

Le droit souple est contrôlé par le juge

LE NOUVEAU RECOURS CONTRE LES ACTES DE DROIT SOUPLE : MODE D'EMPLOI



FRANÇOIS
BOUCARD

Docteur en droit,
Avocat au Conseil
d'État et à la
Cour de cassation

Enseignant-
chercheur
à l'Université
de Strasbourg

Les mesures de droit souple, par nature dépourvues de tout effet juridique, sont désormais susceptibles d'un recours devant le juge administratif.

Par deux décisions d'assemblée prononcées le 21 mars 2016^{1, 2}, le Conseil d'État a décidé d'ouvrir un recours contentieux à l'encontre des actes de droit souple édictés par les régulateurs, tels l'AMF et l'ACPR. D'une « portée considérable en contentieux administratif »³, ce revirement de jurisprudence, présenté comme « un grand coup de timon »⁴, pourrait entraîner une évolution des relations entre les régulateurs et les opérateurs. Une décision du 20 juin 2016 précise la portée de cette nouvelle jurisprudence⁵.

De quoi s'agit-il ?

Les autorités de régulation adoptent de nombreux actes dont le régime n'est défini par aucun texte et qui, jusqu'alors, échappaient à tout contrôle du juge au motif qu'ils ne produisent aucun effet de droit. C'est le cas, par exemple, des recommandations, des prises de position, des orientations. Dans les affaires

ayant donné lieu aux arrêts du 21 mars 2016, les recours étaient dirigés, pour l'un, contre des communiqués de l'AMF attirant l'attention des investisseurs sur les risques de certains produits et pour l'autre, contre une prise de position de l'Autorité de la concurrence estimant devenue sans objet une des conditions qu'elle avait mise en 2012 au rachat de TPS et CanalSatellite par Vivendi et le Groupe Canal Plus. De tels actes sont aujourd'hui susceptibles de faire l'objet d'un recours d'excès de pouvoir, bien qu'ils ne produisent aucun effet de droit.

Deux types d'actes à distinguer

La solution nouvelle ne remet pas en cause la jurisprudence antérieure qui ouvre le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes d'une autorité de régulation produisant des effets de droit⁶. Les actes des autorités administratives sont ainsi qualifiés lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont la méconnaissance est susceptible de justifier qu'une sanction soit prononcée. Ces décisions sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

Le recours qui vient d'être ouvert par les arrêts du 21 mars 2016 est également un recours pour excès de pouvoir, mais il est soumis à un régime légèrement différent, ainsi que nous allons le voir. Il ne concerne que les actes de droit souple, à savoir, selon la définition qu'en a donné le Conseil d'État dans un récent rapport⁷, ceux qui répondent à trois conditions : ne pas produire d'effet juridique ; offrir un degré de formalisation qui leur donne une apparence ou une légitimité proche de la règle de droit ; viser à orienter ou modifier le comportement de ses destinataires.

1. CE Ass. 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et al.*, n° 368082, et *Société NC Numericable*, n° 390023, à paraître au Lebon ; G. Marly, « Droit souple et excès de pouvoir », *L'essentiel de droit des assurances*, 1^{er} mai 2016, n° 5, p. 7 ; D. Bosco, « Le Conseil d'État ouvre le champ du recours pour excès de pouvoir contre les actes des autorités de régulation », *Cont. Conc. Cons.*, 2016, n° 5, comm. 125 ; N. Chifflet, « Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir », *Procédures* 2016, n° 5, comm. 186 ; A. Taïbi, « L'élargissement de la recevabilité contentieuse du droit souple des autorités de régulation », *Gaz. Pal.* 17 mai 2016, n° 18, p. 20.
2. J.-J. Daigre, « Le droit mou est-il en train de se durcir ? », *Banque et Droit* n° 167, p. 3 ; N. Mathey, « Vers une solidification du droit souple ? Chronique de droit de la régulation », *RDBF* 2016, n° 3, comm. 108.
3. O. Fouquet, « Le droit souple : quel avenir fiscal ? », *Droit fiscal* 28 avril 2016, n° 17, Études n° 297.
4. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Un recours pour le droit souple », *AJDA* 2016, p. 717.
5. CE 20 juin 2016, *FFSA*, n° 384293, à paraître aux tables du Lebon.

6. Par ex. CE 27 avril 2011, *Association FORMINDEP*, n° 334396, Lebon ; CE 11 octobre 2012, 2 arrêts publiés au Lebon, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193, et *Société ITM entreprise*, n° 346378.
7. Étude annuelle 2013, *Le Droit souple*, La documentation française.

