364 et s., 474, 489, 512, 637.

**Principe de précaution** : 54, 187, 229, 303, 318, 322, 351, 384, 419, 459, 487, 506, 527, 542, 546, 630.

**Principe de prévention** : 419, 489, 546.

**Prise en considération (obligation de)** : 497 et s.

**Proportionnalité (principe de)** : 243, 273, 350 et s., 362, 368, 433, 484, 489, 537, 631.

## Q

**Qualité** :

- notion : 7, 12, 32, 270.
- de l'évaluation : 58, 69, 380, 421, 495, 635.
- contrôle de : 43, 192, 198, 200, 390, 402, 461, 529, 585 et s., 643.

## R

**Rationalisation** :

- de l'action publique : 53, 56, 69, 76, 253, 286, 374, 418, 474, 480, 484, 509, 548, 583, 616.

- des choix budgétaires (RCB) : 14, 43.

**Recours administratif** : 203, 402, 615.

**Référé** :

- référé-liberté : 317-318.

- référé-suspension : 317-318, 334.

- sursis à exécution : 313, 316-317, 418.

- sursis automatique : 69, 204, 313, 316, 331, 418.

**Réforme générale des politiques publiques (RGPP)** : 14, 43.

**Responsabilité** :

- administrative pour faute : 528 et s., 550 et s.

- administrative sans faute : 522 et s.

- contractuelle : 569 et s.

- du fait des produits défectueux : 531, 547.

- lien de causalité : 537 et s.

## S

**Scientisme** : 441 et s.

**Service médical rendu et amélioration du service médical rendu** : v. évaluation en droit de la santé

**Soft law** : v. Acte : de droit souple.

## T

**Tiers garant** : 222, 223, 235, 277, 335, 389 et s., 399, 403-404, 454, 540-541, 578, 589, 592 et s., 660.

**Utilitarisme** : v. **Conséquentialisme**

## V

**Valeurs** :

- dans l'évaluation : 24, 36, 58, 65, 179, 221, 263, 295 ets., 341, 437, 485, 486, 489.

- de l'évaluation : 10, 50, 53, 77, 431.

- définition : 3, 298.

- en droit : 76, 158, 274, 301 et s., 485-486, 489.

- jugement de : v. **jugement de valeur**

- systèmes de : 295 et s., 303, 488.

# TABLE DES MATIÈRES

<b>SOMMAIRE</b>	IX
<b>INTRODUCTION</b>	1
<b>Section 1 : La détermination du champ de l'évaluation en droit public</b>	5
<b>§I. Le contexte évaluatif en France</b>	6
A. Les difficultés de l'État à développer l'évaluation	6
1) L'implantation contrastée de l'évaluation	7
2) Le kaléidoscope institutionnel de l'évaluation	12
<b>B. Les difficultés doctrinales à saisir l'évaluation</b>	15
1) Les divergences des définitions politistes	15
2) L'omission des définitions politistes	18
<b>§II. Les évaluations en droit public</b>	21
A. La redéfinition de l'évaluation	22
1) La définition de l'évaluation comme jugement de valeur	23
2) La question cruciale de la méthode de l'évaluation	26
B. L'identification concrète des évaluations en droit public	31
1) La distinction de l'évaluation des activités ressemblantes	31
2) La requalification des évaluations	32
<b>Section 2 : La pertinence de la perspective juridictionnelle</b>	38
<b>§I. La nécessité de dépasser les blocages actuels</b>	39
A. L'implantation irréversible de l'évaluation	39
1) Le rôle incontournable de l'évaluation dans l'« État stratège »	39
2) L'incarnation de valeurs contemporaines par l'évaluation	41
	691

