

Le droit souple, une « petite » source canalisée

Christophe Testard

Pourtant annoncées par des décisions plus discrètes (*L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « Un recours souple pour le droit souple », AJDA, 2016, chron. p. 718*), celles rendues par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État le 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH. et a. et Société NC Numéricable (n° 368082 et 390023)*, ouvrant le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes de droit souple adoptés par les autorités de régulation, écrivent incontestablement un nouveau chapitre du récit sur le libéralisme du juge administratif en la matière. Du point de vue des sources du droit, davantage encore que le rapport consacré au droit souple en 2013 par la même institution, ces décisions font figure de renouveau : ce droit, diversement qualifié et qui paraissait presque insidieux, accédait enfin au prétoire, c'est-à-dire, en l'état actuel de notre droit administratif, à la consécration.

Mais alors, le « droit souple » est-il une « petite » source du droit administratif ? Incontestablement oui, d'une part si l'on adopte la définition retenue par S. Gerry-Vernières d' « *actes non contraignants émanant des autorités de l'État* » (*Les « petites » sources du droit (À propos des sources étatiques non contraignantes), Paris, Economica, 2012, p. 15*) et, d'autre part, si on le compare au « monument » de la décision administrative : la perspective est saisissante. Pourtant, ce qui est « petit » l'étant toujours à raison de l'échelle choisie, l'analyse quantitative du droit souple est susceptible de renvoyer à un nombre d'actes très important, justifiant d'ailleurs l'intérêt qui lui est porté. L'on se limitera au développement de ces actes dans le champ du droit administratif, c'est-à-dire lorsqu'ils sont adoptés dans le cadre d'une activité administrative, mais force est de constater que la notion renvoie, quantitativement, à un flux d'actes quotidiens difficilement évaluable. On trouvera bien entendu les circulaires et instructions, lorsqu'elles n'ont pas de caractère impératif, ainsi que les lignes directrices (*v. études de ce dossier*). Ce type d'actes ne saurait toutefois épuiser le sujet du droit souple, dès lors que sont visés plus largement les avis, recommandations, mises en garde et autres prises de position adoptées par les autorités administratives. Car il est désormais certain, malgré la volonté du rapport de 2013 d'exiger une certaine formalisation du droit souple, que ce n'est pas une vision formelle des instruments s'en réclamant qui est adoptée au contentieux, mais bien une vision finaliste : l'acte de droit souple peut faire l'objet d'un recours eu égard aux effets qu'il est susceptible de produire sur ses destinataires.

De ce point de vue, l'ambition de dresser un bilan du droit souple depuis les décisions de principe de mars 2016, à partir de l'actualité jurisprudentielle et législative, ne doit pas tromper sur l'étendue de celui-ci. Depuis trois ans, c'est seulement un peu plus d'une dizaine de décisions qui ont été rendues par le Conseil d'État reprenant le considérant de principe. Il y a alors sans doute un *hiatus* entre la vision très contentieuse que l'on retient du droit souple et la réalité de son développement au sein de l'activité administrative. Certes, le mouvement de subjectivisation du contentieux que manifeste l'ouverture du prétoire à ces instruments d'incitation et de recommandation doit être analysé et dit beaucoup sur les évolutions de notre droit administratif (*J. Sirinelli, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », RFDA, 2016, p. 529*). Mais plus profondément, et il faut reconnaître en ce sens l'effort du Conseil d'État dans son rapport de 2013, c'est le développement même du recours au droit souple dans l'action administrative qui est le marqueur d'une véritable inflexion de la manière de concevoir la norme et les sources du droit. De même, l'analyse contentieuse du droit souple devrait laisser place – le format et l'objet de cette étude ne le permettent pas – à une analyse des conséquences de la reconnaissance du statut contentieux du droit souple sur la pratique des autorités concernées, au premier rang desquelles se trouvent les autorités administratives indépendantes. Car il est bien certain que, derrière les intitulés avis, recommandations, lignes directrices, *etc.*, c'est moins un positionnement juridique qu'une vision politique qu'adoptent les autorités administratives normatives sur leur propre pouvoir (*F. Rolin, RFDA, chron. des thèses, 2016, p. 853*). De ce point de vue, le droit souple traduit bel et bien une évolution des sources, petites et grandes, de notre droit administratif.

