



BANQUE DES MEMOIRES

**Master de droit public comparé
Dirigé par M. le Professeur Gilles Guglielmi
2021**

***Le contentieux des actes de droit souple :
approche comparée***

Julien BLOUD

Sous la direction de M. le Professeur Philippe Cossalter



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Le contentieux des actes de droit souple : approche comparée

Julien BLOUD

Année universitaire 2020-2021

Mémoire de Master 2 Droit public comparé

Sous la direction de M. le Professeur Philippe Cossalter

Remerciements

Mes remerciements s'adressent à mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Philippe Cossalter, pour ses conseils avisés, son incitation à la curiosité dans les recherches et son invitation à sortir des sentiers battus.

Je tiens également à remercier Monsieur Jean-Jacques Menuret, Maître de conférences en droit public (Université Sorbonne Paris-Nord), d'avoir pris le temps de me donner des repères et indications, me permettant ainsi d'inscrire mon étude dans un mouvement plus ample que les aspects techniques traités.

*Tu patere legem quam ipse fecisti*¹

¹ « Subis la loi que tu as toi-même édictée ».

« Prescription en vertu de laquelle l'auteur d'une norme doit se soumettre à son application (...) En ce qui concerne les personnes publiques, c'est le principe de légalité qui conduit à l'assujettissement universel à la règle préétablie. L'autorité administrative doit se conformer, dans toutes les décisions subséquentes, au texte général qu'elle a précédemment élaboré ». (ROLAND (Henri), *Lexique juridique des expressions latines*, 8^e édition, LexisNexis, 2021, p. 377).

Il revient au juge de sanctionner l'illégalité de l'action publique.

Sommaire

| | |
|---|-----|
| <i>Introduction</i> | 6 |
| A) Exposé des termes..... | 11 |
| B) Mise en contexte..... | 13 |
| C) Hypothèse de départ..... | 14 |
| D) Problématique..... | 16 |
| <i>Partie I/ Les conditions de contrôle juridictionnel d'un acte de droit souple</i> | 17 |
| I) France : une acceptation élargie par le juge administratif..... | 17 |
| II) Allemagne et Royaume-Uni : un contrôle juridictionnel institutionnalisé | 29 |
| Conclusion de partie..... | 36 |
| <i>Partie II/ L'office du juge de l'acte de droit souple</i> | 37 |
| I) Du contrôle de légalité..... | 37 |
| II) Des pouvoirs du juge face à l'illégalité d'un acte de droit souple | 55 |
| Conclusion de partie..... | 65 |
| <i>Conclusion générale</i> | 66 |
| <i>Annexes</i> | 71 |
| I) Droit français | 71 |
| II) Droit allemand..... | 94 |
| III) Droit anglais..... | 96 |
| <i>Bibliographie</i> | 105 |
| I) Manuels et ouvrages | 105 |
| II) Articles | 106 |
| III) Thèse et mémoire..... | 108 |
| IV) Dictionnaires..... | 108 |
| V) Colloque..... | 108 |

Liste des abréviations pouvant être utilisées (juridictions)

| | |
|--------|--|
| CE | Conseil d'État français |
| Cass. | Cour de cassation française |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| CJCE | Cour de justice des communautés européennes |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht : Cour constitutionnelle fédérale allemande |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht : Équivalent du Conseil d'État en Allemagne |
| OVG | Oberverwaltungsgericht : Cour administrative d'appel en Allemagne |
| UKSC | Supreme Court of the United-Kingdom: Cour suprême du Royaume-Uni |
| EWCA | Court of Appeal (England and Wales): Cour d'appel en Angleterre et Pays de Galles |
| EWHC | High Court of Justice (England and Wales): Juridiction de premier ressort |
| Q.B. | Queen's Bench : Inclut la « Administrative Court », située au sein de la EWHC |

Liste des abréviations pouvant être utilisées (textes)

| | |
|-------|--|
| CEDH | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme |
| GG | Grundgesetz : Loi fondamentale (constitution allemande) |
| LFGB | Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch: Code relatif à l'alimentation humaine et à l'alimentation animale (Allemagne) |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz : Loi sur la procédure administrative non contentieuse (Allemagne) |
| HRA | Human Rights Act 1998 : Incorporation de la CEDH en droit britannique |

Introduction

L’omniprésence du droit souple. Dans un colloque intitulé « De nouvelles frontières pour le juge administratif » organisé au sein du Conseil d’État le 18 décembre 2020, un des aspects évoqués fut le recours croissant au droit souple, notamment lors de la gestion de la crise sanitaire de la Covid-19². En effet, le ministère du Travail a produit quantité de documents pour accompagner les entreprises (protocoles, guides de bonnes pratiques, Foires aux questions etc.). L’ordonnance rendue par le juge des référés du Conseil d’État le 29 mai 2020 relative à des recommandations de la ministre du Travail sur l’usage des fontaines à eau en entreprise pendant l’épidémie témoigne de leur possible contestation devant le juge³.

Le recours à ce type d’acte par les personnes publiques n’est pas nouvelle, et vise à garantir la transparence comme l’efficacité de l’action administrative⁴. En 2013, le Conseil d’État consacrant son étude annuelle au droit souple⁵, souhaita déjà attirer l’attention sur l’« omniprésence »⁶ de ce phénomène juridique. Le Conseil d’État souligne la nécessité pour le droit français de systématiser un droit qui lui est « étranger » en raison de son écart avec la conception de norme comme règle impérative. Il invite également à tourner son regard vers les droits étrangers pour constater les différents traitements qui lui sont réservés.

² Colloque organisé le 18 décembre 2020 par la section du contentieux et la section du rapport et des études du Conseil d’État, en partenariat avec l’ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation, « table ronde » 2 consacrée au droit souple. Retransmission disponible au lien suivant : https://www.youtube.com/watch?v=Emy60g4o_6Y

³ CE, ord., 29 mai 2020, *AFIFAE*, n° 440452.

⁴ Voir en ce sens les interventions de Jean-Denis Combexelle et Rozen Noguellou dans le colloque précité.

⁵ Il convient dans ce devoir de consacrer « droit souple » comme la traduction de *soft law* bien que des nuances sémantiques puissent être apportées. L’expression *soft law* sera employée pour le droit international, droit européen, droit anglais.

⁶ Conseil d’État, étude annuelle consacrée au « droit souple », n°64, 2013, p. 23.

Le souci de la Haute juridiction administrative de rechercher de nouvelles solutions pour améliorer la qualité du droit français n'est pas nouveau, comme le démontre une section relative « aux rapports et aux études » depuis 1963. Le recours au droit comparé est ainsi dans la continuité de cette démarche de perfectionnement du droit français ; là encore existe une cellule de droit comparé en son sein depuis 2008.

La spécificité du droit souple rend d'autant plus cruciale la comparaison avec les droits étrangers que le juge administratif français semble *a priori* dépourvu de toute arme pour s'en approcher. En effet, de prime abord le juge administratif conditionne notamment l'admission à son prétoire de l'acte litigieux par un critère *ratione materiae* : celui-ci doit constituer un « grief » au justiciable en raison de son caractère impératif.

La présente analyse aura notamment pour objectif de fournir les grands principes et problématiques relatifs au contentieux des actes de droit souple des systèmes anglais et allemand.

Exclusion de l'étude du droit international. La *soft law* demeure emblématique du droit international et s'applique en principe dans deux situations. Premièrement, les droits ou obligations « mous » même s'ils sont contenus dans un instrument « dur » : nombre d'actes juridiques internationaux formellement contraignants (ex : traités) accueillent en leur sein des dispositions qui ne sont pas des normes, mais bien des déclarations d'intention, des objectifs.

Deuxièmement, les instruments « mous » qui peuvent être de deux types :

- La *soft law* textuelle est celle provenant de textes non contraignants adoptés par les États, organisations internationales (ex : projets de traité, recommandations, codes de conduite, résolutions, directives, déclarations, lignes directrices que le juge international mobilise dans ses décisions).
- La *soft law* « prétorienne » relève quant à elle de positions des organes de suivi ou de contrôle, comme par exemple les avis de l'Assemblée générale des Nations-Unis.

Plus généralement, la norme *soft* est celle qui, bien que dépourvue de force obligatoire, a une pertinence (une « relevance ») dans la résolution du différend et mérite à ce titre d'être « prise en considération » par le juge. Le caractère *soft* ou *hard* d'une norme internationale a alors partie liée avec la question du droit

applicable. Est ainsi imprégnée de relativité la question de la *hardness* ou de la *softness* de la norme.

Si le droit souple tend à être accepté aux prétoires des différents juges internationaux - à commencer par la Cour internationale de Justice en 2014 dans l'arrêt *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*⁷ -, cela n'a pour objectif que de leur permettre d'appuyer la motivation de leurs décisions, fondées sur des règles de *hard law* pour un litige donné. La *soft law* n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en justice.

A titre d'exemple, dans l'arrêt *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*⁸, la Cour a réalisé de nombreuses références aux résolutions et lignes directrices de la Commission baleinière internationale que le Japon avait l'obligation « *de prendre dûment en considération* ».

La *soft law* internationale voit son intérêt doublement limité dans la présente étude par :

- L'impossibilité de systématiser son approche aussi bien entre les différentes juridictions internationales, qu'au sein des juridictions-mêmes⁹.
- L'absence de « contrôle juridictionnel » de la *soft law* internationale, en raison notamment du principe d'absence de hiérarchie normative en droit international.

Son étude se retrouve donc contrainte par les faiblesses structurelles du droit international.

Exclusion de l'étude du droit de l'Union européenne. Comme pour le droit international, la *soft law* constitue un outil prépondérant en droit de l'Union européenne. Son institutionnalisation par les traités-mêmes est illustrée par l'article 288 *TFUE* prévoyant des avis et recommandations « *qui ne lient pas* » leurs

⁷ CIJ, 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c/ Japon ; Nouvelle-Zélande intervenant), CIJ Recueil 2014, p.271.

⁸ Préc.

⁹ Voir en ce sens : LATTY (Franck), « De la tendresse dans le monde des juges La *soft law* devant les juridictions internationales », in *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (dir. Pascale Deumier et Jean-Marc Sorel), collection « Contextes », LGDJ, 2018, p. 387.

destinataires¹⁰. L'importance de la *soft law* suggère qu'un véritable contrôle juridictionnel serait mis en place. On notera également que des limitations à son recours sont également instituées¹¹. Il n'en est pourtant rien : « *le cadre juridique étant plus récent et ne comportant par définition pas les contraintes d'un ordre étatique ancien et vertical, (le droit de l'Union européenne) ne semble pas mieux préparé à l'acceptation de la soft law. L'attitude du juge européen, que l'on pourrait penser « en avance » par rapport à son homologue national, en est la preuve. Tâtonnant selon les circonstances et les secteurs, il accepte la soft law sans renouveler sa boîte à outils juridiques (...)* »¹².

En principe les actes de *soft law* ne sont pas susceptibles de recours car ils ne produisent pas d'effets juridiques¹³.

Le juge va rechercher s'ils produisent des « *effets de droit* » ou « *des effets juridiques obligatoires* », et ne se soucie guère de leur forme comme en droit interne. Son contrôle portera essentiellement sur la substance de l'acte, intention de l'auteur et au contexte de son édicition.¹⁴ En cas de doute sur sa « *juridicité* », le juge va vérifier que son auteur dispose d'un « *pouvoir décisionnel* » pour prendre un acte juridiquement contraignant et que l'acte attaqué produit des effets juridiques définitifs. A l'image de la jurisprudence *Duvignères*¹⁵ en droit français, la rédaction en termes impératifs est un critère du faisceau d'indices employé par le juge pour déterminer de la justiciabilité d'un acte de droit souple donné.

¹⁰ Article 288 *TFUE* : « *Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis.*

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci.

Les recommandations et les avis ne lient pas. »

¹¹ L'article 296 § 3 *TFUE* tente de limiter les instruments de *soft law* en prévoyant que « *lorsqu'ils sont saisis d'un projet d'acte législatif, le Parlement européen et le Conseil s'abstiennent d'adopter des actes non prévus par la procédure législative applicable au domaine concerné* »

¹² LAGET-ANNAMAYER (Aurore), « *Regard d'une interniste sur la soft law au sein des agences européennes en matière de régulation économique* », in *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (dir. Pascale Deumier et Jean-Marc Sorel), collection « *Contextes* », LGDJ, 2018, p. 246.

¹³ Ex : TPICE, 18 déc. 2003, n°T-326/9, *Olivieri c/Commission et Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (EMEA)*, Rec. CJCE II-6053, pt. 51 – CJCE, 12 sept. 2006, n°C-131/03, *Reynolds Tobacco ea/Commission*.

¹⁴ CJCE, 31 mars 1971, n°C-22/70, *Comm. c/Conseil dite AETR*, pt. 42.

¹⁵ CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n°233618, Rec. CE, p. 463.

L'étude du droit positif de l'Union européenne présente donc un intérêt limité concernant le contentieux des actes de droit souple.

Droits comparés : Royaume-Uni et Allemagne. Au-delà de l'intérêt porté à étudier le droit de deux pays relevant de deux familles juridiques différentes¹⁶, le Royaume-Uni étant un pays de *common law* et l'Allemagne un pays de *civil law*, leur étude est d'une grande pertinence dans une logique comparative.

Tout d'abord, ces droits ont développé chacun un usage spécifique du droit souple pouvant être rattaché à un aspect du droit souple en droit administratif français.

Le droit souple au Royaume-Uni est avant tout un outil d'accompagnement des politiques publiques menées. Un rapprochement peut donc être opéré avec le droit souple français hors autorités de régulation.

Le droit souple en Allemagne est centré sur les « informations publiques » *via* des avis, recommandations à destination des citoyens allemands. Son étude peut donc être pertinente par rapport à l'usage du droit souple par les autorités de régulation en France¹⁷.

Deuxièmement, ces deux droits ont développé un contentieux en la matière. Ils ont en effet développé des critères quant à la justiciabilité des actes de droit souple, le contrôle de légalité, mais aussi des moyens mis à la disposition du juge pour sanctionner un acte illégal. Leur étude pourra donc témoigner des difficultés rencontrées par leurs juges respectifs.

Troisièmement, les droits allemand et anglais constituent des références pour le juge administratif français, comme en témoigne leur étude au sein de la cellule de droit comparé du Conseil d'État. Leur analyse pourrait donc se révéler pertinente par rapport aux méthodes de travail et repères des juges du Palais Royal.

Il convient à présent de convenir de la signification de chaque terme afin de mieux en saisir les enjeux.

¹⁶ Distinction portée avant tout pour des raisons pédagogiques.

¹⁷ Rappelons dès maintenant que l'arrêt CE Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta international et autres* n° 390023 était relatif à un avis réalisé par l'Autorité des marchés financiers (AMF) à destination des potentiels investisseurs, dont des particuliers.

A) Exposé des termes

Notion de droit souple. Il est nécessaire d'essayer de définir le droit souple ou « *soft law* », notion faisant l'objet de critiques d'un point de vue doctrinal¹⁸ et qui se rattache tant à son objet qu'à ses effets. Il conviendra pour se faire de se référer à une définition non exhaustive, mais générique à l'ensemble des problématiques rencontrées tant par des considérations géographiques (ex : droit positif à un endroit donné) que par des considérations de détermination ayant effet sur la saisine par le juge¹⁹.

Nous nous en tiendrons donc à une définition donnée et développée par le professeur Benjamin Laverne : « *technique normative – en ce qu'elle indique un modèle de comportement – sans pour autant qu'elle s'assimile à une véritable norme juridique, puisqu'elle se contente de recommander ce comportement - et qu'elle ne revêt donc pas de signification impérative. Cette technique est généralement formalisée dans des instruments formellement recommandatoires, à la dénomination variée (« recommandation », « code de conduite », « avis », « ligne directrice », « charte » etc.). La technique dispose enfin d'effets subjectifs avérés sur ses destinataires, voire sur les tiers, impliqués par la position et l'autorité de la personne qui l'édicte (...). La doctrine semble aujourd'hui s'accorder sur la plupart de ces brefs éléments de définition* »²⁰.

Le droit souple s'éloigne ainsi des attributs classiquement attachés à la norme juridique, à commencer par le caractère impératif. Il n'en est pas pour autant exclu du « phénomène juridique » puisqu'il prépare, complète, rappelle ou interprète des règles de droit « dur ».

¹⁸ En témoigne l'emploi d'adjectifs prenant un sens péjoratif pour caractériser ce droit : droit « gazeux », droit « flou ».

¹⁹ Voir en ce sens : THIBIERGE (Catherine), « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit. », in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2003, p. 599.- SIRINELLI (Jean), « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », in *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 529.

²⁰ LAVERGNE (Benjamin), « Le droit souple devant le juge administratif français », in *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple* sous la direction de JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), Presses universitaires de Reims, 2017, pp. 25-26.

Aperçu de la notion de contentieux. À ce stade de l'introduction, il convient d'étudier la notion de contentieux dans les droits nationaux étudiés pouvant concerner le droit souple.

Droit administratif français. Selon le *Vocabulaire juridique Cornu*, le terme « contentieux » renvoie aux « *questions qui sont ou qui peuvent être l'objet d'une discussion devant les tribunaux* »²¹.

Le contentieux administratif français se divise en deux grandes branches : le contentieux de la légalité – recours pour excès de pouvoir- et le « plein contentieux ».

Le recours pour excès de pouvoir peut être défini comme le « *recours contentieux tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision d'une règle de droit* »²².

Le recours de plein contentieux ou « pleine juridiction » est quant à lui « *le recours sur lequel la juridiction administrative prononce entre l'administration et ses contradicteurs comme les tribunaux ordinaires entre deux parties litigantes. Ainsi le juge peut-il, suivant la définition classique de Laferrière, réformer les décisions de l'administration non seulement quand elles sont illégales mais encore lorsqu'elles sont erronées, leur substituer des décisions nouvelles, constater des obligations et prononcer des condamnations pécuniaires* »²³.

Les juridictions confrontées droit souple issu de personnes publiques seront donc essentiellement administratives, le Conseil d'État érigeant les principes structurant ce contentieux en construction.

Droit anglais. Le droit souple est contrôlé par la procédure de *judicial review* dans laquelle un juge examine la légalité d'une décision ou d'une action prise par une personne publique, et peut prendre des mesures (« *remedies* ») visant à rétablir la légalité si nécessaire.

La procédure de *judicial review* est effectuée par les juges des cours administratives (« *administrative courts* »), situées au sein des cours d'appel (« *high courts* »). Certaines juridictions comme la Cour suprême britannique (*United-Kingdom Supreme Court*) pourront de plus être évoqués.

²¹ *Vocabulaire juridique Cornu*, Presses unitaires de France, 11^e édition, 2016, p. 255.

²² *Ibid* p. 867.

²³ *Ibid*. p. 866.

Droit allemand. Le contentieux allemand des actes de droit souple s'est avant tout construit par l'atteinte aux droits fondamentaux. Les décisions emblématiques en la matière ont donc été rendues par la Cour constitutionnelle fédérale allemande (« *Verfassungsgerichtshof* »), dite de « *Karlsruhe* », via la procédure de *Verfassungsbeschwerde* prévue à l'article 93 al. 1 4a de la Loi fondamentale. Celle-ci permet à quiconque s'estime lésé dans ses droits fondamentaux de saisir le juge constitutionnel.

Il importe non seulement de définir les termes de cette étude, mais également de présenter le contexte.

B) Mise en contexte

Recours croissant au niveau national. Le développement du recours au droit souple se rencontre aussi en droit public (ex : les recommandations et avis d'autorités de régulation comme l'Autorité des marchés financiers à l'origine de l'arrêt *Fairvesta Numéricable*²⁴), qu'en droit privé (ex : codes privés de gouvernement d'entreprise, codes de conduite, chartes éthiques).

Son développement récent tient au fait que contrairement au droit international, « *ce soudain engouement viendrait sans doute par une dilution de la verticalité dans des réseaux horizontaux (la régulation économique par exemple), une perte partielle de la sacralisation du vertical (et de la croyance dans des institutions immuables), la complexification des relations, l'immixtion de la personne privée au sein du dialogue juridique qui n'est plus seulement celui d'un ordre donné d'en haut basé sur des prérogatives de puissance publique qui doit ruisseler vers le bas* »²⁵.

Le droit souple en droit interne est donc la conséquence d'un affaïssement du rapport vertical traditionnel entre personnes publiques et administrés. Les nouveaux rapports se caractérisent par une prévalence du dialogue, de la justification des actions menées par les personnes publiques auprès des justiciables.

²⁴ Conseil d'État, 21 mars 2016, *Société Fairvesta international GMBH et autres et Société Numericable*, n°368082 et 390023.

²⁵ SOREL (Jean-Marc), « Propos introductifs » in in *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (dir. Pascale Deumier et Jean-Marc Sorel), collection « Contextes », LGDJ, 2018, p.9.

État de droit. Ce principe est fondamental dans les démocraties libérales comme la France, l'Allemagne (« *Rechtsstaat* ») ou le Royaume-Uni (« *Rule of Law* »). Il est mis également en évidence dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²⁶ comme dans le droit de l'Union²⁷.

Nécessité d'un contrôle juridictionnel effectif du droit souple dans un État de droit. Comme le souligne le Conseil d'État dans son étude de 2013 précédemment citée, « *la fonction du droit souple est la même que celle du droit dur, à savoir une technique d'action sur les comportements, peut conduire à justifier une certaine forme de basculement vers l'admission d'un contrôle juridictionnel des actes de droit souple.*²⁸ ».

La nécessité d'un contrôle juridictionnel effectif du droit souple est inhérente au respect de l'état de droit. « *Si les personnes privées sont titulaires de droits subjectifs opposables à l'État, il apparaît nécessaire qu'un juge puisse en assurer le respect. La question du juge dans un État de droit se pose sous trois rubriques : le statut, la compétence et le pouvoir* »²⁹.

Le juge devra donc pouvoir réaliser un contrôle large du droit souple, le contrôler de manière effective, et disposer des pouvoirs nécessaires pour sanctionner son illégalité.

C) Hypothèse de départ

Intérêt des « formants »³⁰. L'étude des droits étrangers permettra de déterminer les « formants » favorables au développement et à la reconnaissance du droit souple, mais aussi différentes manières de le traiter dans l'office du juge.

²⁶ Voir préambule.

²⁷ Le Traité sur l'Union européenne dispose dans son article 6 que l'Union est fondée sur le principe de l'Etat de droit qui est commun aux États membres ; La Cour de Justice des Communautés européennes voit dans les traités institutifs la charte constitutionnelle d'une Communauté de droit (CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts*).

²⁸ Étude préc., p. 3.

²⁹ JOUANJAN (Olivier), « l'Etat de droit » in *Dictionnaire de la culture juridique* (Dir. Denis Alland et Stéphane Rials), Presses universitaires de France, 2003, p. 651.

³⁰ Notion définie par Rodolfo Sacco comme « l'ensemble de règles, de dispositifs sociaux/culturels/politiques qui contribuent à engendrer l'ordre juridique considéré ».

L'étude de différentes sources de droit souple permettra de rendre compte de différences fondamentales, à commencer par la distinction entre origine internationale et origine interne.

Le professeur Thomas Perroud a par exemple souligné que « *le droit anglais n'a pas rencontré de difficulté majeure à reconnaître la justiciabilité des actes de droit souple, en raison, notamment, du caractère objectif du contrôle juridictionnel (...) et que le droit souple est, généralement, présenté comme inhérent à la common law* »³¹.

En effet, le droit souple étant « par nature » dépourvu de toute normativité et de toute contrainte procédurale classique, le développement de « son autonomie » par rapport aux « *critères contentieux classiques du droit dur* »³² » pourra être soulignée dans certains droits, mais non tous. Ainsi le juge constitutionnel allemand exerce un contrôle distinct en matière de droit souple comme il sera vu par la suite, alors que le juge anglais contrôle le droit souple en utilisant les mêmes techniques que le contentieux général.

L'étude du droit souple permettra donc non seulement de déterminer les grands principes de son contentieux dans les droits comparés, mais également de mettre en valeur une atténuation de la distinction opérée jusqu'à présent entre « droit dur » et « droit souple » fondée sur les critères d'« impérativité » et de « justiciabilité » du premier.

³¹ Cité dans : TRAORÉ (Seydou), préface in *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple* sous la direction de JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), Presses universitaires de Reims, 2017, p. 9.

³² *Ibid.* p. 8.

D) Problématique

Phénomène juridique issu des modes de conciliation au niveau international où la contrainte n'est pas privilégiée, le droit souple ou « *soft law* » se heurte à la conception traditionnelle du droit comme obligation, et donc à son « appropriation » par le juge pour faire respecter l'État de droit. Comme l'affirme Seydou Traoré, « *le passage à un véritable contrôle juridictionnel direct des actes de droit souple est de nature à permettre au juge compétent de déjouer certaines stratégies pouvant être développées par des autorités émettrices d'instruments et d'actes de droit souple* »³³.

Son contrôle et sa sanction en cas d'illégalité sont ainsi nécessaires pour assujettir les personnes publiques aux règles auxquelles elles sont tenues, mais surtout pour essayer de rétablir la situation des justiciables avant l'émission de l'acte litigieux, et qui pourraient avoir subi un préjudice.

Il convient donc d'étudier non seulement dans quelles conditions les actes de droit souple peuvent être contrôlés par le juge (partie I), mais aussi quels sont les moyens lui permettant de rendre ce contrôle juridictionnel effectif pour les justiciables (partie II).

³³ *Ibid.* p. 13.

Partie I/ Les conditions de contrôle juridictionnel d'un acte de droit souple

Tandis que le juge administratif français développe progressivement des conditions adaptées aux particularités des actes de droit souple (I), les juges anglais et allemand ont ouvert largement leur prétoire à ce type d'acte sur des fondements différents (II).

