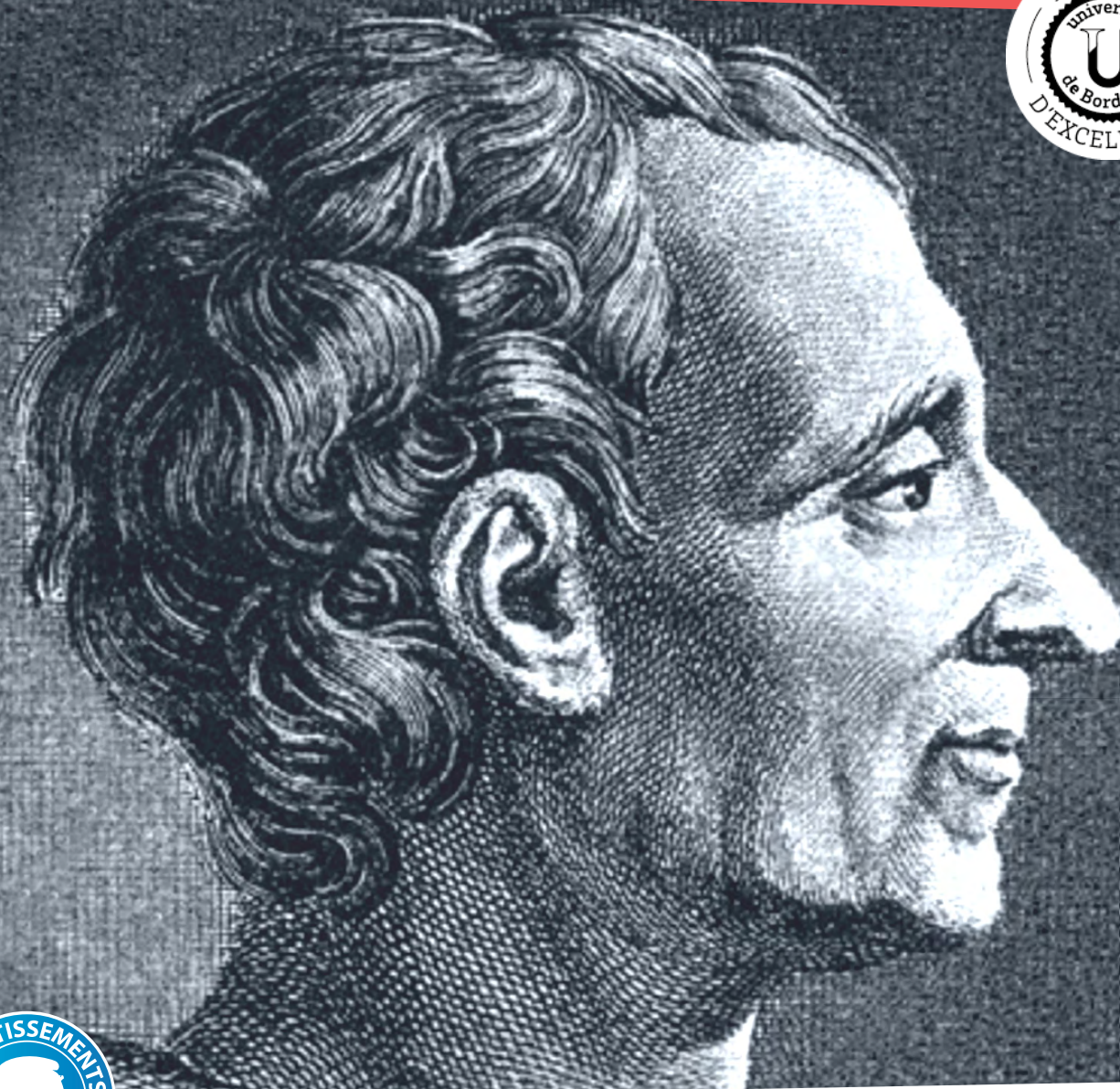


No. 5 | Mars  
2017

# Montesquieu Law Review

Le droit souple entre les mains du juge  
Aude Rouyère



Programme financé par l'ANR  
n°ANR-10-IDEX-03-02

**FORUM**  
**MONTESQUIEU**  
Faculté de droit et science politique

université  
de **BORDEAUX**

Droit administratif :

### Le droit souple entre les mains du juge

Aude Rouyère, Professeur à l'Université de Bordeaux, Faculté de Droit, Institut Léon Duguit (EA 7439)

CE Ass 21 mars 2016, n° 390023, Société NC Numericable

CE Ass 21 mars 2016, n° 368082, Société Fairvesta International GmbH et autres

CE 13 juillet 2016, n° 388150, GDF Suez

L'actualité toujours chargée du droit des contrats ne saurait occulter celle, plus discrète mais en réalité fort audacieuse, des actes unilatéraux. Au sein de cette catégorie riche et hétérogène, les recommandations viennent de faire l'objet d'une évolution jurisprudentielle dont les incidences pratiques mais également théoriques sont remarquables.

