



HAL
open science

La Soft Law. Le point de vue d'un interniste publiciste

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. La Soft Law. Le point de vue d'un interniste publiciste. Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international,, Lextenso, pp.77-89, 2018. hal-03021389

HAL Id: hal-03021389

<https://hal.science/hal-03021389v1>

Submitted on 24 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA SOFT LAW

LE POINT DE VUE D'UN INTERNISTE PUBLICISTE

Jacques Chevallier
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
 CERSA-CNRS

in P. Deumier, J.M. Sorel (dir.), *Regards croisés sur la soft law*
en droit interne, européen et international,
 LGDJ, Contextes, Culture du droit, 2018, pp. 77-89 ;

La culture publiciste française a longtemps interdit toute possibilité d'admettre l'existence d'une *soft law*, ou « droit souple »¹, au moins en droit interne : la question était censée se poser exclusivement en droit international, témoignant du particularisme d'un droit construit sur le principe de souveraineté des Etats. Le droit public interne en revanche ne pouvait être pensé sans référence à l'idée de contrainte : passant par le canal du droit, la puissance détenue par l'État était censée impliquer l'édiction de normes juridiques dotées de force obligatoire et dont l'exécution était garantie par la menace de sanctions. Adossé au thème de la « puissance publique », le droit administratif, à partir duquel a été édifié tout le droit public, a été construit sur cette perspective. Dès l'instant où elle utilise le langage du droit, l'administration parle à l'impératif : le privilège de « décision exécutoire » se traduit par le fait que l'administration a la faculté d'édicter des obligations, de forger des interdits indépendamment du consentement des intéressés (pouvoir de décision unilatérale) et qu'elle est dispensée de s'adresser au juge pour obtenir des administrés qu'ils se conforment à ses prescriptions (privilège du préalable).

Sans doute, les règles juridiques édictées par l'Etat ne sont-elles pas toujours formulées de manière impérative, sous la forme positive d'un ordre ou d'une injonction, ou sous la forme négative d'un interdit ou d'une prohibition ; mais si elles peuvent être permissives, en autorisant certains comportements, ou habilitatrices, en conférant une capacité d'action, elles ne se réduiraient jamais à de simples constatations : elles comporteraient toujours des *prescriptions*, auxquelles les destinataires sont tenus d'obéir. Sans doute également, ces règles peuvent-elles être entourées d'un certain halo, d'une zone de flou : les énoncés juridiques sont porteurs de significations diverses, qu'il convient de démêler par un travail d'interprétation ; mais cela ne remettrait pas pour autant en cause leur dimension prescriptive. La perspective kelsénienne d'un droit perçu comme « ordre de contrainte » est au cœur des représentations traditionnelles des internistes : les brèches introduites dans cet édifice, par le constat de la déficience du droit international sous l'angle de la contrainte, ne suffiront pas à ébranler leurs certitudes.

L'obligation, à défaut de la sanction, a donc été considérée comme le critère essentiel du droit public interne, permettant de distinguer les normes juridiques produites par l'État d'autres dispositifs normatifs n'exerçant qu'une pression indirecte sur les comportements. Admettre que des normes juridiques émanant de l'État puissent, non seulement être formulées de manière vague, mais encore être dépourvues de force obligatoire et privées de toute sanction, relevant d'un droit « flou, doux, mou »² aboutirait à remettre en cause l'essence du droit public, expression de la toute puissance étatique.

¹ On reprendra ici la traduction qui est désormais donnée à la *soft law* (rapport de la commission de terminologie et de néologie juridique, 2003-2007).

² Catherine Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, cot.-déc. 2003, pp. 599-628.

Cette vision a été cependant confrontée à l'inflexion des modes d'intervention de l'Etat et, corrélativement, à la transformation des conditions d'emploi de la technique juridique. Reflet de ces mutations, l'acclimatation progressive du thème du droit souple en droit administratif s'est produite au fil de plusieurs étapes : après une émergence incertaine après la Seconde guerre mondiale, consécutive au développement de l'interventionnisme économique (I), un basculement s'est produit à partir des années 1980³, une partie de la doctrine entendant alors s'émanciper des schémas traditionnels pour rendre compte d'un phénomène en plein essor (II), avant que le droit souple ne fasse l'objet d'une reconnaissance explicite (III).

