



HAL
open science

La motivation des actes administratifs en droit américain : précocité et singularité persistante

Dominique Custos

► **To cite this version:**

Dominique Custos. La motivation des actes administratifs en droit américain : précocité et singularité persistante. Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux , 2019, La motivation des actes administratifs. Le droit français à la lumière du droit administratif comparé, 17, pp.139-151. 10.4000/crdf.3800 . halshs-03323434

HAL Id: halshs-03323434

<https://shs.hal.science/halshs-03323434v1>

Submitted on 27 May 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

La motivation des actes administratifs en droit américain : précocité et singularité persistante

*Giving Reasons for Administrative Action in US Law: Precociousness and
Persistent Distinctiveness*

Dominique Custos



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/3800>

DOI : 10.4000/crdf.3800

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 2019

ISBN : 978-2-84133-960-0

ISSN : 1634-8842

Ce document vous est offert par Université de Rouen Normandie – Bibliothèque Universitaire



Référence électronique

Dominique Custos, « La motivation des actes administratifs en droit américain : précocité et singularité persistante », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 17 | 2019, mis en ligne le 06 février 2021, consulté le 27 mai 2024. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/3800> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.3800>



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

La motivation des actes administratifs en droit américain : précocité et singularité persistante

Dominique CUSTOS

Professeure de droit public à l'université de Caen Normandie

Directrice du Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

-
- I. Le vaste champ d'application de l'obligation de motivation aux États-Unis
 - A. Le champ d'application couvre les actes individuels issus de l'*adjudication* comme les actes réglementaires issus du *rulemaking*
 1. Obligation de motivation et procédures formelles
 2. Obligation de motivation et procédures informelles
 - B. Le soubassement conceptuel du vaste champ d'application de la motivation
 1. Conception unitaire de la procédure administrative
 2. Conception rationaliste de la procédure administrative
 3. Les fonctions de la motivation
 - II. Le contrôle juridictionnel approfondi (*hard look*) de l'obligation de motivation
 - A. Du contrôle déférentiel au contrôle approfondi des procédures informelles
 1. Contrôle déférentiel initial
 2. Contrôle approfondi ultérieur
 - B. La signification et les effets pervers du *hard look review*
 1. La novation : de l'exigence procédurale à l'exigence substantielle
 2. Effets pervers du *hard look review* et attractivité du modèle

Traditionnellement dans la famille de *common law*, il n'y a pas d'obligation de motiver les actes administratifs. Le souci de préserver la fluidité du processus décisionnel fonde

ce principe de non-motivation¹. Au XIX^e, la Chambre des Lords du Royaume-Uni a affirmé celui-ci² et d'autres juridictions de *common law* l'ont suivie³. Cependant, dans les

1. P. R. Verkuil, « Crosscurrents in Anglo-American Administrative Law », 27 *William and Mary Law Review*, 702 (1986). Les références aux publications dans les périodiques juridiques américains sont présentées comme suit : volume du périodique, suivi du titre du périodique, de la première page de l'article et, entre parenthèses, de l'année de publication ; lorsque deux numéros de pages sont précisés, le premier numéro correspond à la première page de l'article et le second à une (ou des) pages spécifiques.
2. *The Queen v. Bishop of London* (1890) 24 QBD 213 ; *Alcroft v. London Bishop* (1891) AC 666. Réaffirmé au XX^e siècle : *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997 ; *R. v. Gaming Board for Great Britain* [1970] 2 QB 417, 423 (CA) (Lord Denning M. R.) ; Compensation Appeal Tribunal, *R. v. Northumberland* [1952] KB 338, 351-352 (CA 1951). Les références jurisprudentielles des pays de *common law* sont composées comme suit : volume du recueil dans lequel l'arrêt est publié, suivi de l'abréviation désignant le recueil, puis de la page dans le recueil. Voir, en fin d'article, la liste des sigles désignant les recueils d'arrêts.
3. Australie : *Public Service Board of NSW v. Osmond* [1986] LRC 681, 159 CLR 656 ; Canada : *Pure Spring Co. Ltd. v. The Minister of National Revenue* (1947) 1 DLR 501 (Exchequer Court) ; Hong Kong : E. C. Ip, « The Economic Structure of Hong Kong Administrative Law : Efficiency and Legality

années 1980, une tendance à la reconnaissance d'une telle obligation s'est installée. En effet, la *natural justice* incite à adopter progressivement un standard de transparence dont les États-Unis se sont montrés les pionniers depuis 1946 au nom du *due process*.

Parfois, la tendance se manifeste par l'imposition d'une obligation réactive de motiver. En d'autres termes, au lieu d'être accompli de façon proactive, le devoir de fournir les raisons d'une décision est déclenché par une requête. Tel est le cas en Afrique du Sud sur le fondement de la section 33(2) de la Constitution de 1996⁴. La section 5 de la loi d'application du 3 février 2000, le Promotion of Administrative Justice Act (PAJA), précise le régime du droit corrélatif de demander la motivation⁵. Tel est également le cas en Australie où l'on observe la diffusion d'une « culture de la justification »⁶ aussi bien au niveau infra-fédéral⁷ qu'au niveau fédéral⁸. Dans ce deuxième cas, la section 13 de l'Administrative Decisions (Judicial Review) Act (ADJR) de 1977 de l'Australie fait devoir à toute autorité publique d'exprimer les raisons de ses décisions lorsqu'une demande écrite lui est adressée en ce sens⁹. Alors même que la disposition ne pose qu'une obligation réactive de motiver, la jurisprudence y résiste en réaffirmant l'inexistence d'une obligation de motiver en *common law*¹⁰.

Le plus souvent, la tendance s'exprime par l'ouverture d'exceptions législatives et jurisprudentielles à une règle de non-motivation, quoique celles-ci puissent culminer en la création d'une obligation générale réactive ou même proactive. Les exceptions d'origine législative trouvent une illustration dans les États du Commonwealth britannique membres de l'Union européenne. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

(Convention EDH)¹¹, l'article 41 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne¹² et l'article 296 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)¹³ ont poussé certains parlements à introduire des exceptions au nom de l'équité procédurale et de la bonne administration. Ainsi en Irlande, dans un premier temps, des exceptions ponctuelles sont distillées¹⁴. Dans un second temps, à l'instar de l'ADJR australien de 1977, le Freedom of Information Act (FOIA) de 1997 (section 18)¹⁵ reconnaît le droit d'obtenir sur demande communication écrite ou autre des motifs des décisions affectant la demanderesse et mettant en cause ses intérêts matériels. Ces deux vagues de textes irlandais ont elles-mêmes contribué à créer un terrain propice au renversement jurisprudentiel de 2012¹⁶.

S'agissant de la forme jurisprudentielle du développement de l'obligation de motiver, un premier exemple est trouvé au Royaume-Uni avant même que le Human Rights Act de 1998 n'incorpore l'article 6 de la Convention EDH dans le droit britannique. L'affaire *Doody*¹⁷, jugée en 1994, donne à la Chambre des Lords l'occasion non seulement de rappeler le principe de non-motivation, mais encore d'ouvrir l'exception de l'obligation proactive implicite¹⁸. L'expression des motifs devient alors obligatoire chaque fois que la connaissance des motifs est indispensable au respect du droit au recours effectif (*effective appeal*) ou à l'équité procédurale (*fairness*). La Cour suprême du Royaume-Uni s'inscrit en continuité avec sa prédécesseure dans l'articulation du principe et des exceptions¹⁹. En fait, l'on observe une accentuation de la tendance à multiplier les exceptions à la règle de non-motivation depuis l'adoption du Human Rights Act²⁰.

of Government Decision-Making since China's Resumption of Sovereignty», *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 12, n° 2, 2013, p. 250; Singapour: *Manjit Singh s/o Kirpal Singh v. Attorney-General* («*Manjit Singh I*») [2013] 2 SLR 844.