Dès leur lecture, les chroniqueurs du Conseil d'État estimaient que les décisions de 2016 ouvraient un certain nombre d'interrogations : sur les règles de légalité des actes de droit souple et leur appréciation, sur l'exécution de la décision du juge administratif et la mise en œuvre de son pouvoir d'injonction ou encore sur la position du juge saisi en référé. Le bilan que l'on peut dresser est en réalité en demi-teinte, eu égard précisément à une certaine surdétermination contentieuse de la vision du droit souple qui est désormais véhiculée. Celle-ci a en effet conduit à relativiser très largement l'engouement suscité par l'étude du Conseil d'État : en mettant en avant, à juste titre, le caractère multiple et central du droit souple dans l'exercice quotidien de l'activité administrative, l'institution semblait annoncer une véritable rénovation du contentieux administratif, du point de vue non seulement de l'identité des actes susceptibles d'un recours mais aussi de leur régime juridique et de la portée du contrôle opéré. Toutefois, la révolution annoncée n'a pas eu lieu : saisi par l'activité juridictionnelle, le droit souple paraît terni car désormais façonné par les mêmes outils que ceux utilisés par et pour le

droit dur. On ne saurait critiquer le fait que le juge se serve de sa matrice classique pour exercer son office, dont les outils ont été « *forgés en contemplation du droit dur* » (P. Deumier, « *Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets* », in *CE, Le droit souple, rapp. annuel, La doc. fr, 2013, p. 250*). Mais on peut simplement constater que celle-ci n'est peut-être pas suffisamment malléable pour donner toute sa portée au droit souple et, plus profondément, s'interroger, à la suite notamment de P. Deumier (*préc.*), sur la question de savoir si la volonté même de saisir le droit souple n'emporte pas un ralentissement du phénomène.

À cet égard, l'analyse de la jurisprudence récente laisse entrevoir en l'état deux tendances lourdes : d'abord un enrichissement limité de la catégorie des actes de droit souple susceptibles d'un recours (I) ; ensuite, une banalisation avancée de leur régime juridique (II).

I. – L'enrichissement limité de la catégorie des actes de droit souple

Trois années de jurisprudence sur le droit souple ont permis de mieux identifier les actes concernés par ce droit réputé « *insaisissable* » (E. Cortot-Boucher, *concl. sur CE, 2 déc. 2016, Min. de l'Éco., n° 387613, en ligne*). Concourant à une meilleure définition des critères de justiciabilité des actes administratifs, ce sont les rapports entre droit dur et droit souple qui ont été progressivement précisés : la justiciabilité des actes se rattachant au second est subsidiaire (A), tout en étant étendue (B).

A – La justiciabilité subsidiaire des actes de droit souple

Même si sur le plan théorique, on ne peut qu'être séduit par l'idée selon laquelle, grâce au droit souple la normativité est désormais envisagée de manière graduée, selon un *continuum*, il n'est pas tout à fait certain qu'en pratique cette graduation puisse être matérialisée. Le juge administratif est contraint, au plan contentieux, de fixer un ou des critères déterminant la justiciabilité des actes. Or la jurisprudence sur le droit souple confirme que le critère principal demeure celui de la normativité, au sens du droit dur, si bien que l'échelle graduée se transforme rapidement en balancier, oscillant entre droit dur et droit souple.

Dans la méthode d'identification des actes susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir, le droit souple a bien un caractère subsidiaire : le juge s'attache d'abord à regarder si l'acte en cause contient une décision, susceptible en tant que tel d'un recours et, ce n'est qu'en cas de réponse négative qu'il s'attache à ses effets ou son influence. Mettant en œuvre cette méthode initiée par les décisions de mars 2016, le Conseil d'État juge ainsi, à propos du calendrier des appels à candidatures pour la diffusion de radios en mode numérique terrestre que le CSA

envisage de mettre en œuvre au cours de la période 2016-2020 (CE 22 juil. 2016, Synd. Alliance française des industries du numérique (AFNUM), n° 397014), d'abord que ledit calendrier n'a qu'un caractère indicatif et non impératif, ensuite qu'il n'énonce aucune prescription individuelle dont le CSA pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance et, enfin, que sa publication n'entraîne par elle-même aucun effet de droit ni aucun effet notable sur la situation des professionnels.