B. La permanence des critiques contre l'évaluation	43
1) La fronde des juristes face à la logique évaluative	43
2) La critique politiste de la pratique évaluative	45
<b>§II. L'intervention salvatrice du contrôle juridictionnel</b>	<b>48</b>
A. La connexité du contrôle juridictionnel et de l'évaluation	49
1) La nécessité d'une analyse juridique de l'évaluation	49
2) L'intégration du contrôle juridictionnel dans le cycle évaluatif	51
B. Les spécificités de la recherche contentieuse en matière d'évaluation	55
1) Les principaux contentieux de l'évaluation	55
2) L'étude « en contexte » du contrôle de l'évaluation	58
 <b>PREMIÈRE PARTIE : UNIFIER LE CONTRÔLE DE L'ÉVALUATION</b>	 <b>65</b>
 <b>TITRE PREMIER : La cohérence d'un contrôle unifié de l'évaluation</b>	 <b>67</b>
 <b>Chapitre I : Un acte singulier de droit public</b>	 <b>69</b>
<b>Section 1 : La distinction de l'évaluation des actes autonomes de droit public</b>	<b>71</b>
 <b>§I. Un acte non décisoire</b>	 <b>71</b>
A. Un acte non impératif	72
1) Les caractéristiques de l'impérativité manquant à l'évaluation	72
2) Le caractère purement décisoire des évaluations rendues par les jurys et dans les décisions de justice	76
B. Un acte à distinguer des actes autonomes d'ordre interne	79
1) Le caractère impératif tacite des lignes directrices	79
2) L'impossible assimilation de l'évaluation aux circulaires	84
<b>§II. Un acte distinct des actes de droit souple</b>	<b>86</b>

A. Les limites d'une comparaison de l'évaluation à la <i>soft law</i>	86
1) La proximité apparente de certaines évaluations avec la <i>soft law</i>	86
2) L'impossible assimilation de l'évaluation à la <i>soft law</i>	89
B. Les affinités résiduelles de l'évaluation avec la <i>soft law</i>	92
1) La normativité juridique trouble des actes non décisives	93
2) La potentialité d'un contrôle direct de la légalité des actes évaluatifs	98
a) Le refus initial du contrôle des actes de droit souple	98
<i>i) Le raisonnement classique du Conseil d'État pour contrôler les actes a priori non décisives</i>	99
<i>ii) L'inflexion argumentative du Conseil d'État dans l'arrêt FORMINDEP</i>	100
b) L'applicabilité potentielle des arrêts Fairvesta et Numéricable aux évaluations	103
<i>i) L'absence de justification objective à la limitation du recours aux actes de régulation</i>	104
<i>ii) La confirmation de l'applicabilité des arrêts Fairvesta et Numéricable aux évaluations par l'étude de la théorie des actes de langage</i>	107
<b>Section 2 : Un acte consultatif singulier</b>	111
<b>§I. L'appartenance de l'évaluation à la catégorie des avis</b>	112
A. La définition malaisée de la catégorie des avis	113
1) L'assimilation de l'évaluation à la catégorie des actes consultatifs	113
a) La définition de l'avis comme un acte procédural non impératif	113
b) La définition de l'évaluation comme un acte non impératif procédural	116
<i>i) Les qualifications simples</i>	117
<i>ii) Les qualifications complexes</i>	119
2) L'assimilation de l'évaluation à une sous-catégorie d'avis	122
B. La juridicité certaine de l'avis et de l'évaluation	126
1) Les hésitations doctrinales sur la nature juridique de l'avis	126

2) Un acte nécessairement juridique	129
a) Les définitions excluant l'avis de la catégorie des actes juridiques	130
b) Les définitions concluant à la juridicité des avis et de l'évaluation	133
<i>i) Les définitions formalistes du droit et la juridicité de l'avis</i>	133
<i>ii) Les définitions finalistes du droit et la juridicité de l'avis</i>	135
<b>§II. L'assimilation de l'évaluation à une forme spécifique d'expertise</b>	139
A. Une forme d'expertise non judiciaire	139
1) L'appartenance de l'expertise à la catégorie des avis informatifs	140
2) L'appartenance de l'évaluation à la catégorie des expertises non judiciaires de droit public	143
B. La normativité certaine de l'évaluation et des expertises	147
1) La normativité non négligeable mais négligée des expertises	147
2) La normativité spécifique de l'évaluation	149
<b>Chapitre II : Un régime indistinct en droit public</b>	157
<b>Section 1 : L'absence de contrôle juridictionnel unifié de l'évaluation</b>	157
<b>§I. Les obstacles textuels à l'organisation d'un contrôle unifié de l'évaluation</b>	158
A. L'impossible identification directe de l'évaluation à partir des textes	158
1) Un corpus dénué de fil directeur	158
2) L'absence de définition textuelle de l'évaluation	162
B. L'impossible reconstruction indirecte de la catégorie juridique de l'évaluation	165
1) La mise en œuvre aléatoire des principes de l'évaluation	165
2) La méconnaissance ponctuelle des principes de l'évaluation	169
<b>§II. Les incohérences du contrôle juridictionnel de l'évaluation</b>	172
A. La diversité injustifiée des modalités de contrôle de l'évaluation	173
1) Les conditions confuses de contestation de l'évaluation	173