4. Constitution de l'Afrique du Sud, 1996, section 33(2): «*Everyone whose rights have been adversely affected by administrative action has the right to be given written reasons*».
5. Le PAJA sud-africain suit en cela le modèle australien de 1977 (voir *infra* note 8). Voir I. Currie, J. De Waal, *The Bill of Rights Handbook*, 5^e éd., Wetton, Juta, 2005, p. 681.
6. E. Mureinik, «*A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*», *South African Journal on Human Rights*, vol. 10, n° 1, 1994, p. 32; D. Dyzenhaus, «*Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture*», *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, n° 1, 1998, p. 11-37. Sauf mention contraire, toutes les traductions de l'anglais sont les nôtres.
7. Administrative Law Act (Victoria), 1978, section 8; Judicial Review Act (Queensland), 1991, section 32; Administrative Decisions Review Act (Nouvelle-Galles du Sud), 1997, chap. 3, partie 2, division 2; State Administrative Tribunal Act (Australie-Occidentale), 2004, section 21. Voir M. Groves, «*Should the Administrative Law Act 1978 (Vic) Be Repealed?*», *Melbourne University Law Review*, vol. 34, n° 2, 2010, p. 452-480.
8. Administrative Decisions (Judicial Review) Act (Commonwealth), 1977, section 13; Administrative Appeals Tribunal Act (Commonwealth), 1975, section 28.
9. L'ADJR australien de 1977 inaugure le modèle de l'obligation réactive de motiver.
10. *Public Service Board of NSW v. Osmond* [1986].
11. L'obligation de motiver est une des implications du droit à un procès équitable.
12. L'obligation de motiver est une des implications du droit à la bonne administration.
13. Obligation de motiver les actes de droit dérivé.
14. L'Immigration Act de 1999, section 3(3), impose la motivation de la décision d'expulsion. La section 34(10) du Planning and Development Act de 2000 exige la mention des raisons et considérations principales de rejet des demandes de permis de construire dans le cadre de l'aménagement du territoire.
15. Remplacé par le FOIA de 2014 (section 10).
16. *Mallak v. Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2012] IESC 59; *Rawson v. Minister for Defence* [2012] IESC 26. Voir *infra* note 23.
17. Chambre des Lords, *R v. Home Secretary, ex parte Doody* [1994] 1 AC 531. Voir également: *McInnes v. Onslow-Fane* (1978) 3 All ER 211; *R v. Kensington & Chelsea Royal London Borough Council ex parte Grillo* (1996) 28 HLR 94.
18. Les conditions de l'exception sont définies dans *R v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery* [1994] 1 WLR 242.
19. Cour suprême du Royaume-Uni, *Dover District Council v. Campaign to Protect Rural England (CPRE) Kent* [2017] UKSC 79 [2018] 1 WLR 108.
20. Outre l'arrêt *Dover* rendu par la Cour suprême, voir l'arrêt rendu par la Cour d'appel: *Oakley v. South Cambridgeshire CC* [2017] EWCA Civ 71.

La seconde illustration du volet jurisprudentiel de cette tendance s'avère plus spectaculaire puisque le principe de non-motivation dans le cadre de la famille de *common law* s'y trouve balayé. En effet, au Canada et en Irlande la jurisprudence a imposé une obligation proactive de motiver en *common law* et corrélativement introduit un droit à motivation. Dès 1999, la Cour suprême canadienne se détache des autres juridictions du Commonwealth lorsqu'elle rend l'arrêt *Baker*²¹. Au nom de l'équité procédurale (*procedural fairness*), elle affirme ladite obligation dans un certain nombre de cas et, notamment, lorsque la décision administrative « revêt une grande importance pour l'individu »²². En 2012, dans l'arrêt *Mallak*²³, la Cour suprême irlandaise emboîte le pas à la haute juridiction canadienne quand elle couronne une évolution jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt *Daly*²⁴ de 1987. En 1987, elle pose une présomption applicable à la décision non motivée. L'auteur est alors présumée n'avoir pas eu de preuve pouvant raisonnablement étayer le contenu de son acte. En 2012, sur la base du droit à une procédure équitable (*fair procedure*) consacré par l'article 40 de la Constitution irlandaise²⁵, la Cour suprême irlandaise va jusqu'à imposer un devoir proactif de motiver, y compris dans l'hypothèse de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire²⁶. Ainsi, sur le fondement de l'arrêt *Mallak*, un droit à motivation peut être exercé chaque fois que la loi n'oblige pas ponctuellement l'administration à motiver ses décisions²⁷. Logiquement, les dispositions qui jusque-là étaient des exceptions législatives à un principe de non-motivation se muent en illustrations d'un nouveau principe de motivation à fondement jurisprudentiel et tiré du texte constitutionnel.

Certes ces poussées jurisprudentielles canadienne et irlandaise sont pour l'heure isolées dans le monde de *common law*. Mais globalement, le constat auquel conduisent les évolutions repérées au sein de cette famille juridique est celui d'un tiraillement entre l'attachement au principe historique de non-motivation et la croissance des exceptions révélatrices de la migration d'un nouveau standard de démocratie administrative²⁸. Le développement des exceptions contribue à répandre l'idée que la

motivation devrait être inscrite parmi les principes de la *natural justice*²⁹ ou « [l]es fondamentaux de la bonne administration »³⁰. Quoique le règne du principe de non-motivation ne soit pas révolu dans le cadre du *common law*, son érosion semble inexorable sous la pression des impératifs de la protection des droits fondamentaux en matière de procédure administrative.

En définitive, en l'état actuel des choses, parmi les pays du Commonwealth britannique, le tiraillement a été surmonté par l'établissement par voie jurisprudentielle d'une obligation proactive de motiver au Canada (1999) et en Irlande (2012), par la consécration constitutionnelle d'une obligation réactive en Afrique du Sud (1996-2000) et par la reconnaissance législative d'une obligation réactive en Australie (1977). Mais les actes individuels sont les seuls concernés par ces différentes formes du devoir de motiver. Dans le cas américain, la rupture avec le reste de la famille n'a pas initialement été d'origine jurisprudentielle. Elle a été textuelle, quoiqu'elle ne date pas de la Constitution. Certes, la Constitution américaine de 1787 affirme le *due process*³¹, c'est-à-dire le droit à l'équité procédurale, mais contrairement à ses homologues sud-africaine³² ou portugaise³³, elle ne porte aucune mention explicite d'un droit à motivation. L'obligation de motiver figure en réalité dans un texte législatif, néanmoins considéré comme « la constitution administrative »³⁴ des États-Unis, l'Administrative Procedure Act (APA) de 1946. Évidemment, le régime juridique de la motivation dans le droit fédéral américain est grandement informé par l'interprétation jurisprudentielle de cette loi générale de procédure administrative et de la Constitution.

De fait, la consécration de la motivation en tant que droit fondamental de la procédure administrative a été réalisée en deux temps. Le versant individuel de la motivation date de 1787 et s'exprime à travers la clause du *due process*. Le versant réglementaire et la généralisation qui y est associée émergent avec l'APA promulgué en 1946. En imposant relativement tôt une obligation proactive de motiver les actes administratifs, toutes catégories confondues, les États-Unis se sont taillés une première place historique. Au plan contentieux, ils se sont également

21. Cour suprême du Canada, *Baker c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada* [1999] 2 RSC 817.

22. Affaire *Baker* : refus de suspendre un ordre de déportation.

23. *Mallak v. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, arrêt précisé par : *EMI Records (Ireland) Ltd. v. The Data Protection Commissioner* [2013] IESC 34.

24. Cour suprême d'Irlande, *State (Daly) v. Minister for Agriculture* [1987] IR 165.

25. La Cour souligne notamment que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne rime pas avec non-motivation.

26. En l'occurrence, le refus d'émettre un certificat de naturalisation.

27. Exemples de lois spéciales imposant l'obligation proactive : Planning and Development Act, 2000, section 34(10); Immigration Act, 1999, section 3(3).

28. Dès 1971, Lord Denning MR fait un tel constat concernant le Royaume-Uni : *Breen v. Amalgamated Engineering Union* [1971] 1 All ER 1148, 1154.

29. Par exemple, certains juristes de *common law* soutiennent que, s'il est établi que les deux premiers principes de la *natural justice* sont *Nemo judex in re sua* et *Audi alteram partem*, l'obligation de motivation devrait être considérée comme le troisième : H. L. Kushner, « The Right to Reasons in Administrative Law », *Alberta Law Review*, vol. 24, n° 2, 1986, p. 305.

30. Lord Denning, voir *supra* note 28.

31. *Due process* fédéral : V^e amendement ; *due process* infra-fédéral : XIV^e amendement.

32. Constitution de l'Afrique du Sud, 1996, section 33(2) ; voir *supra* note 4. Le droit à motivation ne s'exerce que si la décision a des effets néfastes pour la requérante. La loi d'application, le PAJA, ne crée cependant qu'une obligation réactive à la charge de l'administration.