I / UNE ÉMERGENCE INCERTAINE

Les premières manifestations d'une conception plus souple du droit administratif se situent à des moments différents : d'une part, l'apparition après 1945 de procédés juridiques nouveaux, de type incitatif, par lesquels l'Etat entend assumer les responsabilités nouvelles qui lui sont dévolues dans l'économie ; d'autre part, la reconnaissance en 1970, à l'initiative du juge administratif, de la possibilité pour les administrations de se doter de cadres juridiques souples, de « directives », en vue de rationaliser l'exercice de leurs compétences. Si l'idée de contrainte, qui paraissait jusqu'alors être la marque du droit public semble ainsi s'estomper, la doctrine publiciste éprouvera quelque difficulté à prendre la mesure de ces innovations auxquelles elle ne donne qu'une importance limitée.

A) *L'apparition d'un droit incitatif*

L'entrée en force de l'État dans l'économie a contribué à renouveler les modes d'intervention publique. Les procédés classiques d'encadrement des activités sociales, passant par l'édiction de réglementations contraignantes, s'avèrent inadaptées, compte tenu de la structure de l'économie et des principes gouvernant son fonctionnement. L'interventionnisme économique a entraîné la promotion de techniques juridiques nouvelles, exclusives de toute idée de contrainte, mais cherchant à agir en douceur sur les comportements.

La *planification* a été l'illustration par excellence de cette logique. S'il a valeur d'une « ardente obligation », le plan est en effet dépourvu de tout caractère impératif : les grandes orientations de l'action publique, dont il trace les contours pour les années à venir, dépendent des mesures concrètes qui sont prises pour assurer leur mise en oeuvre et elles vont être corrigées et infléchies en fonction de l'évolution de la conjoncture ; quant aux acteurs économiques, ils restent libres de se conformer, ou non, aux objectifs fixés, qui sont, en ce qui les concerne, dénués de force obligatoire. Dès lors, la question, posée dès 1947 par Jean Rivero⁴, de la nature du plan a fait l'objet de débats récurrents au sein de la doctrine juridique. Pour les uns, le plan ne pouvait, faute de dimension contraignante, avoir une portée juridique : sans doute, cherchant à influencer sur les perceptions des agents économiques et à orienter leurs comportements, peut-on estimer qu'il exerce une « fonction normative »⁵ ; mais cette fonction ne se situerait pas sur le terrain du droit. Pour d'autres auteurs au contraire, le plan relevait d'une nouvelle catégorie

³ Pour une analyse d'ensemble, voir la thèse de Bernard Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ-Presses de Toulouse 1-Capitole, 2011.

⁴ « Le plan Monnet et le droit », *Dalloz*, 1947, Chron. XXXIII, pp. 129 sq. et « Le problème juridique du Plan Monnet », *Droit social*, 1950, p. 16. Si Jean Rivero concevait au départ le plan comme un document purement « technique », définissant les orientations de la politique économique, son point de vue sera par la suite plus nuancé.

⁵ En ce sens, Jean-Louis Quermonne, « Les effets de la planification au niveau de l'appareil politique et de l'ordonnement juridique », in *La planification comme processus de décision*, Cahiers de la FNSP n° 140, A. Colin, 1965 et Lucien Nizard, « De la planification française : production de normes et concertation », *Revue française de science politique*, 1972, n° 5, pp. 111 sq.

d'actes juridiques, actes juridiques « prospectifs »⁶, ou encore « actes collectifs » ou « actes-union »⁷. Dès l'instant où il cherche à ordonner le développement économique, l'État est confronté à un terrain mouvant et évolutif, dont il ne maîtrise pas les variables essentielles, et l'instrument juridique tend dès lors à acquérir une plasticité nouvelle. L'essor d'une démarche planificatrice poussant à tous les niveaux à définir des priorités, fixer des objectifs, tracer des programmes d'action contribuera à la diffusion de ce *droit prospectif*. Tirant les conclusions de cette évolution, André Hauriou pouvait ainsi déceler en 1970 l'émergence d'un « droit administratif de l'aléatoire »⁸, différent du « droit administratif classique » : alors que celui-ci, « droit du déterminé » se présente comme un droit « de commandement, de privilège, de contrôle », l'« aléatoire exclut la certitude du commandement » ; les obligations des destinataires sont conçues comme de simples « obligations de comportement », dépourvues de sanction juridictionnelle.