I) France : une acceptation élargie par le juge administratif

Si le contrôle des actes de droit souple se trouve en principe limité par les critères classiques de recevabilité, (A) les développements récents de la jurisprudence administrative tendent à combler cet « angle-mort » du contentieux. (B)

A) Contrôle indirect de la légalité des actes de droit souple

Inadaptation classique du critère *ratione materiae* appliqué par le juge administratif. Un recours pour excès de pouvoir n'est par principe recevable qu'à l'encontre d'une décision faisant grief, pouvant être définie comme une « *manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit et ayant pour objet de modifier l'ordonnancement juridique en affectant les droits et obligations du requérant.* »³⁴ Ainsi, le juge administratif ne peut en principe admettre devant lui que des énoncés comportant une obligation, c'est-à-dire ayant une *signification impérative* pour les destinataires. Les effets concrets pouvant être perçus par certains ne sont donc en principe pas pris en compte. La méthode classique du juge administratif pour admettre certains types d'actes relevant du « droit souple » (ex : circulaires en droit administratif français) est de requalifier ces actes en

³⁴ SEILLER (Bertrand), « Acte administratif – Identification », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, 2015, spéc. n°208 sq.

caractérisant une teneur impérative³⁵. Ce caractère impératif est notamment décelé par la « *rédaction impérative* » des recommandations soumises à son contrôle³⁶. Il était par exemple question dans l'arrêt Conseil National de l'Ordre des Médecins du 26 septembre 2005 des « recommandations de bonne pratique en matière d'information des patients » érigées par l'ancienne Agence Nationale d'Accréditation et d'Evaluation en Santé (ANAES) fondées sur l'article L.1111-9 du code de la santé publique. Le Conseil d'Etat jugea que si celles-ci « *n'ont pas en principe (...) le caractère de décision faisant grief, elles doivent être regardées comme (telles) lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative* ».

Benjamin Lavergne souligne cependant dans la contribution précédemment citée que « *cette référence à la seule « rédaction impérative », c'est-à-dire à la forme grammaticale des énoncés, peut laisser perplexe. Si elle a le mérite de la simplicité et d'une certaine prévisibilité pour les requérants, elle a pour immense inconvénient de confondre norme et énoncé* »³⁷. La conséquence indirecte cette méthode employée par le juge administratif fut l'emploi par les autorités indépendantes d'un choix lexical et grammatical en faveur de l'incitation, bien que le contenu puisse être assimilé à une contrainte.

L'intérêt porté au contexte d'édiction. Le juge administratif développe donc une approche élargie de la délicate ouverture du recours pour excès de pouvoir notamment aux actes de « droit souple », pouvant désormais être considérés comme normes au regard de la « force normative » du contexte d'édiction.

Le juge s'intéresse donc aux pouvoirs conférés à l'autorité concernée pour déterminer si les mesures prises peuvent être considérées comme normes.

Premièrement, le Conseil d'Etat a rejeté dans l'arrêt *S.A. Laboratoires Goupil* le recours pour excès de pouvoir au motif que les avis qui avaient été pris dans des « *compétences exclusivement consultatives* »³⁸.

Deuxièmement, la même juridiction accepta cette fois le recours « *eu égard à sa formulation impératives mais aussi au regard du rôle confié au Conseil pour l'application des principes de déontologie* »³⁹.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Conseil d'Etat, 26 septembre 2005, *Conseil National de l'ordre des médecins*, n°270234.

³⁷ *Ibid.* p. 31.

³⁸ CE, 27 mai 1987, *S.A. Laboratoires Goupil*, Rec. CE, p. 81.

³⁹ CE, 17 novembre 2010, *Syndicat français des ostéopathes*, n°332771.

Troisièmement, c'est par deux arrêts du 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon* et *Société ITM Entreprises* que la Haute-juridiction considéra que les « avis » de l'Autorité de la concurrence pouvaient être jugés décisives lorsqu'ils ont le caractère de « prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement sanctionner la méconnaissance »⁴⁰. De ces quelques aspects développés peut être considéré que certes le juge administratif français cherche à approcher un nouveau type de droit, mais qu'il recourt pour cela à des éléments internes (impérativité) ou externes (force normative du contexte d'édiction) s'apparentant au droit « dur ».

La permission de l'engagement fautif. Le Conseil d'État a par un arrêt du 30 juillet 1997 envisagé d'engagement la responsabilité du fait d'une recommandation fautive⁴¹. Le fait de permettre l'engagement d'une personne publique sur un tel fondement insinue que l'étude de la licéité d'un acte de droit souple pourra être envisagée. Il était question dans cette décision d'un communiqué publié du Ministre de la santé mettant en garde le public sur la consommation de lots de terrines de pâté suite à des cas d'intoxication à la toxine botulique. Le Conseil d'État énonça alors « *qu'il appartient au ministre chargé de la santé, même en l'absence de texte l'y autorisant expressément, de prendre les mesures permettant de mettre en garde le public contre des produits dont la consommation présente un risque grave pour la santé ; que de telles mesures, eu égard à l'objectif de protection de la santé publique qu'elles poursuivent, ne peuvent ouvrir droit à indemnisation que si elles sont constitutives d'une faute* »⁴².

Invocabilité à l'appui d'un recours contentieux. En sens contraire, le respect des préconisations d'un instrument de droit souple peut être invoqué pour dégager sa responsabilité. Ainsi, dans un arrêt du 4 janvier 2005, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait dégagé un médecin de toute responsabilité civile en relevant, qu'à la date des faits, sa prescription médicamenteuse « *était conforme aux données acquises de la science* »⁴³. Dans son étude précitée de 2013,

⁴⁰ CE, 11 octobre 2012, *Société ITM Entreprises*, n°346378 – CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n°357193.

⁴¹ CE, 30 juillet 1997, *Boudin*, n°118521, *Rec. CE*, p. 312.

⁴² Voir Partie 2 – Chapitre II – B – 1 pour plus de développements.

⁴³ Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2005, n° 03-14.206, inédit.

le Conseil d'État indiquait, dans le même sens : « *dans le cadre de recours soulevant une question d'appréciation d'un comportement, le droit souple, qui fixe souvent des standards en la matière, peut être utilement invoqué. Il s'agit notamment de recours de plein contentieux (responsabilité, sanctions administratives), mais aussi dans un domaine d'excès de pouvoir, celui du contentieux disciplinaire, où l'on ne peut exclure qu'une charte de déontologie serve à apprécier l'existence d'une faute [...] »⁴⁴.*

Le juge administratif prend donc progressivement compte le droit souple dans son office, sans pour autant le contrôler directement. L'ouverture du recours pour excès de pouvoir (REP) l'encontre des actes de droit

B) L'ouverture progressive du recours pour excès de pouvoir

L'ouverture du recours pour excès de pouvoir (REP) l'encontre des actes de droit se fait progressivement, et ce notamment en fonction d'un critère organique. Les actes issus des autorités de régulation sont les premiers à y être sujets (1), avant que cette solution soit généralisée aux actes de droit souple des autorités administratives classiques (2). La notion « d'actes de portée générale » vient encore plus récemment étendre le champ de contrôle du juge administratif (3), laissant entrevoir des difficultés à systématiser le régime contentieux mis en place (4).

⁴⁴ Étude préc., note 1, p. 177.

1) Actes de droit souples des autorités de régulation

Affaires *Fairvesta* et *Numéricable*⁴⁵. Par son arrêt *Fairvesta* et *Numéricable*, le Conseil d'État a ouvert la contestation des actes de droit souple des autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies. Il s'agit notamment : des avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies⁴⁶ ; des lignes directrices par lesquelles les autorités de régulation définissent, le cas échéant, les conditions dans lesquelles elles entendent mettre en œuvre les prérogatives dont elles sont investies⁴⁷.

Les deux affaires rendues le 21 mars 2016 par le Conseil d'Etat, *Société Fairvesta International GMBH et autres* et *Société NC Numericable*⁴⁸ sont les fondements du régime jurisprudentiel en construction en matière de droit souple produit par les autorités de régulation. Traitées conjointement par le Conseil d'État, ces affaires permettent d'illustrer non seulement le pouvoir conféré aux autorités de régulation sur l'activité de ces personnes morales de droit privé, mais aussi le souci de la Haute-juridiction d'encadrer ce type d'actes pris.

Dans la première affaire, l'Autorité des marchés financiers avait publié, sur son site internet, plusieurs communiqués de presse appelant les investisseurs à la vigilance à l'égard de plusieurs produits financiers commercialisés par la société Fairvesta.

Dans la seconde affaire, l'Autorité de la concurrence avait, dans le cadre de l'exécution d'une injonction figurant dans une autorisation de concentration, pris position en reconnaissant à la société Groupe Canal Plus la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive de chaînes de télévision sur la plateforme de Numericable.

Face à l'importance croissante de la régulation par de tels instruments de droit souple, le Conseil d'État a cependant pris en compte les conséquences que les actes attaqués étaient susceptibles d'avoir, dans les faits, sur la situation des acteurs concernés. Il a décidé d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir « *contre les actes*

⁴⁵Préc.

⁴⁶ Par ex., décisions *Fairvesta* et *Numéricable* préc.

⁴⁷ CE, 13 déc. 2017, *Sté Bouygues Télécom* n° 401799.

des autorités de régulation qui sont de nature à produire des effets notables, ou qui ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse (...) »⁴⁹.

Développement sur le critère de recevabilité *ratione materiae*. Ce recours est ouvert contre les « avis, recommandations, mises en garde et prises de position » sous deux conditions : une condition organique tenant à l'auteur de l'acte (les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies) ; une condition matérielle, tenant aux effets de l'acte, avec un seuil *de minimis*.

Dans ces deux affaires, le Conseil d'État a jugé que les actes qui lui étaient soumis étaient de nature à produire des effets notables, compte tenu, pour le premier, des modalités de sa diffusion et des conséquences qu'elle avait eues pour les produits visés, et, pour le second, de la modification de la situation concurrentielle qu'il permettait. Il admet donc que ces actes puissent être contestés par un recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'État a par la suite considéré que les actes de droit souple suivants pouvaient, pour les mêmes raisons, faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir. Il convient ici de donner quelques exemples :

- Une délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel prenant parti sur le caractère publicitaire d'un message télévisuel et les communiqués de presse par lesquels le CSA a précisé la portée de son intervention, qui ont pour effet de dissuader les services de télévision de rediffuser ce message⁵⁰
- Une fiche de bon usage d'un médicament élaborée par la Haute autorité de santé, de nature à modifier les comportements des praticiens, des pharmaciens et des patients⁵¹.
- Les lignes directrices relatives au partage de réseaux mobile, adoptées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, qui a pour objet de guider les opérateurs dans la conclusion de leurs accords de partage de réseaux mobiles⁵².

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ CE, 10 octobre 2016, *Mme A et autres*, n° 384691, 384692, 394107.

⁵¹ CE, 19 juillet 2017, *Société Menarini France et autres*, n° 399766 et suivants.

⁵² CE, 13 décembre 2017, *Société Bouygues Télécom et autres*, préc.

La notion d'« autorité de régulation ». Le Conseil d'État n'a jamais déterminé précisément cette notion au sens de cette jurisprudence, qui n'est donc pas figée. « *En droit, plusieurs acceptions de la notion coexistent. Pour une partie de la doctrine, qui retient une acception essentiellement organique de la notion, elle renvoie aux interventions des autorités administratives indépendantes (AAI) visant à « encadrer le développement d'un secteur de la vie sociale, en s'efforçant d'assurer le respect de certains équilibres »*⁵³. D'autres privilégient un point de vue fonctionnel et assimilent la régulation à la fonction de la puissance publique visant à concilier la promotion de la concurrence sur un marché avec d'autres impératifs d'intérêt général⁵⁴.

Certains complètent cette dernière analyse par une prise en compte des modalités d'exercice de la fonction de régulation, et mettent l'accent sur les caractéristiques atypiques des actes de régulation, notamment leur « nature invitative »⁵⁵. Dans la mesure où les actes administratifs des personnes privées chargées d'une mission de service public administratif sont contestables par la voie du recours pour excès de pouvoir lorsqu'ils sont pris dans la sphère d'attribution⁵⁶, on peut cependant se demander si, sous certaines conditions, les actes de droit souple pris par ces personnes dans l'exercice de leur mission de service public pourraient être contestés dans le cadre de la jurisprudence *Fairvesta et Numéricable*.

Le délai de recours (critère *ratione temporis*). En l'absence de dispositions législatives ou réglementaires prévoyant un autre mode de publication, la publication de l'acte contesté sur le site internet de l'autorité de régulation fait courir le délai de recours à l'égard des professionnels régulés⁵⁷. Cependant, lorsque le justiciable n'a pas contesté cet acte dans ce délai, il lui reste loisible, s'il s'y croit fondé, de demander son abrogation à l'autorité qui l'a adopté et, le cas échéant,

⁵³ CHEVALLIER (Jaques), « Réflexions sur l'institution des AAI », *JCP G* 1986, I, 3254.

⁵⁴ MARCOU (Gérard), « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 347.

⁵⁵ CALANDRI (Laurence), « Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français », LGDJ, collection « Bibliothèque de droit public », 2009.

⁵⁶ CE, ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, n° 71398.

⁵⁷ Jean-Denis Combrexelle dans le colloque précité souligne que le recours à la publication sur les sites internet prédomine sur les formes classiques de publication des actes administratifs en matière de droit souple.

demander au juge de l'excès de pouvoir l'annulation du refus que l'autorité oppose à cette demande⁵⁸, ce qui permet de contourner le délai de recours.

2) Les actes de droit souple des administrations classiques

Arrêt *Marine Le Pen*⁵⁹. Dans un second temps, par sa décision *Marine Le Pen*, le Conseil d'État a fait application de sa jurisprudence *Fairvesta et Numéricable* hors du champ des autorités de régulation, ouvrant le prétoire à la contestation des actes de droit souple des autorités administratives classiques dès lors qu'ils produisent un « *effet notable* » ou « *une influence* ». Il a ainsi abandonné la condition organique, tenant à l'auteur de l'acte.

Pourraient ainsi être contestés les actes de droit souple des établissements publics, des collectivités territoriales, des directions d'administration centrale. Dans la décision Mme Le Pen, le Conseil d'État était saisi d'une prise de position de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) sur la déclaration de situation patrimoniale d'un député. Il a jugé que cette prise de position « *est de nature à produire, sur la personne du député qu'elle concerne, des effets notables, notamment en termes de réputation, qui au demeurant sont susceptibles d'avoir une influence sur le comportement des personnes, et notamment des électeurs, auxquelles elle s'adresse* ». La rédaction de cette décision, centrée sur les faits de l'espèce, ne reprend pas exactement le critère de recevabilité matériel tel que formulé dans le considérant de principe des décisions *Fairvesta et Numéricable* précité, de sorte qu'il est malaisé d'en saisir la portée. Comme l'a relevé Olivier Le Bot, en l'état de la jurisprudence, la décision *Mme Le Pen* n'a pas unifié le régime contentieux des actes de droit souple et ne porte que sur les actes des autorités administratives autres que de régulation⁶⁰. La jurisprudence *Fairvesta et Numéricable* subsiste donc pour les actes de droit souple des autorités de régulation⁶¹.

⁵⁸ CE, ass., 13 juillet 2016, *Sté GDF-Suez*, n° 388150.

⁵⁹ CE, ass. 19 juillet 2019, *Marine Le Pen*, n° 426389.

⁶⁰ LE BOT (Olivier), *AJDA* 2019, p. 1994.

⁶¹ CE, 4 décembre 2019, *Féd. bancaire française*, n° 415550.

3) Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques

Décision *GISTI* du 12 juin 2020⁶². En s'inspirant de sa jurisprudence relative aux actes de droit souple, le Conseil d'État élargit le champ du contrôle de légalité du juge de l'excès de pouvoir à de nombreux actes non décisifs, en particulier à l'ensemble des circulaires et des lignes directrices. La Haute juridiction précise également les modalités du contrôle de légalité de ces actes.

Le Conseil d'État était saisi par le *GISTI* d'un recours dirigé contre une « note d'actualité » émanant de la police aux frontières. Ce document comportait une information relative à l'existence d'une « fraude documentaire généralisée » en Guinée sur les actes d'état civil et préconisait aux agents devant se prononcer sur la validité de ces actes de formuler un avis défavorable pour toute analyse d'un acte de naissance guinéen.

Au regard des « *effets notables* » que ce document est susceptible d'emporter sur la situation des ressortissants guinéens dans leurs relations avec l'Administration française, le Conseil d'État a jugé qu'il pouvait faire l'objet d'un recours en annulation.

Cette décision *GISTI* du 12 juin 2020 est importante quant à l'extension du champ du contrôle de légalité exercé par le juge de l'excès de pouvoir.

Il énonce alors que : « *1. Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices.* »

La définition de documents de « portée générale » (critère *ratione materiae*).

La définition de ces documents que retient le Conseil d'État est la suivante : « *les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non,*

⁶² CE, 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142.

tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices ».

Plusieurs critères doivent donc être satisfaits pour que le recours puisse être recevable. Tout d'abord, seuls des documents « *de portée générale* » sont concernés. Il convient donc d'exclure de cette catégorie les documents relatifs au traitement de situations individuelles ou particulières, avis, consultations ou propositions qui constituent des actes préparatoires.

De tels documents doivent aussi « *émaner d'autorités publiques* » : sont donc exclus *a priori* les actes de personnes privées, y compris lorsqu'elles sont chargées d'une activité de service public, ainsi que les documents qui sont simplement détenus par ces autorités.

Les documents visés par les critères énoncés sont cependant très divers puisque aucune autre considération de forme et de fond a été énoncée : il s'agit de l'ensemble des documents de portée générale édictés par l'Administration pour les besoins de son action et qui servent de référence aux agents – notamment les lignes directrices et les documents interprétatifs – sont susceptibles d'être concernés, y compris lorsqu'ils sont diffusés sous une forme uniquement électronique.

Ce format permet de mieux rendre compte des nouvelles pratiques dites de « pilotage dématérialisé » des services administratifs. Cette « innovation » permet d'inclure dans cette catégorie la documentation juridique de référence mise à jour régulièrement par les différents ministères sur leurs sites intra- ou Internet.

Le critère de l' « effet notable » (critère *ratione personae*). Ces documents peuvent faire grief dès lors qu'ils produisent des effets – qu'ils soient juridiques ou non – sur d'autres personnes que leurs destinataires directs. Ce dernier point est particulièrement notable.

En décidant d'étendre la logique prévalant pour les actes de droit souple à des documents internes à l'Administration qui ont d'abord pour objet d'influer ou d'orienter la conduite des agents, le Conseil d'État accepte aussi de prendre en

considération, pour reconnaître leur justiciabilité, les conséquences que ces documents sont susceptibles de provoquer au-delà de leurs destinataires premiers, autrement dit sur des tiers ou destinataires « par ricochet ».

4) Articulation entre la jurisprudence *GISTI* et la jurisprudence *Fairvesta et Numéricable* pour les actes de droit souple de portée générale pour le recours en excès-de-pouvoir

En l'état de la jurisprudence, il existe des incertitudes quant à l'articulation de la jurisprudence *GISTI* et de la jurisprudence *Fairvesta et Numéricable*, aux actes de droit souple de portée générale, qui semblent pouvoir relever des deux. Comme le relève Fabrice Melleray⁶³, il n'est pas impossible qu'à terme la jurisprudence *GISTI* absorbe la jurisprudence *Fairvesta-Numéricable* en tant qu'elle s'applique aux actes de portée générale.

Cette analyse est partagée par Rozen Noguellou qui, lors d'un colloque organisé par le Conseil d'Etat le 18 décembre 2020, a indiqué qu'à terme les deux contrôles seraient sans doute fondus⁶⁴.

5) L'ouverture du référé-suspension

L'accès au recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple a ouvert la voie au référé-suspension contre ces mêmes actes, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. Des demandes de suspension ont ainsi pu être formées contre des actes de droit souple d'autorités de régulation, parallèlement à leur contestation au fond en application de la jurisprudence *Fairvesta et Numéricable*⁶⁵.

De même, la décision *Mme Le Pen* ouvre la voie au référé-suspension contre les actes de droit souple des autorités administratives classiques.

⁶³ *RFDA* 2020, p. 801, note F. Melleray.

⁶⁴ Conseil d'État, colloque préc.

⁶⁵ Par ex. CE, ord., 13 juin 2016, *Sté Menarini France*, n° 399765.

Le contentieux administratif français témoigne d'infléchissements récents par rapport aux critères généralement requis pour admettre un acte au prétoire du juge. Renouveau empreint de pragmatisme, celui-ci prend en compte les nouvelles méthodes de l'administration pour communiquer ses actes, et prend les effets concrets sur les justiciables comme un critère.

Les juges allemand et britannique témoignent depuis bien plus longtemps un souci de protéger les justiciables des effets de ce type d'actes.

II) Allemagne et Royaume-Uni : un contrôle juridictionnel institutionnalisé

Les juges allemand et anglais ont accepté avant le juge administratif français de contrôler les actes relevant du droit souple. Ils ont chacun développé une approche singulière de ceux-ci. Alors que le juge allemand a fondé son contrôle sur la protection des droits fondamentaux des justiciables (A), les actes de droit souple anglais sont quasi-systématiquement contrôlés par le juge anglais sur des critères objectifs (B).

A) Allemagne : le critère de l'atteinte aux droits fondamentaux (critère subjectif)

Notion fondamentale de *Rechtsstaat*⁶⁶ en droit public allemand. Le principe de l'État de droit se présente comme un faisceau de sous-principes. Pour le droit constitutionnel allemand, Katharina Sobota en a dénombré 25, écrits ou non, et eux-mêmes subdivisés en règles plus particulières⁶⁷. Les plus importants peuvent être énumérés : principe de primauté de la constitution et de sa garantie juridictionnelle, soumission de l'administration et de la justice à la loi et au droit, réserve de loi qui interdit à l'exécutif d'agir sans une base législative suffisante, principe d'applicabilité immédiate des droits fondamentaux, séparation des pouvoirs, sécurité juridique (et ses corollaires), responsabilité de la puissance publique, principe de proportionnalité, droit au recours et garanties procédurales.

L'ensemble de ces principes explique les nombreux développements en contentieux des actes de droit souple allemand pour encadrer au mieux leur utilisation.

⁶⁶ État de droit.

⁶⁷ Voir en ce sens : SOBOTA (Katharina), *Das Prinzip Rechtsstaat*, Mohr Siebeck, collection « ius publicum », 1997.

Le développement de l'information publique. Dans ses décisions du 26 juin 2002 (« *Glykol* » et « *Osho* »)⁶⁸, le *BVerfG* a placé les informations officielles du public (« informations publiques ») dans un rapport direct avec l'ordre démocratique de la Loi fondamentale.

La diffusion officielle et publique d'informations permet aux citoyens d'agir sous leur propre responsabilité. Les citoyens attendraient selon cette conception des informations officielles qu'elles leur permettent de se forger une opinion et de s'orienter si elles ne sont pas disponibles autrement cela pourrait concerner en particulier les domaines dans lesquels la fourniture d'informations à la population est basée sur des informations motivées par des intérêts associés au risque de partialité et où les forces sociales ne sont pas suffisantes pour établir un équilibre suffisant de l'information.

Cette conception paternaliste de l'État et de la société n'est pas restée sans contradiction, mais pour la pratique politique, le *BVerfG* avait formulé une sorte de « mandat de protection par l'information »⁶⁹.

Exemples de recours à l'information publique. Un aperçu de la jurisprudence de ces dernières années montre que l'information administrative publique a différentes manifestations. Dans la pratique, l'avertissement joue un rôle important non seulement dans le droit alimentaire, mais aussi, par exemple, l'avertissement de l'État contre les cultes (de jeunes) occupe régulièrement les tribunaux⁷⁰.

Les recommandations administratives (sur les comportements ou les produits) ont le plus souvent été déclarées illégales par les tribunaux. C'est le cas, par exemple, de la recommandation d'éviter les boissons emballées dans des cartons et de l'utilisation de certaines déclarations de protection contre la Scientologie dans les transactions commerciales⁷¹. En vertu du droit européen, la recommandation officielle d'acheter des produits nationaux a été déclarée illégale à plusieurs reprises⁷².

⁶⁸ BVerfGE 105, 252 (269) – *Glykol*; BVerfGE 105, 279 (302) – *Osho*.

⁶⁹ *Schutzauftrag durch Information*; Ein „Eingriffstitel“ ist dies nicht; vgl. *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553.

⁷⁰ Préc.

⁷¹ BVerwG, NJW 2006, 1303.

⁷² CJCE, 1982, *Buy Irish*.

Le critère d'atteinte aux droits fondamentaux. Comme le souligne Thomas Hochmann, « *il s'agit avant tout, dans un cas, de contrôler le respect du droit (objectif), et dans l'autre de protéger les droits (subjectifs). Ainsi en Allemagne, le « recours-roi » n'est pas le recours pour excès de pouvoir, mais le Verfassungsbeschwerde, le recours constitutionnel, qui permet à quiconque estime être lésé dans ses droits fondamentaux par une autorité publique de saisir la Cour constitutionnelle* ». ⁷³

Les dispositions relatives à l'ouverture de ce contentieux seront donc l'article 93, alinéa 1, 4a de la Loi Fondamentale (« *Grundgesetz* »), et l'article 90 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (« *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* ») : chacun peut effectuer devant la Cour un recours constitutionnel contre une atteinte à ses droits fondamentaux réalisée par la puissance publique.

La condition nécessaire à l'ouverture de ce recours à l'atteinte à un droit fondamental (« *Grundrecht* ») énoncé dans la Loi Fondamentale (articles 1 à 19 en ce qui nous intéresse).

Le contrôle opéré par le juge constitutionnel repose en principe sur trois étapes : tout d'abord déterminer si le comportement litigieux touche au domaine protégé par un droit fondamental (« *Schutzbereich* »), puis si cela constitue une atteinte à ce droit (« *Eingriff* »). Enfin le juge doit déterminer si cette atteinte est justifiée (« *Eingriffsrechtfertigung* »).

Selon la conception classique, un acte étatique constitue une atteinte à un droit fondamental si quatre conditions sont remplies :

- La restriction du droit fondamental doit être la conséquence directe de l'acte étatique.
- La restriction du droit fondamental doit être la finalité de l'acte, et non une conséquence qui n'était pas voulue.
- La restriction du droit fondamental doit revêtir une forme juridique, et non pas être un simple comportement factuel.

⁷³ HOCHMANN (Thomas), « L'atteinte indirecte aux droits fondamentaux » (même colloque) in *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple* sous la direction de JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), Presses universitaires de Reims, 2017, p. 212.

- Il faut qu'un critère d'impérativité soit satisfait : l'acte étatique doit ordonner ou interdire quelque chose.

Cette conception « étroite » à visée essentiellement académique fut élargie par la suite pour la rendre davantage fonctionnelle.

La conception « moderne » ou « élargie » comprend « *tout acte étatique qui rend impossible ou qui complique suffisamment la réalisation par un individu de comportements protégés par un droit fondamental* »⁷⁴. L'atteinte indirecte aux droits fondamentaux est donc considérée.

Cette nouvelle conception peut comprendre dès lors ce qu'on considère comme relevant du droit souple en France : recommandations ou avertissements étatiques, ou d'agences publiques.