33. Constitution du Portugal, 1976, art. 268 : actes affectant les droits ou les intérêts juridiquement protégés.

34. D. Custos, « L'individu dans la démocratie administrative américaine », in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, W. Mastor (dir.), Paris, Dalloz, 2018, p. 303-321.

distingués en raison du rôle central joué par la motivation dans le contrôle juridictionnel des agences. Ainsi, l'analyse comparative révèle qu'au sein du monde de *common law*, comme en dehors de celui-ci, l'obligation de motivation en droit américain présente un vaste champ d'application (I) et donne lieu à un contrôle juridictionnel approfondi (II).

I. Le vaste champ d'application de l'obligation de motivation aux États-Unis

L'ampleur du champ d'application se constate au regard de la soumission au principe de motivation tant des actes individuels pris par les agences au terme d'une procédure d'*adjudication* que des actes réglementaires qu'elles édictent au terme d'une procédure de *rulemaking* (A). La compréhension d'une telle ampleur passe par la mise au jour du soubassement conceptuel de la motivation (B).

A. Le champ d'application couvre les actes individuels issus de l'*adjudication* comme les actes réglementaires issus du *rulemaking*

Globalement, l'obligation de motiver peut être fondée sur la clause constitutionnelle du *due process*³⁵, l'APA, une loi ou un *executive order* présidentiel ou encore un règlement d'agence. Certes, la motivation est, à côté de l'annonce (*notice*) et de l'audience (*hearing*)³⁶ ou de la période des commentaires (*comment period*), l'un des trois éléments du *due process* et sa reconnaissance donne au *due process* américain un contenu plus large que la *natural justice* anglaise³⁷. Mais la Cour suprême a limité³⁸ l'invocation de la clause à l'*adjudication*, qui est la procédure employée pour émettre l'acte individuel. En réalité, le caractère général du champ d'application de la motivation a une source législative. C'est ainsi à la loi générale sur la procédure administrative, l'APA, promulguée en 1946, que l'on doit l'extension de l'obligation de motivation de l'acte individuel découlant de l'*adjudication* au règlement découlant du *rulemaking*. Cependant, l'extension du champ matériel bute sur des limites du champ personnel. En effet, l'APA

ne s'applique qu'aux agences, catégorie dont ne relève pas le président selon la Cour suprême³⁹. Par conséquent, quoique la clause du *due process* reste invocable contre les actes présidentiels relevant de l'*adjudication*, les actes réglementaires du chef d'État ne sont pas soumis à l'obligation de motiver découlant de l'APA⁴⁰. Il reste qu'en termes de droit comparé, l'élargissement du champ d'application permet très clairement de ranger l'APA dans la deuxième génération des textes de procédure administrative⁴¹. À cet égard, c'est en tant que pionniers que les États-Unis entrent dans cette phase de développement et ils conservent une quasi-exclusivité. Cette position s'observe par rapport aux autres pays de *common law* car même en Afrique du Sud la consécration constitutionnelle de 1996 est limitée aux actes individuels. Elle s'observe également à l'échelle mondiale⁴². L'exclusivité des États-Unis est brisée avec la création de l'ensemble multi-niveaux en 1951-1957. L'Union européenne constitue ainsi la seconde illustration de la généralisation de l'obligation de motiver à tous les types d'actes administratifs. Le droit à la motivation peut également trouver sa source dans une loi spéciale. Pour l'*adjudication* comme pour le *rulemaking*, un texte spécifique peut prévoir une procédure particulière de motivation, d'ailleurs parfois là même où l'APA prévoit une exception⁴³.

Certaines des modalités de l'obligation figurent dans des sources administratives. D'une part, les *executive orders* (EO)⁴⁴ qui organisent le contrôle présidentiel de l'édition des règlements dans le cadre de l'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) constituent une source administrative supérieure de l'obligation de motivation. L'analyse d'impact qu'ils imposent aux agences exécutives en ce qui concerne les règlements à impact économique significatif (*economically significant regulations*) comporte en effet une explication du bilan coûts-avantages. D'autre part, les *rules of practice and procedure* adoptées par les agences forment la source administrative inférieure de la motivation. D'ailleurs, les règles procédurales en matière d'*adjudication* relèvent essentiellement de cette catégorie.

La motivation est l'une des manifestations du principe de la transparence qui forme avec le principe de la participation les deux piliers sur lesquels repose la procédure administrative américaine⁴⁵. Le tandem formé par la transparence et la participation imprime une logique

35. Cinquième et quatorzième amendements de la Constitution.

36. Cour suprême des États-Unis, *Londoner v. City and County of Denver*, 210 U.S. 373 (1908).

37. P. R. Verkuil, « Crosscurrents in Anglo-American Administrative Law », p. 701-702.

38. Cour suprême des États-Unis, *Bi-Metallic Investment Co. v. State Bd. of Equalization*, 239 U.S. 441 (1915). Voir *infra* notes 54 et 63.

39. Cour suprême des États-Unis, *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788 (1992).

40. La section 1 de la loi sud-africaine de l'an 2000 (PAJA) exclut expressément les actes de l'exécutif fédéral et des exécutifs infra-fédéraux de son champ d'application.

41. On se réfère à la chronologie ternaire des phases de développement de la procédure administrative proposée par Javier Barnes. La deuxième génération se concentre sur la participation aux décisions réglementaires et, comme la troisième, fait de la motivation une obligation : J. Barnes, « Three Generations of Administrative Procedures », in *Comparative Administrative Law*, S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth, B. Emerson (dir.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 302-317.

42. Voir G. Della Cananea, *Due Process of Law beyond the State: Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 67-68.

43. Ainsi la section 22 de l'Office of Federal Procurement Policy Act, 41 USC 1707 pour le *notice-and-comment* dans le cadre de la commande publique.

44. Notamment, les EO 12 866 de 1993.

45. D. Custos « Caractères essentiels du droit américain de la procédure administrative », in *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, J.-B. Auby (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 47-69.

systemique aux règles procédurales. Le système se déploie avec nuances, en fonction du degré de formalisme retenu pour la procédure de l'acte individuel (*adjudication*) ou pour la procédure de l'acte réglementaire (*rulemaking*). Ainsi, la motivation varie selon qu'il s'agit de procédures formelles, ou de procédures informelles⁴⁶.

1. Obligation de motivation et procédures formelles

La transparence se traduit par une trilogie procédurale dans laquelle s'inscrit la motivation. La motivation est l'élément-justification de la transparence qui se distingue de l'élément-information intervenant en amont et de l'élément-publicité de celle-ci intervenant en aval⁴⁷. Dans le cadre de la procédure formelle⁴⁸ de l'acte individuel ou *formal adjudication*, la motivation s'ajoute à l'annonce (*notice*) et à la participation dans le cadre d'une audience (*hearing*), laquelle est le moment culminant de la procédure. Dans le cadre de la procédure formelle de l'acte réglementaire ou *formal rulemaking*⁴⁹, la motivation s'ajoute à la publication du projet de règlement (*notice*) et à la participation dans le cadre d'une audience.

2. Obligation de motivation et procédures informelles

L'*informal adjudication*, qui est le plus fréquent des modes d'action utilisés par les agences⁵⁰, n'est expressément couverte par l'APA qu'en ce qui concerne les décisions négatives⁵¹. Seule la décision de rejet doit être motivée si elle ne confirme pas un refus précédent ou si les raisons du rejet ne coulent pas de source (*self-explanatory*). La motivation consiste alors en une brève explication des raisons de l'acte individuel. Par ailleurs, la *due process clause* régit cette procédure de manière générale. Il en découle un minimum d'exigence procédurale qui comprend l'annonce et le droit d'être entendu⁵², mais n'inclut pas en principe la motivation.

Dans le cadre de l'*informal rulemaking*⁵³ ou procédure dite du *notice-and-comment*, la motivation s'ajoute à la publication du projet de règlement (*notice*) et à la participation sous forme de commentaires. L'APA la définit comme « *a concise general statement of [the rules'] basis and purpose* », une présentation générale et concise des raisons et des buts de l'acte réglementaire. Ce faisant, l'APA innove car, dès 1915⁵⁴ et de nouveau en 1935⁵⁵, la Cour suprême avait unanimement écarté l'application de l'obligation de motivation de l'action réglementaire, en l'absence d'une disposition législative imposant une telle exigence. Dans les années 1960 et 1970, la jurisprudence a considérablement renforcé cette exigence textuelle⁵⁶.

