

Séminaire ACA du 18 décembre 2013

Droit souple : normes juridiques et sources du droit

Première table ronde :

Les pratiques du droit souple sous le contrôle du juge administratif : quel bilan ?

Intervention de Catherine BERGEAL, conseiller d'Etat

Quelques mots introductifs sur l'état des lieux en France. Où en est aujourd'hui le contrôle du juge administratif sur l'utilisation, par les pouvoirs publics, des instruments du droit souple ?

Deux traits caractérisent ce contrôle : le pragmatisme et le pointillisme.

Pragmatisme : L'action du juge administratif a été guidée par la nécessité de concilier deux impératifs : offrir au citoyen un recours effectif contre toute action des pouvoirs publics et favoriser un fonctionnement efficace de l'administration.

Pointillisme : il n'existe pas de régime juridique général applicable au contentieux du droit souple. Il existe, d'une part, un instrument générique la directive dite Crédit foncier de France (CFF) ; il existe, par ailleurs, des domaines d'action administrative particuliers dans lesquels le juge a estimé nécessaire d'intervenir et, enfin, au sein de ces secteurs hétérogènes des contrôles à géométrie variable où la grille de contrôle du juge n'est pas toujours la même.

La prise en compte du phénomène du droit souple par le juge administratif est l'histoire d'une accommodation continue.

Cette accommodation s'est faite en 4 étapes

1 la première étape est celle des années 1970. En 1970, le juge administratif invente un nouvel outil de contrôle : la directive CFF.

Elle porte le nom de la décision du Conseil d'Etat rendue en Section le 11 décembre 1970, pour la distinguer de la directive européenne.

Quel était l'objet du litige soumis au conseil d'Etat ?

Le Crédit foncier de France avait été chargé en 1945 par le gouvernement de distribuer des subventions aux particuliers pour les aider à améliorer leurs habitations. La commission qui devait apprécier l'utilité des travaux pour lesquels la subvention était demandée s'était fixée à elle-même des orientations générales pour apprécier le degré d'utilité des travaux.

Les propriétaires d'un immeuble qui s'étaient vus refuser une subvention sur le fondement de ces orientations générales avaient demandé au juge administratif d'annuler ce refus.

La question soulevée par ce recours était, vous l'aurez compris, celle du contrôle du juge en matière d'interventionnisme économique, lorsque les pouvoirs publics agissent non plus par la réglementation, mais par la voie d'incitations, comme l'octroi d'avantages financiers liés à des opérations déterminées.

Au regard de l'état de la jurisprudence en 1970, le juge administratif se trouvait devant une alternative, dont aucune branche n'était satisfaisante :

- ou bien, il partait du principe selon lequel le Crédit foncier de France ne tenait d'aucun texte légal ou réglementaire le pouvoir de fixer des règles pour l'attribution des subventions. Il fallait alors en déduire que le CFF ne pouvait se fixer d'avance une ligne de conduite dans l'examen des demandes qui lui étaient soumises et par suite, qu'il ne pouvait faire connaître aux intéressés les critères objectifs qui allaient inspirer ses décisions. Or la détermination et la publication d'une telle ligne de conduite apparaissait indispensable pour assurer l'égalité entre les demandeurs et pour maintenir dans la durée, la cohérence de l'action administrative. Cette jurisprudence apparaissait au commissaire du gouvernement Bertrand de l'affaire CFF « *en opposition complète avec les nécessités et les pratiques de l'action administrative en matière économique* »

- ou bien le Conseil d'Etat jugeait que le Crédit foncier de France avait le pouvoir de fixer de telles règles, reconnaissance qui présentait le grand avantage de permettre le contrôle du juge sur ce pouvoir, mais qui se heurtait à de sérieuses difficultés constitutionnelles sur la répartition du pouvoir réglementaire entre autorités publiques.