Ce véritable *test de justiciabilité* permet ainsi au juge administratif de débusquer les actes qui, malgré une dénomination trompeuse contiennent en réalité une décision : ce qui a l'apparence du droit souple est rétabli dans le droit dur, confirmant ainsi le principe selon lequel le juge n'est pas lié par la qualification formelle initiale. Il en va ainsi de la position par laquelle l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution expose son interprétation de la notion de « direction effective de l'établissement » au sens du code monétaire et financier. Le Conseil d'État a considéré qu'eu égard à « sa formulation générale et impérative », cette prise de position révèle une véritable décision, susceptible en tant que telle d'un recours (CE 30 juin 2016, Soc. Crédit Agricole SA et a., n° 383822). Si l'on range la normativité du seul côté des décisions, on est tenté de conclure que le caractère normatif d'un acte demeure le critère principal de la justiciabilité, mais aussi de la distinction entre le droit dur et le droit souple.

Or, le juge n'applique pas toujours cette méthode en deux temps. On rencontre d'une part des décisions dans lesquelles il examine directement les effets de l'acte, ce dont il faut comprendre qu'il a considéré que l'acte n'était pas décisionnel (CE 20 juin 2016, FFSA, n° 384297 ; 13 juil. 2016, Soc. GDF Suez, n° 388150). De manière plus gênante, d'autre part, il arrive au Conseil d'État de dénier le caractère décisionnel d'un acte pour justifier l'irrecevabilité du recours, sans même rechercher d'éventuels effets de l'acte. Ainsi de la charte de la transparence relative au statut du conjoint du chef de l'État : saisi d'un recours en demandant l'annulation pour excès de pouvoir, le Conseil d'État a considéré la requête irrecevable car « ce document, qui ne comporte par lui-même aucune décision, ne présente pas, eu égard à son contenu et à sa portée, le caractère d'un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir » (CE 12 oct. 2018, M. A et C., n° 413644). Certes la référence à la portée du document peut renvoyer à ses effets ; il n'en demeure pas moins que le juge administratif ne fait pas référence ici à l'éventuelle influence de ce document. Dans le même sens, le Conseil d'État a écarté la justiciabilité de la carte des pratiques et montages abusifs publiée par le directeur général des finances publiques sur le site du ministère, au motif qu'elle ne saurait être assimilée à une prise de position formelle de l'administration et ne contient aucune disposition impérative à caractère général (CE 12 juil. 2017, M. B., n°

401997). Si l'on admet la solution du juge, il est loisible de s'interroger sur l'influence ou les effets sur les contribuables d'un tel document qui pointe du doigt un certain nombre de pratiques reconnues par l'administration fiscale comme contraires à la loi. Le Conseil d'État n'en souffle mot. Or on voit mal ce qui s'oppose à la classification d'un tel acte dans les instruments de droit souple (B. Defoort, « *Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents* », *RFDA*, 2018, p. 1071 et s.). Si la justiciabilité repose sur des critères alternatifs, il faut les écarter successivement, sans quoi cela laisse l'apparence que l'un – la normativité – continue de prédominer.

B – La justiciabilité étendue des actes de droit souple

Le Conseil d'État avait reconnu dans son rapport pour 2013 que les autorités de régulation étaient particulièrement concernées par le droit souple, établissant une liaison naturelle entre ce dernier et régulation. De fait, les actes dont le juge administratif a été saisi émanaient majoritairement de telles autorités, d'aucuns décelant dans la référence à la régulation un critère de définition des actes de droit souple susceptibles d'un recours. Il y a sans conteste une prédisposition du secteur de la régulation à la technique du droit souple. Le législateur lui-même accompagne ce mouvement : l'article 1^{er} de la loi du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*, modifiant l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* a ainsi mis à disposition de la CNIL toute une série d'instruments de droit souple, parmi lesquels les lignes directrices, les recommandations, référentiels et autres codes de bonne conduite (L. Cluzel-Métayer, É. Debaets, « *Le droit de la protection des données personnelles : la loi du 20 juin 2018* », *RFDA*, 2018, p. 1105).

Le Conseil d'État est en réalité allé assez rapidement au-delà sur le plan contentieux : il a ainsi reconnu la recevabilité du recours à l'encontre de recommandations de bonnes pratiques prises par un ministre (*CE 16 déc. 2016, Fondation Jérôme Lejeune, n° 392557*), ainsi qu'à l'encontre des recommandations, mises en garde ou prises de position de la MIVILUDES (*CE 7 nov. 2018, Premier Ministre c. Soc. Point d'appui et a., n° 417998*). De son côté, le législateur a également confirmé que rien ne justifiait une telle limitation. Il a ainsi, depuis 2016, consacré l'existence d'actes qui relèvent à n'en pas douter de la catégorie : on mentionnera par exemple les plans de convergence, créés par la loi du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer*.