L'extension de la motivation à la matière réglementaire contenue dans l'APA comporte néanmoins des limites. En effet, les exceptions⁵⁷ à l'usage de la procédure de *notice-and-comment* concernent la motivation. D'abord, certaines matières de réglementation sont purement et simplement exclues : affaires militaires ou étrangères, gestion du personnel ou du domaine de l'agence, actes relatifs au domaine public, aux prêts, aides, allocations sociales, et contrats publics⁵⁸. Ensuite, les exceptions peuvent découler de la distinction entre *legislative rules* (actes de droit dur) et *non-legislative rules* (actes de droit souple). Ainsi, les règlements relatifs à l'organisation, à la procédure des agences, ainsi que ceux qui interprètent le droit existant, ne sont pas soumis à ladite obligation. Enfin, le critère de la *good cause* ou bonne raison peut permettre d'écarter la règle⁵⁹. Néanmoins, l'invocation de la *good cause* permettant d'écarter la motivation du règlement en question⁶⁰ doit elle-même être motivée. À ce titre, l'agence doit brièvement exprimer les raisons pour lesquelles l'observation de ces garanties procédurales est « impraticable, futile ou contraire à l'intérêt public »⁶¹.

Les agences peuvent lever les exceptions, soit ponctuellement soit dans le cadre d'une règle générale⁶². Elles font souvent usage de cette faculté. Du fait de telles

46. « Informelles » ne doit pas être compris comme une absence de formalisme mais comme un degré moindre d'exigence procédurale.

47. L'élément-publicité sera sous-entendu dans les développements qui suivent.

48. 5 USC 553(c), 554, 556 et 557.

49. Par exemple, le contrôle des prix ou *ratemaking*.

50. Voir A. C. Aman, « Informal Agency Actions and US Administrative Law – Informal Procedure in a Global Era », 42 *American Journal of Comparative Law* (supp.), 665 (1994).

51. 5 USC 555(e). Il est à noter que la disposition a pu être présentée comme intéressant le refus d'honorer une demande tendant à l'édiction ou à la modification d'un règlement : Arthur E. Bonfield, « Public Participation in Federal Rulemaking Relating to Public Property, Loans, Grants, Benefits, or Contracts », 118 *University of Pennsylvania Law Review* 540, 548 (1969-1970).

52. Cour suprême des États-Unis, *Cleveland Board of Education v. Loudermill*, 470 U.S. 532, 546 (1985).

53. 5 USC 553.

54. Cour suprême des États-Unis, *Bi-Metallic Investment Co. v. State Bd. of Equalization*, 239 U.S. 441 (1915).

55. Cour suprême des États-Unis, *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 276 U.S. 176, 185 (1935).

56. Voir *infra* II.

57. 5 USC 553.

58. En 1969, l'organe consultatif, Administrative Conference of the United States, a recommandé au Congrès la suppression de cette série d'exceptions. Pour une analyse critique de l'exclusion des cinq derniers domaines, voir Arthur E. Bonfield, « Public Participation in Federal Rulemaking... ».

59. La *good cause* peut correspondre à une urgence, à des hypothèses où l'annonce aurait des effets improductifs, ou à celles dans lesquelles le législateur entend autoriser une dérogation.

60. Ainsi que la publication du projet de règlement et l'ouverture d'une période de commentaires.

61. 5 USC 553(b) (B).

62. En 1971, le United States Department of Agriculture (USDA) a ainsi retenu un champ d'application de la *notice-and-comment* plus large que celui imposé par l'APA : *Statement of Policy* intitulé « Public Participation in Rule Making », *Federal Register*, 24 juillet 1971 (36 FR 13804). Cependant, en 2013, ce ministère a abrogé l'extension automatique de la motivation aux actes relatifs à la propriété publique, aux prêts, aides, allocations

politiques procédurales, le champ réel des exceptions à l'obligation de motivation des actes de portée générale peut s'avérer plus restreint et plus varié que ce qu'autorise le régime législatif proprement dit. Les contours du vaste champ d'application de la motivation étant esquissés, il convient maintenant de noter la conception sous-jacente.

B. Le soubassement conceptuel du vaste champ d'application de la motivation

L'importance conceptuelle de la motivation dans la procédure administrative américaine est perceptible à plusieurs égards. La motivation à l'américaine est tout particulièrement symbolique d'une conception unitaire et rationaliste de la procédure administrative. Du rationalisme sous-jacent découlent au moins quatre fonctions pour la motivation.

1. Conception unitaire de la procédure administrative

En premier lieu, le large champ d'application de la motivation est signe d'une conception unitaire de la procédure administrative. Elle est unitaire parce qu'elle transcende la division traditionnelle entre la forme individuelle (*adjudication*) et la forme réglementaire (*rulemaking*) de l'action des agences. À compter de 1946, l'approche binaire⁶³ appliquant des valeurs procédurales distinctes à l'*adjudication* et au *rulemaking* est dépassée. Ainsi en 1978, Paul R. Verkuil fait le constat d'une procédure administrative offrant trois degrés d'exigence (supérieur, intermédiaire et minimal), qu'il s'agisse de l'élaboration de l'acte individuel ou de celle de l'acte réglementaire⁶⁴. De l'analyse de la jurisprudence, de l'APA, des lois spéciales, des règles procédurales des agences, et de la clause du *due process*⁶⁵, il déduit que l'annonce et la motivation constituent précisément les ingrédients de base dont la suppression doit être justifiée au contentieux⁶⁶. Un tel modèle, explique-t-il, « rejette l'usage de la distinction *rulemaking-adjudication* comme

moyen de détermination de la procédure applicable »⁶⁷. Par conséquent, le caractère étendu du champ d'application de la motivation reflète une diffusion globale, par opposition à une diffusion segmentée, des valeurs irriguant la procédure administrative des États-Unis. En l'occurrence, la valeur, ou loi, est la transparence et se traduit par la reconnaissance d'un droit fondamental à la motivation des actes des agences, lesquelles doivent s'acquitter d'une obligation proactive.

2. Conception rationaliste de la procédure administrative

En second lieu, ce vaste champ d'application témoigne de l'importance du rationalisme⁶⁸ dans la procédure administrative américaine. La motivation est une garantie de la rationalité d'un processus décisionnel mené par une agence experte et attentive aux observations de la destinataire désignée ou du public dans son ensemble. La technocratie doit démontrer à la destinataire, au public et à la juridiction que sa décision est rationnelle. Précisément, la motivation est au cœur de cette démonstration. Elle établit la liaison logique entre le dossier (*record*)⁶⁹ et le dispositif de l'acte⁷⁰. Le dossier comporte les données accumulées au cours de la procédure et nourrissant le contenu de l'acte et la motivation y est intégrée. Il existe ainsi un lien conceptuel⁷¹ entre la promotion de la rationalité, la motivation comme explicitation de cette dernière et le dossier en tant que document de référence pour la vérification de la rationalité de l'action administrative.

L'approche rationaliste apporte donc un éclairage sur les traits du modèle américain. Elle explique pourquoi la motivation couvre également l'acte réglementaire, pourquoi elle est un élément du *record*, pourquoi en matière d'acte individuel elle ne dépend pas de la demande de la personne intéressée⁷².

Ce modèle rationaliste est concurrencé. En effet, depuis les années 2000, certains membres de la Cour⁷³ et de la doctrine⁷⁴ appellent de leurs vœux une évolution visant à substituer, au moins partiellement, une

sociales et contrats publics. Désormais, cette extension est facultative (Federal Register, 28 octobre 2013 (78 FR 64196)). En 1978, Paul R. Verkuil mentionne que la Nuclear Regulatory Commission applique la *formal adjudication* (qui comporte une obligation de motivation) de l'APA à l'octroi initial de licences d'exploitation alors que celui-ci ne l'exige que pour le refus et le retrait; et que la Federal Communication Commission soumet les Children Television Policy Statements (qui relèvent en principe du droit souple – *non-legislative rules* ou *guidance documents*) à une procédure proche de la *notice-and-comment* comportant également une obligation de motivation (P. R. Verkuil, « The Emerging Concept of Administrative Procedure », 78 *Columbia Law Review* 258 (1978)).

63. Telle qu'exprimée par *Bi-Metallic Investment Co. v. State Bd. of Equalization* (1915).

64. P. R. Verkuil, « The Emerging Concept... ».

65. La motivation est l'un des dix ingrédients du *due process* de la jurisprudence *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

66. P. R. Verkuil, « The Emerging Concept... », p. 303-304.

67. *Ibid.*, p. 304.

68. Sur le modèle rationaliste, voir S. A. Shapiro, R. E. Levy, « Heightened Scrutiny of the Fourth Branch: Separation of Powers and the Requirement of Adequate Reasons for Agency Decisions », 36 *Duke Law Journal* 387, 410 (1987).