Cette conception nouvelle d'une juridicité dégagée de toute référence à la contrainte se retrouvera dans les dispositifs d'*incitation* visant à amener les agents économiques à adopter les comportements souhaités, par le recours à des stimulants divers : l'État ne cherche pas ici à contraindre, à imposer, mais seulement à infléchir les stratégies des acteurs économiques ; l'incitation résulte des avantages, notamment financiers, qui sont octroyés aux intéressés, en contrepartie des engagements qu'ils prennent. Inaugurées dès 1940 avec les « lettres d'agrément », ces formules vont connaître un important développement à partir des années 1960 (quasi-contrats pour l'exécution du plan, contrats fiscaux, contrats de programme en matière de prix...⁹), suscitant la perplexité de la doctrine. La nature de ces dispositifs sera en effet controversée : s'il ne s'agit pas de véritables contrats, ils contrastent par leur mode d'élaboration et leur souplesse avec l'acte unilatéral classique ; la qualification d'« actes concertés », voire d'« actes innommés », atteste de l'embarras de la doctrine face à des actes ne relevant pas des catégories habituelles du droit public¹⁰.

L'ébranlement allait être plus sensible à partir du moment où le juge administratif va consacrer l'existence d'actes juridiques d'un type nouveau.

B) La consécration des directives

Si le développement de l'interventionnisme économique a conduit les services administratifs qui en étaient chargés à élaborer des critères en vue de faciliter l'examen des cas particuliers, le juge administratif, tout en assouplissant au fil du temps sa position, s'était refusé à admettre que les décisions individuelles puissent être prises sur la base de tels critères. L'arrêt *Crédit Foncier de France* du 11 décembre 1970 n'en est que plus novateur : prenant le contrepied de l'arrêt « Distillerie Brabant » du 23 mai 1969, le Conseil d'État reconnaît en effet à une autorité administrative investie d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation la possibilité de définir une doctrine d'action, à la condition que les « normes » ainsi contenues dans ces « directives » soient conformes aux finalités définies par les lois et règlements : tenue de faire application de cette doctrine dans tous les cas semblables, l'administration est néanmoins admise à s'en écarter, si l'intérêt général le commande ou au vu de circonstances particulières.

⁶ Philippe Chapal, « Recherche sur la nature et le régime juridique des actes juridiques à caractère prospectif », *Actualité juridique Droit administratif*, 1968, pp. 323 sq ; Lucien Sfez, *L'administration prospective*, A. Colin, 1970.

⁷ Henri Jacquot, *Le statut juridique des plans français*, LGDJ, 1973.

⁸ *Mélanges Trotabas*, LGDJ, 1970.

⁹ Formules prolongées à partir des années 1980 par les contrats de plan.

¹⁰ Parmi de multiples études, Jean Rivero, « Action économique de l'État et évolution administrative », *Revue économique*, 1962, pp. 886 sq ; André de Laubadère, « L'administration concertée », *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, pp. 407 sq.

Si ces directives n'ont pas, en tant que telles, de caractère contraignant et sont dès lors insusceptibles de recours contentieux, elles n'en sont pas moins opposables aux administrés et invocables par eux à l'appui d'un recours : on est donc en présence d'actes juridiques d'un type particulier, posant des normes de référence mais ne liant qu'en partie l'administration puisque celle-ci a la possibilité d'y déroger, à certaines conditions. Inaugurée en matière d'interventionnisme économique, la catégorie des directives ainsi construite par le juge a été d'emblée posée comme étant d'application générale (20 janvier 1971, *Union départementale des sociétés mutualistes du Jura*).