L'approche fonctionnelle d'atteinte aux droits fondamentaux et le droit souple. Cette approche fonctionnelle de *Karlsruhe* s'illustre concernant les actes de droit souple dans trois décisions : l'affaire *Glykol*⁷⁵ où était contestée une liste ministérielle de vins où du Glycol avait été identifiée ; l'affaire *Osho*⁷⁶ où furent contestées devant le juge des propos tenus par un ministre sur le gourou indien du groupe Osho ; enfin *Junge Freiheit*⁷⁷ où était question le classement d'un journal – *Junge Freiheit* – dans la catégorie « extrême-droite » du rapport annuel du *Verfassungsschutz*, organisme allemand chargé de veiller à la protection de la Constitution.

Dans les trois affaires, la Cour constate qu'il n'est pas question d'une atteinte classique aux droits fondamentaux mais qu'il s'agit d'un équivalent⁷⁸ : les conséquences sur les droits fondamentaux sont factuelles et indirectes (ex : baisse des ventes de vin sur la liste, fuite des adeptes du gourou, baisse des ventes de journaux).

⁷⁴ BETHGE (Herbert), « Der Grundrechtseingriff », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 57, 1998, p. 38.

⁷⁵ Préc.

⁷⁶ Préc.

⁷⁷ BVerfGE 113, *Junge Freiheit*.

⁷⁸ « Äquivalent ».

L'ouverture du contentieux en droit allemand se caractérise donc par un élément ne relevant pas de la nature de l'acte, mais témoigne du souci de faire respecter les droits fondamentaux dans une vision emprunte de pragmatisme.

Le droit anglais se différencie quant à lui par le souci général du respect de l'État de droit. Sa justiciabilité sera donc aisée, et fondée sur un critère objectif comme développé par la suite.

B) Royaume-Uni : un contrôle objectif quasi-systématique

Principe fondamental de la « *Rule of Law* »⁷⁹ en droit anglais. A.V. Dicey opposant ce principe au pouvoir arbitraire, le définit de la manière suivante : « *En premier lieu, aucun homme n'est punissable ou ne peut être légalement contraint de souffrir dans son corps ou dans son bien, sauf pour une infraction distincte à la loi établie de la manière légale ordinaire devant les tribunaux ordinaires du pays. En ce sens, la règle de droit s'oppose à tout système de gouvernement fondé sur l'exercice par des personnes en autorité de pouvoirs de contrainte étendus, arbitraires ou discrétionnaires.* »⁸⁰.

Ce souci de la lutte contre l'arbitraire étatique dans la culture juridique anglaise permet d'appréhender l'ouverture du prétoire du juge anglais aux actes de droit souple, mais aussi son contentieux.

Faible intérêt doctrinal pour la *soft law*. La question du droit souple soulève très peu d'intérêt de la part de la doctrine outre-manche et ne peut donc être analysée que de manière éparse dans la jurisprudence⁸¹.

⁷⁹ Traduit généralement par « *prééminence du droit* ».

⁸⁰ DICEY (AV), *Introduction to the Law of the Constitution*, 10 ed., ECS Wade, 193-94.

Texte original: “*in the first place, that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or good except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint.*”

⁸¹ Voir en ce sens : PERROUD (Thomas), « Le contrôle juridictionnel du droit souple au Royaume-Uni. » in *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple* sous la direction de JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), Presses universitaires de Reims, 2017, p. 212.

Contrôle juridictionnel quasi-systématique. Ce faible intérêt de la part des théoriciens ne doit cependant pas occulter le fait que la *soft law* est presque systématiquement justiciable. Si dans un arrêt est indiqué qu'« *en principe, les tribunaux devraient refuser de contrôler un simple conseil* »⁸². Cette affirmation doit cependant être nuancée, « *ce refus n'est jamais opposé au demandeur* »⁸³.

Contrôle objectif de l'acte litigieux. Il convient, en partant de l'objectif du recours juridictionnel en Grande-Bretagne – contrôle de légalité par la procédure de *judicial review* – de s'interroger du seuil à partir duquel un acte de droit souple peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Selon Robert Baldwin et John Houghton, la justiciabilité du recours dépendra du rapport à la loi, ici le degré d'habilitation de l'autorité ayant émis l'acte.

La « juridicité » de l'acte est donc évacuée en raison – comme pour l'arrêt *Fairvesta* en France vu précédemment – des conséquences pour les justiciables : « *les tribunaux ont maintenant adopté une vision large et il n'est plus nécessaire de démontrer qu'une décision ou une action emporte des conséquences juridiques directes pour le demandeur* »⁸⁴.

Ont été par exemple contrôlés des lignes directrices relatives à la pratique d'une euthanasie en raison d'une violation des droits d'un patient⁸⁵, des lignes directrices relatives à la politique du gouvernement en matière de contraception à destination des jeunes⁸⁶.

L'ouverture de la demande d'actes de droit souple par le justiciable britannique. Greg Weeks, dans son ouvrage *Soft law and public authorities : remedies and reform* souligne qu'un « droit au droit souple » serait en train d'émerger en droit britannique⁸⁷. L'arrêt de référence en la matière est l'arrêt *Purdy*⁸⁸.

⁸² R. (on the application of United Cooperatives Ltd) v Manchester City Council (2005) EWHC 364.

⁸³ *Ibid.* p. 262.

⁸⁴ *De Smith's judicial review*, 7e édition., Sweet & Maxwell, n°3-025.

⁸⁵ Regina (Burke) v General Medical Council (2005) EWCA Civ 1003.

⁸⁶ R. (on the application of Axon) v Secretary of State for Health (2006) EWHC 37.

⁸⁷ WEEKS (Greg), *Soft law and public authorities: remedies and reform*, Hart, 2016, pp. 76-90.

⁸⁸ R (Purdy) v DPP [2009] UKHL 45.

Il était question dans cet arrêt d'une action en justice pour forcer le ministre à préciser sa politique sur le point suivant : une Britannique, sujette à une maladie grave en phase terminale, souhaitait mettre fin à ses jours en Suisse et son mari l'accompagnerait. Or le suicide assisté est condamné en droit britannique d'après la section 2(1) du *Suicide Act 1961*. Elle souhaitait donc savoir auprès des autorités britanniques si ce dernier serait poursuivi au Royaume-Uni après ce séjour ayant pour objet un comportement répréhensible dans leur pays d'origine. La sécurité juridique est donc le fondement de sa démarche : la justiciable souhaite savoir la considération de leur démarche en droit britannique.

Les autorités britanniques vont faire droit à cette demande, et donc émettre des actes de *soft law*, ici relatifs à leur position quant au traitement de la situation créée par les requérants en cas de séjour en Suisse.

L'influence de la CEDH. Le *Human Rights Act* de 1998 constitue ici la raison sous-jacente de la réponse à la question posée. En effet, cette loi britannique reprend en substance la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et notamment l'article 8 relatif à la protection de la vie privée. Il est en effet ici question d'un problème relatif à la vie privée de personnes britanniques. De même, les principes d'accessibilité et de prévisibilité du droit peuvent être découlés de ces mêmes textes. Pour toutes ces raisons et en effectuant une interprétation large du mot « *law* » pour y inclure la *soft law*, le juge fait donc droit à sa demande d'émettre des actes de droit souple.

Conclusion de partie

En tant qu'objet-même du contentieux, le droit souple fait l'objet d'une acceptation progressive au prétoire du juge, bien que les critères diffèrent en fonction des pays concernés : critère essentiellement subjectif en Allemagne (atteinte aux droits fondamentaux), critère en principe objectif en France (assimilation traditionnelle à une norme) et au Royaume-Uni (acte lui-même sans considération de juridicité) dans le cadre du contrôle de légalité.

Le critère de « grief » à la situation du justiciable (critère subjectif) est néanmoins pris en considération par les juges britannique et français depuis quelques années. Les juges se soucient des « effets » concrets que peuvent avoir ce type d'acte celui-ci.

En France tout particulièrement, l'assimilation traditionnelle à du droit dur laisse place à deux critères : un critère organique (une personne publique de manière générale), un critère matériel lié aux « effets notables » de l'acte litigieux.

Actes d'une nature particulière, les difficultés d'appréhension du droit souple par les différents juges à leurs prétoires se retrouvent comme en miroir lors qu'il s'agit non seulement d'étudier leur légalité, mais aussi de prendre les sanctions appropriées.

Partie II/ L'office du juge de l'acte de droit souple

Dans la deuxième partie de cette étude seront étudiés le contrôle de légalité opéré par le juge (A), et les moyens mis à sa disposition pour essayer de sanctionner un acte de droit souple illégal (B).

I) Du contrôle de légalité

Le contrôle opéré en France par le juge administratif *via* le REP témoigne de sa maladresse à se saisir d'actes qui lui sont inhabituels, et plus généralement d'un régime contentieux en élaboration. (A) Les contrôles de légalité anglais et allemands voient également leurs méthodes traditionnelles mises à l'épreuve, et développement de nouveaux aspects lors du contrôle effectué. (B)

A) France : un contrôle de la légalité interne et externe

Contentieux nouveau, le contrôle effectué par le juge connaît des évolutions dans son champ et dans son intensité depuis 2016 avec l'ouverture du REP à l'encontre de actes de droit souple de autorités de régulation (1). L'arrêt *GISTI* témoigne quant à lui d'un contrôle plus resserré pour les actes de portée générale (2).

1) Le contrôle des actes de droit souple des autorités de régulation

Position initiale : champ et intensité de contrôle en principe variables (arrêt *Fairvesta Numericable*⁸⁹). Ouvrant par la même décision le REP à l'encontre des actes de droit souple des autorités de régulation, les juges du Palais-Royal avaient souhaité laisser une forte marge d'appréciation aux juges du fond lors de l'étude des actes litigieux tout en leur permettant d'étudier tous les moyens de légalité, interne comme externe. Ils avaient en effet énoncé « *qu'il appartient au juge, saisi des moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité des actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation* ».

Cette solution de principe s'explique par la particularité de tels actes : leur auteur dispose d'une certaine autonomie, voire un pouvoir de sanction (ex : AMF), et leur contenu peut se révéler technique, et n'est pas nouvelle⁹⁰.

Concernant l'intensité du contrôle opéré, si l'erreur de droit et l'erreur de la qualification juridique des faits ont pu être relevées⁹¹, celle-ci était déjà variable dans les arrêts rendus. Le juge ne souhaitait censurer que l'« *erreur manifeste* » dans l'arrêt *Fairvesta*, mais évoquait l'« *erreur d'appréciation* » dans l'arrêt *Numericable*.

Décision du Conseil d'État du 13 décembre 2017 *Société Bouygues Télécom*⁹².

Cette décision illustre les difficultés pour le juge de se saisir des actes de droit souple issus des autorités de régulation. Le contrôle de la validité de ces actes va rencontrer deux limites :

- la volonté du Conseil d'État lui-même d'établir un contrôle plus ou moins approfondi.
- la technicité du sujet traité.

Le cas du présent arrêt permet d'illustrer les difficultés évoquées. Les objectifs fixés par la loi à l'Autorité de régulation des communications électroniques

⁸⁹ Préc.

⁹⁰ Voir en ce sens : CE, 4 avril 1914, *Gomel*.

⁹¹ Voir en ce sens : CE, 10 novembre 2016, *Mme Marcilhacy et autres*, n° 384691 et s.

⁹² CE, 13 décembre 2017, *Société Bouygues Télécom* n° 401799, préc.

et des Postes (ARCEP) l'obligent à résoudre une équation complexe d'un point de vue politique et économique. Les problèmes traités sont aussi divers que l'approfondissement de la concurrence, l'aménagement du territoire, l'accès universel au service.

Pour cela, l'agence dispose d'une méthode - la proportion équilibrée entre autonomie et partage des infrastructures - et d'outils qui sont de nature incitative (lignes directrices) comme impérative (pouvoir demander la transmission de contrats de partage). Si de prime abord un contrôle restreint semble nécessaire face à un dossier d'une grande technicité, le juge administratif décide dans cet arrêt d'établir un contrôle approfondi de l'ensemble des actes du régulateur.

Le développement d'un contrôle de légalité interne et externe. Dans l'arrêt *Fairvesta-Numericable* vu précédemment, le juge administratif précisait que le contrôle des actes de droit souple devait être établi « *en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation* ». Dans la présente affaire, le Conseil d'État va prendre en compte la spécificité des lignes directrices pouvant être produites par les autorités de régulation et procéder à une clarification de leur contentieux.

Exclusion du contrôle des parties descriptives. Premièrement, le juge administratif circonscrit son contrôle de la légalité. Celui-ci se concentre premièrement aux seuls moyens qui sont dirigés contre les lignes directrices. Ainsi, les critiques dirigées contre le projet de lignes directrices sont considérées inopérantes. Le contrôle s'exerce aussi aux moyens « *dirigés contre la teneur des orientations fixées par les lignes directrices* », même dans le cadre d'une exception d'illégalité. Il convient de souligner que le juge exclue donc du contrôle les parties descriptives des actes attaqués. En effet, les lignes directrices des autorités de régulation sont généralement décomposées en plusieurs parties.

Certaines parties dressent donc un portrait du contexte et du cadre réglementaire de l'action du régulateur.

Dans le cas d'espèce, certaines parties comportent une grille d'analyse visant à apprécier les accords de partage, précisent la procédure suivie par l'ARCEP pour leur examen et formulent des recommandations.

Cette exclusion de l'analyse des parties « descriptives » des actes visés ne doit cependant pas être considérée comme définitive.

En effet, comme le souligne le rapporteur public de la présente affaire, il paraîtrait contraire « à la logique elle-même souple et adaptative de la jurisprudence *Numericable et Fairvesta de juger quoi que ce soit de général sur ce point en jugeant que les parties descriptives d'un acte de droit souple ne peuvent être utilement critiquées* ».

Cette décision est cependant pertinente pour les autorités de régulation car elle les conforte dans leurs choix d'expliquer les éléments de contexte sur lesquels ils se fondent pour établir leurs lignes directrices.

Tout dépendra donc de l'influence de ces descriptions sur les acteurs concernés. Si celle-ci devient « significative », son contrôle deviendra donc nécessaire.

Un contrôle de l'ensemble des moyens de légalité. Deuxièmement, il convient de relever que le juge administratif augmente les éléments susceptibles de faire l'objet de son contrôle. Tous les moyens de légalité externe et interne dirigés contre l'acte y sont désormais sujets.

Le juge augmente de manière structurelle son contrôle par son attitude antérieure, alors qu'en 1988⁹³ ne vérifiait par exemple que si les directrices contestées ne créaient pas de « *conditions nouvelles* », « *ne méconnaissaient pas les buts visés par la loi* »⁹⁴, « *ne violaient pas les principes généraux du droit* »⁹⁵, et ne liaient pas le pouvoir d'appréciation des autorités chargées d'appliquer les directives de manière individuelle.

Dans le présent arrêt, la haute juridiction rejette les moyens de légalité externe relatifs à la compétence ou à la procédure. Elle rejette également les moyens de légalité interne par lesquels les requérants reprochaient à l'ARCEP des erreurs dans les motifs de l'acte. Ce dernier point mérite un approfondissement ci-dessous, permettant l'illustrer l'adaptation des méthodes du juge administratif.

⁹³ CE 14 déc. 1988, *SA Gibert Marine*, n° 11628.

⁹⁴ CE, 20 janvier 1971, *Union départementale des sociétés mutualistes du Jura*, n° 74437.

⁹⁵ CE, Section, 29 juin 1973, *Société Géa*, n°82870.

L'application d'un contrôle approfondi. L'étude du contrôle de légalité interne permet véritablement de rendre compte l'adaptation du contrôle du juge à la spécificité des actes de droit souple, plus spécifiquement des lignes directrices au regard de l'arrêt étudié plus haut.

En l'espèce, le juge opère un contrôle entier sur les appréciations contenues dans les lignes directrices de l'ARCEP comme cela peut être décelé à la lecture de la décision et des conclusions du rapporteur public.

Une nuance doit cependant être apportée : l'intensité de ce contrôle sera amenée à être variable comme le souligne lui-même le rapporteur public de l'affaire, considérant qu'il faut « *prendre en compte les considérations essentielles propres à l'exercice par le pouvoir de régulation de sa compétence* ».

La nécessité d'un contrôle restreint. Un contrôle approfondi « *apparaît peu opportun* »⁹⁶ pour plusieurs motifs, et fait pencher pour un « contrôle restreint »⁹⁷. Il convient de les énumérer successivement.

La première difficulté tient à la nature-même des autorités de régulation. Leur mission suppose en effet qu'une certaine distance soit instaurée entre le contrôle juridictionnel des juges du Palais Royal et les missions conférées à celles-ci⁹⁸.

La première tient à la nature même des autorités de régulation, dont la mission suppose que soit maintenue une distance entre la mission juridictionnelle du Conseil d'Etat et celles imparties aux autorités de régulation contrôlées.

La deuxième, pour reprendre le développement de Bertrand Seiller dans son ouvrage *Droit administratif* tient à la variation des exigences de légalité⁹⁹. Or, en matière de ligne directrice comme en l'espèce, il semble que la volonté du législateur porte sur l'accord d'une marge de manœuvre et donc sur un retrait de l'œuvre juridictionnelle en la matière.

La troisième raison tient aux caractéristiques des lignes directrices. Celles-ci ne fixent que des orientations qui guideront le choix de l'Autorité.

⁹⁶ FONTENELLE (Louis de), « Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation », *AJDA* 2018 p.571.

⁹⁷ Contrôle limité à l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation juridique des faits.

⁹⁸ DAUMAS (Victor), « Les prises de position », *RFDA* 2016, p.506.

⁹⁹ SEILLER (Bertrand), *Droit administratif*, t 2, Flammarion-Champs, 6^e éd., 2016, p. 258.

Si un contrôle approfondi de la codification des motifs de fait et de droit dans les lignes directrices permettrait d'éviter la répercussion d'une illégalité dans de nombreuses décisions individuelles, deux facteurs, comme le souligne Louis de Fontenelle, atténueraient sa pertinence¹⁰⁰.

Tout d'abord l'administration doit de toute manière prendre en compte la situation particulière des individus avant de prendre un acte individuel, mais surtout, la technicité de la matière traitée peut constituer un frein puissant à la systématisation d'un contrôle plein et entier en matière d'actes de droit souple.

Le présent arrêt permet de souligner de telles difficultés d'appréhension : les requérants reprochaient à l'ARCEP d'avoir eu une appréciation juridique des faits erronée, et plus particulièrement l'analyse des lignes directrices selon laquelle « *l'itinérance ne pouvait être pérenne que sur une portion limitée du territoire, correspondant aux zones les moins denses où les incitations à investir sont très limitées* ».

Le juge rejette le moyen en reprenant l'argumentation du régulateur au motif que « *la densité des zones du territoire sur lesquelles porte un accord d'itinérance constitue un élément structurant pour son appréciation au regard des objectifs de la régulation, dès lors qu'il conditionne en grande partie la rentabilité des investissements consentis par les opérateurs* ». En conclusion, l'intensité de son contrôle reste faible : l'erreur d'appréciation est donc concernée, mais le Conseil d'État ne semble pas prêt à sanctionner ce qui dépasse la mesure raisonnable.

2) Le contrôle des actes de portée générale

La décision *GISTI*¹⁰¹ du 12 juin 2020. Comme pour l'arrêt *Fairvesta et Numéricable* pour les actes émanant des autorités de régulation, la présente décision précise l'office du juge saisi du contrôle de documents de portée générale émanant d'autorités publiques. Les modalités d'appréciation de la légalité de tels actes sont

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 7.

¹⁰¹ Préc.

définies par référence à la jurisprudence *Mme Duvignères* et à la jurisprudence *Fairvesta* et *Numéricable*. En particulier, tous les moyens d'excès de pouvoir ne seront pas opérants et l'intensité du contrôle du juge dépendra de la marge d'appréciation dont dispose l'Administration.

Face à un contentieux juridique français en construction et maladroit en matière d'actes de droit souple¹⁰², l'étude du contentieux en *common law* – au Royaume – Uni - ne semble *a priori* pas livrer de difficultés particulières. Cependant une étude plus approfondie laisse percevoir également des difficultés quant à son appréhension par le juge britannique.

Le juge constitutionnel allemand dut également revoir sa méthode traditionnelle reposant sur le triptyque « domaine protégé-atteinte-justification » pour l'adapter à la nature et l'objectif des « informations publiques ».

¹⁰² Jean-Denis Combrexelle (colloque précité) évoquait la situation où un problème de compétence se posait : un acte de droit souple contesté, émis par une autorité française, n'était que la retranscription d'actes issus d'institutions européennes.

B) Allemagne et Royaume-Uni : des régimes contentieux éprouvés

Le droit allemand s'écarte de sa méthode traditionnelle d'étude de la légalité d'un acte étatique fondée sur un triptyque. D'origine jurisprudentielle, le régime créé va être poursuivi dans le cadre de lois. (1) Le Royaume-Uni fait face quant à des difficultés majeures à adapter la procédure de *judicial review* aux caractéristiques à la *soft law*. (2)

1) Allemagne : la systématisation de l'examen de légalité

Le régime s'articule désormais autour de deux aspects pour trancher de la constitutionnalité ou de l'illégalité d'une « information publique ». Tout d'abord la compétence de l'autorité émettrice (a), puis principalement de la justesse de l'information (b).

a) La compétence des auteurs de l'acte

Principe : illégalité d'un empiètement sans autorisation légale. Selon la doctrine traditionnelle, un empiètement sur les droits fondamentaux ne peut être justifié que sur la base d'une autorisation légale. Cette nécessité est un corollaire direct du principe constitutionnel de « réserve de la loi »¹⁰³ énoncé à l'article 20 III GG : « *Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit.* »¹⁰⁴ Cela s'applique également à l'action de l'État dans le domaine de l'information¹⁰⁵. Si cela fait défaut, l'information publique officielle est illégale.

¹⁰³ « *Gesetzesvorbehalt* ».

¹⁰⁴ Traduction issue de Bijus Norm, Chaire de droit public français de l'Université de la Sarre, disponible au lien : <https://www.bijus.eu/?p=9663> (consulté le 16/05/2021).

Texte original : « *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.* »

¹⁰⁵ BVerfGE 113, 63.

Tolérance jurisprudentielle I : Dispense de l'action gouvernementale de la réserve de la loi. La jurisprudence constitutionnelle a suivi une voie différente et affirme que la mission de gestion de l'État¹⁰⁶ qui incombe au gouvernement (fédéral) peut justifier une action de l'État dans le domaine de l'information¹⁰⁷ qui porte atteinte aux droits fondamentaux sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation légale d'intervenir. En particulier, le gouvernement fédéral est autorisé à fournir aux citoyens les informations dont ils ont besoin pour participer à « *la formation démocratique de la volonté* »¹⁰⁸.

Cette jurisprudence n'est pas défendable sur le plan constitutionnel en raison du principe de réserve de la loi précédemment évoqué.

Tolérance jurisprudentielle II : Dispense de la réserve de la loi pour l'action des autorités. Après le « tournant du droit de l'information »¹⁰⁹ en 2002 avec les jurisprudences *Osho* et *Glykol*, la jurisprudence administrative a exempté les informations publiques officielles de ces obligations constitutionnelles¹¹⁰.

Un empiètement de l'information sur les droits fondamentaux est désormais justifié - indépendamment des réserves expressément prévues dans la Loi fondamentale - si l'information publique a lieu conformément à la compétence, satisfait à l'exigence d'objectivité et respecte l'interdiction de l'excès (voir annexe 6 donnant les passages de la décision relatifs aux conditions de constitutionnalité de l'information publique).

Cela a été également décidé dans le cas d'un empiètement de l'information officielle sur la liberté de réunion (art. 8 I GG)¹¹¹, sur la liberté d'association (art. 9 I GG)¹¹² et sur la liberté de profession (art. 12 I GG)¹¹³.

Les premiers développements jurisprudentiels portant sur un contrôle juridictionnel de ces informations ont été complétés par la loi.

¹⁰⁶ « *Aufgabe der Staatsleitung* ».

¹⁰⁷ « *staatliches Informationshandeln* ».

¹⁰⁸ « *Mitwirkung an der demokratischen Willensbildung* »- voir décision *Glykol* préc.

¹⁰⁹ « *informationsrechtlichen Zeitenwende* ».

¹¹⁰ VGH Munich, NVwZ 2003, 998.

¹¹¹ VG Stuttgart, NVwZ-RR 2011, 615.

¹¹² OVG Brenne, NJW 2010, 3738.

¹¹³ OVG Münster, NWVBI 2010, 355 (356).

b) L'encadrement législatif ultérieur

Le droit relatif l'information des consommateurs¹¹⁴. Le domaine de référence le plus important en matière d'information publique officielle allemande est actuellement le droit relatif à l'information des consommateurs. Dans ce pays, le pouvoir officiel d'informer le public est normalisé par la loi comme en témoigne le Code relatif à l'alimentation humaine et à l'alimentation animale¹¹⁵ datant de 2005, en partie dû aux exigences du droit européen¹¹⁶.

Autres possibilités législatives. Il est important pour la compréhension du droit positif allemand de connaître le présupposé du législateur : il existe une asymétrie structurelle de l'information au détriment du consommateur, « la loi du marché » pour remédier au déséquilibre de l'information entre les entrepreneurs et les consommateurs n'est pas efficiente. Basée sur le modèle du consommateur responsable, l'information officielle en direction des consommateurs est considérée comme un élément indispensable pour un meilleur fonctionnement des marchés à la suite de scandales alimentaires.

Les scandales liés aux denrées alimentaires et aux aliments pour animaux sont des éléments extra-juridiques à la législation visant à accroître la transparence du marché par l'information des consommateurs. C'était le cas avec la loi de 2008 relative à viande avariée¹¹⁷ ou avec la modification de la loi de 2011 relative aux dioxines et furanes¹¹⁸.

Conditions préalables à l'information officielle du public¹¹⁹. Il convient ici de donner certains fondements législatifs permettant aux personnes publiques d'informer les consommateurs.

¹¹⁴ « *Publikumsinformation im Verbraucherinformationsrecht* ».

¹¹⁵ *Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB)*, entré en vigueur le 7 septembre 2005.

¹¹⁶ Pour la *LFGB*: Art. 10 de la directrice européenne Nr. 178/2002.

¹¹⁷ Proposition de loi 16/5404, S 14.

¹¹⁸ Proposition de loi 17/4984, S. 18.

¹¹⁹ « *Voraussetzungen für amtliche Publikumsinformation* ».