69. Voir *infra* II.A.2.

70. Cour suprême des États-Unis, *Motor Vehicle Manufacturers Association of the US v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983).

71. P. Cane, *Controlling Administrative Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, chap. VII, p. 238-268.

72. *Ibid.*, p. 249.

73. Cour suprême des États-Unis, *FCC v. Fox Television Stations, Inc.*, 556 U.S. 502 (2009).

74. N. A. Mendelson, « Disclosing "Political" Oversight of Agency Decision Making », 108 *Michigan Law Review* 1127, 1130 (2010); K. A. Watts, « Proposing a Place for Politics in Arbitrary and Capricious Review », 119 *Yale Law Journal* 2, 8 (2009).

conception dite « politique »⁷⁵ à la conception rationaliste. Cette nouvelle conception, qui s'inscrit dans le prolongement de la théorie de l'administration présidentielle⁷⁶ et de celle de l'exécutif unitaire⁷⁷, est plus exactement présidentialisée. Sous cet angle, la motivation mettrait en avant la fidélité aux préférences du président au lieu d'être seulement une expression de l'expertise, des directives législatives et de la nature participative du processus décisionnel.

3. Les fonctions de la motivation

Toujours est-il que le modèle rationaliste assigne plusieurs fonctions à la motivation⁷⁸. Tout d'abord, celle-ci est une garantie de redevabilité (*accountability*) et de juridicité de l'action administrative. Elle fournit aux personnes directement impliquées, au public et aux tribunaux les moyens de faire rendre des comptes aux agences. Elle rend effective la contestation contentieuse et le contrôle juridictionnel des actes de l'administration.

À cette fonction de protection de l'État de droit, s'ajoute une fonction d'amélioration du processus décisionnel. L'obligation de motiver qui impose une discipline de la délibération au décideur assure la qualité de chaque décision⁷⁹. Notamment, elle force les agences à mettre en balance le pour et le contre. Elle décourage les préjugés et l'intérêt personnel. Elle encourage la recherche d'une cohérence des décisions dans le temps et induit une pratique du précédent administratif.

La troisième fonction tend à l'instauration d'une administration humaniste, soucieuse de la dignité de la personne humaine. L'exercice de l'autorité sans justification dénote un manque d'humanisme⁸⁰. Il constitue un affront à la dignité de la personne humaine⁸¹. L'effort de justification auquel l'obligation de motiver astreint les agences est un hommage à l'autonomie de la volonté des destinataires de l'action administrative. Le traitement à leur juste valeur humaine de ces derniers est une fin

intrinsèque de la procédure⁸². Il s'ensuit que la motivation en tant que manifestation de la rationalité et de la transparence est érigée en droit fondamental dans le cadre de la procédure administrative. Jerry L. Mashaw oppose ainsi cette théorie de la procédure administrative fondée sur le respect de la dignité de la personne humaine aux approches positiviste, utilitariste et instrumentale⁸³. La motivation n'est pas simplement l'une des valeurs humanistes du constitutionnalisme libéral qui, comme l'égalité⁸⁴, la participation⁸⁵ et le droit à la vie privée⁸⁶, doivent être reflétées dans la procédure administrative. Au bas mot, elle est le mécanisme central de légitimation de l'État administratif⁸⁷ car « la trajectoire du droit administratif américain s'avère être celle de la soumission progressive du pouvoir à la raison »⁸⁸.

En effet, la théorie de la démocratie délibérative et du républicanisme civique fait de la motivation un instrument de légitimation de l'État administratif⁸⁹. Le travail d'expression des motifs de l'action nourrit un dialogue entre les agences et les citoyens. Cette culture de la délibération est propice à l'adoption de décisions consensuelles. Quand bien même le consensus n'est pas atteint, le devoir de la transparence sur les motifs, en liaison avec la pratique du précédent administratif, contraint l'administration à s'exercer à la rationalité. Or, cet exercice est intrinsèquement porteur de légitimation. Il demeure par ailleurs que la qualité de cet exercice sera fréquemment déterminée au contentieux, compte tenu de la prégnance litigieuse de la culture américaine.

II. Le contrôle juridictionnel approfondi (*hard look*) de l'obligation de motivation

L'obligation de la motivation est un vecteur clé de la structuration de la relation juge-agences aux États-Unis. C'est à travers la vérification de son observation que le contrôle juridictionnel déférentiel des motifs s'est mué

75. J. L. Short, « The Political Turn in American Administrative Law: Power, Rationality, and Reasons », 61 *Duke Law Journal* 1813 (2012).

76. E. Kagan, « Presidential Administration », 114 *Harvard Law Review* 2245 (2001).

77. Introduite par le juge Scalia : Cour suprême des États-Unis, *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 705 (1988). Développée par : S. G. Calabresi, S. B. Prakash, « The President's Power to Execute the Laws », *Yale Law Journal*, vol. 104, n° 3, 1994, p. 541-665 ; S. G. Calabresi, C. Yoo, *The Unitary Executive: Presidential Power from Washington to Bush*, New Haven – Londres, Yale University Press, 2008. Voir D. Custos, « Théorie de l'exécutif unitaire et contrôle présidentiel des agences indépendantes aux États-Unis », *Revue française d'administration publique*, n° 170, 2019, p. 327-344.

78. J. L. Short, « The Political Turn... », p. 1820 sq.

79. M. Shapiro, « The Giving Reasons Requirement », *University of Chicago Legal Forum* 179, 180 (1992).

80. J. L. Mashaw, « Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance », 76 *George Washington Law Review* 99, 103 (2007).

81. J. L. Mashaw, « Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory », 61 *Boston University Law Review* 885, 901-902 (1981).

82. J. L. Mashaw, « Small Things Like Reasons Are Put in a Jar: Reason and Legitimacy in the Administrative State », 70 *Fordham Law Review* 17, 18 (2001).

83. J. L. Mashaw, « Administrative Due Process... », p. 899, 906.

84. *Ibid.*, p. 899-902.

85. *Ibid.*, p. 902-904.

86. *Ibid.*, p. 904-905.

87. J. L. Mashaw, *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy: How Administrative Law Supports Democratic Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

88. J. L. Mashaw, « Small Things Like Reasons Are Put in a Jar... », p. 25.

89. L. S. Bressman, « Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State », 78 *New York University Law Review* 461, 474 (2003) ; M. Seidenfeld, « A Civic-Republican Justification for the Bureaucratic State », 105 *Harvard Law Review* 1511, 1514 (1992) ; G. Staszewski, « Reason-Giving and Accountability », 93 *Minnesota Law Review* 1253, 1280, 1282 (2009).

en un contrôle approfondi, dit *hard look*⁹⁰, lequel tranche avec la déférence accordée aux interprétations du droit avancées par les agences depuis l'arrêt *Chevron*⁹¹ (A). Une telle évolution symbolise une novation dont les effets pervers suscitent de fortes critiques et compromettent l'attractivité du modèle américain de la motivation (B).

A. Du contrôle déférentiel au contrôle approfondi des procédures informelles

Le *hard look* est introduit pour la première fois en 1970 par la Cour d'appel fédérale de Washington DC dans l'arrêt *Greater Boston Television Corp. v. FCC*⁹². Très exactement, la paternité en revient au juge Harold Leventhal qui parle alors de contrôle vigilant (« *with vigilance* ») visant à s'assurer que l'agence a porté un regard attentif ou « *hard look* » sur les principales questions posées⁹³. Par la suite, l'expression *hard look (review)* a été utilisée en référence au contrôle juridictionnel proprement dit et pour signifier le caractère approfondi de ce dernier. Mais, avant le tournant pris dans les années 1970, le contrôle était déférentiel.

1. Contrôle déférentiel initial

La déférence de principe observée pendant les vingt-cinq premières années d'application de l'APA présentait une certaine nuance selon le type de procédure en cause. S'agissant d'une procédure formelle, que l'APA qualifie de « *on-the-record* », l'acte individuel ou réglementaire sur lequel elle débouche devait être motivé sur la seule base du dossier constitué (*record*). À ce titre, la règle de la motivation contemporaine (à la prise de la décision) dégagée avant l'APA, dans l'affaire *Chenery I*⁹⁴, était appliquée. Cette exigence est toujours valable et vaut corrélativement interdiction de compléments ultérieurs de motivation. En revanche, s'agissant d'un *informal rulemaking*, la Cour ne pouvait exiger que l'acte réglementaire en résultant s'appuyât sur un dossier puisque la lettre de l'APA ne prévoit pas la constitution de ce dernier. En effet, la section 556 (e) de l'APA limite la notion de *record* ou dossier aux procédures formelles de type quasi juridictionnel.