2) La possibilité aléatoire de contester le bien-fondé de l'évaluation	176
B. L'adaptation incomplète du contrôle de la légalité de l'évaluation	179
1) Le contrôle erratique de la méthode de l'évaluation	179
2) Le contrôle flou de la suffisance de l'évaluation	181

**Section 2 : L'impossible alignement du contrôle de l'évaluation sur le contrôle  
des autres actes consultatifs** 183

**§I. L'impossible transposition du contentieux des avis destinés au Parlement et à  
l'administration** 184

A. L'impossible transposition du contrôle des avis simples	184
1) Les modalités inconstantes de contestation des avis simples	185
2) Le contentieux instructif de l'instruction des avis simples	188
a) L'adaptation nécessaire du contrôle du principe d'impartialité	190
b) L'aménagement indispensable du principe du contradictoire	193
B. L'impossible transposition du contentieux des avis conformes	195
1) La contestation singulière mais insuffisante des avis conformes	196
2) Le monolithisme problématique du contrôle du bien-fondé des avis conformes	199

**§II. L'impossible transposition du contentieux des expertises judiciaires** 201

A. Le contrôle inadapté de l'instruction des expertises judiciaires	203
1) Le contrôle singulier de l'impartialité de l'expert judiciaire	204
2) Le contre-modèle de l'application du principe du contradictoire aux expertises judiciaires	207
B. Le contrôle insuffisant du fond de l'expertise	211
1) Le contrôle instructif des faits et de la méthode de l'expertise	211
2) La sanction insuffisante des expertises erronées	213

**TITRE SECOND : L'utilité d'un contrôle juridictionnel unifié de  
l'évaluation** 219

<b>Chapitre I : Protéger contre l'évaluation</b>	220
<b>Section 1 : Protéger la rationalité juridique contre l'évaluation</b>	220
<b>§I. La crainte d'une déformation de la rationalité juridique</b>	221
A. La domination croissante des rationalités non juridiques dans les processus décisionnels publics	222
1) La préférence pour les rationalités non juridiques dans l'évaluation	223
2) Le danger des références à l'efficacité dans l'évaluation	225
B. Un culte du fait affaiblissant le droit	228
1) Les risques d'une tyrannie du fait sur le droit	229
2) La recherche potentiellement destructrice de l'effectivité du droit	234
<b>§II. L'éventualité d'une protection juridictionnelle de la rationalité juridique</b>	236
A. Rééquilibrer les rationalités à l'œuvre dans le processus décisionnel	237
1) Les potentialités d'un contrôle juridictionnel de l'efficacité des normes juridiques	237
2) La consécration difficile d'un impératif juridique d'efficacité	241
B. Rappeler la distinction entre droit et faits	245
1) L'exposition de la relativité des arguments scientifiques et évaluatifs	245
2) L'éventuelle censure des critères portant sur l'effectivité du droit	248
<b>Section 2 : La protection de l'évaluation contre elle-même</b>	249
<b>§I. Contrôler les effets concrets de l'évaluation</b>	249
A. Déformations et difformités évaluatives	250
1) Le risque de déformation de l'évaluation par les décideurs	250
2) Le risque de déformation de l'activité évaluée par l'évaluation	252
B. La potentialité d'une intervention juridictionnelle pour protéger l'évaluation	254
1) L'impuissance du juge pour refondre la procédure d'élaboration des indicateurs	254
2) Le contrôle de la pertinence et de la clarté des indicateurs	256

<b>§II. L'impossibilité de contrôler les effets axiologiques de l'évaluation</b>	258
A. Le contrôle périlleux des valeurs diffusées par l'évaluation	259
1) La diffusion d'une hiérarchie arbitraire de valeurs par l'évaluation	259
2) Le risque d'une tyrannie juridictionnelle des valeurs	263
B. La soumission du juge aux valeurs proclamées dans les évaluations	265
1) Les liens indéfectibles entre jugements de valeur et contrôle juridictionnel	265
2) La liberté croissante du juge contrebalancée par l'autorité axiologique des évaluations	268
<b>Chapitre II : Protéger contre le contrôle de l'évaluation</b>	272
<b>Section 1 : Préserver l'édiction rapide des décisions publiques</b>	272
<b>§I. Le rythme de l'action publique menacé par l'organisation de recours directs contre l'évaluation</b>	273
A. Les insuffisances des recours par voie d'exception contre l'évaluation	273
1) La contestation généralisée de l'évaluation par voie d'exception	274
2) Un contrôle peu utile en dehors des procédures d'urgence	277
B. Les avantages irremplaçables des recours par voie d'action contre l'évaluation.....	281
1) Une éventualité exceptionnelle en l'état du droit positif	281
2) La possibilité utile d'enjoindre à l'évaluateur	283
<b>§II. Les conditions d'une ouverture modérée des recours par voie d'action contre l'évaluation</b>	286
A. L'organisation de recours pour excès de pouvoir contre l'évaluation devant le juge administratif	286
1) Le renouvellement de la notion d'acte faisant grief	287
2) L'application du grief non décisive aux actes évaluatifs	289
B. La portée nécessairement limitée de cette ouverture	293
1) L'intervention indispensable de règles temporelles annexes	293