L'information officielle du public selon la loi sur les denrées alimentaires et les aliments pour animaux (§ 40 *LFGB*) - en nommant le produit et l'entreprise (nom, entreprise) - vise à prévenir les dangers et à éviter les risques.

L'exercice du pouvoir d'informer le public¹²⁰. Afin de prévenir les dangers ou les risques, le public « doit » en être informé (§ 40 I *LFGB*). En règle générale, cela signifie (notamment sous l'influence de l'article 10 du règlement (CE) n° 178/2002) une obligation d'informer le public avec une marge de manœuvre quant au type et à la manière de l'en informer. En effet, certaines valeurs limites doivent être dépassées et en cas de tromperie, etc., l'autorité compétente doit informer le public sous certaines conditions (ex : § 40 Ia *LFGB*).

Exigences formelles¹²¹. Ces exigences sont au nombre de deux pour les auteurs des actes d'information publique : la compétence formelle¹²² et l'audience des personnes concernées¹²³.

Compétence formelle. Son respect est d'autant plus important que les informations publiques produisent en principe des effets irréversibles pour leurs destinataires.

La loi sur l'information des consommateurs contient des règles claires sur la question de la compétence : en cas de prévention des dangers ou des risques, l'autorité compétente doit informer le public (§ 40 I et Ia *LFGB*). C'est la loi du Land (§ 38 I *LFGB*) qui détermine celle-ci. Compte tenu de l'appréciation normative à porter, l'information sur les violations légales relève de la responsabilité des autorités de contrôle¹²⁴.

Dans les cas considérés comme complexes, la responsabilité de l'information n'est pas toujours facile à clarifier. C'est ce qu'a montré par exemple la gestion de la crise E-Coli¹²⁵, entraînant la répartition des compétences suivante :

¹²⁰ « *Ausübung der Befugnis zur Publikumsinformation* ».

¹²¹ « *Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen* ».

¹²² « *Zuständigkeit* ».

¹²³ « *Rechtliches Gehör* ».

¹²⁴ VGH Mannheim, NVwZ 2011, 443 (444).

¹²⁵ Pendant la crise de l'*Escherichia Coli* de 2011, le sénateur de la santé de Hambourg a informé le public le 26 mai que les concombres provenant d'Espagne étaient porteurs de la bactérie. Il s'est avéré que cette information n'était pas exacte. On aimerait alors savoir de quelle compétence le sénateur s'est servi pour informer le public.

L'Institut Robert Koch (une autorité fédérale supérieure indépendante) peut informer le public sur les maladies infectieuses.

L'Institut fédéral pour l'évaluation des risques informe notamment le public sur les risques pour la santé.

Le contrôle officiel des denrées alimentaires relève en principe de la responsabilité des autorités du *Land* (§ 38 I *LFGB*). En règle générale, ce sont les autorités inférieures du Land qui sont compétentes en la matière.

Audience juridique¹²⁶. L'article 28 de la loi sur la procédure administrative non contentieuse¹²⁷ ne s'applique pas à l'octroi d'une audience aux personnes affectées négativement par une information publique, car une mesure d'information ne constitue pas un acte administratif au sens du § 40 *VwVfG*¹²⁸.

La loi sur l'information des consommateurs l'a toutefois prévu : avant d'informer le public dans le cas de la prévention des dangers ou de la précaution des risques, l'autorité doit en principe entendre les entrepreneurs concernés, à condition que cela ne compromette pas la réalisation de l'objectif poursuivi par la mesure¹²⁹.

¹²⁶ « *Rechtliches Gehör* ».

¹²⁷ « *Verwaltungsverfahrensgesetz* » (*VwVfG*).

L'article 28 al. 1 de cette loi prévoit en effet qu'« *avant l'édition d'un acte administratif portant atteinte aux droits d'une partie, possibilité doit lui être donnée d'exposer son point de vue sur les faits pertinents pour la décision.* »

Traduction issue de Bijus Norm, Chaire de droit public français de l'Université de la Sarre, disponible au lien : <https://www.bijus.eu/?p=13091> (consulté le 16/05/2021).

Texte original : « *Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, ist diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern* ».

¹²⁸ Le §35 al. 1 *VwVfG* dispose en effet qu'« *un acte administratif est toute prescription, décision ou autre mesure de puissance publique prise par une autorité administrative pour régler un cas d'espèce dans le domaine du droit public et destinée à produire directement des effets de droit à l'extérieur de l'administration. Une prescription collective est un acte administratif qui s'adresse à un cercle de personnes déterminé ou déterminable d'après des critères généraux ou qui concerne la nature de droit public d'un bien ou son utilisation par la collectivité.* »

Traduction issue de Bijus Norm, Chaire de droit public français de l'Université de la Sarre, disponible au lien : <https://www.bijus.eu/?p=13091> (consulté le 16/05/2021).

Texte original : « *Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.* »

¹²⁹ § 40 III *LFGB*.

c) **Exigences matérielles : exactitude et objectivité de l'information délivrée**¹³⁰.

L'**exactitude** du contenu de l'information publique est *a priori* une question d'évidence. Seule une information exacte favorise la transparence du marché et la capacité du consommateur à prendre des décisions.

La perception d'un consommateur moyen est ici déterminante : il ne peut y avoir de malentendus sur le contenu de l'information.

Le privilège des autorités publiques en vertu de la loi sur l'information peut être interprété de manière restrictive conformément à la Loi fondamentale et appliqué uniquement aux cas d'informations publiques passives, lorsque le privilège a un sens.

Si l'information n'est pas (encore) certaine en termes factuels, il n'est pas nécessaire de s'abstenir de la diffuser dans tous les cas.

S'il existe un intérêt public pour l'information publique (par exemple, informer les consommateurs sur un certain risque pour la santé), une action peut être entreprise, mais seulement s'il y a une référence simultanée aux incertitudes concernant l'exactitude de l'information.

Objectivité¹³¹ : le juge constitutionnel allemand a affirmé dès l'arrêt *Glykol* l'exigence d'objectivité. Le respect de cette exigence ne peut être évalué que sur la base des circonstances du cas individuel. La jurisprudence est parfois assez généreuse en faveur des autorités publiques comme¹³².

Interdiction du caractère excessif¹³³. L'interdiction du caractère excessif est d'une importance capitale dans le droit de l'information. Afin de poursuivre l'objectif de transparence du marché, l'information prise doit être adaptée, nécessaire et

¹³⁰ « *Inhaltliche Anforderungen an die Publikumsinformation* ».

¹³¹ « *Sachlichkeit* ».

¹³² Voir en ce sens SCHOCH (Friedrich), "Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung", NJW 2012, 2844, p. 9 par rapport aux affaires LG Stuttgart, NJW 1989, 2257 (2261); OLG Stuttgart, NJW 1990, 2690.

¹³³ « *Übermaßverbot* ».

appropriée, et dans le cas d'atteintes aux droits fondamentaux, elle doit notamment être limitée à ce qui est nécessaire¹³⁴.

Se retrouvent ici les éléments du contrôle classique opéré par le juge constitutionnel.

Mesures législatives encadrant le recours aux informations officielles. Dans la législation sur les denrées alimentaires et les aliments pour animaux, l'information officielle du public ne peut avoir lieu que si d'autres mesures tout aussi efficaces, notamment l'information du public par l'entreprise concernée elle-même, ne sont pas prises ou ne sont pas prises à temps ou ne peuvent atteindre les consommateurs¹³⁵.

Parmi les manifestations de l'information officielle au public, l'avertissement officiel a les effets les plus forts sur le comportement. Il ne devrait donc être utilisé que si d'autres mesures d'information moins radicales sont moins appropriées pour atteindre l'objectif¹³⁶.

Si le public est informé des infractions à la loi commises par une entreprise, il faut éviter l'impression erronée qu'une infraction identifiée continue d'exister. Une référence aux circonstances au « moment de l'infraction » peut éviter les malentendus et devrait être donc prise¹³⁷.

L'information officielle n'est donc à utiliser qu'en cas de nécessité au regard de son efficacité.

¹³⁴ *Glykol* précité.

¹³⁵ § 40 II 1 *LFGB*.

¹³⁶ *Ibid.* p 12.

¹³⁷ *Ibid.* p. 12 par rapport à OVG Saarlouis, NVwZ 2011, 632 (635).

2) Royaume-Uni : la procédure du *judicial review*

L'inadaptation du *judicial review* en droit souple. Greg Weeks souligne les limites de la procédure de *judicial review* concernant la "*soft law*". Il affirme ainsi que « *la possibilité d'obtenir un recours en ce qui concerne les applications de la soft law qui sont probablement irrémédiables par un contrôle judiciaire, mais qui causent néanmoins un préjudice. Les recours en contrôle juridictionnel ne sont pas toujours appropriés* »¹³⁸.

Les actes de droit souple, en particulier les lignes directrices prises par les autorités locales, sont en effet des mesures d'accompagnement des actes de « droit dur » visant à accompagner une politique publique. Leur efficacité première ne tient pas à leur validité, mais bien à leurs effets extra-juridiques sur les justiciables.

a) Contrôle de légalité interne

Le respect de la hiérarchie des normes : un acte de droit souple ne peut être contraire à la loi comme cela ressort de l'affaire *Laker Airways Ltd v Department of Trade* 1977 Q.B. 643¹³⁹.

Outre le respect du droit « dur » qu'est la loi en l'occurrence, le juge britannique se concentre également sur le respect de la hiérarchie entre actes de droit souple : une politique non publiée ne peut par exemple aller à l'encontre d'une politique publiée¹⁴⁰.

Traitement potentiellement différencié entre acte de *soft law* et acte de droit « dur ». Le rapprochement d'un acte de *soft law* à une « norme » (pouvoir

¹³⁸ Voir: WEEKS (Greg), *Soft law and public authorities, remedies and reforms*, Hart publishing, 2016, p.62, préc.

Texte original: "*The possibility of obtaining a remedy in respect of applications of soft law which are probably irremediable by judicial review, but which nonetheless cause loss. Judicial review remedies are not universally appropriate.*"

¹³⁹ *Laker Airways Ltd v Department of Trade* (1977) Q.B. 643.

¹⁴⁰ *Secretary of State for the Home Department* (2012) 1 A. C. 245.

réglementaire classique) peut conduire à un traitement différencié par rapport à un pur acte de droit souple. Le juge pourra alors donner deux solutions différentes¹⁴¹. Le droit souple peut donc constituer une source de droit britannique, cependant son non-respect peut ne pas être sanctionné¹⁴².

Cette position du juge est donc en faveur de l'administration, qui – selon Yoav Dutan¹⁴³ – pourrait s'expliquer par deux hypothèses : premièrement la latitude de l'administration pour s'écarter de sa politique ; deuxièmement la possibilité de changer de politique (principe de mutabilité en droit administratif anglais). Deux arrêts sont considérés comme de principe en la matière, *R. v Liverpool Corp Ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators association*¹⁴⁴ et *R. v Secretary of State for the Home Department*¹⁴⁵.

Proportionnalité¹⁴⁶. Ce principe s'est développé sous l'influence du droit européen, et notamment la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Royaume-Uni a incorporé en substance la Convention européenne des droits de l'homme via le *Human Rights Act* 1998, et procède l'application du principe de proportionnalité comme l'illustre l'affaire *Daly*¹⁴⁷. Il y fut affirmé que « *le principe de proportionnalité est un principe du droit public applicable en dernier lieu dans les droits de l'homme* ». Cette application du balancement des intérêts en jeu, corollaire du principe de proportionnalité, trouve une illustration dans l'arrêt *Coughlan*.

Cohérence¹⁴⁸. Ce principe est considéré comme un attribut désirable en cas de prise de décision par les autorités judiciaires ou administratives, et tient au fait que l'incohérence serait un indice d'arbitraire, et donc un affront à la *Rule of Law*.

¹⁴¹ *R. v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex. p. Bibi.* (1976) 1 W. L.R. 979., l'autre non (*R. v. Secretary for the home affairs, ex parte Hosenball* (1977) 1. W.L.R. 766.

¹⁴² Voir en ce sens : PERROUD (Thomas), « Le contrôle juridictionnel du droit souple au Royaume-Uni. » in *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple* sous la direction de JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), Presses universitaires de Reims, 2017, p. 267, préc.

¹⁴³ *Ibid.* p. 267.

¹⁴⁴ *R. v Liverpool Corp Ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators association* (1972) 2 Q. B. 299.

¹⁴⁵ *R. v Secretary of State for the Home Department* (2011) UKSC 23.

¹⁴⁶ « Proportionality ».

¹⁴⁷ *R (Daly) v Secretary of State for Home Department* (2001) 2 AC 532.

¹⁴⁸ « *Constitency* ».

L'atteinte à l'espérance légitime du justiciable. Il convient en premier lieu de mentionner l'interdiction de l'estoppel en droit public. Ce principe, dont les fondements sont la bonne foi et la loyauté processuelle, signifie qu'une personne publique ne peut agir de manière contradictoire à ce qu'elle a énoncé. D'origine de droit privé, il fut par la suite repris en droit public sous l'appellation d'« attente légitime »¹⁴⁹.

L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt *Coughlan*¹⁵⁰. Dans cet affaire, l'autorité sanitaire locale avait décidé que Mlle Coughlan, personne gravement, resterait à son domicile à vie en raison de la fermeture d'un établissement résidentiel pour personnes gravement handicapées. Or, cette même autorité avait fait la « promesse » à un petit groupe de personnes – dont Mlle Coughlan – qu'elles pourraient être logées au sein d'une telle résidence.

Le contrôle juridictionnel de l'atteinte à l'espérance légitime sera moins effectif quand les « promesses » des personnes publiques concernent un plus grand nombre de justiciables. Ainsi, dans l'affaire *Newham*¹⁵¹, la promesse contenue dans la ligne attaquée relevait davantage d'une ligne directrice macroéconomique (aide sociale au logement).

b) Légalité externe

Inefficacité des vices de procédure. Ne relevant pas des actes de « droit dur », les actes de droit souple ne sont pas en principe sujets aux règles de procédure auxquelles ces actes sont sujets¹⁵².

Un contrôle axé sur la justification des actes. Le pouvoir de préciser la politique de l'Administration dans un domaine couvert par la loi est un pouvoir inhérent et

¹⁴⁹ “*Legitimate expectation*” ; *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* (1969) 2 Ch 149, 170-171.

¹⁵⁰ *R v North and East Devon Health Authority, Ex parte Coughlan* [2001] QB 213.

¹⁵¹ *The Queen (on the application of Alansi) v London Borough of Newham* [2013] EWHC 3722 (Admin).

¹⁵² Voir en ce sens : PERROUD (Thomas), « Le contrôle juridictionnel du droit souple en *common law* » in *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple* sous la direction de JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), Presses universitaires de Reims, 2017, p. 250, préc.

qui se distingue du pouvoir d'exécution de la loi et peut donc échapper au contrôle parlementaire.

La *soft law* ayant une nature éminemment politique, son contrôle juridictionnel passera donc essentiellement sur la légalité externe. Il convient ici de souligner certains éléments sur lesquels le juge britannique se penche : la compétence, la justification de l'acte litigieux, le respect de l'obligation procédurale visant à réintroduire de la participation dans la politique du droit souple¹⁵³.

¹⁵³ Voir en ce sens : 2013 UKSC 51.

II) Des pouvoirs du juge face à l'illégalité d'un acte de droit souple

Il convient de développer les aspects tenant aussi bien à l'existence de l'acte lui-même (A), que du droit relatif à la responsabilité des personnes publiques concernées (B).

A) Devenir de l'acte « illégal » : l'inefficacité des pouvoirs classiques

La nature des actes de droit souple rend en partie inefficace les pouvoirs juridictionnelles, et soulève des difficultés d'ordre pratique que ce soit en France (1), en Allemagne (2) ou au Royaume-Uni (3).

1) France : l'inadaptation du plein-contentieux aux attentes des justiciables

Comme il est souligné dans l'affaire *Fairvesta Numéricable*¹⁵⁴ avec les demandes des requérants, l'illégalité d'un acte de droit souple peut entraîner comme sanction première son abrogation ou sa rectification. Le Conseil d'État en a même déduit une obligation d'abrogation¹⁵⁵.

Des difficultés pratiques peuvent néanmoins survenir, liées aussi bien par des questions matérielles que par de considérations d'information des consommateurs. Dans le premier cas, si des informations sur les sites internet des administrations sont erronées ou illégales et qu'il convient de les modifier ou de les supprimer, il

¹⁵⁴ Préc.

¹⁵⁵ CE, sect, 13 juillet 2016, n° 388.150 : à propos de la CRE ; 4 décembre 2019, n° 416.798 : à propos de l'ANSM ; 23 décembre 2020, n° 428.284 : à propos de la Haute autorité de Santé.

faut alors que les mises-à-jour puissent être effectuées rapidement, ce qui n'est pas toujours le cas¹⁵⁶.

Dans le second, le maintien temporaire d'une information sur le site d'une personne publique peut être liée à la nécessité d'informer les consommateurs. Cette situation apparaît notamment quand un produit a fait l'objet d'un communiqué par une autorité de contrôle pour signaler sa dangerosité et indiquer son retrait du marché. La conséquence directe du maintien de l'avis pour l'entreprise concernée est un préjudice commercial lié à une atteinte à sa réputation. L'autorité peut cependant souhaiter de maintenir cet avis pendant un certain temps pour permettre sa connaissance par le plus grand nombre possible d'acheteurs¹⁵⁷.

Il demeure néanmoins, comme cela sera souligné dans les développements ultérieurs concernant les droits étrangers, que les conséquences d'un acte de droit souple ne peuvent être corrigés par la simple correction de ces actes et une nouvelle publication.

2) Allemagne : une procédure de correction envisagée¹⁵⁸

Le souci de la diffusion de la rectification. Si une information publique officielle se révèle ultérieurement incorrecte, cela doit être rendu public sans délai si la personne concernée le demande ou si cela est nécessaire pour sauvegarder des intérêts publics substantiels. De même, la correction publique doit être effectuée de la même manière que l'information publique a été émise dans un souci de parallélisme¹⁵⁹.

Si nécessaire, l'information publique antérieure est remplacée par une nouvelle présentation correspondant à l'état avancé des connaissances¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Voir en ce sens l'intervention de Jean-Denis Combrexelle dans le colloque du 18 décembre 2020 précité.

¹⁵⁷ Voir en ce sens l'intervention de Virginie Beaumeunier dans le colloque du 18 décembre 2020 précité.

¹⁵⁸ « *Richtigstellung* ».

¹⁵⁹ § 40 IV *LFGB*.

¹⁶⁰ BVerwGE 82, 76 (95).

3) Royaume-Uni : les « remedies » du contrôle de légalité

L'indaptation des *remedies*. Les *remedies* peuvent être définis comme les décisions que peut prendre le juge à l'encontre d'un acte administratif. Il existe traditionnellement trois types de *remedies* en droit administratif anglais : *certiorari*, *mandamus* et *prohibition*.

Le *certiorari* permet d'annuler *ab initio* une décision administrative pour illégalité. Le *mandamus* et la *prohibition* permettent quant à eux d'enjoindre l'administration, dans le premier cas de prendre un acte pour se conformer à la légalité, et dans le second de s'abstenir de prendre un acte qui mettrait l'autorité administrative dans la situation de commettre une illégalité.

Ces *remedies* sont cependant soit indisponibles en matière de *soft law*, soit voient leur utilité limitée¹⁶¹.

Par exemple en matière de *mandamus* rendu par le juge, celui crée l'obligation de réaliser les devoirs publics¹⁶². Or, les actes de *soft law* ne peuvent pas créer de devoirs publics juridiquement contraignants. Pour cette raison, ils ne peuvent contraindre un représentant de l'État¹⁶³ de se conformer à un acte de droit souple.

Il convient toutefois de constater qu'une reconnaissance juridictionnelle en Angleterre tend à se développer sous certaines conditions comme l'illustre l'affaire *Purdy*¹⁶⁴ : les représentants étatiques peuvent être contraints de créer et publier des actes *soft law*, des lignes directrices en l'occurrence.

Concernant l'ensemble de *remedies*, la difficulté majeure de la *soft law* provient du fait qu'il ne s'agit que d'instruments accompagnant la politique d'une personne publique. Il y a donc de multiples possibilités pour une situation donnée quand cet instrument est contesté, sans compter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique concernée pour mener à bien sa politique.

¹⁶¹ Voir en ce sens : WEEKS (Greg), *Soft law and public authorities: remedies and reform*, Hart, 2016, pp. 141-145, préc.

¹⁶² « *enforces the obligation to perform public duties* ».

¹⁶³ « *public official* ».

¹⁶⁴ Préc.

En raison des effets souvent irrémédiables des actes de droit souple et de la relative inefficacité des prérogatives mises à la disposition des juges nationaux, le droit à la réparation pour les préjudices subis en raison d'actes de droit souple doit être envisagé.

B) Vers un développement de la responsabilité des personnes publiques

Le droit français permet un engagement de la responsabilité des personnes publiques pour des actes de droit souple bien que son recours soit encore timoré (1). Le droit allemand témoigne de sa nécessité face à l'inefficacité du recours primaire, traditionnellement privilégié. Son étude est d'un grand intérêt concernant les avis et autres actes publics des autorités (2). Enfin le droit anglais permettrait aussi la mise en cause de la responsabilité des personnes publiques, mais avec plus de réticence (3).

1) France : un engagement possible mais encore peu usité

L'engagement de la responsabilité pour faute. Le Conseil d'État a par un arrêt du 30 juillet 1997 envisagé d'engagement la responsabilité du fait d'une recommandation fautive¹⁶⁵. Le fait de permettre l'engagement d'une personne publique sur un tel fondement insinue que l'étude de la licéité d'un acte de droit souple pourra être envisagée.

Il était question dans cette décision d'un communiqué publié du ministre de la Santé mettant en garde le public sur la consommation de lots de terrines de pâté suite à des cas d'intoxication à la toxine botulique. Le Conseil d'Etat énonça alors « *qu'il appartient au ministre chargé de la santé, même en l'absence de texte l'y autorisant expressément, de prendre les mesures permettant de mettre en garde le public contre des produits dont la consommation présente un risque grave pour la santé ; que de telles mesures, eu égard à l'objectif de protection de la santé publique*

¹⁶⁵ CE, 30 juillet 1997, *Boudin*, n°118521, *Rec. CE*, p. 312.

qu'elles poursuivent, ne peuvent ouvrir droit à indemnisation que si elles sont constitutives d'une faute. »

Il est donc explicité qu'un pouvoir d'édicter des actes de droit souple – ici des recommandations – pouvait être accordé à une autorité administrative sans habilitation formelle, mais qu'un contrôle – la mise en œuvre de la responsabilité pour faute – constitue la contrepartie d'une telle compétence. La mise en œuvre de la responsabilité pour faute concernant des actes de droit souple trouve également confirmation dans deux autres arrêts.

Premièrement l'arrêt *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*¹⁶⁶ relatif à un « avis » de la Commission de Sécurité des Consommateurs demandant aux pouvoirs publics d'interdire la commercialisation de produits cosmétiques contenant des « psoralènes », molécules suspectées d'être nocives (application du principe de précaution). Les entreprises atteintes par un tel avis avaient demandé réparation du préjudice commercial subi, le recours pour excès de pouvoir n'étant alors pas ouvert contre des actes non-décisoires de cette nature. Elles furent néanmoins déboutées étant donné qu'il aurait fallu que l'avis litigieux ait été pris « *dans des conditions fautives* ».

Deuxièmement le plein contentieux a été également ouvert pour les « délibérations » dans l'arrêt *Mme Abric*¹⁶⁷ du 13 juillet 2007. Il était ici question de la HALDE¹⁶⁸.

Les préjudices envisageables. Selon Christine Paillard, le préjudice « *constitue une catégorie juridique incluant certaines conséquences d'un dommage, propres à la victime, dont il fonde le droit à réparation* »¹⁶⁹.

On retrouve dans ces définitions plusieurs caractéristiques du préjudice. C'est une conséquence subjective d'un dommage consistant en une atteinte à des intérêts légitimes d'une victime.

Selon une jurisprudence constante, la réparation du préjudice doit être intégrale, c'est-à-dire couvrir tous les préjudices subis, que la responsabilité soit

¹⁶⁶ CE, Sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, préc.

¹⁶⁷ CE, 13 juillet 2007, *Mme Abric*, n°297742.

¹⁶⁸ Haute autorité pour la lutte contre les discriminations et l'égalité.

¹⁶⁹ C. Paillard, Le préjudice indemnisable en droit administratif.

contractuelle¹⁷⁰ ou extracontractuelle¹⁷¹. Ce principe de la réparation intégrale fait ainsi partie des « *principes généraux qui régissent la responsabilité de la puissance publique* »¹⁷², tous les éléments qui composent les préjudices subis doivent donc être réparés.

Le préjudice peut notamment être commercial¹⁷³, ce qui revêtir diverses formes notamment les « pertes des bénéfices attendus d'une opération commerciale »¹⁷⁴ ou encore les « pertes des éléments incorporels du fonds de commerce »¹⁷⁵, les « pertes de clientèle »¹⁷⁶.

Dans le cadre du droit souple où les déclarations ont un rôle considérable sur les personnes visées, la simple atteinte à l'honneur ou à la réputation ne peut cependant faire l'objet d'une réparation¹⁷⁷.

Reste à savoir si une telle position du juge sera amenée à être infléchie en raison de certains actes de droit souple « publics » - avis et recommandations d'autorités de régulation notamment – dont l'essence-même est de dénoncer le comportement de personnes généralement morales. Les affaires *Fairvesta* et *Numéricable* précédemment évoquées en sont des illustrations.

¹⁷⁰ CE, 22 mars 1968, *min. Armées c/ Épx Felizianni* n° 70661.

¹⁷¹ CE, 26 juill. 1918, *Épx Lemonnier*, n° 49595; CE, 5 déc. 1990, *Devlieger* n° 110415.

¹⁷² CE, sect., 6 déc. 2013, *Cne Ajaccio*, n° 365155.

¹⁷³ CE, 31 janv. 1968, *Sté d'économie mixte pour l'aménagement et l'équipement de la Bretagne et de la ville de Brest*, n° 70891 ; CE, 22 juin 1992, *Sté Pont Royal Hôtel*, n° 59284.

¹⁷⁴ CE, 30 mars 1990, *Sté des courses de Questembert-Malestroit* n° 74499.

¹⁷⁵ CE, 6 févr. 1981, *SA des comptoirs français* n° 13356.

¹⁷⁶ CE, sect., 28 févr. 1986, *Entreprise Blondet*.

¹⁷⁷ CE, sect., 17 juin 1960, *min. Travail et Sécurité sociale c/ Himmoff*.