La variété des actes unilatéraux de l'administration tient principalement à celle de leurs effets juridiques. En effet aux côtés des actes administratifs décisifs qui produisent une norme affectant l'ordre juridique –c'est dire modifiant l'état du droit par ajout ou suppression d'une disposition ou choix de maintenir l'existant opposé à une demande de modification–, il existe des actes qui n'ont pas cette propriété.

Parmi les actes non décisifs, on trouve –outre les actes confirmant une décision et les actes préparatoires– des actes à vocation indicative tels que les circulaires ou les lignes directrices mais aussi des actes énonçant des conseils ou recommandations plutôt destinés à influencer les comportements. Ces dispositions variées ont en commun de relever d'un même projet normatif caractérisé par la dénomination de droit souple. Cette dernière renvoie à une catégorie aujourd'hui reconnue à laquelle le Conseil d'Etat a récemment consacré une étude approfondie (1). Il s'agit des « instruments qui s'apparentent aux règles, en ce qu'ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires, mais sans créer par eux-mêmes de droits ou d'obligations » (2). Ces actes présentent un caractère normatif –norme du latin *norma* « équerre, règle »– en ce qu'ils livrent une ligne de comportement. Mais ils restent singularisés par le fait que ce caractère est plus ou moins établi sans jamais l'être au même titre que les actes décisifs. Les circulaires et lignes directrices –que l'on nommait directives antérieurement– tendent manifestement à prescrire. Mais les recommandations, prises de position, communiqués, communications ... ont une vocation prescriptive moins clairement revendiquée. Ce sont ces mesures qui retiendront notre attention. Elles sont produites par des autorités administratives classiques mais également par des autorités administratives indépendantes investies d'une mission de régulation (dite autorité de régulation) et dotées à ce titre du pouvoir d'émettre des recommandations à l'adresse des opérateurs relevant de leur champ de compétence.

Les actes non décisifs n'affectant pas l'ordre juridique sont considérés comme non susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel. Cette solution parfaitement logique est quelque peu bouleversée par l'évolution du regard que porte le juge administratif sur ce type de disposition. Longtemps centrée sur l'intention de celui qui produit l'acte, l'analyse du juge se tourne



progressivement vers la réception qui en est faite par son destinataire. Cette approche le conduit alors à admettre les recours dirigés contre certains de ces actes non décisifs compte tenu de l'impact normatif qu'ils produisent.

Amorcée depuis quelques années, cette tendance est aujourd'hui confirmée à l'égard des avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation. A l'occasion de trois affaires jugées en 2016 (3), le Conseil d'Etat admet la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre ces actes, en l'espèce « communiqués » mis en ligne par l'Autorité des marchés financiers (AMF) dans l'affaire Société Fairvesta International GmbH, « prises de position » émanant de l'Autorité de la concurrence dans l'affaire Société NC Numericable, « communication » émise par la Commission de régulation de l'énergie (CRE), « 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 ».

On examinera l'apport que constitue cette avancée jurisprudentielle du point de vue du statut juridique et plus précisément juridictionnel des normes administratives de droit souple (I) pour examiner ensuite la manière dont le juge conçoit le contrôle juridictionnel de ces actes singuliers (II).

#### **(I) Les actes de droit souple sont justiciables**

L'acte de droit souple est identifiable à partir de trois critères systématisés dans l'étude du Conseil d'Etat précitée : l'acte est non décisif et donc ne crée pas de droit ou d'obligation juridique, il présente une forme qui l'apparente à une règle de droit, il vise à peser sur les comportements de ses destinataires. La catégorie est en réalité très hétérogène, la prescription énoncée étant plus ou moins stricte – on parle d'une « échelle de normativité graduée » – selon les liens que l'acte entretient avec le droit « dur ».

Les décisions rendues par le Conseil d'Etat en 2016 marquent une évolution significative du statut juridique du droit dit souple même si quelques précédents notables avaient préparé cette jurisprudence.