Néanmoins, cette différence textuelle n'avait pas une portée significative sur le degré de contrôle car, globalement, seule l'irrationalité manifeste était sanctionnée. Dans le cas de la procédure formelle, l'acte était validé dès lors qu'il pouvait être justifié sur la base des données du *record* ou dossier⁹⁵ dans lequel les motifs de fait et de droit et la transcription de l'audience sont consignés. Le standard dit *substantial evidence*⁹⁶ ou standard de la preuve substantielle était alors considéré comme satisfait au vu du moindre élément de justification trouvé dans le *record* ou dossier. Dans le cas de la procédure réglementaire informelle, pour laquelle le texte de l'APA n'oblige pas les agences à constituer un *record* ou dossier, il suffisait que l'agence démontrât un lien, même minime, entre le but de la loi et le contenu de l'acte attaqué pour qu'il fût validé⁹⁷. En conséquence, pendant cette période, l'on dénombrait peu d'annulations de règlement pour cause d'« arbitraire et [de] caprice » (« *arbitrary and capricious standard* »)⁹⁸, le standard applicable en matière informelle.

2. Contrôle approfondi ultérieur

Le renforcement du contrôle juridictionnel des faits et de la politique réglementaire que symbolise le *hard look* correspond à une adaptation dudit contrôle à une mutation des pratiques administratives⁹⁹. Dans les années 1960 et 1970, les agences délaissent la *formal rulemaking* pour l'*informal rulemaking* dans le cadre duquel l'APA n'impose pas la production d'un *record* ou dossier. Pour la confection informelle de la réglementation, l'invention du *hard look* est synonyme de l'imposition jurisprudentielle d'un *record*, lequel fournit un support à l'examen contentieux de la motivation.

Dans l'arrêt *Overton Park* de 1971¹⁰⁰, la Cour suprême reprend à son compte l'approche du *hard look* inaugurée par la Cour d'appel fédérale du circuit de Washington DC en 1970 dans l'affaire *Greater Boston Television Corp. v. FCC* qui était relative à une procédure formelle d'attribution de licence d'exploitation. Mais, c'est dans le cadre d'un contentieux portant sur un *informal rulemaking*, que la Cour suprême explique que, malgré la présomption de licéité dont jouit l'action administrative¹⁰¹, celle-ci doit

90. Le *hard look* concerne les questions factuelles et de politique réglementaire, *questions of fact and policy*.

91. Cour suprême des États-Unis, *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). La déférence Chevron concerne les questions de droit, *questions of law*.

92. Cour d'appel fédérale du circuit de Washington DC, *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F.2d 841 (DC Cir. 1970) *certiorari denied*, 403 U.S. 923 (1971).

93. *Ibid.*, 851.

94. Cour suprême des États-Unis, *SEC v. Chenery I*, 318 U.S. 80, 95 (1943) : à propos d'une *formal adjudication*.

95. Cour suprême des États-Unis, *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176, 182 (1935).

96. 5 USC 706.

97. A. C. Aman, W. T. Mayton, *Administrative Law*, 2^e éd., Eagan, West Publishing Company, 2001, p. 519-529 ; S. Breyer, R. Stewart, C. Sunstein, M. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy*, 5^e éd., New York, Aspen Law & Business, 2002, p. 415 ; P. Craig, « Law, Facts and Discretion in UK, EU, USA », 2018, p. 19, en ligne : http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul_craig.pdf.

98. M. Shapiro, « Codification of Administrative Law: The US and the Union », 2 *European Law Journal* 26, 28 (1996).

99. P. Cane, *Controlling Administrative Power*, p. 243.

100. Cour suprême des États-Unis, *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 407-420 (1971) : sanction de l'insuffisance de motivation de la décision prise par le ministre des Transports et autorisant l'utilisation de fonds fédéraux en vue de la construction d'une autoroute nationale devant traverser un parc public dans la ville de Memphis.

101. *Ibid.*, 415.

faire l'objet d'« un examen substantiel »¹⁰², « d'un passage en revue complet, fouillé, en profondeur »¹⁰³. En d'autres termes, tout en se défendant de substituer son appréciation à celle des juges¹⁰⁴, la Cour suprême non seulement consacre le *hard look* au niveau fédéral, mais encore, double la consécration d'une généralisation. En effet, elle étend le type de contrôle des procédures formelles de l'acte individuel ou réglementaire à la procédure réglementaire informelle. Ce faisant, elle généralise un mode de contrôle juridictionnel de l'acte administratif qui se focalise sur l'analyse du *record* ou dossier. Transmis à la juridiction, le *record* sert de base à son contrôle de la motivation.

Précisément, la décision *Overton Park* marque le premier temps de la maturation d'un mouvement jurisprudentiel qui commence vers la moitié des années 1960¹⁰⁵. Au mépris de la lettre de l'APA¹⁰⁶, la Cour élargit le champ d'application de la notion de *record* à l'*informal rulemaking*¹⁰⁷. La règle de la motivation étayée sur le *record* ou dossier et l'interdiction de motivation postérieure dont elle est assortie¹⁰⁸ deviennent applicables à l'*informal rulemaking*. En matière informelle, le *record* comprend toutes les données juridiques, factuelles, analytiques et générées par les commentaires que l'agence a considérées en prenant sa décision¹⁰⁹. À la notion législative de *record* issue de l'APA et concernant les procédures formelles, s'ajoute la notion jurisprudentielle de *record* introduite par de la jurisprudence et portant sur l'*informal rulemaking*. Mais le contenu exact de la seconde notion n'a toujours pas été fixé et la pratique varie d'une agence à l'autre¹¹⁰.

Dans la lignée de l'arrêt *Overton Park*, dans l'arrêt *State Farm*¹¹¹ qui traite également d'un *informal rulemaking*¹¹², la Cour synthétise l'évolution en établissant la liaison entre, d'une part, le *record* ou dossier, d'autre part, la motivation et, enfin, le contrôle de la procédure réglementaire informelle. Pour éviter que l'acte ne soit considéré comme dénotant « arbitraire et caprice »¹¹³, la motivation fournie par l'agence doit consister en une « explication satisfaisante »¹¹⁴ de la décision au vu « des données pertinentes »¹¹⁵ ou « facteurs pertinents »¹¹⁶ figurant dans le dossier. La validation contentieuse de l'acte

au titre du contrôle de l'arbitraire et du caprice dépend donc du caractère rationnel de la présentation par l'agence des motifs de son contenu. En conséquence, la motivation devient un exercice central de rationalisation dans sa confection. L'agence doit s'efforcer de démontrer qu'elle a employé un processus raisonné pour parvenir à sa décision. Elle doit exprimer les raisons, rassembler les preuves et autres éléments de justification, analyser et expliquer pourquoi elle écarte les données allant à contre-courant de ses conclusions, examiner et expliquer pourquoi elle rejette les solutions alternatives.

La motivation non satisfaisante ou le défaut de motivation tient non seulement de l'erreur dans les motifs de droit¹¹⁷, mais encore

[...] de l'usage de facteurs exclus par la loi, de la non-prise en compte d'un aspect important du problème, d'une explication contredisant les éléments du *record*¹¹⁸, d'une explication si peu plausible qu'elle ne peut être attribuée à une différence d'opinion ou à l'expertise de l'agence¹¹⁹.

En définitive, l'assimilation du traitement contentieux de la motivation de l'*informal rulemaking* à celui des procédures formelles contribue à brouiller la distinction instaurée par l'APA entre le contrôle dit de *substantial evidence* et celui visant à sanctionner l'acte considéré *arbitrary and capricious*. Ainsi, par le truchement du contrôle de la motivation, l'*arbitrary and capricious* peut être converti aux rigueurs du *substantial evidence*. C'est dire que l'adoption du *hard look* a une profonde signification quant à la nature de la motivation. En outre, ces effets pervers compromettent l'exportabilité du modèle américain.

B. La signification et les effets pervers du *hard look review*

Le dédoublement de la notion de *record* en un volet formel et un volet informel se situe au cœur même du *hard look* car il a eu une portée considérable sur la teneur du contrôle juridictionnel de la motivation. Une véritable

102. *Ibid.*

103. *Ibid.*

104. *Ibid.*

105. M. Shapiro, « The Giving Reasons Requirement », p. 185.

106. 5 USC 553 et 556.