L'importance de la décision est immédiatement relevée par la doctrine¹¹ ; mais les commentateurs y voient avant tout un moyen d'encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration ; la brèche qu'elles provoquent dans la conception classique de la normativité est, en fin de compte, peu mise en évidence. Dans tous les cas, cette brèche sera rapidement colmatée, l'arrêt n'ayant pas « connu la postérité contentieuse que l'on pouvait imaginer en 1970 »¹².

Les premières manifestations de droit souple au cœur du droit public, induites par le développement de l'interventionnisme, n'ont donc pas été évaluées à leur juste mesure par la doctrine publiciste. Le basculement est plus net à partir des années 1980.

II / UN DÉVELOPPEMENT CONTROVERSÉ

La conception traditionnelle d'un droit public à base d'obligation et de contrainte va subir à partir des années 1980 une remise en cause plus nette : ce qui n'était jusqu'alors perçu que comme la marque d'une adaptation de la technique juridique à l'interventionnisme économique, connaît un spectaculaire développement, indissociable du nouveau contexte dans lequel se déploie l'action publique ; dans toute une série de domaines, le droit se présente désormais sous la forme de dispositifs souples, visant à orienter les comportements. Une nouvelle figure de la juridicité se dessine en droit public, qu'une partie au moins de la doctrine va s'attacher à mettre en évidence.

A) *La profusion des dispositifs*

L'inflexion des modes d'action publique, concomitante à la crise de l'État providence, s'est traduite par la multiplication d'instruments passant par le canal du droit mais caractérisés par l'absence d'élément de contrainte : les textes qui les instituent indiquant des « objectifs » qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des « directives » qu'il serait opportun de suivre, formulent des « recommandations » qu'il serait bon de respecter, mais sans leur donner pour autant force obligatoire ; tous ces instruments, qui s'ajoutent aux dispositifs incitatifs précédents, soulèvent un redoutable défi au regard de la conception traditionnelle de la normativité juridique et la question de leur opposabilité et de leur invocabilité à l'appui d'une action en justice ne peut manquer de se poser.

Ces instruments prolifèrent, dans le plus grand désordre et sous des dénominations diverses, à tous les niveaux de l'action publique¹³. La démarche prospective est systématisée par l'adoption de lois d'orientation et de programmation définissant les finalités des politiques publiques dans de nombreux secteurs, ainsi que par l'élaboration par les ministères de schémas pluriannuels d'orientation, à vocation stratégique. Dans l'administration, la gestion des ressources humaines passe par la signature d'accords négociés avec les syndicats, dont les dispositions sont ensuite

¹¹ *Crédit foncier de France* est commenté dans toutes les revues de droit public. Voir aussi Pierre Delvolvé, « La notion de directive », *Actualité juridique Droit administratif*, 1974, pp. 459 sq.

¹² Rapport du Conseil d'État, 2013, p. 13.

¹³ Pour une présentation d'ensemble, *Ibid.*, pp. 32 sq.

inscrites dans le droit positif : le pilotage des services se fait à travers l'édiction de notes, directives ou instructions à destination des agents, ainsi que par le recours à des dispositifs de coordination souples, de nature quasi contractuelle ; les politiques de réforme administrative sont bâties à l'aide de circulaires et de documents de nature programmatique. Des textes de valeur juridique incertaine, souvent dénommées « chartes »¹⁴, viennent encadrer l'exercice d'activités, publiques ou privées, notamment en édictant des préceptes d'ordre déontologique, ou poser certains principes concernant l'organisation administrative et les rapports avec les administrés (charte des services publics, 1992).