2) Les contours de l'intérêt à agir contre l'évaluation	295
<b>Section 2 : Un contrôle menaçant pour le pouvoir discrétionnaire des décideurs publics</b>	299
<b>§I. La restriction apparente du pouvoir discrétionnaire des décideurs du fait du contrôle de l'évaluation</b> .....	300
A. Les conséquences juridictionnelles de l'approfondissement de la connaissance du jcontexte de la prise de décision	302
1) La crainte d'un contrôle resserré de l'administration	303
2) Le refus d'envisager un contrôle resserré du législateur	305
B. La participation du contrôle de l'évaluation au principe de « bonne institution »	308
1) L'enrichissement des contrôles de l'appropriation et de la proportionnalité au sens strict	309
2) L'expansion possible du contrôle de la nécessité des décisions publiques	314
<b>§II. La préservation du pouvoir discrétionnaire malgré le contrôle de l'évaluation</b>	317
A. Les liens forts entre le contrôle de l'évaluation et l'opportunité des décisions publiques	317
1) La distinction entre les notions d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire	317
2) Un contrôle modéré de l'opportunité	320
B. Les liens distendus entre le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de l'évaluation.....	323
1) Un contrôle de l'opportunité non discrétionnaire	323
2) Un contrôle bénin et résiduel du pouvoir discrétionnaire	325
<b>SECONDE PARTIE : OPTIMISER LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE L'ÉVALUATION</b>	335
<b>TITRE PREMIER : Le développement nécessaire du contrôle de la légalité de l'évaluation</b>	337

<b>Chapitre I : Le contrôle intégral de l'évaluation</b>	<b>339</b>
<b>Section 1 : Le contrôle de la régularité externe de l'évaluation</b>	<b>339</b>
<b>§I. Un contrôle assoupli portant sur les évaluateurs</b>	<b>340</b>
A. Le contrôle assoupli de l'indépendance et de l'impartialité des évaluateurs	341
1) La garantie d'une indépendance et d'une impartialité minimale des évaluateurs	343
2) Le contrôle en deux temps de l'impartialité et de l'indépendance des évaluateurs	350
B. Le contrôle souple de la compétence des évaluateurs	354
1) L'exigence de compétence technique de l'évaluateur	355
2) L'exigence superfétatoire d'une compétence évaluative	360
<b>§II. Le contrôle des vices de forme et de procédure de l'acte d'évaluation</b>	<b>362</b>
A. Les principes procéduraux favorisant l'objectivité de l'évaluation	363
1) L'application du principe de collégialité ou de pluralité des évaluateurs	363
2) L'indispensable contradiction de la procédure évaluative	366
B. Les principes formels favorisant l'objectivité de l'évaluation	371
1) La publicité de l'évaluation	371
2) La motivation de l'évaluation	375
<b>Section 2 : Le contrôle délicat de la régularité interne de l'évaluation</b>	<b>378</b>
<b>§I. Le contrôle adapté de la régularité interne de l'évaluation</b>	<b>378</b>
A. Le contrôle du champ de l'évaluation	379
1) Le contrôle de l'obligation d'évaluer	379
2) Le contrôle de la suffisance de l'évaluation	383
a) L'insuffisance du contrôle originel de la suffisance de l'évaluation	384
b) Les insuffisances manifestes des déclinaisons du contrôle de la suffisance de l'évaluation	387
B. Le contrôle de l'exactitude des appréciations formulées dans l'évaluation	391
	699