Le juge administratif avait déjà accepté d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir à certains actes de droit souple (4). Ce fut le cas notamment pour des actes dénommés « recommandations de bonnes pratiques » produits dans le domaine sanitaire. Le juge a d'abord raisonné en faisant application de la jurisprudence *Duvignères* (5) admettant que des circulaires impératives fassent l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (6). Ici déjà, par la référence au caractère impératif de l'acte, il est tenu compte d'une donnée non exclusivement mais en partie subjective. Puis le juge poursuit son avancée et décide de considérer ces actes pour ce qu'ils sont réellement c'est-à-dire des références en matière de soins, appuyées sur les « données acquises de la science », que les professionnels de santé ont l'obligation déontologique de prendre en compte et qui à ce titre leur font grief (7). Ces actes ont une autorité évidente que renforce la perspective d'une sanction dans l'hypothèse où elles ne seraient pas respectées. Cette jurisprudence a été ensuite appliquée à un cas de figure qui nous intéresse plus particulièrement ici, à savoir celui des prises de position et recommandations de l'Autorité de la concurrence. Le Conseil d'Etat indique que « les prises de position et recommandations qu'elle formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant 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 » (8).

Les décisions de 2016 vont encore plus loin. Le Conseil d'Etat commence par reprendre les solutions antérieurement établies en rappelant que « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés 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 » puis ajoute, que « 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 » (souligné par nous). Le nouveau critère de recevabilité du recours, qui comporte deux branches, prend en compte pleinement la spécificité du droit souple tel qu'il a été défini, et en particulier cette donnée subjective en vertu de laquelle ces actes ont, de fait, un impact effectif sur les comportements et font par conséquent grief, en dépit de l'absence d'une obligatorité strictement inhérente à la force du droit « dur ». On remarque évidemment que les mots utilisés pour formuler ce critère restent relativement évasifs. Qu'est-ce qu'un effet « notable » ? Qu'est-ce qu'une « manière significative » d'influer sur les comportements ? Il y aura nécessairement et heureusement appréciation et gradation dans l'estimation de ces effets.

## (II) Le contrôle juridictionnel est adapté aux caractéristiques de ces actes

S'il admet la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple qui 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 », le juge administratif n'ignore pas pour autant la spécificité du projet normatif qu'ils mettent en œuvre. Il est intéressant d'ailleurs de souligner que le juge n'emploie pas le mot décision mais celui d'acte pour les désigner, affichant ainsi ouvertement la justiciabilité d'un acte non décisoire.

Cela se manifeste au niveau des conditions de recevabilité du recours et à celui de l'examen juridictionnel pratique.

[Le recours est ouvert sous réserve de conditions tenant à l'autorité productrice de l'acte et à l'intérêt à agir du destinataire qui le conteste.](#)

Le choix a été fait tout d'abord de limiter l'ouverture du recours pour excès de pouvoir aux actes de droit souple, répondant aux critères précédemment évoqués, qui émanent des autorités de régulation dans l'exercice de cette mission. On peut comprendre que l'avancée soit tout d'abord réservée à des autorités qui ont une vocation toute spécifique à produire ces actes et ce type d'impact normatif. Mais comme l'ont indiqué les commentaires avisés de cette décision (9), il serait logique que ce recours soient, dans un second temps, ouverts aux actes de même nature produits par d'autres entités administratives.

Il est indiqué par ailleurs que le requérant doit présenter un « intérêt direct et certain ». Ces caractères posés précisément correspondent à une conception assez stricte de l'intérêt à agir dont uniquement le premier cercle des personnes visées ou affectées pourra se prévaloir. Mais cela est

en cohérence avec le type d'effet normatif qui est ici déterminant et qui consiste à produire un impact que seules des personnes directement concernées percevront.

Il faut ajouter que la question du délai de recours non réglée par les deux premières décisions a été opportunément abordée par la décision du 13 juillet 2016 GDF Suez (10) qui précise le point de départ du délai de recours. C'est la mise en ligne de l'acte sur le site internet de l'autorité de régulation qui l'édicte, dans l'espace consacré à la publication des actes de l'autorité, qui fait courir, à l'égard des professionnels du secteur dont elle assure la régulation, le délai de recours prévu par ces dispositions.

**Le recours pour excès de pouvoir retenu devra être adapté à la particularité du procédé normatif mis en cause.**

Il faut mentionner tout d'abord qu'il est déjà acquis depuis un certain temps que l'utilisation du droit souple par l'administration peut donner lieu à un recours indemnitaire (11). Mais ce contentieux devait être complété par un examen juridictionnel centré sur l'acte lui-même et pas seulement sur ses conséquences préjudiciables.