« L'invention » par le Conseil d'Etat dans sa décision de 1970 d'un nouvel instrument désormais appelé « la directive Crédit foncier de France » a permis de sortir de ce dilemme : le juge administratif a admis que par ce nouvel instrument, l'administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, se fixe, à elle-même, des orientations générales dans l'application d'une réglementation. Ces orientations générales doivent être prises bien sur dans le respect des buts fixés par la réglementation ; elles pourront servir de fondement aux décisions individuelles à prendre. L'administration peut et même doit, se fonder sur cette directive lorsqu'elle prend une décision individuelle ; elle doit également toujours procéder à un examen individuel pour vérifier s'il y a lieu de faire une simple application des orientations générales ou si une particularité du cas qui lui est soumis justifie qu'elle s'écarte de cette orientation.

Ces caractéristiques de la directive CFF expliquent son traitement par le juge administratif :

- elle ne peut être contestée directement devant lui, puisqu'elle n'a pas de caractère réglementaire ;
- elle peut être invoquée devant le juge par toute personne souhaitant se prévaloir de ses dispositions,
- il est aussi possible de demander au juge d'écarter les dispositions de la directive soit parce qu'elle est illégale, soit parce que la particularité de la situation de l'intéressé exige un examen particulier.

Cet instrument n'est pas un apanage du juge français .

Elle avait des précédents Le commissaire du gouvernement M Bertrand a déclaré puiser l'inspiration de cette invention, dans la jurisprudence des juges belges et italiens,

Elle a eu des successeurs La directive Crédit foncier de France a aujourd'hui un équivalent en droit européen : « *la commission peut s'imposer des orientations pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation par des actes comme des lignes directrices ... dans la mesure où ils contiennent des règles indicatives sur l'orientation à suivre par cette institution et où ils ne s'écartent pas des règles du traité* » CJCE 20 octobre 2000 Allemagne c commission et 22 mars 2001 France contre commission

2 La seconde étape franchie durant les années 1980 est celle de la mise en place d'un contrôle particulier sur un secteur spécifique : celui des contrats types administratifs.

On définira très succinctement le contrat type comme un modèle de contrat que les parties au contrat sont libres ou non d'adopter, que ce soit en tout ou partie. Il en est, vous le savez, de multiples sortes et les acteurs privés en ont créé de nombreux, y compris dans le domaine international.

Les contrats types administratifs – ceux qui entrent dans le champ de contrôle du juge administratif- les plus utilisés en nombre aujourd'hui en France sont ceux utilisés pour les marchés publics . Les 5 « cahiers des clauses administratives générales » pour les différents types de marchés publics (travaux, fournitures et services, **prestations intellectuelles industriels, techniques de l'information et de la communication**) ne sont pas obligatoires, même s'ils sont approuvés par un acte administratif (arrêté du ministre chargé de l'économie).

Cependant, l'immense majorité des plus de 120 000 marchés publics passés chaque année en France s'y réfèrent.

Là encore, l'intervention du juge est directement liée à l'évolution des modes d'action publique : les années 1980 sont celles en France de la décentralisation, qui émancipent les collectivités territoriales du lourd contrôle que le préfet dans chaque département exerçait sur leurs contrats. Les collectivités ne sont plus tenues d'adopter les contrats types ; c'est le moment où le juge administratif décide de prendre en compte le fait qu'elles continuent très majoritairement à les utiliser, et décide d'étendre son contrôle sur ces contrats types.

Il le fait en utilisant les instruments les plus classiques de son arsenal : le recours direct en annulation et le contrôle de cassation. Le Conseil d'Etat juge d'abord, en 1982, que les CCAG, bien qu'ils n'aient aucun caractère réglementaire, peuvent faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir (*CE 2 juillet 1982 Conseil national de l'ordre des architectes*). Devenu juge de cassation après la création des cours administratives d'appel, le Conseil d'Etat juge en 1998 (*CE Section 27 mars 1998 Sté d'assurances la nantaise et l'angevine réunies*) que les clauses d'un CCAG, par exception au principe selon lequel des clauses contractuelles

appartiennent à l'appréciation des juges du fond, peuvent être interprétées par le juge de cassation. Les CCAG sont donc assimilés pour l'exercice du contrôle du juge de cassation à des actes réglementaires : il n'y a plus de différence entre contrôle du droit dur et contrôle du droit souple.