Le seul critère d'identification d'un acte de droit souple susceptible d'un recours tient désormais à son influence significative ou ses effets notables. Ces deux notions sont particulièrement délicates à appréhender, si ce n'est à travers leur application *in concreto*. Si

le juge s'est parfois laissé tenter par un laconisme (*CE 12 oct. 2018, M. A et C., préc.*) qui ne paraît plus de mise, sa jurisprudence a permis de préciser ce critère. À vrai dire, jurisprudence faisante, ce qui a initialement été présenté comme une alternative par le Conseil d'État ne paraît pas si clair. C'est quasiment à une analyse psychologique des auteurs de l'acte que le juge devrait se livrer s'il voulait conserver la distinction entre effets et influence : il s'agit de faire le départ entre nature et objet de l'acte, c'est-à-dire déterminer l'intention de ses auteurs. L'acte est susceptible d'un recours même s'il n'a produit aucun effet mais que son objet, sa finalité, était d'influer sur le comportement de ses destinataires. Inversement, l'acte qui a en quelque sorte fortuitement produit des effets, alors que ce n'était pas son objet initial, est également susceptible d'un recours. La difficulté tient au fait que le juge n'examine pas si l'acte a produit des effets, mais s'il est « *de nature à* » en produire : la confusion avec l'objet de l'acte paraît alors inévitable, dès lors que « *de nature à* » signifie « *propre à* ». On trouve ainsi logiquement des décisions dans lesquelles le Conseil d'État examine l'objet de l'acte mais aussi les effets non pas réalisés mais seulement supposés de l'acte. On peut ainsi lire dans une décision du 13 juillet 2016, *Société GDF Suez* que l'acte attaqué – une délibération de la CRE – « *est de nature à produire des effets notables* ». Autrement dit, le juge s'appuie sur les effets à venir de l'acte, ceux qu'il est propre à produire : la distinction entre objet et nature de l'acte s'amenuise.

En s'inscrivant dans une analyse de type conséquentialiste pour déterminer la justiciabilité d'un acte, le Conseil d'État a fait le choix de ne pas prédéterminer la nature des effets pris en compte. Il a simplement indiqué, et on retrouve la précision dans toutes les décisions depuis, que ces effets peuvent *notamment* être économiques. La jurisprudence depuis 2016 n'a pas véritablement permis de déterminer quels autres effets – que l'on distingue bien ici de l'influence – étaient susceptibles d'emporter la conviction du juge. Il lui est tout de même arrivé d'en évoquer un autre type : l'effet juridique. Cela surprend immédiatement : s'il produit des effets juridiques, le droit souple ne devient-il pas du droit dur ? C'est ce qui pouvait être déduit de la décision de Section du 2 décembre 2016, *Ministre des Finances et des comptes publics contre Société Export Press (n° 387613)*, dans laquelle était en cause la justiciabilité d'un rescrit fiscal : le Conseil d'État juge qu'eu égard aux effets qu'une telle prise de position est susceptible de produire sur le contribuable et les tiers intéressés, l'acte doit être qualifié de décision. Ce sont certainement les effets juridiques de ce type de rescrit fiscal qui sont ici visés, conduisant à la qualification de décision, c'est-à-dire de droit dur, même si la prise en compte des effets de l'acte rappelle singulièrement la méthode d'identification du droit souple.

S'agissant pourtant des éventuels effets juridiques d'un acte de droit souple, la jurisprudence a pu laisser paraître un léger flottement non pas conceptuel mais méthodologique. Si le Conseil d'État a le plus souvent opéré une distinction entre effets de droit, dont il faut sans doute comprendre effets normatifs et finalement droit dur, et les autres effets de l'acte (*CE 22 juil. 2016, Synd. Alliance des industries du numérique, n° 397014 ; 10 nov. 2016, Mme E. et a.*), lesquels révèlent le droit souple, la lecture attentive de certaines jurisprudences donne à penser que le juge ne les distingue pas toujours aussi nettement. Ainsi, dans sa décision précitée du 22 juillet 2016, *Syndicat AFNUM*, le Conseil d'État relève, après avoir opéré le test du droit dur, que « *la publication de ce calendrier n'emporte par elle-même aucun effet de droit ni aucun effet notable sur la situation des industriels représentés par le syndicat requérant* ». On ne peut pas reprocher à la juridiction d'assimiler ici droit souple et effet de droit. Reste qu'en mêlant dans son *test de justiciabilité* les critères du droit dur et du droit souple, elle frôle la confusion. Cette dernière trouve sans doute dans l'idée d'échelle de normativité une forme de réponse : il est peut-être illusoire d'opposer strictement droit dur et droit souple, ce dernier pouvant également produire des effets de droit (*A. Bretonneau, concl. sur CE, 7 novembre 2018, Premier Min., n° 417998, en ligne*).