Les recours dont sont susceptibles ces deux types d'actes varient sur plusieurs points, de sorte qu'avant de présenter un recours, il convient d'identifier la nature de l'acte à attaquer.

Actes susceptibles du nouveau recours

Le Conseil d'État précise que le recours est ouvert à l'encontre des recommandations, mises en garde, prises de position et avis adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies.

L'on sait que par hypothèse, ces actes sont dépourvus d'effet juridique.

En revanche, il faut qu'ils produisent des « effets notables, notamment de nature économique » ou qu'ils aient « pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ».

Ainsi les actes entraînant des effets négligeables et ceux dont l'influence sur le comportement des opérateurs reste insignifiante sont insusceptibles de recours.

Juridiction compétente

À moins qu'un texte n'en dispose autrement, comme c'est le cas de certaines décisions de l'AMF ou de l'Autorité de la concurrence, les juridictions administratives sont compétentes pour apprécier la légalité d'une décision administrative⁸. Au sein de l'ordre administratif, la juridiction compétente en premier ressort est en principe le tribunal administratif mais cette règle connaît d'importantes exceptions en matière de régulation. C'est par exemple au Conseil d'État, statuant en premier et dernier ressort, qu'il revient de connaître des recours dirigés contre les décisions émanant de la plupart des régulateurs, dès lors qu'elles sont prises au titre de leur mission de contrôle ou de régulation⁹.

Recevabilité du recours

Le recours pour excès de pouvoir de droit commun se caractérise notamment par une appréciation très souple de l'intérêt à agir. S'agissant du recours à l'encontre des actes de droit souple, le Conseil d'État se montre plus restrictif, puisqu'il exige que le requérant justifie d'un intérêt « direct et certain ».

Le Conseil d'État ne donne aucune indication sur le délai de recours. S'il est vraisemblable que la durée du délai sera calquée sur celle du recours de droit commun (deux mois), il n'en va pas de même du point de départ de ce délai ; le silence conservé par la haute juridiction est à cet égard source d'incertitude. En effet,

le droit commun distingue suivant que la décision est réglementaire, auquel cas le délai court à compter de la publication, ou individuelle et c'est alors la notification qui déclenche le délai¹⁰. C'est donc la nature des effets juridiques de la décision administrative qui permet de déterminer le point de départ du délai de recours contentieux. Or, les actes de droit souple ne produisent pas d'effet de droit. Il existe ici un vide juridique.

D'autres hésitations proviennent de la nature même de certaines mesures de droit souple. Par exemple, en présence d'un communiqué, l'on peut hésiter entre la date de publication et celle à laquelle ses effets se seront révélés dans leur plénitude. Une difficulté survient également pour une prise de position non publiée, et davantage encore lorsqu'une prise de position publiée est modifiée, sans que cette modification fasse l'objet d'une publication spécifique.

Que peut-on demander au juge ?

Le principal objet du recours pour excès de pouvoir est l'annulation de l'acte entaché d'illégalité. Appliquée à une mesure de droit souple, dépourvue d'effet juridique, l'annulation ne présente qu'un intérêt limité. L'« annulation » d'un communiqué avertissant le public des dangers supposés d'un produit financier et la cessation de sa publication ne suffiront pas à effacer les conséquences néfastes qu'il a provoquées.

C'est la raison pour laquelle dans les arrêts du 21 mars 2016, le Conseil d'État a rappelé la possibilité de présenter une demande d'injonction. Dans l'exemple précité, le requérant pourrait obtenir qu'il soit enjoint à l'autorité de régulation de publier, dans un délai donné et sous peine d'astreinte, un communiqué rectificatif¹¹.

Parallèlement, l'intéressé peut solliciter du juge qu'il ordonne la suspension immédiate des effets de la mesure contestée, par la voie du référé-suspension¹². Les décisions du 21 mars 2016 ne le précisent pas expressément, mais rien ne semble s'opposer à l'exercice d'un tel recours. Le requérant devra justifier de l'urgence et de l'existence d'un doute sérieux sur la légalité de l'acte en cause. C'est la procédure la plus efficace car elle permet d'éviter que la mesure contestée ne produise ses effets. Elle est en cela nettement préférable à une réparation *a posteriori* qui n'effacera jamais totalement le dommage survenu.