2) Allemagne : la reconnaissance de la nécessité de recourir à l'indemnisation

Inadaptation de la protection primaire. Comme le souligne Anne Jacquemet-Gauche dans sa thèse intitulée *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, les actions devant le juge sont hiérarchisées¹⁷⁸. La protection primaire¹⁷⁹ constitue la voie de prédilection pour protéger les droits individuels, et revient à un contrôle préventif de légalité des actes décriés (période *ex-ante* du dommage).

La responsabilité de la puissance publique est traditionnellement une protection secondaire¹⁸⁰ des justiciables, et ne peut – contrairement au contentieux administratif français – être engagée qu’après échec de de la protection primaire et de la remise en état.

Or les préjudices causés par les actes de droit souple ne peuvent généralement être réparés dans le cadre de la protection primaire ainsi que de la remise en état¹⁸¹. La mise en cause de la responsabilité de la puissance publique en matière d’information publique¹⁸² tend donc à se développer sous certaines conditions énoncées ci-dessous :

Fonctions officielles et manquement aux fonctions officielles¹⁸³.

La responsabilité de l’État est le plus souvent décidée sur la base de la caractéristique de « violation du devoir officiel ». L’exactitude ou l’inexactitude de

¹⁷⁸ JACQUEMET-GAUCHE (Anne), « La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne », L.G.D.J., collection « Thèses », 2013, p. 368.

¹⁷⁹ « Primärschutz ».

¹⁸⁰ « Sekundärschutz ».

¹⁸¹ Voir SCHOCH (Friedrich), « Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung », NJW 2012, 2844, p. 8 : « *La défense contre les informations publiques planifiées au moyen de la protection juridique primaire n'est pas toujours couronnée de succès. Compte tenu de l'irréversibilité de l'information mentionnée ci-dessus (avec éventuellement des conséquences dommageables considérables), la protection juridique secondaire sous forme de responsabilité de l'État a une fonction importante.* »

Texte original : « *Die Abwehr einer geplanten Publikumsinformation im Wege des Primärrechtsschutzes gelingt nicht immer. Angesichts der erwähnten Irreversibilität von Information (u. U. mit erheblichen Schadensfolgen) kommt dem Sekundärrechtsschutz in Gestalt der Staatshaftung eine wichtige Funktion zu.* »

¹⁸² « Staatshaftung bei fehlerhafter Publikumsinformation ».

¹⁸³ « Amtspflichten und Amtspflichtverletzung ».

l'information publique est donc au centre de l'évaluation juridique. Quelques exemples peuvent être ici donnés :

La perte de ventes d'une entreprise affectée n'a pas donné lieu à une responsabilité pour dommages et intérêts car l'information était exacte en termes de contenu et servait à protéger le public¹⁸⁴.

La référence officielle à la possible nocivité pour la santé de l'eau potable n'a pas justifié la responsabilité officielle car les incertitudes du résultat de l'analyse avaient également été communiquées au public¹⁸⁵.

La perte de chiffre d'affaires d'une boucherie due à un communiqué de presse officiel sur les griefs de l'entreprise n'a pas non plus donné lieu à une responsabilité pour dommages et intérêts de la part de l'État car l'information était correcte, et donc conforme au devoir officiel¹⁸⁶.

Ces exemples montrent à quel point l'exactitude du contenu de l'information, la divulgation des incertitudes existantes et la mesure précise du contenu de l'information comptent dans les questions de responsabilité.

La causalité du dommage¹⁸⁷. Dans ce devoir, l'étude de cas avec des entreprises permet d'être plus pertinent avec le droit souple issu d'autorités de régulation. Il convient donc de donner un exemple illustrant l'étude de causalité en matière de droit souple. La baisse des ventes des entreprises peut avoir de nombreuses causes. Même si le comportement des clients à l'égard d'une entreprise est identifié comme la source de turbulences économiques, il n'est pas certain, du point de vue du droit de la responsabilité, qu'une information publique officielle préalable ait influencé les décisions des consommateurs de telle sorte qu'un lien de causalité avec l'action étatique puisse être établi. C'est le cas, par exemple, en cas d'atteinte à l'image de l'entreprise.

Ainsi, quelques heures après le crash de l'avion d'une compagnie aérienne « low-cost » (« Birgenair »), le ministère fédéral des transports avait faussement affirmé que l'avion n'était pas assuré et qu'il n'avait pas reçu l'autorisation d'atterrir.

¹⁸⁴ LG Bielefeld, NWVBI 1988, 279.

¹⁸⁵ LG Göttingen, NVwZ 1992, 98.

¹⁸⁶ OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, 1597.

¹⁸⁷ «*Ürsachlichkeit des Schadens*».

Toutefois, selon la jurisprudence allemande, ces déclarations officielles n'étaient pas la cause de la ruine de la compagnie aérienne. En effet, le crash lui-même avait selon le juge allemand entraîné la mauvaise réputation publique de la compagnie et causé les problèmes économiques¹⁸⁸.

Le défaut d'information du public¹⁸⁹. Cette situation se rapproche du droit britannique avec le cas du « droit au droit souple ».

En droit allemand, l'abstention par les pouvoirs publics de l'usage leurs prérogatives en matière d'information officielle peut être également sanctionnée. La licéité ou l'illicéité de l'omission dépendra des exigences requises de l'administration.

Cette situation soulève néanmoins le problème de la nature de « tiers » d'un devoir officiel en matière d'information¹⁹⁰. À cet égard, la jurisprudence allemande peut se montrer très restrictive en la matière, et a par exemple rejeté la responsabilité pour des informations météorologiques pas assez précis¹⁹¹.

3) Royaume-Uni : l'indétermination pour une compensation financière en cas d'invalidité¹⁹²

Principe : possibilités d'indemnisation très limitées en cas d'acte illégal. Les possibilités pour le justiciable d'obtenir indemnisation ne peuvent en principe se faire que si l'administration a fait preuve de négligence¹⁹³, a manqué à son devoir¹⁹⁴, ou bien contrevient à l'*HRA*.

C'est sûrement en raison de la dernière possibilité que les juges ont finalement accepté à la demande « de droit au droit souple » dans l'affaire *Purdy*¹⁹⁵.

¹⁸⁸ LG Bonn, NJW-RR 2000, 1144.

¹⁸⁹ « *Unterlassene Publikumsinformation* ».

¹⁹⁰ « *Staatlicher Schutzauftrag* ».

¹⁹¹ SCHOCH (Friedrich), « *Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung* », NJW 2012, 2844, p. 9.

¹⁹² « *Money remedies for invalidity* ».

¹⁹³ « *Negligence* ».

¹⁹⁴ « *Breach a public duty* ».

¹⁹⁵ Préc.

Hypothèses pour le droit souple. Selon Greg Weeks, deux possibilités sont à envisager en cas d'invalidité d'actes de droit souple au Royaume-Uni¹⁹⁶.

Préjudice causé par le droit public. Tout d'abord pourrait être évoquée la réalisation d'une indemnisation en raison d'un préjudice causé par le droit public¹⁹⁷ ou sur le fondement d'une faute en cas d'action administrative invalide¹⁹⁸.

L'auteur souligne néanmoins que les autorités ne sont pas favorables à cela comme en témoigne le rapport d'une commission tenue en 2010¹⁹⁹. Ils considèrent en effet cela comme en-dessous de la procédure de *judicial review*. Cette dernière devrait donc primer selon la conception traditionnelle, à l'image de la distinction entre protection primaire et protection secondaire en droit allemand.

Répétition de l'indu. Le deuxième fondement envisagé par l'auteur serait une compensation financière liée à la répétition de l'indu²⁰⁰. Ce fondement a déjà été usité dans une affaire dénommée *Woolwich*²⁰¹.

¹⁹⁶ WEEKS (Greg), *Soft law and public authorities: remedies and reform*, Hart, 2016, p. 110, préc.

¹⁹⁷ « *Public law damage remedy* ».

¹⁹⁸ « *Tort liability for invalid administrative action* ».

¹⁹⁹ Law Commission, *Administrative Redress : «Public bodies and the Citizen»*, Report No 322, (2010).

²⁰⁰ « *Restitution for unjust enrichment where a public authority* ».

²⁰¹ *Woolwich Equitable Building Society v Inland Revenue commissioners* (1993) AC 70.

Conclusion de partie

Le contrôle de légalité d'un acte de droit souple par le juge ne suffit généralement pas à faire respecter l'état de droit. En effet, les outils traditionnels du juge concernant l'étude de la légalité visent à rétablir les droits et obligations des justiciables concernés, or le droit souple ne constitue pas un « grief » aux droits des justiciables, mais vise essentiellement à influencer le comportement de ceux-ci. Les effets sont donc extra-juridiques comme l'illustre le renouvellement des conditions de justiciabilité de ces actes par une approche pragmatique des effets sur les justiciables.

La responsabilité constituerait alors un moyen de compenser le préjudice issu de tels actes, mêmes corrigés, dont les effets sont généralement irrémédiables. L'étude des différents droits internes permet de rendre compte de sa nécessité, y compris lorsqu'elle ne fait pas partie de la culture juridique du pays concerné comme en Allemagne. Néanmoins, l'engagement de celle-ci n'est pas toujours évident, comme la détermination du préjudice subi.

Conclusion générale

Adaptation de l'office traditionnelle du juge. « *Alors que les instruments de « droit souple » sont pensés comme une alternative au « droit dur » (associé à la compétence du juge), il y a quelque paradoxe voire une certaine étrangeté à traiter de la réintroduction du juge là où il était exclu* »²⁰². Cette réintroduction n'a pas été sans difficultés concernant tant l'appréhension juridictionnelle du droit souple, que de l'adaptation du contrôle et pouvoirs traditionnellement exercés par le juge.

Aussi bien en droit français que dans les droits anglais et allemand, le développement du contrôle exercé a été la préoccupation majeure des juges nationaux, comme en témoignent les principes d'origine jurisprudentielle et législative dégagés en la matière. Les critères d'« atteinte équivalente » aux droits fondamentaux en droit allemand, d'« effet notable » en droit administratif français, de justiciabilité quasi-systématique en droit anglais témoignent de l'approche pragmatique des juges nationaux des effets des actes de droit souple.

Recul de l'efficience du contrôle de légalité. Un constat commun peut être dressé quant à l'efficacité du contrôle et des prérogatives des juges en matière de droit souple : les méthodes de contrôle et « remèdes » traditionnels ne sont pas adaptés, en raison de l'essence-même de ces actes. En effet, leur efficacité ne dépendant pas d'une contrainte ou obligation mais de leur influence sur leurs destinataires et tiers, celle-ci peut demeurer même après annulation ou modification.

Développement potentiel de la conciliation et du droit de la responsabilité. De ces éléments peuvent être déduites deux tendances. Premièrement, la concertation entre le justiciable et l'administration doit être privilégiée plutôt qu'un recours juridictionnel : « *La meilleure façon de remédier aux violations des normes douces*

²⁰² TRAORÉ (Seydou), préface in *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple* sous la direction de JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), Presses universitaires de Reims, 2017, p. 17, préc.

semble également être douce, comme les recommandations de l'Ombudsman²⁰³ et les systèmes discrétionnaires de paiements à titre gracieux »²⁰⁴.

Deuxièmement et en reprenant la nomenclature allemande, la protection secondaire des justiciables (responsabilité de la personne publique) aura tendance à se développer au détriment de la protection primaire (rétablissement de la hiérarchie des normes par la fin de l'illégalité de la situation litigieuse). Cet aspect-là est encore peu usité comme en témoignent les difficultés à sa mise en œuvre au Royaume-Uni et en Allemagne. En France, si l'engagement pour faute est encore résiduel en contentieux d'actes de droit souple, le développement d'un régime de responsabilité en la matière semble inéluctable. Le suivi de la systématisation de ce régime sera d'autant plus important que la détermination des préjudices invoqués et du lien de causalité avec l'acte litigieux sera difficile, et que leurs montants pourront être très élevés²⁰⁵.

Aspects de droit comparé interne. Le juge administratif français doit également tirer des enseignements du contentieux des actes de droit souple issus du droit interne, notamment le droit fiscal et le droit privé.

Le droit fiscal est généralement considéré comme une branche spéciale du droit administratif bénéficiant d'une certaine autonomie. Cette autonomie se manifeste par l'existence de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales permettant en principe d'opposer à l'administration sa doctrine fiscale, c'est-à-dire son interprétation des dispositions sur demande du contribuable *via* un rescrit fiscal²⁰⁶.

²⁰³ Médiateur dans les pays Nordiques, peut être considéré comme le « défenseur des droits » en France.

²⁰⁴ WEEKS (Greg), «The use and enforcement of soft law by Australian public authorities», *Federal Law Review* Volume 42, 2014, p.1.

Texte original: *«the best way to remedy breaches of soft law appear also to be 'soft', such as recommendations of the Ombudsman and discretionary schemes for ex gratia payments. »*

²⁰⁵ A titre d'exemple, l'affaire *Fairvesta Numéricable* : l'indemnisation de la perte d'un grand nombre de clients à cause d'un acte de droit souple aurait pu être très élevée comme l'a souligné Rozen Noguellou au colloque du 18 décembre 2020 précité.

²⁰⁶ Article L80 A Livre des procédures fiscales : *« Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause du rehaussement poursuivi par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration. Il en est de même lorsque, dans le cadre d'un examen ou d'une vérification de comptabilité ou d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle, et dès lors qu'elle a pu se prononcer en toute connaissance de cause, l'administration a pris position sur les points du contrôle, y compris tacitement par une absence de rectification. (1) (2)Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente. Sont*

Cette disposition aurait pu sembler intéressante par son aspect « droit au droit souple », comme illustré en droit anglais par l'arrêt *Purdy*. Sa généralisation au droit administratif générale semble néanmoins compromise par le défaut d'une « rigidification » de l'action administrative : l'administration ne déposerait alors plus de la marge discrétionnaire nécessaire pour mener à bien ses politiques²⁰⁷, et le droit souple perdrait donc son intérêt initial qu'est sa souplesse.

Concernant le contrôle juridictionnel du droit souple issu de la sphère privée, qui pourtant prolifère sous la forme de chartes d'entreprise par exemple, son contrôle juridictionnel est pour l'instant nul²⁰⁸.

Nécessité de systématiser le contentieux administratif français. Le juge administratif français fait donc preuve d'un souci particulier de garantir l'accès de son prétoire à ce type d'acte par rapport au juge judiciaire. Une systématisation du contentieux, notamment par le recours à la loi comme en Allemagne, permettrait néanmoins de clarifier les grands principes le guidant contrairement au droit positif actuel : si la construction jurisprudentielle du régime permet au juge de répondre à un besoin des justiciables, les doutes concernant des jurisprudences en apparence concurrentes comme *Fairvesta Numéricable* et *GISTI 2020* contreviennent à l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la loi²⁰⁹.

Mouvement de responsabilisation des auteurs d'actes de droit souple. Quoiqu'il en soit, la responsabilisation des auteurs d'actes de droit souple par le développement du contrôle juridictionnel commence à se faire ressentir. Madame Virginie Beaumeunier, directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), souligne ainsi que dans rédaction des futures directrices d'application de loi demandées par les entreprises, « chaque mot sera pesé » en raison de leur possible contestation devant le juge²¹⁰.

également opposables à l'administration, dans les mêmes conditions, les instructions ou circulaires publiées relatives au recouvrement de l'impôt et aux pénalités fiscales. »

²⁰⁷ Voir en ce sens l'intervention de Jean-Denis Combrexelle dans le colloque du 18 décembre 2020 précité.

²⁰⁸ Voir en ce sens l'intervention de Jean-Denis Combrexelle dans le colloque du 18 décembre 2020 précité.

²⁰⁹ Voir en ce sens 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

²¹⁰ Voir en ce sens l'intervention de Virginie Beaumeunier dans le colloque du 18 décembre 2020 précité.

Développement du droit souple en dépit du contrôle juridictionnel. Le recours au droit souple ne disparaîtra pas en raison d'un encadrement juridictionnel accru comme ont pu le suggérer certains auteurs²¹¹, ou bien en essayant de limiter son recours. Le changement de position du Conseil d'État témoigne de son développement inexorable. Alors qu'il avait exprimé en 2013, en s'appuyant sur la théorie de « l'ombre-portée » de la sanction, que le recours excessif au droit souple s'accompagnerait d'un contrôle juridictionnel proche de celui exercé en matière de détournement de pouvoir, il consacra le pouvoir de prendre des actes de droit souple, pour une autorité classique, alors même qu'elle dispose déjà d'un pouvoir normatif²¹².

Droit souple et « État post-moderne ». Ce développement est inhérent à l'« ébranlement des fondations » du droit moderne pour reprendre l'expression de Jacques Chevallier dans son ouvrage *l'État post-moderne*. Le paradigme de la production normative était auparavant la « majesté et la toute-puissance » de l'État par rapport aux individus comme l'illustre la notion de « prérogative de puissance publique » en droit français.

Le droit est désormais conçu comme un instrument d'action étatique en vue de la réalisation de politiques publiques, contrairement à son approche classique visant à encadrer les comportements dans une société donnée. Ce droit nouveau manifesterait des « visées régulatrices » en cherchant à agir sur les équilibres sociaux. La production normative « s'inscrit désormais dans le cadre de programmes finalisés, mobilisant un ensemble de moyens juridiques et extra-juridiques au service d'objectifs : typique d'un État propulsif qui entend agir sur le social au nom d'une préoccupation de justice »²¹³, et cela dans une logique d'efficacité. C'est dans l'élaboration des règles accompagnant ces politiques publiques que se retrouve l'essence-même du droit souple : « le souci d'obtenir les résultats escomptés justifie ainsi le développement de processus de négociation

²¹¹ Le développement du contentieux – et donc de l'encadrement du droit souple – conduit Seydou Traoré à suggérer que l'« on pourrait assister à une disparition programmée du droit souple par voie de conséquence de sa mutation inévitable », préface in *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple* sous la direction de JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), Presses universitaires de Reims, 2017, p. 18.

²¹² CE, 21 septembre 2020, n° 425.960 et n° 428.683.

²¹³ CHEVALLIER (Jacques), *L'État post-moderne*, collection « Droit et Société Classics », 4^e édition, LGDJ, 2017, p. 131.

avec les destinataires (« droit réflexif ») ainsi que la rétention des procédés de contrainte (« droit incitateur »), qui modifient en profondeur la structure du droit classique »²¹⁴. Ce sont ces aspects qui ont traversé l'ensemble de cette étude dans les droits nationaux étudiés. En droit allemand, c'est bien le souci des pouvoirs publics de rétablir un équilibre de marché qui est à l'origine de l'arrêt *Glykol* et du droit relatif à l'information des consommateurs. Au Royaume-Uni, le développement de la *soft law* est en partie expliqué par la politique du « *New Public Management* » centrée sur l'éthique, la qualité et la bonne administration des activités publiques. Les *Next Step Agencies*²¹⁵ et l'usage massif des recommandations pour encadrer leurs activités sont d'ailleurs emblématiques de cette nouvelle politique publique. En France, l'ouverture du REP a commencé par (et pour) les actes des autorités de régulation.

Ce mouvement en droit français s'illustre également par le développement de la compliance en droit public français, dont le droit souple ne constitue qu'un instrument.

Droit souple, instrument de la compliance en droit public. Le phénomène de droit souple en droit français recoupe celui du développement de la compliance, dont l'objectif est de poursuivre l'activité des autorités de régulation au-delà des limites du droit dur. Le but est en effet d'accompagner les acteurs économiques dans leur activité-même afin qu'elles se « conforment » à des considérations généralement d'ordre éthique²¹⁶.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Recours massif aux agences par l'État britannique.

²¹⁶ Voir en ce sens : MÈNURET (Jean-Jacques), « Compliance et personnes publiques » in *Mélanges Guével* (à paraître) ; OUMEDJKANE (Antoine), *Compliance et droit public*, mémoire de recherche sous la direction de Mme le Professeur Pascale Idoux, Université de Montpellier, 2018. Disponible au lien suivant : <http://www.asso-afda.fr/wp-content/uploads/2018/07/Mémoire-M2-vainqueur-2018.pdf>

Annexes

I) Droit français

1) Conseil d'État, Assemblée, 21/03/2016, Fairvesta-Numéricable, n°368082 : ouverture du REP à l'encontre des actes de droit souple des autorités de régulation.

Vu la procédure suivante :

Par une décision du 10 juin 2015, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, saisi des requêtes des sociétés Fairvesta International GmbH, Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers et du refus de les rectifier, ainsi qu'à l'indemnisation du préjudice en résultant, a sursis à statuer jusqu'à ce que le Tribunal des conflits ait tranché la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître de ces requêtes.

Par une décision n° 4026 du 16 novembre 2015, le Tribunal des conflits a déclaré la juridiction administrative seule compétente pour connaître de l'action intentée par ces sociétés contre l'Autorité des marchés financiers.

En application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, les parties ont été informées que la décision du Conseil d'Etat était susceptible d'être fondée sur le moyen, relevé d'office, tiré de que le recours tendant à l'annulation des communiqués litigieux est tardif, faute d'avoir été introduit dans le délai de deux mois à partir du jour de leur publication, conformément à l'article R. 421-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers, y compris celles visées par la décision du Conseil d'Etat du 10 juin 2015 ;

Vu :

- le code des marchés financiers ;
- la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ;
- la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 ;
- le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ;
- le code de justice administrative.

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Clémence Olsina, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Suzanne von Coester, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société Fairvesta International GmbH, de la société Fairvesta Europe AG, de la société Fairvesta Europe AG II et de la société Fairvesta Vermögensverwaltung International AG et à la SCP Vincent, Ohl, avocat de l'Autorité des marchés ;

1. Considérant que les requêtes visées ci-dessus présentent à juger des questions connexes ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la société Fairvesta International GmbH, société domiciliée..., a proposé aux investisseurs en France, à compter de 2009, des produits de placements immobiliers, dénommés Mercatus VIII, Lumis et Chronos, prenant la forme de prises de participation dans des sociétés en commandite simple de droit allemand ayant pour objet l'acquisition, la gestion ou le négoce d'immeubles ; que ces placements étaient commercialisés en France par l'intermédiaire d'agents immobiliers et de conseillers en gestion du patrimoine qui démarchaient les investisseurs potentiels ; que, le 21 juillet 2011, l'Autorité des marchés financiers a publié sur son site Internet, dans la rubrique " Mises en garde ", un communiqué intitulé " L'Autorité des marchés financiers attire l'attention du public sur les activités de la société Fairvesta ", rédigé comme suit : " L'Autorité des marchés financiers (AMF) reçoit de nombreuses questions de la part d'investisseurs particuliers et de professionnels relatives aux activités de la société Fairvesta. Cette société (...) propose des placements immobiliers tels que Mercatus VIII, Lumis, ou encore Chronos avec des perspectives de rendement élevées. Ces placements sont souvent commercialisés en France de manière très active par des personnes tenant des discours parfois déséquilibrés au regard des risques en capital encourus. Ces produits ne relèvent pas de la réglementation applicable aux titres financiers. La société Fairvesta n'est d'ailleurs ni autorisée à fournir en France des services d'investissement ou des conseils en investissement financier ni habilitée à se livrer à une activité de démarchage bancaire ou financier et les placements proposés n'ont pas donné lieu à l'élaboration d'un document d'information visé ou revu par l'AMF " ; que le communiqué invitait ensuite les épargnants, d'une manière générale, à appliquer des règles de vigilance avant tout investissement, et notamment à mesurer le risque des produits, à se renseigner de façon approfondie sur leurs caractéristiques, sur les intermédiaires les proposant, sur leurs modes de valorisation et leurs modalités de revente, en précisant que les épargnants pouvaient s'adresser à l'Autorité pour obtenir de plus amples informations ; que, le 17 juillet 2012, l'Autorité des marchés financiers a publié, dans les mêmes conditions, un communiqué attirant à nouveau l'attention du public sur les activités de la société Fairvesta, qui reprenait les termes du premier communiqué et précisait, dans une note de bas de page, que deux autres sociétés

du groupe Fairvesta, les sociétés Fairvesta Europe AG et Fairvesta Europe AG II, domiciliées au Liechtenstein, émettaient des obligations ayant fait l'objet de visas délivrés par l'autorité de régulation de ce pays et de certificats d'approbation et prospectus notifiés à l'Autorité des marchés financiers ; que, le 5 novembre 2012, l'Autorité a publié un nouveau communiqué attirant cette fois l'attention du public sur le site Internet " Fairvesta ", dans des termes quasiment identiques à ceux utilisés en juillet 2012 ; que, par un courrier reçu par l'Autorité des marchés financiers le 16 janvier 2013, la société Fairvesta International GmbH a demandé l'indemnisation du préjudice qu'elle estimait avoir subi à la suite de la publication de ces trois communiqués ainsi que la publication d'un communiqué rectificatif sur son site Internet ; que, par un courrier du 13 février 2013, l'Autorité des marchés financiers a refusé de faire droit à cette demande, position qu'elle a confirmée dans un courrier du 12 avril 2013 en réponse à une nouvelle demande de la société ; que la société Fairvesta International GmbH et autres demandent l'annulation de ces trois communiqués, des décisions ayant refusé de les rectifier, et, dans le dernier état des conclusions, la condamnation de l'Autorité des marchés financiers à verser une somme de 15 millions d'euros à la société Fairvesta International GmbH au titre du préjudice financier et du préjudice d'image qu'elle estime avoir subis ;

Sur la compétence de la juridiction administrative :

3. Considérant que, sur renvoi effectué par la décision du Conseil d'Etat, statuant au contentieux du 10 juin 2015 visée ci-dessus, le Tribunal des conflits a déclaré, par une décision du 16 novembre 2015 visée ci-dessus, la juridiction administrative seule compétente pour connaître du litige né des demandes des sociétés Fairvesta International GmbH, Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG tendant à l'annulation des communiqués litigieux et du refus de les rectifier, ainsi qu'à l'indemnisation du préjudice en résultant ; que l'Autorité des marchés financiers n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que la juridiction administrative ne serait pas compétente pour en connaître ;

Sur le recours pour excès de pouvoir, introduit sous le n° 368082, tendant à l'annulation des communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers :

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée par l'Autorité des marchés financiers :

4. Considérant 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 ; 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 ; que, dans ce dernier cas, 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 ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative ;