107. M. Shapiro, « The Giving Reasons Requirement », p. 185.

108. Cour suprême des États-Unis, *SEC v. Chenery I.*

109. Cour suprême des États-Unis, *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 419-420.

110. L. E. Beck, *Agency Practices and Judicial Review of Administrative Records in Informal Rulemaking*, Report to the Administrative Conference of the United States, 14 mai 2013, p. 9.

111. Cour suprême des États-Unis, *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 49-50 (1983) : sanction de l'insuffisance de motivation de la décision prise par le ministre des Transports retirant l'imposition de la ceinture et du coussin de sécurité.

112. En l'occurrence, la loi spéciale applicable prévoyait expressément la constitution d'un *record* : Cour suprême des États-Unis, *Motor Vehicle Manufacturers Association...*, 43-44.

113. 5 USC 706.

114. Cour suprême des États-Unis, *Motor Vehicle Manufacturers Association...*, 43.

115. *Ibid.*, 30.

116. *Ibid.*, 31.

117. Comme dans *SEC v. Chenery I.*

118. Par exemple, le caractère insuffisant ou erroné des faits avancés.

119. Cour suprême des États-Unis, *Motor Vehicle Manufacturers Association...*, 43.

novation s'est opérée puisque la motivation, initialement simple exigence procédurale, s'est muée en une exigence matérielle draconienne¹²⁰. Cette novation distingue la conception américaine de la motivation puisque, habituellement, la motivation se confine à une dimension procédurale¹²¹. La singularité est perceptible aussi bien au sein de la famille de *common law* (notamment la conception anglo-australienne¹²²) que par rapport à la famille de droit romano-germanique.

1. La novation : de l'exigence procédurale à l'exigence substantielle

La novation comporte trois aspects et restructure la relation agences-juridictions. D'une part, une fois que la notion de *record* est introduite en matière d'*informal rulemaking*, la motivation passe du statut de moyen d'information du public¹²³ à celui d'instrument de contrôle juridictionnel¹²⁴. La décision qui ne présente ni « arbitraire », ni « caprice » est devenue celle qui est motivée de façon adéquate. L'adéquation s'apprécie par la qualité du raisonnement explicite et la solidité des données invoquées au soutien de la solution retenue. Le contrôle juridictionnel ne vise pas seulement à s'assurer que les motifs ont été exprimés mais que la motivation est adéquate. Le contrôle de l'adéquation de la motivation est celui par lequel la redevabilité (*accountability*) des agences est garantie. La motivation est hissée au rang d'instrument suprême de leur soumission au droit.

D'autre part, l'extension de la notion de *record* à la procédure réglementaire informelle transforme la motivation en moyen de vérification de l'effectivité de la participation du public¹²⁵. En motivant sa décision, l'agence doit expliquer le sort qu'elle a réservé aux arguments et solutions alternatives majeurs exprimés dans les commentaires. Transparence et participation entretiennent en effet une relation systémique dans la procédure administrative américaine¹²⁶. En tant qu'expression de la transparence, la motivation doit témoigner de la dimension dialogique, délibérative de la confection de l'acte réglementaire.

Enfin, c'est au *record* de l'*informal rulemaking* que la juridiction de contrôle se réfère pour assurer le respect de l'obligation d'analyse d'impact¹²⁷. En motivant l'acte, l'agence doit expliquer comment elle a pesé le pour et le

contre de chacune des solutions possibles dégagées dans le cadre de ladite analyse. Avec l'obligation analytique, le champ discursif de la motivation s'élargit puisqu'il s'agit non seulement de traiter les objections des participants à la consultation du public, mais de justifier en termes de coûts-avantages sa solution par rapport aux autres solutions. La motivation tend ainsi à prouver que la meilleure décision possible a été prise¹²⁸. La jurisprudence de la Cour Roberts au début du XXI^e siècle accentue le poids de cette exigence qualitative. Ainsi en 2015, la Cour suprême a qualifié le coût¹²⁹ de la réglementation pour les entités régulées de « facteur pertinent » à considérer pour raisonnablement déterminer l'opportunité même d'une réglementation¹³⁰. Formellement, il ne s'agit que de s'assurer qu'un processus raisonné a bel et bien été suivi. Mais en se plongeant dans l'examen du *record* et en le confrontant à la motivation fournie pour ce faire, la juridiction touche à la substance. Il ne s'agit plus simplement de savoir si la décision est motivée mais il s'agit également de savoir si la bonne décision, la décision rationnelle a été prise. En reprenant le vocabulaire du droit français, l'on dirait qu'un glissement s'est produit, du contrôle de légalité externe portant sur la motivation au contrôle de légalité interne portant sur les motifs. La novation est donc de l'ordre de l'implicite.

La mutation qui affecte la motivation traduit la mutation du contrôle juridictionnel. Grâce à l'accès aux faits consignés dans le dossier transmis à la juridiction, l'examen de la procédure devient examen du fond¹³¹. Il en résulte que la motivation est une marque de la montée en puissance du pouvoir judiciaire, de son passage de la qualité d'acteur passif à celle de pouvoir institutionnel majeur au sein de l'État régulateur¹³². La mutation est appréciée de façon contrastée au regard de la séparation des pouvoirs. L'appréciation judiciaire s'appuie sur une déclaration de principe de non-empiétement sur l'expertise des agences. C'est en ce sens qu'en concluant au défaut ou à l'insuffisance de la motivation, la juridiction retourne le dossier à l'agence. Par le renvoi, la juridiction signifie qu'elle n'entend pas substituer son appréciation à celle de l'agence qui est libre de reformuler la motivation ou le dispositif de l'acte¹³³. Elle vante les mérites d'« une fructueuse collaboration entre agences administratives et juridictions de contrôle »¹³⁴ ou ceux d'un partenariat entre juges et agences au service de

120. M. Shapiro, « The Giving Reasons Requirement », p. 186.

121. La Belgique et les Pays-Bas se rangent, à côté des États-Unis, dans la catégorie de la motivation à dimension substantielle.

122. P. Cane, *Controlling Administrative Power*, p. 248.

123. À ce titre, l'agence éclaire le public sur les bases factuelles et juridiques de l'acte et l'aide à comprendre le sens des règles ainsi qu'à déterminer l'opportunité d'une saisine juridictionnelle.

124. P. Cane, *Controlling Administrative Power*, p. 248.

125. *Ibid.*

126. D. Custos, « Caractères essentiels... ».

127. M. Shapiro, « The Giving Reasons Requirement », p. 185.

128. *Ibid.*, p. 187.

129. Le coût correspond à tout inconvénient indique la Cour.

130. Cour suprême des États-Unis, *Michigan v. EPA*, 135 S. Ct. 2699 (2015), 576 U.S. (2015).

131. M. Shapiro, « The Giving Reasons Requirement », p. 187.

132. G. Goberg, *Pluralism by Design, Environmental Policy and the Administrative State*, Westport, Greenwood Publishing group, 1992, p. 53.

133. Concernant l'*adjudication*, voir l'opinion majoritaire de la Cour dans *SEC v. Chenery I*. Concernant le *rulemaking*, voir H. Leventhal, « Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts », 122 *University of Pennsylvania Law Review* 509, 555 (1974).

134. Cour d'appel fédérale du circuit de Washington DC, *Environment Defense Fund v. Ruckelshaus*, 439 F.2d 584 (DC Cir. 1971) : juge Bazelon.

l'intérêt public¹³⁵. En l'occurrence, un peu comme pour le Conseil d'État français, la figure magnifiée est celle du juge d'exigence et de soutien à l'égard de l'administration. Néanmoins, la délimitation des pourtours du contrôle de la motivation des décisions scientifiques et technologiques complexes a déclenché une controverse célèbre entre le juge Leventhal partisan du *hard look* ordinaire et le juge Bazelon prônant de la retenue dans de telles hypothèses¹³⁶.

Chez certains membres de la doctrine, l'appréciation est plutôt celle du constat d'une usurpation. Ainsi, selon Martin Shapiro¹³⁷, la novation qui a affecté la motivation masque en fait la substitution du juge dans l'exercice de la compétence discrétionnaire. Officiellement, le contrôle se place sur le terrain procédural et seule l'inadéquation de l'explication des motifs est sanctionnée. En vérité, le renvoi à l'agence pour réexamen cache un rejet quant au fond et vaut sanction de l'illégalité interne. Sous couvert d'examen de la qualité discursive du processus décisionnel, la juridiction est à la recherche d'un contenu reflétant ses propres préférences. Ici, c'est le juge-usurpateur avançant en catimini qui est dénoncé. Au constat de la novation subie par la motivation s'ajoute celui des effets pervers produits par le *hard look review*, source de ladite novation.