L'apparition, puis le développement à partir des années 1980, de la formule des autorités administratives indépendantes a donné à ces instruments une importance nouvelle : si ces autorités, chargées de réguler un secteur d'activité, se voient attribuer une gamme, variable, de pouvoirs de nature contraignante (réglementation décision, sanction), elles ont aussi à leur disposition des procédés plus souples, prenant la forme de « recommandations », « directives », « lignes directrices » ; la régulation passe par l'utilisation alternative ou combinée de la persuasion et de la contrainte. Plus significativement encore, les instruments souples ont gagné la sphère des activités régaliennes et notamment le domaine fiscal, via la « charte des contribuables » (1987) ou l'institution du « rescrit fiscal » (1987) par lequel l'administration fiscale est amenée, à la demande d'un contribuable, à prendre par avance position sur l'interprétation des règles applicables à sa situation¹⁵.

Ces multiples illustrations témoignent de l'acclimatation en droit public interne aussi du droit souple : c'est la thèse qui va être avancée au sein d'une doctrine qui reste cependant en général perplexe ou réticente.

B) Les interprétations doctrinales

L'idée selon laquelle le développement de ces différents instruments témoignerait de la pénétration dans le droit public interne de cette nouvelle figure de la juridicité que constitue la *soft law* progressera dans la doctrine en plusieurs temps successifs.

Le premier se situe dans les années 1980, à partir de l'étude pionnière de Paul Amselek¹⁶ : constatant « le foisonnement de recommandations juridiques à côté des commandements juridiques de type traditionnel », l'auteur y voit le signe d'un développement d'une « *direction juridique non autoritaire des conduites* », qu'il explique par l'extension des missions de l'État ; il conviendrait dès lors de rompre avec la conception « héritée du passé » d'un droit identifié à un « ordre de contrainte », pour admettre l'existence d'une autre forme de juridicité¹⁷. Un peu plus tard, Jean-Bernard Auby¹⁸ mettra lui aussi en évidence le développement de « *normes non prescriptives* » à côté des prescriptions juridiques ; s'il considère qu'il s'agit, pour la plupart, de véritables normes juridiques, l'appréciation qu'il porte sur cette évolution du droit est néanmoins plus critique : « en s'éloignant du registre du commandement ou de la prescription...le droit ne s'en tient pas à ce qu'on attend de lui. Il oublie qu'il est...fondamentalement un ordre de contrainte ».

¹⁴ « Objets composites et d'objectifs multiples », les chartes exprimeraient une recherche de normativité « plus souple, plus flexible, plus ductile » (Geneviève Koubi, « La notion de charte : fragilisation de la règle de droit », in Jean Clam, Gilles Martin (eds.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Coll. Droit et société, n° 5, 1998, p. 179.

¹⁵ Benoît Plessix, « Une réponse : le rescrit », *Revue du droit public*, 2017, n° 1, pp. 83-96.

¹⁶ « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public*, 1982, pp. 286 sq.

¹⁷ Paul Amselek reprendra cette thèse dans des écrits ultérieurs. Voir « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, 2008, n° 4, pp. ? 1847-1854 et in Catherine Thibierge (ed.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009/

¹⁸ « Prescription juridique et production juridique », *Revue du droit public*, 1988, n° 3, pp. 673 sq.

La seconde étape se situe à la fin de la décennie suivante. L'idée du droit souple trouve alors dans le thème de la « *régulation* » un puissant aliment. La régulation supposerait en effet une autre utilisation de la technique juridique : si son exercice passe par le droit, c'est selon des modalités différentes de la réglementation classique ; le droit de régulation se présente comme un droit souple, flexible, élaboré en relation étroite avec les destinataires et en permanence réévalué en fonction des résultats obtenus. Les recommandations émises par les autorités indépendantes apparaissent comme emblématiques de cet « autre droit »¹⁹. Corrélativement, derrière la régulation se dessine une autre conception de l'exercice du pouvoir, qui prend cette fois assise sur le thème de la « *gouvernance* » : porteuse d'un nouveau style d'action publique, à la fois pluraliste et consensuel, la gouvernance implique le reflux des aspects des éléments d'unilatéralité et de contrainte attachés au droit ; il s'agit d'influer en douceur sur les comportements, en recherchant l'adhésion des destinataires²⁰. L'idée de « *postmodernité* »²¹ permettra de résumer et de synthétiser ces mutations subies par le droit, sous l'empire des logiques de régulation et de gouvernance : indissociable des transformations de tous ordres que connaissent les sociétés contemporaines, le droit postmoderne qui se développe en marge du droit classique, se présenterait comme un droit pragmatique, sous-tendu par une préoccupation d'efficacité ; dès lors la rigidité fait place à la souplesse et la stabilité à l'adaptabilité²².