Enfin, dans ses décisions de mars 2016, le Conseil d'État a souhaité matérialiser son idée de *continuum* de normativité en exigeant, afin que le recours soit recevable, que les actes de droit souple soit produisent des effets *notables*, soit aient pour objet d'exercer une influence *significative* sur le comportement des destinataires. Les conséquences d'un acte de droit souple sont donc appréciées à partir d'une certaine intensité mais aussi, et peut-être d'abord de leur caractère manifeste et concret. On notera cependant que le juge ne qualifie pas toujours le degré d'effet attendu. Par ailleurs, dans les hypothèses où les effets ou l'influence de l'acte ne sont que présumés, le juge doit se contenter de postuler à la fois leur réalisation et leur intensité. Indéniablement, cette détermination d'un seuil de justiciabilité introduit une dose évidente de subjectivité et, en toute hypothèse, une analyse nécessairement au cas par cas : « *le juge se borne à construire un raisonnement fondé sur des critères qualitatifs dont lui seul à la maîtrise* » (*F. Rolin, préc., p. 854*). Il s'attache ainsi, *in concreto*, à relever les indices permettant d'établir les effets ou l'influence de l'acte en cause, passés ou à venir.

Incontestablement, le bilan de la jurisprudence sur le droit souple apporte d'utiles précisions quant aux critères de justiciabilité des actes administratifs en général. Malgré son caractère nécessairement parcellaire, la jurisprudence permet également de préciser le régime juridique du droit souple.

II. – La banalisation avancée du régime juridique du droit souple

Sans doute faut-il regretter que la codification des règles de la procédure administrative dans le code des relations entre le public et l'administration ait ignoré ces instruments de droit souple, mais le prisme contentieux permet tout de même de déterminer quelques éléments de régime, que l'on peut lire à l'aune du droit dur. Ainsi, la spécificité du droit souple est-elle tout simplement gommée s'agissant des règles de recevabilité du recours (A); sans disparaître, elle est largement érodée s'agissant de la légalité de ces instruments (B).

A – La recevabilité du recours contentieux : une spécificité gommée

En raison de la nature même des actes de droit souple, les règles de recevabilité du recours restaient en suspens à deux égards : le délai de recours et l'appréciation de l'intérêt à agir. Il faut auparavant aborder une question qui l'est peu, si ce n'est pas du tout, depuis les décisions *Fairvesta* et *Numericable* : les recours portés contre les actes de droit souple des autorités de régulation le sont, en première instance, devant le Conseil d'État. Le fondement de cette compétence ne saurait être, bien que le juge ne l'ait jamais précisé, que l'article R. 311-1 du code de justice administrative, qui évoque la compétence du Conseil d'État certes à l'égard des autorités de régulation mais pour leurs « décisions ». Or, l'on en revient à la nature du droit souple, mais ces actes ne sauraient être rangés dans les « décisions », sauf à considérer que la notion doit s'interpréter au sens d'actes faisant grief : cela est sans doute cohérent avec la jurisprudence administrative mais sans doute moins avec la définition des actes administratifs retenue par le CRPA (*art. L. 200-1*).