1) Le contrôle du caractère approprié de la méthode	391
a) Le contrôle des indicateurs de l'évaluation	392
b) Le contrôle de la méthode globale de l'évaluation	398
2) Le contrôle du caractère approprié du jugement de valeur formulé	400
<b>§II. Les dangers d'un contrôle trop approfondi des évaluations</b>	<b>405</b>
A. La réticence du juge à l'exercice d'un contrôle approfondi	405
1) Les obstacles découlant du droit de la preuve	405
2) Les obstacles découlant des pouvoirs juridictionnels d'instruction	409
B. Un contrôle à modérer pour éviter le risque de scientisme	413
1) L'invocation contestable de l'incapacité du juge à exercer un contrôle technique	413
2) L'invocation justifiée d'un risque de scientisme juridictionnel	415
<b>Chapitre II : Le contrôle de l'utilisation de l'évaluation par le décideur</b>	<b>421</b>
<b>Section 1 : Le contrôle indirect des évaluations irrégulières</b>	<b>421</b>
<b>§I. Les faiblesses du conséquentialisme actuel du contrôle juridictionnel des vices de procédure</b>	<b>422</b>
A. Les insuffisances du contrôle des consultations administratives irrégulières	422
1) Un contrôle globalement conséquentialiste	423
2) L'accentuation inadéquate de la réflexion conséquentialiste en matière évaluative	426
B. L'inadaptation du contrôle des vices de la procédure législative	430
1) Les sanctions aléatoires des vices de procédure affectant la phase parlementaire de la procédure législative	431
2) La sanction improbable des vices de procédure affectant la phase gouvernementale de la procédure législative	434
<b>§II. La nécessité d'un contrôle particulier des vices de procédure de l'évaluation</b>	<b>437</b>
A. Restructurer le contrôle indirect des irrégularités évaluatives	438
1) L'effort de réagencement de la jurisprudence <i>Danthony</i>	438

2) L'exigence renouvelée d'une information minimale des autorités administratives : l'information pertinente	443
B. Le bouleversement nécessaire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel	446
1) Le conséquentialisme inhérent au principe constitutionnel de sincérité	447
2) Consacrer un principe de sincérité et de clarté de la présentation des projets de loi	450
<b>Section 2 : Le contrôle indirect de l'évaluation régulière</b>	452
<b>§I. L'utilisation probatoire de l'évaluation régulière au service d'un contrôle minimal de son utilisation par le décideur</b>	453
A. L'invocation juridictionnelle des évaluations pour contrôler le bien-fondé des décisions finales	453
1) La banalisation de l'utilisation des données factuelles de l'évaluation	454
2) L'utilisation du jugement évaluatif pour développer le contrôle du bilan coûts- avantages	456
B. L'imprudente invocation des études d'impact des projets de loi pour interpréter l'intention du législateur	462
1) L'assimilation des études d'impact aux travaux préparatoires	462
2) Les risques liés à l'invocation interprétative des études d'impact des projets de loi	465
<b>§II. Le contrôle complémentaire de la prise en considération de l'évaluation par le     décideur</b>	468
A. Les obligations positives de prise en considération	468
1) Une obligation mal définie	468
2) Une obligation rare en matière évaluative	473
B. L'applicabilité conditionnée de cette obligation aux procédures évaluatives	476
1) La possible application de l'obligation de prise en considération à la procédure administrative	476
2) L'application difficile de la prise en considération à la procédure législative	478
<b>TITRE SECOND : La délimitation des contrôles juridictionnels de     l'évaluation</b>	486

<b>Chapitre I : Le caractère inadapté des recours indemnitaires</b>	489
<b>Section 1 : La responsabilisation insuffisante des décideurs</b>	489
<b>§I. Une responsabilité circonscrite aux autorités administratives</b>	490
A. L'invocation difficile des études d'impact contre le législateur	490
1) L'impasse de la responsabilité du fait de l'exécution de la loi	491
2) La voie tortueuse de la responsabilité du législateur au regard du contenu de la loi	493
B. L'invocabilité aisée de l'évaluation contre les autorités administratives	496
1) Une responsabilité effective	497
2) L'extension potentielle des actions indemnitaires fondées sur l'évaluation	499
<b>§II. Une responsabilité peu incitative pour les autorités administratives</b>	503
A. La dilution inévitable de la responsabilité du décideur	504
1) Le difficile établissement d'un lien de causalité direct et certain entre une irrégularité évaluative et un préjudice	504
2) L'impact de la responsabilité atténué par son inéluctable partage	507
B. La redéfinition envisageable de la faute du décideur	511
1) Les obligations environnementales de s'informer	511
2) La spécificité de l'obligation de s'informer par l'évaluation	515
<b>Section 2 : L'immunité quasi totale de l'évaluateur</b>	517
<b>§I. La responsabilisation quasi impossible des évaluateurs unilatéralement désignés</b>	517
A. L'engagement impossible de la responsabilité des rédacteurs de l'étude d'impact des projets de loi	518
1) La requalification dirimante de l'étude d'impact comme acte de gouvernement devant le juge administratif	518
2) Une immunité vraisemblablement pérenne	520
B. La responsabilité limitée des évaluateurs s'adressant à l'administration	524