Ces analyses se sont heurtées à une vive opposition au sein de la doctrine juridique. Si l'on admet l'existence d'« actions administratives informelles », « mécanismes, procédures ou modes d'expression différente des formes traditionnelles du droit »²³ ainsi que des « documents prévisionnels »²⁴, et bien entendu des « directives », assimilées aux circulaires interprétatives, leur portée juridique resterait douteuse ; dans tous les cas, il s'agirait de « phénomènes relativement marginaux », « l'incommensurable majorité des normes édictées dans nos systèmes juridiques occidentaux contemporains n'étant pas des recommandations mais des commandements »²⁵. Ces critiques ont trouvé dans les rapports du Conseil d'État et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel un précieux renfort : en affirmant que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite revêtir une portée normative » (29 juillet 2004), puis en censurant une disposition « manifestement dépourvue de portée normative (21 avril 2005)²⁶, le Conseil constitutionnel aurait entendu, non seulement sanctionner l'utilisation jugée excessive de dispositions déclaratoires²⁷, mais encore rappeler que la loi « doit relever de la

¹⁹ Gérard Timsit, « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, n° 78, 1996, pp. 375 sq. Voir Laurence Calandri, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ-Lextenso, 2009.

²⁰ Jacques Chevallier, « La gouvernance et le droit », *Mélanges Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 185-207. Sur ce thème voir les articles de Daniel Mockle in *Les cahiers du droit*, Montréal, vol. 43, n° 2, juin 2002, vol. 46, n° 3, septembre 2003 et vol. 47, n° 1, mars 2006.

²¹ Jacques Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public*, 1998, n° 3, pp. 659 sq et in Jean Clam, Gilles Martin (eds.), précité.

²² Voir aussi André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique 2 ; Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et postmondialisation*, LGDJ, Coll. Droit et Société, 2003. La revue *Droit et société* publiera au cours des années 1990 un ensemble d'études sur le thème du droit postmoderne.

²³ Yves Gaudemet, *Rapport international de droit comparé*, 1994, pp. 645 sq., idée que l'auteur reprendra dans son *Traité élémentaire de droit administratif*.

²⁴ Jean-Marie Pontier, « Les instruments prévisionnels non décisionnels de l'action administrative », *Dalloz*, 1997, p. 397.

²⁵ Denys de Béchillon, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *Revue internationale d'études juridiques*, 1999, 43 et *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997.

²⁶ Dans son discours de vœux pour 2005, le président du Conseil avait averti que celui-ci était « prêt à censurer désormais des neutrons législatifs ».

²⁷ En ce sens, Guillaume Drago, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *Revue du droit public*, 2006, n°1, p. 58.

contrainte et non de l'incitation »²⁸ ; et cette conception de la normativité juridique, reposant sur l'impérativité, vaudrait pour l'ensemble du droit.

Alors que les instruments en marge de la normativité juridique classique ont connu un considérable développement, leur positionnement restait donc controversé. La caution que le Conseil d'État va apporter à la thèse du droit souple n'en sera que plus importante.

III / UNE RECONNAISSANCE INATTENDUE

Le *Cahier du Conseil constitutionnel* de 2006 consacré à « la normativité »²⁹ montrait clairement l'existence de deux points de vue contradictoires au sein de la doctrine publiciste concernant la question du droit souple : l'un plaidant pour une conception élargie de la normativité afin de rendre compte de l'évolution du droit positif ; l'autre restant fermement attaché à la vision classique d'un droit conçu en termes d'obligation et de contrainte. La dénonciation récurrente par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel des dérives de la production juridique semblait cependant clore le débat. Le revirement du Conseil d'État n'en sera dès lors que plus surprenant, laissant la doctrine perplexe.