S'agissant de l'appréciation du délai de recours, ce sont les règles générales qui s'appliquent, même si le juge opère une appréciation circonstanciée en fonction du requérant. Dans sa décision de Section du 13 juillet 2017 (*388150*), le Conseil d'État a posé le principe selon lequel en l'absence de dispositions particulières, c'est la règle générale prévue à l'article R. 421-1 du code de justice administrative qui s'applique : le délai est de deux mois, à compter de la notification ou de la publication de l'acte. Le Conseil d'État juge alors que la publication d'un acte de droit souple sur le site internet de l'autorité de régulation fait courir le délai de deux mois à l'égard des professionnels. On peut sans doute déduire, *a contrario*, qu'une telle publication ne saurait suffire pour les requérants non professionnels : le juge administratif a vraisemblablement jugé qu'il n'était pas possible d'imposer aux requérants *lambda* « un travail de veille » (*F. Melleray, « Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit souple », note ss CE Sect., 13 juil. 2016, Soc. GDF Suez, AJDA, 2016, p. 2122*) sur le

site de l'autorité, cette exigence pouvant en revanche s'appliquer aux professionnels. Cette limitation aux seuls professionnels n'est toutefois pas certaine à la lecture de la suite du considérant. Le Conseil d'État étend en effet les solutions classiques en matière d'abrogation des actes administratifs, en précisant qu'il appartient au « justiciable », qui aurait laissé passer le délai de deux mois, de demander à l'autorité compétente l'abrogation de l'acte de droit souple puis de contester l'éventuel refus d'abrogation. En visant les justiciables, c'est sans doute l'ensemble des personnes susceptibles de contester l'acte qui est visé, mais la lecture combinée avec l'évocation des seuls « professionnels » n'est pas simple.

L'appréciation de l'intérêt à agir, pourtant pressentie à la suite des décisions de mars 2016 comme devant être plus stricte, donne également à voir une spécificité gommée du droit souple. Les commentateurs autorisés avaient vu dans l'exigence d'un intérêt direct et certain – et non *suffisamment* direct et certain – une volonté de limiter le cercle des personnes concernées au regard du grand nombre d'actes concernés. Les décisions postérieures confirment en réalité que l'appréciation de l'intérêt à demander l'annulation d'un acte de droit souple est identique à celle des recours pour excès de pouvoir classiques. Le Conseil d'État a ainsi fait référence au caractère suffisant de l'intérêt invoqué des tiers intervenants (*CE 20 juin 2016, n° 384297*), dont on sait qu'il est identique à celui des requérants principaux. Le caractère direct de l'intérêt ne fait pas de doute lorsque ce sont les destinataires de l'acte qui en demandent l'annulation (*CE 13 déc. 2017, Soc. Bouygues Telecom et Free Mobile, n° 401799*), mais le Conseil d'État admet également, et logiquement, l'intérêt des groupements représentant ces destinataires, qu'il s'agisse d'associations ou de syndicats (*CE 20 juin 2016, n° 384297 ; 30 juin 2016, n° 383822 ; 22 juil. 2016, n° 397014*). Plus largement, sont également admises à contester l'acte les personnes dont les intérêts sont atteints par les effets de celui-ci. Le caractère direct de la lésion est parfois évident : ainsi de deux sociétés commercialisant un produit pharmaceutique dont la Haute autorité de santé a, dans une fiche de bon usage, recommandé l'arrêt de l'usage dans toutes les prescriptions (*CE 19 juil. 2017, Soc. Menarini France et a., n° 399766*). Il l'est parfois un peu moins, le juge retrouvant alors le libéralisme tant loué en matière de recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit dur : ainsi de l'hypothèse d'une délibération et deux communiqués du CSA estimant qu'un message de sensibilisation à la trisomie 21 n'a pas sa place dans des écrans publicitaires dès lors qu'il ne peut être regardé comme un message d'intérêt général (*CE 10 nov. 2016, n° 384691*). Ces actes étaient destinés aux chaînes de télévision ayant procédé à la diffusion de ce message. Le juge administratif a admis l'intérêt à demander l'annulation de ces actes de plusieurs requérants individuels atteints de trisomie, dont certains acteurs du court métrage, de

parents de jeunes trisomiques et enfin d'une association de lutte contre la discrimination et le rejet dont sont victimes les personnes atteintes de trisomie 21. Dans ses conclusions, Mme Marion évoque bien l'intérêt suffisamment direct et certain de ces requérants (« *Quel recours contre les actes de droit souple du CSA ?* », *AJDA*, 2017, *concl. p. 123*).