L'objectif de cette avancée jurisprudentielle est, là encore, le pragmatisme : le recours en annulation permet de censurer ab initio des stipulations illégales ce qui permet immédiatement, à la fois d'éviter leur reproduction dans une multitude de contrats publics, Le contrôle du juge de cassation permet d'imposer une interprétation unique à des stipulations introduites par les collectivités publiques dans la plupart de leurs marchés et ainsi imposées de fait à des milliers d'entreprises sur tout le territoire.

3 la troisième étape, franchie dans les années 1990, concerne un autre secteur spécifique : celui de la normalisation.

Les normes validées par l'Association française de normalisation sont de simples documents de référence portant sur des règles, des caractéristiques des recommandations, des exemples de bonnes pratiques relatives à des produits, des services, des méthodes des processus ou des organisations. (cf. www.afnor.org).

Ces normes ne sont pas obligatoires. Le juge administratif a pourtant décidé en 1991, *par une décision CE 14 octobre 1991 section régionale Normandie mer du nord du comité interprofessionnel de conchyliculture*) que peuvent faire l'objet d'un recours en annulation les décisions d'homologation des normes prises par l'AFNOR.

Je ne détaille pas davantage cette étape, dans la mesure où, à la fois, les motifs de cette jurisprudence et sa portée sont semblables à ceux relatifs aux contrats types administratifs déjà exposés.

Bien que sa portée soit assez circonscrite, vous voyez là encore un cas intéressant d'utilisation pure et simple des instruments du droit dur pour contrôler le développement du droit souple.

4 La quatrième est étape franchie dans les années 2000 : celle du contrôle des autorités administratives indépendantes (AAI)

L'essor de ces autorités nait, vous le savez, de la double influence de la doctrine du new public management et des exigences européennes relatives à la nécessité de l'indépendance des autorités de régulation. Ces AAI peuvent agir assez souvent par voie de normes impératives ; elles recourent aussi beaucoup à des modalités d'action non contraignantes, tels des avis ou de recommandations : c'est notamment le cas, par exemple, des Autorités de la concurrence mises en place dans chaque Etat européen.

Le pragmatisme du juge administratif l'a conduit, à nouveau à s'adapter à ces formes d'intervention des pouvoirs publics.

Le contrôle mis en place sur les activités multiformes des AAI présente deux caractéristiques :

1^{ère} caractéristique : le juge administratif utilise l'ensemble de sa palette de contrôle, en tenant compte des enseignements apportés par les expériences des trois étapes précédentes :

- la directive CFF, instrument générique de contrôle du droit souple, a révélé une grande richesse rebaptisée lignes directrices ;

- le recours en annulation instrument du droit dur est utilisé à la fois pour contrôler les dispositions impératives formulées par ces autorités, mais aussi pour contrôler les recommandations qui sans être impératives en droit, le sont en fait : ainsi le conseil d'état a-t-il en 2011 annulé les recommandations de bonnes pratiques de la haute autorité de santé en matière de traitement du diabète et ce parce que les experts ayant participé à l'élaboration de ces recommandations n'avaient pas tous justifiés de leur indépendance CE 27 avril 2011 Formindep .

2^{ème} caractéristique : l'absence d'un régime juridique commun du contrôle des AAI mais un patchwork de solutions jurisprudentielles adaptées aux pouvoirs donnés à chacune de ses autorités et aux spécificités de leurs très diverses modalités d'interventions . C'est donc un contrôle de nature finaliste.

Pour les besoins de cet exposé de manière ont été distingués de manière un peu artificielle 4 étapes chronologiques nettes qui se sont succédé en 40 ans. Cette succession historique est réelles, mais dans les faits ses étapes se chevauchent et se conjuguent largement.

Le résultat est que nous nous trouvons en cette fin de l'année 2013 face à ce que nous appelons, en France, un jardin à l'anglaise : beau, mais désordonné.

La réflexion générale sur le droit souple que le Conseil d'Etat vient de mener en 2013 est une tentative, d'y introduire quelques-unes des allées droites et cartésiennes du jardin à la française. Cette tentative est peut être illusoire ; nous avons pensé qu'elle valait d'être essayée Nous espérons que nos débats, aujourd'hui, nous y aiderons.