2. Effets pervers du *hard look review* et attractivité du modèle

Dans la mesure où la motivation ne tend plus seulement à informer le public mais principalement à garantir la validation contentieuse, la présentation des règlements a considérablement changé. La taille de l'exposé des motifs accuse un déséquilibre par rapport à celle du dispositif proprement dit de l'acte.

« L'exposé général et concis des motifs » prévu par l'APA est devenu un « préambule » (*preamble*) détaillé. Ce dernier comporte non seulement les motifs de fait et de droit prévus par l'APA, mais encore les réponses de l'agence aux commentaires résultant de la consultation publique et au bilan coûts-avantages. Comme le dispositif, le préambule figure dans le Federal Register (FR), mais il n'est pas inclus lorsque le règlement est inséré dans le Code of Federal Regulations (CFR)¹³⁸. Il reste que le

préambule est un élément clé du *record* ou dossier transmis à la juridiction en cas de contentieux. Sa rédaction est particulièrement soignée par l'agence pour convaincre la juridiction car c'est lui que la juridiction scrutera pour déterminer l'adéquation de la motivation et détecter l'arbitraire et le caprice.

En outre, la règle de la motivation contemporaine à l'édition de l'acte¹³⁹ oblige l'agence à anticiper les objections contentieuses. Pour se prémunir contre le contrôle juridictionnel approfondi et prévenir une annulation contentieuse, l'agence déploie des efforts « herculéens »¹⁴⁰ afin de fournir des explications argumentées très détaillées de ses règlements¹⁴¹. Elle tend à se justifier de façon excessive pour parer aux objections susceptibles d'être soulevées au contentieux. Malgré la présomption de juridicité dont jouit en principe l'action administrative, la force du contrôle amène l'agence à minutieusement et préalablement démontrer le caractère rationnel de sa décision. Il lui incombe d'énumérer des raisons qu'elle avance, d'en fournir des preuves, de considérer, analyser et rejeter les solutions contraires à son choix sur la base des preuves disponibles¹⁴².

Le *hard look* et l'interdiction d'apporter des compléments postérieurs transforment l'expression générale et concise en des explications épousant la longueur d'un ouvrage¹⁴³. Les dispositions proprement dites du règlement tiennent sur cinq à six pages précédées par une cinquantaine de pages, voire plus, de motifs, y compris les réponses à certains commentaires¹⁴⁴. La préparation du préambule d'un règlement est par conséquent une activité singulièrement chronophage et consommatrice de ressources humaines et financières. La doctrine américaine¹⁴⁵ analyse la lourdeur procédurale associée à la démesure de l'exposé des motifs générée par l'examen pénétrant des juridictions comme une source d'ossification du droit administratif. Certains appellent de leurs vœux l'abandon de l'absolutisme de la règle de la motivation préalable pour alléger le processus¹⁴⁶. D'autres contestent que la lourdeur procédurale se traduise par un ralentissement de la production réglementaire¹⁴⁷.

Il est certain que les effets pervers majoritairement reconnus en matière réglementaire n'encouragent pas

135. H. Leventhal, « Environmental Decisionmaking... », p. 132.

136. Cour d'appel fédérale du circuit de Washington DC, *Portland Cement Association v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375 (DC Cir. 1973); *Ethyl Corp. v. EPA*, 341 F.2d 1.68 (DC Cir. 1995).

137. M. Shapiro, « The Giving Reasons Requirement », p. 187.

138. Les projets de règlement, y compris le délai d'envoi des commentaires sont publiés dans le FR. Les règlements sont promulgués dans le CFR.

139. Cour suprême des États-Unis, *SEC v. Chenery I.*

140. T. O. McGarity, « Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process », 41 *Duke Law Journal* 1385, 1401 (1992).

141. *Ibid.*; R. J. Pierce, Jr., « Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking », 47 *Administrative Law Review* 59, 65 (1995); M. Seidenfeld, « Demystifying Deossification: Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking », 75 *Texas Law Review* 483, 492-498 (1997).

142. S. A. Shapiro, R. E. Levy, « Heightened Scrutiny of the Fourth Branch... », p. 423-424.

143. J. L. Mashaw, « Administration and "the Democracy": Administrative Law from Jackson to Lincoln, 1829-1861 », 117 *Yale Law Journal* 1568, 1656 (2008).

144. R. W. Parker, « The Empirical Roots of the "Regulatory Reform" Movement: A Critical Appraisal », 58 *Administrative Law Review* 359, 395 (2006).

145. T. O. McGarity, « Some Thoughts... ».

146. R. Murphy, « Chenery Unmasked: Reasonable Limits on the Duty to Give Reasons », 80 *University of Cincinnati Law Review* 817, 858-870 (2012).

147. J. Webb Yackee, S. Webb Yackee, « Administrative Procedures and Bureaucratic Performance: Is Federal Rule-Making "Ossified"? », *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. 20, n° 2, 2010, p. 261-282.

à reproduire l'extension de la motivation au règlement symbolisée par le modèle américain. La circonspection est d'autant plus de mise que la novation de l'obligation procédurale en obligation matérielle est analysée comme irréductible une fois que la notion de *record* ou dossier a été intégrée dans le régime procédural de l'acte réglementaire¹⁴⁸.

Une solution intermédiaire visant à réduire le poids de la motivation à travers l'ouverture d'exceptions et l'autorisation de la motivation complémentaire et / ou postérieure¹⁴⁹ ne semble pas impossible. La voie des exceptions est d'ores et déjà exploitée en droit américain en matière d'*adjudication*. En effet, l'*informal adjudication* est en principe exclue de l'obligation de motivation. Or, en pratique, elle est la forme procédurale la plus employée en matière d'acte individuel. En dehors de la *formal adjudication*, l'exigence de motivation ne s'applique que lorsque l'*informal adjudication* débouche sur un refus. Mais, dans ce deuxième cas, elle ne correspond pas à la rigueur de l'exercice fondé sur la constitution d'un *record* ou dossier : le devoir de motivation est d'un moindre

degré. Selon la lettre de l'APA, la motivation consiste en « un bref exposé des motifs du refus »¹⁵⁰. Contrairement à la disposition relative à l'exposé général et concis des motifs du règlement dans le cadre de l'*informal rule-making*, la jurisprudence sur ce point n'a pas réservé une interprétation large de cette disposition qui aurait résulté en l'assimilation de l'*informal adjudication* à la *formal adjudication* en matière de motivation. Le maintien de la gradation est précisément la raison pour laquelle, en 1986, Verkuil a cru bon d'apaiser les craintes d'effets pervers suscitées par la perspective d'intégration de la motivation dans la *natural justice* anglaise¹⁵¹ suivant l'exemple du *due process* américain. Le *due process* aux États-Unis n'exige pas qu'une *informal adjudication* soit soumise à l'exigence de preuve substantielle. Il exige seulement qu'une preuve soit fournie¹⁵². Certes, la Cour suprême a dissocié le régime procédural du *rulemaking* du *due process* codifié dans la Constitution. Mais ce qu'il convient de retenir c'est que la modulation de l'obligation de motivation peut permettre de limiter les effets de la motivation sur le fonctionnement de la machine administrative.

148. M. Shapiro, « The Giving Reasons Requirement », p. 187.

149. H. J. Friendly, « Cheney Revisited: Reflections on Reversal and Remand of Administrative Orders », 18 *Duke Law Journal* 199-200 (1969).

150. 5 USC 555(e).

151. P. R. Verkuil, « Crosscurrents... », p. 705.

152. *Ibid.*

Liste des sigles désignant les recueils d'arrêts dans les références en notes de bas de page

AC	Appeal Cases (recueil de jurisprudence de la Cour suprême – qui remplace depuis 2009 celle de la Chambre des Lords –, du Conseil privé de Sa Majesté et de la Cour de justice de l'Union européenne)
All ER	All England Law Reports
CA	Court of Appeal
CLR	Commonwealth Law Reports
DLR	Dominion Law Reports
EWCA	England and Wales Court of Appeal
FR	Federal Register
HLR	Housing of Law Reports
IESC	Irish Supreme Court Judgments
IR	Irish Reports
KB	King's Bench
LRC	Law Reports of the Commonwealth
QB	Queen's Bench
QBD	Queen's Bench Division
RSC	Revised Statutes of Canada
S. Ct.	Supreme Court (États-Unis)
UKSC	UK Supreme Court
U.S.	United States
USC	United States Code
WLR	Wales Law Reports