B – Le contrôle du recours au droit souple : une spécificité érodée

Le Conseil d'État a fait le choix d'adapter non les moyens invocables à l'encontre d'un acte de droit souple mais les exigences de sa légalité : c'est ainsi un « *contrôle en pente douce* » (L. Calandri, « *Le contentieux de l'excès de pouvoir des actes de droit souple du CSA : un contrôle en "pente douce" ?* », *JCPA*, 2017, n° 21, p. 14) de la légalité de ces actes qui a été inauguré, préservant le pouvoir souvent discrétionnaire dont bénéficient les autorités de régulation dans leur mission. Plus profondément, c'est la nature même du droit souple, privé d'effets normatifs, qui vient quelque peu perturber les conditions de sa légalité.

S'agissant de la légalité externe, les règles de publicité, de signature ou encore de motivation sont classiquement contrôlées (*CE 10 nov. 2016, Mme E. et a., préc.*), ce qui apparaît logique dès lors qu'elles touchent davantage *l'instrumentum*. La même remarque vaut pour les règles de procédure préalables à l'adoption de l'acte : le Conseil d'État n'a eu à écarter qu'une seule fois de tels griefs, ceux-ci manquant en fait en l'espèce (*CE 13 déc. 2017, Soc. Bouygues Telecom, préc.*). Il n'a donc pas eu l'occasion de se prononcer sur l'application de la jurisprudence *Danthony*, mais on ne voit pas ce qui l'empêcherait : au contraire, c'est peut-être dans le droit souple qu'elle se justifie le plus. En revanche, les règles de compétence apparaissent peu contraignantes en raison même de la nature du droit souple. Son absence de caractère normatif ne saurait en effet porter atteinte à la compétence classique des autorités législative et réglementaire : une autorité de régulation peut ainsi adresser des recommandations non impératives aux professionnels (n° 384297). Dans le même sens, elle peut adopter une position indiquant aux personnes soumises à son contrôle la manière dont elle entend contrôler le respect du code monétaire et financier (n° 383822). Dans cette affaire, la position attaquée de l'ACPR fixait son interprétation de la notion de « dirigeant effectif » au sens des dispositions dudit code, ce qui, sans être normatif, exerce une influence directe sur l'exercice de son contrôle. Le Conseil d'État valide la compétence de l'ACPR en mettant en avant « *le souci de transparence et de prévisibilité* » de ses actions de contrôle. Le contrôle de la compétence des autorités de régulation pour adopter des actes de droit souple préserve ainsi leur pouvoir d'appréciation : à défaut de textes imposant l'adoption d'un acte de droit dur (n° 401799), le recours au droit souple est difficilement critiquable du point de vue de la

compétence. Et le juge administratif en tire toutes les conséquences en liant expressément le défaut de caractère contraignant de l'acte de droit souple et l'inopérance du moyen tiré de l'illégalité de l'acte habilitant l'autorité à prendre un tel acte (*CE 16 déc. 2016, Fondation Jérôme Lejeune, préc.*). La Cour de Cassation vient cependant d'apporter une pierre, non négligeable, à l'édifice en jugeant, implicitement, qu'une autorité administrative ne saurait s'estimer liée par des actes de droit souple – des recommandations de la Haute autorité de santé – ajoutant des conditions nouvelles, non prévues par la loi, pour rejeter une demande d'allocation (*Cass. civ. 2^e, 8 nov. 2018, n° 17-19.556 ; AJDA, 2019, p. 702, note F. Tiberghien*).

S'agissant des vices de légalité interne, ils sont également, pour la plupart, classiquement appréciés par le juge administratif. Ainsi, de l'erreur de fait (*n° 399766*), de l'erreur de droit et de la qualification juridique des faits. Tout au plus peut-on relever que pour ce dernier, c'est un contrôle normal qui prévaut, le Conseil d'État allant au-delà du contrôle de la simple erreur manifeste (*CE 10 nov. 2016, Mme E. et a., préc.*). Le juge contrôle également le détournement de procédure, ce qui paraît essentiel dès lors que le droit souple, en raison précisément des avantages de sa souplesse, peut aussi apparaître comme un instrument permettant de contourner les procédures légalement instituées (*n° 399766*). La spécificité du contrôle apparaît en revanche s'agissant du contrôle de la violation de la loi par un acte de droit souple. Le juge administratif opère ce contrôle, sur le principe. Mais de nouveau, l'absence de caractère normatif de ces derniers semble condamner le juge au constat de non violation. Ainsi, une recommandation préconisant la signature d'un contrat entre intermédiaires d'assurance en cas de « chaîne de distribution » ne saurait constituer une violation du principe de valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, dès lors qu'elle est dépourvue de caractère impératif et qu'elle ne constitue qu'une invitation pour les entreprises concernées (*n° 384297*). Une telle précaution n'est toutefois pas systématiquement prise : à propos d'une position de l'ACPR donnant son interprétation de la notion de « dirigeant effectif », le Conseil d'État a contrôlé que ladite interprétation n'était pas contraire à la hiérarchie des normes, sans évoquer l'influence de son caractère non impératif. Sans doute faut-il y voir la conséquence que ladite position liait l'autorité elle-même dans l'exercice de son contrôle : puisque l'ACPR ne saurait se « déjuger », sa prise de position acquerrait de fait un caractère normatif plus net.