1) La mise en jeu possible de la responsabilité de l'évaluateur	525
2) Une responsabilité insusceptible d'avoir un impact global sur les pratiques évaluatives	529
a) Les limites patrimoniales de la responsabilité des évaluateurs de droit public	529
b) L'engagement quasiment impossible de la responsabilité des évaluateurs de droit privé	531
<b>§II. L'efficacité limitée de la responsabilité des évaluateurs délégués</b>	532
A. La particularité du fait générateur de la responsabilité contractuelle des évaluateurs délégués	533
1) Le nombre limité de fautes imputable à l'évaluateur délégué	533
2) L'éventuelle exonération de l'évaluateur délégué du fait de l'évaluateur principal	535
B. Les effets minimes de cette responsabilité sur la rationalisation des décisions publiques	537
1) L'invisibilité des effets de la responsabilité des évaluateurs délégués	538
2) La nécessité d'une responsabilisation <i>a priori</i> des évaluateurs délégués	540
<b>Chapitre II : La subsidiarité potentielle des contrôles juridictionnels de l'évaluation</b>	545
<b>Section 1 : Retarder le contrôle juridictionnel de l'évaluation</b>	546
<b>§I. Instaurer des mécanismes systématiques de contrôle préventif de l'évaluation</b>	546
A. Soumettre l'évaluation à une démarche de qualité	547
1) L'infirmité procédurale de l'évaluation face aux autres démarches de qualité	547
2) Les potentialités du contrôle technique des évaluations	550
B. Les avantages d'un contrôle préventif de l'évaluation	554
1) Une aide pour tous les acteurs de la procédure décisionnelle	554
2) Une aide pour tous les acteurs de la procédure juridictionnelle	556
<b>§II. Les conditions de l'utilité du contrôle technique des évaluations</b>	559
A. Les garanties concernant les organes chargés du contrôle	559

1) Instaurer des tiers garants compétents, impartiaux et indépendants	560
2) L'impossibilité d'ériger le Conseil d'État en tiers garant des études d'impact des projets de loi	564
B. Contenir les effets secondaires des interventions des tiers garants	567
1) Les risques contentieux liés à la production d'un nouvel acte au cours de la procédure décisionnelle	568
2) Des risques contentieux à relativiser	570
<b>Section 2 : Pallier les faiblesses du contrôle juridictionnel des études jd'impact des projets de loi</b>	<b>575</b>
<b>§I. Les faiblesses structurelles du contrôle actuel des études d'impact des projets de loi</b>	<b>576</b>
A. Les règles procédurales entravant le contrôle du Conseil constitutionnel	576
1) L'improbabilité d'un contrôle enclenché par la Conférence des présidents	576
2) L'impossibilité d'un contrôle approfondi devant le Conseil constitutionnel	580
B. Des politiques jurisprudentielles défavorables à l'extension du contrôle	582
1) Les limites de la jurisprudence adoptée par le Conseil constitutionnel en matière jd'études d'impact des projets de loi	583
2) La crainte d'exercer un contrôle de l'opportunité de la loi	585
<b>§II. Les solutions non juridictionnelles au contrôle des études d'impact des projets de loi</b>	<b>588</b>
A. La nécessité d'organiser un contrôle technique des études d'impact des projets de loi	588
1) La corrélation entre la qualité des études d'impact des projets de loi et la menace d'une sanction	589
2) Le refus français de créer un organe indépendant dédié au contrôle des études d'impact des projets de loi	592
B. La création projetée d'une instance évaluative parlementaire indépendante	594
1) Les essais contrariés du contrôle évaluatif parlementaire	595
2) Un contrôle dépendant d'une intervention du pouvoir constituant	600

<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b>	610
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE</b>	685
<b>TABLE DES MATIÈRES</b>	691