5. Considérant que les communiqués attaqués ont été émis par l'Autorité des marchés financiers dans le cadre de sa mission de protection de l'épargne investie dans les placements offerts au public ; qu'ils sont destinés aux investisseurs et ont pour objet de les mettre en garde contre les conditions dans lesquelles sont commercialisés plusieurs produits de placement, précisément identifiés, offerts au public par la société Fairvesta International GmbH et de leur adresser des recommandations de vigilance ; qu'ils ont été publiés sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers, ont connu une large diffusion et sont depuis lors restés accessibles sur ce site ; que la société Fairvesta International GmbH fait valoir des éléments sérieux attestant que la publication de ces communiqués a eu pour conséquence une diminution brutale des souscriptions des produits de placement qu'elle commercialisait en France ; qu'ainsi, les communiqués contestés doivent être regardés comme étant de nature à produire des effets économiques notables et comme ayant pour objet de conduire des investisseurs à modifier de manière significative leur comportement vis-à-vis des produits qu'ils désignent ; que, dans les circonstances de l'espèce, ces communiqués, qui font référence à " la société Fairvesta " doivent être regardés comme faisant grief à la société Fairvesta International GmbH et aux sociétés Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG, filiales du groupe Fairvesta, qui sont recevables à en demander l'annulation ; que, par suite, la fin de non-recevoir soulevée par l'Autorité des marchés financiers doit être écartée ;

En ce qui concerne la légalité des communiqués :

6. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 621-1 du code monétaire et financier : " L'Autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et les actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international " ;

7. Considérant qu'en vertu de ces dispositions, il appartient à l'Autorité des marchés financiers de publier des communiqués invitant les épargnants ou investisseurs à faire preuve de vigilance vis-à-vis de certains types de placements ou de pratiques financières risqués ; qu'il résulte des termes des dispositions citées ci-dessus que le législateur a entendu confier à l'Autorité des marchés financiers une mission de protection de l'épargne et d'information des investisseurs qui s'étend non seulement aux instruments financiers, définis par l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, et aux actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 du même code admis aux négociations sur un marché réglementé, mais également à

tous les autres placements offerts au public ; que, par suite, alors même que les placements immobiliers proposés par la société Fairvesta International GmbH ne relevaient pas, ainsi que le soulignaient les communiqués attaqués, de la réglementation applicable aux titres financiers, il était loisible à l'Autorité des marchés financiers, sans excéder sa compétence, d'appeler l'attention des investisseurs sur leurs caractéristiques et leurs modalités de commercialisation, dès lors qu'il s'agissait de placements offerts au public ; que les sociétés requérantes ne sont, par suite, pas fondées à soutenir que l'Autorité des marchés financiers n'était pas compétente pour publier les communiqués litigieux ;

8. Considérant, en second lieu, d'une part, que les communiqués attaqués ne sont entachés d'aucune des inexactitudes alléguées par les sociétés requérantes ; que, notamment, en mentionnant que les placements immobiliers offerts par la société Fairvesta sont " souvent commercialisés en France de manière très active par des personnes tenant des discours parfois déséquilibrés au regard des risques en capital encourus ", les termes des communiqués attaqués n'impliquent pas nécessairement que les placements en cause seraient commercialisés en France par la société Fairvesta elle-même ; que les communiqués n'opèrent pas de confusion entre les activités de commercialisation de placements immobiliers de la société Fairvesta International GmbH et les activités de commercialisation de titres obligataires et de prestations de services d'investissement exercées par des filiales du même groupe, l'Autorité des marchés financiers ayant d'ailleurs inséré, dans ses communiqués des 17 juillet et 5 novembre 2012, une note de bas de page faisant clairement la distinction entre les activités respectives de ces différentes sociétés ; qu'il est constant que la société Fairvesta n'est ni autorisée à fournir en France des services d'investissements financiers, ni habilitée à se livrer à une activité de démarchage bancaire ou financier, et que les placements qu'elle propose n'ont pas donné lieu à l'élaboration de documents d'informations visés ou revus par l'Autorité des marchés financiers ; que, d'autre part, en publiant les communiqués attaqués, l'Autorité des marchés financiers n'a pas excédé les limites de sa mission d'information des investisseurs ni commis d'erreur de droit, et n'a pas entaché son appréciation d'erreur manifeste ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation des communiqués qu'elles attaquent ; que le surplus de leurs conclusions ne peut, dès lors, qu'être rejeté ;

Sur le recours pour excès de pouvoir, introduit sous le n° 368084, tendant à l'annulation du refus de rectifier les communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers :

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée par l'Autorité des marchés financiers :

10. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 5 que la société Fairvesta International GmbH est recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir du refus opposé à sa demande de rectification des communiqués litigieux ; qu'il en va de même, dans les circonstances de l'espèce, des sociétés Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG, filiales du groupe Fairvesta ;

11. Considérant, en second lieu, que l'Autorité des marchés financiers soutient que la requête est irrecevable en ce qu'elle est dirigée contre le refus de rectifier les communiqués litigieux signifié aux sociétés intéressées par un courrier du 12 avril 2013, qui ne ferait que confirmer le refus déjà opposé aux mêmes sociétés par un courrier du 13 février 2013, lequel n'aurait pas été contesté dans le délai de recours contentieux ; que, toutefois, la décision de refus opposée par l'Autorité des marchés financiers par son courrier du 13 février 2013 ne comportait pas la mention des voies et délais de recours prévue par l'article R. 421-5 du code de justice administrative, de sorte que le délai de recours contentieux n'a pas commencé à courir à l'égard des sociétés requérantes ; qu'ainsi, la requête enregistrée le 25 avril 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat n'est pas tardive ; qu'il suit de là que la fin de non-recevoir opposée par l'Autorité des marchés financiers doit être écartée ;

En ce qui concerne la légalité externe :

12. Considérant que le refus de l'Autorité des marchés financiers de rectifier un communiqué de mise en garde des investisseurs n'entre dans aucune des catégories de décisions dont l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, alors applicable, exige la motivation ; qu'aucune autre disposition réglementaire ou législative n'exige la motivation d'un tel refus ; qu'ainsi, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le refus qu'elles attaquent serait insuffisamment motivé ;

En ce qui concerne la légalité interne :

13. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 7 que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'Autorité des marchés financiers ne serait pas compétente pour publier les communiqués litigieux et que son refus de les rectifier serait, dans cette mesure, entaché d'erreur de droit ;

14. Considérant, en second lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 8 que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'en refusant de rectifier les communiqués litigieux sur les différents points mentionnés ci-dessus, l'Autorité des marchés financiers aurait commis une erreur manifeste d'appréciation et une erreur de droit ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation de la décision de refus qu'elles attaquent ; que le surplus de leurs conclusions ne peut, dès lors, qu'être rejeté ;

Sur le recours indemnitaire introduit sous le n° 368083 :

16. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la société Fairvesta International GmbH n'est pas fondée à soutenir que la responsabilité de l'Autorité des marchés financiers serait engagée à raison de la publication des communiqués litigieux et du refus d'en rectifier certaines des mentions ; que, par suite, ses conclusions indemnitaires sont vouées au rejet ;

En ce qui concerne les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Autorité des marchés financiers ou de l'Etat, qui ne sont pas, dans les présentes instances, les parties perdantes ;

DECIDE :

Article 1er : Les requêtes de la société Fairvesta International GmbH et autres sont rejetées.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société Fairvesta International GmbH, premier requérant dénommé et à l'Autorité des marchés financiers. Les autres requérants seront informés de la présente décision par la SCP Foussard-Froger, avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, qui les représente devant le Conseil d'Etat.

Copie en sera adressée pour information au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique.

2) Conseil d'État, 19 juillet 2019, Marine Le Pen, n° 426389 : ouverture du REP à l'encontre des actes de droit souple des administrations classiques.

Vu la procédure suivante :

Par une ordonnance n° 1822974 du 14 décembre 2018, enregistrée le 18 décembre 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la présidente du tribunal administratif de Paris a transmis au Conseil d'Etat, en application de l'article R. 351-2 du code de justice administrative, la requête présentée à ce tribunal par Mme C...A..., dite Marine Le Pen.

Par cette requête, enregistrée le 14 décembre 2018 au greffe du tribunal administratif de Paris et deux mémoires en réplique, enregistrés les 8 février et 22 mars 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme A...demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la délibération n° 2018-168 du 24 octobre 2018 de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique relative à la déclaration de situation patrimoniale de Mme B...A... ;

2°) de mettre à la charge de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique la somme de 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- le code électoral ;
- la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 ;
- le décret n° 2013-1204 du 23 décembre 2013 ;
- le décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 ;
- la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Christelle Thomas, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de Mme Anne Iljic, rapporteur public ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier que le 28 juillet 2017, Mme A..., élue députée du Pas-de-Calais le 18 juin 2017, a adressé, en application de l'article LO 135-1 du code électoral, sa déclaration de situation patrimoniale à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Par une délibération n° 2018-145 en date du 12 septembre 2018, la Haute autorité a estimé que cette déclaration ne pouvait être considérée comme exhaustive, exacte et sincère et a invité Mme A... à faire valoir ses observations. Après les avoir recueillies et en avoir à nouveau délibéré, la Haute autorité a décidé, par sa délibération n° 2018-168 du 24 octobre 2018, d'assortir la publication de la déclaration de situation patrimoniale de la députée d'une appréciation constatant l'existence de manquements portant atteinte au caractère exhaustif, exact et sincère de la déclaration. Mme A... demande l'annulation pour excès de pouvoir de cette délibération.

Sur le cadre juridique du litige :

2. L'article LO 135-1 du code électoral dispose que : " I. - Dans les deux mois qui suivent son entrée en fonction, le député adresse personnellement au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique une déclaration exhaustive, exacte, sincère et certifiée sur l'honneur de sa situation patrimoniale concernant la totalité de ses biens propres ainsi que, le cas échéant, ceux de la communauté ou les biens indivis. Ces biens sont évalués à la date du fait

générateur de la déclaration comme en matière de droits de mutation à titre gratuit. [...] Le fait pour un député d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine [...] ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Peuvent être prononcées, à titre complémentaire, l'interdiction des droits civiques selon les modalités prévues aux articles 131-26 et 131-26-1 du code pénal, ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique selon les modalités prévues à l'article 131-27 du même code.". L'article LO 135-2 du même code prévoit que : " Les déclarations de situation patrimoniale peuvent, avant d'être rendues publiques dans les limites définies au III du présent article, être assorties de toute appréciation de la Haute Autorité qu'elle estime utile quant à leur exhaustivité, leur exactitude et leur sincérité, après avoir mis le député concerné à même de présenter ses observations " et précise que ces déclarations " sont, aux seules fins de consultation, tenues à la disposition des électeurs inscrits sur les listes électorales " en préfecture. Aux termes de l'article LO 135-5 de ce code : " Dans tous les cas où elle a relevé, après que le député a été mis en mesure de produire ses observations, un manquement à l'une des obligations prévues aux articles LO 135-1 et LO 135-4 [...], la Haute Autorité transmet le dossier au parquet ". Aux termes de l'article LO 135-6 de ce code : " Lorsqu'elle constate un manquement aux obligations prévues aux articles LO 135-1 et LO 135-4, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique saisit le bureau de l'Assemblée nationale ".

3. Il résulte de ces dispositions que pour renforcer la transparence de la vie publique ainsi que les garanties de probité et d'intégrité exigées des élus, le législateur organique a notamment chargé la Haute autorité pour la transparence de la vie publique d'apprécier l'exhaustivité, l'exactitude et la sincérité de la déclaration de situation patrimoniale que chaque député est tenu de lui adresser après son entrée en fonction. Dans le cadre de cette mission, la Haute autorité dispose de la faculté d'assortir la déclaration qu'elle rend publique d'une appréciation quant à son exhaustivité, son exactitude et sa sincérité. Si le législateur organique a entendu que le bureau de l'Assemblée Nationale connaisse de tout manquement qu'elle a constaté, afin de pouvoir lui réserver les suites qu'il estime appropriées en matière déontologique et disciplinaire, les règles qu'il a posées en ce qui concerne la transmission du dossier au parquet n'imposent à la Haute autorité d'y procéder, eu égard aux finalités d'une telle transmission, que lorsqu'elle estime qu'il est suffisamment caractérisé que le manquement qu'elle a constaté procède d'une omission substantielle ou d'une évaluation mensongère.

Sur la fin de non-recevoir opposée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique :

4. L'appréciation dont la Haute autorité pour la transparence de la vie publique estime utile d'assortir la déclaration de situation patrimoniale d'un député constitue une prise de position quant au respect de l'obligation d'exhaustivité, d'exactitude et de sincérité qui pèse sur l'auteur de cette déclaration. Alors même qu'elle est dépourvue d'effets juridiques, cette prise de position d'une autorité administrative, qui est rendue publique avec la déclaration de situation patrimoniale sur le fondement de l'article LO 135-2 du code électoral précité, est de nature à produire, sur la personne du député qu'elle concerne, des effets notables, notamment en termes de réputation, qui au demeurant sont susceptibles

d'avoir une influence sur le comportement des personnes, et notamment des électeurs, auxquelles elle s'adresse. Dans ces conditions, une telle prise de position doit être regardée comme faisant grief au député dont la déclaration de situation patrimoniale fait l'objet de l'appréciation ainsi rendue publique. Il s'ensuit que Mme A...est recevable à demander l'annulation de la délibération du 24 octobre 2018 relative à sa déclaration de situation patrimoniale. La fin de non-recevoir soulevée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique doit donc être écartée.

Sur le bien-fondé de la requête :

5. En premier lieu, la requérante soutient, en se prévalant des stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la procédure par laquelle la Haute autorité pour la transparence de la vie publique a adopté la délibération attaquée est entachée d'un défaut d'indépendance et d'impartialité. La délibération par laquelle la Haute autorité décide d'assortir la déclaration de situation patrimoniale d'un député de son appréciation quant à l'exhaustivité, l'exactitude et la sincérité de cette déclaration ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, et ne peut conduire au prononcé, par la Haute autorité, d'une sanction. Dès lors, les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde et des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peuvent être utilement invoquées à son encontre. Au demeurant, et en tout état de cause, eu égard à la nature des attributions conférées à la Haute autorité pour l'examen des déclarations de situation patrimoniale, la circonstance que les différentes fonctions exercées au cours de la procédure dont elle a la charge n'ont pas été confiées à des organes distincts ne saurait, par elle-même, traduire un manquement à l'indépendance et à l'impartialité de cette autorité.

6. En deuxième lieu, il résulte de l'article LO 135-2 du code électoral cité au point 2 que la Haute autorité pour la transparence de la vie publique ne peut rendre publique une déclaration de situation patrimoniale assortie d'une appréciation qu'après avoir mis le député concerné à même de présenter ses observations. La procédure définie aux articles LO 135-1 et suivants du code électoral prévoit notamment que la déclaration de situation patrimoniale que lui a adressée un député est transmise à l'administration fiscale. Celle-ci fournit à la Haute autorité tous les éléments lui permettant d'apprécier l'exhaustivité, l'exactitude et la sincérité de cette déclaration. La Haute autorité peut en outre demander à l'administration fiscale d'exercer le droit de communication prévu à la section I du chapitre II du titre II de la première partie du livre des procédures fiscales, en vue de recueillir toutes informations utiles à l'accomplissement de sa mission. Afin de mettre l'intéressé à même de présenter ses observations, la Haute autorité est tenue de communiquer au député qui lui en fait la demande l'ensemble des éléments, recueillis notamment auprès de l'administration fiscale, sur lesquels elle entend se fonder pour porter son appréciation.

7. Il ressort des pièces du dossier que, par un courrier du 7 mai 2018, Mme A...a demandé à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique de lui communiquer l'ensemble des éléments qu'elle avait recueillis auprès de

l'administration fiscale et sur lesquels elle s'était fondée pour apprécier sa déclaration de situation patrimoniale afin d'être mise à même de présenter utilement ses observations. Il n'est pas contesté que, par un courrier électronique du 15 mai 2018, la Haute autorité a transmis à l'intéressée les éléments demandés. Il s'ensuit que le moyen tiré de la méconnaissance des droits de la défense doit être écarté.

8 En troisième lieu, la circonstance que l'administration fiscale a adressé à Mme A...une proposition de rectification portant notamment sur l'évaluation de sa situation patrimoniale et que celle-ci a saisi la commission départementale de conciliation est sans incidence sur l'exercice par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique de ses attributions. Il s'ensuit que c'est sans erreur de droit que celle-ci n'a pas suspendu l'examen de la déclaration de situation patrimoniale de l'intéressée jusqu'à l'issue de la procédure pendante devant l'administration fiscale.

9. En quatrième lieu, l'article LO 135-1 du code électoral dispose que : " La déclaration de situation patrimoniale porte sur les éléments suivants : 1° Les immeubles bâtis et non bâtis ; 2° Les valeurs mobilières ; 3° Les assurances vie ; 4° Les comptes bancaires courants ou d'épargne, les livrets et les autres produits d'épargne ; 5° Les biens mobiliers divers d'une valeur supérieure à un montant fixé par voie réglementaire ; 6° Les véhicules terrestres à moteur, bateaux et avions ; 7° Les fonds de commerce ou clientèles et les charges et offices ; 8° Les biens mobiliers, immobiliers et les comptes détenus à l'étranger ; 9° Les autres biens ; 10° Le passif. /Le cas échéant, la déclaration de situation patrimoniale précise, pour chaque élément mentionné aux 1° à 10° du présent II, s'il s'agit de biens propres, de biens de la communauté ou de biens indivis ". S'il résulte de ces dispositions que le passif doit être pris en compte dans l'évaluation de la situation patrimoniale d'un député, ne saurait être regardée comme un passif, à la date de la déclaration de MmeA..., la dette fiscale susceptible de résulter du redressement qui pourrait être décidé par l'administration fiscale au terme du contrôle fiscal qu'elle effectue sur le patrimoine immobilier de l'intéressée.

10. En cinquième lieu, il ne ressort pas des pièces du dossier, en particulier des éléments produits devant la Haute autorité ou versés au cours de la procédure contradictoire devant le Conseil d'Etat, en l'absence de pièces justificatives relatives à la nature et au montant des travaux de restauration engagés et de documents attestant précisément de l'état du bien, que les conséquences de l'incendie qui s'est produit en janvier 2015 seraient telles, à la date du fait générateur de l'évaluation, que le bâtiment principal du bien immobilier situé dans le département des Hauts-de-Seine ne doit être valorisé qu'à hauteur de la valeur du terrain nu.

11. En sixième lieu, ni la survenance de l'incendie mentionné au point précédent ni le caractère prétendument atypique du bâtiment mitoyen, présenté dans la déclaration comme une dépendance du bâtiment principal, éléments qu'il appartient, s'il y a lieu, à la Haute autorité, de prendre en compte, sous le contrôle du juge, pour procéder à l'évaluation, ne sont de nature à interdire, par eux-mêmes, le recours à la méthode d'évaluation par comparaison avec des biens intrinsèquement similaires, qui a été retenue en l'espèce par la Haute autorité. Il

s'ensuit que cette dernière n'était pas tenue, comme le soutient la requérante, d'utiliser, pour évaluer le bien, la méthode de valorisation par capitalisation des revenus.

12. En septième lieu, il ne ressort pas des pièces du dossier que le bâtiment mitoyen, qui est édifié sur une parcelle contigüe et dispose d'une adresse et d'une entrée propres, constituerait une dépendance du bâtiment principal dont les caractéristiques conduiraient à le regarder comme un bien atypique justifiant une valorisation minorée.

13. Il s'ensuit que la Haute autorité a pu légalement considérer que les droits immobiliers déclarés par Mme A...n'avaient pas fait l'objet d'une évaluation exhaustive, exacte et sincère en méconnaissance de l'article LO 135-1 du code électoral.

14. Il résulte de tout ce qui précède que Mme A...n'est pas fondée à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la délibération du 24 octobre 2018 de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique relative à sa déclaration de situation patrimoniale. Sa requête, y compris les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, doit donc être rejetée.

D E C I D E :

Article 1er : La requête de Mme A...est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à Mme C...A..., dite Marine Le Pen, et à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique.

3) Conseil d'État, Section, 12/06/2020, GISTI, n° 418142.

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 14 février 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (GISTI) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la note d'actualité n° 17/2017 de la division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité de la direction centrale de la police aux frontières du 1er décembre 2017 relative aux " fraudes documentaires organisées en Guinée (Conakry) sur les actes d'état civil " ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code civil ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Bertrand Mathieu, conseiller d'Etat,
- les conclusions de M. Guillaume Odinet, rapporteur public ;

Considérant ce qui suit :

1. Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en oeuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices.

2. Il appartient au juge d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité du document en tenant compte de la nature et des caractéristiques de celui-ci ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité dont il émane. Le recours formé à son encontre doit être accueilli notamment s'il fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence, si l'interprétation du droit positif qu'il comporte en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en oeuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure.

3. La " note d'actualité " contestée, du 1er décembre 2017, émanant de la division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité de la direction centrale de la police aux frontières, vise à diffuser une information relative à l'existence d'une " fraude documentaire généralisée en Guinée (Conakry) sur les actes d'état civil et les jugements supplétifs " et préconise en conséquence, en particulier aux agents devant se prononcer sur la validité d'actes d'état civil étrangers, de formuler un avis défavorable pour toute analyse d'un acte de naissance guinéen. Eu égard aux effets notables qu'elle est susceptible d'emporter sur la situation des ressortissants guinéens dans leurs relations avec l'administration française, cette note peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, contrairement à ce que soutient le ministre de l'intérieur.

4. En premier lieu et en tout état de cause, la note contestée entre dans les attributions de la division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité dont

elle émane. Et, dès lors qu'elle ne revêt pas le caractère d'une décision, le moyen tiré de ce qu'elle méconnaîtrait les dispositions de l'article L. 212-1 du code des relations entre le public et l'administration, relatives à la signature des décisions et aux mentions relatives à leur auteur ne peut qu'être écarté.

5. En second lieu, l'article 47 du code civil dispose que : " Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ". La note contestée préconise l'émission d'un avis défavorable pour toute analyse d'acte de naissance guinéen et en suggère à ses destinataires la formulation. Elle ne saurait toutefois être regardée comme interdisant à ceux-ci comme aux autres autorités administratives compétentes de procéder, comme elles y sont tenues, à l'examen au cas par cas des demandes émanant de ressortissants guinéens et d'y faire droit, le cas échéant, au regard des différentes pièces produites à leur soutien. Le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 47 du code civil doit donc être écarté.

6. Il résulte de ce qui précède que le GISTI n'est pas fondé à demander l'annulation du document qu'il attaque. Les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent par suite être rejetées.

D E C I D E :

Article 1er : La requête du Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée au Groupe d'information et de soutien aux immigré.e.s et au ministre de l'intérieur.

4) Conseil d'Etat, 13 décembre 2017, Société Bouygues Télécom n° 401799 : exemple d'un contrôle de légalité des lignes directrices.