C'est dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir que le juge administratif se prononce sur la légalité d'un acte de droit souple, ce qui ouvre un certain nombre de questions, pas nécessairement résolues. Ainsi tout d'abord de celle d'une forclusion du requérant : le Conseil

d'État a admis que le justiciable hors délai de recours direct contre l'acte puisse en demander l'abrogation à l'autorité administrative, mais sans en préciser les conditions et modalités (n° 388150). Or, on sait que, en sus de l'illégalité de l'acte, la nature de celui-ci et son effet créateur ou non de droits conditionnent également ses règles de retrait et d'abrogation. S'il ne fait peu de doute, eu égard à la définition du droit souple qu'un tel acte n'est pas créateur de droits, F. Melleray (*préc.*) a mis en évidence toute la difficulté de distinguer les actes de droit souple selon leur caractère réglementaire, individuel ou ni réglementaire ni individuel, précisément car cette classification vise les décisions administratives. En l'espèce, c'est le caractère réglementaire qui semble avoir retenu les faveurs de la juridiction, dès lors que le juge se « contente » de l'illégalité de l'acte litigieux pour annuler le refus d'abrogation opposé par l'administration.

Une deuxième interrogation tient à la définition de la portée d'une annulation d'un acte de droit souple, réputé ne pas avoir d'effet juridique : la déclaration d'illégalité suffit-elle ? Cette question des suites de l'annulation a été posée et résolue, au plan instrumental, dans une décision du 19 juillet 2017, *Société Menarini France et a.* (n° 399766). Le Conseil d'État accepte d'être saisi d'une demande d'injonction dans le cadre d'un recours contre un acte de droit souple sur le fondement classique de l'article L. 911-1 du code de justice administrative. Toute la difficulté tient au fait que l'annulation d'un acte de droit souple est sans doute plus délicate à mettre en œuvre au regard des effets diffus d'un tel acte. Cela étant, il convient de nuancer cette difficulté, laquelle vaut également pour certains actes de droit dur dont les effets juridiques illégaux peuvent difficilement être effacés.

Enfin, les effets de l'illégalité d'un acte de droit souple doivent également être appréciés du point de vue de la responsabilité de l'administration : faut-il, à l'instar du droit dur, considérer qu'une illégalité est fautive et entraîne une obligation de réparation ? On savait en réalité, avant même l'intervention des décisions de mars 2016, que l'utilisation illégale du droit souple était susceptible de donner lieu à un recours indemnitaire (*CE Sect. 21 mars 2003, Min. de l'Éco., n° 188833*). Le Conseil d'État a implicitement réitéré cette position dans sa décision *Marcihacy* précitée, même si en l'espèce il rejette la requête : ce rejet n'étant pas justifié par l'irrecevabilité de la demande mais bien par son caractère infondé, on conviendra qu'une lecture *a contrario* est possible.

En définitive, ce bilan, provisoire, découvre quelques pierres d'attente, permettant de conclure à un avenir radieux du contentieux lié au droit souple. Du point de vue des sources du droit administratif, la question essentielle nous paraît celle de l'opposabilité du droit souple à

l'administration elle-même. Des progrès sensibles ont été accomplis pour les lignes directrices (CE 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, n° 401751) ; ils sont plus discrets du côté des autres actes de droit souple. Mais le Conseil d'État semble tout de même avoir admis d'apprécier la légalité d'une sanction administrative en tenant compte d'une position antérieure adoptée par un directeur départemental adjoint du travail dans un courrier (CE 16 déc. 2016, *Groupement d'employeurs Plusagri*, n° 390234). S'il est une petite source du droit administratif, le droit souple pourrait alors entrer par la grande porte de l'opposabilité, c'est-à-dire finalement celle de l'État de droit.