La question du type de recours –recours pour excès de pouvoir ou recours de plein contentieux– et donc de l'office du juge dans l'exercice de son contrôle, est chargée d'enjeux importants. Il convient en effet que le juge ne soit pas conduit à se substituer à l'autorité de régulation qui a produit l'acte de droit souple en cause et à opérer ainsi comme un « juge– régulateur (12). Le contentieux doit donc rester un contentieux objectif centré sur l'acte et non élargi à la situation dans laquelle il se situe.

C'est pour cela, et puisqu'aucun texte ne prévoit le plein contentieux en l'espèce, que le recours pour excès de pouvoir s'est imposé. Il reste toutefois que l'on peut voir un paradoxe dans le fait de soumettre un acte non décisif, réputé donc ne pas affecter l'état du droit, à un contrôle de légalité. Comme il est inévitable de s'interroger sur l'utilité d'annuler un acte de droit souple consistant en la formulation d'un point de vue qui, quoi qu'il arrive, a été exprimé et a donc déjà produit ses effets ou son influence.

Le Conseil d'Etat indique dans ses arrêts de 2016 qu'il « appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes **en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation** » (souligné par nous) et ajoute « qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction ». D'ores et déjà on peut considérer que le juge contrôlera que l'autorité qui produit cet acte de droit souple reste dans son champ de compétence, respecte la procédure d'élaboration de l'acte, ne commet pas de détournement de pouvoir, ne viole pas la légalité de droit dur mais également le droit souple interne, ne commet pas d'erreur quant aux motifs de droit et de fait retenus. Il exercera un plein contrôle mais devra tenir compte de la marge d'appréciation de l'autorité de régulation et pour ce faire, limiter le cas échéant son contrôle des motifs de fait à celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

Au-delà de ces repères classiques du contrôle en excès de pouvoir, il reviendra au juge de bâtir sa jurisprudence en ce domaine et, comme il l'affirme expressément, d'adapter son contrôle à la spécificité de cette normativité propre à la régulation (13).

L'évolution jurisprudentielle réalisée par ces arrêts de 2016 s'inscrit dans une transformation profonde du regard porté par le juge sur la pratique du droit. En introduisant une donnée tenant à l'impact subjectif d'une norme sur son destinataire, le juge fait évoluer sa manière de penser le droit des actes et plus largement le droit administratif. Le point de vue est déplacé du locuteur au récepteur. Surgissent alors des considérations extra-juridiques variées et complexes qui ouvrent une approche compréhensive du droit. L'observation fort célèbre de M.Hauriou –« Un peu de sociologie éloigne du droit, beaucoup de sociologie y ramène » (14)– est parfaitement transposable, notamment aux analyses économiques ou à la psychologie. Autant de paramètres qui contribuent à une réalité du droit que l'on tente inlassablement de saisir.

#### Notes :

- (1) Conseil d'État, *Étude annuelle 2013, Le droit souple*, La Documentation française.
- (2) Concl. S. von Coester sur CE Ass 21 mars 2016, n° 368082, Société Fairvesta International GmbH et autres, RFDA 2016.497.
- (3) CE Ass 21 March 2016, n° 368082 368083 368084, *Société Fairvesta International GmbH*, concl. S. von Coester RFDA 2016. 497; CE Ass 21 March 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, concl V. Daumas RFDA 2016.506; AJDA 2016. 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe & G. Odinet; CE 13 July 2016, n° 388150, *GDF Suez*.
- (4) cf chron. L. Dutheillet de Lamothe & G. Odinet, AJDA 2016. 717
- (5) CE sect 18 décembre 2002, n° 233618
- (6) CE 26 sept. 2005, n° 270234, Conseil national de l'ordre des médecins, à propos des recommandations de bonnes pratiques de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé rédigées de manière impérative
- (7) CE 27 avr. 2011, n° 334396, Association pour une formation médicale indépendante, CE 4 oct. 2013, n° 356700, Laboratoires Servier
- (8) CE 11 oct. 2012, n° 357193 Société Casino Guichard-Perrachon, n° 346378, Société ITM Entreprises
- (9) L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, op cit supra
- (10) op cit supra
- (11) CE 31 mars 2003, n° 188833, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, à propos d'un avis de la commission de sécurité des consommateurs
- (12) cf Conclusions de S. von Coester et V.Daumas précitées
- (13) G.Timsit, « Normativité et régulation », Cah. Cons. const., n° 21, janv. 2007
- (14) M. Hauriou, « Les facultés de droit et la sociologie », Revue générale du droit, 1893, p. 289–295