A) *Le revirement du Conseil d'État*

La position adoptée par le Conseil d'État à l'égard du droit souple était jusqu'à une période récente sans équivoque. Affirmant que la formulation d'objectifs n'avait pas sa place dans les dispositifs des lois et décrets, le rapport 1991³⁰ jugeait cette pratique « dangereuse » : avec le développement d' « un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux », « la frontière entre ce qui est obligatoire et ce qui ne l'est pas, ce qui est sanctionnable et ce qui ne saurait l'être devient incertaine aux yeux du citoyen et du juge ». L'analyse avait été réitérée, avec plus de force encore, quinze années plus tard³¹ : le rapport 2006 réaffirmait que « la loi est faite pour prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions. La loi doit donc être normative » ; si la critique visait alors principalement les lois mémorielles, elles ne pouvait manquer d'être interprétée comme étant de portée plus générale.

Avec le rapport de 2013 consacré au droit souple³², la position du Conseil change radicalement : non seulement le vice-président constate, dans son avant-propos, que « la contrainte n'est depuis bien longtemps plus la seule marque de la juridicité », mais encore il considère que le droit souple peut-être « l'oxygénation du droit ». Définissant le droit souple comme recouvrant les instruments ayant pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires, « sans créer par eux-mêmes de droits ou d'obligations », mais en présentant « un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit », il propose d'admettre que celui-ci « fait partie du droit ». L'opposition entre ce droit souple et le droit dur devrait au demeurant être relativisée, dans la mesure où il existerait « une échelle de normativité graduée » et où les deux types de droit peuvent être imbriqués. Considérant que, si elle remplit des « fonctions utiles », la formule comporte aussi des « risques », le rapport s'attache à définir « une doctrine de recours et d'emploi du droit souple ». Le pas franchi est considérable : le Conseil admet désormais que la normativité juridique n'est pas toujours

²⁸ Bertrand Mathieu, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, « La normativité », n° 21, 2996.

²⁹ Le choix du thème et du coordonnateur du numéro montrait l'existence d'interrogations au sein du Conseil sur la question, en dépit des décisions précédemment citées.

³⁰ « De la sécurité juridique », *Etudes et documents*, n° 43.

³¹ « Sécurité juridique et complexité du droit », *Etudes et documents*, n° 57.

³² « Le droit souple », *Etudes et documents*, n° 64.

formulée de manière impérative mais peut prendre la forme de dispositions destinées à guider l'action, à orienter les conduites, sans être dotées de force obligatoire.

Le rapport va plus loin, en invitant à « la construction d'une jurisprudence adaptée au contrôle du droit souple » : il conviendrait d'admettre que « des instruments de droit souple soient regardés comme faisant grief au vu de leur formulation impérative ou de leurs effets » et qu'ils puissent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif, mais aussi d'actualiser la jurisprudence sur les directives, désormais dénommées « *lignes directrices* ». Ces deux invitations ont été suivies par le Conseil statuant cette fois au contentieux. Dans plusieurs arrêts de 2016³³, le Conseil considère que les instruments de droit souple utilisés par les autorités de régulation indépendante pour l'exercice de leurs missions peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, soit lorsqu'ils sont assimilables à du droit dur, soit « 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 » ; si le périmètre des autorités et des actes concernés reste incertain³⁴, le droit souple est ainsi entré dans le prétoire. En ce qui concerne les « lignes directrices », dont le rapport, considérant qu'elles répondaient à « un besoin réel et croissant », souhaitait « le renouveau », dès le 1^{er} septembre 2014, dans l'arrêt *Jousselin*, le Conseil admet que l'administration peut s'y référer, tout en ayant, conformément à la jurisprudence précédente sur les directives, la possibilité d'y déroger « si des considérations d'intérêt général ou les circonstances propres à chaque situation particulière le justifient » ; il a cependant pris soin ultérieurement de distinguer celles-ci des « orientations générales » définie par voie de circulaire, pour l'application d'une politique³⁵. Le Conseil d'État donne ainsi aux instruments de droit souple une portée juridique, en consacrant, tantôt leur justiciabilité, tantôt leur opposabilité et leur invocabilité au contentieux.