Il est également concevable d'exercer un recours en référé-liberté qui permet d'obtenir, en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale,

8. Dans l'affaire *Fairvesta*, la question de compétence entre les deux ordres de juridictions avait d'ailleurs donné lieu à une décision du Tribunal des conflits en date du 16 novembre 2015 (n° C 4026).

9. L'article R. 311-1 du Code de justice administrative en donne la liste suivante : l'agence française de lutte contre le dopage, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, l'Autorité de régulation des jeux en ligne, l'Autorité de régulation des transports ferroviaires, l'Autorité de sûreté nucléaire, la Commission de régulation de l'énergie, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

10. Article R. 421-2 du Code de justice administrative, al. 1^{er} : « Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, dans les cas où le silence gardé par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet, l'intéressé dispose, pour former un recours, d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle est née une décision implicite de rejet. Toutefois, lorsqu'une décision explicite de rejet intervient avant l'expiration de cette période, elle fait à nouveau courir le délai de recours. »

11. Articles L. 911-1 et suivants du Code de justice administrative.

12. Article L. 521-1 du Code de justice administrative, al. 1^{er} : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. »

que le juge ordonne toute mesure utile de nature à faire cesser ce trouble. Enfin, il est toujours possible d'invoquer la *responsabilité* de l'auteur de l'acte déclaré illégal et d'obtenir sa condamnation à réparer le préjudice résultant cette illégalité.

Le contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir

En présence d'un acte assorti d'effets de droit, le juge dispose des pouvoirs classiques en matière d'excès de pouvoir. Mais lorsqu'il est saisi d'un recours à l'encontre d'un acte de droit souple, il doit examiner les vices susceptibles d'affecter sa légalité « *en tenant compte de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation* ». Cette formulation, certes absconse, constitue assurément une limitation des cas d'annulation, limitation qu'il appartiendra au Conseil d'État de préciser par de futures décisions¹³.

Dans sa décision précitée du 20 juin 2016, le Conseil d'État a décidé que l'ACPR pouvait légalement édicter une recommandation préconisant les modalités pratiques de mise en œuvre de dispositions réglementaires, dès lors qu'elle n'ajoute aucune obligation nouvelle qui serait édictée en méconnaissance de ces dispositions.

Le même acte recommandait par ailleurs aux intermédiaires d'assurance de conclure entre eux une convention dont le principe n'est pas prévu par le code des assurances. Le Conseil d'État a considéré qu'une telle recommandation ne méconnaît pas le principe de liberté contractuelle d'elle lors qu'elle est non contraignante pour ses destinataires puisqu'elle leur laisse la faculté d'adopter d'autres pratiques permettant d'atteindre de manière équivalente le but qu'elle poursuit. C'est ce

recours à la règle « *complain or explain* » permet de tenir en échec le grief de contrariété à la liberté contractuelle. Il faut se garder d'en déduire que toute mesure de droit souple, par définition non normative, échapperait au contrôle de légalité : ce serait vider de sa substance le recours que le Conseil d'État vient d'ouvrir. La particularité de cette affaire tient à ce que le texte au regard duquel la légalité de la mesure était contestée est un principe affirmant une liberté, la liberté de conclure ou non un contrat. Dès lors que la recommandation permet aux entreprises de recourir à un procédé autre que la conclusion d'un contrat, il n'y a pas d'atteinte à cette liberté. En bref, le Conseil d'État a bel et bien exercé un contrôle de légalité, mais celui-ci a conduit au constat que la liberté contractuelle n'était pas compromise par la recommandation déferée au juge de l'excès de pouvoir.

Quel est l'avenir prévisible de ce nouveau recours ?

Il est difficile de se prononcer tant que le Conseil d'État n'aura pas précisé les limites du contrôle qu'il entend exercer sur les actes de droit souple.

Il y a lieu de penser que cette nouvelle orientation sera suivie à l'étranger et par les juridictions de l'Union européenne. À ce jour, le Tribunal de l'Union développe une conception extensive de l'acte décisoire, en y incluant des mesures dont la force normative semble si ténue qu'on la décèle à peine¹⁴. Il paraît donc envisageable que le Tribunal ou la Cour de Justice, s'engageant sur la voie ouverte par le Conseil d'État, accepte de se prononcer sur la légalité de véritables mesures de droit souple, dépourvues de tout effet juridique. ■

¹³. En ce sens : O. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, préc.

¹⁴. V. notamment Tribunal de l'UE 4 mars 2015, *Royaume-Uni c/ BCE*, T-496/11, prononçant l'annulation du cadre de surveillance de l'eurosystème.