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le n° 401799, par une requête et deux mémoires en réplique, enregistrés les 25 juillet 2016, 27 juillet et 29 septembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Bouygues Télécom demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir le projet de lignes directrices de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sur l'itinérance et la mutualisation des réseaux mobiles soumis à consultation publique entre janvier et

février 2016, les lignes directrices adoptées par cette Autorité relatives au partage de réseaux mobiles, publiées le 25 mai 2016, ainsi que le communiqué de presse relatif à ces lignes directrices, publié le même jour ;

2°) d'enjoindre à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes de réexaminer les conditions d'accès à l'itinérance dont bénéficie la société Free Mobile sur le réseau de la société Orange ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 401830, par une requête sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 26 juillet et 26 octobre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Free Mobile demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir les lignes directrices adoptées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes relatives au partage de réseaux mobiles publiées le 25 mai 2016 ainsi que le communiqué de presse relatif à ces lignes directrices publié le même jour ;

2°) de mettre à la charge de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....
3° Sous le n° 401912, par une requête, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 28 juillet 2016, 30 juin et 22 novembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Bouygues Télécom demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision, rendue publique par un communiqué de presse publié le 30 juin 2016, par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a renoncé à demander une modification du contrat d'itinérance passé entre les sociétés Free Mobile et Orange ;

2°) d'enjoindre à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la décision du Conseil d'Etat à intervenir, d'engager la procédure prévue à l'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques de modification du contrat d'itinérance passé entre les sociétés Free Mobile et Orange afin d'en réduire la durée et le champ géographique d'application et de modifier ses conditions d'extinction, en cohérence avec les principes dégagés par l'Autorité de la concurrence dans son avis du 11 mars 2013 ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....
Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code de commerce ;
- le code des postes et des communications électroniques ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Clément Malverti, auditeur,
- les conclusions de M. Xavier Domino, rapporteur public,

Vu la note en délibéré, enregistrée le 27 novembre 2017, présentée par la société Bouygues Télécom sous le n° 401912 ;

1. Considérant que les requêtes des sociétés Bouygues Télécom et Free Mobile sont en partie dirigées contre les mêmes décisions et présentent à juger des questions similaires ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur les litiges :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques, issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 : " Le partage des réseaux radioélectriques ouverts au public fait l'objet d'une convention de droit privé entre opérateurs titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences radioélectriques pour établir et exploiter un réseau ouvert au public. Cette convention détermine les conditions techniques et financières de fourniture de la prestation, qui peut porter sur des éléments du réseau d'accès radioélectrique ou consister en l'accueil sur le réseau d'un des opérateurs de tout ou partie des clients de l'autre (...). / La convention est communiquée, dès sa conclusion, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. Lorsque l'Autorité constate que cela est nécessaire à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 ou au respect des engagements souscrits au titre des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques par les opérateurs parties à la convention, elle demande, après avis de l'Autorité de la concurrence, la modification des conventions déjà conclues, en précisant leur périmètre géographique, leur durée ou les conditions de leur extinction (...) " ;

3. Considérant que, pour l'application de ces dispositions, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a soumis à consultation publique, entre janvier et février 2016, un projet de lignes directrices sur l'itinérance et la mutualisation des réseaux mobiles ; qu'au terme de cette consultation, l'Autorité a adopté des lignes directrices relatives au partage de réseaux mobiles afin " de donner des éléments de contexte sur le partage de réseaux mobiles ainsi que sur le cadre réglementaire de l'action de l'Arcep, [de] dessiner une grille d'analyse visant à apprécier les accords de partage de réseaux mobiles au regard des objectifs de la régulation, en distinguant selon les modalités de partage et les zones du territoire, [de] décrire la procédure qui sera suivie par l'Arcep dans le cadre de l'examen d'un contrat de partage sur le fondement de l'article L. 34-8-1-1 du CPCE et [de] formuler certaines recommandations à l'égard des opérateurs qui concluent des accords de partage de réseaux, notamment en terme de transparence vis-à-vis des utilisateurs " ; que ces lignes directrices ont été publiées sur le site Internet de l'Autorité le 25 mai 2016, accompagnées d'un communiqué de presse ; que, sous le n° 401799, la société Bouygues Télécom demande l'annulation pour excès de pouvoir du projet de lignes directrices soumis à consultation publique, des lignes directrices publiées le 25 mai 2016 ainsi que du communiqué de presse les accompagnant ; que sous le n° 401830, la société Free Mobile demande l'annulation pour excès de pouvoir des lignes directrices et du communiqué de presse ;

4. Considérant que sur le fondement de ces lignes directrices, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a invité les opérateurs à lui transmettre des propositions de modifications de leurs accords de partage de réseaux mobiles ; que les sociétés Free Mobile et Orange lui ont transmis dans ce cadre leur contrat d'itinérance, tel que modifié par un avenant conclu le 15 juin 2016 ; que, par un communiqué de presse publié le 30 juin 2016, l'Autorité a indiqué qu'il ne lui " apparaissait pas nécessaire de demander aux opérateurs de modifier à nouveau leurs contrats " ; que, sous le n° 401912, la société Bouygues Télécom demande l'annulation pour excès de pouvoir de ce communiqué ;

Sur la recevabilité des conclusions des requêtes :

5. Considérant, en premier lieu, que le projet de lignes directrices soumis à consultation publique ne constitue qu'un document préparatoire et, dès lors, ne présente pas le caractère d'un acte faisant grief ; que, par suite, la société Bouygues Télécom n'est pas recevable à en demander l'annulation ;

6. Considérant, en deuxième lieu, que les lignes directrices par lesquelles les autorités de régulation définissent, le cas échéant, les conditions dans lesquelles elles entendent mettre en oeuvre les prérogatives dont elles sont investies, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'elles 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 elles s'adressent ; que, dans ce dernier cas, 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 ;

7. Considérant que les lignes directrices relatives au partage de réseaux mobiles publiées le 25 janvier 2016, adoptées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dans le cadre de sa mission de régulation du marché de la téléphonie mobile, ont pour objet de guider les opérateurs dans la conclusion de leurs accords de partage de réseaux mobiles afin que ces derniers soient conformes aux objectifs de la régulation définis à l'article 32-1 du code des postes et des communications électroniques et aux engagements souscrits par les opérateurs au titre des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques ; que ce document doit, dès lors, être regardé comme ayant pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auquel il s'adresse ; que, dans ces conditions, les sociétés requérantes sont recevables à en demander l'annulation pour excès de pouvoir ;

8. Considérant, en troisième lieu, que le communiqué de presse publié par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes le 25 mai 2016 se borne à informer les opérateurs de la publication des lignes directrices et à résumer le contenu de ce document ; qu'il ne constitue pas un acte faisant grief et n'est, dès lors, pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ;

9. Considérant, en dernier lieu, que le communiqué de presse du 30 juin 2016 révèle la décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes de ne pas demander la modification du contrat d'itinérance conclu par les sociétés Free Mobile et Orange ; que si l'Autorité avait, en 2014, refusé de définir les modalités d'extinction de l'itinérance dont bénéficiait la société Free Mobile sur le réseau de la société Orange, il ressort des pièces du dossier, d'une part, que les clauses du contrat d'itinérance ont été modifiées depuis lors et, d'autre part, que l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques mentionnées précédemment a entraîné un changement des circonstances de droit ; qu'ainsi la décision attaquée, qui est susceptible de faire grief à la société Bouygues Télécom, en sa qualité d'opérateur d'un service de communications électroniques, ne saurait être regardée comme purement confirmative des décisions implicites par lesquelles l'Autorité a précédemment refusé de définir les modalités d'extinction de cette itinérance ; que cette décision n'est pas davantage confirmative du courrier du 27 janvier 2016 par lequel l'Autorité s'est bornée à inviter la société Bouygues Télécom à participer à la consultation publique relative au projet de lignes directrices sur le partage de réseaux mobiles ; que, par suite, la société Bouygues Télécom est recevable à demander l'annulation de la décision de l'Autorité de ne pas solliciter la modification du contrat d'itinérance conclu par les sociétés Free Mobile et Orange révélée par le communiqué de presse du 30 juin 2016 ;

En ce qui concerne la légalité des lignes directrices :

Sur la légalité externe :

10. Considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes d'adopter par voie réglementaire des règles encadrant

le recours aux contrats de partage de réseaux mobiles ; que, par suite, la société Bouygues Télécom n'est pas fondée à soutenir que l'Autorité aurait méconnu l'étendue de sa compétence en édictant les lignes directrices contestées ;

11. Considérant, en second lieu, qu'il ressort des pièces versées au dossier par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes que le moyen tiré de la méconnaissance des règles de quorum et de convocation des membres manque en fait ;

Sur la légalité interne :

12. Considérant, en premier lieu, que la société Bouygues Télécom soutient que l'Autorité aurait entaché son appréciation de la situation du marché de la téléphonie mobile de plusieurs erreurs de fait ; que ce moyen est dirigé uniquement contre des passages contenus dans la première partie des lignes directrices attaquées, intitulée " contexte ", qui se bornent à décrire les caractéristiques principales du marché de la téléphonie mobile ; qu'un tel moyen, qui n'est pas assorti d'une argumentation dirigée contre la teneur des orientations fixées par les lignes directrices que l'Autorité entend mettre en oeuvre pour apprécier la conformité des accords de partage de réseaux mobiles aux objectifs de la régulation, ne peut être utilement soulevé à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre ces lignes directrices ;

13. Considérant, en deuxième lieu, que l'avis de l'Autorité de la concurrence du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles, rendu dans le cadre de la procédure de consultation facultative de cette Autorité prévue par les dispositions de l'article L. 462-1 du code de commerce, ne présente pas de caractère contraignant ; que, par ailleurs, depuis que cet avis a été rendu, le marché de la téléphonie mobile a connu des évolutions significatives ; que, par suite, et en tout état de cause, la société Bouygues Télécom ne saurait utilement soutenir que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes aurait commis une erreur de droit en omettant de faire référence, dans les lignes directrices litigieuses, à cet avis de l'Autorité de la concurrence ;

14. Considérant, en troisième lieu, que la densité des zones du territoire sur lesquelles porte un accord d'itinérance constitue un élément structurant pour son appréciation au regard des objectifs de la régulation, dès lors qu'il conditionne en grande partie la rentabilité des investissements consentis par les opérateurs ; que, par suite, c'est sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur d'appréciation que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a relevé que l'itinérance ne pouvait être pérenne que sur une portion limitée du territoire, correspondant aux zones les moins denses où les incitations à investir sont très limitées ;

15. Considérant, en quatrième lieu, que les moyens soulevés par la société Bouygues Télécom, tirés de ce que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes aurait commis une erreur de droit et une erreur d'appréciation en définissant un calendrier d'extinction de l'itinérance à un horizon trop lointain et en refusant d'imposer une extinction progressive de l'itinérance par plaques géographiques ne sont pas dirigés contre les lignes directrices publiées en

mai 2016 mais contre le projet de lignes directrices mis en consultation publique en janvier 2016 ; que le moyen soulevé par la société Free Mobile tiré de ce que l'Autorité aurait commis une erreur d'appréciation en ne tenant pas suffisamment compte de l'incidence économique, de la portée géographique, de l'irréversibilité et des effets anticoncurrentiels de l'accord de partage de réseaux mobiles conclu entre les sociétés Bouygues Télécom et SFR n'est pas davantage dirigé contre les lignes directrices qu'elle attaque ; que ces moyens sont, par suite, inopérants ;

En ce qui concerne la décision de ne pas demander la modification du contrat d'itinérance conclu entre les sociétés Free mobile et Orange :

Sur la légalité externe :

16. Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes n'est tenue de recueillir l'avis préalable de l'Autorité de la concurrence que lorsqu'elle envisage de demander la modification des conventions d'itinérance conclues par les opérateurs de services de communications électroniques ; qu'aux termes du V de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, dans sa rédaction applicable au litige : " Lorsque, dans le cadre des dispositions du présent code, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché ou affectant les intérêts des utilisateurs finals, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public, sous réserve des secrets protégés par la loi (...) " ; qu'en l'espèce, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a estimé qu'il n'était pas nécessaire de demander aux opérateurs de modifier leurs contrats ; que, par suite, elle n'était pas tenue de recueillir l'avis de l'Autorité de la concurrence et de respecter les obligations de publication et de consultation posées par le V de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques ; que la société Bouygues Télécom n'est dès lors pas fondée à soutenir que la décision qu'elle attaque a été prise au terme d'une procédure irrégulière ;

Sur la légalité interne de la décision attaquée :

17. Considérant, en premier lieu, ainsi qu'il a été dit au point 12, que ne peuvent être utilement contestés devant le juge de l'excès de pouvoir les passages des lignes directrices qui se bornent à décrire les caractéristiques principales du marché de la téléphonie mobile ; que, par suite, la société Bouygues Télécom ne peut utilement invoquer, par la voie de l'exception, l'illégalité sur ce point des lignes directrices ;

18. Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que la société Free Mobile respecte ses obligations de déploiement de réseau, sous le contrôle de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ; que les conditions techniques et économiques du contrat d'itinérance conclu entre la société Free Mobile et la société Orange dans sa version issue de

l'avenant du 15 juin 2016, qui ne porte pas sur la 4G, représentent un coût conséquent pour la société Free Mobile, impliquent des différences de couverture et de qualité de service au détriment de cette société et sont de nature à inciter cette société à déployer son propre réseau ; que ce contrat prévoit une extinction de l'itinérance par limitation progressive des débits maxima montants et descendants atteignables par les clients de Free Mobile sur le réseau Orange à compter de janvier 2017 et jusqu'à fin 2020 ; que, dans ces conditions, contrairement à ce que soutient la société Bouygues Télécom, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'à la date du 30 juin 2016 à laquelle l'Autorité a adopté la décision litigieuse, la mise en oeuvre du contrat d'itinérance conclu entre la société Free Mobile et la société Orange aurait eu des effets anticoncurrentiels sur le marché de la téléphonie mobile, ni que la décision attaquée, en ce qu'elle autorise la prolongation de l'itinérance au moins jusqu'en 2020, procurerait à la société Free Mobile un avantage concurrentiel injustifié ;

19. Considérant, en troisième lieu, que, contrairement à ce que soutient la société Bouygues Télécom, il ressort des pièces du dossier que la limitation progressive des débits maxima montants et descendants atteignables par les clients de Free Mobile sur le réseau Orange à compter de janvier 2017 et jusqu'à fin 2020 constitue une modalité d'extinction de l'itinérance dont l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sera en mesure de contrôler le respect par les opérateurs ;

20. Considérant, en dernier lieu, que, contrairement à ce que soutient la société Bouygues Télécom, la décision litigieuse, par laquelle l'Autorité a décidé de ne pas demander la modification du contrat d'itinérance conclu en 2016 par les sociétés Free mobile et Orange, n'est pas de nature à porter atteinte aux principes de prévisibilité, de sécurité juridique et, en tout état de cause, de confiance légitime ;

21. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Bouygues Télécom et Free Mobile ne sont pas fondées à demander l'annulation pour excès de pouvoir des décisions qu'elles attaquent ;

Sur les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

22. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux autres conclusions présentées par les parties sur le fondement de ces dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

Article 1er : Les requêtes n°s 401799 et 401912 de la société Bouygues Télécom sont rejetées.

Article 2 : La requête n° 401830 de la société Free Mobile est rejetée.

Article 3 : Les conclusions présentées par les parties au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société Bouygues Télécom, à la société Free Mobile, à la société Orange et à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

5) Conseil d'Etat, SSR., 30 juillet 1997, Boudin, n°118521 : ouverture de la responsabilité pour faute simple.

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 11 juillet 1990 et 7 novembre 1990 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour M. Lucien X..., demeurant à Foucarmont (76340) Blangy-sur-Bresle ; M. X... demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 23 mai 1990 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du 25 janvier 1985 par lequel le tribunal administratif de Rouen a rejeté sa demande tendant, d'une part, à ce que l'Etat soit condamné à lui verser une indemnité provisionnelle de 3 000 000 F en réparation du préjudice qu'il a subi du fait de la mise en liquidation de la société Elbe, qu'il dirigeait, intervenue à la suite d'un communiqué du ministre de la santé mettant en garde le public contre la consommation d'un produit fabriqué par ladite société, d'autre part, à ce qu'une expertise soit ordonnée pour déterminer le montant exact du préjudice ;

2°) de condamner l'Etat à lui verser la somme de 20 000 F au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. Thiellay, Auditeur,

- les observations de la SCP Boré, Xavier, avocat de M. X...,

- les conclusions de Mme Péresse, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'après l'apparition d'un cas d'intoxication alimentaire grave, consécutif à la consommation d'une terrine de pâté portant la marque "Elbe", et la découverte de traces de toxine botulique dans une autre terrine de même marque et issue d'un autre lot de fabrication, le ministre de la santé, par un communiqué publié le 19 octobre 1977, a mis en garde le public contre la consommation des terrines de

pâté appartenant aux deux lots dans lesquels la présence de la toxine avait été décelée ;

Considérant que M. X..., dirigeant et principal actionnaire de la société Elbe, soutenait devant les juges du fond que la publication du communiqué du ministre de la santé, auquel il imputait la mise en liquidation de cette société, engageait la responsabilité de l'Etat sur le fondement d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques ; que, pour écarter cette demande, la Cour a estimé que les actes accomplis par les autorités sanitaires en application des articles L. 11 à L. 13 du code de la santé publique ne pouvaient engager la responsabilité de l'Etat que s'ils étaient constitutifs d'une faute ; que les dispositions des articles L. 11 à L. 13 du code de la santé publique, qui ont pour seul objet d'établir les conditions de déclaration de certaines maladies aux autorités sanitaires, ne concernent pas les mesures prises par ces autorités pour prévenir les risques en matière de santé publique ; que, dès lors, c'est à tort que la cour a estimé que la décision prise par le ministre se rattachait aux mesures relevant des articles L. 11 à L. 13 du code de la santé publique ;

Mais considérant qu'il appartient au ministre chargé de la santé, même en l'absence de texte l'y autorisant expressément, de prendre les mesures permettant de mettre en garde le public contre des produits dont la consommation présente un risque grave pour la santé ; que de telles mesures, eu égard à l'objectif de protection de la santé publique qu'elles poursuivent, ne peuvent ouvrir droit à indemnisation que si elles sont constitutives d'une faute ; que ce motif, qui ne comporte l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué au motif erroné que la cour a retenu pour écarter le moyen tiré de la responsabilité de l'Etat sur le fondement d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques et pour rejeter, à bon droit, la demande de M. X... tendant à obtenir réparation du préjudice qu'il aurait subi ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article 75-I de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 :

Considérant que les dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 font obstacle à ce que l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente espèce, soit condamné à payer à M. X... la somme qu'il demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

Article 1er : La requête de M. X... est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Lucien X... et au ministre de l'emploi et de la solidarité.

II) Droit allemand

- 1) BVerfGE 105, 252 Glykol (§58, 59, 60 et 61) : motivation pour une information étatique, notions d'équivalent fonctionnel à une atteinte aux droits fondamentaux ; conditions de légalité interne d'une information étatique.

Traduction :

58 - L'exactitude du contenu de l'information est en principe une condition préalable pour promouvoir la transparence du marché et donc sa capacité à fonctionner. Toutefois, le détenteur du pouvoir d'État peut, dans des circonstances particulières, être autorisé à diffuser des informations même si leur exactitude n'a pas encore été établie de manière concluante. Dans de tels cas, la légalité de l'activité d'information de l'État dépend de la question de savoir si les faits de l'affaire ont été clarifiés avant la diffusion, dans la mesure du possible et en utilisant les sources d'information disponibles, si nécessaire également avec la consultation des personnes concernées, et en s'efforçant d'atteindre la fiabilité réalisable dans les circonstances. Toutefois, lorsque des incertitudes de fait subsistent, rien n'empêche l'État de diffuser l'information en tout état de cause lorsqu'il est d'intérêt public que les opérateurs soient informés d'un fait important pour leur comportement, tel qu'un risque pour le consommateur. Dans ce cas, il conviendra d'attirer l'attention des participants au marché sur les incertitudes qui subsistent quant à l'exactitude de l'information, afin de leur permettre de décider eux-mêmes de la manière de traiter cette incertitude.

59 - L'information, comme toute action étatique, est soumise à l'exigence d'objectivité. Dans le cas des informations liées au marché, les exigences sont également fondées sur les exigences fonctionnelles de la concurrence. Les évaluations ne peuvent pas être fondées sur des considérations qui ne sont pas liées au sujet traité. Même si le contenu de l'information est correct, il ne doit pas être formulé de manière non objective ou désobligeante. En outre, la diffusion des informations doit être limitée à ce qui est nécessaire pour fournir l'information, en tenant compte des effets négatifs possibles sur les concurrents concernés.

60 - Toutefois, l'activité de l'État porte atteinte à la garantie du droit fondamental prévu à l'article 12, paragraphe 1 de la Loi fondamentale si elle ne se limite pas à fournir aux acteurs du marché des informations pertinentes pour le marché, sur la base desquelles ils peuvent prendre des décisions autodéterminées sur leur comportement sur le marché qui soient orientées vers leurs intérêts. En particulier, l'activité d'information de l'État peut constituer une atteinte dans le domaine de la garantie du droit fondamental si elle est, dans son objectif et ses effets, un substitut à une mesure étatique qui serait qualifiée d'empiètement sur un droit fondamental.

En choisissant un tel équivalent fonctionnel d'un empiètement, les obligations particulières de l'ordre juridique ne peuvent pas être contournées ; au contraire, les exigences légales qui sont déterminantes pour les empiètements sur les droits fondamentaux doivent être remplies.

61 - De même, la protection des droits fondamentaux est compromise si une information s'avère ultérieurement incorrecte et qu'elle est néanmoins diffusée plus avant ou non corrigée, alors qu'elle continue d'être pertinente pour le comportement du marché. Avec la détermination de l'atteinte à l'étendue de la protection, l'illégalité est également établie dans de tels cas, puisqu'une justification de la diffusion ultérieure de l'information jugée incorrecte est exclue.

Texte original :

58 - Die inhaltliche Richtigkeit einer Information ist grundsätzlich Voraussetzung dafür, dass sie die Transparenz am Markt und damit dessen Funktionsfähigkeit fördert. Der Träger der Staatsgewalt kann allerdings zur Verbreitung von Informationen unter besonderen Voraussetzungen auch dann berechtigt sein, wenn ihre Richtigkeit noch nicht abschließend geklärt ist. In solchen Fällen hängt die Rechtmäßigkeit der staatlichen Informationstätigkeit davon ab, ob der Sachverhalt vor seiner Verbreitung im Rahmen des Möglichen sorgsam und unter Nutzung verfügbarer Informationsquellen, gegebenenfalls auch unter Anhörung Betroffener, sowie in dem Bemühen um die nach den Umständen erreichbare Verlässlichkeit aufgeklärt worden ist. Verbleiben dennoch Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht, ist der Staat an der Verbreitung der Informationen gleichwohl jedenfalls dann nicht gehindert, wenn es im öffentlichen Interesse liegt, dass die Marktteilnehmer über einen für ihr Verhalten wichtigen Umstand, etwa ein Verbraucherrisiko, aufgeklärt werden. In solchen Fällen wird es angezeigt sein, die Marktteilnehmer auf verbleibende Unsicherheiten über die Richtigkeit der Information hinzuweisen, um sie in die Lage zu versetzen, selbst zu entscheiden, wie sie mit der Ungewissheit umgehen wollen.

59- Informationen unterliegen wie jedes Staatshandeln dem Sachlichkeitsgebot. Bei marktbezogenen Informationen richten sich die Anforderungen auch nach den Funktionserfordernissen des Wettbewerbs. Wertungen dürfen nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen. Die Information darf auch bei zutreffendem Inhalt in der Form weder unsachlich noch herabsetzend formuliert sein. Im Übrigen ist die Verbreitung von Informationen unter Berücksichtigung möglicher nachteiliger Wirkungen für betroffene Wettbewerber auf das zur Informationsgewährung Erforderliche zu beschränken.

60- Der Gewährleistungsbereich des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG wird durch die staatliche Tätigkeit allerdings dann beeinträchtigt, wenn sie sich nicht darauf beschränkt, den Marktteilnehmern marktrelevante Informationen

bereitzustellen, auf deren Grundlage diese eigenbestimmte, an ihren Interessen ausgerichtete Entscheidungen über ihr Marktverhalten treffen können. Insbesondere kann die staatliche Informationstätigkeit eine Beeinträchtigung im Gewährleistungsbereich des Grundrechts sein, wenn sie in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre. Durch Wahl eines solchen funktionalen Äquivalents eines Eingriffs können die besonderen Bindungen der Rechtsordnung nicht umgangen werden; vielmehr müssen die für Grundrechtseingriffe maßgebenden rechtlichen Anforderungen erfüllt sein.

61 - Ebenfalls wird der Gewährleistungsbereich beeinträchtigt, wenn eine Information sich im Nachhinein als unrichtig erweist und dennoch weiterverbreitet oder nicht korrigiert wird, obwohl sie für Marktverhalten weiter von Belang ist. Mit der Feststellung der Beeinträchtigung des Schutzbereichs steht in solchen Fällen auch die Rechtswidrigkeit fest, da eine Rechtfertigung der Weiterverbreitung der als unrichtig erkannten Information ausgeschlossen ist.

III) Droit anglais

1) R (Purdy) v DPP [2009] UKHL 45 : obligation de prendre des actes de droit souple sur demande du justiciable (opinion suivie ; conclusion)

- **Conclusion Lord HOPE OF CRAIGHEAD (opinion suivie)**

- Traduction :

54. Le Code fournira normalement des indications suffisantes aux procureurs de la Couronne et au public sur la manière dont les décisions devraient ou sont susceptibles d'être prises pour déterminer si, dans un cas donné, il est dans l'intérêt public d'engager des poursuites. Il s'agit d'une protection précieuse pour les personnes vulnérables, car elle permet au procureur de prendre en compte l'ensemble du contexte de l'affaire. Dans la plupart des cas, son application garantira la prévisibilité et la cohérence de la prise de décision, et les gens sauront à quoi s'en tenir. Mais on ne peut pas en dire autant des cas où l'infraction envisagée est l'aide ou l'encouragement au suicide d'une personne en phase terminale ou gravement et incurablement handicapée, qui souhaite être aidée à se rendre dans un pays où le suicide assisté est légal et qui, ayant la capacité de prendre une telle décision, le fait librement et en comprenant parfaitement les conséquences. Il existe déjà un fossé

évident entre ce que dit l'article 2, paragraphe 1, et la manière dont ce paragraphe est appliqué en pratique dans les cas de compassion de ce type.

55. Les cas qui ont été soumis au directeur sont peu nombreux, mais ils vont sans doute se multiplier. Les décisions dans ce domaine du droit sont, bien sûr, très sensibles aux faits de chaque cas. Elles sont également susceptibles d'être controversées. Mais je ne considère pas qu'il s'agisse là de raisons permettant de dispenser le directeur de l'obligation de clarifier sa position quant aux facteurs qu'il considère comme pertinents pour ou contre les poursuites dans cette catégorie d'affaires très spéciale et soigneusement définie. La manière dont il s'acquitte de cette tâche doit lui appartenir, tout comme la décision finale d'engager ou non des poursuites. Mais, comme la définition que j'ai donnée peut le montrer, il devrait être possible de confiner la catégorie qui exige un traitement spécial à un groupe très étroit de cas, avec pour résultat que le Code continuera à s'appliquer à tous les cas qui n'en font pas partie.

56. J'accueillerais donc le recours et j'exigerais du directeur qu'il promulgue une politique spécifique aux infractions identifiant les faits et les circonstances qu'il prendra en compte pour décider, dans un cas tel que celui de Mme Purdy, de consentir ou non à des poursuites en vertu de la section 2(1) de la loi de 1961.

- **Texte original :**

54. The Code will normally provide sufficient guidance to Crown Prosecutors and to the public as to how decisions should or are likely to be taken whether or not, in a given case, it will be in the public interest to prosecute. This is a valuable safeguard for the vulnerable, as it enables the prosecutor to take into account the whole background of the case. In most cases its application will ensure predictability and consistency of decision-taking, and people will know where they stand. But that cannot be said of cases where the offence in contemplation is aiding or abetting the suicide of a person who is terminally ill or severely and incurably disabled, who wishes to be helped to travel to a country where assisted suicide is lawful and who, having the capacity to take such a decision, does so freely and with a full understanding of the consequences. There is already an obvious gulf between what section 2(1) says and the way that the subsection is being applied in practice in compassionate cases of that kind.

55. The cases that have been referred to the Director are few, but they will undoubtedly grow in number. Decisions in this area of the law are, of course, highly sensitive to the facts of each case. They are also likely to be controversial. But I would not regard these as reasons for excusing the Director from the obligation to clarify what his position is as to the factors that he regards as relevant for and against prosecution in this very special and carefully defined class of case. How he goes about this task must be a matter for him, as also must be the ultimate decision as to whether or not to prosecute. But, as the definition which I have given may show, it ought to be possible to confine the class that requires special treatment to a very narrow band of cases with the result that the Code will continue to apply to all those cases that fall outside it.

56. I would therefore allow the appeal and require the Director to promulgate an offence-specific policy identifying the facts and circumstances which he will take into account in deciding, in a case such as that which Ms Purdy's case exemplifies, whether or not to consent to a prosecution under section 2(1) of the 1961 Act.

- **LORD NEUBERGER OF ABBOTSBURY (§102)**

- **Traduction:**

Je parviens à cette conclusion au motif qu'en l'absence d'une telle déclaration de principe, il n'existe tout simplement pas d'indications suffisamment claires ou pertinentes sur la manière dont sera exercé le pouvoir discrétionnaire très largement exprimé accordé au directeur à l'article 2(4) de la loi de 1961. Le Code peut bien fournir des indications suffisantes pour la plupart, voire la totalité, des autres infractions, mais il est tout simplement inadéquat pour l'infraction créée par la section 2(1) de la loi de 1961. Les caractéristiques très inhabituelles de ce délit sont les suivantes : le délinquant doit aider un tiers à accomplir une action qui n'est pas en soi un délit, le tiers aidé est également la victime, la victime sera presque toujours consentante, et sera même très souvent l'instigateur positif du délit, et le délinquant sera souvent un participant relativement réticent, et sera souvent motivé uniquement par l'amour et/ou la sympathie. En outre, le délinquant potentiel n'est pas la personne, ou du moins n'est pas la seule personne, dont les droits prévus par la Convention sont en jeu : c'est la victime dont les droits prévus par l'article 8 sont en jeu, et elle sera presque toujours exceptionnellement vulnérable et sensible.