B) La réception doctrinale

La perplexité de la doctrine juridique classique face à la position prise par le Conseil d'État est attestée par l'accent mis sur les incertitudes inhérentes à la nouvelle jurisprudence, tant en ce qui concerne les recommandations que les lignes directrices. Au-delà, c'est une critique plus radicale de cette position qui se profile. Loin d'être un élément positif d'« oxygénation du droit », l'essor des instruments dits de droit souple contribuerait en effet « au désordre normatif et à la dégradation de la qualité du droit »³⁶ : sous-produit de l'introduction dans le droit de la « langue de la régulation économique », langue « bavarde et descriptive », ces instruments prennent « la forme de programmes et proclamations, recommandations et lignes directrices, qui entendent imposer des comportements sans être pour autant formellement normatifs » ; le « dérèglement des mots » provoquerait ainsi « le dérèglement du droit »³⁷.

³³ 21 mars 2016, *Société Fairwesta International GMBH* (communiqué de l'Autorité des marchés financiers, 21 mars 2016, *Société numérique* (prise de position de l'Autorité de la concurrence), 13 juillet 2016, *Sté GDF-Suez* (communication de la Commission de régulation de l'énergie), 10 novembre 2016, *Mme Z* (communiqué du Conseil supérieur de l'audiovisuel).

³⁴ Fabrice Melleray, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *Revue française de droit administratif*, 2016, n° 4, pp. 679 sq.

³⁵ En l'espèce la régularisation des étrangers en situation irrégulière (4 février 2015, *Ministre de l'Intérieur*). Voir Delphine Costa, « Des directives aux lignes directrices : une variation en clair-obscur », *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, n° 14, pp. 806 sq. Sur l'édiction de lignes directrices par une autorité de régulation, C.E. 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin, Poitou-Charentes*.

³⁶ Hélène Pauliat, « La contribution du droit souple au désordre normatif », *Revue du droit public*, n° 1, 2017, p. 59.

³⁷ Yves Gaudemet, « La régulation économique ou la dilution des normes », *Revue du droit public*, n° 1, 2017, pp. 23 sq. Yves Gaudemet dénonçait déjà onze ans auparavant la « loi administrative » (*Revue du droit public*, 2006, n° 1, pp. 77 sq), qui exprimait « un programme politique et non un commandement »

La jurisprudence par laquelle le Conseil d'État tenterait de « ramener la régulation économique à l'ordre du droit », en s'efforçant de « discerner le grain de la norme sous le poids des mots »³⁸, n'emporterait pas la conviction : en se reconnaissant le pouvoir d'annuler des actes non décisifs, au vu de leurs effets notamment économiques, le juge administratif aurait rompu avec « certains principes classiques du contentieux » et « compromis la cohérence de l'ordre normatif »³⁹. Le « chœur à deux voix » de la jurisprudence et de la doctrine semble ainsi connaître, au moins provisoirement, quelques dissonances...

La dynamique d'évolution du droit public interne, consécutive d'abord au développement de l'interventionnisme économique puis à l'inflexion des modes d'action de l'État, s'est donc heurtée aux fortes résistances d'un champ juridique attaché à la conception traditionnelle d'un droit censé être dominé par l'obligation et la contrainte. L'acceptation récente par le Conseil d'État du thème du droit souple a remis en cause ces certitudes, en suivant la voie qu'avait tracée dès les années 1980 une partie au moins de la doctrine publiciste. Elle montre que la diversité des conditions d'emploi de la technique juridique dans les sociétés contemporaines ne saurait être évacuée au nom d'une conception trop étroite, voire « intégriste », d'une normativité évaluée à l'aune de la seule impérativité des énoncés juridiques.

³⁸ *Ibid.*, p. 36.

³⁹ Hélène Pauliat, préc., p. 67. Dans le même sens, Bertrand Seiller, « le contrôle du juge administratif sur les actes composant le droit souple », *Gazette du Palais*, 2016, n° 22, p. 31 sq.