- **Texte original:**

I reach my conclusion on the ground that, in the absence of any such statement of policy, there is simply no sufficiently clear or relevant guidance available as to how the very widely expressed discretion accorded to the Director in section 2(4) of the 1961 Act will be exercised. The Code may well provide sufficient guidance for the purposes of most, even all, other crimes, but it is simply inadequate for the purpose of the crime created by section 2(1) of the 1961 Act. The very unusual features of this crime are that it involves the offender assisting an action by a third party which is not itself a crime, the third party who is being assisted is also the victim, the victim will almost always be willing, indeed will very often be the positive instigator of the crime, and the offender will often be a relatively reluctant participator, and will often be motivated solely by love and/or sympathy. In addition, the potential offender is not the person, or at least is not the only person, whose Convention rights are engaged: it is the victim whose article 8 rights are engaged, and he or she will almost always be unusually vulnerable and sensitive.

2) **R v North and East Devon Health Authority, Ex parte Coughlan [2001] QB 213 : atteinte à une espérance légitime (développement sur l'atteinte ; conclusion).**

- **Attente légitime :**

- **Traduction :**

55. En examinant la justesse de cette partie de la décision du juge, il est nécessaire de commencer par examiner le rôle du tribunal lorsque ce qui est en cause est une promesse sur la façon dont il se comportera à l'avenir, faite par un organisme public dans l'exercice d'une fonction statutaire. Dans le passé, il aurait été soutenu que la promesse devait être ignorée puisqu'elle ne pouvait avoir aucun effet sur la façon dont l'organisme public exerçait son jugement dans ce qu'il pensait être l'intérêt public. Aujourd'hui, un tel argument n'aurait aucune chance d'aboutir, comme le reconnaissent M. Goudie et M. Gordon.

56. Ce qui fait encore l'objet d'une certaine controverse, c'est le rôle du tribunal lorsqu'un membre du public, à la suite d'une promesse ou d'un autre comportement, a une attente légitime qu'il sera traité d'une certaine manière et que l'organisme public souhaite le traiter différemment. Ici, le point de départ doit être de demander ce que, dans les circonstances, le membre du public pouvait légitimement attendre. Pour reprendre les termes de Lord Scarman dans l'affaire *Re Findlay* [1985] 1 AC 318 à la page 338, "Mais quelle était leur attente légitime ?". Lorsqu'il y a un litige à ce sujet, le litige doit être déterminé par le tribunal, comme cela s'est produit dans l'affaire *Findlay*. Cela peut impliquer un examen détaillé des termes précis de la promesse ou de la représentation faite, des circonstances dans lesquelles la promesse a été faite et de la nature du pouvoir discrétionnaire légal ou autre.

57. Il y a au moins trois résultats possibles. (a) Le tribunal peut décider que l'autorité publique est seulement tenue de garder à l'esprit sa politique ou autre déclaration antérieure, en lui accordant le poids qu'elle juge bon, mais pas plus, avant de décider de changer de cap. Dans ce cas, la cour est limitée à la révision de la décision sur la base de *Wednesbury*. Cela a été considéré comme l'effet des changements de politique dans des affaires impliquant la libération anticipée de prisonniers (voir *Re Findlay* [1985] AC 318 ; *R v Home Secretary ex parte Hargreaves* [1997] 1 WLR 906). (b) D'autre part, le tribunal peut décider que la promesse ou la pratique induit une attente légitime, par exemple, d'être consulté avant la prise d'une décision particulière. Dans ce cas, il est incontestable que le tribunal exigera lui-même que la possibilité de consultation soit donnée, à moins qu'il n'y ait une raison impérieuse de s'en écarter (voir *A-G for Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] 2 AC 629), auquel cas le tribunal jugera lui-même de l'adéquation de la raison avancée pour le changement de politique, en tenant compte de ce que l'équité exige. (c) Lorsque le tribunal considère qu'une promesse ou une pratique licite a induit une attente légitime d'un avantage qui est substantiel, et non simplement procédural, l'autorité établit maintenant que, dans ce cas également, le tribunal décidera, dans un cas approprié, si le fait de frustrer l'attente est si injuste que le fait d'adopter un cours

nouveau et différent équivaut à un abus de pouvoir. Ici, une fois que la légitimité de l'attente est établie, le tribunal aura la tâche de peser les exigences de l'équité contre tout intérêt supérieur invoqué pour le changement de politique.

58. Le tribunal ayant décidé laquelle des catégories est appropriée, le rôle du tribunal dans le cas des deuxième et troisième catégories est différent de celui dans le cas de la première. Dans le cas de la première catégorie, le tribunal se limite à contrôler la décision sur des bases conventionnelles. Le critère sera la rationalité et la question de savoir si l'organisme public a accordé l'importance voulue aux conséquences du non-respect de la promesse. Dans le cas de la deuxième catégorie, la tâche du tribunal est la tâche conventionnelle de déterminer si la décision était équitable du point de vue de la procédure. Dans le cas de la troisième catégorie, le tribunal doit, le cas échéant, déterminer s'il existe un intérêt prépondérant suffisant pour justifier un écart par rapport à ce qui a été promis précédemment.

59. Dans de nombreux cas, la tâche difficile sera de décider dans quelle catégorie la décision doit être classée. Dans ce qui est encore un domaine du droit en développement, il faudra s'attacher à déterminer ce qui, dans la première catégorie de cas, limite l'attente légitime du requérant (selon les termes de Lord Scarman dans l'affaire *Re Findlay*) à l'attente que la politique en vigueur à ce moment-là lui soit appliquée. En ce qui concerne la deuxième et la troisième catégorie, la difficulté de séparer la procédure du fond est illustrée par la série d'affaires découlant de décisions de juges de ne pas renvoyer un défendeur devant la Crown Court pour qu'il soit condamné, ou d'assurances données à un défendeur par la cour : ici, le fait de s'écarter d'une telle décision ou assurance peut entraîner la violation de l'attente légitime (voir *R v Reilly* [1985] 1 Cr. App.R (5) 273,276 ; *R v Southampton Magistrates Court* [1994] Cr. App.R (5) 778, 781-2).

Dans ces affaires, aucune tentative n'est faite, à juste titre à notre avis, pour établir la distinction. Néanmoins, la plupart des cas d'attente exécutoire d'un avantage substantiel (la troisième catégorie) sont susceptibles, de par la nature des choses, d'être des cas où l'attente est limitée à une personne ou à quelques personnes, ce qui donne à la promesse ou à la représentation le caractère d'un contrat. Nous reconnaissons que le rôle des tribunaux en ce qui concerne la troisième catégorie est encore controversé ; mais, comme nous espérons le montrer, il est maintenant clarifié par l'autorité.

60. Nous considérons que M. Goudie et M. Gordon ont raison, tout comme le juge, de considérer les faits de cette affaire comme relevant de la troisième catégorie. (Même si cela n'était pas correct en raison de la nature de la promesse, et même si l'affaire relevait de la deuxième catégorie, l'autorité sanitaire, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et en temps voulu le tribunal, devraient tenir compte du fait que seul un intérêt public prépondérant justifierait de renoncer à la promesse). Nos raisons sont les suivantes. Premièrement, l'importance de ce qui a été promis à Mlle Coughlan (comme nous l'expliquerons plus tard, il s'agit d'une question soulignée par la loi sur les droits de l'homme de 1998) ; deuxièmement, le fait que la promesse était limitée à quelques individus, et le fait que les conséquences pour l'autorité sanitaire d'exiger qu'elle honore sa promesse ne seront probablement que financières.

- **Texte original :**

55. In considering the correctness of this part of the judge's decision it is necessary to begin by examining the court's role where what is in issue is a promise as to how it would behave in the future made by a public body when exercising a statutory function. In the past it would have been argued that the promise was to be ignored since it could not have any effect on how the public body exercised its judgment in what it thought was the public interest. Today such an argument would have no prospect of success, as Mr Goudie and Mr. Gordon accept.

56. What is still the subject of some controversy is the court's role when a member of the public, as a result of a promise or other conduct, has a legitimate expectation that he will be treated in one way and the public body wishes to treat him or her in a different way. Here the starting point has to be to ask what in the circumstances the member of the public could legitimately expect. In the words of Lord Scarman in *Re Findlay* [1985] 1 AC 318 at p338, "But what was their *legitimate* expectation?" Where there is a dispute as to this, the dispute has to be determined by the court, as happened in *Findlay*. This can involve a detailed examination of the precise terms of the promise or representation made, the circumstances in which the promise was made and the nature of the statutory or other discretion.

57. There are at least three possible outcomes. (a) The court may decide that the public authority is only required to bear in mind its previous policy or other representation, giving it the weight it thinks right, but no more, before deciding whether to change course. Here the court is confined to reviewing the decision on Wednesbury grounds. This has been held to be the effect of changes of policy in cases involving the early release of prisoners (see *Re Findlay* [1985] AC 318; *R v Home Secretary ex parte Hargreaves* [1997] 1 WLR 906. (b) On the other hand the court may decide that the promise or practice induces a legitimate expectation of, for example, being consulted before a particular decision is taken. Here it is uncontroversial that the court itself will require the opportunity for consultation to be given unless there is an overriding reason to resile from it (see *A-G for Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] 2 AC 629) in which case the court will itself judge the adequacy of the reason advanced for the change of policy, taking into account what fairness requires. (c) Where the court considers that a lawful promise or practice has induced a legitimate expectation of a benefit which is substantive, not simply procedural, authority now establishes that here too the court will in a proper case decide whether to frustrate the expectation is so unfair that to take a new and different course will amount to an abuse of power. Here, once the legitimacy of the expectation is established, the court will have the task of weighing the requirements of fairness against any overriding interest relied upon for the change of policy.

58. The court having decided which of the categories is appropriate, the court's role in the case of the second and third categories is different from that in the first. In the case of the first, the court is restricted to reviewing the decision on conventional grounds. The test will be rationality and whether the public body has given proper weight to the implications of not fulfilling the promise. In the case of the second category the court's task is the conventional one of determining whether the

decision was procedurally fair. In the case of the third, the court has when necessary to determine whether there is a sufficient overriding interest to justify a departure from what has been previously promised.

59. In many cases the difficult task will be to decide into which category the decision should be allotted. In what is still a developing field of law, attention will have to be given to what it is in the first category of case which limits the applicant's legitimate expectation (in Lord Scarman's words in *Re Findlay*) to an expectation that whatever policy is in force at the time will be applied to him. As to the second and third categories, the difficulty of segregating the procedural from the substantive is illustrated by the line of cases arising out of decisions of justices not to commit a defendant to the Crown Court for sentence, or assurances given to a defendant by the court: here to resile from such a decision or assurance may involve the breach of legitimate expectation (See *R v Reilly* [1985] 1 Cr. App.R (5) 273,276; *R v Southampton Magistrates Court* [1994] Cr. App.R (5) 778, 781-2).

No attempt is made in those cases, rightly in our view, to draw the distinction. Nevertheless, most cases of an enforceable expectation of a substantive benefit (the third category) are likely in the nature of things to be cases where the expectation is confined to one person or a few people, giving the promise or representation the character of a contract. We recognise that the courts' role in relation to the third category is still controversial; but, as we hope to show, it is now clarified by authority.

60. We consider that Mr Goudie and Mr Gordon are correct, as was the judge, in regarding the facts of this case as coming into the third category. (Even if this were not correct because of the nature of the promise, and even if the case fell within the second category, the Health Authority in exercising its discretion and in due course the court would have to take into account that only an overriding public interest would justify resiling from the promise.) Our reasons are as follows. First, the importance of what was promised to Miss Coughlan, (as we will explain later, this is a matter underlined by the Human Rights Act 1998); second, the fact that promise was limited to a few individuals, and the fact that the consequences to the Health Authority of requiring it to honour its promise are likely to be financial only.

- **Conclusion:**

- **Traduction:**

Il s'ensuit que, bien que nous soyons en désaccord avec une partie du raisonnement du juge, Mlle Coughlan était en droit d'obtenir gain de cause et nous rejetons l'appel.

Nos conclusions peuvent être résumées comme suit :

(a) Le NHS n'a pas la responsabilité exclusive de tous les soins infirmiers. Les soins infirmiers pour un patient souffrant d'une maladie chronique peuvent, dans des cas appropriés, être fournis par une autorité locale en tant que service social et le patient

peut être tenu de couvrir le coût de ces soins en fonction de ses moyens. Les dispositions de la Health Act et de la Care Act ne rendent donc pas nécessairement illégale la décision de l'autorité sanitaire de transférer la responsabilité des soins infirmiers généraux de Mlle Coughlan aux services sociaux de l'autorité locale. La question de savoir si cela était illégal dépend, en général, de la question de savoir si les services de soins infirmiers sont simplement (i) accessoires ou auxiliaires à la fourniture du logement qu'une autorité locale est tenue de fournir et (ii) d'une nature que l'on peut s'attendre à ce qu'une autorité dont la responsabilité première est de fournir des services sociaux soit en mesure de fournir. Mlle Coughlan avait besoin de services d'une catégorie tout à fait différente.

(b) Le processus de consultation adopté par l'autorité sanitaire avant la décision de fermer Mardon House est critiquable, mais n'était pas illégal.

(c) La décision de fermer Mardon House était, cependant, illégale pour les raisons suivantes :

(i) L'autorité sanitaire a pris une décision qui dépendait d'une mauvaise interprétation de ses responsabilités statutaires en vertu de la loi sur la santé.

(ii) Les critères d'éligibilité adoptés et appliqués par l'autorité sanitaire pour les soins de santé à long terme du NHS étaient illégaux et dépendaient d'une approche des services qu'une autorité locale avait le devoir de fournir qui n'était pas légale.

(iii) La décision constituait une violation injustifiée d'une promesse claire faite par le prédécesseur de l'autorité sanitaire à Mlle Coughlan, à savoir qu'elle devait avoir un foyer à vie à Mardon House. Cela constituait une injustice équivalente à un abus de pouvoir de la part de l'autorité sanitaire. Il s'agirait d'une violation de l'article 8 de la Convention européenne.

(d) Dans ces circonstances, les évaluations de Mlle Coughlan et d'autres patients sur la base des critères d'éligibilité étaient également viciées.

- **Texte original:**

It follows that, although we disagree with some of the reasoning of the judge, Miss Coughlan was entitled to succeed and we dismiss the appeal.

Our conclusions may be summarised as follows :

(a) The NHS does not have sole responsibility for all nursing care. Nursing care for a chronically sick patient may in appropriate cases be provided by a local authority as a social service and the patient may be liable to meet the cost of that care according to the patient's means. The provisions of the Health Act and the Care Act do not, therefore, make it necessarily unlawful for the Health Authority to decide to transfer responsibility for the general nursing care of Miss Coughlan to the local authority's social services. Whether it was unlawful depends, generally, on whether the nursing services are merely (i) incidental or ancillary to the provision of the accommodation which a local authority is under a duty to provide and (ii) of a nature which it can be expected that an authority whose primary responsibility is to

provide social services can be expected to provide. Miss Coughlan needed services of a wholly different category.

(b) The consultation process adopted by the Health Authority preceding the decision to close Mardon House is open to criticism, but was not unlawful.

(c) The decision to close Mardon House was, however, unlawful on the grounds that:

(i) The Health authority reached a decision which depended on a misinterpretation of its statutory responsibilities under the Health Act.

(ii) The eligibility criteria adopted and applied by the Health Authority for long term NHS health care were unlawful and depended on an approach to the services which a local authority was under a duty to provide which was not lawful.

(iii) The decision was an unjustified breach of a clear promise given by the Health Authority's predecessor to Miss Coughlan that she should have a home for life at Mardon House. This constituted unfairness amounting to an abuse of power by the Health Authority. It would be a breach of Article 8 of the European Convention

(d) In these circumstances assessments of Miss Coughlan and other patients on the basis of the eligibility criteria were also similarly flawed.

Bibliographie

I) Manuels et ouvrages

A) Ouvrages transversaux

- CHEVALLIER (Jacques), *L'État post-moderne*, collection « Droit et Société Classics », 4^e édition, LGDJ, 2017.
- DEUMIER (Pascale) et SOREL (Jean-Marc), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, collection « Contextes », LGDJ, 2018.
- HOCHMANN (Thomas), JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), *Le contrôle juridictionnel des actes de soft law*, Éditions et presses universitaires de Reims, 2017.

B) Droit français

- BROUELLE (Camille), *Contentieux administratif*, 8^e édition, collection « Manuels », LGDJ, 2020.
- PLESSIX (Benoît), *Droit administratif général*, 2^e édition, collection « Manuel », LexisNexis, 2018.
- Direction LONG (Marcel), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), DELVOLVÉ (Pierre), GENEVOIS (Bruno), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21^e édition, Dalloz, 2017.
- SEILLER (Bertrand), *Droit administratif – 1. Les sources et le juge*, 6^e édition, collection « Champs-Université », Flammarion, 2016.

C) Droit allemand

- EPPING (Völker), *Grundrechte*, 8^e édition, SpringerLink, 2019.
- ERBGUTH (Wilfried) et GUCKELBERGER (Annette), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10^e édition, Nomos, 2020.

- MANSSEN (Gerrit), *Staatsrecht II- Grundrechte*, 17e edition, Beck, 2020.

D) Droit anglais

- CRAIG (P.P.), *Administrative Law*, 3e edition, Sweet & Maxwell, 1994.
- WEEKS (Greg), *Soft Law and Public authorities – Remedies and Reform*, Hart, 2016.

II) Articles

A) Droits européen et international

- BERTRAND (Brunessen), « Rapport introductif : Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne », *Rev. UE* 2014. 73.
- BUREAU (Dominique), « Le droit souple d émasqué. Articulation des normes privées, publiques et internationales par Sarah Cassella, Valérie Lasserre et Benoît Lecourt (dir.), éd. A. Pedone, 2018, 194 pages », *Dalloz, Revue critique de droit international privé* 2018 p.1055.

B) Droit français

- CHIFFLOT (Nicolas), « Le Conseil d'État étend le recours pour excès de pouvoir aux documents de portée générale émanant d'autorités publiques », *LexisNexis, Procédures n° 8-9*, Août 2020, comm. 160. 160.
- EVEILLARD (Gweltaz), *Acte faisant grief - Les nouvelles conditions de recevabilité du recours contre les circulaires et les lignes directrices*, *LexisNexis, Droit Administratif n° 10*, Octobre 2020, comm. 39.
- FONTENELLE (Louis de), « Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation », *Dalloz, AJDA* 2018 p.571.
- MELLERAY (Fabrice), « Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit souple », *Dalloz, AJDA* 2016 p.2119.

- RESTINO (Virginie), « Actes de « droit souple » et « documents de portée générale » au prisme du droit du travail - . - Nature, caractère contraignant et régime contentieux », LexisNexis, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 5, 1er Février 2021, doct. 131.
- BENEZECH (Ludovic), « Recevabilité du recours pour excès de pouvoir - L'affermissement de la justiciabilité des actes de droit souple devant le Conseil d'État », Dalloz, *Droit Administratif* n° 2, Février 2020, comm. 6.

C) Droit allemand

- HELLMANN (Vanessa), “Eine Warnung vor dem Bundesverfassungsgericht Die Glykol- Entscheidung des BVerfG vom 26. 6. 2002”, Beck-Online, NVwZ, 2005, 163.
- HUBER (Peter), “Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe ? », Mohr Siebeck, JZ 6/2003, 290.
- SAUER (Heiko), “Staatshaftungsrecht - Eine Systematisierung für die Fallbearbeitung”, Beck-Online, JuS 2012, 695.
- SCHOCH (Friedrich), “Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung”, Beck-Online, NJW 2012, 2844.
- *BVerfG*: Grundrechte - Presserecht - „Junge Freiheit”, Beck-Online, JuS 2006, 71.
- *BVerfG*: “Informationen der Bundesregierung über religiöse und weltanschauliche Vereinigungen”, Beck-Online, JuS 2003, 186.
- *BVerfG*: “Informationstätigkeit der Bundesregierung im Bereich des Verbraucherschutzes – Glykolwein”, Beck-Online, NJW 2002, 2621.

D) Droit anglais

- SKYKES (David), “Hard Law and Soft Law - in the context of local government”, *LocalGovernmentLawyer*, 15/11/2019. Disponible au lien suivant : <https://www.localgovernmentlawyer.co.uk/governance/314-governance-a-risk-articles/41951-hard-law-and-soft-law-in-the-context-of-local-government>.

III) Thèse et mémoire

- JACQUEMET-GAUCHE (Anne), *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, LGDJ, collection « Thèses », 2013.
- OUMEDJKANE (Antoine), « Compliance & droit public » (dir. Madame le Professeur Pascale IDOUX), Université de Montpellier, 2018. Consultable au lien suivant : <http://www.asso-afda.fr/wp-content/uploads/2018/07/Mémoire-M2-vainqueur-2018.pdf>.

IV) Dictionnaires

- ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane) dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, 2003.
- *Vocabulaire juridique Cornu*, 11e édition, Presses universitaires de France, 2016.

V) Colloque

- Section du contentieux et la section du rapport et des études du Conseil d'État, « De nouvelles frontières pour le juge administratif – table ronde n°2 : le droit souple sous la direction de Jean-Denis Combrexelle », 18 décembre 2020.

Table des matières

| | |
|---|-----------|
| Introduction | 6 |
| A) Exposé des termes | 11 |
| B) Mise en contexte | 13 |
| C) Hypothèse de départ | 14 |
| D) Problématique | 16 |
| Partie I/ Les conditions de contrôle juridictionnel d'un acte de droit souple | 17 |
| I) France : une acceptation élargie par le juge administratif | 17 |
| A) Contrôle indirect de la légalité des actes de droit souple | 17 |
| B) L'ouverture progressive du recours pour excès de pouvoir | 20 |
| 2) Les actes de droit souple des administrations classiques | 24 |
| 3) Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques | 25 |
| 4) Articulation entre la jurisprudence <i>GISTI</i> et la jurisprudence <i>Fairvesta et Numéricable</i> pour les actes de droit souple de portée générale pour le recours en excès-de-pouvoir | 27 |
| 5) L'ouverture du référé-suspension | 27 |
| II) Allemagne et Royaume-Uni : un contrôle juridictionnel institutionnalisé | 29 |
| A) Allemagne : le critère de l'atteinte aux droits fondamentaux (critère subjectif) | 29 |
| B) Royaume-Uni : un contrôle objectif quasi-systématique | 33 |
| Conclusion de partie | 36 |
| Partie II/ L'office du juge de l'acte de droit souple | 37 |
| I) Du contrôle de légalité | 37 |
| A) France : un contrôle de la légalité interne et externe | 37 |
| 1) Le contrôle des actes de droit souple des autorités de régulation | 38 |
| 2) Le contrôle des actes de portée générale | 42 |
| B) Allemagne et Royaume-Uni : des régimes contentieux éprouvés | 44 |
| 1) Allemagne : la systématisation de l'examen de légalité | 44 |
| a) La compétence des auteurs de l'acte | 44 |
| b) L'encadrement législatif ultérieur | 46 |
| c) Exigences matérielles : exactitude et objectivité de l'information délivrée | 49 |
| 2) Royaume-Uni : la procédure du judicial review | 51 |
| a) Contrôle de légalité interne | 51 |
| b) Légalité externe | 53 |
| II) Des pouvoirs du juge face à l'illégalité d'un acte de droit souple | 55 |
| A) Devenir de l'acte « illégal » : l'inefficacité des pouvoirs classiques | 55 |
| 1) France : l'inadaptation du plein-contentieux aux attentes des justiciables | 55 |
| 2) Allemagne : une procédure de correction envisagée | 56 |
| 3) Royaume-Uni : les « remedies » du contrôle de légalité | 57 |
| B) Vers un développement de la responsabilité des personnes publiques | 58 |
| 1) France : un engagement possible mais encore peu usité | 58 |
| 2) Allemagne : la reconnaissance de la nécessité de recourir à l'indemnisation | 61 |
| 3) Royaume-Uni : l'indétermination pour une compensation financière en cas d'invalidité | 63 |
| Conclusion de partie | 65 |
| Conclusion générale | 66 |
| Annexes | 71 |
| I) Droit français | 71 |

| | |
|--|------------|
| 1) Conseil d'État, Assemblée, 21/03/2016, <i>Fairvesta-Numéricable</i> , n°368082 : ouverture du REP à l'encontre des actes de droit souple des autorités de régulation..... | 71 |
| 2) Conseil d'État, 19 juillet 2019, <i>Marine Le Pen</i> , n° 426389 : ouverture du REP à l'encontre des actes de droit souple des administrations classiques..... | 77 |
| 3) Conseil d'État, Section, 12/06/2020, <i>GISTI</i> , n° 418142..... | 82 |
| 4) Conseil d'État, 13 décembre 2017, <i>Société Bouygues Télécom</i> n° 401799 : exemple d'un contrôle de légalité des lignes directrices..... | 84 |
| 5) Conseil d'État, SSR., 30 juillet 1997, <i>Boudin</i> , n°118521 : ouverture de la responsabilité pour faute simple..... | 92 |
| II) Droit allemand..... | 94 |
| 1) BVerfGE 105, 252 <i>Glykol</i> (§58, 59, 60 et 61) : motivation pour une information étatique, notions d'équivalent fonctionnel à une atteinte aux droits fondamentaux ; conditions de légalité interne d'une information étatique..... | 94 |
| III) Droit anglais..... | 96 |
| 1) R (Purdy) v DPP [2009] UKHL 45 : obligation de prendre des actes de droit souple sur demande du justiciable (opinion suivie ; conclusion)..... | 96 |
| 2) R v North and East Devon Health Authority, Ex parte Coughlan [2001] QB 213 : atteinte à une espérance légitime (développement sur l'atteinte ; conclusion)..... | 99 |
| <i>Bibliographie</i> | 105 |
| I) Manuels et ouvrages | 105 |
| A) Ouvrages transversaux | 105 |
| B) Droit français..... | 105 |
| C) Droit allemand..... | 105 |
| D) Droit anglais..... | 106 |
| II) Articles | 106 |
| A) Droits européen et international..... | 106 |
| B) Droit français..... | 106 |
| C) Droit allemand..... | 107 |
| D) Droit anglais..... | 107 |
| III) Thèse et mémoire..... | 108 |
| IV) Dictionnaires..... | 108 |
| V) Colloque..... | 108 |